

ANUARIO
DE
HISTORIA
DEL
DERECHO
ESPAÑOL

TOMO LXXXII

M A D R I D
2 0 1 2

ANUARIO
DE
HISTORIA DEL
DERECHO
ESPAÑOL

TOMO LXXXII



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA







ANUARIO
DE
HISTORIA DEL DERECHO
ESPAÑOL

Coedición del Ministerio de Justicia (Secretaría General Técnica) y de la Agencia Estatal
Boletín Oficial del Estado.

El ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas por los autores de los trabajos publicados.

Es propiedad. Queda hecho el depósito y
la suscripción en el registro que marca la
Ley. Reservados todos los derechos.

<http://publicacionesoficiales.boe.es>

ISSN: 0304-4319
NIPO (AEBOE): 007-12-105-7
NIPO (M. de Justicia): 051-12-009-5
Depósito Legal: M-529/1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. Manoteras, 54. 28050 Madrid.

ANUARIO
DE
HISTORIA DEL DERECHO
ESPAÑOL

TOMO LXXXII (2012)



MINISTERIO
DE JUSTICIA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

MADRID, 2012

ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL
Fundado en 1924 por don CLAUDIO SÁNCHEZ ALBORNOZ

DIRECTOR

BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO
(Universidad de Salamanca)

CONSEJO DE REDACCIÓN

JON ARRIETA ALBERDI (Univ. del País Vasco)	ANTONIO MERCHÁN ÁLVAREZ (Univ. de Sevilla)
FERNANDO DE ARVIZU (Univ. de León)	GREGORIO MONREAL ZIA (Univ. Pública de Navarra)
AGUSTÍN BERMÚDEZ AZNAR (Univ. de Alicante)	TOMÁS DE MONTAGUT I ESTRAGUÉS (Univ. Pompeu Fabra)
SANTOS CORONAS GONZÁLEZ (Univ. de Oviedo)	EMMA MONTANOS FERRÍN (Univ. de La Coruña)
JORGE CORREA BALLESTER (Univ. de Valencia)	PEDRO ORTEGO GIL (Univ. de Santiago de Compostela)
ENRIQUE GACTO FERNÁNDEZ (Univ. de Murcia)	FRANCISCO PACHECO CABALLERO (Univ. de Barcelona)
JOSÉ MARÍA GARCÍA MARÍN (Univ. Pablo de Olavide)	MARGARITA SERNA VALLEJO (Univ. de Cantabria)
CARLOS GARRIGA ACOSTA (Univ. del País Vasco)	JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA (Univ. de Castilla-La Mancha)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ NEVOT (Univ. de Granada)	
MARTA LORENTE SARIÑENA (Univ. Autónoma de Madrid)	

CONSEJO DE HONOR

JAVIER ALVARADO PLANAS, MIGUEL ARTOLA, JUAN BARÓ PAZOS, ANA MARÍA BARRERO, FELICIANO BARRIOS, ELOY BENITO RUANO, JOSÉ LUÍS BERMEJO, BARTOLOMÉ CLAVERO, SALUSTIANO DE DIOS, JUAN CARLOS DOMÍNGUEZ NAFRÍA, JOHN H. ELLIOTT, JOSÉ ANTONIO ESCUDERO, REMEDIOS FERRERO, JOSÉ MARÍA FONT RÍUS, EDUARDO GALVÁN, EMILIANO GONZÁLEZ DÍEZ, MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ DE SANSEGUNDO, PAOLO GROSSI, ALBERTO DE LA HERA, ANTONIO M. HESPANHA, DAVID IBBETSON, AQUILINO IGLESIA, EDUARDO MARTIRÉ, GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, ADELA MORA, ROGELIO PÉREZ BUSTAMANTE, JOSÉ MARÍA PÉREZ COLLADOS, MIGUEL ÁNGEL PÉREZ DE LA CANAL, ANTONIO PÉREZ MARTÍN, MARIANO PESET, ROMÁN PIÑA, ANDREA ROMANO, JUAN SAINZ GUERRA, ISMAEL SÁNCHEZ BELLA, JOSÉ LUIS SOBERANES, DITLEV TAMM, VÍCTOR TAU, MANUEL TORRES AGUILAR, DAVID TORRES SANZ, JOAQUIM VERRISSIMO SERRAO.

SECRETARIO

BRUNO AGUILERA BARCHET
(Universidad Rey Juan Carlos)

VICESECRETARIO

ALBERTO MURO CASTILLO
(Universidad de Extremadura)

La correspondencia, envío de libros y publicaciones periódicas para recensión o en relación de intercambio deberán dirigirse al Secretario del Anuario de Historia del Derecho Español. Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales. Universidad Rey Juan Carlos. Paseo de los Artilleros, s/n. 28032 Madrid.

Los trabajos de investigación y recensiones remitidas a la Secretaría del Anuario para su publicación deberán ir acompañados del correspondiente soporte magnético, salvo los enviados por correo electrónico (secretaria.ahde@gmail.com).

ADMINISTRACIÓN
Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
C/ San Bernardo, 62. 28015 Madrid
Web: www.mjusticia.es
Tels.: 91 390 20 82 / 83 / 84 / 97

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES
Librería del Boletín Oficial del Estado
C/ Trafalgar, 27. 28071 Madrid
Web: www.boe.es
Tel.: 902 365 303
Fax: 91 538 21 21

SECCIÓN MONOGRÁFICA

Dos siglos de códigos
(Balance y perspectivas de la codificación)



El mero e irremediable paso del tiempo, desde luego, pero también (y sobre todo) el ensanchamiento de las preocupaciones de los historiadores del Derecho y la consiguiente, paralela, renovación metodológica que –en silencio o con estrépito, con autenticidad o con patéticas concesiones a las tornadizas modas intelectuales cuando no a las pulsiones de la pura y simple impostura– se ha ido operando a lo largo de las últimas décadas, han producido, entre otros cambios, la bien visible ampliación del repertorio de cuestiones y, por ende, del ámbito material de la Historia jurídica que se estudia, se investiga, se escribe, se «hace», en fin, en España.

Se ha desembocado, así, con naturalidad en lo que hace unos cuantos decenios hubiera resultado impensable, atrapados, inmovilizados como nos hallábamos en las mallas de la Antigüedad y del Medievo. El paulatino estiramiento de las inquietudes de los estudiosos del pasado jurídico ha terminado por depositarnos en la orilla misma del presente. Quiero creer, además, que, a medida que nos aproximábamos a los períodos más cercanos de nuestra historia hasta rozar la línea de la siempre borrosa y resbaladiza actualidad, se abría paso simultáneamente entre los cultivadores de la Historia del Derecho la conciencia de la necesidad de inmunizarse ante el engañoso atractivo de determinadas sendas accesorias (tan sugestivas y prometedoras en apariencia como a la postre estériles) para concentrarse en el recorrido de la ruta principal. Con otras palabras, clausurar experiencias infecundas que muy poco han aportado y transitar por el camino real. ¿Hará falta subrayar la obviedad –¡tan olvidada!– de que para los juristas no existe otro camino real distinto del empedrado con los requerimientos que impone el estudio del Derecho y el conocimiento, en suma, de las manifestaciones del fenómeno jurídico?

Pues bien, si somos sensibles a esas transformaciones poco más que aludidas y fieles al planteamiento subyacente que acabo de insinuar, la pared maestra del imponente edificio que vislumbramos es la Codificación; nos damos de bruces con la codificación, la grandiosa empresa que ha consumido los mayores y mejores esfuerzos de los juristas de los dos últimos siglos. Y como cultivar la Historia del Derecho no consiste en el fondo, en última instancia, sino en contribuir, con la especificidad de nuestra mirada, a una comprensión más acendrada del Derecho y en desarrollar a tal fin un instrumental que facilite y enriquezca la reflexión profunda y cabal sobre el orden jurídico, se ha entendido que,

para materializar esa razón de ser, nada mejor que situarse en la intersección del pasado próximo y el presente y explorar desde ese punto el núcleo íntimo del ordenamiento jurídico de la contemporaneidad.

No veo inconveniente alguno en confesar que, como tantas veces, el enfoque que inicialmente se aspiró a infundir a esta sección del Anuario no coincidía por completo con la trama de las páginas que ahora llegan a las manos del lector. Limitaciones de diverso género –entre las cuales no hay que ocultar que se encuentra la necesidad (*rebus sic stantibus*) de no sobrepasar una extensión «razonable»– han adelgazado el proyecto del que se partía y han obligado a adaptarlo a la dura realidad. Por otra parte, la trascendencia, complejidad y riqueza del quehacer codificador, amén de la considerable longitud que a estas alturas ofrece su trayectoria histórica y de las mutaciones internas que en su decurso se han producido (desde la gestación del «anhelo» codificador primario hasta el «desencanto» y la desorientación de la política legislativa en esta fase de vulgarización que en nuestros días acosa y ahoga al Derecho y envilece su desenvolvimiento), no se pueden abarcar entera y exhaustivamente en la sección monográfica del Anuario; pretenderlo sería ingenuo y en todo caso resultaría inalcanzable.

Consíentame el lector, sin embargo, manifestar el convencimiento de que mucho de instructivo encierran las páginas que siguen, reunidas bajo la rúbrica general *Dos siglos de códigos* que el subtítulo («Balance y perspectivas de la codificación») pretende al mismo tiempo esclarecer y acotar. Lo afirmo sin incurrir en inmodestia por la sencilla razón de que el mérito corresponde enteramente a los autores de las sucesivas colaboraciones; a ellos y a nadie más. Porque no se partía de una visión arqueológica sino de otra hincada en la junctura con el presente, se ha convocado también a estudiosos del Derecho vigente en varias de sus principales ramas. Porque, más allá del Decreto Bugallal, se tenía *in mente* el artículo 149 de la Constitución, se demandó también el punto de vista de los civilistas. Porque no se renuncia a inyectarle a la Historia del Derecho un marchamo que potencie su primordial significación y le atribuya una posición definida e insustituible en el diseño y el fortalecimiento del Derecho en el mañana inmediato, se extendió la llamada al sector de la Teoría y la Filosofía jurídica. Y debo decir que los eminentes juristas convocados respondieron de buen grado –a la vista está– y se han incorporado eficazmente al foro de los historiadores del Derecho. Se comprenderá que exteriorizar el más profundo reconocimiento a quienes han nutrido esta Sección represente para el Director del Anuario, mucho más allá de lo que la protocolaria cortesía intelectual y académica impone, un motivo de honda satisfacción.

Entrados, sumergidos en el siglo XXI, en medio de la vorágine de nuestro tiempo, no se puede afrontar una meditación rigurosa sobre el devenir del Derecho sin establecer el balance y asomarse a las perspectivas de la codificación. Júzguese lo que sigue como un intento de contribuir a la realización de esa doble tarea.

BENJAMÍN GONZÁLEZ ALONSO

La Codificación civil española y las fuentes del derecho

SUMARIO: I. Preliminar.–II. Las fuentes del derecho en el Código civil francés.–III. Las fuentes del derecho en la Codificación civil española. 1. Las fuentes del derecho en los Proyectos de Código civil de 1821, 1836 y 1851 y en el Proyecto de Libro I de Código civil de Romero Ortiz de 1869. A) El Proyecto de 1821. B) El Proyecto de 1836. C) El Proyecto de 1851. D) El Proyecto de Libro I de Código civil de Romero Ortiz de 1869. 2. Las fuentes del derecho en la etapa final de la Codificación civil. A) Las previsiones en materia de fuentes en el Proyecto de los Libros I y II de 1882. B) El Proyecto de Ley de Bases de 1885 y la enmienda de Augusto Comas: el debate en el Senado sobre las fuentes del Derecho español. C) Las fuentes en el Título preliminar del Código civil de 1888-1889. 3. La reforma del Título preliminar en 1973-1974.–IV. Fuentes y bibliografía.

I. PRELIMINAR

La existencia de distintas instancias con capacidad para crear derecho, o más propiamente, para declarar el derecho, configuró en el Antiguo Régimen un orden jurídico plural, integrado por múltiples conjuntos normativos con origen y contenidos diferentes. La relación entre ellos se determinaba mediante el establecimiento de reglas que precisaban las situaciones en las que cada uno debía regir. En unas ocasiones atendiendo a criterios materiales, personales o territoriales. En otras a partir de la fijación de un orden de prelación que precisaba la aplicación preferente o supletoria de los diferentes derechos.

Los derechos propios de los Reinos, el Derecho común, los derechos consuetudinarios y otros derechos particulares formaban parte de un mismo tejido jurídico. Y la ley, la costumbre, la doctrina y la jurisprudencia convivían en su

seno sin perjuicio de que una u otra fuente tuviera una presencia mayor en función de las épocas, los territorios o el conjunto normativo a aplicar.

La voluntad de los monarcas de contar con un derecho general para sus súbditos no supuso la desaparición de este complejo entramado de ordenamientos o derechos particulares. Los reyes ni pretendieron la validez exclusiva de un ordenamiento, ni siquiera del derecho real, ni se plantearon la igualdad de los súbditos ante el Derecho.

La Revolución francesa y la obra legislativa de Napoleón marcaron un punto de inflexión en esta estructura introduciendo cambios sustanciales en el sistema de las fuentes del derecho. Primero en Francia y a continuación en los países, así europeos como americanos, que recibieron su influencia. Se fijaron entonces los medios para monopolizar la creación del derecho en manos del Estado e imponer la igualdad de los antiguos súbditos, ahora ciudadanos, ante el Derecho. En la nueva situación, la ley, considerada la manifestación de la voluntad general, se convertiría en la fuente principal de los ordenamientos jurídicos, en detrimento de las demás fuentes con las que históricamente había coexistido.

El análisis de la situación de las fuentes de producción del derecho en España en el siglo XIX, en el marco de la Codificación civil, es el objeto central de este trabajo. Pero, antes de abordar su estudio, conviene referir el estado en que quedaron las fuentes del derecho en Francia a partir de la entrada en vigor del Código civil napoleónico con el fin de poder valorar, más adelante, la influencia que el sistema francés ejerció sobre los juristas españoles responsables de la definición de las fuentes en el nuevo contexto liberal.

II. LAS FUENTES DEL DERECHO EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

La Revolución de 1789 y su obra legislativa, las sucesivas Constituciones, en especial la de 1791, y el Código napoleónico determinaron una nueva concepción de las fuentes del derecho en Francia.

El legislador, lejos de conformarse con la derogación de una parte muy importante del Derecho civil del Antiguo Régimen¹, también alteró, y además, de modo sustancial, el papel y la importancia que las distintas fuentes del derecho habían tenido en los siglos precedentes. A partir del Código, una fuente, la ley, se erigió en la fuente privilegiada del Derecho francés en quebranto de la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina. En los inicios del siglo XIX la costumbre pasó a ocupar un lugar subsidiario en el ordenamiento jurídico francés.

¹ Artículo 7 de la *Loi contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français*. 30 Ventoso año XII (21 de marzo de 1804): «A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code», en DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat...*, 14, Guyot, Paris, pp. 526-528.

Y la jurisprudencia y la doctrina perdieron su condición de fuentes de producción del derecho.

La preeminencia que se otorgó a la ley se justificó mediante el recurso a un doble argumento. Uno de naturaleza técnica, la supuesta superioridad de la ley respecto de las demás fuentes del Derecho. Y, otro de carácter político, la eficacia de la ley como instrumento del Estado para imponer sus puntos de vista y ordenar la sociedad de acuerdo a su voluntad. Al mismo tiempo se rechazaban las demás fuentes, incidiendo en los aspectos que se consideraban negativos. En relación a la costumbre se denunciaron las desigualdades a las que su aplicación podía dar lugar. La doctrina fue objeto de crítica por la diversidad que se apreciaba en las opiniones de los juristas, con frecuencia contradictorias entre sí. Y el valor de la jurisprudencia como fuente del derecho se rechazó por la arbitrariedad que se atribuía a la actuación de los órganos judiciales y por la aplicación del principio de separación de poderes.

Los seis artículos que integran el título preliminar del Código de 1804 tienen como objeto la publicación, los efectos y la aplicación de las leyes, sin que en el texto, a diferencia de lo que sucede en otros códigos civiles, como es el caso del español de 1888-1889, se prevea una enumeración de las fuentes del derecho. La situación podría haber sido diferente de haber prosperado el Proyecto de Código civil del año VIII, cuyo artículo 4 detallaba las fuentes del derecho particular de cada pueblo. En el precepto, los autores del Proyecto, desde posiciones iusnaturalistas, reconducían las fuentes del derecho de las diferentes naciones, incluida la francesa, al derecho universal, previsión que, conforme al artículo 1 del mismo texto, significaba la razón natural; las leyes propias del pueblo de referencia; y las costumbres o usos².

El silencio, casi absoluto, que el título preliminar del Código francés guarda respecto de cualquier otra fuente del derecho que no sea la ley es un dato a tener en cuenta acerca de la importancia que sus redactores dispensaron a la norma escrita emanada del poder legislativo como fuente del ordenamiento francés. Sólo en el artículo 6 se incluye una referencia a las *bonnes moeurs*. En este punto, los autores del Código de 1804 volvieron a distanciarse del contenido del Proyecto del año VIII cuyos artífices, además de reservar un lugar a la costumbre, la definían e indicaban los requisitos que debía cumplir para tener valor de fuente del derecho³.

Del texto de la *Presentación* del Código civil efectuada por Portalis en 1801 se infiere que la eliminación de la costumbre como fuente del derecho y de los requisitos que ésta debía cumplir guarda relación con el nuevo planteamiento filosófico, de corte menos iusnaturalista, que quiso proporcionarse al Código en la fase final de su elaboración. Y también con las modificaciones que, al mismo tiempo, se introdujeron en la organización y estructura internas del texto.

² *Projet de Code Civil présenté le 24 Thermidor an 8 par la Commission du gouvernement*, en FENET, P. Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil...*, II, Impr. de Ducassois, París, 1827, reimpresión, Otto Zeller, Osnabrück, 1968, pp. 3-413, por la cita, pp. 3-4.

³ Artículo 5: «La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune».

El cambio conllevó, a los efectos que nos ocupan, la eliminación del título primero dedicado a las definiciones generales y la incorporación de un nuevo título preliminar limitado al modo de publicación de las leyes, sus efectos más importantes y su aplicación por los jueces⁴. En las palabras de Portalis no consta ningún dato que permita vincular la supresión de la costumbre como fuente del derecho con la imposición o el triunfo de las posturas contrarias a su mantenimiento entre las fuentes del ordenamiento francés. Un planteamiento que también contaba con defensores en el mundo jurídico francés⁵.

La derogación del derecho anterior por la Ley de 21 de marzo de 1804 y la desaparición de la referencia expresa a la costumbre como fuente del derecho en el articulado del Código no significa, sin embargo, que los autores del texto final hicieran tabla rasa del derecho consuetudinario del pasado y que la costumbre quedara a partir de entonces proscrita del Derecho francés.

Los autores del Código, juristas formados en el derecho del Antiguo Régimen, compartían las nuevas ideas. Eran partidarios de la Codificación y de situar la ley en un lugar preeminente, pero al mismo tiempo estaban convencidos de la necesidad de no romper con el pasado jurídico de la Nación de modo radical. La aceptación de este doble planteamiento les obligó a realizar el esfuerzo de llevar al texto del Código una parte muy importante de las previsiones del antiguo derecho, articulándolas con las de nueva creación. Por esta razón, como ha señalado el profesor Jacques Poumarède, resultan exageradas las críticas que Savigny formuló al Código, en el momento de afirmar que el

⁴ *Présentation et exposé des motifs du Code civil*. Séance du 3 Frimaire an X (24 de noviembre de 1801), en FENET, *Recueil*, VI, pp. 33-52, por la cita, pp. 42-43. GÉNY, François, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*. Estudio preliminar sobre el pensamiento científico jurídico de Gény a cargo de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000, p. 257.

⁵ Remitido el Proyecto a los principales órganos judiciales del país, la gran mayoría valoraron positivamente las previsiones de los artículos 4 y 5 del Proyecto concernientes a la costumbre. Sólo seis Tribunales realizaron alguna observación y, de ellos, los Tribunales de Lyon, Amiens y Rouen fueron los únicos que se manifestaron en contra. GÉNY, *Método de interpretación*, pp. 256-257.

Algunas instancias defendieron la necesidad de prohibir la costumbre *contra legem*. Fue la postura sostenida por el Tribunal de Casación y el Tribunal de Apelación de Ajaccio. *Observations du Tribunal de Cassation sur le Projet présenté par la Commission du Gouvernement*, en FENET, *Recueil*, II, pp. 415-755, por la cita, p. 415; *Observations du Tribunal d'appel séant à Ajaccio*, en FENET, *Recueil*, III, pp. 118-124, por la cita, p. 118.

Otras sedes judiciales, entre las que cabe mencionar los Tribunales de Apelación de Amiens, París y Rouen, abogaron por la eliminación de cualquier alusión a la costumbre. *Observations du Tribunal d'appel séant à Amiens*, en FENET, *Recueil*, III, pp. 124-142, por la cita, p. 125; *Observations des commissaires du Tribunal d'appel séant à Paris*, en FENET, *Recueil*, V, pp. 91-291, por la cita, p. 9; *Observations arrêtés par le Tribunal d'appel séant à Rouen, d'après et sur le rapport de sa commission*, en FENET, *Recueil*, V, pp. 455-554, por la cita, pp. 459-460.

Y otros tribunales, es el caso de Montpellier, plantearon la conveniencia de añadir algún elemento a las condiciones exigidas a la costumbre. *Observations faites par les membres de la commission nommé le 21 germinal dernier par le Tribunal d'appel séant à Montpellier*, en FENET, *Recueil*, IV, pp. 419-589, por la cita, p. 420.

legislador napoleónico había elaborado una obra abstracta, ajena por completo a las raíces vivas del Derecho francés⁶.

Las palabras de Portalis que reproducimos a continuación, recogidas en el *Discours préliminaire* de 1801, revelan la actitud transaccional asumida por los redactores del *Code* que les permitió engarzar las antiguas costumbres con el nuevo derecho⁷:

«Nous avons fait, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une transaction entre le droit écrit et les coutumes, toutes les fois qu'il nous a été possible de concilier leurs dispositions ou de les modifier les unes par les autres, sans rompre l'unité du système, et sans choquer l'esprit général. Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire: les lois doivent ménager les habitudes, quand ces habitudes ne sont pas des vices».

De otro lado, en relación a varias materias reguladas en el texto, los autores del Código reconocieron de manera expresa la validez de la costumbre como fuente del derecho a través de la remisión a los usos, a los usos locales o al uso de los antiguos propietarios⁸. Así sucede en relación al usufructo en los artículos 590, 591, 608. En lo que toca a las servidumbres en los artículos 663, 671, 674. En materia de arrendamientos en los artículos 1736, 1745, 1753, 1754, 1757, 1758, 1759. En la interpretación de los contratos en los artículos 1135, 1159, 1160. Y en la compraventa en los artículos 1587 y 1648.

También incorporaron, en diferentes partes del articulado, referencias a las *bonnes moeurs* o al modo de actuar del *bon père de famille*. Estas alusiones han sido interpretadas por los juristas franceses como un reconocimiento de la fuerza jurídica de la costumbre tras considerarlas un reenvío implícito de la ley a la costumbre⁹. Así sucede en relación a las *bonnes moeurs* en los artículos 6, 900, 1133 y 1172. Y en los artículos 450 y 1728-1.º en lo que concierne al modo de actuar del *bon père de famille*.

Y, por último, asimismo debemos traer a colación que el Decreto de Ventoso del año XII sólo derogó las costumbres redactadas en el Antiguo Régimen en

⁶ POUMARÈDE, Jacques, «Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse (Les débuts de l'École française du droit historique)», en JOURNÈS, Claude (éd.), *La coutume et la loi. Études d'un conflit*, Presses Universitaires de Lyon, Lyon, 1986, pp. 95-111 y recientemente en ALLINNE, Jean Pierre (éd.), *Itinéraire(s) d'un historien du droit. Jacques Poumarède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, CNRS-Université de Toulouse-Le Mirail, Toulouse, 2011, pp. 655-667, por la cita, pp. 655-656.

⁷ *Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1er Pluviôse an IX [20 de enero de 1801] par la Commission nommée par le gouvernement consulaire*, en PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, París, 1844, pp. 1-62, por la cita, p. 20.

⁸ Acerca de la importancia de los usos locales a los que se remite el Código napoleónico véase POUMARÈDE, «De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes», en GAUVARD, C. (éd.), *Les penseurs du Code civil*, Coll. Histoire de la justice, n.º 19, París, AHJF-La Documentation française, 2009, pp. 172-182, también en ALLINNE, *Itinéraire(s) d'un historien du droit*, pp. 189-198.

⁹ CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Introduction*, PUF, París, 21.ª ed. puesta al día, 1992, pp. 252-253.

relación a las materias previstas en el Código civil. De ahí que quepa considerar la subsistencia del derecho consuetudinario anterior concerniente a las cuestiones no reguladas en el nuevo texto. Y también que la norma de Ventoso no conllevó la prohibición de la costumbre como fuente jurídica, quedando a salvo su reconocimiento como fuente general del Derecho francés a partir de la entrada en vigor del texto napoleónico¹⁰.

La conciencia y la aceptación de la continuidad de la costumbre como fuente del Derecho francés estuvo presente en los primeros comentaristas del Código civil. En la generación de Merlin, Dupin o Toullier, quienes consideraban que el Derecho no había quedado reducido a la ley porque la Codificación no había terminado con la creación consuetudinaria del derecho¹¹. El presupuesto contrario, la reducción del Derecho a la ley, se impuso un tiempo después por influencia de la Escuela de la Exégesis. Delvincourt, Demante, Duranton, Proudhon, Aubry, Raz y Demelombe, entre otros, impulsaron el culto absoluto a la ley¹².

Los planteamientos de la Escuela de la Exégesis y con ello la preeminencia de la ley sobre la costumbre mantuvieron aquella posición hegemónica en Francia hasta finales del siglo XIX. A partir de entonces se alzaron voces contrarias a la exclusión de la costumbre del cuadro de las fuentes del Derecho francés, se renovaron los estudios sobre el derecho consuetudinario y, finalmente, la doctrina recuperó la costumbre entre las fuentes del Derecho. Beudant, Géný y Saleilles cumplieron un papel importante en esta renovación del papel de la costumbre como fuente de producción jurídica¹³.

Y, para finalizar esta parte de la exposición reservada a la costumbre en el Derecho francés queremos dar cuenta, siquiera telegráficamente, de la situación en que quedó el derecho consuetudinario del Antiguo Régimen en otros órdenes jurídicos ajenos al civil a partir de la promulgación de sus respectivos códigos.

En el ámbito del derecho procesal, el artículo 1041 del Código de Procedimiento civil de 1806¹⁴ derogó de manera expresa todo el derecho anterior, incluidas las costumbres. Mientras que el Código penal de 1810¹⁵, el Código forestal de 1827¹⁶ y la Ley de 15 de septiembre de 1807, relativa a la entrada en

¹⁰ GÉNY, *Método de interpretación*, p. 255; CARBONNIER, *Droit civil*, 253.

¹¹ POUMARÈDE, «Défense et illustration de la coutume», 2011, p. 656.

¹² POUMARÈDE, «Défense et illustration de la coutume», 2011, p. 657.

¹³ POUMARÈDE, «Défense et illustration de la coutume», 2011, pp. 657-667.

¹⁴ Artículo 1041: «Le présent Code sera exécuté à dater du 1^{er} janvier 1807, en conséquence, tous procès qui seront intentés depuis cette époque, seront instruits conformément à ses dispositions. Toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile, seront abrogés». *Code de Procédure civile. Édition originale et seule officielle*. Paris, Imprimerie Impériale, 1806.

¹⁵ Artículo 484: «Dans toutes les matières qui n'ont pas été réglées par le présent Code et qui sont régies par des lois et règlements particuliers, les cours et les tribunaux continueront de les observer». *Code pénal de l'Empire français*. Imprimerie Impériale, Paris, 1810.

¹⁶ Artículo 218: «Sont et demeurent abrogés, pour l'avenir, toutes lois, ordonnances, édits et déclarations, arrêts du conseil, arrêtés et décrets, et tous règlements intervenus, à quelque époque que ce soit, sur les matières réglées par la présent code, en tout ce que concerne les forêts». *Code forestier avec l'exposé des motifs, la discussion des deux chambres, des observations sur les articles, e l'ordonnance d'exécution*, pub. por M. Brouse, Charles Béchet, Libraire, Paris, 1827.

vigor del Código de comercio de 1807¹⁷, guardaron silencio respecto de la continuidad o no del derecho consuetudinario del Antiguo Régimen en cada uno de estos ámbitos.

La información aportada permite considerar que la postura del legislador napoleónico no fue homogénea en relación al derecho consuetudinario del pasado. Y que el trato que se dispensó a las antiguas costumbres se determinó por las circunstancias concretas que rodeaban al derecho consuetudinario del Antiguo Régimen en cada uno de los órdenes jurídicos.

Los efectos que la entrada en vigor del Código civil napoleónico tuvo sobre la jurisprudencia y la doctrina fueron de mayor gravedad que los que afectaron a la costumbre. A partir de 1804 la jurisprudencia y la doctrina perdieron la condición de fuentes del Derecho francés en sentido estricto y adquirieron el estatus de «autoridades». Dejaron de ser reglas jurídicas obligatorias para convertirse en instrumentos destinados a la interpretación del derecho o a la articulación de soluciones en casos de insuficiencia o silencio de las normas. De este modo, la jurisprudencia y la doctrina pasaron a ser autoridades *de facto*, aunque sin serlo *de iure*, tal y como han señalado distintos juristas. Entre otros Carbonnier¹⁸.

El alcance que el Derecho francés confiere a la jurisprudencia, distinto del que se reconoce a la ley y a la costumbre, tiene como punto de partida el artículo 5 del Código de 1804. El precepto que prohíbe a los jueces el dictado de disposiciones de carácter general¹⁹. Una competencia que los Parlamentos del Antiguo Régimen habían desarrollado amplia y frecuentemente²⁰. En contraste con esta previsión, no existe una disposición similar en relación a la doctrina, respecto de la cual el Código francés guarda silencio absoluto.

Y, por último, queremos indicar que el *Code* tampoco establece nada en relación a los principios generales del derecho y ello a pesar de que, durante su redacción, los autores del Código consideraron la oportunidad de proporcionar a los jueces la posibilidad de recurrir a una regla subsidiaria que les permitiera resolver los casos no previstos en la ley. La solución que finalmente arbitraron quedó limitada a remitir a los jueces a la equidad en algunas situaciones concretas. Así sucede en los artículos 565, 1135 y 1854.

¹⁷ Artículo 2: «A compter dudit jour, 1er janvier 1808, toutes les anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles il est statué par ledit Code sont abrogées». *Loi qui fixe au 1^{er} janvier 1808, l'époque laquelle le Code de Commerce sera exécutoire*, en DUVERGIER, *Collection complète des lois*, 16, p. 191.

¹⁸ CARBONNIER, *Droit civil*, pp. 263-304.

¹⁹ Artículo 5: «Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises».

²⁰ OLIVIER-MARTIN, François, *Histoire du Droit français des origines à la Révolution*. Domat Montchrestien, París, 1948. Reproducción fotomécánica, Éditions du CNRS, París, 1990, pp. 538-541.

III. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA CODIFICACIÓN CIVIL ESPAÑOLA

La consagración de la ley como fuente preferente del Derecho español se impuso en España a partir de la Constitución de 1812, una vez que se consideró la conveniencia de construir una nueva Nación sobre la base del imperio de la ley como expresión de la voluntad general²¹. Sin embargo, a pesar de ello, en la práctica, no se adoptaron todas las medidas necesarias para garantizar su supremacía.

En ninguno de los tres períodos de vigencia de la Constitución gaditana se organizó en España un sistema de casación que, a semejanza de lo previsto en la legislación francesa, sirviera de salvaguardia de la ley. La institucionalización del recurso de casación se retrasó hasta la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855. Entonces se fijó la posibilidad de interponer el recurso por infracción de ley, pero también por infracción de la doctrina admitida por la jurisprudencia de los Tribunales. En la práctica, esto suponía el reconocimiento tácito de la jurisprudencia como fuente de producción del derecho²².

Y bajo el amparo del texto gaditano tampoco se estableció, al menos con carácter general, la obligatoriedad de la motivación de las sentencias. Un requisito que de haberse exigido, tal y como se introdujo en la misma Ley procesal de 1855, habría conllevado una mayor vinculación del juez a la ley²³.

El retraso que hubo en la Codificación civil española demoró hasta 1888-1889 la formulación del sistema de fuentes del Estado liberal²⁴. Las Constituciones de 1812, 1837, 1845, 1869 y 1876 no cubrieron esta carencia porque se

²¹ En relación a los distintos tipos de normas de las primeras Cortes españolas, véase CHOFRE SIRVENT, José, *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes españolas (1810-1837)*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 1996.

²² Artículos 1010 y 1012. *Ley de Enjuiciamiento civil*, de 5 de octubre de 1855, 2.ª ed. oficial, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1855.

Sobre la casación, véanse los trabajos que citamos a continuación: HALPERIN, Jean-Louis, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Préface de Gérard Sautel, París, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1987; LORENTE SARIÑENA, Marta, «Reflexiones sobre la casación en una época revolucionaria», en *El poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa. Jornadas sobre el poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 205-215; ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al Enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 194-201.

²³ Artículo 333. *Ley de Enjuiciamiento civil*, de 5 de octubre de 1855.

En relación a la motivación de las sentencias a partir de Cádiz y hasta la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855, véase GARRIGA ACOSTA, Carlos, y LORENTE SARIÑENA, «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)», en GARRIGA ACOSTA y LORENTE SARIÑENA, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*. Epílogo de Bartolomé Clavero. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, pp. 261-312, por la cita, pp. 280 ss.

²⁴ En lo que concierne al proceso codificador civil en España, remito al lector a las dos obras siguientes y a la bibliografía incluida en la segunda: LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación española*. 4. *Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. 2 vols., Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1978; y BARÓ PAZOS, Juan, *La Codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

limitaron a atribuir la potestad legislativa a las Cortes y al Rey, o a las Cortes en solitario, y a prever la potestad reglamentaria, cuyo ejercicio atribuían al ejecutivo, sin aludir a ninguna otra fuente, a pesar de que, en la práctica, la ley no era la única fuente creadora de derecho²⁵.

Y, de otra parte, el fracaso de los sucesivos proyectos de Código civil exigió la continuidad del Derecho civil del Antiguo Régimen durante la mayor parte del siglo XIX. Esta circunstancia explica que entre 1812 y 1888-1889, al mismo tiempo que constitucionalmente se consagraba la ley como fuente preferente del ordenamiento español, en la práctica continuara en vigor una parte muy importante del Derecho civil del Antiguo Régimen, incluida la diversidad de fuentes del pasado y los sistemas de prelación en vigor en distintas partes del territorio nacional.

De modo que, con anterioridad al Código civil, no existía en España un sistema de naturaleza legal que tuviera a la ley como única fuente de producción del derecho, y ello a pesar de ser ésta la imagen que con frecuencia se ha transmitido²⁶. La costumbre, la jurisprudencia y la doctrina continuaron, con mayor o menor intensidad, teniendo la consideración de fuentes del Derecho español.

Y la situación no se modificó con la promulgación del Código, de manera que la pluralidad de fuentes jurídicas se mantuvo en España a partir de 1888-1889. Los autores del texto, lejos de considerar a la ley como única fuente del Derecho español, excluyendo cualquier otra posibilidad, otorgaron la misma naturaleza a la costumbre y a los principios generales del derecho, sin perjuicio de establecer una jerarquía entre las tres mencionadas fuentes.

1. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LOS PROYECTOS DE CÓDIGO CIVIL DE 1821, 1836 Y 1851 Y EN EL PROYECTO DE LIBRO I DE CÓDIGO CIVIL DE ROMERO ORTIZ DE 1869

Una vez que bajo el mandato de la Constitución de Cádiz se aceptó la posición de preeminencia de la ley en el nuevo sistema jurídico español, en ninguno de los Proyectos de Código civil que se redactan en 1821, 1836, 1851, sus autores introdujeron una enumeración de las fuentes del derecho. Y los títulos reservados a las fuentes tuvieron como objeto fundamental, casi único, a la ley. De ahí que en el encabezamiento que antecede a estos títulos sólo se aluda a esta

²⁵ En relación al nacimiento de esta potestad reglamentaria en el marco de la Constitución gaditana, véase GARRIGA ACOSTA, «Constitución, ley, reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España (1810-1814, 1820-1823)», en GARRIGA ACOSTA y LORENTE SARIÑENA, *Cádiz*, pp. 169-258.

²⁶ A esta misma conclusión llega Marta Lorente en el estudio que realizó sobre la prensa jurídica y su valor en el siglo XIX. LORENTE SARIÑENA, «De la Revista al Diccionario: Martínez Alcubilla y el orden de prelación de fuentes en la España decimonónica», en Paolo Grossi, Víctor TAU ANZOÁTEGUI, Bartolomé CLAVERO y Alberto David LEIVA, *La Revista jurídica en la cultura contemporánea*, Edición Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 243-287.

fuerza del derecho. En este punto parece clara la influencia del Código civil francés sobre las Comisiones que elaboraron estos primeros Proyectos españoles.

De las anteriores afirmaciones no debe deducirse, sin embargo, que los responsables de la redacción de los sucesivos Proyectos descartaran la admisión de otras fuentes del derecho.

En todos los Proyectos se aceptaba el valor de la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico, si bien este reconocimiento se formulaba indirecta o tácitamente a través de la prohibición de las costumbres contrarias a la ley, lo que presumía la aceptación de las costumbres *secundum* y *extra legem*, e introduciendo remisiones a la costumbre en distintas partes del articulado. Como novedad, en el Proyecto del Ministro Romero Ortiz de 1869, se daba entrada a los principios del Derecho natural.

Tiene interés la recapitulación de las previsiones de los sucesivos Proyectos para percibir la lenta evolución que hubo en los planteamientos de los codificadores españoles en relación a las fuentes del derecho. Y también para descubrir las influencias del Código civil francés, de la tradición jurídica castellana y de otros códigos europeos en la configuración del sistema de fuentes español.

A) El Proyecto de 1821

En el Proyecto de 1821, el título preliminar se reservaba a las leyes. El primer capítulo se refería a la naturaleza de la ley y sus emanaciones; el segundo a su formación; el tercero a la expedición, circulación y promulgación de las leyes; y finalmente, el último, a su observancia. Y, siguiendo las previsiones constitucionales, el Proyecto diferenciaba entre las leyes, fruto del ejercicio de la potestad legislativa atribuida al poder legislativo, y los reglamentos, órdenes y similares, dictados por el ejecutivo.

En lo que afecta a la costumbre, a la que se considera un «semillero de disputas», los redactores del Proyecto señalan, en el Discurso preliminar, los problemas que, en su opinión, podrían derivarse de la admisión de la costumbre como fuente del derecho. Esencialmente, la inseguridad provocada por el desconocimiento de su origen y del momento de su aparición y por la inexistencia de un texto auténtico que permitiera determinar, con precisión, su contenido²⁷.

Sin embargo, a pesar de esta desconfianza, la Comisión responsable del Proyecto aceptaba, en el mismo Discurso preliminar, el recurso a los usos y a las costumbres en las materias en las que la ley no se hubiera pronunciado. Y admitía la posibilidad de conservar e incluso generalizar los usos y costumbres existentes en varias provincias en relación a algunas instituciones, si bien estableciendo la cautela de que, en tales situaciones, el legislador sancionara las costumbres y fijara sus límites con precisión²⁸.

²⁷ El texto del *Proyecto de Código civil de 1821*, en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 7-71, por la cita, p. 14.

²⁸ LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, p. 14.

Y en la parte articulada del Proyecto, en concreto en el artículo 31, se prohibía la costumbre *contra legem*, declarando que las leyes no perdían su fuerza y vigor por el no uso, ni por los usos o actos contrarios a ella.

De la combinación de lo expresado por los autores del Proyecto en el Discurso preliminar y de lo establecido en el artículo 31 cabe deducir que la Comisión de Cortes autora del Proyecto de Código civil de 1821 admitía la costumbre *extra legem*, antigua y nueva, en las materias en las que la ley no se hubiera pronunciado. Aceptaba la formulación de nuevas costumbres *secundum legem* a partir de la entrada en vigor del Código en relación a las instituciones en él reguladas. Y negaba toda validez a las costumbres contrarias a la ley, con independencia de que éstas fueran antiguas o nuevas²⁹.

Cabe anotar que la prohibición de la costumbre *contra legem*, no prevista en el Código francés, y que en la práctica suponía la admisión implícita de las costumbres *extra legem* y *secundum legem*, fue una aportación propia de los autores del Proyecto de 1821. Su incorporación al texto nos permite vincular el Proyecto con la primera Ley de Toro, incorporada más tarde a las Recopilaciones de 1567 y 1805 (III,II,3), que prohibía la costumbre contraria a los Ordenamientos y Pragmáticas y a las Partidas.

Se observa así que en materia de fuentes del derecho, la Comisión de las Cortes que recibió el encargo de redactar el primer proyecto de Código civil tuvo en cuenta el Código francés pero también la tradición castellana.

B) El Proyecto de 1836

En el Proyecto de 1836, el título preliminar quedaba reservado, de igual modo que en el caso anterior, a las leyes, su promulgación, efectos y observancia, sin que en su articulado se incluyera previsión alguna en relación a otras fuentes del derecho salvo para prohibir la costumbre *contra legem*.

En este segundo Proyecto de Código civil español, y siguiendo el modelo de lo establecido por los autores del Código francés, los miembros de la Comisión pusieron de manifiesto el esfuerzo que habían realizado para integrar el derecho antiguo con las nuevas disposiciones en las materias en las que esta labor de síntesis había sido posible. Y ello con el objetivo de no romper con el derecho del pasado.

La idea se pone de manifiesto en distintos pasajes de la exposición de motivos, si bien el fragmento más preciso es el que reproducimos a continuación³⁰:

«Debe ante todo advertir que en la prosecución de la obra [la Comisión] siempre ha tenido a la vista las leyes patrias, y los fueros así generales como particulares, y cómo no se ha separado de éstos ni de aquéllas sino cuando una imperiosa necesidad le ha obligado a rectificarlas, o sustituir nuevas disposi-

²⁹ En sentido contrario, Lasso Gaité entendía que el Proyecto prohibía cualquier tipo de costumbre. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-I, p. 71.

³⁰ *Proyecto de Código civil de 1836*, en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 88-320, por la cita, p. 90.

ciones, ya por falta de otras legales, ya por no poder acomodarse las antiguas a las costumbres actuales ni a los adelantamientos que ha debido la ciencia legal a la economía pública. También ha consultado varios Códigos extranjeros, especialmente el francés, que goza en Europa de tanta celebridad, y del cual ha tomado varias disposiciones a falta de otras equivalentes en la legislación patria, cuando las ha considerado necesarias y compatibles con nuestros usos y costumbres.»

En otro orden de consideraciones, y teniendo en cuenta la derogación del derecho del Antiguo Régimen en las materias objeto del *Code* que el legislador francés introdujo en el artículo 7 del Decreto de Ventoso del año XII (21 de marzo de 1804), los autores del Proyecto de 1836 también prohibieron en el artículo 12 la alegación de las costumbres o fueros particulares de cualquier pueblo observados con anterioridad a la promulgación del Código.

La redacción del precepto no es, lamentablemente, tan precisa como la que se proporcionó al artículo francés. No aclara si la derogación afectaba a todas las materias o sólo a las contempladas en el Proyecto, tal y como se había determinado en el Código civil francés y en el Proyecto de 1821.

Si entendemos que la derogación concernía a todo el Derecho civil del Antiguo Régimen, con independencia de que la materia objeto de su atención estuviera o no prevista en el Proyecto, debemos considerar que los autores del texto sólo aceptaban las costumbres *extra legem* y *secundum legem* para el futuro, pensando en las normas consuetudinarias que pudieran crearse a partir de la entrada en vigor del nuevo Proyecto.

Por el contrario, si partimos de la idea de que los autores del texto tenían en mente la derogación del antiguo derecho en relación a las instituciones incluidas en el Proyecto de Código civil, dejando subsistente el derecho anterior referido al resto de instituciones no previstas en el texto, debemos entender lo siguiente.

De un lado, que los redactores del texto de 1836 aceptaban la costumbre *extra legem*, ya fuera antigua o nueva, en las materias no abordadas en el Proyecto. Y, de otro, que la admisión de la costumbre *secundum legem* se formuló considerando únicamente lo que podría suceder en el futuro, teniendo en cuenta las costumbres que pudieran establecerse a partir de la entrada en vigor del Proyecto en relación a las instituciones en él reguladas.

De otra parte, y del mismo modo que sucedía en el Código francés, algunos preceptos del articulado del Proyecto de 1836 remiten a la costumbre del lugar. Es el caso del artículo 988 referido a la interpretación de los contratos.

A la vista de lo señalado, y como síntesis, cabe apuntar que, en materia de fuentes, el Proyecto de 1836 no introducía novedades en relación al Proyecto de 1821. Los autores del texto de 1836 seguían teniendo como referente el Código napoleónico en el papel preeminente que otorgan a la ley y en la remisión que hacen a la costumbre del lugar en distintas partes del articulado. Y tienen en cuenta la tradición castellana para prohibir expresamente la costumbre *contra legem*.

Por último, cabe anotar que de ser cierta la interpretación señalada conforme a la cual el artículo 12 sólo derogaba el derecho anterior en relación a las materias tratadas en el Proyecto, esta previsión también traería causa del modelo francés.

C) El Proyecto de 1851

La Comisión General de Codificación creada en 1843 y responsable de la redacción del Proyecto de 1851 volvió a incluir en el texto un título preliminar reservado a las leyes y sus efectos y a las reglas generales para su aplicación, conservando así la tradición impuesta por el Código de 1804 y continuada en los Proyectos de 1821 y 1836³¹.

Siguiendo la pauta marcada por el Proyecto de 1836, el artículo 5 del texto de García Goyena volvía a prohibir la costumbre *contra legem* estableciendo que «no valdrá alegar contra su observancia [la de las leyes] el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario, por antiguas y universales que sean». De modo que, a través de esta fórmula indirecta, se ratificaba el valor jurídico de la costumbre como fuente del Derecho español siempre que fuera *secundum o praeter legem*.

La redacción del artículo 1992, que causó tanta preocupación en los territorios forales, era mucho más precisa que la de su antecedente, el artículo 12 del Proyecto de 1836, en lo que concierne al planteamiento general de las fuentes del derecho. Los autores del texto de 1851 expresaron claramente que la derogación del derecho anterior sólo afectaba a las materias tratadas en el nuevo Proyecto³². La afirmación nos permite considerar que García Goyena y el resto de los miembros de la Comisión aceptaban la costumbre *extra legem*, ya fuera antigua o nueva, en las materias no abordadas en el texto. Y las costumbres *secundum legem* que pudieran formarse en el campo de las instituciones reguladas en el Código una vez que el texto entrara en vigor.

En correlación con el artículo 1992, el artículo 1237 prohibía que los esposos pactasen que el régimen económico-matrimonial se rigiera por los fueros o costumbres que hasta entonces habían estado en vigor en diferentes provincias o comarcas del reino. Y sólo de manera transitoria, los artículos 1263 y 1264 preveían algunas excepciones para permitir la continuidad de las capitulaciones realizadas conforme a las leyes y fueros antiguos.

En el marco de la Codificación española y en lo que concierne a las fuentes del derecho, la principal novedad que aportaba el Proyecto de 1851 era la pro-

³¹ Proyecto de Código civil de 1851, en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 321-496.

³² El propio GARCÍA GOYENA relaciona el artículo 1992 del Proyecto con la norma francesa de 30 de Ventoso del año XII que, en términos similares, derogó el antiguo Derecho francés en relación a las instituciones incluidas en el nuevo Código. GARCÍA GOYENA, Florencio. *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid, Impr. de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 1852. Reimpresión, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Cometa, Zaragoza, 1974, II, p. 1022.

hibición explícita de que la jurisprudencia pudiera tener valor de fuente de producción del derecho. La idea no figuraba en los Proyectos de 1821 y 1836 aunque ya se contemplaba en varios Códigos europeos, incluido el francés de 1804³³.

El artículo 13 del Proyecto de 1851 prohibía a los jueces resolver en los asuntos de su competencia por medio de disposiciones generales y reglamentarias. Como argumento se esgrimía el principio de la separación de poderes. Se recordaba que la facultad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales era la única atribución que correspondía a los tribunales³⁴.

D) El Proyecto de Libro I de Código civil de Romero Ortiz de 1869

El Proyecto de Libro I de Código civil, presentado por el Ministro Romero Ortiz en mayo de 1869 ante las Cortes, se vincula con los anteriores textos porque introduce un título preliminar dedicado a las leyes. Reitera en el artículo 5 la prohibición de la costumbre *contra legem*. E impide, en el artículo 8, que la jurisprudencia pudiera tener valor de fuente del Derecho español³⁵.

Como novedad, el artículo 9 contemplaba por primera vez en la Codificación civil española la situación de insuficiencia de la ley. Problema para el que el autor del Proyecto preveía como soluciones el recurso a la interpretación, a la analogía y a los principios del Derecho natural.

El contenido de este precepto mantiene relación con el artículo 15 del Código civil sardo de 1838, si bien entre ambos existe una diferencia. El Proyecto español se refiere al Derecho natural y el Código de Cerdeña habla de principios generales del derecho³⁶.

Ni en la exposición de motivos ni en el articulado redactado del Proyecto de 1869 figura referencia alguna a la situación en que quedaría el antiguo derecho en el caso de que el Proyecto alcanzara vigencia. Es de suponer que esta cuestión se habría abordado en la parte final del Proyecto que no llegó a redactarse.

³³ Al margen de que esta previsión estuviera recogida en el Código napoleónico, tal y como hemos señalado en la primera parte de este trabajo, la misma idea la encontramos en el artículo 8 del Código austriaco («Los jueces no pueden fallar nunca de una manera reglamentaria») y en el artículo 18 del Código civil sardo de 1838 («Los fallos o sentencias de los tribunales no tendrán nunca fuerza de ley»). VERLANGA HUERTA, Fermín, y MUÑIZ MIRANDA, José, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros...*, traducida del francés por... 2.^a ed. Imprenta de D. Antonio Yenes, Madrid, 1847, p. 1.

³⁴ GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, I, pp. 9-10.

³⁵ *Proyecto de ley del Libro primero del Código civil*, presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869 por el Ministro Antonio Romero Ortiz, en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*. Sesión de 21 de mayo de 1869, apéndice 5 al número 79. También en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 470-543.

³⁶ «Si no se pudiese fallar un pleito por el testo ni por el espíritu de la ley, se habrá de atender a lo que en casos parecidos dispongan otras leyes, y a los principios que sirvan de fundamento a leyes análogas. Si a pesar de todo la cuestión quedare dudosa, se recurrirá a los principios generales del derecho, teniendo en consideración todas las circunstancias del hecho». VERLANGA HUERTA y MUÑIZ MIRANDA, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles*, p. 1.

2. LAS FUENTES DEL DERECHO EN LA ETAPA FINAL DE LA CODIFICACIÓN CIVIL

A) Las previsiones en materia de fuentes en el Proyecto de los Libros I y II de 1882

El Proyecto de los Libros I y II de 1882³⁷, elaborado a partir de la Ley de Bases de 22 de octubre de 1881³⁸, se distanciaba del Proyecto de García Goyena y asumía algunas de las novedades introducidas en el texto presentado por Romero Ortiz en las Cortes en 1869.

La corrección, en su caso, del contenido del Proyecto de 1851 estaba respaldada por el artículo 1 de la Ley de Bases que autorizaba al Gobierno para publicar como Ley del Reino el Proyecto de Código civil de 1851 con las modificaciones que se consideraran oportunas, atendiendo a la situación del país y a los avances habidos en la ciencia del Derecho.

El artículo 5 del Proyecto, siguiendo las previsiones de los textos anteriores, reiteraba la prohibición de la costumbre *contra legem*. Y el artículo 12 contemplaba que en los supuestos de insuficiencia de la ley se recurriera a la norma que regulara casos y materias semejantes, es decir, a la analogía, y, en su defecto, a los principios generales del Derecho. Nótese que los principios del Derecho natural previstos en el Proyecto de 1869 se sustituyen en 1882 por los principios generales del derecho.

Y, de otro lado, en el Proyecto de 1882 desaparece la disposición que en los Proyectos de 1851 y 1869 impedía que los jueces y tribunales dictaran resoluciones con carácter general o reglamentario. Se abría así la posibilidad para el reconocimiento de la jurisprudencia como fuente del derecho.

En relación a los derechos de los territorios forales, en los que la costumbre era una fuente importante, de la exposición de motivos presentada a las Cortes cabe discurrir que los autores del Proyecto de 1882, en el caso de haber llegado a concluirlo, se habrían distanciado del artículo 1992 del Proyecto de 1851, permitiendo la continuidad de estos derechos y con ello el mantenimiento de las costumbres y los usos propios de los territorios forales.

En la Exposición se refiere que la Comisión tenía previsto examinar con detenimiento distintas instituciones, es el caso de la viudedad del cónyuge, la testamentifacción, las legítimas, el fuero de troncalidad, los foros, la *rabassa morta* y otras propias del régimen foral, con el fin de establecer las condiciones de la relación entre el Derecho general y las costumbres y la legislación particular de algunas poblaciones. Al mismo tiempo que se reitera el compromiso del Gobierno de respetar el régimen foral en su fondo y en su esencia³⁹.

³⁷ Proyecto de Código civil, Libros I y II, presentado a las Cortes el 24 de abril de 1882 por el Ministro de Gracia y Justicia Manuel Alonso Martínez, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 9 de mayo de 1882, apéndice 6 al número 95. También en LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 545-607.

³⁸ Ley de Bases para la redacción del Código civil, de 22 de octubre de 1881, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 24 de octubre de 1881, apéndice al número 24.

³⁹ LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 546-547.

B) El Proyecto de Ley de Bases de 1885 y la enmienda de Augusto Comas: el debate en el Senado sobre las fuentes del Derecho español

En 1885 el Ministro de Gracia y Justicia recibió autorización para llevar a las Cortes un nuevo proyecto de Ley de Bases para la redacción del Código civil. El encargo se concretó en la práctica, apenas unos días después, con la presentación del texto de un nuevo Proyecto ante el Senado por parte del Ministro Francisco Silvela⁴⁰. A los efectos del tema que nos ocupa, el Proyecto de Ley de bases de 1885 interesa por dos cuestiones.

En primer lugar, porque el artículo 5 preveía la continuidad de las leyes, fueros, disposiciones forales, usos, costumbres y doctrina de los derechos forales una vez que se publicara el Código civil que debía elaborarse. Al mismo tiempo establecía el carácter supletorio del Código en los territorios con derecho propio. En defecto de los derechos forales pero también del Derecho romano y del canónico.

Y, en segundo término, porque si bien la Base 1.^a establecía que el futuro Código debía ajustarse al plan general del Proyecto de 1851, volvía a autorizarse a los redactores del articulado para que introdujeran en él los cambios necesarios a fin de incorporar al texto las enseñanzas de la doctrina y atender a nuevas necesidades con soluciones tomadas de otras legislaciones, propias o extrañas, ya aceptadas por los jurisconsultos españoles.

El 10 de marzo de 1885 comenzó en el Senado la discusión del Proyecto de Bases con la lectura de la enmienda que el senador Augusto Comas había presentado a la Base 1.^a, relativa a la estructura y sistema del Código civil⁴¹.

Vale la pena detenerse en la enmienda de Comas por las novedades que figuran en su contenido, pero también porque propició el único debate de conjunto que hubo en las Cortes españolas sobre las fuentes del derecho a lo largo del siglo XIX⁴².

⁴⁰ *Ley de Bases para la redacción del Código civil*, de 7 de enero de 1885, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 12 de enero de 1885, apéndice al número 54.

⁴¹ *Enmienda a la Base 1.^a del Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885, presentada por Augusto Comas*, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 2 de marzo de 1885, apéndice al número 75. Y la discusión en el *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesiones de 10, 11, 12 y 13 de marzo, números 82, 83, 84 y 85.

El autor de la Enmienda, Augusto COMAS, nació en Madrid en 1834, ocupó la Cátedra de Derecho mercantil en Barcelona, más tarde la de Derecho privado en Valencia y en 1867 la de Derecho civil en la Universidad Central. Su obra más importante fue su revisión del Código civil (*La revisión del Código civil*. Madrid, Imprenta y Litografía de los Huérfanos, 1895). Al margen de la actividad académica fue Diputado y Senador en varias legislaturas. Para profundizar en sus datos biográficos véase LEZÓN Y FERNÁNDEZ, Manuel, *Augusto Comas como legislador, catedrático y jurisconsulto*. Hijos de M. G. Hernández, Madrid, 1903 y LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación*, 4-I, nota 55, p. 443.

⁴² La defensa pública que COMAS hizo de su Enmienda recabó los elogios de varios senadores en la Cámara y también fuera de ella. En este sentido, Felipe SÁNCHEZ ROMÁN recordaba en 1890, el interés del debate suscitado a partir de la presentación de la Enmienda y del propio discurso de COMAS. En su opinión, el plan de Código civil presentado por COMAS «era muy superior y preferible, en la mayor parte de sus fundamentos, al del Proyecto de 1851 que las bases aceptaban, para la formación del Código civil». SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *La Codificación civil en*

En la estructura del Código propuesto por COMAS, el Libro I se destinaba a la determinación de las fuentes del Derecho civil. Llama la atención que, rompiendo con el uso implantado por el Código francés y seguido en los proyectos anteriores, Comas ampliara el objeto del Libro para incluir, explícitamente, como fuentes del derecho, a la costumbre y a la jurisprudencia junto a la ley. Y también que la ampliación del contenido de esta primera parte del Código se reflejara incluso en el nombre con el que se encabezaba el Libro. Su objeto ya no eran las leyes, sino las fuentes del Derecho civil.

Las previsiones contenidas en este Libro I reservado a las fuentes del Derecho civil se referían a dos cuestiones principales⁴³.

La primera parte del articulado tenía como objeto la clasificación de las fuentes del Derecho privado, al mismo tiempo que se preveía la inclusión de las condiciones que cada una de ellas debía cumplir para ser consideradas fuentes de producción del derecho.

Respondiendo a este planteamiento, el título primero quedaba estructurado en tres capítulos dedicados respectivamente a la leyes, la costumbre y la jurisprudencia. El reconocimiento de la ley y la costumbre como fuentes del Derecho español no suponía novedad alguna, salvo por el reconocimiento expreso que entonces se hacía de la costumbre. Se sustituía así la admisión tácita de esta fuente del derecho que había sido el mecanismo utilizado en los proyectos anteriores.

Por el contrario, sí era una novedad, y además importante, la inclusión de la jurisprudencia como fuente del derecho. Cabe recordar que en los Proyectos de 1851 y 1869 se impedía esta posibilidad una vez que se prohibía a los tribunales dictar disposiciones de carácter general. Y que en el Proyecto de 1882, aunque se había omitido tal prohibición, no se había llegado a incorporar, de manera expresa, la jurisprudencia como fuente del derecho.

Y la segunda se destinaba a la relación que existía entre las distintas fuentes del Derecho privado y la que vinculaba a éstas con los Derechos forales y con los Derechos mercantil e internacional.

De acuerdo con este plan, en el Código de Comas, el título 2.º del Libro I quedaba distribuido en tres capítulos. El primero destinado a las relaciones entre la ley, la costumbre y la jurisprudencia. El segundo reservado a la relación de la legislación general con la especial, comprendiendo ésta tanto la foral como la mercantil. Y el tercero destinado a los lazos que debían articular el derecho nacional con el extranjero.

España en sus dos períodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código civil y trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices del Derecho foral (1811-1890). Establecimiento Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1890, pp. 40-41.

La Enmienda de Augusto COMAS, junto a los discursos que pronunció en el Senado en su defensa, se publicó como libro, con prólogo de Eduardo Pérez Pujol, con el título *Proyecto de Código civil. Enmienda presentada al Senado*, Est. Tipo. de Ricardo Fe, Madrid, 1885.

⁴³ La defensa de la Enmienda en lo relativo a las fuentes del derecho ocupó a COMAS en la sesión del 11 de marzo. *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 11 de marzo de 1885, número 83.

Comas se mostró crítico con el Proyecto de 1851 por haber reducido las fuentes del derecho a la ley y por contener, en el título preliminar, una sola referencia a la costumbre. La destinada a la prohibición de la costumbre *contra legem*, que, en otro orden de consideraciones, él mismo también rechazaba. Y como argumento a favor de la incorporación de la jurisprudencia a las fuentes del Derecho español, el senador recordó a la Cámara que, en la práctica, la jurisprudencia ya tenía el valor de fuente de producción del derecho. Y esto porque los artículos 1691, 1692 y 1782 de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 preveían el recurso de casación por infracción de ley o de doctrina legal de los tribunales⁴⁴.

Una vez expuestas sus reflexiones acerca de la conveniencia de que el Código incluyera la costumbre y la jurisprudencia entre las fuentes del derecho, la preocupación de Comas se orientó hacia los problemas que se derivaban de la inexistencia de reglas que determinasen con precisión las condiciones del ejercicio de la potestad reglamentaria por parte del ejecutivo. En su opinión, el legislador debía fijar los límites de esta potestad en el ámbito del Derecho privado para evitar que, a la sombra del artículo 54 de la Constitución, el ejecutivo interviniera en las relaciones entre los particulares.

Y, por último, en lo que tocaba a las relaciones entre la ley, la costumbre, la jurisprudencia y los reglamentos dictados por el ejecutivo y las de estas fuentes con el Derecho internacional, el Derecho mercantil y los derechos forales, por cuya conservación aboga en distintas partes de su intervención, Comas defendió la conveniencia de que en el Código se incluyeran las reglas necesarias para regular estas relaciones, pero sin aportar soluciones concretas.

Concluida la defensa de la enmienda, Manuel Silvela, en nombre de la Comisión, tomó la palabra para contestar a Comas abordando varias cuestiones.

En primer lugar, afirmó que la Ley de Bases no obligaba a los redactores del Código a sujetarse literalmente al Proyecto de 1851, una vez que el mismo texto precisaba que los responsables de la redacción del texto deberían tener en cuenta el Proyecto de García Goyena pero también el derecho histórico, la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo y cualquier innovación requerida por los tiempos⁴⁵.

A continuación, declaró que la Comisión tenía previsto ocuparse de la costumbre como fuente del derecho e incluirla en el futuro Código por tratarse de una fuente de creación del derecho prevista en Partidas, uno de los textos del Derecho histórico que los redactores del Código debían tener en cuenta para la elaboración del Código.

En tercer lugar, manifestó que, en relación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la Comisión consideraba que al articulado del Código debía incorporarse el contenido de las sentencias que se hubieran dictado hasta la fecha de su redacción, pero que no tenía previsto formular un reconocimiento general de la

⁴⁴ *Ley de Enjuiciamiento civil*, de 23 de febrero de 1881. El texto se publicó en sucesivos números de la *Gaceta de Madrid* entre el 5 de febrero y el 22 de febrero de 1881.

⁴⁵ La intervención de Manuel SILVELA, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 12 de marzo de 1885, número 84.

jurisprudencia como fuente del derecho por ser ésta una cuestión reservada a la legislación procesal.

Y, por último, en el ámbito de los reglamentos dictados por el ejecutivo en el campo del Derecho privado, Silvela refirió que, en el caso de prosperar la redacción del Código civil, ya no sería necesario el señalamiento de límites al ejercicio de la potestad reglamentaria. Y ello porque, una vez elaborado y promulgado el Código, el ejecutivo no tendría necesidad de reglamentar asuntos propios del Derecho privado.

Finalizada la intervención de Silvela, Comas, en la sesión de 12 de marzo, retiró la enmienda después de volver a insistir en la conveniencia de que la costumbre y la jurisprudencia se consignaran en el futuro Código, junto a la ley, como fuentes del derecho. Según sus propias palabras, consideraba suficientes las explicaciones dadas por Manuel Silvela en representación de la Comisión⁴⁶. Sin embargo, la decisión de Comas sorprende, a pesar de la justificación dada, si tenemos en cuenta que, como quedó de manifiesto en el discurso de Silvela, la Comisión no compartía la mayor parte de las opiniones y puntos de vista planteados por el académico y senador en su enmienda.

La práctica parlamentaria vuelve a causarnos sorpresa una vez que constatamos que, no obstante la retirada de la enmienda, su presentación y discusión en el Senado tuvo una consecuencia importante. Manuel Silvela decidió retirar la Base 1.^a con el fin de proporcionarle una nueva redacción que flexibilizara y ampliara su contenido con el objetivo de que los redactores del Código tuvieran una mayor libertad, pudiéndose distanciar del contenido del Proyecto de 1851 en todos los aspectos que consideraran convenientes⁴⁷.

La modificación de la Base permitió que los miembros de la Comisión pudieran tener en cuenta las exposiciones de principios o de método surgidas de la discusión en los cuerpos colegisladores. Esto hizo posible que, finalmente, alguna de las propuestas de Comas se incorporara al Código civil de 1888-1889.

Sin la presentación y discusión de la enmienda en el Senado y sin la reforma de la Base 1.^a es probable que el Código de 1888-1889 hubiera reproducido las previsiones del Proyecto de 1851, restringiendo a la ley las fuentes del ordenamiento español.

C) Las fuentes en el título preliminar del Código civil de 1888-1889

Los redactores del título preliminar del Código civil de 1888-1889, a la vista del contenido del Código civil francés de 1804, de los proyectos de Código civil de 1821, 1836, 1851, 1869 y 1882, de la Ley de Bases de 1885 y de la Enmienda de Comas a su Base 1.^a, diseñaron el sistema de fuentes del Estado liberal a finales de siglo.

En relación al título que debía darse a la parte del Código reservada a las fuentes del derecho, los autores del título preliminar mantuvieron la denominación tradicional, descartando la propuesta de Comas. Por esta razón

⁴⁶ *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 12 de marzo de 1885, número 84.

⁴⁷ El texto de la Base 1.^a con la nueva redacción puede verse en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 13 de marzo de 1885, apéndice sexto al número 85.

en 1888-1889, el título preliminar se intitula de nuevo «De las leyes, de sus efectos y de las reglas generales para su aplicación». En el encabezado se omite toda referencia a cualquier fuente que no sea la ley.

El artículo 5, fiel a la tradición castellana, incorporada a los proyectos anteriores, vuelve a prohibir la costumbre *contra legem*. De modo que, desde este punto de vista, el Código civil tampoco aportó novedad alguna.

El cambio más significativo lo localizamos en el artículo 6,2. En el precepto en el que, por primera vez en la Codificación civil española, se enumeran las fuentes del Derecho español, al mismo tiempo que se da preferencia a la ley.

Como fuentes del ordenamiento jurídico español se señalan la ley, la costumbre local y los principios generales del derecho. Se asume así, de manera parcial, la relación de fuentes propuesta por Comas, una vez que se descarta la jurisprudencia. Al mismo tiempo se incorporan los principales generales del derecho ya contemplados en el Proyecto de 1882⁴⁸.

Y se establece un orden jerárquico conforme al cual, en primer lugar, debe aplicarse la ley; en su defecto, la costumbre; y, en ausencia de ambas, los principios generales del derecho⁴⁹.

De otra parte, los artículos 12 y 13, distanciándose del artículo 1992 del Proyecto de 1851, y acercándose al planteamiento expresado en la exposición de motivos del Proyecto de los Libros I y II de 1882, dan continuidad a la costumbre en el marco de los derechos forales una vez que el párrafo segundo del artículo 12 establece que,

«En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales».

Y en el artículo 13 se señala que,

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga á aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes».

El artículo 1976 deroga los cuerpos legales, usos y costumbres que hasta entonces habían constituido el Derecho de Castilla. Respetando en todo caso,

⁴⁸ Artículo 6,2: «Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho».

⁴⁹ La doctrina no ha logrado ponerse de acuerdo acerca de cuál es el precepto en el que se establece el rango jerárquico de las fuentes del ordenamiento español. CASTÁN consideraba que la jerarquía se determinaba en este artículo 6 [CASTÁN TOBEÑAS, José, «Aplicación y elaboración del derecho (Esquema doctrinal y crítico)», *RGLJ*, noviembre, 1945], mientras que Federico de CASTRO defendía que era el artículo 5, el que prohíbe la costumbre *contra legem*, el que establecía la supremacía de la ley sobre la costumbre (CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho civil de España*. 2.^a ed. *Parte General*, Tomo I. *Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, p. 342).

los derechos adquiridos de los castellanos; los cuerpos legales, usos y costumbres de los territorios forales, esto de conformidad con lo dispuesto en los ya mencionados artículos 12 y 13; y los usos de comercios usados en cada plaza, dado que la derogación sólo afectaba a las materias objeto del Código:

«Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que en este Código se declaren subsistentes».

Y, por último, el artículo 1317 declaraba la nulidad de las cláusulas que determinasen que los bienes de los cónyuges se someterían a las fueros y costumbres de las regiones forales en lugar de a las disposiciones generales del Código. La medida quería evitar que en el territorio de derecho común se optara por el derecho foral.

3. LA REFORMA DEL TÍTULO PRELIMINAR DE 1973-1974

La Ley de Bases para la modificación del título preliminar del Código civil de 17 de marzo de 1973 ordenaba a la Comisión General de Codificación que en el nuevo título preliminar se enumeraran de modo directo, sistemático y jerarquizado las fuentes del ordenamiento jurídico, conservándose, en todo caso, las ya recogidas en el Código civil de 1888-1889, y manteniendo la primacía de la ley sobre las demás.

En cumplimiento del mandato recibido, la Comisión enumeró en el artículo 1,1 del nuevo título preliminar, cuyo nombre recupera en parte la propuesta de Augusto Comas de 1885⁵⁰, la ley, la costumbre y los principios generales del derecho como fuentes del Derecho español. El precepto vino a sustituir al antiguo artículo 6,2 del Código primigenio.

En relación a la costumbre, el nuevo artículo introdujo como novedad los requisitos que la costumbre debía cumplir para ser admitida como fuente del derecho. En la redacción de 1888-1889, no se le exigía ninguna condición. A partir de la reforma se requiere que la costumbre no sea contraria a la moral o al orden público y se exige su prueba. También desaparece la referencia al carácter local de la costumbre. Esto permite admitir la costumbre general. Y al mismo tiempo, junto a la costumbre, y con el mismo rango, aparecen por primera vez, los usos sociales.

La costumbre *contra legem* no parece preocupar ya a los autores de la reforma, que optan por la supresión de cualquier referencia a ella. Sólo en la reunión de la Comisión General de Codificación de 5 de diciembre de 1973,

⁵⁰ El nombre que se otorga al nuevo título preliminar hace referencia no sólo a la ley, sino, de modo general, a las normas jurídicas. Comas proponía que la denominación del título preliminar aludiera a las fuentes del Derecho civil.

uno de los vocales, el Sr. Iglesias, planteó la cuestión de lo que sucedería a partir de entonces con la costumbre contraria a la ley⁵¹.

En lo que toca a los principios generales del derecho, cabe señalar que en la reforma de 1973-1974 se altera su relación con la ley y la costumbre. Y ello porque, en el artículo 1.4 se determina su carácter informador del conjunto del ordenamiento jurídico, previsión que no figuraba en 1888-1889. La atribución de esta condición a los principios generales del derecho relativiza su posición respecto de la ley y de la costumbre.

La última novedad que queremos señalar en el contexto de la reforma efectuada del Título preliminar en 1973-1974 se refiere a la jurisprudencia. El legislador español sigue sin reconocerle valor de fuente de creación del derecho como proponía Comas en 1885, pero introduce la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho, como complemento del ordenamiento jurídico

IV. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

ALLINNE, Jean Pierre (éd.), *Itinéraire(s) d'un historien du droit. Jacques Pומרède, regards croisés sur la naissance de nos institutions*, CNRS-Université de Toulouse-Le Mirail, Toulouse, 2011.

ÁLVAREZ CORA, Enrique, *La arquitectura de la justicia burguesa. Una introducción al enjuiciamiento civil en el siglo XIX*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

BARÓ PAZOS, Juan, *La Codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993.

CARBONNIER, Jean, *Droit civil. Introduction*, PUF, París, 21.ª ed. puesta al día, 1992.

CASTÁN TOBEÑAS, José, «Aplicación y elaboración del derecho (Esquema doctrinal y crítico)», *RGLJ*, noviembre, 1945.

CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho civil de España*, 2.ª ed., *Parte General*, Tomo I, *Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949.

Code de Procédure civile, Édition originale et seule officielle, Imprimerie Impériale, Paris, 1806.

Code forestier avec l'exposé des motifs, la discussion des deux chambres, des observations sur les articles, e l'ordonnance d'exécution, publié par M. Brouse, Charles Béchét, Libraire, París, 1827.

⁵¹ Acta del Pleno de la Comisión General de Codificación de 5 de diciembre de 1973, p. 12. En *Actas de las sesiones de la Comisión General de Codificación. 1828-1994*. 2 DVDs. Madrid, 2007, por la cita, DVD 2. 2. Actas del Pleno.

- Code pénal de l'Empire français*, Imprimerie Impériale, París, 1810.
- COMAS, Augusto, *Enmienda a la Base 1.ª del Proyecto de ley de bases de 7 de enero de 1885*, presentada por, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 2 de marzo de 1885, apéndice al número 75.
- *Proyecto de Código civil. Enmienda presentada al Senado*, con prólogo de Eduardo Pérez Pujol, Est. Tipo. de Ricardo Fe, Madrid, 1885.
- *La revisión del Código civil*, Imprenta y Litografía de los Huérfanos, Madrid, 1895.
- CHOFRE SIRVENT, José, *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes españolas (1810-1837)*, Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid, 1996.
- Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1^{er} Pluviôse an IX [20 de enero de 1801] par la Commission nommée par le gouvernement consulaire*, en PORTALIS, Jean-Etienne-Marie, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, Joubert, Libraire de la Cour de Cassation, 1844, París, pp. 1-62.
- DUVERGIER, Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'Etat*, Guyot, París, varios años.
- FENET, P. Antoine, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil ...*, Impr. de Ducessois, París, 1827; reimpresión, Otto Zeller, Osnabrück, 1968.
- GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Impr. de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852, Reimpresión, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. LACRUZ BERDEJO y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Cometa, Zaragoza, 1974.
- GARRIGA ACOSTA, Carlos, «Constitución, ley, reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España (1810-1814, 1820-1823)», en GARRIGA ACOSTA, Carlos y LORENTE SARIÑENA, Marta, *Cádiz...*, pp. 169-258
- GARRIGA ACOSTA, Carlos y LORENTE SARIÑENA, Marta, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Epílogo de Bartolomé Clavero, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- «El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)», en GARRIGA ACOSTA, Carlos y LORENTE SARIÑENA, Marta, *Cádiz*, pp. 261-312.
- GÉNY, François, *Método de interpretación y fuentes en Derecho privado positivo*, Estudio preliminar sobre el pensamiento científico Jurídico de Gény a cargo de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2000.

- HALPERIN, Jean-Louis, *Le Tribunal de cassation et les pouvoirs sous la Révolution (1790-1799)*, Préface de Gérard Sautel, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1987.
- LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, 2 vols, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1978.
- Ley de Enjuiciamiento civil*, de 5 de octubre de 1855, 2.^a ed. oficial, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1855.
- Ley de Enjuiciamiento civil*, de 23 de febrero de 1881. Se publicó en sucesivos números de la *Gaceta de Madrid* entre el 5 de febrero y el 22 de febrero de 1881.
- Leyes de bases para la redacción del Código civil:*
- *Ley de Bases para la redacción del Código civil*, de 22 de octubre de 1881, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 24 de octubre de 1881, apéndice al número 24.
 - *Ley de Bases para la redacción del Código civil*, de 7 de enero de 1885, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 12 de enero de 1885, apéndice al número 54.
- LEZÓN Y FERNÁNDEZ, Manuel, *Augusto Comas como legislador, catedrático y jurisconsulto*, Hijos de M.G. Hernández, Madrid, 1903.
- Loi qui fixe au 1^{er} janvier 1808, l'époque laquelle le Code de Commerce sera exécutoire*, en DUVERGIER, *Collection complète des lois*, 16, p. 191.
- LORENTE SARIÑENA, Marta, «De la Revista al Diccionario: Martínez Alcubilla y el orden de prelación de fuentes en la España decimonónica», en GROSSI, Paolo, TAU ANZOÁTEGUI, Víctor, CLAVERO, Bartolomé y LEIVA, Alberto David, *La Revista jurídica en la cultura contemporánea*, Edición Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, pp. 243-287.
- «Reflexiones sobre la casación en una época revolucionaria», en *El poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*. Jornadas sobre el poder judicial en el bicentenario de la Revolución francesa, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1990, pp. 205-215.
- Loi contenant la réunion des lois civiles en un seul corps de lois, sous le titre de Code civil des Français*. 30 Ventoso año XII (21 de marzo de 1804), en DUVERGIER, *Collection complète des lois*, 14, pp. 526-528.
- Observations sur le Projet présenté le 24 Thermidor an 8 par la Commission du gouvernement.*
- *Observations des commissaires du Tribunal d'appel séant à Paris*, en FENET, *Recueil*, V, pp. 91-291.

- *Observations du Tribunal de Cassation sur le Projet présenté par la Commission du Gouvernement*, en FENET, *Recueil*, II, pp. 415-755.
- *Observations du Tribunal d'appel séant à Ajaccio*, en FENET, *Recueil*, III, pp. 118-124.
- *Observations du Tribunal d'appel séant à Amiens*, en FENET, *Recueil*, III, pp. 124-142.
- *Observations faites par les membres de la commission nommée le 21 germinal dernier par le Tribunal d'appel séant à Montpellier*, en FENET, *Recueil*, IV, pp. 419-589.
- *Observations arrêtés par le Tribunal d'appel séant à Rouen, d'après et sur le rapport de sa commission*, en FENET, *Recueil*, V, pp. 455-554.

OLIVIER-MARTIN, François, *Histoire du Droit français des origines à la Révolution*, Domat Montchrestien, París, 1948. Reproducción fotomécánica, Éditions du CNRS, París, 1990.

Présentation et exposé des motifs du Code civil. Séance du 3 Frimaire an X (24 de noviembre de 1801), en FENET, *Recueil*, VI, pp. 33-52, por la cita, pp. 42-43.

Projet de Code Civil présenté le 24 Thermidor an 8 par la Commission du gouvernement, en FENET, *Recueil*, II, pp. 3-413, por la cita, pp. 3-4.

Proyectos de Código civil español:

- *Proyecto de Código civil de 1821*, en LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 7-71.
- *Proyecto de Código civil de 1836*, en LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 88-320.
- *Proyecto de Código civil de 1851*, en LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 321-496.
- *Proyecto de ley del Libro primero del Código civil*, presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869 por el Ministro Antonio Romero Ortiz, en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*. Sesión de 21 de mayo de 1869, apéndice 5 al número 79. También en LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 470-543.
- *Proyecto de Código civil, Libros I y II*, presentado a las Cortes el 24 de abril de 1882 por el Ministro Manuel Alonso Martínez, en *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado*. Sesión de 9 de mayo de 1882, apéndice 6 al número 95. También en LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación*, 4-II, pp. 545-607.

POUMARÈDE, Jacques, «Défense et illustration de la coutume au temps de l'Exégèse (Les débuts de l'École française du droit historique)», en JOURNÈS, Claude (éd.), *La coutume et la loi. Études d'un conflit.*, Presses Universi-

taires de Lyon, Lyon, 1986, pp. 95-111 y recientemente en ALLINNE, *Itinéraire(s)*, pp. 655-667.

- «De la fin des coutumes à la survie des usages locaux. Le Code civil face aux particularismes», en GAUVARD, C. (éd.), *Les penseurs du Code civil*, Coll. Histoire de la justice, n.º 19, AHJF-La Documentation française, París, 2009, pp. 172-182; también en ALLINNE, *Itinéraire(s)*, pp. 189-198.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *La Codificación civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código civil y trabajos preliminares para la formación de algunos apéndice del Derecho foral (1811-1890)*, Establecimiento Tipográfico «Sucesores de Rivadeneyra», Madrid, 1890.

Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso nono, nueuamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad, Salamanca, Andrea de Portonaris, 1555; ed. facsímil, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1985.

VERLANGA HUERTA, Fermín y MUÑIZ MIRANDA, José, *Concordancia entre el Código civil francés y los Códigos civiles extranjeros...*, traducida del francés por, 2.ª ed., Imprenta de D. Antonio Yenes, Madrid, 1847.

MARGARITA SERNA VALLEJO

La Codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias

SUMARIO: I. Introducción: el proceso codificador.–II. El paralelo compendio de legislación penitenciaria: su sentido.–III. Los fundamentos ideológicos de la Codificación.–IV. Aproximación a los dos primeros Códigos penales decimonónicos: inspiradores, principios y disposiciones fundamentales.–V. El texto punitivo de 1870. Las leyes especiales.–VI. La normativa de cárceles y presidios.–VII. Las disposiciones de orden público.

I

El denominado proceso de la Codificación española, especialmente penal y penitenciaria, tiene significado en un concreto acontecer histórico. Se trata del momento en que el metódico legislador patrio entiende que la dispersión de disposiciones era contraproducente y generaba harta confusión en cuanto a su vigencia e interpretación. La culminación normativa que representan los distintos e importantes textos reguladores de las respectivas materias alcanza un sentido de autentica norma de cultura pues se recopila, por vez primera, de manera orgánica, cuanto hace referencia al Derecho sustantivo, adjetivo y carcelario, que se venía aplicando de forma parcial y, en ocasiones, contradictoria, recogiendo las impresiones que la sociedad tenía respecto a lo que debía constituir la ordenación de la vida comunitaria y, en correspondencia recíproca, influyendo directamente en aquélla, señalándola comportamientos legales más adecuados a la filosofía penal del nuevo, largo y mejor tiempo que nace.

Sin poder llamarse técnicamente movimiento codificador, importa también, en este contexto, la nueva legislación sobre los cuerpos de seguridad pública que enlaza con el contenido global de la prevención y la represión de la delin-

cuencia decimonónica, completándose así el conjunto del sistema: primero la pesquisa y la consiguiente persecución policial del crimen, después la tipificación delictiva de los hechos efectivamente acaecidos y luego, en fin, la ejecución carcelaria de la pena impuesta a los culpables. Sin ocuparme ahora de las mismas, las disposiciones sobre el enjuiciamiento criminal, que alcanzan al sumario y al plenario de los juicios o a los recursos procedentes, vendrán a cerrar el total ordenamiento referido al derecho punitivo.

Los Códigos penales que ahora interesan son los aprobados, en este último periodo citado, en los años 1822, 1848 y 1870, deteniéndome así, lógicamente, y sin llegar a analizarlo, ya en el siglo siguiente, en el de la dictadura de Primo de Rivera de 1928. De semejante forma, voy a mencionar escuetamente determinada legislación especial de la etapa que invariablemente acompaña, a modo de suplemento, a la ordinaria. Lo mismo efectuaré, aunque con mayor y razonable extensión, al tratar de la historia legislativa de la prisión que, comenzando a principios del XIX, daré por concluida un siglo después, en los inicios del XX, con la elemental cita de los trascendentes Reales Decretos de 1901 y 1913 que implantan el régimen progresivo de cumplimiento de las condenas privativas de libertad, alumbramiento que pertenece a nuestro mejor acervo penitenciario.

Todos los textos punitivos comunes mencionados responden a un específico instante político que presenta su origen en la Constitución de Cádiz. Desde entonces, las diferentes políticas que gobernaron nuestro país sembraron su impronta en la concepción de los sucesivos textos criminales que, además, duraron relativamente poco, precisamente por los vaivenes ideológicos, si bien, tal y como veremos, algunos dejaron huella posterior indeleble. Incluso de alguno, del de 1822, se llegó a dudar, sin razón que lo avalase, que entrara en vigor; de otro, como el de 1870, llamado «Código de verano», pudo apreciarse singular andadura pues, aunque duró bastante más, se vio como fue derogado en 1928 y, cual Guadiana, restablecida su aplicación después, por la II República, hasta su supresión definitiva. De hecho, para contemplar un Código penal formalmente más longevo, pues sus sucesivas reformas ofrecían idéntica esencia, aunque ciertas puntuales modificaciones tenían aspectos técnicos, habrá de esperarse al del franquismo de 1944, lo cual es claramente indicativo de lo manifestado. Pero, en todo caso, como veremos *infra*, las firmas de los ministros de Gracia y Justicia del XIX (como Montero Ríos o Arrazola), que aparecen refrendando las correspondientes disposiciones criminales, son de las más destacadas de la época y lo mismo puede predicarse, con absoluta certeza, de los comentaristas que publican su obra con inmediata posterioridad a su vigencia (como Pacheco, Groizard o Gómez de la Serna/Montalbán) que, efectivamente, desplegaron su saber y sentaron las bases dogmáticas, durante décadas, del correcto sentido de los variados preceptos, creando una auténtica escuela científico-penal española.

Con independencia de la carga de pensamiento que toda norma contiene, la metodología, desde el segundo Código penal vigente en España, el de 1848, es bastante similar. Se parte de la división en Libros, el primero de los cuales resumía la Parte General de la disciplina punitiva y se concluía, en los dos restantes,

con la Especial o expresión detallada de los delitos y sus penas, así como de las faltas. Esta separación, didáctica y elemental, marcó hondo poso. Y ello hasta la etapa presente. Por eso se ha dicho que materialmente sigue en vigor. El primigenio, el de 1822, estaba marcado por un puro casuismo, sin especial sistemática, lo que después fue corregido.

Y si, desde entonces, un criterio actual se hizo dueño del contenido de la principal ley penal, la segunda norma en orden de importancia, la de Enjuiciamiento Criminal, aunque aquí no me detengo en ella, todavía conserva el subido mérito, lo que merece proclamarse y recordarse con reiteración, de seguir vigente su aplicación, pudiendo encontrarse en las palabras expositoras del gran jurista burgalés, ministro de tres carteras distintas, la última de Gracia y Justicia, con Práxedes Mateo Sagasta, Manuel Alonso Martínez, instituciones que inspiran el funcionamiento presente del proceso; tal fue su modélico rigor. Y todo ello es mérito del sentir del XIX.

Entre la doctrina española, no todos los autores han dedicado espacio a esta formación legislativa. Entre los más relevantes, por lo que alcanzo a ver, destacan entre todos los penalistas la amplia aportación de Luis Jiménez de Asúa¹, los variados trabajos ejemplares, ahora reunidos, del maestro José Antón Oneca²; de su discípulo José Cerezo Mir, en las brillantes páginas de su gran libro de Parte General³ y el artículo de la profesora M.^a Carmen Figueroa Navarro⁴. El erudito y enciclopédico tratado de Asúa no podía obviar relacionar la Codificación con su acostumbrada precisión, explicando el devenir desde una sabia óptica jurídico-política. Los documentados estudios monográficos de Antón abrieron y, a la vez, enseñaron a muchos, sin dudarlos, el recto camino investigador; el correspondiente capítulo de la obra de Cerezo es recopilatorio y eminentemente descriptivo y el valioso análisis de mi discípula de Alcalá es, esencialmente, contextual y valorativo. En cualquier caso, todo esto, que es muy bueno, no excusa de la realidad y es ella la que nos viene a indicar una lamentable e incontestable carencia: nuestra ciencia penal no se ocupa en demasía de la Codificación penal, lo que, por desgracia, es fácil de detectar en los manuales más recientes, incluso los producidos por la mejor y más manejada doctrina; a lo sumo, se encuentran en sus escritos algunas estrechas referencias al hablar del origen de ciertas instituciones, pero la exposición sistemática del acontecer normativo se encuentra en verdad ausente. La historia penal no es grata para muchos autores que inician así su magisterio literario en la teoría de la ley penal cuando no directamente en la del delito.

Lo mismo acontece en cuanto hace al tema penitenciario. Con independencia de los penitenciaristas clásicos, únicamente en la época actual más reciente

¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «Tratado de Derecho Penal», tomo I. 2.^a ed. Buenos Aires, 1956, pp. 705 y ss.

² ANTÓN ONECA, J., «Obras», tomo II. Buenos Aires, 2000, pp. 193 y ss., 223 y ss. y 243 y ss.

³ CEREZO MIR, J., «Derecho Penal. Parte General». Montevideo-Buenos Aires, 2008, pp. 113 y ss.

⁴ FIGUEROA NAVARRO, M.^a C., «El proceso de formación de nuestra legislación penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LIII, 2000, pp. 327 y ss.

puede detectarse un resurgir de este tipo de valiosos estudios históricos entre los que destacan, entre otros dignos de cita, los debidos a la pluma y a la inteligencia de mi discípulo, también de Alcalá, el profesor Enrique Sanz Delgado⁵.

Y si tal sucede en las disciplinas puramente penales, con mayor razón el panorama investigador se torna francamente oscuro en relación al desenvolvimiento de la seguridad ciudadana donde, en práctica soledad universitaria, en el momento actual, tiene subido valor informativo y recopilatorio la investigación del profesor Francisco Bobillo⁶.

II

La historia penitenciaria española es única. En otra ocasión, ya bastante lejana, la definí como «algo muy suyo» y no me arrepiento⁷. Cuando el viejo continente importa los sistemas carcelarios norteamericanos, el filadélfico o de aislamiento celular absoluto y el auburniano de trabajo cruel y silencioso, nuestro país se inclina por el de aglomeración, más barato, es verdad, pero también más humano, conforme a la idiosincrasia de un régimen que ya pensaba en el trato directo y en la recuperación final del penado mediante la corrección⁸; y cuando el sistema de reformatorio elmirano sienta sus reales también en Estados Unidos y se copia en Europa, nosotros, que siempre hemos ido por delante, ya hemos patrocinado el sistema progresivo de cumplimiento de condenas de prisión, establecido en el Reglamento del establecimiento de Ceuta en 1889, en las Torres del Cuarte valencianas y en el presidio de San Agustín de la misma capital del Turia por su director, el coronel Montesinos, régimen de ejecución de penas privativas de libertad consagrado, desde luego, en los ya citados, primer Real Decreto del siglo xx, el de 3 de junio de 1901 y en el importantísimo

⁵ Vid., referidos a nuestro país, los dos trabajos esenciales de este autor: SANZ DELGADO, E: «El humanitarismo penitenciario español del siglo xix». Madrid, 2003 y el mismo: «Regresar antes: Los beneficios penitenciarios». Madrid, 2007; así como sus no menores artículos: «Disciplina y reclusión en el siglo xix: Criterios humanizadores y control de la custodia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LV, 2002, pp. 109 y ss. y el mismo: «Las viejas cárceles: Evolución de las garantías regimentales», en *Anuario*, cit., tomo LVI, 2003, pp. 253 y ss.; otros profesores de mi escuela merecen aquí mencionarse, en este sentido, Vid. HERRERO HERRERO, C., «España penal y penitenciaria (historia y actualidad)». Madrid, 1985; TÉLLEZ AGUILERA, A: «Los sistemas penitenciarios y sus prisiones. Derecho y realidad». Madrid, 1998; FIGUEROA NAVARRO, M. C.^a, «Los orígenes del penitenciarismo español». Madrid, 2000; MARTÍNEZ GALINDO, G., «Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)». Madrid, 2002; LLORENTE DE PEDRO, P.-A., «Modalidades de la ejecución penitenciaria en España hasta el siglo xix», en *Anuario*, cit., tomo LVII, 2004, pp. 311 y ss. y el mismo: «Aspectos del revisionismo penal y penitenciario de la Ilustración española», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 2007, pp. 71 y ss.

⁶ BOBILLO, F. (Ed.), «Seguridad Pública. Documentos e imágenes del siglo xix». Madrid, 2011.

⁷ La expresión, después muy reiterada, es de agosto de 1997, en conferencia pronunciada el día 27, en un curso de verano de El Escorial (UCM).

⁸ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «La ideología correccional de la reforma penitenciaria del siglo xix», Madrid, 2006.

Real Decreto de 5 de mayo de 1913, auténtico Código Penitenciario⁹ con tintes inequívocos de especialización y modernidad.

Y en cuanto a destacados penitenciaristas y penitenciarios, en el resto del mundo nadie hay comparable, en esta etapa de formación, a una Concepción Arenal, a un Francisco Lastres, a un Rafael Salillas o a un Fernando Cadalso. El pietismo de la primera, útil como método de acercamiento al delincuente, anteponiéndole al delito cometido; los periplos divulgadores en Congresos internacionales del segundo, la aproximación clarividente a la actual individualización científica del tercero o la prácticamente vigente, durante muchas décadas, progresión en grados, hasta la Ley General penitenciaria, del cuarto, no tienen parangón en tiempo ni lugar alguno. Igual acontece con las prisiones de jóvenes¹⁰: del reformatorio de Alcalá, con primera reglamentación de 17 de junio de 1901, mandado después por Navarro de Palencia, a la prisión central de Ocaña, la creación de Cadalso para jóvenes-adultos, culminación del régimen progresivo hasta la obtención de la libertad condicional, todo se conjuga para hacer del internamiento algo diferente al mero encierro disciplinario y sin imaginación usado en otras latitudes. La prisión en España nunca fue expiación vengativa ni el recluso fue considerado como un enemigo.

Nuestros presidiarios han pasado de ser remeros en las galeras a ser mineros en las minas de Almadén, desempeñándose también como bomberos en los arsenales de la Marina. El magnífico y lúcido resumen de nuestro antiguo devenir penitenciario de Salillas¹¹ contiene toda la historia del antiguo periodo, hasta los presidios africanos. Y la imagen gráfica del gran penitenciario español, escrita en 1888, se corresponde impecablemente con la realidad. Nadie en tan pocas líneas ha sabido trazar la esencia del penitenciarismo de antaño. De «servir a remo y sin sueldo en los barcos del Rey», a extraer el venenoso polvo de azogue o mercurio de la tierra y, en fin, a achicar continuamente el agua de los buques en los puertos de la armada, se pasa a las obras de fortificación de las plazas del norte de África, posesiones españolas en territorio hostil y guerrero. El presidio mayor será Ceuta¹², auténtica «ciudad penitenciaria» la llama el cronista y los menores: Melilla, Alhucemas, peñón de Vélez de la Gomera e

⁹ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «Régimen penitenciario de España. Investigación histórica y sistemática». Madrid, 1975, p. 34.

¹⁰ Vid. NAVARRO DE PALENCIA, A., «El reformatorio de jóvenes delincuentes». Alcalá de Henares, 1907; GARCÍA VALDÉS, C., «Los Presos Jóvenes (Apuntes de la España del XIX y principios del XX)». Madrid, 1991, pp. 115 y ss. y CÁMARA ARROYO, S., «Internamiento de menores y sistema penitenciario», tomo I. Madrid, 2010, pp. 262 y ss.

¹¹ Vid. SALILLAS, R. «La vida penal en España». Madrid, 1888, p. 5.

¹² Vid. LLORENTE DE PEDRO, P.-A., «La ciencia penitenciaria del antiguo régimen aplicada al presidio de Ceuta». Ceuta, 2007; para los antecedentes africanos, Vid. también, el mismo: «El penitenciarismo español del antiguo régimen aplicado a su presidio más significativo: Orán-Mazalquivir». Madrid, 2005; para las presas y sus locales de encierro, Vid. GARCÍA VALDÉS, C.: «Las Casas de Corrección de mujeres: un apunte histórico», en «Libro Homenaje al profesor Doctor Ángel Torío López». Granada, 1999, pp. 587 y ss. y para la visión global del sistema penitenciario del momento, Vid. GARCÍA VALDÉS, C. y FIGUEROA NAVARRO, M. C.ª: «La Justicia penal y penitenciaria entre el Antiguo Régimen y el Moderno: los años de consolidación», en «Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat», tomo II. Madrid, 2008, espec. pp. 2339 y ss.

islas Chafarinas. La traslación de estas prisiones-recintos militares se lleva a cabo por disposición de 6 de mayo de 1907¹³. El Dueso y Ocaña, es decir Salillas y Cadalso, se disputan y reparten el destino, razonado y razonable, de los condenados, aunque la fuerza del segundo parece imponerse.

Y mientras tanto, cuando todo esto ocurre, claro es recordar que el mando militar es el competente para desempeñar la máxima autoridad del sistema. El Derecho penitenciario castrense se viene extendiendo a lo largo del tiempo. Si en primer lugar la competencia orgánica y funcional la ostentó Marina y luego se traspassa a Guerra, después de la misma se ocuparán ministerios civiles como Fomento y Gobernación, cayendo por fin bajo el organigrama y la égida de Gracia y Justicia en 1887, según el art. 6 de la Ley de Presupuestos de 29 de junio. Pero la organización y los guardianes, durante décadas, siguen siendo militares. Altos oficiales y prestigiosos jefes del ejército fueron el propio Montesinos, Abadía, Morla o Haro, comandantes de los presidios más referentes de la historia e impulsores de la normativa más trascendente del momento.

Será en 23 de junio de 1881 cuando se crea el Cuerpo de Empleados de Establecimientos Penales, de la mano del liberal, dos veces ministro, de Hacienda y Gobernación, Venancio González. A partir de entonces, los funcionarios serán civiles y su cometido más penitenciario que puramente castrense y los importantes nombres de directores militares serán sustituidos por otros no menos trascendentes de paisanos, personal que se desarrolla con la vigencia de la norma mencionada. Todo se viene así a cambiar. De los comandantes-alcaides de presidio se pasa a los directores, de los subcomandantes o el mayor a los subdirectores, del furriel al administrador, de los cabos a los vigilantes, de los celadores a los guardianes y los centros se van llenando así de un sentimiento correccional, del que ya hablé, lejano del riguroso ordenancismo típico del ejército. De su lado, las religiosas continúan ocupando las prisiones de mujeres en lo relativo a su dirección y control. Todo el período que se extiende desde los finales veinte años del siglo XIX al primer tercio del XX, se empapa de esta modalidad de ejecución de la pena privativa de libertad, más cercana al hombre, fundada en un aspecto religioso indudable, muy superior al extremo cumplimiento de las normas internas de régimen de los establecimientos.

Por lo que hace, en fin, a la arquitectura penitenciaria, aparte de la reconversión de viejos cuarteles, escuelas, almacenes o conventos, se impone la propia construcción radial o en forma de estrella para los grandes establecimientos y el denominado de poste de telégrafo para los de mediana capacidad. Mas en muchos continúa el viejo diseño de pabellones, con brigadas y dormitorios colectivos, o el de granja agrícola, reservándose un departamento celular para el aislamiento, generalmente en algunas de las galerías o en sus sótanos.

Esta es nuestra historia carcelaria de siglo y medio y, en relación con otras, incomparable. De hecho, el XIX español, en este preciso aspecto, no tiene rival,

¹³ Vid. SALILLAS, R., «La traslación de los presidios de África y la reforma penitenciaria». Madrid, 1906; DE LA TEJERA y MAGNIN, L., «Algunas ideas sobre Arquitectura e Ingeniería Penitenciarias. La Colonia Penitenciaria del Dueso». Madrid, 1909 y el mismo: «Estudios penitenciarios desde el punto de vista del ingeniero». Madrid, 1916, espec. pp. 81 y ss.

en humanidad y avances, respecto a otros ordenamientos. Cualquier establecimiento peninsular, en el aspecto del trato y el atisbo de tratamiento, es muy superior a los continentales que se inauguran por la misma época, inmersos, sin pensar ni ir más allá, en los severos y lúgubres modelos estadounidenses. Y si esto aconteció en los orígenes lejanos, la situación se vino a prolongar en el tiempo, hasta el momento actual, donde nuestros centros modulares polivalentes son infinitamente más adecuados, modernos y caros que cualquiera de los europeos.

III

El fundamento ideológico de la Codificación penal tiene una doble historia: la derivada de la costosa transformación del Derecho hacia cauces más humanitarios y la sentada en la Constitución gaditana, principio y fuente de los aspectos universales que hace suyos la renovada mente del nuevo legislador del XIX, especialmente el procesal.

En relación al primer tema, Europa desde medio siglo antes está experimentando un cambio en la forma de afrontar la comprensión y la represión de los delitos. Un humanitarismo, que nace como reacción a los desmanes pasados e incluso presentes, tiñe las esforzadas representaciones escritas de un Verri, de un Beccaria o de un Lardizábal¹⁴. Lo que efectúan todos estos sinceros y exigentes innovadores es, en líneas generales, presentarnos un ordenamiento jurídico que se erige limpio de barbarie. Uno puede centrarse en la crítica de la tortura, otro en la legalidad de los delitos y las penas y el tercero, en la ejecución penal; pero todos piensan en una norma superior de convivencia, ciertamente no desprovista del rigor que exigen los tiempos, mas sin arbitrariedades ni crueldades innecesarias. Ese fue su importante y valiente hallazgo. Dificultoso por demás, pues no debe olvidarse que, por ejemplo, el primero de los autores mencionados tiene que publicar su obra bastante tiempo después de haberla escrito o que Cesare Bonesana no puede hacerlo en su ciudad, sometida todavía al Imperio austríaco y que en España se introdujo tiempo después por la inquina inquisitorial¹⁵. Solamente cuando determinadas cortes palaciegas continentales (las de Leopoldo de Toscana o Catalina de Rusia) amparan y adoptan algunos de los principios contenidos en los brillantes opúsculos, éstos empiezan a circular en espacios más amplios teniendo el eco correspondiente.

¹⁴ Vid. ANTÓN ONECA, J., «Obras», tomo I. Buenos Aires, 2000, pp. 143 y ss.; SÁINZ CANTERO, J. A., «La ciencia del Derecho penal y su evolución». Barcelona, 1970, pp. 49 y ss. y GARCÍA VALDÉS, C. (Dir.), «Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica». Madrid, 1997, pp. 399 y ss.

¹⁵ Vid. la 1.^a ed. en castellano, de diez años después de la publicación del original beccariano, en 1764, de Juan Antonio DE LAS CASAS, para el impresor de Cámara, Joachin Ibarra: «Tratado de los Delitos y de las Penas». Madrid, MDCCCLXXIV.

Manuel de Lardizábal es un personaje de enorme relevancia como antecedente para la legislación de nuestro país¹⁶. De hecho, su proyecto codificador penal, encargado por el Consejo de Castilla, fue el primer y auténtico aldabonazo relativo a la necesidad de la recopilación sistemática de las disposiciones comunes punitivas. En España reina Carlos III y el ambiente ilustrado favorece la iniciativa; tal fue la importancia de su creación que, vigentes los primeros Códigos, siguió su obra teniendo múltiples ediciones, en todo caso hasta la segunda década del s. XX, en concreto, la postrera, en 1916. Importante jurista, sus apreciaciones penológicas tienen un alto interés; de hecho, sus reflexiones, por ejemplo, acerca de las casas de corrección, son determinantes para el proceso de iniciación y posterior consolidación de las mismas.

Sin embargo, la esencia y sentido de la punición viene de antes, en concreto de mediados del s. XVI, cuando se anticipan por algunos pensadores españoles las ideas ilustradas, especialmente en materia de sanciones. Alfonso de Castro, franciscano, teólogo, consejero real y jurista, es considerado como nuestro primer dogmático, como el auténtico fundador de nuestro Derecho penal, desde la hoy ya lejana obra de Gómez Parente¹⁷ que así, sin vacilación, le calificó. Hombre típicamente renacentista, su presencia doctrinal abarca gran parte del periodo citado. Asistente destacado en la coronación boloñesa del emperador Carlos V y participante en el Concilio de Trento, fue confesor de Felipe II y nombrado Arzobispo de Santiago. Uno de sus escritos tiene auténtico interés a nuestros efectos: «De potestate legis poenalis»¹⁸. En el mismo se encuentra el rechazo a la crueldad gratuita de las penas y su exigente proporcionalidad con el hecho cometido y, desde luego, lo de mayor significado: la distinción entre los objetivos y fines de aquéllas; así, en la fase de plasmación legal la pena posee un carácter inequívoco de amenaza o prevención general, diríamos hoy, a todos dirigida; y en la etapa de ejecución, de actuación sobre el preciso culpable, es decir prevención especial. Esta apreciación luminosa es pura modernidad. Será mucho después cuando el gran Liszt retome estas avanzadas ideas y formule aquel binomio como fundamento de la naturaleza de la sanción criminal¹⁹.

Su contemporáneo, el toledano Diego de Covarrubias y Leyva, oidor y auditor de la Chancillería de Granada, consejero de Estado y Presidente del Consejo de Castilla, más internacionalista que penalista, no obstante también dejó su huella en aspectos típicos y esenciales de la materia punitiva tales

¹⁶ Vid. ANTÓN ONECA, J., *Ob. cit.* I, pp. 253 y ss. y, monográficamente, dos de los discípulos de Jiménez de Asúa, BLASCO Y FERNÁNDEZ DE MORERA, F., «Lardizábal. El primer penalista de América española». México, 1957 y RIVACOBA Y RIVACOBA, M., «Lardizábal, un penalista ilustrado». Santa Fe, 1964.

¹⁷ GÓMEZ PARENTE, O., «Hacia el cuarto centenario de fray Alfonso de Castro, fundador del derecho penal». Madrid, 1958.

¹⁸ Editada en latín, en Salamanca, 1551; yo manejo la ed. de Amberes, 1565.

¹⁹ En el denominado Programa de Marburgo, 1882; hay ed. moderna de ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *vid.* LISZT, F.; «La idea del fin en el Derecho penal». Granada, 1995, pp. 80 y ss.

como, entre otros, la preterintención, dentro de la culpabilidad, como un *tertium genus*; o la legítima defensa, como excluyente de lo ilícito²⁰.

Haciendo un salto en el tiempo, dos autores italianos influyen, incuestionablemente y de forma directa, en la nueva legislación española codificada que ahora nace: Gaetano Filangieri²¹ y Pellegrino Rossi²². El primero, que dedica el tomo III de su innovador libro al Derecho penal, es tenido en cuenta y utilizadas sus reflexiones en los debates del Código penal de 1822; el segundo, a través de Pacheco, que se erige en su introductor y avalista en España, tiñe de filosofía ecléctica y utilitaria el siguiente y más importante texto penal sustantivo. Un tercero, Giandomenico Romagnosi²³, contemporáneo del primero, aportaba en su obra, seguida doctrinalmente y contundente en sus postulados, conocimientos más dogmáticos que los anteriores, pero la ausencia de una cercana versión castellana dificulta, salvo para una pequeña élite, que comiencen mayoritariamente a conocerse y extenderse en nuestro país. En el tema penitenciario, como ya veremos, la doctrina del correccionalismo, prácticamente coetánea, será reconvertida al hecho nacional por ilustres penalistas.

Pero el suceso histórico que es un giro copernicano, una convulsión radical, también para el Derecho penal, es la Revolución francesa. En concreto, dos Códigos, el del año 1791 y el napoleónico de 1810, recogen su herencia en aquel aspecto. Se limita el método ejecutivo, hasta entonces crudelísimo, de la pena de muerte –en no pocas ocasiones por descuartizamiento– asentándose la decapitación mediante la guillotina; se legisla acerca del principio de legalidad y se sientan otros tres firmes postulados penológicos, arrancados a la arbitrariedad, desde entonces inveterados e invariables: el de necesidad, personalidad e igualdad; es decir, únicamente se castigará con las penas necesarias o imprescindibles, que tendrán un carácter personal, sin trascender a terceros y, finalmente, serán aplicadas e impuestas por igual para todos. Si Europa, como ya he dicho, adopta doctrinalmente el genérico criterio humanitario doctrinal de cuarenta años antes, que comienza a desenvolverse, lo mismo viene a hacer respecto a sus textos punitivos, pues la mayoría, con contadas excepciones, se inspiran en el francés citado en último lugar.

²⁰ PEREÑA, L., «Diego de Covarrubias y Leyva, maestro del Derecho Internacional (1512-1577)», en *Anales de la Asociación Francisco de Vitoria*, 1955-1957, pp. 9 y ss.; para los autores del s. XVI, *Vid.* la clásica obra del padre MONTES, J., «Precursores de la ciencias penal en España». Madrid, 1911, pp. 5 y ss.

²¹ FILANGIERI, G., «Scienza de la legislazione». Napoli, 1780-1785; las traducciones al castellano que directamente influyen en el acontecer legislativo de nuestro país son las de 1813 y del mismo año que nuestro primer Código penal, 1822, debidas a Rubio, J y Ribera, J, respectivamente, ambas editadas en Madrid.

²² ROSSI, P., «Traité du Droit pénal». París, 1829; hay traducción española de Cortés, C., en Madrid, 1839.

²³ ROMAGNOSI, G., «Genesi del Diritto penale». Pavia, 1791; hay traducción moderna castellana de la ed. recogida en sus «Opere». Milano, 1841, de GONZÁLEZ CORTINA, C. y GUERRERO, J., Bogotá, 1956.

Cuando los constituyentes españoles se reúnan en Cádiz²⁴, planeará sobre los mismos la necesaria dulcificación del duro régimen de castigos y del ancestral sistema procesal imperante, así como una imprescindible aportación de modernas instituciones penales. De esta forma, en cuanto a las penas, se suprimen las penas de azotes, la confiscación universal de bienes o se sustituye el estrangulamiento mediante horca, como método del castigo capital, reemplazándola por el garrote, que se impone, con oscilaciones, durante más de siglo y medio; en cuanto al proceso, la medida más importante es la erradicación del tormento y los apremios, siendo igualmente de significar la derogación de la jurisdicción inquisitorial y la puesta a disposición judicial del detenido policialmente a las veinticuatro horas de su arresto; por fin, por lo que hace a la salvaguarda de los derechos de la persona, se establece la garantía judicial en la aplicación de las leyes y la inviolabilidad domiciliaria. El reciente discurso de apertura curso de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, del profesor Tomás Ramón Fernández, entre otros temas magistralmente tratados, resume con perfección los valores que incorpora este inmortal documento²⁵.

El gran protagonista de estas constituyentes fue Agustín Argüelles Álvarez. El exquisito abogado asturiano y embajador, de pensamiento liberal, es considerado, con razón, el principal redactor del texto de 1812 y de él procede, esencialmente, la abolición del tormento como prueba de cargo en los juicios penales. Latía en el prócer el buen letrado defensor de causas penales condicionadas, en contra del reo, por unos medios probatorios inhumanos y predeterminados. Presidente del Congreso y tutor de las Infantas –y, en consecuencia, de la futura reina Isabel II– durante la regencia de María Cristina de Borbón hasta 1843, con posterioridad al mágico instante gaditano es también uno de los más destacados prelegisladores de la siguiente Constitución española, de treinta y cuatro

²⁴ Vid. «Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz a 19 de Marzo de 1812», reimp. Madrid, 1820; Vid. ahora la cuidada publicación del Consorcio para la Conmemoración del II Centenario de la Constitución de 1812, en 2 vols. referidos respectivamente, a la edición de la propia Constitución, «grabada y dedicada a las Cortes por don José María de Santiago» en 1812 y al «Estudio preliminar» a esta primera ed. iconológica de Santos CORONAS GONZÁLEZ, Madrid, 2011.

²⁵ Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «La Constitución de 1812: Utopía y realidad». Madrid, 2011, pp. 59 y ss.; en el curso anterior, la lección de apertura en la docta casa tuvo el mismo objeto de estudio, Vid. ESCUDERO, J.A., «Las Cortes de Cádiz: Génesis y reformas». Madrid, 2010; Vid. también, homenajeando su primer centenario, SALILLAS, R., «En las Cortes de Cádiz. Relación acerca del estado político y social». Madrid, 1910 y modernamente, Vid. ARTOLA, M. (Ed.): «Las Cortes de Cádiz». Madrid, 2003; TERRADILLOS BASOCO, J. (Coord.): «Marginalidad, cárcel, las otras creencias: primeros desarrollos de La Pepa». Cádiz, 2008; LASARTE, J.: «Las Cortes de Cádiz». Madrid, 2009; WENTZLAFF-EGGEBERT, C. (Ed.), «Cádiz y la Constitución de 1812». La Plata, 2011; COLOMER VIADEL, A., «Las Cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 y las Independencias Nacionales en América». Valencia, 2011; CUENCA MIRANDA, A., «Poder constituyente y Constitución de Cádiz», en COSCULLUELA MARTÍNEZ, B. (Coord.), «Bicentenario de la Secretaría y del Cuerpo de Letrados de las Cortes (1811-2011)». Madrid, 2011, espec. pp. 69 y ss. y GONZALO GONZÁLEZ, M., «Rasgos de las Cortes de Cádiz vistos desde la España actual», en ob. utl. cit. pp. 625 y ss.

años después, la de 1837, sobre la que ha escrito, en mi criterio, la obra definitiva el profesor Alejandro Nieto²⁶.

Los legisladores de Cádiz sientan la necesidad imperiosa de redactar tres Códigos comunes que abarcasen las otras tantas tres materias esenciales del ordenamiento jurídico convencional, a saber: la civil, la penal y la mercantil. De ellas, la que nos interesa a los efectos de este trabajo, es la compilación criminal que, sin embargo, sufre diversos avatares por la reacción absolutista, dos años después, de Fernando VII y la contra-reacción liberal que supuso el alzamiento del general Riego, en 1820, que restablece la vigencia de la Constitución de 1812. De hecho, hasta 1822 no se promulga la obra realizada, que cumple parcialmente el mandato establecido por los constituyentes, y que configura el primer texto penal de nuestra historia.

IV

Los Códigos penales que abarcan todo el s. XIX se encuentran fuertemente determinados por sus principales redactores o relevantes personajes intervinientes en los debates del legislativo. De la misma forma, los ministros de Gracia y Justicia correspondientes dejaron su impronta en la redacción definitiva de los libros, pasando a la posteridad firmando los textos, destinatarios sempiternos de las órdenes reales o presidenciales de entrada en vigor.

El lenguaje empleado en los respectivos ordenamientos es propio del momento. Elegante, preciso y rico en formulaciones, no es especialmente farragoso ni repetitivo; cuando lo fuere, así en las ejemplificaciones del Código de 1822, el precedente no será el modelo posterior. Y es que los responsables son académicos, profesores, historiadores o jurisconsultos, es decir personas verdaderamente preparadas en Derecho y, además, de elevada cultura multidisciplinar, que ocuparon distintos y elevados cargos públicos y que, desde luego, escriben bien, de manera concisa, inteligible y expresiva, conociendo el alcance de las paráfrasis; por eso, muchas de sus frases han quedado para la posteridad, repitiéndose con harta frecuencia, incorporándose al lenguaje habitual, siendo así que el profundo conocimiento, envuelto en una excelente literatura, se revela a cada renglón de la lectura y en cada precepto legal. Únicamente citaré ahora, en este sentido y por todos, un nombre ilustre, un referente y ejemplo de penalistas, que inspiró la legislación que nos ocupa: Joaquín Francisco Pacheco y Gutiérrez Calderón. Moderado políticamente, el gran jurista sevillano, uno de los penalistas más destacado de la época, autor de los insuperables Comentarios al Código penal de 1848 y de las Lecciones de Derecho penal, recopilación de sus conferencias ateneístas, de inspiración rosiniana, en los años 1839-1840²⁷,

²⁶ Vid. NIETO, A., «Mendizábal. Apogeo y crisis del progresismo civil. Historia política de las Cortes constituyentes de 1836-1837». Barcelona, 2011; en la p. 535 resume este autor, con la inteligencia que le caracteriza, el valor de la posición de Argüelles en este último periodo: «portador de la memoria histórica parlamentaria», nos enseña el maestro de administrativistas.

²⁷ Cfr. PACHECO, J. F., «Estudios de Derecho Penal», 2.ª ed. Madrid, 1854.

fue además un político multidisciplinar de enjundia: embajador, ministro, consejero de Estado, fiscal del Tribunal Supremo y, en fin, presidente del Gobierno.

Voy a aproximarme al presente trabajo tomando las normas penales en sus ediciones originales y reseñando así sus características básicas con metodología tradicional, es decir separando las instituciones atendiendo a las Partes General y Especial de los textos comunes y mencionando el fundamento ideológico de los mismos, así como su corrección o, en su lugar, imperfección técnica. En todo caso, esta es nuestra verdadera historia que, en determinados supuestos, sigue siendo, como veremos, espíritu del derecho vivo.

Desde un punto de vista rigurosamente histórico, el Código penal de 1822 es todavía Antiguo Régimen, no obstante aciertos, verdaderamente originales, como traer a su articulado la definición de delito (art. 1), lo que harán en lo sucesivo el resto de normas ordinarias. La presencia del ostentoso aparato que rodea a la ejecución de la pena de muerte (arts. 39 y ss.) es, sin embargo, buena prueba de lo manifestado anteriormente. La alargada sombra de Bentham planea sobre lo regulado. Extensísimo y prolijo, con 816 artículos, no es, desde luego, un texto moderno; pero fue el primero, el que nunca se olvida entre los especialistas, el que siempre ha merecido sus parabienes. Tal vez su esperada y deseada irrupción en el panorama legal, que se regía por los textos recopilatorios pasados, como señalaba el Ordenamiento de Alcalá, fue el motivo de tanta alabanza que, si bien técnicamente no se merecía en su totalidad, sí era acreedor de aquélla como nuevo hallazgo.

Lo demuestra también la sucesión entusiasta de detalladas consultas e informes previos de determinadas y competentes instituciones jurídicas que el texto suscitó, que fueron publicados con posterioridad. Universidades, Audiencias y Colegios de Abogados intervinieron en los mismos, siendo parcialmente aceptada su valiosa opinión en los trabajos preparatorios, si bien, en la pugna entre las raíces tradicionales o las que proporciona el texto de Napoleón, salen relativamente triunfantes las primeras. Los doceañistas constituyentes son, claramente, moderados y, en consecuencia, se escoran hacia la conservación de lo clásico ya asumido y, según se pensaba, de lejos acreditado. En este sentido, por ejemplo, Álvaro Flórez Estrada, el diputado de Santander presente en las sesiones de nuestras dos Normas fundamentales sucesivas, militar y, años después de Cádiz y uno posterior al debate del presente Código penal, ministro de Estado. El gran Lardizábal no será tenido, formalmente, muy en cuenta, especialmente por el prestigioso abogado pacense, luego senador y ministro de Hacienda, Ramón María Calatrava, su indiscutible *factotum*; no en balde, el anterior había apoyado la Constitución de Bayona y se le consideraba sospechosamente afrancesado. Su figura y su obra precursora habrán de esperar bastante tiempo aún hasta que sean definitivamente rescatadas.

Este texto de 1822, sancionado realmente, por Fernando VII, el 8 de junio y promulgado el 9 del mes siguiente²⁸, se encuentra separado en un título preli-

²⁸ Vid. «Código Penal Español, decretado por las Cortes en 8 de Junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar en 9 de Julio de 1822». Imprenta Nacional. Madrid, 1822; para la definitiva resolución afirmativa acerca de la discusión sobre su entrada en vigor y consecuente

minar, que abarca lo que podríamos llamar la Parte General y, en vez de hablar de Libros, como se efectuará a partir del siguiente en el tiempo, lo hará en Partes que, atinentes a la propiamente Especial, son dos, relativas a los delitos contra la sociedad –que incluye los que después se segregarán y serán contra la autoridad estatal– y contra los particulares, de mucha menor amplitud. Frente a la buena decisión, ya citada, de incluir una primera definición formal del delito y distinguir la tentativa de la consumación, con consecuencias punitivas (arts. 5 y ss.) o diferenciarse la autoría de la complicidad y otros partícipes (arts. 12 y ss.), no se contempla un catálogo preciso de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, es decir de eximentes, agravantes o atenuantes, salvo la mención de la excusa del culpable por determinadas y tasadas situaciones, como cometer la acción forzada (art. 21), es decir lo que luego constituirá la fuerza irresistible; por la minoría de edad de siete años o la de diecisiete sin discernimiento (arts. 23 y ss.) y por actuar el procesado estando dormido o demente (art. 26). En el caso de ser el autor menor de la postrera edad indicada y haber obrado con discernimiento, siendo reo de pena capital o trabajos forzados, se conmutarán estas penas por la de reclusión (art. 65). Será al tipificarse el delito de homicidio cuando el legislador se acuerde de causas justificativas excluyentes tales como la defensa legítima (art. 621), que puede considerarse como plasmación expresa de una acepción primitiva y embrionaria de la teoría de los elementos negativos del tipo.

La penología que se recoge en el Código penal presenta todavía tintes ancestrales; así, entre la enumeración de castigos del artículo 28, se refieren el de ver ejecutar una sentencia de muerte o la pena de infamia; y en el artículo 53, se indica que los condenados a trabajos perpetuos, deportación o destierros de la misma clase, «se considerarán como muertos para todos los efectos civiles en España». En cuanto a la primera de las sanciones enumeradas, los artículos 62 y 63 las regulan con detalle. Así, en el primero de los mencionados, se establece que el sentenciado será conducido en pos del reo principal y en cabalgadura al cadalso, con las manos atadas y ostentando el cartel de su colaboración en el delito. En el caso de producirse con irreverencia o desacato durante la ejecución del culpable, señala el segundo precepto traído a colación, el observador será puesto «en un calabozo con prisiones...y permanecerá en él a pan y agua solamente por espacio de uno a ocho días»; si en el trance público pronuncia blasfemias, «se le pondrá en el acto una mordaza por el ejecutor de la justicia», uniéndose así el sufrimiento a la vergüenza.

Lo que rodea a la ejecución de la pena de muerte se describe en la letra de la ley con todo lujo de detalles, lo que también es propio del antiguo derecho. Los artículos 39 y ss. a ello con fruición se entregan. Con anterioridad, el artículo 32 tiene un rasgo de humanidad al sentar que, desde la notificación de la sentencia capital hasta el momento de llevarla a cabo, «se tratará al reo con la mayor conmiseración y blandura», con autorización de visitas familiares y asistencia de auxilios espirituales y corporales, eso sí «sin irregularidad ni dema-

aplicación, *Vid.* CASABÓ RUIZ, J. R., «La vigencia del Código penal de 1822», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXII, II, 1979, pp. 333 y ss.

sía». La pena de muerte es mediante garrote y no conlleva tortura ni mortificación previa (art. 38), se aplica públicamente en cadalso colocado fuera de la población (art. 39), conduciéndose al condenado a dicho lugar en mula o jumento conducido por el verdugo, atado de manos y con un letrero indicativo del delito cometido (arts. 40 y 41), no permitiéndosele arenga alguna a la gente asistente (art. 44), siendo, en fin, expuesto el cadáver hasta la puesta de sol y entregado después a sus allegados (art. 46).

El estrangulamiento mediante garrote, que sienta el citado artículo 38, destierra de nuestra ley la horca que, no obstante, fue restablecida en la inmediata reacción absolutista. Fue la Real Cédula de 28 de abril de 1828 la que suprime —«para señalar con este beneficio la grata memoria del feliz cumpleaños de la Reina» y combinar humanidad y rigor— de todos los dominios regios aquella forma ejecutiva, para implantar las tres modalidades de garrote: el ordinario, para las gentes del estado llano; el vil, aplicable a los reos de delitos infamantes y el noble, para los hijosdalgos, clasificación notoriamente arcaica que, sin embargo, no se lleva a ninguno de los Códigos punitivos posteriores.

La condena a trabajos perpetuos en el centro penitenciario conlleva las labores más duras y penosas (art. 47), existiendo asimismo, entre las penas privativas de libertad, la de destino a las obras públicas, reclusión, presidio o prisión en fortaleza (arts. 54 y ss.). Las mujeres no serán ejecutadas si están embarazadas (art. 68) y únicamente podrán ser sentenciadas a una casa de reclusión (art. 67); semejante dudosa atención galante de género, se tiene también para con los sacerdotes, que solo pueden ser destinados a un presidio (art. 69), pero no, como las presas, a los establecimientos de trato más severo.

En cuanto a las reglas de aplicación de las penas, son complicadas y de soberana indeterminación (arts. 101 y ss.), exceptuándose la medida exacta para los supuestos de reincidencia (art. 119). Tampoco se marginan aspectos procesales que, en cuanto se establezca, en las últimas décadas de finales de siglo, en 1882, la completa norma procesal, quedan desfasados (arts. 134 y ss.) ni, por el contrario, algo tan importante como la rebaja de penas en caso «de arrepentimiento y de enmienda» (arts. 144 y ss.), que viene a significar bien la sustitución del castigo impuesto por otro más leve, bien un acortamiento sustancial del tiempo que resta por cumplir. Del indulto se ocupan los artículos 156 y siguientes regulando sus matices. No puede dejar de apreciarse, como valor añadido a la regulación, que aún restan muchos años, hasta 1870, para la completa ordenación del derecho de gracia.

La Parte Especial es extensa y el repertorio de delitos considerable. Desde los que se refieren a los ataques constitucionales, a la monarquía o al Estado en sus vertientes de seguridad exterior e interior, a la salud y fe públicas, infracciones graves de funcionarios, contra las buenas costumbres o de imprenta, hasta los clásicos hechos contra las personas en su vida, integridad, honor y propiedad. Desde entonces, prácticamente, los mismos han figurado convencionalmente en los Códigos penales sucesivos con modificaciones o aditamentos ajustados al momento legislativo correspondiente.

El segundo Código penal español, el de 1848, viene a representar, desde su vigencia el 1.º de julio²⁹, la ruptura con el pasado y no solo eso. Todos los ilustres glosadores y los propios Códigos posteriores, le han tomado por incuestionable y referente fuente, sentimiento extendido entre nuestros mejores penalistas tanto pasados como presentes³⁰.

Después de la regencia del general Espartero, el gobierno de Joaquín María López López favorece la completa reforma. López, abogado prestigioso y parlamentario, había sido ministro de la Gobernación y mostró siempre interés por la necesidad de un nuevo Código. Desde cinco años antes a la fecha del texto definitivo, la Comisión creada al efecto inicia con empeño sus trabajos, hasta la aprobación del Proyecto. Su extraordinario comentarista fue el gran Pacheco³¹, ya mencionado, y el cronista ejemplar de lo hecho, otro no menor penalista: Luis Silvela.

Que Pacheco fue uno de sus inspiradores, tal vez el principal, no ofrece dudas, así como tampoco que no fue el redactor material del texto definitivo ni a quien cupo la honra de su presentación y defensa, pues, en los momentos decisivos, desempeñaba la embajada vaticana en Roma a donde fue enviado por el nuevo jefe del gobierno, el general Narváez. Antón Oneca argumentó acertadamente hace tiempo, al respecto, con este sólido fundamento temporal, que su autoría pertenece al granadino Manuel Seijas Lozano³², juriconsulto y erudito Director de la Academia de la Historia, que ofrece la trascendente obra al ministro de Gracia y Justicia, Lorenzo Arrazola, prestigioso publicista que llegó a ostentar la presidencia del Gabinete y del Tribunal Supremo. Pero esto, que es absoluta e incontestable verdad, no elimina radicalmente al excelso penalista. Pacheco no puede ser tan rotundamente desplazado. El aroma de sus anteriores clases del Ateneo, que después llegó a presidir, planea, en la letra y en la música, por la obra codificada y, además, era el más preparado de cuantos actuaron en el proceso de redacción. Basta comparar muchas de las ideas expresadas en sus rompedores «Estudios» con el propio texto penal, para convenir, sin empacho y con sinceridad, en lo dicho.

La sistemática de este texto se mantuvo durante décadas. Dividido en tres Libros, abarca aspectos de las que se empezaban a designar como Partes General y Especial del Derecho penal, mucho más extensa la segunda, ocupada de

²⁹ Vid. «Código Penal de España». Imprenta Nacional. Madrid, 1848.

³⁰ En este sentido, por todos, Vid. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., «Elementos del Derecho civil y penal de España, precedidos de una reseña histórica de la Legislación española», tomo I, 10.ª ed. Madrid, 1871, p. 252, al expresar: «El (Código penal) promulgado en 1848 ... ha abrogado por completo todo nuestro derecho antiguo penal» y GIMBERNAT ORDEIG, E., «Introducción a la Parte General del Derecho Penal español». Madrid, 1979, p. 19, cuando, con el sumo acierto que caracteriza a mi maestro, dice: «En su estructura fundamental, y a pesar de las múltiples modificaciones que ha habido desde entonces, el vigente Código Penal sigue siendo el de 1848».

³¹ PACHECO, J. F., «El Código penal concordado y comentado», 3 tomos, 2.ª ed. Madrid, 1858; hay ed. moderna de TÉLLEZ AGUILERA, A., autor de una magnífica introducción, en un solo volumen. Madrid, 2000.

³² Vid. ANTÓN ONECA, J., *Ob. cit.* II, pp. 286 y ss., tesis refrendada por ESCUDERO, J. A., «Curso de Historia del Derecho». 3.ª ed. Madrid, 2003, p. 895.

los delitos y las faltas, que la primera que contenía los principios generales. Su número de preceptos fue de 494, es decir cientos de artículos menos que el texto precedente, prueba de su contención y mayor técnica. Lo que se demuestra asimismo en la adecuada terminología, incluso a día de hoy, perfectamente reconocible, así cuando separa la antigua frustración de la actual tentativa (art. 3), menciona la figura del cooperador necesario (art. 12.3), clasifica con toda corrección las penas en principales: aflictivas, correccionales o leves y en accesorias (arts. 24 y 25), describe el homicidio cualificado o asesinato con la concurrencia de las, desde entonces y con el límite del texto hoy vigente, circunstancias consabidas (art. 324), tipifica el aborto (arts. 328 y ss.) y la violación (art. 354) con precisión y sones actuales, introduce el delito complejo en el robo violento, contemplado hasta fecha reciente (art. 415), atendiendo su gravedad al resultado de muerte, lesiones o violación y, en fin, separa los robos, como todavía ahora se efectúa, en violentos contra las personas o con fuerza en las cosas (arts. 415 y ss.). No obstante, algunos ilícitos anticuados, como el duelo (arts. 340 y ss.) se mantienen, situado en el postrer Capítulo, el VI, de los delitos contra las personas y antes del grupo relativo a los atentados a la honestidad.

La reforma operada en 1850, también con sello ministerial de Arrazola, redacta *ex novo* el texto, aunque realmente lo reproduce, si bien ofrece algunas innovaciones en la Parte Especial; así, por ejemplo, entre otras, por su mayor importancia, merece citarse la incorporación, en los nuevos artículos 189 y siguientes, de los delitos de atentado y desacato contra la Autoridad, lo que ya hará en lo sucesivo la ley penal, no cejando en esta tipificación.

La metodología es rotundamente contemporánea. Se parte del principio de legalidad de los delitos y las sanciones (arts. 1 y 19), estableciéndose el conjunto ordenado de las circunstancias modificativas (arts. 8 y ss.) y las reglas de aplicación de las penas (arts. 60 y ss.), con su división en grados mínimo, medio y máximo (art. 83), son metódicas y escritas con extensión sin dejar nada al azar, configurando la «parte aritmética del Código» como se llegó a decir con buena puntería. La responsabilidad civil *ex delicto* se fija en los artículos 115 y siguientes, causa de envidia perdurable del resto de los ordenamientos penales comparados, desde entonces, por la economía procesal que supone, al precisarse en otras latitudes de otro procedimiento para poder deducirla. Las faltas se agrupan y se separan en Libro aparte, el III, (arts. 470 y ss.) clasificándose en graves y menos graves, lógicamente distintas de las infracciones administrativas.

De incontestable dureza, algunas de las penas prescritas en la ley son extremadas en su representación; así, como ya se ha recogido, se mantiene el boato ejecutivo de la sanción capital, a la vez que perdura, reconduciéndole, el extravagante castigo de argolla para los partícipes, restringiéndose el arbitrio judicial y chocando con un cierto liberalismo penitenciario, establecido por la Ordenanza de Presidios de 1834. La ejecución capital se fija «en garrote sobre un tablado» (art. 89), con las habituales características de publicidad, conducción en caballería o en carro y exposición del cadáver (arts. 90 y ss.), asentándose el privilegio pietista de la no aplicación a la mujer encinta (art. 93). El cumplimien-

to penitenciario tendrá lugar en los presidios de África –por algo más de medio siglo– Canarias, Ultramar o en los peninsulares (arts. 94 y ss.) según la condena impuesta. Las mujeres serán destinadas a una casa de corrección propia y de su nombre (art. 99). La pena accesoria de argolla, de relativa corta vida legislativa pues se suprime en el próximo Código penal, es un remedo de la anterior sanción de asistencia a una ejecución capital. El así sentenciado precederá a los condenados en caballería y suficientemente asegurado, sentándose al lado del cadalso «asido a un madero por una argolla que se le pondrá al cuello» (art. 113). Como se ha dicho, incompatible con un más moderno sistema de penas, poco tardará en desaparecer.

Es fácil convenir, visto lo anterior, que el criterio preventivo-general y aún el viejo espíritu eminentemente retributivo, se imponen claramente en el texto penal sobre la prevención especial que, obstante, no se desecha, sino que se reservará para la incipiente legislación penitenciaria.

Este Código fue el que, en esencia, aprendí en mi licenciatura jurídica en Madrid y expliqué en Salamanca y Alcalá durante muchos de mis años de docente, hasta el vigente de 1995, pues cuantas transformaciones tuvo luego no afectaron a su fundamental contenido. De hecho, es sencillo reconocer en él instituciones que han sobrevivido en nuestra dogmática, inspirado a nuestra ciencia y servido de claro modelo a las leyes penales iberoamericanas.

V

El Código penal de 1870³³ se debe al regente, general Francisco Serrano, siendo ministro de Gracia y Justicia Eugenio Montero Ríos a quien también se deben, en el mismo año, por fortuna legislativamente incontinente, la primera Ley Orgánica del Poder Judicial y la de Indulto³⁴. Más extenso que el precedente, con 626 preceptos, pero sin alcanzar al primero de 1822, al igual que el inmediato anterior en el tiempo, se trata de un Código con aires de modernidad en lo que respecta a la dogmática legislativa. Es verdad que, en el orden de prioridades dignas de protección, se sigue situando al Estado, seguido de la Sociedad, en primer y segundo lugar de los bienes jurídicos atacados, relegando los derechos individuales de la persona al último término, pero esto, al fin y al cabo, reflejo de la antigua sistemática, no se trasmutará hasta finales del siglo XX.

La norma es consecuencia inmediata de la nueva Constitución, promulgada un año antes. En vigor hasta el Código de Primo de Rivera (1928) y restablecido, temporalmente, con posterioridad, en el albor del periodo republicano, asumió modificaciones que iban con los tiempos. En este sentido, introduce los delitos contra la Constitución (título II del libro II) y reforma los hechos contra

³³ *Vid.* «Código Penal reformado, mandado publicar provisionalmente en virtud de autorización concedida al Gobierno por Ley de 17 de Junio de 1870». Edición Oficial. Ministerio de Gracia y Justicia. Madrid, 1870.

³⁴ Sobre el mismo, *Vid.* SÁNCHEZ PEGO, F. J., «Proyección de don Eugenio Montero Ríos en la Administración de Justicia española», Madrid, 1971, pp. 12 y ss.

la religión católica pues, en la Norma suprema, prima la libertad de cultos (arts. 236 y ss.). Pero, en contra del criterio hasta entonces en vigor de la ley especial, incorpora a la norma común los ilícitos de imprenta (art. 584), con la dudosa y prolongada en el tiempo técnica de la llamada responsabilidad en cascada en materia de autoría (arts. 12 y 14) y, asimismo, es criticable el casuismo que se detecta al tipificar los delitos contra la vida y la integridad estableciéndose, en su caso, el concurso con el nuevo hecho de disparo de arma de fuego (art. 423), capricho injustificado y recalcitrante de alguno de los miembros de la Comisión parlamentaria redactora.

Por el contrario, es digna de alabanza la suavización operada en materia penológica, al menos, en tres materias: es la primera, el no considerar como única la imposición de la pena de muerte («cadena perpetua o temporal a muerte», señalan los delitos más graves); la segunda, al establecer como práctica el indulto a los treinta años de encierro: «Los condenados a las penas de cadena, reclusión y relegación perpetuas y a la de extrañamiento perpetuo, serán indultados a los treinta años de cumplimiento de la condena, a no ser que por su conducta o por otras circunstancias graves no fuesen dignos de indulto, a juicio del Gobierno» (art. 29), tajantemente se escribe en el precepto y, en tercer lugar, por derogar la pena de argolla.

Será en 9 de abril de 1900, por la Ley Pulido, nombre del diputado que la patrocina, cuando la ejecución de la pena capital se lleve, para siempre, al interior de las prisiones³⁵. Pero años antes, adelantando en el tiempo al diputado Ángel Pulido en el comienzo de su particular cruzada, es cuando Concepción Arenal ya se manifiesta contra la exposición popular del castigo capital. La eminente gallega fue enérgica contra la misma. Su fina sensibilidad la hizo clamar contra la fea y medieval práctica³⁶.

La estructura de la ley penal se asienta definitivamente. Se sigue definiendo formalmente el delito (art. 1), como ya efectuaron los textos precedentes y, a partir de aquí, la que debe ser considerada Parte General se divide en seis títulos del libro I, que se refieren, respectivamente, a la teoría del delito (arts. 2 y ss.), la autoría (arts. 11 y ss.), las penas (arts. 22 y ss.), la responsabilidad civil dimanante de delito (arts. 121 y ss.), la agravación del quebrantamiento de condena o de la reiteración delictiva durante el cumplimiento (arts. 129 y ss.) y la extinción de la responsabilidad criminal (arts. 132 y ss.). Como ya he mencionado, la Parte Especial del Código (arts. 136 y ss.), libros II y III, adopta el ya clásico orden legal de dividir las conductas criminales comenzando por los atentados contra el Estado, siguiendo por los que afectan a la sociedad y, en fin, a las personas individuales. Se cierra con las faltas. Sus disposiciones han perdurado durante mucho tiempo. Quien esto

³⁵ La importante decisión legal tuvo dos antecedentes de relieve: el artículo 104 del Reglamento de la prisión celular de Madrid, de 23 de febrero de 1894 y la Real Orden de 24 de noviembre del mismo año; para todo este tema, *Vid.* PULIDO, A., «La pena capital en España». Madrid, 1897; GARCÍA VALDÉS, C., «No a la pena de muerte». Madrid, 1975, pp. 63 y ss. y PUYOL MONTERO, J. M.^a: «La publicidad en la ejecución de la pena de muerte. Las ejecuciones públicas en España en el siglo XIX». Madrid, 2001, pp. 165 y ss.

³⁶ *Vid.* ARENAL, C., «El reo, el pueblo y el verdugo, o la ejecución pública de la pena de muerte», en «Obras completas», tomo XII. Madrid, 1896, pp. 141 y ss. y 154 y ss.

escribe estudió durante su licenciatura en la Universidad Complutense madrileña, de la mano del maestro Antonio Quintano Ripollés, muchas de las instituciones aquí reflejadas que presentaban anterior e inmediata tradición codificadora: la voluntariedad de las acciones, el *versari*, la preterintencionalidad, la agravante de premeditación, el crimen *culpa*e o las escalas graduales penales. Otras quedaron de manera definitiva obsoletas, como el delito de duelo (arts. 439 y ss.), situado entre los ilícitos contra las personas, después de las lesiones y del uxoricidio y antes, como en el Código precedente, de los hechos delictivos contra la honestidad.

Los principios que reflejan las modalidades de la legalidad penal, desde la obra creadora de Anselm von Feuerbach³⁷, se traen a la norma o, en su caso, se mantienen perfectamente pulidas en el texto, procedentes del precedente, tanto la garantía criminal (art. 22), la penal (art. 1) y la judicial (art. 99), como la ejecutiva (art. 100); y ello, con trazos ciertamente actuales. De esta forma no se pueden considerar delitos ni establecer penas que no estén previamente determinados por la ley, ni sentenciados los hechos por el tribunal que no fuera competente, ni cumplirse las sanciones sin estar acordes con la legislación del ramo. Como desarrollo de lo anterior, no se olvida la necesidad de acudir los tribunales al gobierno en el caso de proponer una reforma de la ley punitiva (art. 2), así como proclamar la retroactividad de la norma más favorable (art. 23).

Las apreciaciones técnicas que se sientan en el presente Código penal de 1870 son, por otro lado, dignas de ser reseñadas. Ya en el mencionado artículo 1 se equipara la acción a la omisión en cuanto a posibilidades de conducta y ello, tanto en este concreto aspecto, como en el caso concordante de exención de la responsabilidad, al no considerar acción la fuerza irresistible ni omisión el encontrarse impedida la persona de manera insuperable (art. 8.9 y 13). Y los artículos 3, 13.3 y 16 se apuntan claramente a la modernidad al definir la frustración, la tentativa, la cooperación necesaria y la complicidad. De hecho, estos conceptos, a salvo ciertos retoques terminológicos, apenas han sido modificados legalmente hasta el momento presente. Del mismo modo, se recogen definiciones auténticas, por ejemplo, la de la alevosía o la del ensañamiento (arts. 8.2 y 6 y 418.5) que han perdurado hasta hoy. En cambio, la legislación posterior trastocará las agravantes genéricas de escalamiento y fractura de cosas o lugar cerrado (art. 10.21 y 22) para llevarlas exclusivamente a la Parte Especial, como elementos típicos específicos del robo con fuerza, localización más correcta sin repeticiones enojosas.

La peligrosidad se une, en ocasiones, a la estricta descripción jurídica. Así, por ejemplo, es agravante el ser vago el culpable (art. 10.23) y, como envés, la completa ausencia de imputabilidad se basa en los quince años sin discernimiento y, en todo caso, a los nueve (art. 8.2 y 3).

El catálogo penológico es prolijo, propio de la época. Divídense las sanciones criminales en afflictivas, correccionales, leves y accesorias (art. 26), destacándose entre las mismas la pena de muerte y las de internamiento, que se clasifican, atendiendo a su duración y rigor en la aplicación, en cadenas y reclusiones

³⁷ Cfr. FEUERBACH, A., *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania* (1801), ed. de la 14.^a alemana (1847), traducido por Zaffaroni, R./Hagemeier, I. Buenos Aires, 1989, p. 63.

perpetuas o temporales, presidio y prisión mayores o correccionales (arts. 29 y 89). Si la gravedad se menciona en estos preceptos y en el que ordena las escalas graduales (art. 92), el siguiente artículo 96 especifica, como era tradición legal, que las mujeres no podrán ser castigadas con cadenas ni presidios sino, respectivamente, con reclusiones y prisiones. Ello quiere decir, en interpretación lógica, que la superior dureza en la ejecución carcelaria se reservaba, *ex lege*, para los primeros establecimientos citados³⁸.

El método ejecutivo de la pena capital es el garrote y el lugar, sobre un tablado (art. 102). La publicidad del castigo se garantiza y, hasta que no exista en las cárceles un sitio destinado al efecto –lo que acontecerá treinta años después–, el sentenciado será conducido al patíbulo, vestido de negro, en carruaje o en carro (art. 103). El cadáver del reo estará expuesto hasta el anochecer de ese día y se entregará a sus allegados. «El entierro no podrá hacerse con pompa» (art. 104), se preceptúa luego, concluyéndose en que a las mujeres en cinta no se les aplicará el capital castigo, ni se les notificará la imposición del mismo hasta cuarenta días después del alumbramiento (art. 105). Sigue pues imperando la ejemplaridad. No obstante, las inmediatas transformaciones legislativas, de las que ya he efectuado corta referencia, van a reconducir las ejecuciones, allanando el camino de una relativa y formal humanización del castigo.

El internamiento, además de por su tiempo de duración, se diferencia por el lugar de destino y por la severidad del régimen penitenciario. Así, las cadenas se vendrán a cumplir en África, Canarias o Ultramar, los reos llevarán siempre una cadena al pié, pendiente de la cintura y se emplearán en trabajos duros y penosos, no recibiendo auxilio alguno de afuera del centro (art. 107). No obstante, unos atisbos de piedad aparecen en la extrema regulación: por razón de salud caben los trabajos en el interior y los mayores de sesenta años cumplirán su condena en presidios (art. 109), precepto demostrativo, como el reseñado acerca de la ejecución penitenciaria de las mujeres, de la menor severidad de estos lugares de encierro. En cuanto a la localización de las reclusiones, presidios y prisiones, se excluyen los establecimientos africanos y el correccional se establece dentro de la Península, en el territorio insular o en el término de la correspondiente Audiencia (arts 110 y ss.). El trabajo, dentro del recinto, será siempre forzoso (arts. 110 y 113). Cuando estudiemos *infra* la plasmación de la ordenación penitenciaria en los textos del ramo, veremos cómo la concreta ejecución se atenúa y temple respecto a lo escrito en la estricta y seria ley punitiva.

Alejandro Groizard Gómez de la Serna fue el gran artífice del presente texto punitivo. Sus amplios comentarios de la norma que inspiró, publicados en ocho tomos³⁹, descubren al gran jurista que, además de abogado reconocido, en su

³⁸ Para el análisis de la ejecución de las penas privativas de libertad en el Código penal de 1870 por penalistas coetáneos al mismo o que le tuvieron presente como única referencia legal, *Vid.* LEAL DE IBARRA, F., «Estudios de Derecho Penal». Granada, 1896, pp. 313 y ss.; SILVELA, L., «El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España», parte segunda, 2.ª ed. Madrid, 1903, pp. 381 y ss. y CUELLO CALÓN, E., «Penología. Las penas y las medidas de seguridad. Su ejecución». Madrid, 1920, pp. 136 y ss.

³⁹ *Vid.* GROIZARD, A., «El Código Penal de 1870 concordado y comentado», 8 tomos, 2.ª ed., Madrid, 1902-1914.

trayectoria política, fue presidente del Senado. Tal vez su autoridad hizo que no se reformara la ley ordinaria, asunto sorprendente por cuanto la nueva Constitución, de la mano de Cánovas del Castillo, vuelve a la oficialidad de la religión única. El proyecto de Francisco Silvela no prosperó a tal efecto. Antonio Cánovas restaura la monarquía en la persona de Alfonso XII dos años antes que la nueva normativa suprema, así pues en 1874. Relevante historiador malagueño, reiterado ministro y en seis ocasiones presidente del gobierno de su majestad, se alternó en el alto empleo con Sagasta. Su asesinato en el balneario guipuzcoano de Santa Águeda, a manos del anarquista italiano Angiolillo, juzgado sumarísimamente y ejecutado un mes después del magnicidio, trunca una de las trayectorias más brillantes entre los políticos del XIX. Silvela, cuando fue ministro de Gracia y Justicia, le encarga un proyecto reformador a su hermano Luis que, como ya se ha dicho, no alcanza a buen puerto, especialmente al alejarse el madrileño de la escena política por enfrentarse, precisamente, con su otrora admirado Cánovas.

Y si los citados comentarios de Groizard son los de mayor envidia y los más seguidos doctrinalmente, a partir de este texto de 1870 otros tres grandes juristas se ocupan del mismo para la posteridad. Se trata de los comentaristas Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán, en clásica obra conjunta, catedráticos de Derecho penal de Universidad Central y, especialmente, de José M.^a Valdés Rubio, también catedrático de la asignatura en Madrid, quien edifica un sistema dogmático que explica ordenadamente el contenido del Derecho punitivo, tal y como empezarán a efectuarlo los penalistas posteriores⁴⁰. Y todo se debe, lógicamente, a la persistencia de la correcta metodología adoptada, heredera del Código precedente.

Entre la legislación especial o penal complementaria de la época que nos ocupa, se me antoja que la de mayor relieve se concreta en las leyes de secuestros o de explosivos y la completa regulación codificada de lo militar. Todas se extienden en un periodo que va desde 1877, la primera, hasta muy finales de siglo las segundas; y todas tienen un origen y una vocación territorial precisas. Y, en un caso, unas tremendas consecuencias.

La mencionada en primer lugar es una norma pensada para el bandolerismo del campo andaluz, asolado por los salteadores de caminos y tratado de contrarrestar por la durísima e ilegal represión del gobernador de Córdoba, Zugasti. La solución que ofrece la norma, frente a la denominada «ley de fugas» gubernativa, es el franco endurecimiento de las penas ordinarias y atraer los hechos a la competencia de la jurisdicción militar. Por su lado, el anarquismo y el pistolero catalán tienen respuesta en las sucesivas normas de los años 1893 y 1896. Más estable la primera de las citadas, la otra tiene un carácter temporal que, extinguida su vigencia, no se renueva. Pero el asesinato de Cánovas se

⁴⁰ Vid. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBÁN, J. M., *Ob. cit.*, tomo III, 10.^a ed. Madrid, 1872; VALDÉS RUBIO, J. M.^a, «Programa razonado de un curso de Derecho Penal según los principios y la legislación», 2.^a ed. Madrid, 1892; el mismo: «Derecho Penal. Su filosofía, historia, legislación y jurisprudencia», 2 tomos, 5.^a ed. Madrid, 1910-1913 y SALDAÑA, Q y CASTEJÓN, F., «Comentario científico-práctico del Código Penal de 1870», 2 tomos, Madrid, 1920.

produce en 1897. Por fin, en lo que hace a la justicia castrense, dos Códigos orgánicos se promulgan: el de la Marina de Guerra (1889) y el inmediato posterior, de Justicia Militar, para el ejército de tierra (1890) que, en un tiempo no muy lejano, se aplicará unitariamente a toda la jurisdicción castrense.

Estas disposiciones enérgicas vendrán a sumarse a la común, siendo así que, durante décadas, se vendrá a establecer en el Derecho penal una posible doble vía de tipificación de graves hechos delictivos; es decir, por un lado, el Código y, por el otro, las leyes especiales. Este método se podrá ver también en otros ordenamientos continentales, tanto en esta misma época cuanto en la venidera, técnica que incluso hoy se mantiene en cierto Derecho comparado, siendo igual de aceptable la leve dispersión legal que la refundición en un único texto.

El siglo XIX español no conoce más normas penales ordinarias y fundamentales. Tres Códigos han sido, en esencia, los referidos pues tres son los exclusivos que la centuria produce, incluidas sus correcciones y puntuales reformas posteriores. Algunas de sus aportaciones se incorporaron a la dogmática para siempre, siendo tenidas muy en cuenta por doctrina y jurisprudencia. Únicamente a finales del siguiente siglo (1995) todo se trastoca, empezando por el orden legal de los delitos tipificados, como venía reclamando la mejor doctrina, con el norte de adaptar nuestro Derecho penal a los postulados democráticos.

VI

La legislación penitenciaria española del XIX es rica por demás. Coetánea a la Codificación penal, adapta el cumplimiento de la pena carcelaria, en mi opinión, a tres criterios: la idiosincrasia propia de nuestra concepción del castigo y, si se me apura, de nuestra tierra, así como a las persistentes dificultades financieras. Del primero tomará el fin correccional, imbuido de las doctrinas del discípulo de Krause, Carlos David Roeder, que hacen mella en penalistas como el citado Luis Silvela o en Pedro Dorado Montero y en penitenciaristas como Concepción Arenal que, sin ser propiamente krausistas, sí adoptan ciertos postulados correccionalistas en lo que hace a la consideración del delincuente y a los fines de las penas. En cuanto al maestro salmantino, abocado a ser «necesariamente correccionalista», como dice su admirador, el profesor Constancio Bernaldo de Quirós⁴¹, por su ideología renovadora, su sucesor en la cátedra de la ciudad del Tormes, Antón Oneca, habló equilibradamente, tal vez con relativa distancia, de su utopía penal⁴² y Jiménez de Asúa, con mucha mayor devota cercanía, del «drama silencioso de una vida sabia»⁴³, ambos con supremo acier-

⁴¹ En el «Prólogo» a la obra póstuma de DORADO MONTERO, P., *Naturaleza y función del Derecho penal*. Madrid, 1927, p. XLIV; *Vid.* también el precedente libro del profesor de Salamanca: *Bases para un nuevo Derecho penal*. Madrid, 1923, pp. 88 y ss. y los anteriores y fundamentales para comprender el pensamiento de DORADO: *El reformatorio de Elmira, estudio de Derecho penal preventivo*. Madrid, 1898 y *El Derecho protector de los criminales*, 2 tomos. Madrid, 1915.

⁴² *Vid.* ANTÓN ONECA, J., «La utopía penal de Dorado Montero». Salamanca, 1951; y en «Obras», *Ob. cit.* II, pp. 99 y ss.

⁴³ *Cfr.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Ob. cit.* p. 816.

to en cuanto al fondo. Todavía puede visitarse en las escuelas salmantinas el aula de Dorado donde, a muy pocos alumnos, explicaba su concepción auténticamente revolucionaria del Derecho penal como protector de los criminales, recoleto y seco local, de recogida simplicidad y dureza castellana, con escuetas ventanas que más que dar luz «engendraban penumbra»⁴⁴.

Por lo que hace a la ilustre gallega, su pietismo filantrópico y conmovedor para con los presos y condenados marcó una senda que será continuada con posterioridad.

Y del segundo apunte mencionado, trasplantará la localización luminosa y atemperada del clima a la conveniencia y la posibilidad real de la estancia en los patios carcelarios, rechazando la permanente reclusión en las celdas, propia de un sistema mucho más rígido y también de unos territorios bastante más húmedos y fríos.

Por último, la modestia económica coadyuva notoriamente a la organización del sistema carcelario, que no puede invertir en costosas moles arquitectónicas pensadas para tal exclusivo efecto y opta, en lugar de construirlos, por reconvertir viejos edificios destinados originariamente a otros menesteres y, así, por ejemplo, la prisión de Chinchilla será un viejo castillo, los establecimientos de Alcalá-galera de mujeres, Puerto de Santa María, Burgos o Granada, antiguos conventos; Ocaña un cuartel o Tarragona un almacén. En este sentido, la desamortización de Mendizábal vino a proporcionar, por un lado, el marco real de la pena y, por el otro, gran parte de los medios materiales para el eficaz cumplimiento de las sanciones de privación de libertad.

Podíamos anticipar –y resumir– el panorama penitenciario a lo largo del siglo XIX, diciendo que eran varias las modalidades de ejecución de las penas privativas de libertad y así, fundamentalmente, los reos eran destinados a las siguientes clases de establecimientos: arsenales, lugares costeros de arribo de los galeotes que, desde la monarquía hispánica y la de los Austrias, a galeras son enviados hasta 1803; presidios africanos, para fuguistas y desertores; presidios peninsulares o de obras públicas; depósitos de rematados, cárceles y casas de corrección de mujeres. El mando en todos ellos es, durante muchas etapas, militar y de órdenes religiosas⁴⁵.

⁴⁴ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. *Ob. cit.* p. 822.

⁴⁵ Vid. las recopilaciones oficiales, mandadas formar por orden de la Dirección General de Establecimientos Penales: «Colección legislativa de Cárceles. Comprensiva de todas las leyes que se hallan en la Novísima Recopilación referentes al ramo y de todas las disposiciones legales y reglamentarias expedidas posteriormente, hasta 31 de diciembre de 1800». Madrid, 1860 y «Colección legislativa de Presidios y Casas de Corrección de mujeres». 2 vols. Madrid, 1861; también, ESCRICHE, J. «Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia. Nueva ed. corregida notablemente, y aumentada con nuevos artículos, notas y adiciones sobre el Derecho americano por don Juan B. Guim y un Suplemento». París, 1860, pp. 1374 y ss.; para el origen de los diversos centros en funcionamiento en el s. XIX y su reconversión de otros menesteres, en contraste con los relativamente más modernos del inmediato periodo, Vid. CABRERIZO, F., «Estudios penitenciarios. Las prisiones de Londres y las nuestras. Comparación, enseñanzas que de ella se deducen y conclusiones». Madrid, 1911, pp. 148 y ss. y 168 y ss.; CADALSO, F., «La actuación del Directorio militar en el ramo de prisiones». Alcalá de Henares, 1924, pp. 60 y 88 y ss. y MARTÍNEZ CABRERIZO, M., «El Penal de El Puerto de Santa María 1886-1981». 2.^a ed. Cádiz, 2005, pp. 19 y ss.

La penitenciaría militar es la primera de las reguladas⁴⁶. La Ordenanza de los Presidios Navales, es decir de los arsenales de Marina, de 20 de marzo de 1804, es norma de absoluta prelación en la obligada cita. El estableciendo es, en todos los conceptos, un buque armado (art. 1 del título III), mandado por personal de la real armada y servida por marineros de tropa (títulos I y II), que recogía a los reos rematados o con sentencia firme, de «condenas limpias», fuertes, jóvenes y robustos (art. 1 del título I), distribuidos en baterías o cuadras, como el resto de la marinería. Los trabajos obligatorios, sucintamente remunerados, son traducción de las tareas castrenses: achicar el agua con bombas, el más severo; labores en el puerto o en el astillero, remolcar, mantener y reparar las naves y los aparejos de los buques o baldear su cubierta (arts. 8, 11 y 14 del título IV). Los condenados permanecen sujetos con cadenas o grilletes y, progresivamente, van ascendiendo de categoría descontando los tiempos correspondientes en tres fases taxativamente marcadas, debiendo valorarse su conducta o comportamiento para producirse un avance o un retroceso en la definitiva incorporación a la sociedad (arts. 7 y 16 del título IV). Entre el conjunto de posibles castigos a imponer se mencionan en la norma los corporales, como los azotes y los palos y, en el caso del «cañón de corrección», para los supuestos de blasfemia, el número de golpes se eleva a doscientos (art. 4 del título VII). Será en 1818 cuando se disponga la extinción de los arsenales de Cartagena y el Ferrol, pasando los pocos internos que allí descontaban sus penas a los presidios correccionales, restando solo en servicio el sanfernandino y gaditano de La Carraca.

Las fechas son significativas. Si en 1804 los arsenales están pujantes, la de catorce años después viene a establecer la retracción de esta pena. La derrota de nuestras naves y las francesas en Trafalgar, en el otoño de 1805, da al traste con la consideración de nuestro país como potencia marítima y, en consecuencia, marca el declive irreversible de estos presidios.

La transición hasta la Ordenanza de 1834 la marcan los Presidios Peninsulares que se reglamentan en 12 de septiembre de 1807. Dos son sus clases más determinantes: los de obras públicas y los industriales dedicados, respectivamente, a trabajos en carreteras, canales o fortificaciones y a tareas internas en talleres. La corrección mediante el empleo de los sentenciados es la naturaleza de los mismos. Por eso, el régimen celular importado de Estados Unidos y adoptado mayoritariamente en Europa, no tendrá especial futuro en nuestro penitenciarismo que, en breve, se nutrirá de un sistema propio y autóctono, imitado luego por otras naciones: el progresivo de cumplimiento de condenas.

El gran texto penitenciario del s. XIX es la Ordenanza de los Presidios del Reino de 14 de abril de 1834⁴⁷. Su vigencia se extiende, prácticamente,

⁴⁶ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIX, III (separata), 1986, pp. 780 y ss.

⁴⁷ Vid. GARCÍA VALDÉS, C., «Del presidio a la prisión modular». 3.^a ed. Madrid, 2009, pp. 15 y ss.; el mismo: «La ideología correccional...», *ob. cit.*, pp. 28 y ss. y el mismo: «Estar mejor y salir antes: premios y beneficios condicionados a la conducta del recluso en la legislación penitenciaria del XIX y principios del XX», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LIV, 2001, pp. 27 y ss.; para la más completa exposición acerca de esta Ordenanza por un especia-

hasta 1913. Sus 371 artículos configuran una pétrea regulación jurídica completa y adecuada a los tiempos, teñida de las características del encierro español; de ahí, el denominado régimen de aglomeración o en comunidad, tan distante del de aislamiento celular americano y europeo.

La reina gobernadora sanciona la norma que se dirige al ministro de Fomento, Javier de Burgos⁴⁸, que ostentará la competencia de prisiones, sustrayendo la misma a la autoridad militar⁴⁹. Cuatro son sus partes esenciales. La primera se ocupa del llamado arreglo y gobierno superior de los presidios; la segunda, de su régimen interior; la tercera, de su sistema económico y administrativo; y la cuarta, de las materias de justicia relativas a aquéllos. La división de los establecimientos será la siguiente: depósitos correccionales para las capitales de provincias y sentencias inferiores a los dos años, presidios peninsulares para las condenas superiores a dos años de encierro y hasta los ocho y presidios africanos, destino de los reos con más de ocho años de pena privativa de libertad (arts. 1 y 2). De ellos, ya lo he dicho, el mayor será el de Ceuta y los menores los de Melilla, Alhucemas, islas Chafarinas y peñón de Vélez de la Gomera. Las obras de fortificación, servicio de líneas, maestranzas de ingenieros y mantenimiento de los fuertes se imponen en éstos lugares de pena. El trabajo en el resto también es obligatorio «dentro de los cuarteles» o fuera del establecimiento en obras; cuando no exista en el exterior, se destinarán los reclusos a los obradores del centro (arts. 11 y ss.).

El personal del presidio tiene carácter absolutamente castrense (arts. 77 y ss.) y las estancias de los condenados se denominan brigadas, a su vez divididas en cuadradas (arts. 80 y 81). Restan muchos años para la sincera transformación en prisiones puramente civiles. La Ordenanza es hija de su época, severa en los castigos y militarista; sin embargo, contiene un sistema de descuentos o rebajas de condena (arts. 303 y ss.) por trabajos extraordinarios o notorio arrepentimiento, francamente interesante y novedoso, que supone un acortamiento de hasta la tercera parte de los años impuestos en la sentencia.

La Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849 completa el panorama de la competencia gubernamental sobre los centros. Texto breve, de 36 preceptos, y más administrativo que propiamente penitenciario, pasará a la historia por significar la separación de los presidios civiles de los militares, restando para Guerra los arsenales y, en principio, África, trastocándose la dependencia de los primeros de Fomento a Gobernación (art. 1). Hasta 1907, por Real Decreto de 6

lista moderno, *Vid.* SANZ DELGADO, E., «El humanitarismo...», *Ob. cit.* pp. 202 y ss.; lo mismo hará mi discípulo cuando estudie la legislación precedente (legislación ceutí, de los presidios arsenales y peninsulares) y posterior (especialmente los Decretos de 1901 y 1903) a esa capital norma, siendo seguido por todos y, en muchas ocasiones, sin aprovechar completamente sus trabajos, *Vid.* al respecto, BURILLO ALBACETE, F. J., «La cuestión penitenciaria. Del Sexenio a la Restauración (1868-1913)». Zaragoza, 2011, pp. 177 y ss. y 181 ss.

⁴⁸ Sobre su figura, *Vid.* ROCA ROCA, E., «Javier de Burgos y su tiempo», en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 28, 1998, pp. 465 y ss.

⁴⁹ *Vid.* NIETO, A: «Historia administrativa de la regencia de María Cristina». Barcelona, 2006, p. 211 y ss. y 226; el precedente legislativo de la atribución de la nueva competencia de Fomento es el Real Decreto de 9 de noviembre de 1832, *Vid.* GARCÍA VALDÉS, C., «Derecho penitenciario militar...», *Ob. cit.* p. 792.

de mayo, no se producirá la traslación de los últimos centros citados a la península (art. 1), consecuencia de la Conferencia internacional de Algeciras, que tuvo lugar durante el primer trimestre del año anterior, en la que España y Francia se reparten el protectorado marroquí.

He aquí, de nuevo, como unos acontecimientos no específicamente penitenciarios determinan la evolución del sistema. Si primero fue una batalla marítima la que arrumba a los presidios arsenales, luego serán unos acuerdos supranacionales los que eliminan a los africanos.

Desde el punto de vista del sistema penitenciario, entendido en la etapa que estamos tratando como el conjunto de régimen y corrección, la aparición del progresivo en Valencia, con el antecedente de Ceuta, de 23 de diciembre de 1889, hay que calibrarlo como algo excepcional para el devenir de la legislación del ramo, que confirmará su trascendencia en 1901 y 1913 y, desde aquí, hasta la vigente Ley General Penitenciaria de 1979.

El coronel Manuel Montesinos, comandante del presidio valenciano, sintió la necesidad de incentivar a sus reclusos, dividiendo su estancia en prisión en fases hasta lograr la libertad; y ese pasar progresivamente por los diversos periodos, acarrea una historia personal que podía desembocar en adelantamientos del cumplimiento de las respectivas condenas. Fernando Cadalso, el gran penitenciarista español, modelo de funcionarios hasta épocas recientes, acogerá la idea y, aunque la reviste de exigencias inflexibles y rígidas, referidas al cómputo de años que han de transcurrir entre los grados y traslados de establecimiento, la complementa con la libertad condicional y el centro toledano de Ocaña⁵⁰. Teniéndolo todo en su mano, pues desempeñó los más altos empleos y cargos de su profesión, es lógico convenir en su impronta, lejos de la corta influencia que, en principio, ostentó otro excepcional penitenciarista: Rafael Salillas, en el que sólo José Canalejas y Eduardo Dato, brevemente por su acontecer político y vital, llegaron tempranamente a creer. Al desempeñar Montesinos la visitación general de nuestros presidios se aseguraba el futuro. De hecho, los Reglamentos de 5 de septiembre de 1844 tienen su aroma.

Los autores que impregnan este gran periodo penitenciario son, además de Concepción Arenal, los inmediatamente mencionados Cadalso y Salillas, acerca de cuyas valiosas vidas, paralelas y divergentes, repartiendo a su obra, profesionalmente entregada, los correspondientes y grandes méritos, ha escrito superiormente mi discípulo Sanz Delgado⁵¹.

⁵⁰ Vid. CADALSO, F., «La Libertad Condicional. El indulto y la amnistía». Madrid, 1921, pp. 12 y ss.

⁵¹ Vid. SANZ DELGADO, E., «Dos modelos paralelos y divergentes: Cadalso y Salillas», en «Homenaje al profesor Francisco Bueno Arús», Revista de Estudios Penitenciarios, núm. extra, 2006, pp. 191 y ss. y, muy recientemente, el mismo: «Rafael Salillas y Panzano, penitenciarista», conferencia pronunciada en el Ateneo madrileño, dentro del ciclo dedicado a los discípulos ateneístas de Joaquín Costa, el 24 de enero de 2012 (en prensa); también, Vid. GARCÍA VALDÉS: «Del presidio...», *Ob. cit.* pp. 28 y ss. y FIGUEROA NAVARRO, M. C.^a, «Los orígenes...», *Ob. cit.* pp. 24 y 25; para unas excelentes notas biográficas sobre el maestro de Angüés, Vid. TÉLLEZ AGUILERA, A.: «Criminología». Madrid, 2009, pp. 214 y ss.

Frente a la severidad, en ocasiones sin sentido, de los regímenes carcelarios europeos, los maestros españoles, con muchos menos medios materiales y mejor vocación y sentido de la realidad, construyeron un sistema verdaderamente ejemplar. Ya he dicho que sin el primero, sin Cadalso, referencia de nuestro penitenciarismo, el progresivo no hubiera llegado a buen puerto, perdiéndose en disquisiciones teóricas o localistas; será cuando piense en Ocaña y en la legislación sobre la libertad condicional, cuando se lleve a la efectiva práctica la perfección del sistema, redondeando el círculo.

Tenía Fernando Cadalso la autoridad y el prestigio necesarios para desarrollar sus ideas. Como había mandado importantes establecimientos y realizado los más altos servicios en el centro directivo, sabía lo que se traía entre manos y, además, sus escritos eran ya entonces, y han sido, modelos bibliográficos para las generaciones venideras. Rafael Salillas es más modesto, más sencillo en sus empleos penitenciarios y en sus ambiciones personales. Como todos los precursores, dirigiendo la Escuela de Criminología e ideando la ideología tutelar individualizadora en los inicios del moderno tratamiento, no fue muy seguido en su época, alcanzando el reconocimiento, que nunca fue total, mucho tiempo más tarde. Su instante supremo es el Decreto de 1903, arrumbado como en furioso torrente, en sus principios inspiradores, por la sólida y sin resquicios legislación de 1913, típicamente cadalsiana. Pero trazó una senda que fue retomada, con el recuerdo y el respeto debidos, setenta y seis años después.

VII

He comentado en el enunciado del presente trabajo que ha de referirse de igual manera, para entender con corrección el momento, siquiera sea sucintamente, el desenvolvimiento de la legislación de orden público⁵². La misma nace también en la presente centuria pues es evidente que la estructura estatal se va conformando ahora. En efecto, en el XIX aflora cuanto atañe a la legislación de seguridad ciudadana, sin duda como necesidad previa o subsiguiente a las compilaciones penales y penitenciarias. Los dos grandes instrumentos policiales así se reconocen y ordenan. El Cuerpo de Vigilancia, antecedente de nuestra Policía, y la Guardia Civil, con distintas tareas, misiones y competencias se muestran con toda intensidad en el panorama nacional. Y así, nuevos funcionarios se invisten de una autoridad delegada para hacer cumplir las leyes del orden establecido, en ocasiones, previamente a la comisión de los delitos y, en consecuencia, sin haberse puesto aún en marcha el mecanismo penal, judicial y penitenciario.

Históricamente, la primera disposición de relevancia es la concerniente al primero de los cuerpos mencionados. La normativa de 1807 es un precedente organizativo de importancia al igual que lo será la de 1824. Ambas Reales Cédulas, la de 13 de diciembre de 1807 y la de 13 de enero de 1824, son las que

⁵² Vid. BOBILLO, F., *Ob. cit.* pp. 19 y ss.

inician la regulación de las tareas policiales. Firmadas por Carlos IV y Fernando VII, respectivamente, se fija en las mismas un principio que vendrá a ser fundamental en nuestro sistema legal y procesal: que las fuerzas ahora reestructuradas son auxiliares de la autoridad judicial y a ésta, cuando sean competentes, deberán «remitirlo todo», es decir cuanto descubran. De hecho, la segunda disposición citada entrega el mando de la Policía, como Superintendente general, a un Magistrado superior (art. I). Las funciones atribuidas por la reglamentación son extensas (arts. XIII y ss.), conteniendo la regulación abundantes prescripciones puramente administrativas. La detención gubernativa se prolonga durante ocho días a cuyo término los arrestados serán entregados a los Jueces y Tribunales (art. XVI) y en el supuesto de cometer vejaciones, arbitrariedades o tropelías, el empleado será suspendido y procesado (art. XIX). Se establece en la norma la disposición de fondos reservados para el pago de confidentes (art. XXI.4), elemento que, sin necesidad de regulación expresa, ya no cejará en la actuación investigadora en los días venideros.

La siguiente norma, del mismo año que la última citada, es muy completa. Se trata del Reglamento de Policía de Madrid y para las Provincias de 20 de febrero de 1824. No solo se ocupa del personal sino que se centra en la organización de los diversos servicios y cometidos, preventivos y gubernamentales, propios del empleo de los miembros del nuevo cuerpo. Se anticipa, creándolo, el cargo de comisarios de cuartel (arts. 29 y ss.), es decir de distrito, de los diez en los que estaba dividida la capital, y los celadores, o sea los guardias, se dividen en de barrio y de puertas (arts. 38 y ss.), en este caso, de las cinco que se mencionan y que tenía por aquel entonces Madrid: Atocha, Toledo, Segovia, Santo Domingo y Alcalá (art. 48).

Las amplias funciones se detallan a partir de los artículos 61 y siguientes, en variados capítulos de la disposición, y son los referidos a la formación del padrón y las cartas de seguridad o de identificación, velar por el control de las posadas, fondas y cafés, otorgar las licencias de carruajes y de armas, así como las de venta ambulante. Los artículos 132 y siguientes indican las multas correspondientes a las contravenciones deducidas de las obligaciones anteriores. De esta forma, la sanción pecuniaria gubernativa se erige en el correctivo principal sin que quepa la imposición de privación de libertad, prueba inexcusable de modernidad. Posteriormente, la disposición ordena las rondas que la policía ha de hacer en los barrios (arts. 166 y 167) y, con buen criterio, advierte acerca del conflicto de competencias con otras autoridades, recordando que en Madrid la autoridad sobre la Plaza de toros pertenece al Corregidor y la de los Teatros a los Alcaldes de Casa y Corte (art. 176). Antes, el importante artículo 174 proclama que «ningún Juez, Tribunal o Autoridad turbará a la Policía en el ejercicio de sus atribuciones privativas que le señala el artículo 13» de la normativa anterior, o sea la de enero del mismo año, y que se relaciona con el control, vigilancia y persecución de infracciones que son todas exclusivos supuestos administrativos.

La regulación de Provincias no añade nada de verdadero interés, salvo la mención de especificidades concretas como la creación de las subdelegaciones

y la de los intendentes (arts. 1 y ss.). Las sanciones se denominan impropia-mente penas (arts. 110 y ss.) aunque siguen siendo puras multas gubernativas. Estos dos Reglamentos se acompañan de los correspondientes modelos de utilidad para su uso y empleo o formularios⁵³.

La Guardia Civil tiene carta de naturaleza desde el año 1844; de ahí, sus Reales Decretos fundacionales a tal fecha referidos, complementados por el duque de Ahumada con la denominada Cartilla de un año después⁵⁴. El presidente del gabinete que, al respecto, se dirige la Reina Gobernadora fue Luis González Bravo. El ilustre gaditano ocupaba el sillón desde 1843 y, con posterioridad, fue ministro de Estado, no desligándose nunca de las acciones de gobierno.

Entendida como relevo del ejército allí donde éste no debía involucrarse, el objeto de esta fuerza «armada de infantería y caballería», dice el primer texto, «es proveer al buen orden, a la seguridad pública y a la protección de las personas y de las propiedades, fuera y dentro de las poblaciones» (arts. 1 y 2), organizándose como un cuerpo militar por tercios, compañías y escuadrones (art. 3) dependiendo, en cuanto a la organización y disciplina, de la jurisdicción militar (art. 12) y funcionalmente del ministerio de Gobernación (art. 1).

De inmediato, en 9 y 15 de octubre, se promulgan los Reglamentos militar y civil de la Guardia Civil. Meticulosos y extensos, estas normativas regulan la mayoría de los puntos que han persistido en el tiempo, relativos al servicio, cometidos, uniformidad, mandos o emolumentos, partiendo de la base de su «carácter protector y benemérito». El artículo 3 de la disposición organizativa viene a separar las competencias: de Guerra en lo tocante a organización, personal, disciplina, material y percibo de haberes; y de Gobernación, en cuanto al servicio y acuartelamiento, disponiendo de la Guardia Civil el Jefe Político (es decir, el Gobernador; hoy, el Delegado o Subdelegado del Gobierno) de la Provincia (art. 11). El ministerio de Gracia y Justicia está facultado para requerir su colaboración (art. 4), así como la Autoridad judicial (arts. 20 y ss.). En cuanto a las obligaciones de los guardias, se parte de la más grave y de mayor responsabilidad: sostener el orden público y, consiguientemente, sofocar los motines o desórdenes (art. 26) para continuar con tareas de vigilancia, para siempre ya habituales, en caminos, campos y despoblados, apresamiento de prófugos o conducción de delincuentes (arts. 32 y ss.). Después vendrá la custodia de ciertos edificios ministeriales o públicos y, en una progresión razonable, la de los establecimientos carcelarios.

⁵³ Vid. BOBILLO, F., *Ob. cit.* pp. 121 y ss.; poco más de setenta y cinco años después de la fecha mencionada, en el albor de la segunda década del nuevo siglo, en 1911, se crea en Madrid el primer laboratorio de identificación dactiloscópica. Vid. al respecto, OTERO SORIANO, J. M., «Introducción y notas históricas», en VVAA: «Policía Científica. 100 años de Ciencia al servicio de la Justicia». Madrid, 2011, p. 19.

⁵⁴ Vid. LÓPEZ CORRAL, M., «La Guardia Civil. Claves históricas para entender a la Benemérita y a sus hombres (1844-1975)». Madrid, 2009, pp. 23 y ss. y SILVA, L.: «Serenos en el peligro. La aventura histórica de la Guardia Civil». Madrid, 2010, pp. 19 y ss.; con carácter divulgador, pero con rigurosos datos históricos, Vid. también, MARTÍNEZ VIQUEIRA, E., «Atlas ilustrado de la Guardia Civil». Madrid, 2010, pp. 17 y ss.

Francisco Javier Girón, duque de Ahumada, completa su obra creadora con la *Cartilla del Guardia Civil*⁵⁵. Redactada personalmente por el mariscal de campo, Inspector General del Arma, es aprobada por Real Orden de 20 de diciembre de 1845 y, como bien nos recuerda el profesor Bobillo, los guardias, «a modo de exigente código de conducta», la llevarán consigo, «durante muchos años, como una especie de prontuario de gran utilidad»⁵⁶. Recordatorio de deberes rígidos y estrictos, obsoleta en muchos aspectos y, obviamente, desde la óptica actual, preconstitucional, fue eficazmente interiorizada por el Cuerpo y ha regido las actuaciones de esta fuerza armada durante siglo y medio, sobreponiéndose a cuantas justas o injustificadas críticas recibiera.

Todo el pensamiento del fundador se encuentra recogido en el texto: su sentido del honor, del deber, del sacrificio, de la disciplina, de la obediencia, del aseo personal, de la cuidada uniformidad o del ejercicio riguroso del cargo, y ello escrito gramaticalmente con meticulosidad, sin mucha necesidad de otra interpretación que no sea la literal. En este sentido destacan las que imponen estrictamente el saludo militar (art. 13) y el absoluto respeto al superior (art. 19) o cuando autorizan el uso de armas a los números en el artículo 18, que dice sin contemplaciones: «Sus primeras armas deben ser la persuasión y la fuerza moral, recurriendo sólo a las que lleve consigo, cuando se vea ofendido por otras, o sus palabras no hayan bastado. En este caso dejará siempre bien puesto el honor de las que la Reina le ha entregado».

Esta legislación complementaria redondea la penal y penitenciaria que he tratado en el actual estudio, con independencia del acierto selectivo en la necesariamente corta exposición. El conjunto de las disposiciones, desde la Constitución de Cádiz, viene a mostrarnos un Estado no sólo definitivamente formado sino progresivamente evolucionado en sus diversos aspectos normativos y eso, si bien no fue prácticamente una invención nuestra, sí presentó matices propios y únicos o, en su caso, muy diferentes a otros, desde luego a mejor, especialmente en la materia carcelaria.

CARLOS GARCÍA VALDÉS

⁵⁵ Se publica por primera vez, dos meses después, por la imprenta de Victoriano Hernando, en Madrid, 1846; para la uniformidad de los guardias desde el momento fundacional, *Vid.* el primoroso libro de DE FRANCISCO LÓPEZ, R., «Estampería popular y Guardia Civil». Madrid, 2008.

⁵⁶ *Cfr.* BOBILLO, F., *Ob. cit.* p. 29.

Pasado, presente y perspectivas de la Codificación mercantil

SUMARIO: 1. La Codificación mercantil hasta los años 80 del siglo xx.-2. La modernización de la legislación mercantil en los años 80 del siglo xx.-3. El encargo de un nuevo Código mercantil.-4. La situación de partida que justifica la recodificación. -5. El movimiento codificador.-6. Las competencias legislativas en la Constitución.-7. Las exigencias de la unidad de mercado.-8. Características y contenido del nuevo Código mercantil.-9. Las dificultades para la redacción de un nuevo Código Mercantil.

1. LA CODIFICACIÓN MERCANTIL HASTA LOS AÑOS 80 DEL SIGLO XX

Son bien conocidos los orígenes de la Codificación Mercantil en España que dieron como frutos los dos Códigos de Comercio, de 1829 el primero y de 1885 el segundo, que es el Código que sigue actualmente en vigor. Importa destacar que la labor codificadora no se ha agotado con la promulgación de los códigos mencionados, sino que además la elaboración de esos textos legales fue acompañada de la creación por el Real Decreto de 19 de agosto de 1843 de la Comisión General de Codificación¹, la cual subsiste en nuestros días, después de experimentar diversos cambios durante su larga existencia y que según los estatutos que rigen en estos momentos, aprobados por el Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, tiene como primera de sus funciones «la preparación de la legislación codificada o general que expresamente le encomiende el Ministro

¹ Vid. Comisión General de Codificación (folleto), Madrid 1970, p. 3.

de Justicia» (art. 3.º de los Estatutos de la Comisión General de Codificación). Así pues, la evolución de la Codificación Mercantil se vincula muy especialmente a la labor realizada por la Comisión.

El texto del Código de Comercio de 1885 llegó casi intacto a los años 50 del siglo xx. Por supuesto, había habido intentos de reforma que no llegaron a ser promulgados. En particular, tuvo importancia el intento de modificación del Libro Segundo del Código del año 1926. Intento que fracasó rotundamente por los muchos defectos, que fueron duramente criticados por la doctrina². Entre las críticas que se formularon, llama la atención que se diera a la Comisión para la redacción de un nuevo Libro Segundo del Código un plazo de tres meses³. Basta con tener en cuenta ese plazo realmente absurdo para comprender que el resultado no podía ser aceptable.

En los años 50 del siglo xx se produce una primera modernización de la legislación mercantil, bien es cierto que mediante la promulgación de leyes especiales, alguna de las cuales lo que hacía era sustituir, por un texto legal fuera del Código, disposiciones normativas que figuraban en el mismo.

En efecto, en los años 40 del siglo xx subsiste, volviendo a regularla legalmente, la Comisión General de Codificación⁴; pero junto a ella existe otro organismo que es el que va a producir los textos legales que suponen una modernización fundamental en determinadas materias con relación a lo que disponía el Código de Comercio. En efecto, la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, presidida por el maestro don Joaquín Garrigues, es la encargada de redactar los textos de los anteproyectos que dan lugar a dos leyes fundamentales, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada de 1953. Es importante tener en cuenta, que don Joaquín Garrigues que presidía la Sección de Justicia del Instituto formaba parte también de la Comisión General de Codificación.

La fase que podría considerarse siguiente en las tareas codificadoras tiene lugar en los años 70 del siglo xx, en los que se promulgan leyes, cuyos anteproyectos habían sido elaborados por la Comisión General de Codificación, que modificaban directamente algunas partes del Código de Comercio, concretamente se modifican los títulos II y III que regulaban el Registro Mercantil y la contabilidad de los empresarios respectivamente⁵. También, se cambia en esos años el régimen jurídico aplicable a la mujer casada comerciante, modificando por consiguiente los artículos del Código de Comercio que regulaban esa materia⁶.

Hay que destacar, que aun cuando las modificaciones mencionadas fueron elaboradas por la Comisión General de Codificación, su introducción en el texto del Código fue desde el punto de vista sistemático muy incorrecta, puesto

² Vid. N. PEREZ SERRANO, «La proyectada reforma del Código de Comercio», en *Revista de Derecho Privado*, Año XIII, núm. 158, 15 de noviembre de 1926, pp. 345 y ss.

³ Vid. N. PEREZ SERRANO, *Ob. cit.*, p. 345

⁴ Vid. Decreto Orgánico de 23 de octubre de 1953.

⁵ Ley de 21 de julio de 1973, que modifica los títulos II y III del libro I del Código de Comercio.

⁶ Ley 14/1975, de 2 de mayo.

que se incluían nociones que no se coordinaban con las partes del Código que permanecían inalteradas. En particular, ese planteamiento, que perjudicaba el carácter sistemático que debe tener un Código, resultaba de utilizar los términos «empresario mercantil», en lugar de la noción de «comerciante» que era la que aparecía y sigue apareciendo en el artículo primero del Código de Comercio.

Son esas las modificaciones más importantes experimentadas hasta el momento actual por el Código de Comercio de 1885, así como la inclusión de las normas sobre cuentas anuales y presentación de las cuentas de grupos de sociedades, que se incluyen también en el texto codificado, básicamente por la Ley de 1989 de «Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación Mercantil a las Directivas de la CEE en materia de sociedades».

Aun cuando el texto de esos artículos que se incorporan al Código habían sido preparados por la Comisión General de Codificación, su inclusión en el texto codificado supuso la incorporación al Código de un cuerpo de preceptos totalmente extraño al resto del articulado, puesto que hay que tener en cuenta que no parece lógico regular la contabilidad de los grupos de sociedades cuando el Código no regula a los grupos de sociedades y ni siquiera regula ya los distintos tipos de sociedades mercantiles.

En esa misma Ley de 1989 se incluyó en el texto del Código la regulación legal de las sociedades comanditarias por acciones, en los artículos 151 a 159. Tampoco respondía a una adecuada sistematización la inclusión de las normas aplicables a ese tipo de sociedades, por cuanto su régimen jurídico se vincula directamente con la regulación de las sociedades anónimas, cuya regulación legal estaba fuera del Código de Comercio.

Así pues, lo que interesa destacar es que las modificaciones realizadas al texto del Código de Comercio de 1885 son escasas y no están adecuadamente coordinadas con el resto del articulado del Código. Bien es cierto que esa falta de coordinación se debía sobre todo al carácter obsoleto del planteamiento básico del propio Código.

2. LA MODERNIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN MERCANTIL EN LOS AÑOS 80 DEL SIGLO XX

Pero la Codificación Mercantil sufre su mayor perjuicio como consecuencia de la modernización de la legislación mercantil que se produce en el ordenamiento jurídico español a partir de los años 80 del siglo xx.

Ese planteamiento que supone desconocer la existencia del propio Código de Comercio se produce porque la modernización de la legislación mercantil tiene lugar por la promulgación de leyes especiales, que sustraen materias reguladas en el Código de Comercio, con lo cual junto a la regulación en la Ley especial se produce un vaciamiento de las normas contenidas en el Código.

Los Anteproyectos de la mayor parte de las leyes que regulan materia mercantil fueron elaboradas por la Comisión General de Codificación y concretamente por la Sección Segunda. Pero la labor realizada se orientó no a la integra-

ción de las nuevas normas en el Código, sino a la preparación de leyes especiales, que lo que hacían en muchos casos era sustituir a la regulación legal de la misma materia en el Código, regulación legal que era derogada por la nueva ley.

Es decir, que la labor de la Comisión se refería no a mantener y mejorar lo dispuesto en el Código de Comercio, sino a preparar las leyes especiales y, eso sí, tratar de coordinar adecuadamente las distintas leyes que se iban promulgando, de manera que la legislación mercantil, aunque establecida en leyes especiales, estuvieran armonizadas unas leyes con otras.

La renuncia a llevar a cabo la integración del Código de Comercio y su sustitución por leyes especiales aparece claramente en el Preámbulo del Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Comisión General de Codificación.

En ese Preámbulo se declara lo siguiente:

«Por otro lado, la dinamicidad de nuestra sociedad impulsa la proliferación de disposiciones normativas, que son rápidamente modificadas o sustituidas, y ello hace inútil todo intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la ley y cristalizar así un sector jurídico. De ahí que se venga afirmando que los Códigos han perdido su posición central y privilegiada en los sistemas jurídicos. En su lugar, las leyes especiales por un lado, como normas necesarias de una sociedad en constante mutación, y el texto constitucional por otro, como fundamento de los valores de un sistema político, han cambiado el sentido de la técnica legislativa.»

Se llega así a una situación en la que el Código de Comercio está vaciado en gran parte y sustituido por leyes especiales, muchas de las cuales responden en los últimos tiempos a la necesaria incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de las Directivas de la Comunidad Económica Europea.

Así cabe mencionar entre las leyes especiales de carácter mercantil, cuyo texto ha sido preparado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio), la Ley de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (Ley 3/2009 de 3 de abril), la Ley de Agrupaciones de Interés Económico (Ley 12/1991, de 29 de abril), la Ley Cambiaria y del Cheque (Ley 19/1985, de 16 de julio), la Ley de Medidas de Lucha contra la Morosidad en las operaciones comerciales (Ley 3/2004, de 29 de diciembre), la Ley de Contrato de Agencia (Ley 12/1992, de 27 de mayo), la Ley de Ventas fuera de Establecimientos Mercantiles (Ley 26/1991, de 21 de noviembre), la Ley del Contrato del Transporte Terrestre de Mercancías (Ley 15/2009, de 11 de noviembre), la Ley del Contrato de Seguro (Ley 50/1980 de 8 de octubre), la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) y la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio). A estas leyes hay que añadir, por su especial significado la Ley de Competencia Desleal (Ley 3/1991, de 10 de enero), por cuanto constituye un cambio importante en la delimitación de la materia mercantil, que incorpora no sólo las materia consideradas como mercantiles desde el punto de vista tradicional del Código de Comercio, sino también las normas nacidas para

regular el Derecho de la Competencia que pasa a formar parte del Derecho Mercantil. Y esa evolución viene a ser corroborada por la promulgación de la Ley de Competencia Desleal cuyo texto fue preparado por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación.

Así pues, toda la modernización de la legislación mercantil se ha hecho por la promulgación de leyes especiales. Parecía pues, que había pasado totalmente la época de la Codificación. Y sin embargo, se produce el gran cambio en la evolución de la legislación mercantil, pues pasa a considerarse que lo más adecuado es la preparación y promulgación de un nuevo Código Mercantil. Es por ello, por lo que importa poner de manifiesto las razones que justifican un cambio tan radical en los planteamientos de política legislativa del Derecho Mercantil.

3. EL ENCARGO DE UN NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

Como ya se hizo público en su momento, la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación recibió del Ministro de Justicia el encargo de preparar un Anteproyecto de nuevo Código Mercantil. Pues bien, el objeto de esta exposición consiste en explicar por qué se está preparando un nuevo Código Mercantil y qué dificultades surgen para realizar esa tarea.

Por supuesto, la exposición la voy a realizar a título personal, no con un planteamiento puramente dogmático, sino exponiendo los problemas reales a los que responde la recodificación planteada.

Lo que pretendo es poner de manifiesto, a ras de tierra, los problemas prácticos con los que se relaciona la recodificación programada.

4. LA SITUACIÓN DE PARTIDA QUE JUSTIFICA LA RECODIFICACIÓN

Para comprender la rica problemática que surge al tratar de la recodificación mercantil, resulta indispensable exponer, aunque sea brevemente la situación de partida, esto es qué circunstancias existían, y siguen existiendo en gran parte, que se relacionen con la elaboración de un borrador de futuro Código Mercantil.

Esa situación que podríamos referir cronológicamente a los años noventa del pasado siglo, puede sintetizarse de la siguiente manera.

En primer lugar el Código vigente sólo sigue regulando una mínima parte de lo que es el Derecho Mercantil, de modo que se ha hablado del «desguace»⁷ del Código muchas de cuyas normas originales han sido derogadas y que adole-

⁷ Vid. Aurelio MENÉNDEZ MENÉNDEZ, en la «Presentación» del *Centenario del Código de Comercio*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 17 y ss. (en concreto, p. 18).

ce en muchas de las partes que se mantienen vigentes de un planteamiento obsoleto, y superado por la realidad.

Así pues, el Código vigente presenta una serie de «agujeros negros» por haber quedado sin contenido muchos de sus preceptos, y por otra parte, el hecho de que muchas de las normas que lo integran, al haber sido introducidas por leyes singulares, han producido el efecto de establecer normas descoordinadas, que no responden a un criterio uniforme. Baste señalar como se sigue regulando quiénes son comerciantes, en el artículo primero, para establecer después las normas de contabilidad aplicándolas a los empresarios o se incluyen normas reguladoras de la contabilidad de los grupos de sociedades, cuando tales grupos no son objeto de regulación sustantiva en el propio Código.

Lo que queda del Código tiene tan poca relevancia que algunos autores prescindían de él a la hora de delimitar la materia mercantil.

Es un hecho ampliamente comprobado que la mayor parte de la doctrina científica, y entre ellos yo mismo, se mostraba favorable a la unificación del Derecho Civil y Mercantil en materia de obligaciones y contratos. Por otra parte, la noción que mantenía y mantiene la doctrina sobre la delimitación del Derecho Mercantil incluía todo el Derecho de la competencia que históricamente había surgido sin vinculación de ninguna clase al Código de Comercio.

Así, con un Código de Comercio insuficiente y desprestigiado se han ido dictando leyes para muchas de las instituciones que integran tradicionalmente el Derecho Mercantil en materia de contratos, de manera que dan por supuesto la unificación del Derecho Mercantil y Civil en la materia y por ello se limitan a regular la relación contractual de que se trate, sin establecer en momento alguno si se trata de una normativa jurídico-mercantil o jurídico-civil. Se ha venido haciendo realidad la unificación de obligaciones y contratos por el simple cauce de hacer una regulación en una ley especial única.

A todo ello hay que añadir la aparición desde los años 80 del siglo xx de las normas dictadas para proteger a los consumidores, normas impuestas en su mayor parte por sucesivas directivas comunitarias. Existe, en efecto, una amplia regulación con normas protectoras de los consumidores que tienen todas ellas el carácter de Derecho imperativo. La importancia de este Derecho de protección de los consumidores aparece claramente en el texto refundido, de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 19 de julio).

Ante esta situación, la doctrina no ponía de manifiesto cómo debería desarrollarse la legislación en materia de Derecho Mercantil. Se señalaba que cabían dos opciones, por una parte, la de abandonar definitivamente el Código de Comercio y sustituir su normativa por la promulgación de grandes leyes que regularan por separado las distintas instituciones del Derecho Mercantil. Y por otra parte se mencionaba como otra opción posible la de volver a realizar una tarea de recodificación, esto es, la preparación de un nuevo código de comercio o mercantil basado en principios más adecuados a la realidad actual, con una organización formal más flexible que la de los códigos tradicionales, para per-

mitir la incorporación de las continuas modificaciones que la legislación actual produce con referencia a las instituciones jurídico-mercantiles.

Lo que es evidente es que la regulación vigente de la materia mercantil aparece dispersa y descoordinada. Por ello hablaba Uría de «descodificación», en relación con la cual se declaraba que,

«en sí no parece que pueda ser una meta ideal, sino más bien un remedio coyuntural, que habrá de ser muy controlado si no queremos correr el riesgo de generar una proliferación de leyes especiales, difícilmente conectables entre sí y no siempre inspiradas en las mismas ideas jurídicas, que puede poner fin a cualquier idea básica de «orden» o «sistema» en el conjunto de las instituciones jurídicas integrantes de las distintas parcelas o ramas del Derecho general y del Mercantil en particular»⁸.

Pero el propio Uría manifestaba más adelante en el año 1985 que

«Una cosa es que en este momento histórico no existan condiciones apropiadas para hacer la reforma de nuestro ordenamiento jurídico mercantil sobre la base de un Código nuevo que sustituya al de 1885, y otra distinta que hayamos de renunciar definitivamente a la opción de codificar de nuevo las instituciones jurídico-mercantiles una vez consolidada la era post-industrial que acaba de comenzar»⁹.

Con estos antecedentes y en las circunstancias que acaban de exponerse se encargó, por Orden de 7 de noviembre de 2006 del Ministro de Justicia a la Sección segunda de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación la elaboración de un nuevo Código Mercantil. Se cumple así la previsión que hacía Hernández Gil al afirmar

«Por qué si el siglo XIX produjo en España dos Códigos de Comercio, uno de los cuales todavía subsiste, no vamos a dar impulso, en los umbrales ya del siglo XXI, a un nuevo Código de Comercio»¹⁰.

Ese encargo de preparar un nuevo Código Mercantil se justifica desde diversos puntos de vista.

5. EL MOVIMIENTO CODIFICADOR

Por un lado, es evidente que el movimiento codificador sigue teniendo una importancia notable en la evolución de la legislación en los países del Derecho continental.

⁸ Vid. Rodrigo URÍA GONZÁLEZ, «Apertura» en la obra *Centenario del Código de Comercio*, Ministerio de Justicia, I, Madrid, 1986, pp. 23 y ss. (en concepto p. 29).

⁹ Vid. Rodrigo URÍA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, p. 31

¹⁰ Vid. Antonio HERNÁNDEZ GIL, «Presidencia del Acto y Palabras de Apertura», en la obra *Centenario del Código de Comercio*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pp. 33 y ss. (en concreto p. 40).

Es destacable la nueva codificación que ha realizado en Francia, que a partir de los años 90 del siglo xx concretamente («Circulaire du 30 mai 1996 relative à la codification des textes législatif et réglementaires») ha creado una organización dedicada a preparar los diversos códigos que han sido elaborados y publicados ya, entre ellos, el Código de Comercio, el Código del Consumo y el Código de la Propiedad Intelectual. Se trata de una organización al mas alto nivel de la Administración pública (Comisión Superior de Codificación presidida por el Primer Ministro) y su finalidad, que justifica la nueva labor codificadora, consiste en que la obligación de los ciudadanos de conocer las leyes debe facilitarse por parte de la Administración pública, puesto que hay que reconocer que es difícil que el ciudadano conozca la legislación vigente cuanto ésta está incluida en múltiples textos legales que no aparecen adecuadamente coordinados. Además, la nueva codificación francesa aporta la novedad de presentarse como una codificación flexible desde el punto de vista formal, debido fundamentalmente a la manera de numerar los artículos de los nuevos códigos. En efecto, al dar una numeración independiente a los distintos libros, títulos y capítulos se pueden introducir las modificaciones legales que se vayan produciendo, sin necesidad de alterar la numeración del conjunto de los artículos del código.

Ese movimiento codificador se percibe también en la elaboración de códigos como el Código de sociedades portugués o el Código de la propiedad industrial italiano.

Es decir, que el movimiento codificador sigue estando presente y teniendo una vitalidad indudable en el desarrollo actual de la legislación en diversos países.

6. LAS COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN LA CONSTITUCIÓN

Pero la mayor trascendencia que tiene la elaboración de un código mercantil en España se basa en la regulación de las competencias legislativas establecida en la Constitución de 1978.

En efecto, en la Constitución se impone la exigencia de mantener la unidad de mercado en el artículo 139, apartado 2. Y precisamente para conseguir esa finalidad se atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación mercantil (art. 149.1.6.^a).

Hay que destacar que esa atribución en exclusiva al Estado sobre la legislación mercantil es indispensable para mantener la unidad del mercado, pues esa unidad exige que rijan las mismas normas en las relaciones jurídico-privadas entre los operadores económicos cualquiera que sea el lugar dentro del territorio nacional en el que realicen su actuación. Es obvio que esa unidad de mercado exige que los operadores económicos establecidos en España sepan que rigen las mismas reglas para sus operaciones cualquiera que sea el lugar en que tengan lugar sus actuaciones o en que tengan su domicilio o establecimiento las personas o entidades con las que se relacionen.

Esta exigencia de regulación única para las operaciones jurídico-privadas entre los operadores económicos tiene un antecedente indudable en los Códigos de Comercio de 1829 y 1885, que se anticiparon a la promulgación del Código Civil, sin duda como elemento fundamental exigido por la unidad del mercado.

En relación con este tema, señalaba Hernández-Gil que

«en España, a diferencia de lo que ocurre en Francia y otros países, la codificación mercantil se antepuso a la codificación civil. Ello fue posiblemente debido a las graves dificultades que ofrecía la elaboración de un Código Civil unitario por la presencia en España de unos derechos profundamente arraigados en la práctica como eran y como son los derechos forales»¹¹.

Como punto de partida, por tanto, desde el punto de vista constitucional, la legislación mercantil tiene una exigencia de unidad.

Se plantea, sin embargo, el problema de la relación de debe existir entre la legislación mercantil y el Código Civil. Cabe mantener, en efecto, que para que exista una regulación única en las operaciones jurídico-mercantiles en el mercado no es preciso que todas las normas aplicables a esas operaciones se incluyan en la legislación mercantil, puesto que también puede mantenerse esa unidad de regulación incluyendo en la legislación mercantil solamente las especialidades que el tráfico económico exija frente a la regulación de Derecho común, en la medida en que el Código Civil, aplicado como una norma complementaria del Código Mercantil, imponga también unas reglas únicas para su aplicación en el mercado.

En efecto, cabe plantear una coordinación tal entre la legislación mercantil y la legislación civil, que las reglas que rijan para las operaciones en el mercado sean únicas, tanto si son civiles como mercantiles.

Pero para que ese planteamiento sea efectivo resulta imprescindible que la legislación civil, como supletoria o complementaria de la legislación mercantil, sea también única para todo el territorio nacional. Y es aquí donde surge el principal problema con el que tiene que enfrentarse la recodificación mercantil.

En efecto, a diferencia de lo que ocurre con la competencia sobre la legislación mercantil, que se atribuye en exclusiva al Estado, en materia civil no se atribuye toda la legislación al Estado, sino solamente determinadas partes de esa legislación, y concretamente las «bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1.8.^a).

7. LAS EXIGENCIAS DE LA UNIDAD DE MERCADO

Surge así un problema constitucional de primera magnitud, porque es evidente que la unidad de mercado desde el punto de vista jurídico exige que las normas en materia contractual sean las mismas en todo el territorio del mercado, sean estas civiles o mercantiles.

¹¹ Vid. Antonio HERNÁNDEZ-GIL, *ob. cit.*, p. 35.

En una primera fase de la aplicación de la Constitución el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de declarar que las normas que regulan los contratos eran de competencia estatal, precisamente por la competencia sobre la legislación mercantil y las bases de las obligaciones contractuales atribuida por la Constitución (STC de 16 de marzo de 1981, caso de la Ley Vasca sobre Centros de Contratación de Cargas en Transporte Terrestre de Mercancías; STC de 30 de noviembre de 1982, sobre Estatuto del Consumidor del País Vasco, y 1 de julio de 1986 sobre la llamada Ley de Rebajas Catalana).

Pero el panorama ha cambiado radicalmente como consecuencia, en primer término de la Ley catalana 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía y sobre todo de la promulgación del Código Civil de Cataluña (Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña) puesto que con esa promulgación surge la realidad de una parcelación de los ámbitos de vigencia del Código Civil estatal y del Código Civil de Cataluña, aparte de que muy probablemente otras Comunidades Autónomas seguirán la vía de promulgar sus propios códigos civiles.

El Código Civil de Cataluña tiene previstos seis libros de los que el Libro primero relativo a las disposiciones generales que incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad; el Libro tercero relativo a la persona jurídica, que incluye la regulación de las asociaciones y de las fundaciones; el Libro quinto relativo a los derechos reales, un Libro sexto relativo a las obligaciones y los contratos, que incluye la regulación de estas materias, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores, aprobada por el Parlamento.

Hay que destacar que en el Código Civil de Cataluña se dispone que la regulación contenida en el mismo constituye el Derecho común que rige en la Comunidad Autónoma (art. 111.4). La competencia legislativa de Cataluña en materia contractual se basa precisamente en que el Estado no tiene en esa materia una competencia legislativa exclusiva, sino solamente tiene competencia para establecer las bases de las obligaciones contractuales. Es obvio que siempre será discutible cuáles son esas «bases» reservadas a la legislación estatal. Pero de lo que no cabe duda es de que no toda la regulación de los contratos, sino solamente las bases, son competencia de la legislación del Estado, y por lo tanto queda un ámbito importante de discusión posible sobre la competencia para dictar esas normas.

En estas circunstancias parece evidente que las normas que tienen que regir de manera unitaria en todo el mercado tendrán que promulgarse en el ámbito de la legislación mercantil, puesto que las normas de carácter civil que hayan de regir para los contratos y que estén incluidas en el Código Civil, no serán ya normas unitarias sino que dependerá del Código Civil que sea aplicable a la relación jurídica de que se trate. Al existir sobre las mismas materias una normativa estatal y otra autonómica, surgirá la duda de cual de esas regulaciones legales deberá aplicarse en cada caso, lo cual es evidente que viene a fraccionar la unidad de mercado desde el punto de vista jurídico y cuando menos será

fuerza de una inseguridad jurídica incompatible con las exigencias de seguridad y previsibilidad de las relaciones jurídicas dentro del mercado.

Ciertamente puede alegarse que la regulación que puedan establecer las Comunidades autónomas en el ámbito regulado por el Código civil será inconstitucional, en la medida en que no respete el límite que constituye la regulación de las bases de las obligaciones contractuales. Pero ese planteamiento no soluciona el problema de una manera práctica. Ello es así porque la inconstitucionalidad de las normas no opera automáticamente, sino que está siempre supeditada al planteamiento de la inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, para que sea este órgano el que resuelva sobre la cuestión. Ese sometimiento de la inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional puede hacerse por dos vías, por una parte por medio del recurso de inconstitucionalidad, y por otra por la cuestión de inconstitucionalidad.

El recurso de inconstitucionalidad (arts. 161 y 162 de la Constitución) está condicionado en la práctica por las alianzas de los partidos políticos, de manera que cuando esas alianzas lo exigen no se plantea el recurso de inconstitucionalidad aunque sea evidente que concurre en la norma el defecto de contradecir a lo dispuesto en la Constitución. Y así ha ocurrido de hecho que normas manifiestamente inconstitucionales no han sido recurridas y por lo tanto tienen una vigencia efectiva.

Queda ciertamente la posibilidad de que un juez o tribunal plantee una cuestión de inconstitucionalidad referida a una norma o varias normas determinadas (art. 163 de la Constitución). Pero es obvio que este sistema no soluciona el problema que nos ocupa, puesto que la vigencia de las normas que deben regir en las operaciones jurídico-privadas en el mercado no puede depender de actuaciones aisladas motivadas por procedimientos judiciales, que pueden surgir o no y que en su caso darían lugar a una sentencia del Tribunal Constitucional vinculada al procedimiento judicial en que se haya planteado la cuestión y después de un tiempo que suele ser largo en la tramitación de la cuestión ante el Tribunal Constitucional. Es obvio que a través de las cuestiones de inconstitucionalidad no puede solucionarse el problema de la vigencia de unas normas únicas que regulen las relaciones jurídico-privadas dentro del mercado.

Esta realidad es la que hay que tener en cuenta, porque justifica la necesidad de delimitar con claridad las normas de la legislación mercantil, de manera que los operadores económicos puedan tener con carácter general la seguridad de que unas normas únicas de Derecho privado dictadas por el Estado, serán las que rijan en sus actuaciones.

8. CARACTERÍSTICAS Y CONTENIDO DEL NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

Así pues, la elaboración de un nuevo Código Mercantil tiene por objeto asegurar en el ámbito jurídico-privado la unidad de mercado que impone la Constitución. No se trata de una modificación del Código de comercio vigente,

sino de la redacción de un Código Mercantil totalmente nuevo que esté adaptado a las exigencias de la realidad económica actual y que integre en la medida en que ello sea posible las distintas leyes dispersas que regulan materias mercantiles.

Desde el punto de vista formal es importante aplicar al nuevo código la numeración de los artículos siguiendo el ejemplo de la codificación francesa, esto es, numerando los artículos según el libro, título y capítulo en el que se integran. Como se ha dicho, de esta manera, se facilita la introducción de nuevas normas o la modificación de las existentes sin necesidad de tener que modificar toda la numeración de los artículos del Código.

En cuanto a su contenido, la materia regulada debe ser fundamentalmente la referida a las relaciones jurídico-privadas de los operadores económicos. Esto implica, por tanto, tener en cuenta desde el punto de vista subjetivo no sólo a los empresarios, sino también al resto de los operadores económicos que actúan en el mercado. Y también debe incluirse como una parte importante del nuevo Código las normas reguladoras del Derecho de la competencia. (Propiedad intelectual e industrial 149.1.9.º Derecho de la Competencia TC 30.-XI-1982, 1-VII-1986 y 11-XI-1999).

En el nuevo Código deberán incluirse como uno de los libros la regulación del anteproyecto de Código de sociedades mercantiles que se publicó en el año 2002, y que debe formar parte del nuevo código una vez revisado.

También tiene que incluir el nuevo código la regulación de las obligaciones y contratos mercantiles. Ciertamente las normas que se incluyen en esta materia pueden coincidir en gran medida con la regulación del Código Civil estatal o de la «Propuesta para la modernización del derecho de obligaciones y contratos» que se ha publicado por la Sección primera de la Comisión General de Codificación. Es importante incluir en el nuevo Código Mercantil las normas básicas de carácter general de obligaciones y contratos, aunque coincidan con las normas civiles, por cuanto, como ya se ha expresado anteriormente, la regulación constitucional no garantiza que las normas que se apliquen como supletorias o complementarias del Código Mercantil sean precisamente las del Código Civil estatal.

Deberían incorporarse al código la regulación de los distintos tipos de contratos mercantiles. Muchos de ellos están regulados ya por leyes especiales que deberán integrarse en el nuevo código con las adaptaciones oportunas y modernizándolas en la medida en que sea conveniente. También se incluirán nuevas normas sobre tipos contractuales que carezcan hasta ahora de regulación legal y que sin embargo convenga regular.

Ciertamente la nueva regulación de obligaciones y contratos que se incluye en el código mercantil, al ser aplicable para las relaciones jurídico-privadas de los operadores económicos en el mercado, tendrán una vigencia seguramente más amplia que la de las correspondientes normas del código civil. Pero es que, hay que partir de la base según la cual en la nueva organización de la legislación jurídico-privada, el hecho de que la regulación mercantil se aplique en muchos más casos que la legislación correspondiente civil no hace que deba desapare-

cer la regulación mercantil, sino que esta pasa a formar parte del Derecho común en las materias reguladas por la legislación mercantil.

Otro criterio importante para la elaboración del nuevo Código Mercantil consiste en no incluir la regulación legal establecida para la protección de los consumidores. Desde un punto de vista sistemático, no parece dudoso que la regulación protectora de los consumidores forma parte importante de la regulación de las relaciones jurídico-privadas del mercado. Pero ante todo la propuesta de nuevo código mercantil debe ser realista, de tal manera que el anteproyecto que se redacte ofrezca los menos problemas posibles para su aprobación como texto legal. Y no parece razonable que al poco tiempo de la aprobación del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios, que puede considerarse, por su sistemática, como un verdadero código, pueda derogarse ese texto refundido para integrar su contenido en un futuro código mercantil.

Así pues, la fundamentación de la necesidad del nuevo código mercantil resulta clara desde el punto de vista constitucional de la unidad de mercado y también es evidente que este nuevo código mercantil debe servir para integrar en él la regulación de las principales instituciones jurídico-mercantiles. Ello significa que no toda la regulación del nuevo código debe ser nueva, sino que junto a partes novedosas, se incluirán textos legales ya vigentes revisados en su caso en aquellos puntos en que se considere oportuno.

9. LAS DIFICULTADES PARA LA REDACCIÓN DE UN NUEVO CÓDIGO MERCANTIL

Pero no cabe ignorar las dificultades a las que se enfrenta la tarea encomendada.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la labor a realizar, aunque de matiz claramente técnico-jurídico presenta aspectos que tienen relevancia política y que por lo tanto pueden hacer que el código propuesto no llegue a ser aprobado como ley.

Prescindiendo del aspecto de la viabilidad y de la propuesta del código que se proponga, la primera dificultad que plantea su elaboración consiste en que un trabajo tan amplio y referido a materias tan heterogéneas exige un gran esfuerzo de elaboración y de coordinación en las distintas normas que se incluyen en él.

Por otra parte, una cuestión que sigue planteando grandes dificultades como ya ocurrió con el Código de Comercio de 1885 consiste en establecer el criterio para la delimitación de la mercantilidad, especialmente en materia de obligaciones y contratos. Pero es que además, al mismo tiempo que se está trabajando en la elaboración del nuevo código, se están aprobando nuevas leyes sobre materias claramente jurídico-mercantiles, de tal manera que es difícilmente imaginable que en el nuevo código se incluyan textos legales distintos a los que acaban de ser aprobados como leyes especiales. Piénsese que son de redacción y aprobación reciente la nueva Ley de Competencia Desleal, la Ley del Transporte

Terrestre de mercancías y en el propio seno de la Sección se terminó hace relativamente poco el texto que dio lugar a la Ley de sociedades de capital. Es evidente que las nuevas leyes que acaban de aprobarse deberán integrarse tal como han sido aprobadas en el nuevo código mercantil, adaptando de la forma más adecuada su integración en el mismo.

Otro aspecto problemático de la redacción del nuevo código consiste en que las materias reguladas en él afectan a las competencias de distintos ministerios, que en algunos casos están participando mediante personas designadas por ellos en la elaboración de los nuevos textos o de las modificaciones a los textos legales vigentes, pero hay supuestos en los que esa participación no tiene lugar, lo cual exigirá en su momento establecer la cooperación adecuada a la vista de los textos propuestos.

Y por último, queda el problema de la tramitación parlamentaria del proyecto. Es en efecto difícilmente imaginable que se pueda someter el proyecto al Parlamento para su aprobación artículo por artículo del nuevo código que tendrá sin duda un articulado extensísimo. Parece, por ello, que lo lógico sería recurrir a una ley de bases que respondiera al texto articulado elaborado por la Sección y aprobado por el Ministerio de Justicia y por el Gobierno. Pero aparte de la forma en que se tramite el texto que se propone como nuevo Código Mercantil habrá que tener especial cuidado al incluir las normas derogatorias que sean necesarias.

En cualquier caso, y dado el encomiable esfuerzo y dedicación de los miembros de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación y de los miembros adscritos a los grupos de trabajo se terminará el texto del nuevo código mercantil que es de esperar pueda llegar a ser aprobado como ley. Mas aunque no se apruebe como ley, es seguro que el texto que se proponga se publicará y servirá para su examen crítico por la doctrina y para que sus textos se aprovechen por quienes pretendan hacer leyes sobre temas mercantiles puntuales, al igual que ha ocurrido con la propuesta de código de sociedades mercantiles.

No parece dudoso que la elaboración de la propuesta del código mercantil supone una revitalización y clarificación de las normas que regulan las relaciones jurídico-privadas en el mercado.

ALBERTO BERCOVITZ

La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX

Cuando la justicia y la razón estén de tu lado procura que pasen al lado de tu enemigo, que entonces sí podrá perseguirte con razón y justicia, y seguramente perderá.

Augusto MONTERROSO, *Lo demás es silencio*

I. PALABRA DE CODIFICACIÓN (PROCESAL)

La palabra codificación tiene un haz y un envés. Por el haz está el esfuerzo, el camino, el trance; y por el envés está el poso, la llegada, el resultado. Si hay que decidir y otorgar un mayor empaque a alguno de estos sesgos semánticos –el verbo o el sustantivo, el curso o el producto– la materia que nutre el código puede antojarse la clave definitiva. Y así, en tanto la codificación penal, civil, mercantil o laboral parecen resultados o frutos, porque su historia legislativa consiste en la espera del advenimiento de un cuerpo sorpresivo y redondo, completo y sazonado, sin que en la dilación haya otra cosa que antigualla, monumentos persistentes –y acaso *urgentes especialidades*–, en la codificación procesal su poliedro avanza con una anatomía cuarteada, con rectificaciones que no admiten demora ni pausa porque el procedimiento o estilo no admite vacío y crece por sí solo, de suerte que la ruta de formación de un cuerpo normativo está trufada de multiprocesos particulares y concretos, reformas parciales y retoques orgánicos y de itinerario. La codificación procesal es sobre todo un *proceso* de codificación. Y quizá esto no sea sino otra forma de decir, a la vieja usanza, que mientras en lo civil o penal reposa lo sustantivo, en lo procesal reposa lo adjetivo.

Mas si el enjuiciamiento es adjetivo y una codificación en marcha y finalmente cuerpo normativo, también esta adjetividad admite grados. El enjuiciamiento civil lidera el éxito del proceso de codificación procesal y son sus productos los más tempranos a mediados del siglo XIX; sin embargo, el enjuiciamiento criminal demora al último tercio su primera solidificación en código. La pujanza de un enjuiciamiento civil codificado, que contrasta –como destacará tan a menudo la doctrina– con las dificultades del parto del Código civil, acaso resuelve la meta de la codificación del procedimiento, en general, porque supone la plasmación de un modelo fundamental técnicamente complejo. No obstante, esta culminación se opaca precisamente porque en lo civil prima lo adjetivo del enjuiciamiento, máxime en comparación con un enjuiciamiento criminal que, al vincularse estrechamente a pautas normativas desde temprano claramente constitucionalizadas –esto es, ligado al texto fundamentador del sistema y a su bucle de derechos y libertades individuales– merecería una tonificación y una reviviscencia más al alba liberal, más potente, más preferente por más sustantiva. Si las codificaciones de los enjuiciamientos son caminos de artilugios progresivos y mutilados hasta la celebridad de los cuerpos gloriosos, enfrentados a la tradición de lo disperso e inseguro, el último enjuiciamiento (criminal) habría de ser el primero, y el hecho de que no lo haya sido demuestra que el plasma mismo que sirve de basamento al Derecho Todo, o sea la *Constitución*, no es sino otro proceso simultáneo de ensayos, renovaciones imperfectas y ajustes nerviosos de una maquinaria que, para ser verdaderamente nueva, *necesita tiempo*.

II. TIEMPOS DE PRECODIFICACIÓN

1. El sendero que lleva hasta la *Instrucción* del Marqués de Gerona –primer dibujo procedimental que puede considerarse codificado– y al poco tiempo a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855, es compartido por una granizada de reformas procedimentales en los viejos usos y prácticas del foro, y por el levantamiento de una planta judicial nueva diseñada con una estructura jerárquica –obsesa en su definición competencial por el primado de la seguridad jurídica– adaptada al menos formalmente a ciertas mínimas exigencias del principio constitucional de división de poderes.

La *mezcla perniciosa* de atribuciones, al confundirse lo judicial y lo administrativo en la misma sede orgánica, contravenía la separación constitucional de poderes¹. Así había que proceder a extirpar las intervenciones de corregidores políticos o gobernadores militares en asuntos jurisdiccionales o contenciosos, ahora reservados a alcaldes mayores y corregidores letrados². A los fiscales se

¹ Seis Reales Decretos que contienen el arreglo de los Tribunales Supremos de la Nación de 24 de marzo de 1834, en Josef María de NIEVA, *Decretos de la reina nuestra señora doña Isabel II, dados en su real nombre por su augusta madre la reina gobernadora*, Imprenta Real (= DI), tomo 19, p. 158.

² Reales Decretos de 19 de noviembre de 1834, en DI, tomo 19, p. 451; Real Decreto de 22 de septiembre de 1848 ampliando las disposiciones de la ley provisional dictada para la ejecución

les recordará asimismo el cerco de sus atribuciones, advirtiéndoles de que no deben mezclarse en negocios civiles, ni en delitos meramente privados³, pero extendiéndose la patología a su disfuncional pasividad cuando se trata de la denuncia e inquisición de delitos públicos⁴, o al recordatorio de que carecían absolutamente de voto resolutorio en los órganos judiciales colegiados⁵.

Se acomete la superación de la dualidad civil-criminal de lo orgánico, para reducirla a una especialidad del enjuiciamiento. Así la planta judicial se homogeneiza y desenmaraña. En las Audiencias, por ejemplo, los ministros han de entender «indistintamente» en negocios civiles y criminales⁶. Esta misma tónica afecta a la fiscalía, porque con independencia de que el origen del nombramiento de cada fiscal obedeciere a una asignación de lo civil o de lo criminal, se impone un reparto de negocios con un criterio indistinto e igualitario⁷. También se conocen medidas en orden a la actuación de los escribanos numerarios tanto en lo civil como en lo criminal⁸.

El contorno escalar y jerárquico de la organización de juzgados y tribunales había de compactarse y cerrarse definitivamente a través y desde su cúspide. Por eso fue tan importante la regulación del Tribunal Supremo, órgano superior que reflejaba dos valores trascendentes: su carácter sustitutivo de las viejas instituciones –fundamentalmente, del Consejo de Castilla–⁹ y la devoración del control cimero del enjuiciamiento mediante la atribución de los recursos de nulidad, injusticia notoria y mil y quinientas¹⁰.

Por otra parte, la posición de los órganos judiciales inferiores se definía como ámbito competencial no derivado y expresamente protegido, prohibidas molestias o desautorizaciones de arriba abajo –mediante apercibimientos, reprensiones o condenas por faltas «leves y excusables» o «errores de opinión en casos dudosos»– sin perjuicio de las correcciones merecidas. Particularmente, los jueces letrados de primera instancia fungen de eje primordial de la justicia, en causas civiles y criminales, no obstante las reservas competenciales de órganos colegiados superiores y la persistencia de las jurisdicciones especiales y privilegiadas, y siempre con la prevención de no inmiscuirse en asuntos de

del Código Penal, en *Colección Legislativa de España*, Imprenta Nacional (= CLE), tomo 45, tercer cuatrimestre de 1848, artículo 2, p. 114.

³ Reglamento provisional para la administración de justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria de 26 de septiembre de 1835, en DI, tomo 20, artículo 101, p. 435.

⁴ Real Orden de 11 de enero de 1840, en *Colección de las leyes, decretos y declaraciones de las Cortes, y de los reales decretos, ordenes, resoluciones y reglamentos generales*, Imprenta Nacional (= CLD), tomo 26, Madrid, p. 36.

⁵ Real Orden de 29 de abril de 1848, en CLE, tomo 43, primer cuatrimestre de 1848, p. 505.

⁶ Reales Decretos de 19 de noviembre de 1834, en DI, tomo 19, p. 450.

⁷ Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835, en DI, tomo 20, artículo 100, p. 435; Real Decreto de 8 de octubre de 1835, en DI, tomo 20, p. 454.

⁸ Real Decreto de 24 de septiembre de 1849, en CLE, tomo 48, tercer cuatrimestre de 1849, p. 85.

⁹ Seis Reales Decretos que contienen el arreglo de los Tribunales Supremos de la Nación de 24 de marzo de 1834, en DI, tomo 19, artículos 1-2, p. 159.

¹⁰ Seis Reales Decretos que contienen el arreglo de los Tribunales Supremos de la Nación de 24 de marzo de 1834, en DI, tomo 19, artículo 3, p. 159.

índole gubernativa o económica¹¹. Están sujetos al imperio de la ley, sí, pero más específicamente al imperio de su reglamento (al margen de que en él se filtre el reconocimiento ocasional de las costumbres de los pueblos, así a efectos circunstanciales como el horario de celebración de las audiencias)¹².

El control desde la jerarquía ha dejado de ser una avocación, y obedece antes bien a una articulación de recursos que definen peldaños competenciales. De esta forma, las Audiencias conocen de los recursos de nulidad contra las sentencias de los jueces de primera instancia, así como el Tribunal Supremo conoce de los recursos de nulidad contra las sentencias de las Audiencias. Por otra parte, está prevista una comunicación –remisión de listas, informes y noticias sobre las causas civiles y criminales– desde los jueces inferiores a las Audiencias, así como desde estas al Tribunal Supremo¹³. Hay, pues, un espíritu guadiana de funcionamiento conjunto como Poder.

Sin embargo, aún no está resuelta la unidad de decisión sustantiva. El recurso de nulidad no deja de ser la respuesta a un problema previo: el respeto de la legalidad procedimental. Cuando las Audiencias tengan «duda de ley», habrán de consultar –oído el fiscal, y por medio del Tribunal Supremo– al Poder Ejecutivo (trasvase de información similar al de las juntas gubernativas de los tribunales superiores como resultado de su vigilancia sobre las prácticas del foro¹⁴); la inserción de los votos particulares junto al acuerdo del pleno, en tales consultas, parece el único elemento de proyección material¹⁵. También quedó prevista la inserción de votos particulares, así como de los dictámenes fiscales, en las consultas o informes evacuados por el Tribunal Supremo, pero la motivación de sus despachos o provisiones estaba inclinada técnicamente a aspectos procesales, y orientada por el genérico arreglo a las leyes y a «la práctica observada», o sea, a ese estilo del foro –hormiguero de corruptelas– contra el que en cierta medida procuraba regenerarse el propio sistema¹⁶.

De manera que la observancia de la práctica, el procedimiento, el estilo, es lo que inquieta: en este sentido sin duda lo procesal antecede a la función de unificación sustantiva de criterio en la aplicación de la ley. No obstante, la primera regulación importante del recurso de nulidad –que se construye en una línea de progresiva desaparición (conforme a un principio de irretroactividad de

¹¹ Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835, en DI, tomo 20, artículos 20, 36 y 39, pp. 402, 406-408. Con independencia de la previsión de flexibilidades por razón de eficacia: así, cuando las «ramificaciones» o «circunstancias» estorban el seguimiento de la causa por el juzgado del fuero del delito, dando cuenta al Gobierno cabe que asuma su conocimiento el juez letrado de primera instancia «más a propósito» (art. 38, p. 407).

¹² Reglamento de los juzgados de primera instancia del reino de 1 de mayo de 1844, en CLD, tomo 32, artículos 82, 109, pp. 671, 674-675.

¹³ Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835, en DI, tomo 20, artículos 53, 58-59, 85, 90, pp. 416-419, 427-428, 430.

¹⁴ Decreto adicional al reglamento del Tribunal Supremo de Justicia y a las ordenanzas de las Audiencias, en CLD, tomo 32, artículo 2, núm. 8, p. 21.

¹⁵ Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835, en DI, tomo 20, artículo 186, p. 428.

¹⁶ Real Decreto de 17 de octubre de 1835 que contiene el Reglamento del Tribunal Supremo de España e Indias, en DI, tomo 20, artículos 14, 18, pp. 468-469.

la ley) de los viejos recursos de segunda suplicación e injusticia notoria– introduce una dualidad que abre paso con ciertos límites a la unidad material de criterio. Cabe interponer un recurso de nulidad contra las sentencias de las Audiencias ora porque resulten «contrarias a ley clara –o expresa– y terminante», ora porque infrinjan «las leyes del enjuiciamiento» –por defectos o faltas procesales (en el emplazamiento, en la recepción o citación para prueba, en la capacidad procesal, en las notificaciones de autos de prueba o sentencias definitivas, en la denegación de súplica) o por incompetencia de jurisdicción–; en realidad, el replanteamiento material que implica la primera fundamentación queda retraído, porque presupone una falta de conformidad entre las sentencias de vista y de revista, como si en caso contrario –juicio persistente de la Audiencia– la unidad de criterio quedara constituida incólume, es decir, como si las decisiones procesales conformaran en su criterio coincidente una interpretación de la ley garantizada como cierta por el propio estilo consolidado por los tribunales superiores. Por lo tanto, hay un tímido avance en el reconocimiento de una ley abstraída de la jurisdicción que esconda un mensaje material que la justicia descubre pero no cimenta; hay como un retorsabor de las subsunciones judiciales en la voluntad legislativa de tiempos antiliberales. Mas, al mismo tiempo, la devolución de los autos al órgano judicial *a quo*, cuando ha lugar al recurso de nulidad por alguna de las causas citadas, ratifica cómo en este momento histórico de estructuración escalar de la administración de justicia vale sobre todo, como en una primera fase de reforma, el embate contra delegaciones reversibles y sustituciones jurisdiccionales nacidas de un poder superior omnímodo absolutista que fagocitaba toda potestad mayor o menor como en definitiva propia; luego el reconocimiento de unas atribuciones que son íntimas y legales de cierto nivel jerárquico de cada órgano es el paso previo respecto de toda consideración de una dirección interna y concentrada de la Potestad judicial. La publicación en la *Gaceta* del Gobierno de todos los fallos de tribunales superiores y Supremo relativos a recursos de nulidad¹⁷ –con el mal uso de su inserción en la parte no oficial, frustrando la formación de «reglas de jurisprudencia»¹⁸– obedece a este mismo espíritu. Por otra parte, la expresión de los «fundamentos legales del fallo» en la sentencia que considera ha lugar al recurso saluda un principio de motivación históricamente novedoso, mas emparejado por aquella devolución de autos que hace suponer un tribunal *a quo* tanto más cohibido cuanto más formales o procesales –y tanto menos cuanto más materiales o sustantivas– sean las sobrevenidas advertencias, por lo demás nunca concluyentes del proceso. Ir más allá en la importancia del propio recurso de nulidad, o de la motivación de la sentencia que lo resuelve, parece un tanto arriesgado: ¿por qué, si el valor de estas medidas fue mayor, quedó excluido –se diría sorprendente y retrógradamente– de las causas criminales¹⁹?

¹⁷ Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de segunda suplicación e injusticia notoria, en CLD, tomo 24, artículos 1, 3-4, 18-19, 23, pp. 592-593, 595-596.

¹⁸ Real Orden de 27 de mayo de 1845, en CLD, tomo 34, p. 267.

¹⁹ Real Decreto de 4 de noviembre de 1838 sobre recursos de segunda suplicación e injusticia notoria, en CLD, tomo 24, artículos 6, 17, pp. 593, 595.

Sin embargo, fue precisamente en el procedimiento criminal en el que antes se dispuso una nítida fundamentación –material– de la sentencia definitiva, marcada por una determinación clara y concisa del objeto del proceso, de un lado, y de otro por la cita de los artículos del Código Penal aplicados²⁰. Una cirugía de la sentencia definitiva garantista de la seguridad jurídica que acaso tuviera que ver con otra idea –a veces marginada a mayor gloria de la celeridad en el procedimiento, pero no menos importante–: la fijación de términos realistas que permitieran un buen trabajo judicial, a la que bien pudo responder la ampliación del término de las Audiencias para dictar sentencia tanto en pleitos civiles como criminales²¹. La medida de la motivación de la sentencia no iba acompañada de una reforma completa del enjuiciamiento –todavía regido por reglas no codificadas– pero sí de pautas técnicas que evitaban la discrecionalidad judicial propia de tiempos modernos. Así, la falta de prueba plena –o de «evidencia moral» de la culpabilidad– conducía a la aplicación de la pena legal en su grado mínimo, o de la pena inferior cuando la ordinaria consistiese en pena capital o perpetua²², lo que en definitiva resultaba cumplimiento de un principio de legalidad penal que impedía toda pena extraordinaria, e imponía el sobreseimiento cuando el hecho juzgado no se encontrara penado por el código²³. El binomio legalidad penal / motivación de la sentencia se consolidará felizmente, y de ello es buena muestra, por extrema, su recepción incluso en procedimientos especiales como el que sustanció el Senado respecto de delitos graves contra el rey o la seguridad interior o exterior del Estado²⁴.

Estas ideas calarán en el proceso civil. La *Instrucción* del Marqués de Geroña, no obstante su preocupación por la celeridad del procedimiento, recoge la necesidad de términos procesales realistas y garantistas, así por ejemplo en la ampliación del que corre para la contestación de la demanda. La fundamentación de la sentencia definitiva o interlocutoria con fuerza de definitiva se concreta en la exposición clara y concisa de las cuestiones de hecho y de derecho, con la cita de las leyes aplicadas. Pero hay un elemento original que quiebra en cierta medida el principio de aplicación judicial de la ley (art. 242 de la Constitución de 1812, art. 63 de la Constitución de 1837 y art. 66 de la Constitución

²⁰ Ley provisional que prescribe las reglas para la aplicación de las disposiciones del Código Penal, en CLE, tomo 43, primer cuatrimestre de 1848, regla 1.ª, p. 303. El Código Penal y la ley provisional dictada para su aplicación serán refundidos por determinación del Real Decreto de 30 de junio de 1850, en CLE, tomo 50, segundo cuatrimestre de 1850, pp. 366-367 (edición del texto refundido en pp. 368 ss.).

²¹ Real Decreto de 22 de septiembre de 1848, en CLE, tomo 45, tercer cuatrimestre de 1848, artículo 2, p. 115.

²² Ley provisional para la aplicación de las disposiciones del Código Penal, en CLE, tomo 43, primer cuatrimestre de 1848, reglas 2, 10, pp. 303, 305; Real Decreto de 8 de junio de 1850, que reforma y adiciona la ley provisional de aplicación del Código Penal, en CLE, tomo 50, segundo cuatrimestre de 1850, artículo 1, pp. 218-219.

²³ Real Decreto de 22 de septiembre de 1848, en CLE, tomo 45, tercer cuatrimestre de 1848, artículo 2, p. 115.

²⁴ Ley de 11 de mayo de 1849 estableciendo la jurisdicción del Senado, su organización, forma de constituirse y modo de proceder como tribunal, en CLE, tomo 47, segundo cuatrimestre de 1849, artículo 1, 43, pp. 38, 43.

de 1845) por la posibilidad de fundamentar el fallo también en «doctrina legal», esto es, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Un camino que conduce a una nueva lectura e impulso del recurso de nulidad —«rarísima vez empleado hoy», por culpa del depósito previo—. Las causas de la interposición del recurso, contra las sentencias de las Audiencias, son la infracción de las leyes del enjuiciamiento —en la serie conocida de supuestos, a los que se añade el dictado de sentencia con un número de magistrados inferior al legalmente requerido— y la violación de ley clara o expresa y terminante siempre que el proceso tenga una determinada cuantía. Así se eleva el ámbito decisorio material y se identifica con objetos procesales valiosos. En el caso de violación de ley clara y terminante, aunque la eliminación del recurso de súplica evitaba el condicionamiento de disconformidades entre vista y revista que había truncado en cierta medida la clave material de unidad interpretativa propiciada por el recurso en la más alta o suprema justicia —o bien, dicho de otra forma, permitía su localización en la pluralidad de los tribunales superiores— sigue exigiéndose que la sentencia de la Audiencia haya revocado total o parcialmente la sentencia del juez de primera instancia, no haya sido esta dictada por unanimidad o haya sido aquella dictada mediando discordia; empero, la localización de la unidad material de criterio en el supremo tribunal se apuntala al disponerse, cuando ha lugar al recurso, no la devolución de los autos al tribunal *a quo*, sino la decisión final del negocio en otra sala del Tribunal Supremo. Por supuesto, la sentencia que resuelve el recurso de nulidad ha de motivarse debidamente, se publica en la *Gaceta* y causa ejecutoria²⁵.

La jerarquía del Tribunal Supremo está absorbiendo paulatinamente la fuerza de voz concluyente de un Poder. Asentados los miembros de su articulación, aumenta la materia y capacidad directiva del cerebro. Sin duda, no se trata de una depauperación de los niveles inferiores: el Tribunal Supremo requiere la remisión de los autos civiles o criminales por parte de las Audiencias y pide pliego cerrado con la certificación del fallo y también de los votos reservados, para adoptar decisiones conformes a un conocimiento certero y estricto de los antecedentes procesales²⁶. Mas el funcionamiento de los órganos judiciales inferiores tiene en el horizonte la inteligencia orientativa y correctora de una instancia que no es sólo la última, sino la sobresaliente.

A todo lo expuesto se suma la circunstancia de que, a pesar de la unidad de fuero preconizada por los textos constitucionales (art. 248 de la Constitución de 1812, art. 4 de la Constitución de 1837, mas silencio de la Constitución de 1845), no faltan procedimientos especiales y privilegiados. Así, además de las jurisdicciones militar y eclesiástica, de los juzgados de hacienda y de los tribunales de comercio, o de las ya citadas competencias judiciales del Senado, podría añadirse alguna norma especial por razón de su objeto, como la que

²⁵ Real Decreto de 30 de septiembre de 1853 aprobando la instrucción para arreglar el procedimiento en los negocios civiles con respecto a la real jurisdicción ordinaria, en CLE, tomo 60, tercer cuatrimestre de 1853, artículos 68-69, 70-71, 74, pp. 184-185, 195-196.

²⁶ Real Orden de 11 de enero de 1854, en CLE, tomo 61, primer cuatrimestre de 1854, pp. 44-45.

ordena los juicios militares de los salteadores de caminos y ladrones en despojado²⁷.

2. Los sistemas y elementos estrictamente procedimentales que adquieren relevancia innovan en cuanto resisten o combaten una práctica vieja que sólo es parcialmente retocada. Los defectos acusados son básicamente los de siempre: administración de justicia lenta y costosa. Pero también hay una suerte de anticipo respecto de los mimbres fundamentales de la codificación, o respuestas a los imperativos de los preceptos constitucionales, que ayudan a socavar el sistema procesal antiguo de cara a su replanteamiento.

Las exigencias constitucionales del habeas corpus se filtran orgánico-procesalmente –más bien, antes de la Constitución de 1837, con fundamento en la propia normativa recopilada (mas con el poso invisible de los arts. 287 y 290 de la Constitución de 1812)– para excluir la arbitrariedad de la prisión o arresto judicial, para la exigida toma de declaración desde entonces en veinticuatro horas, o para la información al preso o arrestado –contra la vieja y dura práctica del secreto– sobre el acusador y los cargos, la identificación de los testigos, más la prohibición de vejaciones «innecesarias para la seguridad», y una eventual incomunicación siempre ordenada judicialmente y motivada por el sumario, limitada en el tiempo. Esto combina perfectamente con el principio de legalidad penal, y un principio de audiencia procesal que deriva de una más alta protección general de los «legítimos medios de defensa»²⁸.

La publicidad del proceso criminal (art. 302 de la Constitución de 1812, 65 de la Constitución de 1837 y 68 de la Constitución de 1845) se refleja en la audiencia pública del juicio plenario, con la asistencia de interesados y defensores cuando empero la decencia exige la celebración a puerta cerrada²⁹. Y de la misma manera que el proceso criminal está sujeto constitucionalmente a la publicidad, se decidirá que en la parte oficial de la *Gaceta* del Gobierno se publiquen los casos que han supuesto «notable actividad y energía» para los jueces y tribunales³⁰.

En estos años procesalmente constituyentes, de la retícula competencial estrictamente jurisdiccional, por mor de la división de poderes, toda reflexión técnica se desliza ágil a la tan invocada *prontitud* –y consiguiente economía, más allá de la establecida ilegalidad de exacción de derechos a las partes por los funcionarios, por sobre las costas– en la administración de la justicia, «primera obligación de los magistrados y jueces establecidos por el Gobierno» a los que se ha prohibido, en efecto, todo cargo público que suponga impedimento u obstáculo para el desempeño de las funciones judiciales. A la elusión de la prolongación y complicación de los procedimientos, o de los gastos indebidos causa-

²⁷ Real Orden de 18 de junio de 1850, en CLE, tomo 50, segundo cuatrimestre de 1850, p. 273.

²⁸ Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835, en DI, tomo 20, artículos 5-7, 9, 11, pp. 397-399.

²⁹ Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835, en DI, tomo 20, artículo 10, p. 399.

³⁰ Real Orden de 4 de julio de 1849, en CLE, tomo 47, segundo cuatrimestre de 1849, p. 350.

dos a las partes, acompaña la preocupación por que la sustanciación procesal sea *exacta* respecto de la aplicación de la ley, paso que, aún futuro el código, se plantea obviamente a propósito de las normas recopiladas, pero sabiendo con plena conciencia que retardo y onerosidad conforman el foco de prácticas *contra legem*³¹ –no se trata ya de la vulneración de ciertos procedimientos, sino del principio mismo de legalidad que los protege al regularlos– para las que los jueces no han de poder alegar ninguna «excusa», lo que se traduce, en definitiva, en la teoría y práctica de su responsabilidad personal³² (advertida en los arts. 254 de la Constitución de 1812, 67 de la Constitución de 1837 y 70 de la Constitución de 1845).

La consideración de la nueva legislación procesal como frontón de viejas «prácticas, o más bien corruptelas introducidas en contrario», valía tanto para las causas civiles como para las criminales. Cara a las primeras, se hace hincapié en el rigor del respeto hacia los términos de las leyes recopiladas como perentorios e improrrogables y en la imposible suspensión del proceso salvo causa de manifiesta necesidad, en la precisa legalidad de los artículos de previo pronunciamiento y en el número y forma de los escritos y alegatos de las partes, o en la inadmisión de pruebas sin provecho. Ante las segundas, preocupa la protección de las personas amenazadas por el delito y el aseguramiento de los reos y de los efectos delictivos, la comprobación inmediata de la existencia del cuerpo del delito y la práctica sin demora de la información sumaria de testigos, la omisión de cualquier diligencia superflua o inútil, y el sobreseimiento sin dilación cuando la inocencia del acusado es manifiesta o el sumario termina sin razones para la continuación del proceso³³.

Así, comienzan a perfilarse procedimientos particulares. Tiene una importancia especial el dibujo de la sustanciación de los ahora denominados –razón económica de ritmos y componentes procesales– pleitos de menor cuantía. Está presente en su regulación el consabido desvelo por la perentoriedad e improrrogabilidad de los términos, con la añadidura de la pauta de oralidad, al limitar los escritos a la demanda y su contestación; en los recursos de apelación y súplica, sin embargo, se admite la elección entre forma escrita y verbal, pero precisamente en estos alzamientos de instancia acaba por apreciarse otro rasgo de celeridad en la consumación del proceso: una sentencia de vista que confirma íntegramente o revoca por conformidad de todos los magistrados la sentencia del

³¹ Con una miscelánea de textos normativos, artículos de periódicos, noticias de la *Gaceta*, etc., dibuja un plástico panorama de vicios, corruptelas y abusos, Antonio de CHAVARRIA Y MONTROYA, *Reflexiones sobre los vicios de la Administración de justicia, abusos de algunos curiales, y necesidad de una pronta y eficaz reforma de nuestros Códigos*, Madrid, Imprenta de Miguel de Burgos, 1840.

³² Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835, en DI, tomo 20, artículos 1-4, pp. 396-397.

³³ Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835, en DI, tomo 20, artículos 48, 51, 65, pp. 410-413, 421.

juez de primera instancia causa ejecutoria, como la sentencia de revista que se dicta por acuerdo mayoritario³⁴.

Siendo sempiterno el problema de la pronta administración de justicia, de la rápida sustanciación de las causas, alcanza una gravedad que obviamente se hace más dolorosa en el caso de los pleitos criminales. Las leyes llamarán la atención sobre las razones de una excesiva lentitud del procedimiento y abogarán por la omisión de «diligencias excusables o conocidamente –y el adverbio es síntoma de la nada oculta difusión de las corruptelas– dilatorias», el establecimiento de períodos breves para la práctica de las pruebas, la formación de piezas separadas, o la constitución de salas extraordinarias ante el recargo de negocios. Parece que en las causas criminales los jueces de primera instancia y los fiscales dilataban su actuación de oficio a la espera de denuncias o de las primeras diligencias practicadas por las autoridades políticas encargadas de la policía judicial; contra esta dinámica, se les pedirá que denuncien de oficio, estén atentos a las negligencias y no se escuden en cuestiones competenciales. Es más, se les pide «energía» en la persecución de delitos «cuyo falta de enormidad les hace pasar como desapercibidos» (por ejemplo, la vagancia)³⁵. Por lo tanto, política criminal y proceso van de la mano.

Así también, los delitos que merecen penas correccionales devienen objeto de un procedimiento rápido, en el que resta eliminado el recurso de súplica, tanto si la sentencia de vista es confirmatoria cuanto si revocatoria de la del juez de primera instancia. De hecho, esta reforma se extiende a los delitos con penas afflictivas, cuando la divergencia entre el juez de primera instancia y la Audiencia tan sólo afecte a cuestiones accesorias, a juicio del tribunal y salvo si la sentencia de vista impone la pena de muerte. Por otra parte, hay un intento de aumentar la agilidad de los juicios sobre faltas –cada vez más cercanos en la práctica al juicio común– excluyendo la admisión de cualquier tipo de escrito, la autorización de los informes orales de letrados, nuevas pruebas en la instancia de apelación ante el juez del partido, así como cualquier recurso contra la sentencia ejecutoria del juez de primera instancia³⁶. Súmense advertencias sobre vicios concretos relativos a la confesión con cargos –inútil una vez se ha recibido la declaración indagatoria del reo y consignado los comprobantes del delito–, la ratificación en el plenario de los testigos del sumario, ciertas diligencias en la formación de causas contra los reos ausentes...³⁷.

³⁴ Decreto de las Cortes de 10 de enero de 1838 sobre sustanciación de los pleitos de menor cuantía, en CLD, tomo 24, artículos 1, 18, 20, 25, 27, pp. 37, 39-41.

³⁵ Real Orden de 4 de julio de 1849 que dicta medidas para la rápida sustanciación de las causas y todo lo concerniente a la pronta administración de justicia, en CLE, tomo 47, segundo cuatrimestre de 1849, pp. 347-348. Aclara la norma, tras desviadas interpretaciones, la Real Orden de 18 de agosto de 1849, en CLE, tomo 47, segundo cuatrimestre de 1849, pp. 647-648.

³⁶ Real Decreto de 8 de junio de 1850, que reforma y adiciona la ley provisional de aplicación del Código Penal, en CLE, tomo 50, segundo cuatrimestre de 1850, artículos 2-3, 47, pp. 217, 219, 222.

³⁷ Real Decreto de 26 de mayo de 1854 introduciendo reformas en la sustanciación de procedimientos criminales, en CLE, tomo 62, segundo cuatrimestre de 1854, p. 82.

3. En los años cincuenta se diagnosticará sentenciosamente que la dilación y el dispendio económico procesal –sobre los que tanto se había llamado la atención pero que tan poco remedio venían consiguiendo– sólo podrían ser superados gracias a la elaboración de «códigos de procedimiento». A la espera, los lamentos tendrán que ver, una vez más, con la incumplida perentoriedad de los términos y su prórroga por «causas frívolas», la acusación de muchas rebeldías, la repetición de apremios, el hecho de que se hayan «inventado», respecto de la devolución de los autos, providencias de requerimiento de devolución de primera, segunda y aun tercera recogida... Son costumbres, prácticas, corruptelas combatidas con poca suerte por el legislador procesal antecodificador³⁸.

En el campo procesal-civil, así como habían resultado objeto de regulación los pleitos de menor cuantía, vino a ofrecerse ahora como modelo del procedimiento ordinario la *Instrucción* célebremente perfilada por el Marqués de Geroña, que trazó un extraño discurso de innovación conservadora como oración por desviaciones que decíase no formaban parte de la tradición procesal a pesar de obedecer –paradójicamente– a un «estado habitual de abusos» y a prácticas «más o menos autorizadas». La innovación reside en una estrategia de corrección formal de la legislación, en la defensa de un mecanismo de regulación contrario a la «legislación heterogénea e inmetódica»³⁹. Subyace la idea de código, palpable también en la doctrina, que hasta la fecha había asumido un papel o labor de ordenación y sistematización de una normativa dispersa y fragmentaria, como constructora de una red de códigos *privados*⁴⁰. Subyace tanto más cuanto que las leyes del procedimiento se consideraban encauzadas por disposiciones de rango menor, ocupadas en «pormenores», reservadas a las de mayor las «bases cardinales»: la *instrucción* viene a equilibrar, así pues, la contemplación del procedimiento, y a mejorar «todas las regiones de la tramitación». Los aspectos materiales a los que la *instrucción* se dedica son los acostumbrados: artículos interminables, réplicas y dúplicas inútiles, dilación en la

³⁸ Real Orden de 5 de septiembre de 1850, en CLE, tomo 51, tercer cuatrimestre de 1850, pp. 31-33.

³⁹ Real Decreto de 30 de septiembre de 1853 aprobando la instrucción para arreglar el procedimiento en los negocios civiles con respecto a la real jurisdicción ordinaria, en CLE, tomo 60, tercer cuatrimestre de 1853, p. 182.

⁴⁰ *Vid.*, por ejemplo, Lucas GÓMEZ Y NEGRO, *Elementos de práctica forense*, Imprenta de don Mariano de Santander y Fernandez, Valladolid, 1825; Juan MARTÍN CARRAMOLINO, *Metodo actual de la sustanciación civil y criminal de la jurisdicción real ordinaria*, Imprenta del Colegio de Sordo-mudos, Madrid, 1839; Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Elementos de práctica forense*, Imprenta y Librería de Sanz, Granada, 1841; Florencio GARCÍA GOYENA – Joaquín AGUIRRE, *Febrero, ó Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los codigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teorica como en la practica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*, tomos VI-VIII, I. Boix, Madrid, 1842; Manuel SEÍAS LOZANO, *Teoría de las instituciones judiciales con proyectos formulados de códigos aplicables a España*, Librería de la Señora Viuda de Calleja e Hijos, Madrid, 1841-1842; Pedro GÓMEZ DE LA SERNA – Juan Manuel MONTALBÁN, *Tratado academico-forense de los procedimientos judiciales*, Librería de Ángel Calleja, Madrid, 1848. La literatura que ahora genera la *Instrucción* tiene un ejemplar destacado en José María MANRESA Y NAVARRO, *Instrucción del procedimiento civil, con respecto a la real jurisdicción ordinaria, explicada y comentada para su mejor inteligencia y facil aplicación*, Imprenta de la Biblioteca del Notariado, Madrid, 1853.

entrega de autos originales, traslados redundantes, prolongación indebida de la fase probatoria, innecesarios alegatos de bien probado, duplicación de defensas verbales y escritas... Se pretende que la duración de un juicio ordinario pase, de tres o cuatro años, a ocho meses, como resultado de la defensa de la perentoriedad e improrrogabilidad de los términos, o de la prohibición de costumbres abusivas como la suspensión del término probatorio; y los gastos se reducen, al abogarse por la supresión de las costas procesales⁴¹. Pese a este ímpetu, la instrucción no se consumó, y quedó en experimento de corta vida⁴².

III. LAS PRIMERAS LEYES DE ENJUICIAMIENTO

De una forma o de otra, la idea de código presionaba la mente del torturado legislador procesal como la única vía para provocar un cambio de fuste en la sustanciación de las causas civiles y criminales. La política de reformas parciales –más o menos atrevidas– tenía que dejar paso a la explosión de una criatura normativa distinta que, si no advenía para ofrecer mayor originalidad en el diagnóstico de la situación del enjuiciamiento, al menos sorprendiera con una novedosa presentación formal, y con una regulación material que pudiera presumir de plenitud, de reforma global, de reescritura.

1. La *Ley de Enjuiciamiento civil* de 5 de octubre de 1855⁴³ respondió perfectamente al esfuerzo de la reescritura codificadora del proceso civil. La demostración reside en la muy potente doctrina que originará con presteza⁴⁴.

⁴¹ Real Decreto de 30 de septiembre de 1853 aprobando la instrucción para arreglar el procedimiento en los negocios civiles con respecto a la real jurisdicción ordinaria, en CLE, tomo 60, tercer cuatrimestre de 1853, arts. 24, 62, pp. 183-185, 189, 194.

⁴² Debida al menos en parte a su desapego impaciente respecto de la intervención de las Cortes: cf. Real Decreto de 30 de septiembre de 1853 aprobando la instrucción para arreglar el procedimiento en los negocios civiles con respecto a la real jurisdicción ordinaria, en CLE, tomo 60, tercer cuatrimestre de 1853, p. 183. Fue, en efecto, suspendida su observancia –«combatida (...) por ilustrados jurisconsultos»– en virtud del real decreto de 18 de agosto de 1854, en CLE, tomo 62, segundo cuatrimestre de 1854, p. 271: con un cierto tono de excusa, en él se explica que algunas de las reformas propuestas han resultado «irrealizables», que es «peligroso (...) alterar el orden de sustanciación establecido por las leyes recopiladas» y, finalmente, que se aproxima un código adecuado de procedimientos.

⁴³ *Ley de Enjuiciamiento Civil. Edición oficial*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1855.

⁴⁴ Valgan como célebres ejemplos Vicente HERNÁNDEZ DE LA RÚA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, Imprenta del Boletín de Jurisprudencia, Madrid, 1856; José María MANRESA Y NAVARRO, *Ley de Enjuiciamiento civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación; con los formularios correspondientes á todos los juicios, y un repertorio alfabético de las voces comprendidas en la misma*, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1856; Manuel ORTIZ DE ZÚÑIGA, *Práctica general forense. Tratado que comprende la constitución y atribuciones de todos los tribunales y juzgados, y los procedimientos judiciales*, Imprenta de José Rodríguez, Madrid, 1856; José de VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico, de los procedimientos judiciales y materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios*, Imprenta de Gaspar y Roig, Madrid 1856; Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los*

Alguna de sus bases, no obstante, recordaba el aroma conservador de la *instrucción* del Marqués de Gerona, con el designio de un restablecimiento de «las reglas cardinales de los juicios, consignadas en nuestras antiguas leyes», para cuya salvación se achacaban a los «abusos introducidos en la práctica» todos los males del procedimiento. Los vicios remediabiles no eran otros que la dilación excesiva en la sustanciación de las causas y su gravoso coste. Los remedios, por lo tanto, la celeridad y la economía, más la publicidad de la prueba, con derecho a presentar contrainterrogatorios. Ciertas medidas eran, a esta hora de la verdad, precisamente las que la *instrucción* había introducido: la fundamentación de las sentencias, la limitación a dos instancias, el impulso –con aquella nueva estructura– al recurso de nulidad⁴⁵; precisamente quedó claro que el estímulo de tal recurso, transfigurado en *casación*, tenía como objetivo la uniformidad de la «doctrina admitida por la jurisprudencia» (según expresión disyuntiva respecto de la ley, en el binomio de los fundamentos para su ejercicio), así «en todos los tribunales, consultando siempre el orden gerárquico de éstos», y desaparecido cualquier límite en la interposición por mor de coincidencias o discordancias en instancias inferiores. ¿Por qué, entonces, el nuevo código podría presumir de un mayor éxito en una hipotética eliminación de vicios y corruptelas, o en la consumación de aspiraciones desde hacía tantos años perseguida? Resulta que la ley de bases explicaba que el fracaso pretérito fue debido no a errores de diagnóstico ni a falta de intención, sino a la carencia de una compilación de las reglas del procedimiento⁴⁶. Parece, pues, que la naturaleza codificadora de la *Ley de Enjuiciamiento civil* es la que tendría esa virtud de sanación –desde su propia forma– imposible en una legislación procesal atomizada.

Con todo, así como la *instrucción* del Marqués de Gerona había sido tachada de obra excesivamente personal, propulsada al margen de los cauces institucionales legislativos, el hecho de que el Congreso recibiera para su discusión y voto exclusivamente las bases de la *Ley de Enjuiciamiento civil* suscitó el desagrado de aquellos diputados que defendían un examen pormenorizado de su articulado y desconfiaban del otorgamiento de «un voto de confianza» –con tan escasos límites u orientaciones materiales– al Gobierno⁴⁷. Las voces críticas señalaron que las bases del código carecían de cualquier tipo de novedad y repetían sin empacho la valoración de la tradición legislativa procesal y de las prácticas abusivas del foro que había formado parte en reiteradas ocasiones del discurso motivador de las normas procedimentales del pasado; en concreto, la

procedimientos la Ley de Enjuiciamiento civil, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1857.

⁴⁵ Sobre estos puntos hace hincapié como relevantes la Real Orden de 31 de octubre de 1855 que manda «el más exacto cumplimiento» de la *Ley*, en CLE, tomo 66, tercer cuatrimestre de 1855, p. 285.

⁴⁶ Ley de bases para la ordenación y compilación de las leyes del enjuiciamiento civil, en CLE, tomo 65, segundo cuatrimestre de 1855, p. 58.

⁴⁷ Mas la enmienda en este sentido de Fernández Poyan –presentación de la compilación al examen y aprobación de las Cortes– fue desechada por 109 votos contra 66, en *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes* (= *DSCC*), tomo V, 7 de mayo de 1855, n.º 147, p. 4534.

influencia de la *instrucción* resultaba enormemente llamativa (aun en la aparente novedad de la publicidad de la prueba), y se consideraba definitivamente inapropiada una codificación procesal civil levantada sobre la ausencia de la codificación civil sustantiva y de una ley de organización judicial (y así, por ejemplo, parecía incompatible la eliminación de la tercera instancia con la persistencia de tribunales inferiores unipersonales), sin la simultaneidad armónica de una ley de enjuiciamiento criminal. Contra esta posición, el sector mayoritario de la Cámara sostuvo la imposibilidad de un examen de la extensísima *Ley* por títulos y artículos –más propio de comisiones especiales– teniendo en cuenta a mayor abundamiento el daño que entrañaría para la necesaria uniformidad de su estructura; se mostró en consecuencia a favor de la autorización al Gobierno a partir de razones políticas tales como las graves ocupaciones del Congreso o la urgencia en el combate de los abusos en la práctica judicial; y razonó –retóricamente– que a la postre el Ejecutivo no recibía en esta tesitura ninguna facultad legislativa sino la mera facultad de recopilación o compilación de las reglas procedimentales⁴⁸.

2. La añoranza de un código de procedimiento criminal –y de una gran ley de arreglo judicial–⁴⁹, en estos momentos en los que el enjuiciamiento civil toma tal cuerpo codificado, significaba que la concepción del Derecho procesal era intelectualmente mucho más plena de lo que el ritmo legislativo estaba demostrando. Es como si, superadas las reformas parciales al menos en un cierto ámbito (procesal civil), el espíritu fragmentario aflorara potencialmente –diríase a otro nivel– en codificaciones parciales más deshilvanadas de lo que debería reclamar un sistema perfecto.

De hecho, son regulaciones orgánicas las que están a punto de manifestarse. Persistente la necesidad de administrar la justicia con agilidad e imparcialidad, el discurso se desplaza, de una batería de modificaciones procedimentales, a

⁴⁸ *DSCC*, tomo V, 5 de mayo de 1855, n.º 146, pp. 4475-4482; tomo VI, 7 de mayo de 1855, n.º 147, pp. 4507-4516; 10 de mayo de 1855, n.º 150, pp. 4613-4630, 4631-4637; 11 de mayo de 1855, n.º 151, pp. 4667-4691. Entre los contrarios a la precipitación con que venía a aprobarse el proyecto de ley destacaron Zorrilla y Salmerón; enfrente, Gómez de la Serna, concretamente a propósito de la casación, declaró que la «centralización» era «el progreso más grande del gobierno representativo en España en el ramo judicial».

⁴⁹ Ha pasado el tiempo de las reformas parciales. Afrontando la urgencia de la codificación, la Comisión presidida por Manuel Cortina llevaba a cabo la *Exposición de los motivos y fundamentos de las bases para las leyes de organización de tribunales del fuero común y enjuiciamiento criminal*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1863: creación de tribunales correccionales; incompatibilidad de funciones judiciales, políticas y administrativas; unidad de fuero; demarcaciones jurisdiccionales e igualdad de categoría de todas las Audiencias; juicio plenario oral y público y única instancia en lo criminal; cuestionamiento de los jueces de primera instancia más distinción entre tribunales criminales para los delitos graves, correccionales para los menos graves y juzgados para las faltas; recuperación de la división de las Audiencias en salas civiles y criminales; competencias de juzgados y tribunales; recurso de casación en lo criminal e interposición de derecho por infracción de ley en causas en las que se aplica la pena de muerte; indultos; inspección y vigilancia judicial; estatuto de la judicatura con ingreso por oposición y ascenso gradual por antigüedad y mérito e inamovilidad y responsabilidad judicial civil y criminal; estatuto del ministerio fiscal con una inamovilidad relativa; aumento de dotaciones a los funcionarios judiciales...

una excitación de los operadores: los jueces y magistrados y el ministerio fiscal⁵⁰. El estatuto del ministerio fiscal, en la representación del Estado en todos los negocios civiles y criminales de su interés, subraya una vigilancia «por la pronta y recta administración de justicia, reclamando contra los abusos, corruptelas y malas prácticas que notare» y por que se cumplan las leyes y reglamentos que los órganos jurisdiccionales deben aplicar, le otorga una función de ordenación de datos a los efectos de la estadística judicial y, por lo que se refiere concretamente al proceso criminal, le recuerda su ejercicio de la acción pública –y su acción en orden a la comprobación del delito y el castigo de sus responsables–, el registro de procesados, sentenciados y prófugos, así como la inspección del cumplimiento de las condenas y de las medidas protectoras de los reos⁵¹. Se pretende al tiempo garantizar la «unidad de la acción pública» articulando debidamente la actuación del fiscal y las autorizaciones o delegaciones a los tenientes y abogados fiscales⁵². En el procedimiento civil, las quejas se dirigen a la irregularidad constatada en el repartimiento de los negocios en los juzgados de primera instancia, en defensa de un turno riguroso según clase y cuantía y de la exclusión de cualquier retribución más allá de los derechos percibidos por los escribanos letrados, a salvo la celeridad debida –cuando se trata de demandas sumarias o de las que pueda derivarse daño irreparable– mas sin perjuicio de pasar al turno cuando hayan sido practicadas las primeras diligencias⁵³ (hueco por el que pueden filtrarse nuevas irregularidades⁵⁴): esto no resolverá la inseguridad de una jurisprudencia a la que habrá de imponerse el criterio de repartimiento «por clases de negocios y por suertes»⁵⁵. El Tribunal Supremo se reorganiza⁵⁶, desaparecen las secciones de la Sala de lo civil –ha disminuido el número de recursos, asentado el criterio de que la casación se limita a cuestiones de derecho, aceptada la apreciación de los hechos que definen los tribunales superiores– y se instituye –también en las Audiencias– una Sala de lo contencioso-administrativo, asumidas competencias en «pleitos que frecuentemente eran cuestiones de derecho civil» –interpretación y ejecución de contratos de obras o servicios públicos– pero que hasta ahora habían quedado en manos del Gobierno, en disposición de admitir o desechar sin trabas los fallos que el Consejo de Estado le sometía a consulta⁵⁷.

⁵⁰ Reales Órdenes de 14 de marzo de 1863, en CLE, tomo 89, primer semestre de 1863, pp. 218-220.

⁵¹ Real Decreto de 9 de abril de 1858, en CLE, tomo 76, segundo trimestre de 1858, art. 17, p. 34.

⁵² Real Decreto de 9 de noviembre de 1860, en CLE, tomo 84, segundo semestre de 1860, p. 355.

⁵³ Real Orden de 18 de mayo de 1863, en CLE, tomo 89, primer semestre de 1863, pp. 332-333.

⁵⁴ Real Orden de 15 de enero de 1864, en CLE, tomo 91, primer semestre de 1864, pp. 43-44.

⁵⁵ Real Orden de 12 de junio de 1868, en CLE, tomo 99, primer semestre de 1868, pp. 889-890, 895.

⁵⁶ Ley de 30 de abril de 1864, en CLE, tomo 91, primer semestre de 1864, p. 576.

⁵⁷ Decretos de 16 de octubre y 26 de noviembre de 1868, en CLE, tomo 100, segundo semestre de 1868, pp. 323-324, 770-772. Como referencias doctrinales, *vid. v. gr.*, Santos ALFARO Y LAFUENTE, *Lo contencioso-administrativo. Su materia, sus tribunales, sus procedimientos*,

Con todo, debería destacarse el crecimiento de la preocupación por la inspección y la estadística judicial, tanto en causas civiles como en criminales, una labor propia de «la práctica observada en las naciones civilizadas» que no se había desarrollado convenientemente, entre otras cosas por la falta de reglas precisas⁵⁸. Este razonamiento explica que, efectivamente, las reglas y disposiciones sobre el servicio estadístico comiencen a proliferar⁵⁹.

En el proceso penal continúan afilándose reglas muy concretas para una paulatina unificación del estilo. Así, por ejemplo, se advierte de que en las causas cuyo objeto son delitos perseguibles a instancia de parte la sentencia del juez de primera instancia debe causar ejecutoria cuando no se ha interpuesto apelación, sin necesidad de consultar a la Audiencia, o de que la notificación de la sentencia de segunda instancia debe hacerse a los procuradores, y no a las partes, cuando no causa ejecutoria⁶⁰; se ordena la centralización de los antecedentes penales de los reos en la escribanía más antigua de cada juzgado, y la contestación en los tres días siguientes a la recepción de la reclamación de tales antecedentes bajo responsabilidad del escribano y del juez⁶¹. En realidad, la pendiente regulación del proceso penal y de la organización judicial está en el horizonte, en cuanto aquellas medidas concretas se entienden urgentes y provisionales mientras se perfilan ciertas bases sucintas para una más amplia reforma del enjuiciamiento criminal: el juicio oral y público, la única instancia y la casación⁶². En el proceso civil, ya codificado⁶³, la nueva normativa se ocupará tan sólo de la reforma de ciertos procedimientos especiales, como el juicio de desahucio⁶⁴.

3. Recordando los preceptos constitucionales que establecían la unidad de fuero (considerando el silencio de la Constitución de 1845 como un mero juicio técnico sobre lo inapropiado de que tal principio tuviera cobertura constitucional) y como anticipación de su aterrizaje en el próximo texto constitucional (concretamente, en el artículo 91 de la Constitución de 1869), se produce un avance en este aspecto por primera vez significativo. Tiene su interés señalar que el planteamiento de la cuestión entronca con la recurrente dedicación a los problemas de la agilidad de la administración de justicia y de la unificación de la jurisprudencia: justamente en cuanto causa de obstáculos –cuestiones de

Librería Universal de Córdoba y Compañía, Madrid, 1881, y Nicolás de PASO Y DELGADO, *Exposición histórico-exegética de la teoría de los procedimientos contencioso-administrativos de España y sus posesiones de ultramar*, El Progreso Editorial, Madrid, 1889.

⁵⁸ Real Decreto de 2 de mayo de 1858, en CLE, tomo 76, segundo trimestre de 1858, p. 180.

⁵⁹ Reales Órdenes de 3 de julio y 20 de septiembre de 1863, en CLE, tomo 90, segundo semestre de 1863, pp. 21-22, 306-309.

⁶⁰ Real Orden de 8 de abril de 1863, en CLE, tomo 89, primer semestre de 1863, p. 265.

⁶¹ Real Orden de 7 de noviembre de 1865, en CLE, tomo 94, segundo semestre de 1865, pp. 759-760.

⁶² Ley de 11 de abril de 1868, con las bases para la reforma de la organización judicial y el enjuiciamiento criminal, en CLE, tomo 99, primer semestre de 1868, art. 3, p. 388.

⁶³ Si bien cabe topár con el mandato de la vigencia de la ley de la *Novísima Recopilación* que impide a una Sala la sustanciación de causas que afectan a familiares de sus magistrados: ley de 29 de junio de 1866, en CLE, tomo 95, primer semestre de 1866, art. 1, p. 715.

⁶⁴ Ley de 25 de junio de 1867, en CLE, tomo 97, primer semestre de 1867, pp. 1203-1205.

competencia, falta de tribunal superior común en el choque de jurisdicciones— se combate la diversidad de fuero. Suprimidas las jurisdicciones de hacienda y de comercio —derogado pues el régimen de la *Ley de Enjuiciamiento en los negocios y causas de comercio* de 24 de julio de 1830 y sustituido por el de la *Ley de Enjuiciamiento civil*— sólo persisten, a pesar de en parte desaforadas, las jurisdicciones eclesiástica y militar, en lo que tienen de jurisdicción propia, por atención (máxime a propósito de objetos penales) en la primera hacia su ministerio, y en la segunda a la protección de la sociedad⁶⁵.

Una vez aprobada la Constitución *democrática*, se percibirá claramente por qué la unidad de fuero ha podido plasmarse en medidas efectivas de uniformidad jurisdiccional más allá de meras declaraciones programáticas. En cierto sentido, ahora formaba parte del conjunto de «derechos, libertades y garantías naturales e imprescriptibles del ciudadano» que la carta magna había consignado «por primera vez» —si no en un sentido exacto, al menos desde la sensibilidad política y en comparación con los textos constitucionales anteriores—. Los tribunales no pueden establecer medidas preventivas —como ni la ley ni las autoridades podían hacerlo (artículo 22 de la Constitución de 1869)— sobre el ejercicio de tales derechos, si bien es cierto que tal exhortación se acompañaba de un escrupuloso llamamiento al respeto y aplicación de las leyes, precisamente para no caer en la anarquía «a la sombra de los derechos individuales falsamente entendidos y más o menos deliberadamente extremados en su ejercicio»⁶⁶ (muy similar razonamiento al empleado en instrucciones al ministerio fiscal: persecución de delitos contra los derechos y libertades individuales y de los poderes públicos pero prohibición de su ejercicio abusivo contra los derechos de la mayoría de los ciudadanos⁶⁷). Es muy elocuente que como ejemplo se elija el derecho de propiedad, cuya más mínima agresión se apercibe será castigada severamente.

En este contexto político-jurídico, ¿qué reformas procesales se acometieron? En el campo del proceso civil, fue objeto de reforma el recurso de casación: la sentencia en juicios de mayor cuantía «contra ley o doctrina legal» y el «quebrantamiento de las formas esenciales del juicio» continuaron siendo las causas posibles de su interposición, previo depósito. Sin novedad respecto de la *Ley de Enjuiciamiento civil*, la casación derivaba en sentencia sobre el fondo por el Tribunal Supremo, en la primera causa, y devolución de los autos al tribunal a quo, en la segunda, y la publicación de las sentencias de casación en la *Gaceta* se acompañaba de su inserción en la *Colección Legislativa*⁶⁸. Más importante por inédita fue la regulación al fin —la laguna resultaba ya incomprensible— del recurso de casación en el campo del proceso penal, no sólo ejer-

⁶⁵ Decreto de 6 de diciembre de 1868, en CLE, tomo 100, segundo semestre de 1868, pp. 872-876, 879.

⁶⁶ Circular de 22 de junio de 1869, en CLE, tomo 101, primer semestre de 1869, pp. 765-766.

⁶⁷ Circular de 24 de noviembre de 1869, en CLE, tomo 102, segundo semestre de 1869, pp. 771-773.

⁶⁸ Ley de 18 de junio de 1870 provisional sobre reforma de la casación civil, en CLE, tomo 103, primer semestre de 1870, arts. 4, 6, 9-10, 72, pp. 866-867, 873, 877.

citabile contra sentencia definitiva, sino también contra sentencia de sobreseimiento, y fundado ora en infracción de ley «en la parte dispositiva de la sentencia», ora en el quebrantamiento de las formas esenciales del procedimiento. Mientras la segunda causa obedecía a supuestos básicamente ya conocidos –a los que puede añadirse la alteración u omisión de hechos derivados de documento auténtico con influencia en el caso–, la primera se desarrollaba con novedosa minuciosidad: hechos probados calificados como delitos que no lo son por su propia naturaleza o circunstancias que impiden su castigo, o bien por el contrario hechos probados no calificados como delito que en verdad lo son, más errores de Derecho en la calificación del delito, del grado de la pena o de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y falta de correspondencia con la ley en la calificación de la participación en el delito o en la pena impuesta. El ministerio fiscal podía ahora unir ambas causas –infracción de ley y quebrantamiento de forma– en la fundamentación de sus recursos. El quebrantamiento de forma daba lugar a la devolución de los autos al tribunal a quo y la infracción de ley derivaba en sentencia del Tribunal Supremo. Las sentencias de casación criminal se publicaban también, lógicamente, en la *Gaceta* y en la *Colección Legislativa*. Quedaban previstas reglas especiales para la tramitación del recurso de casación contra sentencias que hubieran impuesto la pena de muerte, admitido «de derecho» el recurso, en beneficio del reo⁶⁹.

El enjuiciamiento criminal, ahído de código, recibió, además de esta última ley de casación, nuevos retoques –variaciones y adiciones– que intentaban actualizar y ordenar su régimen, teniendo en cuenta obviamente la peculiaridad de su objeto. Así, amén de una revisión general de su procedimiento, se dedicó una atención singular a la forma de redacción de las sentencias, que debían consignar en párrafos separados y numerados –*resultandos*– los hechos, con manifestación de los probados, y las circunstancias valoradas en el proceso, para a continuación consignar, también en párrafos numerados –*considerandos*– los fundamentos legales relativos a la apreciación de los hechos probados, con la cita de las disposiciones normativas aplicables. Además, para mayor seguridad jurídica, en el caso de la sentencia condenatoria había de declararse el tipo delictivo constituido por los hechos probados, la calificación legal de sus circunstancias y de la participación de los procesados, la pena impuesta a cada partícipe y la responsabilidad civil; en la sentencia absolutoria, se añadiría su fundamento, esto es, la falta de prueba, la no constitución de delito, la no participación de los procesados o la exención de responsabilidad. Es esta reforma el momento en el que, por lo demás, se declara suprimida en el procedimiento penal la tercera instancia⁷⁰.

La codificación procesal penal se aproximaba. Sin embargo, la precedió el arreglo de tribunales o reforma de la planta judicial que tantas veces había sido

⁶⁹ Ley de 18 de junio de 1870 provisional sobre el establecimiento del recurso de casación en los juicios criminales, en CLE, tomo 103, primer semestre de 1870, arts. 2-5, 41, 54, 69, 76, 83, pp. 878-879, 886, 889, 891-893.

⁷⁰ Ley de 18 de junio de 1870, en CLE, tomo 103, primer semestre de 1870, arts. 13, 17, pp. 899-900.

reclamada simultáneamente. Al cabo, y a pesar de la *provisionalidad* con que se rotulaba, la *Ley sobre organización del Poder judicial* de 15 de septiembre de 1870 consolidó y modernizó su estructura orgánico-competencial, estatutaria y gubernativa. El texto era muy extenso y abarcaba con afán de plenitud una amplia gama de materias: una jerarquía judicial, blindada ante los reglamentos del poder ejecutivo, en la que cobraba peso el principio de colegialidad de los tribunales, y garantizada en sus atribuciones mediante una regulación amplia de las cuestiones de competencia; una nueva división territorial judicial –distritos, partidos, circunscripciones y términos–; la regulación de una carrera judicial en la que el sistema de oposición pública había de formar el cuerpo de aspirantes; el estatuto de jueces y magistrados y del ministerio fiscal (nombramiento, ascenso, honores, dotación, etcétera) bajo un principio de inamovilidad que funcionaría vinculado a un refuerzo de la responsabilidad civil y criminal; la más rigurosa distinción entre objetos procesales civiles y criminales, y el establecimiento de salas ordinarias y extraordinarias en las Audiencias... Para mayor complejidad, ciertos aspectos de la normativa afectaban al código procesal civil (dictado de providencias, autos y sentencias; recusación de jueces y magistrados; abogacía y procuraduría...). Pues bien, en tanto algunos diputados del Congreso llamaron la atención sobre la escasez de recursos económicos necesarios o los obstáculos políticos para la consumación de tales prescripciones, si no es que entonaban quejas –como sucedió con la *Ley de Enjuiciamiento civil*– sobre la debida presentación al menos del proyecto íntegro a la Cámara, otros hacían primar la urgencia de su aplicación sobre cualquier disfunción concreta⁷¹.

La autorización al Gobierno para la aprobación de la *Ley sobre organización del Poder judicial* incluía, además de la implícita reforma parcial y adaptación de la *Ley de Enjuiciamiento civil*⁷², la aprobación de las bases del texto que sería muy pronto el primer código de procedimiento penal: la *Ley provisional de Enjuiciamiento criminal* de 22 de diciembre de 1872⁷³. Unas bases que, por cierto, resultaban mucho más precisas de lo que en su día fueron las aprobadas para el procedimiento civil. Así, se establecía la organización de la policía prejudicial y judicial, en relación directa con jueces de instrucción y funcionarios del ministerio fiscal; se delineaban procedimientos especiales por razón del sujeto o del objeto, en el sumario; se declaraba la publicidad de los procesos criminales (a salvo la moral) y quedaba ordenado un juicio oral para las causas

⁷¹ Ley provisional sobre organización del poder judicial de 15 de septiembre de 1870, en CLE, tomo 104, segundo semestre de 1870, arts. 6, 11, 13, 36, 44, 84, 89, 221, 245, 260, 352, pp. 968, 970, 974, 977, 982-983, 1.005, 1.010, 1.037. DSCC, tomo XIV, 22 de junio de 1870, n.º 312, pp. 9049-9074 (destacaron respectivamente Martín de Herrera y Romero Girón, en relación con las referidas posturas enfrentadas).

⁷² Ley provisional sobre organización del poder judicial de 15 de septiembre de 1870, en CLE, tomo 104, segundo semestre de 1870, disposición transitoria 2.ª, pp. 1129-1130.

⁷³ Ley provisional de Enjuiciamiento criminal, de 22 de diciembre de 1872, en CLE, tomo 109, segundo semestre de 1872, pp. 892-1043. Un real decreto de la misma fecha, en pp. 889-891, disponía su publicación y entrada en vigor en enero, con una serie de normas transitorias.

de su competencia sustanciadas por jueces municipales de primera instancia, Audiencias y aun el Tribunal Supremo; se reconocía la regulación antecedente de la casación criminal –así como se absorbía, con algunos cambios o añadiduras, la anterior preceptiva sobre la minuciosa redacción de las sentencias, o el interés por la estadística judicial–; y se organizaba el jurado –cuyo veredicto había de insertarse en la sentencia– bajo los principios de capacidad e imparcialidad (con posibilidad de recusación). Aunque no lo dijeran las bases, la *Ley* incluyó la novedad del recurso de revisión, para el caso de condena en virtud de sentencias contradictorias por un mismo delito, condena por homicidio cuando la víctima se acreditare viva con posterioridad, o condena impuesta por sentencia fundada en documento después declarado falso⁷⁴.

IV. Y LA CODIFICACIÓN PROCESAL MARCHA

1. Si la *Ley de Enjuiciamiento criminal* se había hecho esperar, dos novedades con tanto calado y originalidad como el juicio oral y público y la institución del jurado fueron suspendidas al cabo de muy poco tiempo. En el caso del jurado, la ausencia de los magistrados que abandonando su residencia ordinaria acudían a presidir la nueva institución y dictar sentencia conforme al veredicto provocaba retraso en el despacho de negocios de las Audiencias, al margen de las excusas que aquéllos solían argüir para liberarse de este deber, a las que cabía añadir las que jurados y testigos ponían profusamente para justificar su incomparecencia. Y por lo que se refiere al juicio oral y público, parecía necesitar adaptaciones en la organización judicial y en la instrucción sumarial a falta de las cuales su fracaso resultaba manifiesto. La práctica –si no la ciencia– estaba contra la consumación de estos creativos preceptos⁷⁵.

Estas tempranas frustraciones susurraron que las reformas de la organización judicial y del procedimiento tenían todavía camino por delante. Y considerando el vórtice de las preocupaciones procesales, reiterativas y recurrentes, no fue extraña la reproducción de objetos normativos. Así volvió a reformarse la planta (salas) del Tribunal Supremo⁷⁶, o a insistirse –en referencia particular a los procesos criminales, y a la debida proximidad temporal entre la perpetración del delito y la imposición de la pena– la necesaria improporcionabilidad de los términos judiciales⁷⁷.

La promulgación de la Constitución de 1876 no marcó ningún cambio de rumbo relevante. Resultaba básicamente continuista en la exposición de princi-

⁷⁴ Ley provisional sobre organización del poder judicial de 15 de septiembre de 1870, en CLE, tomo 104, segundo semestre de 1870, disposición transitoria 3.ª, p. 1130. Para el recurso de revisión, vid. el artículo 892, p. 1032, de la *Ley de Enjuiciamiento criminal*.

⁷⁵ Decreto de 3 de enero de 1875, en CLE, tomo 114, primer semestre de 1875, pp. 7-8.

⁷⁶ Decreto de 27 de enero de 1875, en CLE, tomo 114, primer semestre de 1875, pp. 121-122.

⁷⁷ Real Decreto de 15 de noviembre de 1875, en CLE, tomo 115, segundo semestre de 1875, pp. 696-697.

pios procesales y orgánicos de carácter general –unidad de fuero (artículo 75), publicidad del juicio criminal (artículo 79), inamovilidad de los jueces y magistrados (artículo 80), responsabilidad judicial por infracción de ley (artículo 81)–, sin perjuicio de que el respeto de los derechos individuales, aherrado por el de los «derechos de la nación» y los «atributos esenciales del poder político», fuera complementado por la responsabilidad civil y penal de los jueces y otros funcionarios (artículo 14). No encerraba ningún seísmo o programa inmediato para la planta y el enjuiciamiento, lo que permitía adivinar una política de nuevos círculos viciosos.

Por eso no sorprenderá que una vez más se emprendiese la regulación de un institución axial para la administración de justicia y la configuración jerárquica del poder judicial y la unificación de jurisprudencia como era el recurso de casación. Su revisión se limita, empero, a la materia civil. Se crea una sala en el Tribunal Supremo para que entienda de la admisión de los recursos, y se establece que aquélla que conozca de los recursos por infracción de ley o doctrina legal casará y al mismo tiempo dictará la sentencia que corresponda sobre el fondo de la causa; para evitar interferencias, la Sala de admisión o previo examen encuentra en la ley la relación exhaustiva de casos en los que ha de denegarse la admisión del recurso. Por otra parte, se añade como supuesto de «infracción de formas esenciales del juicio» (o quebrantamiento de forma) la denegación de diligencia de prueba de autorización debida, o el auto dictado por la Audiencia, en la fase de ejecución, si resuelve «puntos sustanciales» no decididos en el pleito o de forma contraria a la ejecutoria. Aumenta el depósito conforme al mayor valor del objeto del litigio⁷⁸.

Siguiendo en lo civil, tal vez se recuerde que, una vez promulgada la *Ley de Enjuiciamiento*, el juicio de desahucio fue el procedimiento especial en ella contemplado que resultó objeto de revisión en breve. Hogaño el juicio de desahucio viene de nuevo a ser modificado, en varias disposiciones⁷⁹.

2. En esta evolución, sin embargo, lo más sorprendente no es tanto el martilleo de reformas parciales que así como fueron estilo legislativo en tiempos de precodificación devienen frente a los cuerpos codificados cirugías obsesivas y escudriñadoras, sino la producción de nuevos cuerpos completos que por definición cuestionan las obras que los antecedieron, al menos desde el punto de vista de su naturaleza parcial o codificadora sin plenitud. De esta suerte, cinco años después de la primera *Ley de Enjuiciamiento criminal* se elabora un llamativo cuerpo de preceptos procesales: la *Compilación general de las disposiciones vigentes sobre Enjuiciamiento criminal* de 16 de octubre de 1879. Más allá del texto, y anexa, se publica una significativa *Tabla de correspondencia de los artículos de esta Compilación con los de las leyes y decretos de*

⁷⁸ Real Decreto de 30 de abril de 1877, que contiene el Proyecto de Ley de Casación Civil, en CLE, tomo 118, primer semestre de 1877, pp. 721-722, y artículos 5-6, 9, 35, 57, pp. 723-725, 729, 732; y Ley de Casación Civil de 22 de abril de 1878, en CLE, tomo 120, primer semestre de 1878, art. 5-6, 9-10, 24, 34, 56, pp. 454-455, 458, 460, 463.

⁷⁹ Ley de 18 de junio de 1877, en CLE, tomo 118, primer semestre de 1877, pp. 1.008-1.011, y real decreto de 2 de julio de 1877, en CLE, tomo 119, segundo semestre de 1877, pp. 3-11.

donde están tomados que irradia la función esencial de este nuevo conjunto normativo⁸⁰: en la *Tabla*, siguiendo el orden del texto de la *Compilación* por títulos, capítulos y artículos, se detecta el parentesco de cada precepto con la Constitución, la Ley de organización del Poder judicial, el Reglamento provisional para la Administración de justicia, la ley de casación, más distintos y particulares reales decretos y órdenes. La *Compilación* se yergue, pues, contra la dispersión de la materia procesal-penal, a pesar de su *Ley de Enjuiciamiento*, y atrae sistemáticamente al articulado disgregado o diseminado por ésta y por otros recipientes prescriptivos⁸¹. De modo paradójico, la *Compilación* aspira a una plenitud que el código no ha logrado; bien es cierto que la estructura de la compilación remeda la del código, a la manera de una *reley de enjuiciamiento*, un *requetecódigo* o código superado, o el imán de lo procesal-criminal, pero además incorpora las reformas posteriores que la *Ley* experimentó –pues nunca reforma *ex novo*, sino que se limita a la recopilación de las normas ya reformadas– y en definitiva cumple un servicio de seguridad y certeza jurídica por cuanto su empresa fija a la postre la serie de preceptos en vigor, suspendidos o derogados, y los transmite a los distintos partícipes despistados en la información normativa de la administración de justicia.

La *Compilación* explica más sobre la imperfección de la *Ley de Enjuiciamiento* que sobre las posibilidades reales de un cuerpo pleno de Derecho procesal criminal, nunca imbatible ante nuevas modificaciones y ajustes. Algunas de las otrora planteadas, en la *Ley de Enjuiciamiento criminal* y también en la *Ley de organización del Poder judicial*, como la organización de tribunales colegiados de partido –que permitan separar la jurisdicción civil y la criminal, emulando a los tribunales superiores y Supremo–, el juicio oral y público –garantía de la brevedad del plenario– y la instancia única ante tribunales de derecho en los procesos criminales, se reactivaron, bien que bajo fórmulas que procuraban evitar esfuerzos inasumibles al tesoro público, y mediante el procedimiento –habitual– de la presentación de bases –no de leyes íntegras– a las Cortes para sortear un prolijo examen de articulados tan técnicos y extensos. El punto de partida

⁸⁰ Real Decreto de 16 de octubre de 1879 aprobando la *Compilación general de las disposiciones vigentes sobre Enjuiciamiento criminal*, en CLE, tomo 123, segundo semestre de 1879, pp. 374-377, con el articulado en pp. 378-540 y la *tabla* de correspondencias en pp. 541-575.

⁸¹ En el Senado, Maluquer denunció el efecto perturbador de la jerarquía normativa –circulares que derogan reales órdenes, reales órdenes que derogan leyes– derivado de la atomización de la normativa procesal; por lo demás, en las sesiones de la Cámara aparecerán temas recurrentes como la (in)conveniencia de la legislación mediante autorización al Gobierno o la necesidad de una codificación sustantiva (civil común y foral). El hecho de que el senador Concha Castañeda se refiera a «las leyes de procedimiento criminal, que son modernas y que andan esparcidas por toda la *Colección legislativa*, y la ley de procedimiento civil, que está en un libro publicado en 1855 en virtud de una autorización» demuestra la conciencia compacta de lo procesal civil y dispersa de lo procesal penal, bien a pesar de la *Ley de Enjuiciamiento criminal* de 1872 y acaso en función de la naturaleza aglutinadora de la *Compilación*. Significativamente Maluquer planteará el problema de la vigencia de las normas procesal-penales no incorporadas a la *Compilación*, que confirma en su contestación el ministro de Gracia y Justicia, desactivando indirectamente la fuerza jurídica de la *Compilación* misma. En *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado. Legislatura de 1878*, 18 de noviembre de 1878, n.º 89, pp. 1634-1641.

fue, ciertamente, la *Compilación*. A partir de ahí, las bases recogían la abreviación de los pleitos criminales; la prisión provisional procedente en todo delito con penalidad superior a prisión correccional; fianzas efectivas para la continuación por parte de los procesados en libertad condicional; publicidad de los juicios criminales (a salvo la moral); juicio oral con única instancia sobre delitos competencia de tribunales de partido, Audiencias y Tribunal Supremo; procedimiento extraordinario sumario para delitos de lesa majestad, rebelión y sedición, asesinato, secuestro, robo o incendio con «caracteres extraordinarios y alarmantes» (cuando no fueran suficientes los medios ordinarios para su represión), o para delitos flagrantes que mereciesen penas correccionales. Quedó excluida, empero, la institución del jurado, rechazada y nunca imbuida en el criterio general de «la opinión»⁸².

V. LAS NUEVAS LEYES DE ENJUICIAMIENTO

1. Tan afectada se encontraba la codificación procesal penal por defectos internos y externos, estructurales y prácticos, derivados de su propia composición técnica y de su consumación práctica, como la codificación procesal civil. Y así como una compilación vino a intentar poner orden en la marabunta de preceptos del enjuiciamiento criminal, la *Ley de Enjuiciamiento civil* se convirtió en objeto de un proyecto de reforma para su global recomposición. La mecánica legislativa, como siempre, consistió en la elaboración de unas bases que las Cortes deberían aprobar, hurtando el Gobierno un examen minucioso y por extenso, largo, del articulado. No obstante, las bases ahora aprobadas alcanzaron un pormenor técnico que se alejaba de la vaguedad característica de las que fundamentaron la aprobación de la *Ley de Enjuiciamiento* anterior.

Las bases –tanto en su proyecto cuanto en su ley–⁸³ postulan una tramitación abreviada del procedimiento que reduzca la duración de los juicios y procure la mayor economía posible a los litigantes; en este sentido, discurren contrarias a los escritos y diligencias innecesarios, y abogan por una observancia rigurosa de los términos judiciales. Admiten la apelación en un solo efecto, en la ejecución de la sentencia y en la vía de apremio, lo que finalmente se extiende al caso de todo acto judicial en el que la ley no disponga lo contrario; si no se admite la apelación, queda establecido un término perentorio y una breve tramitación para la interposición y sustanciación del recurso de queja, el cual se declara desierto, sin necesidad de acuse de rebeldía, cuando transcurrido el tér-

⁸² Real Decreto de 2 de febrero de 1880, en CLE, tomo 124, primer semestre de 1880, pp. 163-168.

⁸³ Real Decreto de 2 de febrero de 1880 que autoriza al Ministro de Gracia y Justicia para que presente a las Cortes un proyecto de ley de bases para la reforma de la de Enjuiciamiento civil, en CLE, tomo 124, primer semestre de 1880, pp. 169-175, y Ley de 21 de junio de 1880 autorizando al Gobierno para que proceda a reformar y publicar la *Ley de Enjuiciamiento civil* con sujeción a las bases que se determinan, en CLE, tomo 124, primer semestre de 1880 (segunda parte), pp. 1255-1259.

mino de emplazamiento no comparece el apelante. Se pretende la reforma del incidente de pobreza, para impedir pleitos temerarios, añadiéndose medidas que intentan depurar el estado de fortuna del litigante que aspira a disfrutar del beneficio de asistencia judicial gratuita. El deseado establecimiento taxativo de los supuestos en los que los incidentes impiden el seguimiento de la demanda principal se reduce a la postre al menos a «un principio general que pueda servir de regla», ordenado un procedimiento breve y sencillo, tanto en primera como en segunda instancia, para todos los incidentes o artículos no ventilados en un proceso ordinario de mayor cuantía o conforme a un procedimiento de carácter especial. Se exige a las partes que remitan los documentos que fundan su derecho antes de la remisión del pleito a prueba, y se limita ésta a los hechos impugnados, de forma pública y con intervención de los litigantes, en plazos improrrogables para su proposición y práctica. Las alegaciones de bien probado serán suprimidas, sustituidas por un resumen breve y metódico –y numerado– de la prueba de parte, seguido de la apreciación, en párrafos separados y numerados, de la valoración de la prueba contraria. En vez de suprimir la vista en primera instancia, se reserva (ambiguamente) para los asuntos que la exijan en concepto del juez y a petición de parte, suprimido en tal caso el resumen de las pruebas; yuguladas quedan sin embargo, con toda claridad, las alegaciones escritas, en la segunda instancia. Aumenta la cantidad litigiosa en los procesos de menor cuantía, y se determinan reglas precisas para la fijación de la cuantía del pleito cuando ésta no sea conocida⁸⁴.

No obstante, esta mayor concreción de las bases no evitó críticas por parte de los diputados del Congreso, y no ya sólo por la habitual oposición a una forma de legislación que sustituía la discusión pormenorizada del articulado por la mera aprobación de unas bases a modo de autorización «ciega» al Gobierno –al que nada empece la audiencia de la correspondiente sección de la Comisión

⁸⁴ El pormenor iba más allá, en el proyecto de ley y en la ley de bases. Se impulsa la reforma de los ab-intestatos, simplificando trámites y evitando gastos, y también de las testamentarias –limitadas las medidas de precaución– y de los concursos de acreedores. Han de armonizarse los procedimientos de concursos de acreedores con las quiebras mercantiles. Todas las cuestiones que se manifiestan en un juicio universal tienen que ser tramitadas como incidentes, reduciendo las costas en la medida de lo posible. La audiencia del demandado se impone siempre en los interdictos de recobrar, a los que se aplica el régimen de sustanciación propio de los interdictos de retener. El embargo preventivo se extiende al caso de que un tercero haya firmado a ruego del deudor –si éste no comparece, citado–. No se admiten, en el juicio ejecutivo, incidentes suspensivos que no sean la cuestión de competencia o de acumulación a un juicio universal; procede –se añade– la acción ejecutiva por deudas en especie cuando se reducen a cantidad líquida en metálico, así como la acumulación mientras no se haya pagado al acreedor salvo en el supuesto de que la acción se haya deducido contra bienes especialmente hipotecados. Quedan eliminadas las retasas de bienes en las ventas judiciales, sustituidas por rebajas en la tasación, o por la no sujeción a tipo, en la segunda o tercera subasta, respectivamente. La tramitación de la tercera debe ser conforme a la naturaleza del juicio en el que nace, y no se admite una segunda cuando se funda en derechos existentes al tiempo de la anterior. Se establece un procedimiento en la vía de apremio que ponga al acreedor en posesión de los bienes especialmente hipotecados, sin necesidad de venta, en el caso de pacto contractual expreso. En la segunda parte de la *Ley*, han de regularse los actos de jurisdicción voluntaria, con un procedimiento sencillo, incluida audiencia (sumaria), tratándose de alimentos provisionales, a quien los debe prestar.

de Códigos—, sino en virtud de la consideración de que a menudo estas bases ni siquiera respondían a su propia y debida naturaleza, limitándose a reproducir ajustes determinados suscitados por la práctica, sin mayor vuelo reformista. A estas pegas se sumaban otras, relativas a la necesidad previa de una codificación civil sustantiva o de una profunda revisión de la organización de los tribunales, o a las dificultades de armonizar debidamente ciertos contenidos de la propia *Ley* con el *Código de Comercio*. Ahora bien, el propio tenor de algunas intervenciones y enmiendas, dedicadas al análisis de cuestiones técnicas muy concretas, demostraba indirectamente que las bases habían concretado... Pero su inadmisión definitiva, por regla general, fue justificada precisamente en la urgencia de su tramitación, esto es, en la causa de la adopción de aquella forma legislativa mediante bases que siempre había sido frustradamente vituperada⁸⁵.

Amén de esta mayor prolijidad de las bases sobre materias procesales muy concretas, aluniza en ellas la lección compiladora que había aprendido la técnica legislativa del enjuiciamiento criminal. No sólo hay que hacer un código procesal civil nuevo —el nuevo código procesal penal restaba pendiente— sino asumir la integración compiladora que el procedimiento criminal había experimentado. Así, las bases proponen la refundición de la *Ley de Enjuiciamiento civil* con las disposiciones de la *Ley orgánica del Poder judicial* sobre competencias jurisdiccionales, recusaciones o cualquier otro tema de relevancia para el procedimiento; con las leyes dictadas y reales órdenes aclaratorias sobre consentimiento y consejo para contraer matrimonio; con el decreto de unificación de fueros en lo que atañe al juicio ejecutivo; con otras leyes pretéritas dedicadas a la declaración de herederos o la ejecución de sentencias; con las importantes

⁸⁵ La «índole técnica» de la *Ley* se entendía impropia de un examen por parte de los cuerpos colegisladores, en la opinión que impone su criterio. Mas en cierto momento se oye decir a Luis Silvela, en la Cámara: «yo desearía que la Comisión manifestara que al no admitir las enmiendas no es porque no esté conforme en muchos puntos con lo que en ellas se propone, sino porque no hay tiempo de discutir las». Las enmiendas, y en general las intervenciones, se habían concretado de forma paralela a como habíanse concretado las bases, tratando no sólo temas generales sino también otros determinados como la obligación de comparecencia y contestación del litigante, la promoción de funcionarios judiciales a sueldo, la procuraduría, la partición de la herencia, la venta de bienes de menores, la coordinación entre concurso de acreedores y la quiebra... Por lo demás, Fabié —además de mostrarse contrario a la técnica de la autorización— recordó prácticas tan frecuentes como la redacción de recursos de casación por infracción de ley con citas de hasta veinte o treinta leyes, lo que se consideraba «consecuencia del estado verdaderamente caótico de nuestra legislación». En *Diario de las Sesiones de Córtes. Congreso de los Diputados. Legislatura de 1879-1880*, 17 y 18 de junio de 1880, n.º 192-193, pp. 4934-4937, 4939-4950, 4967-4986. La misma situación había presentado el Senado, donde las discusiones técnicas sobre propuestas procesales concretas —perentoriedad de los términos, supresión de la defensa oral en primera instancia o de los escritos de réplica y dúplica, imposición de costas procesales, precisiones en torno a la prueba y cotejo de documentos o a la ejecución de sentencias, etcétera— y el debate sobre la constitucionalidad de la autorización como mecanismo legislativo trufó las intervenciones destacadas de Benito Gutiérrez, Gallostra, Braulio Rodríguez, Rivera, el marqués de Seoane o Coronado —éstos últimos precisamente representantes de opiniones enfrentadas que vieran en la nueva *Ley de Enjuiciamiento* un cúmulo de pequeñas reformas o una reforma en exceso radical para lo que la *Ley* anterior merecía— en *Diario de las Sesiones de Córtes. Senado. Legislatura de 1879-1880*, 9 de abril de 1880, n.º 102, pp. 1469-1490, 10 de abril, n.º 103, pp. 1492-1509, 12 de abril, n.º 104, pp. 1512-1528, 13 de abril, n.º 105, pp. 1530-1554, 14 de abril, n.º 106, pp. 1564-1566.

leyes que habían reformado la casación civil o el juicio de desahucio... Es significativo, ciertamente, que las bases, al propulsar este trabajo de compilación y refundición, recuerden en todo momento que tales incrustaciones y encajes se realizarán sin perjuicio de modificaciones convenientes y reformas necesarias. Como si quisiera llamarse la atención sobre el carácter complementario de la compilación respecto de la codificación –de la técnica de la compilación respecto de la técnica de la codificación–: la codificación, o ley *ex novo* o recomposición del código, ha de llevar la voz cantante, mas tiene que hacerlo en el seno de un trabajo de recopilación contra una cierta decodificación subterránea que socava la estabilidad de sus reglas.

Desde luego, la *Ley de Enjuiciamiento civil* de 3 de febrero de 1881 no sólo incluyó una normativa que respondía a estas bases citadas, sino que, en otras muchas direcciones, imprimió un orientación novadora a la regulación de las fases y elementos del procedimiento, y sobre todo una mejora de su perfil técnico. Por ejemplo, la *Ley* depuró su terminología con exactitud, así al distinguir formalmente notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos, y tipificó con rigor ora diligencias como el suplicatorio, el exhorto o la carta-orden, ora resoluciones como la providencia, el auto y la sentencia; reguló precursora la caducidad de la instancia y la acumulación de acciones; contempló un escrito de ampliación de la prueba, el principio de congruencia de la sentencia, o la supletoriedad del juicio de mayor cuantía respecto del de menor; y tomó del enjuiciamiento criminal la idea del recurso de revisión, para los casos de recuperación de documentos decisivos con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia, dictado de sentencia conforme a documentos declarados falsos, en virtud de prueba testifical cuando recae condena por falso testimonio, o injusta en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta⁸⁶.

2. Entretanto, la paralela plasmación de una nueva *Ley de Enjuiciamiento criminal* estaba en trance. La labor había arrancado de la corrección de la *Compilación*⁸⁷. De hecho, así como la *Compilación* había sorprendido formalmente con su técnica refundidora –e incluso con la exhibición de su *tabla de correspondencias*– su corrección destacaría asimismo por la forma de manifestación, al escoltarse en la *Colección Legislativa* con un extensísimo *dictamen* de 16 de abril de 1880 de la Comisión General de Codificación. Este dictamen subordinaba al valor de la ley las diferencias entre compilación y código, y proponía un repaso del articulado de la *Compilación* con supresiones, enmiendas y rectificaciones a las que obligaba el subyacente problema de la organización judicial así como el ajuste edgeiniano entre cuerpos normativos que le había dado razón de

⁸⁶ El Real Decreto de 3 de febrero de 1881, en CLE, tomo 126, primer semestre de 1881, pp. 169-171, aprueba la *Ley de Enjuiciamiento civil*, estableciendo normas transitorias; el texto de la *Ley*, en pp. 171-546. Las novedades referidas, en los artículos 153, 267, 272, 274-275, 285, 359, 369, 411, 563, 680, 1.796, pp. 200, 217-219, 221, 234-237, 244, 272, 292-293, 482.

⁸⁷ En el Senado, el ministro de Gracia y Justicia, Álvarez Bugallal, explica que la elaboración de una nueva *Ley de Enjuiciamiento criminal* evitaba la constitucionalmente incompetente suspensión o derogación de la *Compilación* por parte del Poder ejecutivo a raíz de lo que Maluquer denominaba sus «dificultades». En *Diario de las Sesiones de Cortes. Senado. Legislatura de 1879-1880*, 17 de febrero de 1880, n.º 78, pp. 1030-1032.

ser. Tal vez esto explica precisamente la publicación del dictamen unida al decreto corrector, como una especie de *antitabla de correspondencias* o de *patología de las correspondencias*⁸⁸.

Pero se esperaba algo más. Por supuesto, una nueva ley de bases para las leyes del enjuiciamiento criminal y de la organización judicial. Su planteamiento vino precedido por el impulso de dos decisiones técnicas consideradas fundamentales: el juicio oral y público, y la instancia única en los procesos criminales⁸⁹. La ley de bases, una vez aprobada, volvió a caracterizarse por la parvedad: uniformidad y brevedad en la sustanciación de las causas criminales de la jurisdicción ordinaria; principio de aplicación de prisión correccional en todo delito cuya pena exceda de prisión correccional; eficacia de las fianzas para la continuación en libertad provisional; publicidad de los juicios criminales; juicio oral en única instancia para los delitos competencia de los tribunales de partido, Audiencias y Tribunal Supremo; procedimiento extraordinario breve para delitos flagrantes que merezcan penas correccionales; y establecimiento de tribunales de partido y organización de la clase de los secretarios judiciales. Esto es, las mismas bases que pocos años antes habían sido propuestas para la reforma del enjuiciamiento «tomando por base» –como ahora se dice, con la misma tónica– la *Compilación*⁹⁰. Cosiendo tales decisiones, el establecimiento de los tribunales colegiados y el del juicio oral y público en las causas criminales formarán un tándem⁹¹. Lo que no excluye, por cierto, alguna nueva adición y redacción de los artículos de la *Compilación* vigente⁹².

⁸⁸ Real Decreto de 6 de mayo de 1880 fijando las correcciones que han de hacerse en la *Compilación general de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento criminal*, acompañado del dictamen de la Comisión General de Codificación, en CLE, tomo 124, primer semestre de 1880 (segunda parte), pp. 710-718; el extenso *Dictamen* de la Comisión general de Codificación (presidida por Calderón y Collantes) de 16 de abril de 1880, en pp. 718-784. Rezaba el dictamen, en pp. 719-720: «Hoy que los Códigos por su ordenada y metódica forma, por la expresiva concisión de sus preceptos y por la estrecha relación e íntimo enlace que entre ellos existe, hacen que la homogeneidad sea su carácter esencial, las Compilaciones no pueden ser agrupaciones de leyes entresacadas de los volúmenes donde estén dispersas (...) ni la reunión en un solo cuerpo de leyes y pragmáticas publicadas durante un período histórico determinado (...) ni la colección de esas mismas leyes con la agregación de otras disposiciones posteriores sobre toda clase de materias (...). Eso no pueden ser ya las Compilaciones con relación a Códigos que dan uniformidad a sus prescripciones, formulándolas con claridad y sencillez; la Compilación que a cualquiera de ellos se refiera, al abarcar todo lo que esté vigente, lo hace segregando lo derogado y suspenso para reemplazarlo con lo que está en observancia, refundiendo solamente lo que lo exija. / Por eso la Compilación de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento criminal es la ley que en él ha de observarse».

⁸⁹ Real Decreto de 21 de octubre de 1881, en CLE, tomo 127, segundo semestre de 1881, pp. 245-246.

⁹⁰ Ley de 22 de junio de 1882, con autorización al Gobierno para que la Comisión General de Codificación redacte y publique una *Ley de Enjuiciamiento criminal*, en CLE, tomo 128, primer semestre de 1882, pp. 976-977.

⁹¹ Ley de 22 de junio de 1882 autorizando al Gobierno para que proceda al establecimiento de los Tribunales colegiados y del juicio oral y público en las causas criminales, en CLE, tomo 128, primer semestre de 1882, pp. 978-979.

⁹² Ley de 9 de julio de 1882, en CLE, tomo 129, segundo semestre de 1882, pp. 93-94.

Finalmente, fue aprobada la *Ley de Enjuiciamiento criminal* de 14 de septiembre de 1882⁹³, que se consideraba basada –hay que repetirlo– en la *Compilación*, aunque al mismo tiempo sus reformas se calificaban como radicales, generadoras de «un código completamente nuevo», a la altura de los códigos europeos, «liberal y progresivo». Una parte de las reformas tenía que ver con la aclaración de las normas compiladas, con la unificación de la jurisprudencia y el recurso de casación; otra parte iba destinada a colmar lagunas, así la regulación de las cuestiones prejudiciales, y a la protección de los derechos individuales, por ejemplo controlando el uso de la prisión preventiva durante el sumario, en el tratamiento de las fianzas, o al extirpar la práctica «más o menos disimulada» de la absolución de la instancia que convertía al acusado no culpable en un «liberto de por vida, verdadero siervo de la curia». La *Ley* nace contra costumbres abusivas: la falta de intervención sumarial del inculpado; la acumulación de instrucción y resolución del proceso en el mismo juez; la delegación de diligencias en los escribanos por parte de los jueces de primera instancia; la escasa importancia otorgada por los jueces a las pruebas del plenario; la consignación preferente de pruebas adversas al acusado... Y propone la instancia única, la oralidad del proceso, la separación orgánica –instrucción y tribunal sentenciador– de lo civil y lo criminal, la pertinencia en la instrucción, la intervención del procesado en todas las diligencias sumariales, la inspección y estadística judicial y ciertos procedimientos especiales y sumariales por razón de la materia. Con el hilo musical de una canción de lucha contra la arbitrariedad en la administración de justicia. Por otra parte, la *Ley* aumentaba su rigor técnico, así al unir a la tradicional preocupación por la redacción formal de la sentencia –incluidos en los considerandos los «fundamentos doctrinales y legales» de la calificación de los hechos, la participación y las circunstancias modificativas de la responsabilidad–, la diferenciación precisa entre providencias, autos, sentencias y sentencias firmes, y ejecutorias, o entre notificaciones, citaciones y emplazamientos. En fin, resultaban contemplados procedimientos especiales por razón del sujeto (senador o diputado, juez o magistrado, reo ausente) o del objeto delictivo (delito flagrante, injuria y calumnia contra particulares, delito cometido por medio de imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación).

Mas no sólo había reformas estructurales del procedimiento, sino una refundación de los pilares del mismo. Hasta ahora, todas las reformas precodificadoras, y del mismo modo la primera *Ley de Enjuiciamiento criminal*, habían mantenido incólume el sistema de un procedimiento criminal inquisitivo, así como el secreto de la instrucción. Por el contrario, la nueva *Ley* defiende el juicio oral y público, y la introducción del sistema acusatorio. El juez instructor tendrá que comunicar los autos al procesado, y de no hacerlo el acusado tendrá

⁹³ Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 aprobando el proyecto de Código de Enjuiciamiento criminal, en CLE, tomo 129, segundo semestre de 1882 (segunda parte), pp. 866-881, y *Ley de Enjuiciamiento Criminal* de 14 de septiembre de 1882, en pp. 884-1062. Los temas de la *Ley* apuntados a continuación, en artículos 3, 118, 141-142, 167, 175, 250, 301-302, 533, 623, 649, 680, 734, pp. 884, 906, 910-911, 915-917, 928, 938, 980, 994, 999, 1.005, 1.014-1.015.

el derecho de solicitarlo; además, el acusado podrá nombrar defensor desde el dictado del auto de procesamiento, y podrá concurrir a todo reconocimiento judicial, inspección ocular, autopsia o análisis pericial. Por lo que se refiere al secreto del sumario, permanece, pero limitado a la finalidad de impedir la desaparición de las huellas del delito, y enfocado al inventario de datos relevantes. Para vencer la sobrevaloración que la costumbre ha otorgado a las diligencias sumariales –y la minusvaloración de las pruebas del plenario– las investigaciones del juez instructor se consideran «una simple preparación del juicio»: el proceso nace con las calificaciones jurídicas del hecho por parte del acusador y del acusado, una vez concluido el sumario. De acuerdo con el principio acusatorio, el ministerio fiscal debe ajustar su posición –a la par contra la impunidad del delincuente, habida cuenta de la supresión de la absolucón de la instancia y del principio *non bis in idem*– de modo que, una vez que las partes han calificado provisionalmente los hechos, al término del proceso, se le autoriza, en vista de las pruebas, a rectificar o ratificar su primera calificación; de manera congruente, los fiscales de las Audiencias recibirán instrucciones recordándoles el deber de dar parte de la comisión de delitos graves o con circunstancias excepcionales que lo aconsejen, ejercer la inspección directa y preferiblemente personal en la formación de los sumarios –con la posibilidad de reclamarlos a tal efecto una vez terminado el proceso–, asistir personalmente a todas las sesiones del juicio oral y público en caso de delitos con «cierta gravedad en el concepto público», tomar parte activa en la práctica de las pruebas y preparar e interponer los recursos de casación que estimen procedentes y en particular los que deriven de una redacción defectuosa de las sentencias⁹⁴.

La instauración de los tribunales colegiados fue objeto de la *Ley adicional a la Orgánica del Poder judicial* de 14 de octubre de 1882. Respondía al eco de las largas discusiones que habían tenido lugar en el Congreso a propósito de las reformas del enjuiciamiento criminal, la organización judicial, el juicio oral y público y la institución –la más polémica, todavía a la espera de ley– del jurado. Los tribunales colegiados debían conocer de las causas criminales, efectivamente, en instancia única y mediante juicio oral y público⁹⁵: fungían así de entrelazador y activador de las innovaciones procesales.

⁹⁴ Circular de 31 de diciembre de 1882, en CLE, tomo 129, segundo semestre de 1882 (segunda parte), pp. 1453-1457.

⁹⁵ La ley de 14 de octubre de 1882 *adicional a la Orgánica del Poder judicial*, en CLE, tomo 129, segundo semestre de 1882 (segunda parte), pp. 1157-1190, crea 95 tribunales colegiados; las nuevas Audiencias de lo criminal se suman a las Salas de lo criminal de las Audiencias territoriales (art. 3), de modo que los jueces de primera instancia se limitan a desempeñar funciones de jueces de instrucción y a conocer en segunda instancia de los juicios de faltas (art. 11). La *Ley adicional* regulaba además el ingreso y ascenso en la judicatura, magistratura y ministerio fiscal. En la amplia discusión del Congreso, la instauración de los tribunales colegiados se contempló como una «preparación para el jurado»; por otra parte, el diputado Linares Rivas ofreció datos que permitían preocuparse por el grado de eficacia de los 95 tribunales de la *Ley adicional*: «Según la estadística judicial del año pasado, se han resuelto en todas las Audiencias de España 62.000 causas criminales. Pues si se establecen 70 Audiencias en España, que no se establecerán, resultarían aproximadamente de 900 a 1.000 causas para cada Audiencia; y como el procedimiento es único, como la instancia es única, como toda la tramitación habría de realizarse en esas

Algunos años después, el jurado será objeto por fin de legislación, presentado su tribunal como congruente con los principios citados de la renovación del enjuiciamiento criminal. El tribunal del jurado quedará constituido por doce jurados y tres magistrados o jueces de derecho. Los jurados tenían que ser seleccionados mediante un sistema de listas que combinaba la amplitud –cabezas de familia con independencia de la contribución que pagasen– con un filtro conforme al criterio de las juntas gubernativas de las Audiencias territoriales. Su veredicto declaraba la culpabilidad o inculpabilidad respecto de los hechos, en tanto los magistrados los calificaban jurídicamente en su sentencia; mas ni unos ni otros podían abstenerse de pronunciar su resolución aun cuando su objeto fueran delitos impropios de la competencia del tribunal. Precisamente este objeto había de consistir en delitos conmovedores del orden social, alarmantes o especialmente lesivos para los derechos individuales, a saber, traición, delitos contra las instituciones públicas, la forma de Gobierno o los derechos individuales constitucionales, rebelión y sedición, falsificación de documentos o moneda o sello, cohecho o malversación de caudales públicos, delitos contra las personas (asesinato, homicidio, parricidio, infanticidio, aborto, mutilación, abusos deshonestos, raptos, sustracción y corrupción de menores), robos, incendios, imprudencia punible, más delitos cometidos por medio de la imprenta, grabado u otro medio mecánico de publicación, entre otros y exceptuados los que fueran competencia del Tribunal Supremo; a pesar de una primera previsión, los delitos electorales quedaron excluidos de este catálogo. Amén de los recursos de casación y revisión, se reguló un singular recurso de reforma del veredicto y de revista de la causa por nuevo jurado⁹⁶.

3. Extrañamente, las mejoras técnicas introducidas en las segundas *Leyes de Enjuiciamiento* no se tradujeron en una más brillante literatura jurídica, acaso por sedimentadora la ley y deudora la doctrina de las firmas que habían

Audiencias, resultaría, Sres. Diputados, que no pudiendo hoy conocer de 400 a 500 causas cuarenta y tantos jueces, con 120 jurados, pretender plantear el proyecto (...) es el colmo de los absurdos». Alonso Martínez pedía tiempo para la ley del jurado, a la espera de una previa sustitución – como en efecto se produjo, en cierta medida– del procedimiento inquisitivo por el procedimiento acusatorio. González Blanco señaló disfunciones, como las que se derivaban de la supresión de la intervención del ministerio fiscal en los juzgados de primera instancia. Y Ortiz de Zárate criticó lo fantasmagórico de los nuevos principios, vacíos como la oralidad, o falsamente innovadores como la supresión del secreto (con el ejemplo de la falta de valor de una declaración testifical en el sumario no realizada en presencia del reo, ni después ratificada). Pero, sin duda, la oportunidad o no del jurado se convirtió en el tema estrella. En *Diario de las Sesiones de Cortes. Congreso de los Diputados. Legislatura de 1881-1882*, 17 de mayo de 1882, n.º 129, pp. 3552-3577, 19 de mayo, n.º 130, pp. 3585-3603, 20 de mayo, n.º 131, pp. 3606-3633, 22 de mayo, n.º 132, pp. 3642-3661, 23 de mayo, n.º 133, pp. 3667-3685, 24 de mayo, n.º 134, pp. 3695-3718, 25 de mayo, n.º 135, pp. 3728-3749, 26 de mayo, n.º 136, pp. 3758-3780, 27 de mayo, n.º 137, pp. 3786-3817.

⁹⁶ Real Decreto de 18 de noviembre de 1886 autorizando al ministro para presentar a las Cortes el proyecto de ley sobre establecimiento del juicio por Jurados, en CLE, tomo 137, segundo semestre de 1866, pp. 966-977; y ley de 30 de abril de 1888, estableciendo el juicio por jurados, en CLE, tomo 140, primer semestre de 1888, artículos 1-5, 33, 85, 96, 99, 107, 112, 116, 122, pp. 708-710, 733, 735-738, 739-740, 777. El Real Decreto de 20 de abril de 1888, en CLE, tomo 140, primer semestre de 1888, p. 743, dictará disposiciones especiales para la aplicación de la ley del jurado.

saludado la primera y pionera codificación procesal –en el caso de la civil–⁹⁷ y por una naturaleza oscilante y política –en el caso de la criminal– que derivó en una edificación literaria con un barniz más descriptivo que constructivo⁹⁸.

El siglo no morirá sin volver a presenciar la política legislativa de arreglos y correcciones. Asentadas dos *Leyes de Enjuiciamiento* profundamente renovadas, y una ley de organización judicial tan provisional como persistente, lloverán pequeñas disposiciones que de nuevo corrijan desajustes en las competencias y divisiones jurisdiccionales⁹⁹ o en aspectos procedimentales determinados¹⁰⁰.

Y así como el ciclo procesal del siglo XIX que discurre –en su manantial más caudaloso– entre los años 30 y 80 tiene una prehistoria –la legislación doceañista– anticipatoria, no le faltarán a su futuro nuevos retorcimientos, modificaciones y recodificaciones. Mas sempiternamente bajo la utopía obsesiva y frustrante de la celeridad y economía de la administración de justicia, una y otra y otra vez, con el empeño de Sísifo.

ENRIQUE ÁLVAREZ CORA

⁹⁷ José María MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil reformada conforme a las bases aprobadas por la ley de 21 de junio de 1880 y publicada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881, con formularios correspondientes a todos los juicios*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1881; Rafael ATARD – Serafín CERVELLERA, *Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881*, Establecimiento tipográfico de M. Minuesa de los Ríos, Madrid, 1881; Ángel SÁNCHEZ Y GARCÍA, *La nueva Ley de Enjuiciamiento civil comentada, anotada y concordada con los correspondientes formularios para toda clase de juicios, incidentes, artículos y expedientes relativos a la jurisdicción contenciosa y voluntaria*, Tipografía Mariana a c. de F. Carruez, Lérida, 1881; José SIDRO Y SURGA, *La Ley de Enjuiciamiento civil reformada con sujeción a las bases establecidas en la ley de 21 de junio de 1880 y publicada por real decreto de 3 de febrero de 1881*, Librería de Leon P. Villaverde, Madrid, 1881; Mariano HERRERO MARTÍNEZ, *Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881. Con la reforma del Código Civil y del de Comercio de 1885*, Imprenta, Litografía y Encuadernación de Leonardo Miñón, Valladolid, 1888.

⁹⁸ Manuel de AZCUTIA, *Derecho criminal. Sustanciación de los procesos, leyes, decretos y órdenes vigentes; observaciones al código, y exposición y explicación de casos prácticos dudosos*, Imprenta y Estereotipia de M. Rivadeneira, Madrid, 1861; Vicente BAS Y CORTÉS, *Ley de Enjuiciamiento criminal con comentarios, formulario, un cuadro sinóptico y un repertorio para su mejor inteligencia*, Imprenta de J. Antonio García, Madrid, 1873; Ramón ARMAS Y SAENZ – Antonio DOMÍNGUEZ ALFONSO, *Práctica del nuevo enjuiciamiento criminal. Cuestiones que ofrece el texto legal, jurisprudencia vigente, formularios y diccionario técnico*, Imprenta de Fortanet, Madrid, 1882; Vicente AMAT Y FURIÓ, *Estudio práctico del enjuiciamiento criminal, ó sea la ley de 14 de septiembre de 1882, con observaciones, notas y concordancias y formularios aplicables a los trámites del juicio criminal y sus incidencias*, Imprenta de E. Pascual, Valencia, 1883; Julio MELGARES MARÍN, *Novísima ley de enjuiciamiento criminal anotada con numerosas definiciones doctrinales y reglas de jurisprudencia*, Imprenta de U. Gómez, Madrid, 1883.

⁹⁹ La Real Orden de 22 de septiembre de 1885, en CLE, tomo 135, segundo semestre de 1885, pp. 803-804, pretendía terminar con la inaplicación de la *Ley de Enjuiciamiento civil* derivada de la absorción indiscriminada de negocios, al margen de su competencia territorial, por parte de los jueces municipales. La Real Orden de 11 de julio de 1887, en CLE, tomo 139, segundo semestre de 1887, pp. 19-21, incluye disposiciones en relación con la separación de las jurisdicciones civil y criminal en los juzgados de primera instancia.

¹⁰⁰ La Ley de 11 de mayo de 1888, en CLE, tomo 140, primer semestre de 1888, pp. 842-843, modifica la Ley de Enjuiciamiento civil a propósito del contenido de las demandas en juicios de mayor o menor cuantía. La Real Orden de 11 de mayo de 1888, en pp. 844-847, aclaró alguna norma referente al procedimiento de apremio.



Derecho histórico y Codificación.

El derecho sucesorio

SUMARIO: I. Planteamientos.–II. Las sucesiones.–III. El testamento. Capacidad, formas, solemnidades y eficacia.–IV. La herencia. Institución de heredero y sustituciones.–V. Libre disposición, legítima y mejora. Preterición. Derechos sucesorios del cónyuge viudo y de los hijos ilegítimos. Desheredación. Mandas y Legados. Albaceas.–V. La sucesión intestada.–VI. Disposiciones comunes a la sucesión testada y a la intestada.

I

La base 27 de la Ley de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizaba al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo las condiciones y bases establecidas por la misma advertía lo siguiente: «La disposición final derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyan *el derecho civil llamado de Castilla* [cursiva nuestra], en todas las materias que son objeto del Código, y aunque no sean contrarias a él, y quedarán sin fuerza legal alguna, así en su concepto de leyes directamente abrogatorias, como en el derecho supletorio». El mandato de la mencionada base ¹ dio lugar a la disposición final del artículo 1.976, por el que quedaron derogados «todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código» y quedaron «sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente abrogatorias, como en el derecho supletorio», aunque esta disposición final no fuese de aplicación «a las leyes que en este Código se declaran subsistentes»². Las consecuencias que esta declara-

¹ Procedente de la 27 del Proyecto de ley de bases de 7 de enero de 1885.

² Utilizo aquí *Código Civil. Edición oficial publicada conforme a lo dispuesto en la ley de 26 de mayo de 1889*, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, Madrid, 1889 y *Código*

ción tuvo para el derecho vigente inmediatamente antes de 1889 no necesitan ahora de mayores explicaciones³. A diferencia de lo que más tarde ocurriría con el planteamiento adoptado por algunos de los llamados derechos forales, la Ley de Bases y su correlato articulado supusieron, salvo para los casos mencionados, una *ruptura radical con la historia*, con los códigos antiguos, por utilizar la terminología uso. El Código suplantó a los códigos, a esos mismos códigos antiguos que, mientras no el existe el Código civil, servían de materia prima para redactar remedos de códigos modernos, a imitación de lo hecho en otras latitudes, pero que convierten, como se ha dicho, por más de un concepto, al Código en inexistente⁴. La obra de Gorosábel está *escrita bajo el método de los códigos modernos*, pero, escrito siguiendo el método de los códigos modernos –lo que en estos momentos equivale a decir que el texto está en forma articulada–, su Código Civil, lo es de lo *esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta Nación*⁵. El diputado y abogado Sánchez de Molina, desesperado tras el fracaso del Proyecto de 1851, tuvo que poner entre paréntesis que su Derecho civil español lo era *en forma de código*⁶ para que el lector supiese qué se traía entre manos. Y Navarro Amandi también escribió un Código Civil, pero era en realidad una *compilación metódica* de la doctrina contenida en las leyes hasta ahora vigentes⁷. Si tuviésemos que hacer caso de Diderot, Gorosábel, Navarro, Sánchez Molina y tantos otros⁸ seguían *hablando gótico*⁹.

Civil. Version crítica del texto y estudio preliminar por Jerónimo López López y Carlos Melón Infante, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

³ Baste ahora *El Código Civil. Debates parlamentarios 1885-1889*, I-II. Estudio preliminar de José Luis de los Mozos. Edición preparada por Rosario Herrero Gutiérrez y María Ángeles Vallejo Úbeda, Dirección de Estudios y Documentación, Servicio de Publicaciones, Secretaría General del Senado, Madrid, 1989, I, pp. 69-70.

⁴ Carlos PETIT, «El Código inexistente. Para una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», en *ADC* 48 (1995) 1425-1465.

⁵ Pablo GOROSABEL, *Redaccion del Codigo Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta Nacion, Escrita bajo el metodo de los codigos modernos*, En la Imprenta de la Viuda de Lama, Tolosa, 1832 y Pablo GOROSABEL, *Código Civil de España, Redactado con las disposiciones vigentes de los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de este reino, publicadas hasta el año de 1845 inclusive. Nueva edición reformada y mejorada*, En la imprenta de la Viuda de Mendizábal, Tolosa, 1846.

⁶ JOSÉ SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, *El derecho civil español (en forma de Código). Leyes no derogadas desde el Fuero Juzgo hasta las últimas reformas de 1870: Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (en 1.500 sentencias) y opiniones de los jurisconsultos precedido de un repertorio alfabético y seguido de un apéndice que contiene los reglamentos de las Leyes de Matrimonio y Registro Civil e Hipotecaria: títulos de esta, no comprendidos en el texto, y otras leyes y documentos importantes*, Imprenta de D. J. L. Vizcaino/Imprenta de D. Manuel Minuesa, Madrid, 1871.

⁷ MARIO NAVARRO AMANDI, *Código civil de España: Compilación metódica de la doctrina contenida en nuestra leyes civiles vigentes, con expresión de sus orígenes, jurisprudencia del Tribunal Supremo, concordancias con los principales códigos de otros pueblos y comentarios* (prólogo de Eugenio Montero Ríos). 2 vols., Madrid, Juan Vidal, 1880.

⁸ *Vid.* para este tipo de obras Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. 4 Codificación Civil (Génesis e historia del Código)* 1, Madrid, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1979, pp. 366 ss. y Carlos PETIT, *El Código*, cit. en n. 2.

⁹ La cita precisa, en Riccardo FERRANTE, *Codificazione e cultura giuridica* [reimpresión revisada y corregida], Giappichelli, Torino, 2008, p. 64 y n. 92.

Probablemente no tenían más remedio que hablar gótico: la forma en que la ley 28.1 del Ordenamiento de Alcalá pasó a las las Leyes de Toro y de éstas, a la Recopilación de 1567, unida a las las dudas existentes en torno al carácter oficial o exclusivo de algunas recopilaciones, convirtió a los juristas, si no en historiadores, sí en lectores por necesidad de textos de muy lejana y diversa procedencia temporal y de muy diversa naturaleza. El resultado de ello fue que se pudo llegar a finales del siglo XIX en el ámbito del derecho privado con textos procedentes del último derecho visigodo, rescatados y modificados en Baja Edad Media y reinterpretados por la legislación moderna, lo que explica, en el ámbito de la práctica y del ejercicio profesional, la aparición de obras del tipo de los llamados *Códigos de la Publicidad*,¹⁰ una obra, por cierto a la que obligatoriamente debían estar suscritos los ayuntamientos de más de doscientos vecinos¹¹, o, en el ámbito de la enseñanza, una obra como la de Benito Gutiérrez¹².

El Código (en mayúscula), como obra enteramente nueva, produjo la pérdida de individualidad de los antiguos códigos (en minúscula), material consolidado en la terminología que instaurase Viora¹³, y, lo más importante, dotó a las normas de un nuevo fundamento. No desmiente esta última afirmación el hecho de que el Código recoja material que ya figuraba en los textos consolidados, porque el producto final ha adquirido un valor y una fisonomía distintos de los que tenían los materiales de que se sirvió. Quien antes del Código tuviese que mejorar a un hijo sabía que podía hacerlo a partir de la ley *Dum Inlicita*, recogida en *Fuero Real* y reinterpretada en las *Leyes de Toro*; después del Código, simplemente porque lo dice el artículo 823 del Código; la obligación, antes del Código, de reservar bienes para los hijos del primer matrimonio cuando se hubiese pasado a segundas nupcias traía su causa de la ley 15 de Toro, que había completado una disciplina ya existente en *Partidas*, quienes, a su vez operaban sobre un estado de cosas anterior; después del Código, esa obligación no tiene más fundamento que el artículo 968. Pero artículos, uno y otro –y todos–, que se *entienden e interpretan en la forma en que el mismo Código propone* y no en la forma en que venían entendidas las antiguas normas que estaban en su base. El Código resistemiza, reelabora, y repropone un material existente, al que dota una nueva autoridad¹⁴. Del material consolidado se pasa un material codi-

Bien mirado, o bien leído, todavía en el país del *Code* se sigue hablando gótico si uno se topa con títulos como este: Michel ROUCHE-Bruno DUMÉZIL (dir.), *Le Bréviaire d'Alaric. Aux origines du Code Civil*, Paris, PUPS, 2009, aunque, todo sea dicho, su contenido no responde ni de lejos a su subtítulo.

¹⁰ *Los Códigos españoles concordados y anotados*. XII vols., Imprenta de La Publicidad, á cargo de D. M. Rivadeneyra, Madrid, 1847-1851.

¹¹ Real Orden de 22 de mayo de 1847 (CLE, XLI, n. 313, p. 64).

¹² Benito GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos ó estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*. VII vols. Madrid, Librería de Sánchez, 1862-1874 (hay ediciones posteriores).

¹³ Mario E. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni. Contributo alla storia della codificazione*, 3.ª ed., Giappichelli, Torino, 1967.

¹⁴ Pio CARONI, *Lecciones catalanas sobre historia de la Codificación*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 64 ss., y ahora Pio CARONI, *Escritos sobre la Codificación*, Universidad Carlos III de Madrid-Editorial Dykinson, Madrid, 2012, pp. 6 ss. y 271 ss.

ficado, por seguir con la terminología de Viora, aunque sea lícito preguntarse, desde el punto de vista del historiador, la forma en que el antiguo material ha sido aprovechado y transformado en material codificado, lo que no es sino preguntarse por la forma en que el Código aprovecha la tradición para, dotada ahora de un nuevo fundamento y autoridad e incluso rompiendo con ella, transformarla en un derecho entera y radicalmente nuevo¹⁵. Pues bien, por lo que aquí y ahora nos interesa, la forma en que esta tradición ha sido aprovechada –o no; es decir, ha sido desechada– por la Codificación ha sido examinada recientemente en los ámbitos de las relaciones contractuales¹⁶ y en los ámbitos relativos a las relaciones familiares¹⁷, lo que justifica que la mirada hacia atrás que se me ha pedido que eche, en un no muy abultado número de páginas, la haya ceñido, en este caso, a la esfera del derecho sucesorio, cuyas trazas históricas sólo someramente aquí pueden quedar apuntadas.

II

De acuerdo con el artículo 609, la propiedad se adquiere por ocupación y la propiedad y los demás derechos reales se transmiten, además de por la ley, por donación, por sucesión testada e intestada; en algunos contratos, mediante tradición y también pueden adquirirse por prescripción. Por influencia italiana, detrás de la ocupación¹⁸ y de la donación¹⁹, el Código Civil de 1889, apartándose de la terminología utilizada por el proyecto de García Goyena y de la terminología utilizada por el derecho histórico, atiende el problema del destino de los bienes y derechos de una persona una vez producida la muerte desde el punto de vista de la sucesión en que, desde antiguo, consistía la herencia –recuérdese: *hereditas est successio in universum ius*²⁰– y, en consecuencia, el título III del libro III lo es *De las sucesiones*, pero no *De las herencias*²¹. Se trataba, además, en esta materia sucesoria, de mantener en su esencia la legisla-

¹⁵ Vid. también Paolo CAPPELLINI, *Storie di concetti giuridici*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 117-119.

¹⁶ Enrique ÁLVAREZ CORA, *La codificación de los contratos de compraventa y permuta*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008, que debe completarse con, del mismo autor, *La teoría de los contratos en Castilla (Siglos XIII-XVIII)*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005.

¹⁷ Manuel Ángel BERMEJO CASTRILLO, *Entre ordenamientos y códigos. Legislación y doctrina sobre familia a partir de las leyes de Toro de 1505*, Dykinson, Madrid, 2009.

¹⁸ Arts. 610-617.

¹⁹ Arts. 618-656.

²⁰ D. 50.16.24 y D. 50.17.62.

²¹ *Apro. Libro III*, título III *De las sucesiones*; Pro. 1851 libro III, título primero *De las herencias*, con la justificación de García Goyena: «Se ha preferido esta palabra á la de sucesión que es mas vaga, y tanto, que en el Diccionario de la lengua no se le da el sentido ó significado de herencia»; Pro. 1836 Libro IV *De las sucesiones hereditarias*.

Para los proyectos de Código Civil utilizo LASSO GAITE, *Crónica* 4 II. Para el Proyecto de 1851 utilizo también Florencio GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, 4 tomos, Madrid, 1852.

ción vigente, siguiendo el esquema de los trabajos de 1882, esto es, el Anteproyecto de Libro III, *ordenando y metodizando lo existente*:

«El tratado de las sucesiones se ajustará en sus principios capitales á los acuerdos que la Comisión general de Codificación reunida en pleno, con asistencia de los Sres. Vocales correspondientes y de los Sres. Senadores y Diputados, adoptó en las reuniones celebradas en Noviembre de 1882, y con arreglo á ellos *se mantendrá en su esencia la legislación vigente* [cursiva nuestra] sobre los testamentos en general, su forma y solemnidades, sus diferentes clases de abierto, cerrado, militar, marítimo, y hecho en país extranjero, añadiendo el ológrafo, así como todo lo relativo a la capacidad para disponer y adquirir por testamento, á la institución de heredero, la desheredación, las mandas y legados, la institución condicional ó á término, los albaceas y la revocación ó ineficacia de las disposiciones testamentarias, *ordenando y metodizando lo existente* [cursiva nuestra] y completándolo con cuanto tienda á asegurar la verdad y facilidad de expresión de las últimas voluntades». ²²

Comprensiva del conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona no extinguidos en el momento de su muerte ²³, aunque el derecho histórico excluía expresamente de la noción las deudas y las cosas ajenas ²⁴, la delación de la herencia sólo se produce a través del testamento (sucesión testamentaria) y, a falta de éste, por disposición de la ley (sucesión legítima) ²⁵, lo que excluye cualquier vestigio de formas de sucesión contractual ²⁶, ampliamente desarrolladas, sin embargo, en otros derechos civiles hispánicos distintos al del Código, con el fin, justamente, de quebrar el igualitarismo –mayor o menor– en el reparto de la herencia a que pudiese dar lugar en cada caso el funcionamiento de las correspondientes reglas que gobernaban las sucesión testada e intestada ²⁷. Lo que, en cambio, el Código no excluye es que la delación de la herencia pueda

²² Base 15 de la *Ley de 11 de mayo 1889*; igual, en *Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885*, base 14.

²³ Artículo 659.

²⁴ P. 7.33.8.

²⁵ Artículo 658.

²⁶ La prohibición de los pactos sucesorios en el derecho castellano estaba en P. 5.1.33.

²⁷ La preocupación por la evitación de un reparto más o menos *aequaliter* de la herencia, en los derechos de tradición no castellana, está íntimamente vinculada a la preocupación de formulación feudo-señorial por el mantenimiento indiviso del patrimonio familiar y a la preocupación, también de origen feudo-señorial, por la concentración de la mayor parte del patrimonio en un heredero, aunque en el debate de la Codificación, dichas preocupaciones, despojadas de sus verdaderos orígenes, se presenten, junto a los mecanismos tendentes a la reducción de la legítima a la mínima expresión, como la expresión más acabada de la verdadera libertad de disposición.

Para el caso catalán, últimamente, FRANCISCO LUIS PACHECO CABALLERO, «Després, emperò, de seguits los òbits y no abans, ni de altra manera y ara per lashoras. Desarrollo medieval y moderno del heredamiento catalán», en *Iniiium* 16 (2011) 173-222, que debe completarse, por ser continuación, con FRANCISCO LUIS PACHECO CABALLERO, «Patrimonio familiar y herencia: revocabilidad e irrevocabilidad de las donaciones con efectos diferidos *post obitum* y el origen de los heredamientos catalanes», en *El Dret Comú i Catalunya. Actes del IX Simposi Internacional Barcelona 4-5 de juny de 1999. La família i el seu patrimoni. Edició d'Aquilino Iglesia Ferreirós*, Associació «Jaume de Montjuïc»-Fundació Noguera, Barcelona, 2000, pp. 57-90. Para el caso

producirse en parte por vía testamentaria y en parte por disposición de la ley²⁸. Las consecuencias prácticas de la regla *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, implícita en *Inst.* 2.14.5 y *D.* 50.17.7²⁹, habían encontrado fácil acomodo, por razones evidentes, en *Partidas* (6.3.14), pero habían sido desechadas por el *Ordenamiento de Alcalá*, al admitir la posibilidad de que un testamento sin institución de heredero fuese válido respecto de las mandas y legados en él contenidos y se abriese la sucesión intestada para aquel que, respecto del resto, debiese heredar según derecho o costumbre³⁰.

Al contrario del planteamiento procedente del derecho histórico, un planteamiento que se ha desechado desde los debates del proyecto de 1836, los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte, en todos sus derechos y obligaciones³¹.

aragonés, Francisco Luis PACHECO CABALLERO, «Para después de los días y no en otra manera. Origen y desarrollo de la sucesión contractual en Aragón», en *Initium* 12 (2007) pp. 119-197.

²⁸ Artículo 658, párrafo tercero, *Cc*: «Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley»; artículo 553 *Pro.1851*: «Puede también deferirse la herencia de una misma persona, en una parte por voluntad del hombre, y en otra por la disposición de la ley».

²⁹ Maurici PÉREZ SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest. El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho Romano*, Pons, Barcelona, 2001.

³⁰ *Ordenamiento de Alcalá* [=OA] 19 única: «(...) è el testamento sea valedero en las demandas [sic], è en las otras cosas, que en el se contienen, aunque el testador non aya fecho heredero alguno; et estonce herede aquel, que segunt derecho, è costumbre de la tierra avia de heredar, si el testador no fижiera testamento; è cumplase el testamento. Et si fижiere heredero el testador, è el heredero non quisiere la heredad, vale el testamento en las mandas, è en las otras cosas, que en el se contienen; et si alguno dexare otro en su postrimera voluntad heredad, ò manda, ò mandare que la den, ò que la aya otro, è aquel primer à quien fuere dejada, non la quisiere, mandamos que el otro, ò otros que la puedan tomar, è aver» (Cito por *El Ordenamiento de leyes, que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares de mil trescientos y quarenta y ocho. Publícanlo con notas, y un discurso sobre el estado, y condicion de los judios en España, los doctores D. Ignacio Jordan de Asso y del Rio, y D. Miguel de Manuel y Rodriguez*, Madrid, por D. Joachin Ibarra, 1774). Pasó a *R.* 5.4.1 (=NR 10.18.1).

A una solución similar y, por tanto, a una relajación del principio de incompatibilidad entre ambos tipos de sucesión, se había llegado en el derecho especial barcelonés, por privilegio de Pedro III de 1339 (3.^a CYDC II, 6.1.1); *Vid.* Francisco Luis PACHECO CABALLERO, «*Non instituuntur hereder nominatim per consuetudinem*: algunas consideraciones sobre el problema de la institución de heredero en el derecho catalán», en G. DIURNI-P. MARI-F. TREGGIARI (a cura di), *Per Saturam. Studi per Severino Caprioli*, Spoleto, Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 2008, pp. 617-636, esp. 632-635.

³¹ Artículo 661 *Cc.*; artículo 661 *APro. Libro III*: «La propiedad y posesión legal de los bienes y los derechos y obligaciones de una persona, se tranfieren por su muerte a sus herederos en los términos establecidos en el presente título»; artículo. 554 *Pro.1851*: «Los herederos suceden al difunto por el hecho de su muerte, no sólo en la propiedad, sino también en la posesión»; artículo 2201 *Pro.* 1836: «Los derechos y obligaciones se transmitirán por el fallecimiento de la personas a quienes corresponden con arreglo a la voluntad de la mismas y a la disposición de las leyes».

La exposición de motivos de este Proyecto es rica en la argumentación sobre la solución final adoptada: LASSO 4 II, pp. 125-126: «Ofrecióse en primer lugar una cuestión muy ventilada por los juriconsultos nacionales y extranjeros, a saber, si el derecho hereditario se transmite al punto que muere el sujeto de cuya sucesión se trata, o sólo cuando se acepta la herencia. Según el Derecho romano, la transmisión desde la muerte de aquél sólo tenía lugar en las sucesiones intestadas

III

Sobre la base de que puede hacer testamento todo aquel a quien la ley no se lo prohíbe expresamente, el Código terminó con la diferencia por razón de edad entre varones y hembras³² para poder hacer testamento, al establecerse que los menores de catorce años de uno y otro sexo están incapacitados para testar³³. La exigencia de *cabal juicio* para poder hacer testamento³⁴, era exigencia que, formulada de una u otra manera, había sido siempre constante³⁵, como era constante la admisión de la validez del testamento hecho antes de la enajenación mental o durante los intervalos lúcidos. El Código, en cambio, presenta como una novedad radical la supresión de la prohibición para testar —y la prohi-

respecto de los hijos que estaban bajo la patria potestad, llamados *sui heredes*, y como no eran de esta clase los hijos emancipados, no gozaban de tal derecho. Sin embargo, lo tenían igual unos y otros en las sucesiones testadas por una ley de los emperadores Teodosio y Valentiano. Los demás herederos, ya testamentarios o abintestato, no tenía el derecho de transmisión si morían antes de saber que había recaído en ellos la sucesión, o antes de haber tomado posesión de ella (...) El legatario era de mejor condición en este punto que el heredero, según el Derecho romano, pues en el legado puro y simple se le transfería el derecho desde la muerte del testador (...) Por esta simple exposición se ve que el Derecho romano no anduvo muy considerado en este punto, ni muy arreglado a la equidad ¿en qué se fundaba, sino en una mera sutileza, la diferencia entre hijos emancipados y no emancipados? ¿Por qué no se declaraba en general a favor de todos los herederos el derecho transmisión desde la muerte, cuando se habían hecho las excepciones indicadas a favor de los herederos extraños y del legatario (...) En las leyes de Partida se tomó un término medio más sencillo y equitativo; pues sin hacer diferencia de hijo ni de herederos testamentarios o abintestato, se estableció por las leyes 1.^a y 2.^a, título 6, Partida 6, que si el heredero muriere durante el tiempo que se le da para deliberar si aceptará o no la herencia, disfrutarán sus sucesores del tiempo restante para aceptar o renunciar la herencia por sí mismos, y cumplido el plazo sin haber aceptado perderán el derecho hereditario. No obstante, si el heredero fuese descendiente legítimo del difunto, siempre transparará el derecho hereditario a sus sucesores, bien hubiere muerto durante el plazo que se da para deliberar, o ya concluido éste sin haber aceptado (...) aceptada una herencia por cualquier heredero se retrotrae la aceptación en cuanto a sus efectos al tiempo de la muerte para el pago de pensiones vencidas y cumplimiento de las demás obligaciones anejas a la herencia; porque desde entonces empezaron los derechos activos y pasivos del heredero, y como los derechos y las obligaciones civiles de uno pasan a sus sucesores si fallece un instante después de haberlos adquirido, se sigue forzosamente que el derecho de transmisión adquirido por la muerte del sujeto de cuya sucesión se trata, pasa a los sucesores del heredero, ya sea éste extraño o descendiente, cuando fallece antes o después del tiempo concedido para deliberar, y que solamente no pasará cuando haya renunciado expresamente a la herencia. Así lo establecido la Comisión por regla inconcusa y general, con la que se evitarán muchos fraudes, dudas y litigios. Esto además no es nuevo en España, pues en Aragón, según su fuero, no sólo el derecho hereditario sino la posesión misma se transpasa al heredero de cualquier clase que sea, luego que fallece la persona de cuya sucesión se trata, y así es que ni se pide ni se necesita tiempo para deliberar, y con un inventario formal que hace el heredero no se extiende su responsabilidad a más que el importe de la herencia».

³² P. 6.1.13.

³³ Artículo 663, 1.^a Cc.; El *APro. Libro III* incapacitaba para testar a los menores dieciséis años de uno y otro sexo (art. 737, 1.^o), mientras el *Pro. 1851* mantenía la diferencia de edad entre varones y hembras, al establecer su artículo 600 que «Pueden disponer por testamento los varones mayores de catorce años y las hembras mayores de doce, que, al hacerlo gocen de su *cabal juicio*»; el *Pro. 1836* establecía dieciséis años para los varones y catorce para las hembras (art. 226.1.^o).

³⁴ Artículo 662, 2.^o Cc.; art. 737, 2.^o *APro. Libro III*; art. 600 *Pro. 1851*.

³⁵ LV 2.5.10; P. 6.1.13.

bición para recibir por testamento— relativa a los religiosos profesos de las órdenes monásticas, a juzgar por el destacado espacio que esta supresión merece en la exposición de motivos del Código. En realidad lo que *La Sección* no podía permitirse era caer en los mismos errores en los que cayó el *Proyecto de 1851* y que, junto a otras razones que ahora no son del caso, la opinión de *respetables obispos* o las protestas de los *dignos preladados de Iglesia*, provocasen, como ocurrió en aquel momento, la retirada del texto:

«Por no apartarse la Sección de nuestro antiguo derecho, había aceptado la prohibición de heredar y de hacer testamento impuesto á los religiosos ligados con votos solemnes de pobreza en las Órdenes monásticas. El derecho canónico les había privado de la facultad de poseer, aunque no de la adquirir, disponiendo que lo que adquiriesen lo transfieran a los Monasterios. La ley civil, ya para reforzar la observancia de este precepto, ya para contener en parte los progresos de la amortización de bienes raíces, privó á los religiosos del derecho de adquirir lo que no debían retener y había necesariamente de pasar al dominio de las Comunidades respectivas. Pero esta prohibición suponía la absoluta capacidad de los Monasterios para adquirir y poseer bienes inmuebles. Así es que desde el momento en que las leyes civiles, no sólo les privaron de esta facultad, sino que los suprimieron en su mayor parte, quedó sin efecto, de hecho, el precepto canónico, y sin justificación suficiente las leyes que prohibían á los religiosos testar y adquirir bienes por testamento y abintestato. Por eso fueron derogadas más de una vez las prohibiciones antiguas, mientras prevalecieron en toda su crudeza las leyes desamortizadoras y las que negaron su reconocimiento á las Corporaciones religiosas.

Pero han cambiado, con provecho de todos, las relaciones entre el Estado y la Iglesia; las Órdenes monásticas han sido permitidas y toleradas; y al punto ha surgido la duda de si, con ellas, debían estimarse restablecidas las antiguas incapacidades para testar y adquirir por sucesión y herencia. La Sección, como queda dicho, optó por la afirmativa, considerando que esta solución sería más conforme con el derecho canónico. Pero Obispos respetables, que han levantado su voz en el Senado, y otros oradores insignes, pertenecientes a partidos diversos, y por diferentes y aun contradictorios motivos, han pedido la solución contraria, estimando que restituida la facultad para adquirir y poseer a las Comunidades religiosas, se cumplirá en todos sus puntos el derecho canónico, y habrá la igualdad debida entre todos los ciudadanos, sin distinción de profesión y estado, de eclesiásticos y seglares. La Sección, prestando atento oído á estas consideraciones, y deseando marchar siempre de acuerdo con los dignos Prelados de la Iglesia, después de reconocer á los Monasterios el derecho de adquirir, ha suprimido entre las incapacidades para testar y para suceder, la de los religiosos ligados con votos solemnes»³⁶.

³⁶ Cc., Exposición de motivos. El *APro Libro III* declaraba incapaces a los religiosos profesos, a menos que se secularizasen o que sus comunidades fuesen suprimidas (art. 742, 1.º) y supeditaba a las condiciones establecidas por las leyes especiales la adquisición por testamento de iglesias y cabildos eclesiásticos (art. 743), mientras el Pro. 1851 declaraba incapaces para testar a los religiosos profesos de órdenes reconocidas por las leyes del reino, salvo que hubiesen *vuelto al siglo* (art. 601) y supeditaba a una necesaria autorización especial del Gobierno la adquisición por testamento de iglesias y cabildos eclesiásticos (art. 608).

Concebido como un acto personalísimo que no puede, como se decía desde antiguo, *ex alieno arbitrio pendere*, el Código no permite que la formación del testamento, total o parcialmente, se dejen a un tercero, como tampoco puede dejarse al arbitrio de un tercero el nombramiento de herederos o legatarios ni la designación de las correspondientes porciones en que hubieren de suceder los instituidos³⁷, lo que significó, retomando un planteamiento de inspiración justiniana contenido en las *Partidas*³⁸, la supresión y derogación del testamento por comisario³⁹ o mandatario, que había gozado de intensa atención legislativa en el derecho de más autóctona tradición⁴⁰. También ha desaparecido con el Código, al contrario de lo que ocurre en otros derechos de tradición no castellana, el testamento de hermandad o mancomunado⁴¹ que, sin embargo, había recibido atención por la obra de Alfonso X⁴², antes de que decidiese decantarse por el derecho justiniano.

Es regla aplicable a los testamentos en general, procedente del derecho histórico, la relativa a la necesidad de entender las disposiciones testamentarias en su tenor literal, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador y a la necesidad de atenerse al tenor del testamento para, en caso de

³⁷ Artículo 670 *Cc.*; artículo 558 *Pro.1851*; artículo 665 *APro. Libro III*.

³⁸ P. 6.3.11: «Declarar deve e nombrar el fazedor del testamento por si mismo el nome de aquel que estrableciese por herdero. Ca si el otorgasse poder a otro que lo estableciesse en su lugar, non valdría, maguer dixesse assi, aquel sea mio herdero que fulano quisiere, o estableciere por mio que lo sea. Esto es porque el establecimiento del herdero o de las mandas, non deve ser puesto en alvedrio de otro. Pero si alguno rogasse al estador, que fiziesse su herdero a otro, nombrandolo, si el que fizo el testamento quiere saber su ruego e lo estableciere por su herdero valdra. Otrosi dezimos, que si el fazedor del testamento dixesse a algun escrivano de concejo, ruego te, e mando te, que escrivas como establezco por mio herdero a fulano: e que mando tantos maravedis: o tantas cosas, o tanto heredamiento, que sea dado por mi anima, diziendo aque personas lo manda dar, o quanto a cada uno: ante siete testigos, e mando te que vayas a algun ome sabio, e en la manera quel ordenare que sea fecho mio testamento, e departidas misa mandas, que lo escrivas tu assi, porque tengo por bien, que vala como lo el ordenare. Estonce bien valdria lo assi fuesse fecho, por mandado del testador» (Cito por *Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, nuevamente Glosadas por el Licenciado Gregorio Lopez, del Consejo Real de Indias de su Magestad*, por Andrea Portonaris, Salamanca, 1555).

³⁹ SARRIÓN GUALDA, J., «El testamento por comisario en los comentaristas de las leyes de Toro y en los formularios notariales», en *AHDE* 75 (2005) pp. 213-276.

⁴⁰ FR 3.5.6: «si alguno non quisiere o non pudiere ordenar por si la manda que ficiera de sus cosas, e dier su poder a otre, que él que la ordene e la dé en aquellos logares ô el toviere por bien, pudalo facer, e lo que él ordenare o diere, vala asi como si la ordenase aquel quel dió el poder» (Cito por *Fuero Real del Rey Don Alonso El Sabio. Copiado del codice del Escorial señalado ij.z.-8 y cotejado con varios codices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia*, Imprenta Real, Madrid, 1836); más tarde, fueron las leyes 31 a 39 de las Toro, las que lo disciplinaron con más detalle.

El *Pro. 1836* seguía, sin embargo, regulándolo en sus artículos 2229-2237.

⁴¹ Artículo 669 *Cc.*; artículo 664 *APro. Libro III*; artículo 557 *Pro.1851*.

⁴² FR 3.6.9: «Si el marido e la muger fizieren hermandat de sus bienes desde que fuer el año pasado que casaren en uno, non aviendo fijos de cosouno nin de otra parte que yan derecho de heredar, vala tal hermandat. Et si despues que ficieren la hermandat ovieren fijos de consouno, non vala la hermandat: ca no es derecho que los fijos porque son fechos los casamientos sean deseredados por esta razon».

duda, establecer la intención del testador⁴³. Se contaba con el criterio interpretativo procedente de las reglas del *De verborum significatione* que pasaron a Partidas⁴⁴.

Los ahora llamados testamentos comunes, por ajustarse ordinariamente a las reglas que los disciplinan, son el testamento ológrafo, el testamento abierto y el testamento cerrado⁴⁵, y se consideran testamentos especiales a formas privilegiadas de hacer testamento, constitutivas de excepciones en relación a las solemnidades o formalidades comúnmente exigidas: el testamento militar, el marítimo y el hecho en país extranjero⁴⁶. Veamos aquí los testamentos comunes⁴⁷

El derecho visigodo permitía la declaración de última voluntad *manu propria*, así realizada ante la imposibilidad de cumplir con las prescripciones normalmente exigidas, derivada de las características del lugar o de la ausencia de testigos. Esta forma ológrafa o autógrafa de realizar testamento se consideraba válida siempre que quedase clara la última voluntad del testador y estuviesen patentes (*evidenter expressus*) el día y el año de su confección, y siempre que el testamento, una vez hallado, fuese presentado, en el plazo de seis meses, ante el juez y el obispo, quienes, con otros testigos, procediesen a confirmar la escritura del testamento, tras la correspondiente *contropatio*⁴⁸. La tradición hispánica y en particular la castellana –más allá de las formas de recepción, en algunos territorios intensa, de la forma ológrafa del llamado testamento *parentum inter liberos*, al que también se refería la legislación alfonsina⁴⁹– no vol-

⁴³ Artículo 675 Cc; artículo 670 APro. Libro III.

⁴⁴ P. 7.33.5.

⁴⁵ Artículo 676 Cc; APro. Libro III, Artículo 672; artículo 563 Pro. 1851; La dicotomía común-especial era dicotomía común-privilegiado en el Pro. 1836 (Art. 2238), que no se ocupaba, además, del testamento ológrafo, porque, como se decía en la *Exposición de motivos*, «al prescribir las solemnidades de los testamentos la Comisión ha cuidado mucho de poner ciertas trabas con el fin de vitar la falsificación».

⁴⁶ Artículo 677 Cc; artículo 672 APro. Libro III; El Pro. 1851 contemplaba como testamentos especiales, el militar, el marítimo, el otorgado en país extranjero, y el realizado por quien se hallare en peligro inminente (Arts. 572-589), mientras el Pro. 1836 exigía del testamento hecho en país extranjero las mismas formalidades que, en su caso, fuesen necesarias para su validez según la legislación española o extranjera y contaba entre los privilegiados el testamento militar, marítimo y el hecho por persona a quien suceda una desgracia que pueda causarle la muerte en término de veinticuatro horas (Arts. 2240 y 2258-2260).

⁴⁷ La regulación del Código de los testamentos especiales es enteramente nueva; más allá de lo que en Partidas quedó establecido para el testamento de los caballeros, un Decreto de 1742 había confirmado la antigua costumbre de los militares de testar sin algunas solemnidades, tanto en campaña como en cualquier otro lugar, derogando así una antigua ordenanza de 1739, que solo consideraba válido el testamento del militar fallecido en campaña (NR 10.18. 7 y 8).

⁴⁸ LV 2.5.16.

⁴⁹ P. 6.1.7: «Acabado testamento es quel que es fecho en algunas de las maneras que diximos en las leyes ante desta, e si de otra guisa lo fiziesse non seria valedero: perosi el padre fiziese testamento, en que se estableciesse por heredero a los fijos, e a los nietos que descendiesen del: o partiesse lo suyo entre ellos maguer en tal testamento non fuesen escritos mas de dos testigos, valdia bien assi, como si fuesse fecho acabadamente ante siete testigos, que pussiesen y sus nomes, e sus sellos. E esso mismo seria quando desta manera el padre, o el avuelo partiesen lo suyo, por palabra tan somamente entre sus fijos, e sus nietos, faziendolo ante dos testigos rogados e llamados para para esto (...).». Para su revocación, P. 6.1.8.

vió a ocuparse de esta forma de testar, aunque algunos de los requisitos del ológrafo eran exigencias que se predicaban, en general, de cualquier instrumento público⁵⁰. Ahora, condicionando su validez a que sea otorgado por mayores de edad, se extienda en papel sellado y esté escrito y firmado por el testador, con expresión del día, mes y año en que se otorgue, encuentra acomodo definitivo en el Código⁵¹.

El testamento abierto, también llamado nuncupativo, el testamento en el que puede conocerse la voluntad del testador⁵² y hacerse de palabra, otorgado ante Notario hábil y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador y de los cuales uno ha de saber y poder escribir, y caracterizado, entre otras extremos, porque todas las formalidades relativas al mismo requieren unidad de acto⁵³, mencionado en Partidas⁵⁴, contaba, además con atención desde 1348, momento desde el que se exigió para su validez la presencia de Escribano, tres testigos vecinos del lugar o cinco si se realizase sin Escribano, número que se redujo a tres si no fuesen vecinos del lugar⁵⁵.

⁵⁰ Las que figuran en *P.* 3.18.54 y las que se instauraron por pragmática de 7 de junio de 1503 (*R.* 4.25.13=NR 10.23.1).

⁵¹ Artículos 688-693 *Cc*; artículos 684-690 *Apro. Libro III*; artículo 564 *Pro. 1851*. *Vid.* Además GARCÍA GOYENA, *Concordancias II*, apéndice n. 4. p. 519.

⁵² Artículo 679 *Cc*.

⁵³ Artículos 694-705 *Cc*; artículos 691-703 *Apro. Libro III*; artículos 565-568 *Pro. 1851*; artículos 2249-2257 *Pro. 1836*.

⁵⁴ *P.* 6.1.1: «(...) E son dos maneras de testamento. La una es, a que llaman en latin testamentum nuncupativum, que quiere tanto dezir, como manda que se faze paladinamente ante siete testigos, en que se demuestra el que lo faze, por palabra, o por escrito a quales establece por sus herederos, e como ordena o departe las otras sus cosas (...)».

⁵⁵ *AO 19* única: «Si alguno ordenare su testamento, ò otra su postrimera voluntat en qualquier manera con Escrivano publico, deben y ser presentes à lo ver otorgar tres testigos à lo menos vecinos del logar, dò se fiçiere; et si lo fiçiere sin Escrivano publico, sean y cinco à lo menos vecinos, segunt dicho es, si fuere logar do los pudiese aver; et si fuere tal logar dò non puedean ser avisados cinco testigos, que lo menos sean y tres testigos, y sea valedero lo que ordenare en su postrimera voluntat (...)».

Quando el texto pasó a las recopilaciones (*R.* 5.4.1=NR 10.18.1) se incorporó una adición procedente de 1566, referente a la validez del testamento hecho sin escribano y ante siete testigos aunque no fuesen vecinos del lugar [(...) Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vezinos, ni passe ante escrivano, teniendo las otras calidades, que el derecho requiere, valga el tal testamento, aunque los testigos no sean vezinos del lugar adonde se hiziere el testamento. Cito por *Recopilacion de las Leyes destos Reynos, hecha por mandado de la Magestad Catolica del Rey don Felipe Segundo nuestro señor, que se ha mandado imprimir, con las leyes que despues de la ultima impression se han publicado, por la Magestad Catolica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro señor*, Madrid, por Catalina de Barrio y Angulo y Diego Díaz de la Carrera, 1640] y la ley pasó a venir referida a las solemnidad de testigos necesarios en el testamento nuncupativo, fundamentalmente porque desde la ley 3 de las de Toro se distinguió con toda nitidez las solemnidades del abierto (las de la ley única del título 19 del OA) de las solemnidades exigidas en los testamentos *in scriptis* o cerrados: *LToro 3*: «Ordenamos y mandamos que la solemnidad del Ordenamiento del Señor Rey Don Alonso, que dispone cuantos testigos son menester en el testamento, se entienda é platique en el testamento abierto, que en latin es dicho nuncupativo, agora sea entre los hijos ó descendientes legitimos, ora entre herederos estraños (...)».

Vid. PACHECO CABALLERO, FRANCISCO L., «El acto *mortis causa* en los derechos hispánicos durante la Edad Moderna (notas de sucesión testamentaria)», en *Actes à cause de mort. Recueils*

El testamento cerrado, en el que testador no revela su última voluntad⁵⁶, era el testamento *in scriptis* y además *en poridad* al que se referían *Partidas* y las *Leyes de Toro*. Según la legislación alfonsina, debía hacerse ante siete testigos⁵⁷ que, para el caso del que el estador quisiese hacerlo *en poridad*, esto es, de forma que ninguno de ellos *supiese lo que es escrito en el*, se limitarían a poner sus nombres y sus sellos sobre la carta doblada del testamento⁵⁸. Desde 1505, además de la presencia de testigos, se exigió la presencia de Escribano⁵⁹. Si en *Partidas* el ciego no podía hacer testamento *en poridad*, ya que la forma de confección deriva en el conocimiento por parte de los testigos (siete, que la ley 3 de Toro rebajó a cinco sin presencia de Escribano) y del Escribano de *quales son aquellos que establece por sus herederos*⁶⁰, el Código establece que los ciegos y los que no sepan o no puedan leer tampoco pueden otorgar testamento cerrado⁶¹.

Siendo la intervención de testigos, en el número y condiciones en que para cada testamento se fija, una solemnidad central, el Código se ocupó de fijar una serie de prohibiciones para ser testigos en los testamentos, unas de ellas con carácter absoluto —las que afectan a mujeres, varones menores de edad, no vecinos, ciegos y totalmente sordos mudos, a los que no entiendan el idioma del testador, los que no estén en su sano juicio, los condenados por delitos de falsificación de documentos públicos o privados, falso testimonio y los que estén cumpliendo pena de interdicción civil, y los dependientes, amanuenses o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante⁶²— y otras de carácter relativo —las que afectan al heredero y legatario en los testamentos abiertos en los que se instituyan, las que afectan a los parien-

de la Société Jean Bodin pour l'Histoire comparative des institutions LX, Bruxelles, De Boek Université, 1993, pp. 246 ss.

⁵⁶ Artículo 680 Cc.

⁵⁷ P. 6.1.1: «(...) La otra manera, es que dizen en latin testamentum in scriptis, que quiere tanto dezir, como manda que se faze por escrito, e non de otra guisa. E tal testamento como este, deve ser fecho ante siete testigos, que sean llamados, e rogados, de aquel que lo faze, e ninguno destos testigos, non deve ser sirvo: nin menor de catorze años: nin muger: nin ome mal enfamado. Otrosi dezimos, que cada uno dellos deve escribir su nome en la fin del testamento, diziendo assi: yo fulano so testigo deste testamento, que lo fizo tal ome, nombrandolo, seyendo yo delante. E si alguno dellos non sopiere escrevir, qualquier delos otros lo puede fazer por mandado del. E de mas desto deven poner todos los testigos, sus sellos, en la carta del testamento, con cuerdas pendientes. E si alguno dellos, non oviessse sello, puede esto fazer con sello de otro. Otrosi dezimos, que el fazedor del testamento, deve escrevir su nome en la fin dela carta, diziendo assi, yo fulano otorgo que fize testamento, en la manera que es escrito en esta carta. E si non supiese, o non pudiesse escrevir, bien lo puede fazer otro por mandado del».

⁵⁸ P. 6.1.2.

⁵⁹ *LToro* 3: «(...) pero en el testamento cerrado, que en latin se dice *in escritis* (sic), mandamos que intervegan á lo menos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escriptura del dicho testamento ellos y el testador, si supieren o pudieren firmar, é si non supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros de manera que sean otcho firma, é mas el signo del escribano (...)» [El *Quaderno* de leyes aprobadas en Toro, en *Cortes de los Antiguos Reinos de León y de Castilla publicadas por la Real Academia de la Historia* IV, III (Ordenamiento de las Cortes de Toro de 1505)], pp. 194-219.

⁶⁰ P. 6.1.14.

⁶¹ Artículo 708 Cc.

⁶² Las del artículo 681 Cc.; artículo 676 *APro. Libro III*; artículo 590 *Pro. 1851*;

tes de éstos dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad⁶³. Aunque algunas encontraban su apoyo en la por entonces reciente legislación notarial o en resoluciones de la Dirección de los Registros, gran parte ellas, con las correspondientes matizaciones, tenían una indiscutible raigambre histórica, como la prohibición relativa a las mujeres, la que afecta a los menores de edad, a los totalmente ciegos o mudos, o a los que no estuviesen en su sano juicio⁶⁴.

El principio de la ambulatoriedad de la voluntad hasta el momento de la muerte convierten al testamento y a todas las disposiciones testamentarias en esencialmente revocables. Este principio y su consecuencia habían sido formulados en *Partidas*, sin más límites que la exigencia de sano juicio y el sometimiento a las reglas para hacer testamento cuando se hace el testamento posterior derogatorio⁶⁵, pero conocía, sin embargo, algunas excepciones, entre las cuales estaba el hecho de que el testador hubiese declarado en el testamento la imposibilidad de revocación por cualquier otro testamento⁶⁶. El Código ha recogido la regla pero ha suprimido la excepción y declara el testamento esencialmente revocable aunque el testador exprese en el testamento su voluntad de no revocarlo⁶⁷. Una revocación presunta se producía según la legislación alfoncina cuando, salvo que hubiese ocurrido *per casum* o sin conocimiento del testador, el testamento cerrado o *in scriptis* aparecía con las cuerdas y señales rotas⁶⁸, que también pasó al Código⁶⁹.

IV

Sobre la base de que cualquiera que no esté incapacitado por la ley tiene capacidad para suceder por testamento o abintestato⁷⁰, el Código contempla dos

⁶³ Las del Artículo 682 *Cc.* Artículo 677 *Apro. Libro III*;

⁶⁴ *P.* 6.1.9. *P.* 3.16.14.

⁶⁵ *P.* 6.1.25: «La voluntad del ome es de tal natura, que se muda en muchas maneras: porende ningun ome puede fazer testamento tan firme, que lo non pueda despues mudar, quando quisiere, fasta el dia que muera, solamente que sea en su memoria, quando lo camiare, e que faga otro acabadamente». *Vid.* también *P.* 6.1.23 y *P.* 6.1.21.

⁶⁶ *P.* 6.1.22: «Razones señaladas y a, porque maguer el testamento postrimero sea fecho acabadamente, non se desataria porende el otro, que ante fue fecho. La primera es quando el padre fiziesse el testamento, en que estableciesse por heredero los fijos que descendiesse del: ca si despues fiziesse otro testamento, e enon fiziesse mencion del otro primero, non se desataria porende el que ante oviesse fecho (...) La otra es quando el testador dize assi, este mio testamento que agora fago, quiero que vala para siempre, e non quiero que vala otro testamento que fuesse fallado, que oviesse fecho ante, nin despues. Ca si acaesciesse, que este atal mudasse su voluntad, e fiziesse otro testamento, non quebrantaria porende el otro, que oviesse ante fecho, fueran ende, si el testador dixesse en el postrimero testamento señaladamente, que revocava el otro, e que non tuviesse daño, a aquel testamento que agora fazia, las palabras que dixera en el primero».

⁶⁷ Artículo 737 *Cc.*; artículo 915 *Apro. Libro III*; artículo 717 *Pro. 1851*; el Artículo 2228 *Pro. 1836* disponía: «el que hubiere hecho testamento tendrá hasta su muerte la facultad para modificarlo o variarlo, como le parezca, con tal que lo haga legítimamente».

⁶⁸ *P.* 6.1.24.

⁶⁹ Artículo 742 *Cc.*

⁷⁰ Artículo 644 *Cc.*; el Artículo 741 *Apro. Libro III* decía: «Podrán adquirir por testamento los que la ley no declare incapaces o indignos»; a la incapacidad por ley y a la indignidad también

incapacidades de carácter absoluto que afectan, siguiendo el derecho histórico⁷¹, a las criaturas abortivas y a las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley. Ha desaparecido, por las razones que antes se expusieron a propósito de la capacidad para testar, la incapacidad que en el Proyecto de 1851 y en el Anteproyecto de libro III⁷² afectaba a los religiosos profesos,⁷³ mientras que la posibilidad de que las iglesias y cabildos eclesiásticos, junto a Diputaciones, Ayuntamientos, establecimientos de hospitalidad, beneficencia e instrucción pública y otras asociaciones sucedan por testamento o sin él, pero de acuerdo y con sujeción a lo dispuesto en el propio Código, es exigencia de derecho concordatario que vino a suavizar la prohibición del artículo 15 de la Ley de 11 de octubre de 1820⁷⁴. También contaban con apoyo en la tradición las prohibiciones de heredar⁷⁵ que afectaban a determinado tipo de probres⁷⁶, las que afectan a los testigos intervinientes en algunos testamentos⁷⁷, las que afectan al incapaz aunque la disposición testamentaria se encubra bajo forma de contrato o se haga a través de persona interpuesta⁷⁸ y, más modernamente, las que afectan al sacerdote que ha confesado al testador, parientes del mismo dentro del cuarto grado o a su iglesia⁷⁹. Algunas de las causas de indignidad contempladas en la legislación alfonsina, como el haber sido condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, no haber denunciado la muerte violenta del testador, cometer adulterio con la mujer del testador, obligar al testador a hacer testamento o a modificarlo o impedir a otro hacer testamento, revocar el ya existente u ocultarlo, alterarlo o suplantarlo⁸⁰ también pasaron al Código⁸¹.

*Heredis institutio est caput et fundamentum totius testamenti*⁸². Este principio y sus consecuencias encontraron ubicación en todo el título tercero de la

aludía el artículo 606 del *Pro. 1851*. «Todos aquellos a quien no es defendido por las leyes deste nuestro libro, pueden fazer testamento», decía P. 6.1.13.

⁷¹ P. 6.3.4

⁷² Artículo 741, 1.º *Apro. Libro III*; artículo 607, 1.º en relación con el artículo 601 *Pro. 1851*.

⁷³ Que también tenía apoyo en P. 6.1.17.

⁷⁴ Artículo 15 de la *Ley de 11 de octubre 1820*: «Las iglesias, monasterios, conventos, y cualesquiera comunidades eclesiásticas, así seculares como regulares, los hospitales, hospicios, casas de misericordia y enseñanza, las cofradías, hermandades, encomiendas y cualesquiera otros establecimientos permanentes, sean eclesiásticos o laicales, conocidos con el nombre de manos muertas, no pueden desde ahora en adelante adquirir bienes algunos, raíces ó inmuebles en provincia alguna de la monarquía, ni por testamento, ni por donación, compra, permuta, decomiso en los censos enfitéuticos, adjudicación en prenda pretoria, ó en pago de réditos vencidos, ni por otro título alguno, sea lucrativo ú oneroso».

Artículo 743 *Apro. Libro III*; artículo 608 *Pro. 1851*.

⁷⁵ Artículos 747-756 *Cc*; artículos 744-749 *Apro. Libro III*; artículos 610, 611, 562, 613 *Pro. 1851*. El artículo 612 de este Proyecto prohibía heredar también al médico que hubiese asistido en su enfermedad al testador y a su cónyuge.

⁷⁶ P. 6.3.20.

⁷⁷ P. 6.1.11.

⁷⁸ P. 6.7.13.

⁷⁹ *Auto III (R. 5.10)* de 1713; *NR 10.20.15* de 1771 y *NR 10.20.16* de 1781. *Vid. PACHECO CABALLERO, El acto mortis causa*, p. 244.

⁸⁰ P. 6.7.17.

⁸¹ Artículo 756 *Cc.*; artículo 754 *Apro. Libro III*; artículo 617 *Pro. 1851*; artículo 2205 *Pro. 1836*.

⁸² *GIInst. 2.229; Inst. 2.20.34*.

sexta *Partida*, aunque la regla ya había sido despojada de su radicalismo⁸³. El *Ordenamiento de Alcalá*, al establecer que el testamento fuese válido en las mandas aunque el testador no hubiese establecido heredero alguno⁸⁴ derogó la regla alfonsina y justiniana y posibilitó la realización del testamento con o sin institución de heredero. Es el planteamiento del Código, coherente también con el principio de compatibilidad entre la sucesión testada e intestada –igualmente contrario a la tradición justiniana contenida en Partidas–, y en virtud del cual, por lo tanto, es válido el testamento aunque no contenga institución de heredero, y aunque el instituido no acepte la herencia o sea incapaza de heredar, casos en los cuales son válidas las disposiciones testamentarias hechas de acuerdo con las leyes, abriéndose para el resto la sucesión legítima o abintestato⁸⁵. Y a pesar de que la ley única del título 19 del Ordenamiento de Alcalá convirtió en inservibles gran parte de las leyes del título tercero de la *Partida* sexta, algunas de sus reglas pasaron al Código, como la relativa a los herederos instituidos sin designación de parte⁸⁶ o la relativa a la condición de legatario del heredero insituido en cosa cierta y determinada⁸⁷.

En un derecho testamentario en el que la validez del testamento no queda vinculada a la *heredis institutio*, de la que puede, como hemos visto, prescindirse, las reglas relativas a la posibilidad de sustituir al instituido heredero para el caso de que éste muera antes que el testador, o no quiera o no pueda aceptar la herencia, esto es, las reglas de la sustitución, dejan de tener el alcance que tenían cuando la *heredis institutio* era requisito ineludible para la validez del testamento. Sin embargo, tras pasadas fundamentalmente del título quinto de la sexta *Partida*, *De como pueden ser establecidos otros herederos en los testamentos, en lugar de los que y fueren puestos primeramente, a que dizen en latin substitutos*⁸⁸, encontramos en el Código una serie de reglas relativas a todas las

⁸³ P. 6.3. pr.: «Fundamento e rayz de todos los testamentos de qual natura quier que sean es establecer herederos en ellos, como quier que alas vegadas se comiençan de otra manera, segun es voluntad de aquellos que lo fizieren»; P. 6.3.1: «Heredem instituere, en latin tanto quiere dezir en romance, como establecer un ome a otro por su heredero, de manera que finque Señor despues de su muerte de los suyo, o de alguna partida dello: en lugar de aquel quel establescio. E tiene muy gran pro a aquel que lo establescio, porque dexa lo suyo a ome que quiere bien e parte de su anima deste mundo mas folgada porende. E otrosi tiene por al heredero, porque se le acrecen mas los sus bienes desde mundo por ello».

⁸⁴ OA 19 única. Vid. *supra* n. 30.

⁸⁵ Artículo 764 Cc. Artículo 765 APro. Libro III; artículo 625 y 627 Pro. 1851.

⁸⁶ Artículo 765 Cc. Artículo 766 APro. Libro III; artículo 626 Pro. 1851. Vid. P. 6.3.17

⁸⁷ Artículo 768 Cc. Artículo 769 APro Libro III; artículo 628 Pro. 1851. Vid. P. 6.3.14, aunque evidentemente, sólo para el caso de que hubiere otro heredero testamentario.

⁸⁸ P. 6.5 pr.; P. 6.5.1: «Substitutus en latin tanto quiere dezir en romance, como otro heredero que es establecido del fazedor del testamento, en el segundo grado, despues del primero heredero. E esto seria como si dexesse establezco a fulano por mio heredero, e si el non quisiere, o non lo pudiere ser, sea lo fulano en lugar del. E tal sustitucion como esta llaman en latin vulgaris, que quier tanto dezir, como establescimiento, que puede fazer qualquier del pueblo, e a quien quisiere. Otra sustitucion y a, aque llaman en latin pupilaris, que quier tanto dezir, como establescimiento, que es fecho tan solamente al moço, que es menor de catorze años, o la moça que es menor de doze años. E otra manera de sustitucion que es llamada en latin exemplaris: que quier tanto dezir como establescimiento otro de herederos, que es fecho a semejança del que es

formas de sustitución que la doctrina había venido individualizando: la sustitución vulgar⁸⁹, la sustitución pupilar (la hecha por los padres y demás ascendientes a los descendientes menores de catorce años para el caso de que mueran antes de dicha edad)⁹⁰, la sustitución ejemplar (la hecha por el ascendiente al descendiente que, aunque mayor de catorce años, haya sido declarado incapaz por enajenación mental)⁹¹ y la mal llamada sustitución fideicomisaria (en realidad, *fideicommissaria hereditas* o sucesión fideicomisaria), en la que el primer instituido debe restituir la herencia en los términos previstos por el testador a un tercero⁹². Mientras las tres primeras especies de sustitución no plantean graves problemas, signo de los tiempos es la prevención respecto de la llamada sustitución fideicomisaria por el efecto vincular a que podría dar lugar si no fuese sometida a ciertos límites. Estas prevenciones en relación a la sustitución fideicomisaria ya se habían puesto de manifiesto desde el Proyecto de 1836. Éste recoge la sustitución vulgar y pupilar⁹³, pero establece taxativamente que «queda prohibido desde la promulgación de este Código el instituir heredero por fideicomiso», aunque pudiese el testador encargar a una persona determinada y capaz de obligarse la custodia de la herencia o del legado, siempre y cuando rindiese cuentas al heredero o legatario⁹⁴. El proyecto de 1851 no recogía más que la sustitución vulgar, admitía la del *heredro impúbero* para el caso de que muriese antes de llegar a la pubertad⁹⁵ y advertía de que cualquier otra forma de sustitución no prevista en el Código es considerada fideicomiso y, por lo tanto, nula cualquiera que fuese la forma que revistiese⁹⁶, y en los casos en que permitía gravar la herencia con la obligación de restitución hasta los nietos del testador, venía a reconducir la posición del heredero gravado con el deber de restitución a la posición de usufructuario⁹⁷.

hecho a huerfano. E pueden lo fazer los padres, e los abuelos, a los que descien den de ellos, quando son locos, o desmemoriados, estableciendoles, otros por herederos si murieren en la locura. Otra manera y a, que es llamada en latin compendiosa, que quiere tanto decir, como establecimiento que por breves palabras. E aun y a otra sustitucion, que es dicha en latin breviloqua, o reciproca, que quiere tanto dezir, como sustitucion que se faze brevemente en pocas palabras, en la qual se contienen quatro sustituciones, e las dos son vulgares, e las dos pupilares. Otra manera y a de sustitucion, a que dizen en latin fideicommissaria (...).

⁸⁹ Artículo 774 Cc. Artículo 775 *Apro. Libro III*.

⁹⁰ Artículo 775 Cc. Artículo 776 *Apro. Libro III*.

⁹¹ Artículo 776 Cc. Artículo 777 *Apro. Libro III*.

⁹² Artículo 781 Cc. Artículo 782 *Apro. Libro III*.

⁹³ Artículo 2291 y 2293 *Pro. 1836*.

⁹⁴ Artículo 2297 *Pro. 1836*.

⁹⁵ Artículos 629 y 630 *Pro. 1851*; artículo 638, párrafo segundo *Pro. 1851*.

⁹⁶ Artículo 635 *Pro. 1851*.

Vid. base 27, 28, 29 y 30 del texto de las bases del Código civil de 7 de marzo de 1844.

⁹⁷ Artículo 638 *Pro. 1851*: «No se entiende sustitución prohibida la disposición en que el testador deje la propiedad a uno y el usufructo a otro y otros con la limitación prescrita en el artículo 437.

(...) Puede asimismo dejar un padre la parte libre de sus bienes a un hijo, con la carga de haberlos de restituir a los hijos que el segundo tenga o tuviese en adelante, limitándose la restitución a los nietos del testador, sin pasar a otros grados. En este caso, el hijo gravado con la restitución queda sujeto a todas las obligaciones del usufructuario».

Pues bien, desde 1889, y para evitar que los fideicomisos se conviertan en perpetuos, las sustituciones fideicomisarias por la que el heredero debe conservar y transmitir a un tercero el todo o parte de la herencia no pueden pasar del segundo grado y para que sean válidas han de hacerse en favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador⁹⁸. Hacía tiempo desmantelados los mayorazgos, se trataba ahora de evitar que entrasen por la puerta de la sustitución fideicomisaria, ya que aquéllos, en feliz y posterior caracterización de González Palomino, no venían sino a ser *fideicomisos desbocados*⁹⁹. Además de no poder recaer sobre la legítima, deben ser expresos y, alejándose del modelo justiniano de las Partidas¹⁰⁰, no dan lugar a que el heredero fiduciario detraiga la cuarta Trebeliánica (en realidad, cuarta Pegasiana, como bien hace notar Gregorio López en la glosa correspondiente). Y, nuevamente para evitar el efecto vincular típico del suprimido mayorazgo, se declaran sin efecto las sustituciones fideicomisarias que contengan prohibiciones perpetuas de enajenar o que, aunque no sean perpetuas, pasen del límite del segundo grado¹⁰¹, en línea con los límites que a dichas prohibiciones se habían impuesto incluso antes de la legislación desvinculadora (necesidad de licencia regia)¹⁰² y en línea con la

⁹⁸ Artículo 781 Cc. La base 16 de la Ley de 1888 establecía: «Materia de las reformas indicadas serán, en primer término, las sustituciones fideicomisarias, que no pasarán ni aun en la línea directa de la segunda generación, á no ser que se hagan en favor de personas que todas vivan al tiempo del fallecimiento del testador». Artículo 782 *Apro. Libro III*.

⁹⁹ GONZÁLEZ PALOMINO, J., *Enajenación de bienes pseudo-usufructuados. Conferencia desarrollada en la Semana Notarial de Santander en verano de 1948*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1950, p. 36.

Recuérdese, además, que la *Ley de 11 de octubre de 1820* menciona a los fideicomisos junto a los mayorazgos en su artículo primero: «Quedan suprimidos todos los mayorazgos, fideicomisos patronatos, y cualquiera otra especie de vinculaciones de bienes raíces, muebles, semovientes, censos, juros, foros, ó de cualquiera otra naturaleza, los cuales se restituyen desde ahora á la clase de absolutamente libres».

¹⁰⁰ P. 6.5.14: «Fideicomissaria substitutio en latin, tanto quiere dezir en romance, como establecimiento de heredero que es puesto en fe de alguno, que la herencia dexa en su mano, que la de a otro, assi como si disexe el fazedor del testamento: establezco por mio heredero a fulano e ruego le, o quiero, o mando que esta mi herencia, que le dexo, que la tenga tanto tiempo e que despues la de e entregue a fulano. E tal establecimiento como este, puede fazer todo ome a cada uno del pueblo, solo que non le sea defendido por algunas leyes deste nuestro libro. Pero dezimos, que este que es rogado, e establecido en esta manera, que deve dar e entregar la herencia, assi como el testador mando: sacando ende la quarta parte de toda la herecnia, que puede tener para si. E esta quarta parte es llamada en latin trebelianica (...)».

¹⁰¹ Artículo 785, 2.º Cc. Artículo 786, 2.º *Apro. Libro III*.

¹⁰² NR 10.17.12: «Teniendo presente los males que dimanen de la facilidad que ha habido en vincular toda clase de bienes perpetuamente, abusando de la permission de las leyes, y fomentando la ociosidad y soberbia de los poseedores de pequeños vínculos ó patronatos, y de sus hijos y parientes, y privando de muchos brazos al ejército, marina, agricultura, comercio, artes y oficios; he resuelto, que desde ahora en adelante no se puedan fundar mayorazgos, aunque sea por via de agregacion, ó de mejora de tercio y quinto, ó por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enagenacion de bienes raíces ó estables por medios directos ó indirectos, sin preceder licencia mia, ó de los Reyes mis sucesores; la qual se concederá á consulta de la Cámara, precediendo conocimiento, de si el mayorazgo ó mejora llega ó excede, como deberá ser, á 30 ducados de renta; si la familia del fundador por su situacion puede aspirar á esta distincion, para emplearse en la carrera militar o política con utilidad del Estado; y si todo ó la mayor parte de

imposibilidad, desde 1820, de establecer prohibiciones de enajenar¹⁰³. Otras limitaciones impuestas a las sustituciones cualquiera que fuese la forma que adopten tienen que ver con la evitación de que personas incapaces acaben recibiendo por estamento, como la relativa a la imposibilidad de que la restitución de la herencia tenga lugar según instrucciones reservadas del testador¹⁰⁴.

V

La cuestión relativa a aquella porción de la que el testador no puede disponer libremente por venir reservada por la ley a los ahora llamados herederos forzosos¹⁰⁵ fue uno de los *points chauds* del debate codificador, no ya sólo por las dificultades existentes en torno a la determinación de su cuantía, lo que encubría a su vez la dificultad existente en torno a la delimitación y alcance de la libertad de testar, sino también porque constituyó un punto fundamental de fricción respecto de los demás derechos civiles peninsulares de tradición no castellana¹⁰⁶.

La situación anterior venía determinada, nada menos, que por la tradición visigoda. La famosa ley *Dum illicita* estableció en cuatro quintas partes de los bienes la porción que necesariamente debía dejarse en favor de los descendientes, lo que redujo, pues, la cuota de libre disposición a un quinto de los bienes. Desde Ervigio, se permitió favorecer a los descendientes con derecho legítima a través de la asignación de una mejora consistente en el tercio de los bienes¹⁰⁷. El sistema, prescindiendo ahora de la consideración de otros problemas colaterales, no daba mucho juego para que los ascendientes concentrasen el patrimo-

los bienes consiste en raíces, lo que se deberá moderar, disponiendo, que las dotaciones perpetuas se hagan y situen principalmente sobre efectos de rédito fijo, como censos, juros, efectos de villa, acciones de Banco ú otros semejantes, de modo que quede libre la circulación de bienes estables para evitar su pérdida ó deterioracion, y solo se permita lo contrario en alguna parte muy necesaria, ó de mucha utilidad pública; declarando, como declaro, nulas y de ningun valor ni efecto las vinculaciones, mejoras y prohibiciones de enagenar, que en adelante se hicieren sin Real facultad, y con derecho á los parientes inmediatos del fundador ó testador para reclamarlas, y suceder libremente, sin que por esto sea mi ánimo prohibir dichas mejoras de tercio y quinto, con tal que sea sin vinculacion perpetua, miéntras no concurra licencia mia, á cuyo fin derogo todas las leyes y costumbres en contrario» [Utilizo *Novísima Recopilacion de las Leyes de España dividida en XII Libros En que se reforma la Recopilacion publicada por el Señor Don Felipe II. En el año de 1567, reimpressa últimamente en el de 1755: Y se incorporan las pragmáticas, cédulas, decretos, órdenes y resoluciones Reales, y otras providencias no recopiladas y expedidas hasta el de 1804 mandada formar por el Señor don Carlos IV*, Madrid, 1805].

¹⁰³ Ley de 11 de octubre de 1820, art. 14: «Nadie podrá en lo sucesivo, aunque sea por via de mejora, ni por otro título ni pretesto, fundar mayorazgo, fideicomiso, patronato, capellanía, obra pía, ni vinculación alguna, sobre ninguna clase de bienes ó derechos, ni prohibir directa ni indirectamente su enagenación. Tampoco podrá nadie vincular acciones sobre bancos ú otros fondos extranjeros».

¹⁰⁴ Artículo 785, 4.º Cc. Artículo 786, 4.º *Apro libro III*.

¹⁰⁵ Artículo 806 Cc.

¹⁰⁶ ALONSO MARTÍNEZ, M., *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales I-II*, Establecimiento Tipográfico de P. Núñez, Madrid, 1884-1885, II, pp. 42 ss.

¹⁰⁷ LV 4.5.1.

nio en uno de los hijos. El derecho visigodo, además, desconocía una legítima de los ascendientes, aunque fuesen llamada a la intestada *iuxta legum ordinem*¹⁰⁸.

El sistema de legítimas del último derecho visigodo pasó al *Fuero Real*, pero no permitió la acumulación por un mismo descendiente del quinto de libre disposición y el tercio de mejora, con lo que dicho quinto libre debía ir a parar a un no mejorado, a un extraño o a la Iglesia¹⁰⁹. Dado que, por otra parte, el mismo *Fuero Real* permitía que los padres, en vida, pudiesen realizar donaciones hasta el quinto de sus bienes¹¹⁰, el texto alfonsino planteó la duda, sólo resuelta en el siglo XVI, en torno a si del quinto de libre podía disponerse en vida y también a la muerte del causante. En cualquier caso, y aunque en el *Fuero Real* el cálculo de las cuotas de legítima y mejora debía realizarse extrayendo primero el quinto de libre disposición –*sin la quinta sobredicha*–, las *Leyes del Estilo* volvieron a aclarar la cuestión, en el mismo sentido¹¹¹. El *Fuero Real*, dependiente del *Liber Iudiciorum*, no recogía tampoco la legítima de los ascendientes

La recepción momentánea en *Partidas* de los planteamientos de la *Novella* 18 de Justiniano no vino a alterar sustancialmente el estado de cosas antes descrito. Guardando silencio absoluto en torno a la mejora, una institución de sabor postclásico y vulgar que había sido recogida por el derecho visigodo, las *Partidas* instauraron el sistema de *triente et semisse*, esto es, la legítima de los descendientes –a que dicen en latín *parte debita iure nature*– consistente en un tercio de los bienes para el caso de que hubiera hasta cuatro hijos o consistente en la mitad de los bienes si concurriesen más de cuatro¹¹². La cuantía de la legítima de los ascendientes quedó fijada en un tercio de los bienes¹¹³.

El sistema justinianeo –romanismo servil, dirá García Goyena¹¹⁴– consagrado en *Partidas* no inspiró, sin embargo, a la tradición castellana, al menos en lo que se refiere a la legítima de los descendientes. Las *Leyes de Toro* volvieron al sistema de quintos para delimitar la cuantía de la legítima y la cuota de libre disposición. En evitación de que, por el juego que daban los dos preceptos del *Fuero Real* antes citados, los padres dispusiesen dos veces del quinto libre, una en vida y otra por testamento, vinieron a establecer que los padres, tanto en vida como a su muerte, no dispusiesen libremente de más de un quinto de la herencia¹¹⁵. Fueron las *Leyes de Toro* también las que instauraron la posibilidad de mejorar no sólo con el tercio ervigiano sino también con el quinto de libre disposición¹¹⁶. Y fueron las *Leyes de Toro*, en fin, las que, al permitir que los des-

¹⁰⁸ LV 4.2.20

¹⁰⁹ FR 3.5.9

¹¹⁰ FR 3.12.7

¹¹¹ LEstilo 214.

¹¹² P. 6.1.17.

¹¹³ P. 6.13.8

¹¹⁴ GARCÍA GOYENA, *Concordancias* II, Apéndice n. 8, p. 340.

¹¹⁵ LToro 28.

¹¹⁶ LToro 19, 20, 21, 22, 24, 26 y 26. ALFONSO OTERO, «La mejora del nieto» en *AHDE* 31 (1961) pp. 389-400 y ALFONSO OTERO, «La mejora», en *AHDE* 33 (1963) pp. 5-131.

cendientes pudiesen disponer tanto en vida como por testamento de un tercio de los bienes, fijaron la legítima de los ascendientes en las dos terceras partes, en una norma pensada tanto para la sucesión *ex testamento* como *abintestato* y que consagra, además, un principio de reversión troncal del que más tarde nos ocuparemos¹¹⁷.

Así estaban las cosas al momento de plantearse la necesidad de un Código. Basta leer la extensa argumentación relativa a los criterios tenidos en cuenta a la hora de determinar la porción legítima y la de libre disposición en la exposición de motivos del Proyecto de 1836 para darse cuenta de la importancia que el asunto revestía:

«(...) Sin detenerse más en estos puntos que son de mera formalidad, pasa la Comisión a otras cuestiones de mayor importancia. Una de ellas es si convendría dar al padre la facultad de testar como mejor le pareciere, sin obligarle a dejar a cada uno de sus hijos la porción que llamamos legítima (...)

(...) La Comisión es del dictamen que el señalamiento de una legítima se funda en razones de justicia y de conveniencia.

En virtud de los estrechos y sagrados vínculos que unen a los padres con los hijos, tienen aquéllos impuesta por la naturaleza misma la obligación de asegurar la subsistencia de las personas a quienes dieron el ser; y la ley protectora de los débiles debe evitar las funestas consecuencias de un padre desnaturalizado por una pasión bastarda, o alucinado por otra causa pudiera disponer de todos o la mayor parte de sus bienes a favor de una persona extraña reduciendo a su hijo a una condición deplorable. Reflexiónese que cuando el padre haciendo testamento ejerce una magistratura doméstica, ésta no tiene los frenos de la publicidad y de la responsabilidad como la magistratura civil; y si bien es cierto que afortunadamente son más los padres buenos que los malos, también hay algunos de estos bien descastados y capaces de anteponer a sus propios hijos una favorita que los haya alagado y seducido.

No era tan fácil resolver otra duda que ocurrió acerca de la distribución de la parte de la herencia que la ley señala como legítima cuando hubiere más de un hijo. ¿Deberá repartirse igualmente entre todos, o convendrá dar al padre la facultad de señalar a unos más y a otros menos? Desde luego parece esto último lo más acertado: ¿Quién conoce mejor que el padre el mérito respectivo de los hijos? ¿Quién podrá calcular con datos más positivos las verdaderas necesidades de ellos? Además, sabiendo los mismos que el padre tiene esta facultad discrecional serán más obedientes, se estimularán para proceder bien y granjearse la voluntad del padre, de donde resultará la subordinación y el bienestar de las familias. Sin embargo, no faltarán razones en apoyo de la opinión contraria.

¹¹⁷ *LToro 6*: «Los ascendientes legitimos, por su orden e linea derecha, sucedan ex testamento e ab intestato a sus descendientes y les sean legitimos herederos, como lo son los descendientes a ellos, en todos sus bienes, de qualquier calidad que sean, en caso que los dichos descendientes no tengan fijos o descendientes legitimos o que hayan derecho de los heredar; pero bien permitimos que, no embargante que tengan los dichos ascendientes, que en la tercia parte de sus bienes puedan disponer los dichos descendientes en su vida o fazer qualquier ultima voluntad por su alma o en otra cosa qual quisieren, lo qual mandamos que se guarde, salvo en las ciudades e villas e logares do, segun el fuero de la tierra, se acostunbran tomar los bienes al tronco o la rayz ala rayz.»

Los padres también se encaprichan, tienen sus predilecciones no siempre fundadas, en especial las madres, en quienes es muy frecuente preferir al hijo más adulator aunque no sea el más digno. Por otra parte, los hijos han nacido con derechos iguales respecto de sus padres; la ley presume que el amor de éstos es igual para todos aquellos: luego debe serlo también la distribución de los bienes paternos. En esta incertidumbre y perplejidad de argumentos, la Comisión ha creído conveniente adoptar en esta parte la ley antigua de Castilla que estableciendo la igualdad entre los hijos, da sin embargo al padre la facultad de mejorar a cualquiera de ellos en el tercio de la porción legítima que corresponde a todos. Así podrá premiar al que mejor se haya portado con él, o al que lo merezca por otros méritos, sirviendo este premio de estímulo para que los hermanos rivalicen entre sí y procuren aventajarse. Hay otra razón poderosa de economía pública, y es que por este medio puede evitarse la demasiada subdivisión de los bienes raíces, señalando la mejora en éstos para que continúen unidos en una misma mano; por cuanto es indudable que demasiada subdivisión de la propiedad perjudica a la agricultura acaso tanto como la excesiva acumulación. Para obviar este inconveniente las leyes de Inglaterra disponen que las tierras pasen al hijo mayor con exclusión de los otros, excepto en el condado de Kent, donde se reparten con igualdad entre ellos, y en algunos otros distritos particulares, donde por costumbre pasa la propiedad territorial al hijo menor. En Cataluña también es muy favorecido en las sucesiones el hijo mayor; y algunos opinan que el adelantamiento de aquellos países en la agricultura dimana de esta causa principal. Esto no es exacto: puede, sí, haber contribuido esta causa a producir aquel buen resultado; pero no es ella sola ni la principal. Las más poderosas e influyentes para adelantar el cultivo son los capitales, un buen sistema de riego y abonos, facilidad de comunicaciones y exportaciones de frutos, y sobre todo buen sistema de contribuciones. En el reino de Valencia no hay tal ley ni costumbre a favor de los hijos mayores, y su agricultura se halla por lo general en un estado muy floreciente.

El Código francés ha admitido también las legítimas, y no obstante la agricultura ha hecho grandes progresos en aquel reino, como los hará en España cuando para su fomento concurren las circunstancias expresadas anteriormente.

Al paso que se ha puesto a los padres el debido coto con el señalamiento de la legítima, se ha aumentado el haber disponible de aquéllos cuando no haya más que un hijo, en cuya caso se les permite disponer a favor de otros parientes o personas extrañas de la tercera parte de la herencia, y no del quinto como antes. Así ha procurado conciliarse el derecho de propiedad con los deberes de la naturaleza, dejando al padre mayor latitud para que pueda premiar servicios o ejercer actos de beneficencia. Las dos terceras partes restantes formarán la legítima del hijo; pero siendo más de uno sólo podrá disponer del quinto a favor de extraños, porque no sería justo beneficiar a éstos con perjuicio de los descendientes legítimos, quienes si fuesen dos percibirían tanto como el extraño, si a éste pudiese dejarse la tercera parte, y menos que el mismo pasando de aquel número: lo cual sería contrario a equidad y al orden natural en la graduación de los afectos que es la base principal de las sucesiones.

También examinó detenidamente la Comisión otro punto importante, a saber, si debería darse una porción legítima a los descendientes y colaterales. En cuanto a los primeros, no dudó que los hijos tenían una obligación natural de asegurar una subsistencia decorosa a aquellas personas de quienes habían

recibido el ser y el beneficio de la educación; pero debiendo suponerse que las mismas tienen ya un establecimiento independiente y menos años de vida que los hijos, pareció justo señalarles una cuota menor que a éstos. Por lo que hace a los hermanos, no tuvieron legítima por nuestras leyes, ni hay razón para que se les dé; lo primero porque cada uno de ellos recibe de los padres su parte de herencia, lo segundo porque respecto de los hermanos no tienen lugar los vínculos, deberes y obligaciones que median entre ascendientes y descendientes»¹¹⁸.

Estos criterios son los que están en la base de la disciplina, en el Proyecto de 1836, de la legítima, aquí llamada *cuota hereditaria correspondiente, según ley, a ciertas personas*¹¹⁹ y de la mejora¹²⁰.

También en los papeles de García Goyena la cuestión de la legítima y su cuantía son de la suficiente gravedad e importancia como para dedicarles uno de los apéndices en sus *Concordancias*:

«Legítima o reserva á favor de los descendientes legítimos.

¿Conviene hacerla, o más bien dejar á los padres y ascendientes en absoluta libertad para disponer y testar de sus bienes, aun en favor de extraños?

Esta cuestión de tan alto interés social, bajo cualquier aspecto que se la mire, es precisamente la que más divide la legislación Foral de la Castellana.

Sin embargo, nosotros no podemos prescindir de la unidad de Códigos, por ser un artículo constitucional, y punto debatido ya, y resuelto en la Comisión general.

Habremos, pues, de optar entre una ú otra legislación, sin que esta alternativa inevitable escluya algún temperamento ó término medio para suavizar el cambio recíproco de las dos legislaciones, conservando en lo posible el espíritu de ambas, comunicando sus ventajas, y facilitando la continuación de ciertas prácticas, tan antiguas como queridas; lejos de mí el sacrificar en este, ni en otro punto una legislación á otra, ni reconocer supremacía de la Castellana sobre la Foral, ó al contrario; vamos a proponer leyes que han de regir á todos los españoles, y no debemos consultar en su redacción sino lo mejor, ó lo bueno para todos»¹²¹

En el Proyecto de 1851¹²² la legítima de los hijos y descendientes quedó fijada en cuatro quintas partes de los bienes, según la tradición netamente castellana, pero quedando un solo hijo descendiente se fijó en dos tercios, lo que

¹¹⁸ LASSO, *Crónica* 4 II, pp. 128-129.

¹¹⁹ Artículos 2261-2265 *Pro. 1836*.

¹²⁰ Artículos 2317-2319 *Pro. 1836*.

¹²¹ GARCÍA GOYENA, *Concordancias* II, apéndice n. 7, pp. 325-326.

¹²² Las bases de 7 de marzo de 1844 que sirvieron para la redacción de este proyecto establecían lo siguiente en tema de legítimas:

«35. Habrá legítima de descendientes, y sin perjuicio de la que a los hijos corresponda, podrá también el padre mejorar en una porción de ella a los mismos hijos y descendientes y disponer de otra parte de sus bienes en favor de extraños.

36. Habrá legítima de ascendientes.

37. No habrá legítima en línea colateral.

38. Habrá legítima de los cónyuges entre sí sin distinción de que sean ricos y pobres».

recuerda a los tercios justinianos. La de los padres y ascendientes es de dos tercios si son dos o más y la mitad si sólo queda un ascendiente¹²³. Sobre la base de que, sobre todo lo que no sea legítima rigurosa de los hijos o descendientes los padres y ascendientes tienen libertad de disposición, incluso a favor de extraños¹²⁴, la mejora viene ahora caracterizada como doble porción de legítima en favor de hijos y descendientes, la que correspondiese en función del número de hijos existentes¹²⁵.

El sistema legitimario que pasa finalmente al Código es fruto de la combinación de las aportaciones de dos tradiciones jurídicas distintas: una, procedente del mundo visigodo que reconoce una legítima de descendientes de cuatro quintos con la facultad de mejorar en un tercio, pero no admitía la legítima de los ascendientes y otra, la justiniana, que aporta e introduce la legítima de los ascendientes y el sistema de tercios que sustituye al quinto y tercio de tradición visigoda. Fruto de la combinación de los criterios contenidos en los artículos 808, 809 y 823 del Código Civil tenemos así, para los descendientes, que de una herencia dividida en tercios dos terceras partes constituyen la legítima y un tercio la porción de libre disposición, salvo que en una de las dos terceras partes, esto es, en un tercio, el ascendiente decida mejorar a sus hijos o descendientes, mientras que la legítima de los padres o ascendientes queda fijada definitivamente en la mitad de los bienes¹²⁶.

Mientras era doctrina antigua¹²⁷ que sobre la legítima no cabía imponer gravamen, condición, ni sustitución de ningún tipo¹²⁸, la mejora no soporta otros gravámenes que los que se establezcan en favor de los legitimarios. La mejora, además, a diferencia de lo que ocurría desde Toro¹²⁹, debe ser expresa¹³⁰ y a diferencia de lo que venía sucediendo reiteradamente desde el siglo XVI, en el sentido de no admitirse que con ocasión del casamiento de las hijas se prometiese la mejora del tercio quinto¹³¹, el Código viene ahora a admitir la validez de las promesas de mejorar o no mejorar hechas en capitulaciones matrimoniales¹³². Como desde Toro¹³³, puede el mejorado aceptar la mejora y repudiar la herencia¹³⁴ y también proceden de aquel momento¹³⁵ las reglas sobre pago de mejora según ésta haya sido señalada o no en cosa determinada¹³⁶.

¹²³ Artículo 642 *Pro. 1851*.

¹²⁴ Artículo 652 *Pro. 1851*.

¹²⁵ Artículo 654 *Pro. 1851*. *Vid.* además, GARCÍA GOYENA, *Concordancias II*, apéndice n. 8, pp. 340-349.

¹²⁶ Además de lo dispuesto en la base 16 de la Ley de 1888, los antecedentes, en este caso, son los artículos 793, 794 y 808 del *Apro. Libro III*.

¹²⁷ P. 6.4.11.

¹²⁸ Artículo 813 *Cc. Artículo 798 Apro. Libro III. Artículos 644-645 Pro. 1851*.

¹²⁹ *LToro 26*.

¹³⁰ Artículo 825 *Cc. Artículo 810 Apro. Libro III*.

¹³¹ R. 5.2.1 (=NR 10.3.6).

¹³² Artículo 826 *Cc. Artículo 811 Apro. Libro III*.

¹³³ *LToro 21*.

¹³⁴ Artículo 833 *Cc. Artículo 818 Apro. Libro III*.

¹³⁵ *LToro 19 y 20*

¹³⁶ Artículos 829 y 832 *Cc. Artículos 814 y 817 Apro. Libro III*.

La preterición injusta de los descendientes en línea recta daba lugar a la invalidez del testamento¹³⁷, aunque después las Leyes de Toro llegaron a admitir que tal preterición, ruptura o anulación no afectaba a la mejora de tercio y quinto, que debía de valer *como si el dicho testamento no se rompiese*¹³⁸. El Código acepta la validez de las mandas y mejoras en cuanto no sean inoficiosas¹³⁹. La inoficiosidad o exceso de las disposiciones testamentarias que fuesen en detrimento de la legítima da lugar a una reducción de aquéllas en la cuantía en que fuesen excesivas¹⁴⁰, de la misma forma que desde antiguo que el padre no dejase al hijo todo lo que debía corresponderle en concepto de legítima si bien no producía la ruptura del testamento habilitaba al hijo a *agere ad supplementum*¹⁴¹.

La consideración de viudo como heredero forzoso es consecuencia de la base 17 de la Ley de 11 de mayo de 1888. Antes del Código, sus derechos sucesorios¹⁴² lo eran sólo en la sucesión abintestato en los términos en que veremos más adelante. La mencionada base dispuso:

Se establecerá á favor del viudo o viuda el usufructo que algunas de las legislaciones especiales le conceden, pero limitádo a una cuota igual á lo que por su legítima hubiera de percibir cada uno de los hijos, si los hubiere, y determiando los casos en que ha de cesar el usufructo¹⁴³.

Consecuencia de este planteamiento es, como se ha dicho, la consideración como heredero forzoso, después de los hijos y descendientes legítimos y después de los ascendientes, del viudo y de la viuda¹⁴⁴. Y consecuencia de esta consideración son los artículos 834-839¹⁴⁵ en los que los que se asigna al cónyuge viudo una cuota usufructuaria igual a la que por legítima corresponda a

¹³⁷ DE MONTAGUT ESTRAGUÉS, T., «El testamento inoficioso en las partidas y sus fuentes», en *AHDE* 62 (1992) pp. 237-326.

¹³⁸ *LToro* 24.

¹³⁹ Artículo 814 *Cc.* Artículo 799 *Apro. Libro III.*

¹⁴⁰ Artículo 817 *Cc.* Artículo 802 *Apro. Libro III.*

¹⁴¹ *P.* 6.8.5.

¹⁴² Otra cosa ocurría en los derechos civiles de tradición no castellana; *Vid.* Segismundo MORET Y PRENDESGAST-LUIS SILVELA, *La familia foral y la familia castellana. Memoria premiada por la Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación, en el concurso abierto en 29 de junio de 1862*, Madrid, Imprenta de la viuda é hijos de D. José Cuesta, 1863, pp. 180 ss.; ALONSO MARTÍNEZ, *El Código II*, pp. 66-103. Para Cataluña, últimamente Francisco Luis PACHECO CABALLERO, «*Familiam suam, id est patrimonium suum*. El régimen económico de la relación matrimonial en el derecho catalán (Práctica medieval y doctrina moderna)», en *Initium* 15 (2010), esp. pp. 459-472.

¹⁴³ Base 17 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888; igual, en el *Proyecto de ley de Bases de 7 de enero de 1885*, base 16.

¹⁴⁴ Art. 807, 3.º *Cc.*, párrafo que, por las razones indicadas, faltaba en el *Apro. Libro III.*

Pero el en *Pro. 1851* se decía (art. 653) que los padres o ascendientes podían disponer en favor del cónyuge en usufructo de la cuarta parte de la legítima del hijo, si sólo quedaba uno; de un quinto de la legítima, si había dos o más hijos y de la mitad de la herencia en propiedad si sólo deja descendientes.

¹⁴⁵ Artículos 819-825, adoptado por acuerdos de la Comisión en 23 y 24 de noviembre de 1882, *Apro. Libro III.*

cada uno de los hijos o descendientes que no hubiesen sido mejorados, teniendo en cuenta que si no queda más que un hijo el viudo tiene derecho al usufructo sobre el tercio de mejora y teniendo en cuenta que si el testador no ha dejado descendientes y sí ascendientes, corresponde al viudo el usufructo sobre la tercera parte de la herencia, sacado de la mitad libre; si no hay descendientes ni ascendientes, la cuota usufructuaria recae sobre la mitad de la herencia.

También es consecuencia de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 la condición adquirida por los hijos naturales¹⁴⁶ a propósito de la sucesión testada¹⁴⁷ y el régimen de los artículos 840 a 847¹⁴⁸. Con anterioridad, aunque siempre podía destinárseles el quinto de libre disposición, no tenían más derechos que el de alimentos, independientemente de los que les correspondían en la sucesión intestada.

Era principio básico en el derecho anterior a la codificación que la desheredación no tenía lugar sino por una serie de causas tasadas y no por otras, de la misma forma que era principio indiscutible que la desheredación, debía hacerse necesariamente en testamento con expresión inequívoca de la causa por la que se desheredaba¹⁴⁹. De otra forma, la desheredación era nula y provocaba la ruptura del testamento en todo lo que no fuesen legados y mejoras¹⁵⁰. Estos principios pasaron al Código¹⁵¹, aunque las causas de desheredación, tanto para los descendientes como para los ascendientes, evidentemente, ya no podían ser todas las que desde antiguo eran tomadas en consideración ni todas las que, siguiendo la Novela 115, habían quedado recogidas en Partidas¹⁵². Tampoco fue tenida en cuenta como causa de desheredación la de haber contraído matrimonio sin el consentimiento paterno que últimamente había sido disciplinada en 1776¹⁵³.

Desaparecidas las mandas forzosas para casar mujeres huérfanas y pobres¹⁵⁴, la manda obligatoria destinada al socorro de prisioneros, familiares y viudas durante la Guerra de la Independencia¹⁵⁵ o la manda de 48 maravedís de vellón que era obligatorio realizar en los testamentos otorgados en el Vicariato

¹⁴⁶ MARTÍNEZ GIJÓN, J., *En la definición de hijo natural. De las Leyes de Toro al Código Civil de 1889*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1992.

¹⁴⁷ *Ley de Bases de 11 de mayo de 1888*, base 18: (...) Desaparecerá la diferencia que nuestra legislación establece respecto a los hijos naturales entre el padre y la madre, dándoseles igual derecho en la sucesión intestada de uno y otro (...), igual en el *Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885*, base 17.

¹⁴⁸ Artículos 826-832 *Apro. Libro III*.

¹⁴⁹ *LV* 4.5.1; *FR* 3.9.1 y 2; *P.* 6.7.1, 2 y 3.

¹⁵⁰ *LToro* 24.

¹⁵¹ Artículos 848-851 *Cc.*; artículos 843-876; *Apro Libro III*; artículos 675-707 *Pro. 1851*, aunque con diferencias de redacción y disciplina; así, las relativas al orden en que se han de pagar los legados cuando la herencia no alcanza para cubrirlos todos: el proyecto colocaba en primer lugar a los legados de cosa específica (art. 702); artículos 2303-2316 *Pro. 1836*.

¹⁵² *P.* 6.7.4, 5, 6 y 7; *P.* 6.7.11.

¹⁵³ *NR* 10.2.9.

¹⁵⁴ *R.* 5.2.5.

¹⁵⁵ *Reglamento sobre la imposición e inversión de una manda forzosa en los testamentos que se otorguen en todos los Dominios de la Monarquía durante la presente guerra y diez años después, destinada al socorro de nuestros prisioneros, sus familias, viudas, etc (Colección de los Decretos y*

de Madrid, en favor de sus hospitales¹⁵⁶, el extenso tratamiento de los legados¹⁵⁷ vierte a Código, en líneas generales, la antigua disciplina de las *mandas que dexa el testador de cosas señaladas en su testamento*¹⁵⁸, aunque con algunas diferencias relativas a la responsabilidad por el gravamen que el legado implica, que en el derecho histórico se extendía más allá del valor de la cosa legada¹⁵⁹, las relativas a la extinción del legado por enajenación de la cosa legada por el testador, que en el Código se produce por cualquier tipo de enajenación, mientras el derecho histórico excluía algunas formas de enajenación¹⁶⁰ o las relativas a la elección de la cosa en el llamado legado de género, que en el Código corresponde siempre al heredero, mientras en el derecho histórico, en algunos casos, correspondía al legatario¹⁶¹.

Lo mismo ocurre con aquellos que *han de seguir e de cumplir las mandas e las voluntades de los defuntos que dexan en sus testamentos*, esto es, los testamentarios o cabeçaleros¹⁶², ahora también llamados en el Código albaceas¹⁶³, aunque han desaparecido las antiguas prohibiciones por razones de edad y sexo para actuar como testamentario.

V

La disciplina de la sucesión intestada antes del Código era el resultado de la aportación de la tradición visigoda que había pasado al *Fuero Real*, de la aportación justiniana trámite *Partidas* y de las modificaciones operadas por la legislación en época moderna y contemporánea.

Tanto por temática como por «ordenación sistemática», el tratamiento que la sucesión intestada recibe en el *Liber Iudiciorum* está «más cerca de Justiniano que de Eurico»¹⁶⁴. El principio general que vertebró toda la materia es el de que en la sucesión de aquellos que mueren sin haber expresado su última voluntad ni mediante donación, ni mediante testamento, *qui gradu illis proximi fuerint, eorum obtinebunt hereditatem*¹⁶⁵, principio que debe completarse con el atinente a la igualdad en la sucesión entre *feminae* y varones, al considerarse justo que *quos propinquitatis nature consociat, hereditarie successionis ordo non*

Órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811, Imprenta Real, Cádiz, 1811, I, pp. 140 ss.).

¹⁵⁶ Suplemento a NR 10.18.1.

¹⁵⁷ Artículos 858-888 Cc.

¹⁵⁸ P. 6.9. Pro.

¹⁵⁹ P. 6.9.3 y 6. Artículo 675 Pro. 1851.

¹⁶⁰ P. 6.9.17 y 40

¹⁶¹ P. 6.9.23.

¹⁶² P. 6.10

¹⁶³ Artículos 892-911 Cc; artículos 893-914 *Apro Libro III*; artículos 726-741 Pro. 1851; artículos 2234-2356 Pro. 1836

¹⁶⁴ D'ORS, A., *El Código Estudios visigóticos II. El Código de Eurico. Edición, Palingenesia, Índices*, Roma-Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Delegación de Roma, *Cuadernos del Instituto Jurídico Español* 12, 1960, p. 252.

¹⁶⁵ LV Ant. 4.2.4.

*dividat*¹⁶⁶. Establecido el principio de la proximidad de grado –para lo que debe tenerse en cuenta que en el título primero *De gradibus*, del libro cuarto del *Liber*, se reconocen, a tales efectos, y siguiendo a las *Pauli Sententiae*, siete grados, de forma que más allá del séptimo grado *per rerum natura nec nomina inveniri nec vita succedentibus propagari potest*¹⁶⁷–, a la herencia intestada son llamados en primer lugar los descendientes, hijas e hijos, *sorores cum fratribus*, que suceden por iguales partes en los bienes del padre y de la madre, superándose así el estado de cosas procedente de *CE 320*¹⁶⁸. Ervigio aclaró después, mediante una adición a la ley dedicada a la sucesión de los hermanos, que los hermanos que lo son de una madre pero de diverso padre se reparten por igual la herencia de la madre, lo mismo que se reparten por igual la herencia del padre los hermanos que son de un padre pero de diversa madre¹⁶⁹.

Después de los hijos, que *primi sunt*, vienen llamados a la herencia los demás descendientes, nietos, bisnietos y, a falta de éstos, los descendientes, esto es, los abuelos¹⁷⁰. Respecto de éstos, una ley de Recesvinto aclaró que si existen abuelos paternos y maternos, heredasen por igual. También heredarían por igual el abuelo paterno y la abuela materna, y la abuela paterna; en todo caso, que los abuelos hereden al difunto se entiende respecto de las cosas que ganó –que *mortuus conquisisse cognoscitur*–, ya que las cosas procedentes del padre o de los otros abuelos, deben retornar al tronco del que proceden¹⁷¹.

Cuando no existen ni descendientes ni ascendientes –*aut de superiore aut de inferiori genere*–, son llamados a heredar los colaterales –*persone (...) a latere constitute*–, reiterándose el principio de la proximidad¹⁷². Chindasvinto aclararía la forma en que deben heredar los hermanos del difunto: primero los hermanos de doble vínculo, que heredan por igual, y después –*sequantur hereditatem*– los hermanos de un sólo vínculo¹⁷³. Los demás colaterales heredan de acuerdo con los siguientes criterios: los tíos paternos y maternos, *equali iure succedant in heredate defuncti*¹⁷⁴; los sobrinos, hijos de hermano, *equali per capita dividant portionem*¹⁷⁵.

A falta de parientes *usque ad septimum gradum*, marido y mujer heredan el uno al otro¹⁷⁶. Este séptimo grado también opera en la sucesión intestada de los clérigos y monjas que no han hecho testamento: la ausencia de parientes hasta

¹⁶⁶ *LV 2.4.9 y LV Ant. 4.2.10.*

¹⁶⁷ *LV 4.1.7.*

¹⁶⁸ *LV Ant. 4.2.1. Vid. Jesús LALINDE ABADÍA, La sucesión filial en el derecho visigodo, en AHDE 32 (1962), pp. 113-129.*

¹⁶⁹ *LV Erv. 4.2.5; LV Erv. 4.5.4.*

¹⁷⁰ *LV Ant. 4.2.2.*

¹⁷¹ *LV 4.2.6. Vid. Jesús LALINDE ABADÍA, Un enigma jurídico visigodo (C.Eur.328-L. Iud. IV, 2, 6), en AHDE 30 (1960), pp. 631-641.*

¹⁷² *LV Ant. 4.2.3. Ervigio ha introducido una ligera interpolación para aclarar únicamente que estamos ante la herencia defuncti, qui intestatus discesserit (Karl ZEUMER, Leges Visigothorum, Hannoverae et Lipsiae, Impensis Bibliopolii Hahniani, MCMII).*

¹⁷³ *LV 4.2.5.*

¹⁷⁴ *LV Ant. 4.2.7.*

¹⁷⁵ *LV Ant. 4.2.8.*

¹⁷⁶ *LV Ant. 4.2.11.*

el séptimo grado provoca que la herencia vaya a parar a la iglesia a la que sirvieron¹⁷⁷, disciplina que ya se encontraba en Justiniano y pasó al derecho canónico¹⁷⁸.

Aunque en el *Liber Iudiciorum* están contemplados casos de atribución al Fisco, con carácter de pena, de bienes de los particulares, no está prevista, con carácter general, la sucesión del Fisco para el caso de que alguien muera sin parientes, quizá, como fue señalado por Zeumer, por resultar algo evidente¹⁷⁹. Pero si no como principio formulado con carácter general, la ausencia de parientes, en casos especiales, sí determina la presencia del *princeps* o del fisco como beneficiarios de determinados bienes. Ello ocurre en dos ocasiones, también señaladas por Zeumer: una, con ocasión de la prohibición de contraer matrimonio entre los manumitidos por las iglesias y las mujeres libres, al disponerse, en una ley de Wamba del 675, que, en el caso de que se hubiese celebrado la unión que ahora se condena, todas las cosas de la persona ingenua que hubiesen ido a parar al liberto deben pertenecer a los herederos de dicha persona ingenua y, si carece de herederos, *in principis iure deveniant*¹⁸⁰; otra, con ocasión del régimen aplicable a los violadores de sepulturas: éstos están obligados a una composición en favor de los herederos del difunto, pero *si heredes non fuerint, fisco nostro cogatur inferre*¹⁸¹.

Adaptados los principios visigodos en *Fuero Real*¹⁸², la aportación justinianea se produjo en *Partidas* sobre las base de las *Novelas* 118 y 127. Establecidas las cuatro circunstancias que daban lugar a la apertura de la sucesión intestada –muerte sin testamento, testamento inválido, ruptura del testamento por nacimiento posterior de un hijo y no aceptación por parte del heredero instituido¹⁸³, los grados o líneas de parentesco quedaron fijados en tres: descendientes, ascendientes y *los de traviesso*, esto es, los colaterales¹⁸⁴, pero las mayores innovaciones respecto del sistema anterior se producen en torno al grado de los colaterales a partir del cual hereda el cónyuge viudo. Las *Partidas* vinieron a

¹⁷⁷ *LV Ant.* 4.2.12.

¹⁷⁸ *Nov.* 131.13.3 del año 545; *D.* c.12, q.5, c.5,6 y 7; *X* 3.27.1 y 3.

Caso especial lo constituye el del manumitido que muere *inhordinatus*. El *Liber Iudiciorum* establece como regla general que las facultades de disposición por parte del *mancipium* liberado por el patrón son las que queden fijadas en la *scriptura* correspondiente en el momento de la manumisión. A falta de *condicio*, el liberto puede disponer libremente, pero advierte de que en caso de que muera intestado (*inhordinatus*) y sin hijos legítimos, todas sus cosas revierten *ad patronum aut patroni filios* (*LV* 5.7.14. *LV Ant.* 5.7.13, establece la misma solución para el caso de que el manumitido muriese sin hijos legítimos y hubiese recibido, al hilo de la manumisión, algo del patrono).

¹⁷⁹ ZEUMER, K., *Historia de la legislación visigoda* (Traducción del alemán por Carlos Clavería), Universidad de Barcelona, Facultad de Derecho, Barcelona, 1944, p. 298; Francisco TOMÁS Y VALIENTE, «La sucesión de quien muere sin parientes y sin disponer de sus bienes», en *AHDE* 36 (1966), p. 203.

¹⁸⁰ *LV* 4.5.7.

¹⁸¹ *LV Ant.* 11.2.1

¹⁸² *FR* 3.6.1, 7, 13.

¹⁸³ *P.* 6.13.1.

¹⁸⁴ *P.* 6.13.2.

establecer que no habiendo parientes colaterales después del décimo grado herede el cónyuge viudo, en cuyo defecto hereda la cámara del Rey, el fisco¹⁸⁵.

Aclaradas por *Leyes de Toro* la sucesión de los ascendientes, con la excepción relativa a la consagración de la reversión troncal que por fuero pudiese aún tener lugar¹⁸⁶, aclarada también la cuestión de la concurrencia del hermano con los padres o ascendientes del difunto¹⁸⁷, la cuestión de los derechos sucesorios de los hijos bastardos¹⁸⁸ y la relativa a los derechos sucesorios el hijo legitimado por rescripto regio¹⁸⁹, acabó resultando que, al hilo de una disposición de 1786 relativa la recaudación de mostrencos y vacantes, se atribuyó al fisco los bienes de los intestados que muriesen sin parientes dentro del cuarto grado¹⁹⁰. Finalmente, la Ley de 9 de mayo, promulgada en 16 de mayo de 1835 sobre mostrencos y bienes vacantes, en su artículo 2 estableció: «Corresponden al Estado los bienes de los que mueran o hayan muerto intestados, sin dejar personas capaces de sucederles con arreglo a las leyes vigentes. A falta de dichas personas sucederán con preferencia al Estado: 1.º los hijos naturales legalmente reconocidos, y sus descendientes por lo respectivo a la sucesión del padre, y sin perjuicio del derecho preferente que tienen los mismos para suceder a la madre; 2.º El cónyuge no separado por demanda de divorcio contestada al tiempo del fallecimiento, entendiéndose que a su muerte deberán volver los bienes raíces de abolengo a los colaterales; 3.º Los colaterales desde el quinto hasta el décimo grado inclusive, computados civilmente al tiempo de abrirse la sucesión».

Teniendo en cuenta los criterios procedentes del juego combinado de las normas anteriores, resultaba entonces que en el orden de los descendientes heredaban en primer lugar todos los descendientes de primer grado, ya fuesen legítimos o legitimados por subsiguiente matrimonio; en segundo lugar, los nie-

¹⁸⁵ P. 6.13.6: «(...) E sobre todo esto dezimos, que si alguno muriesse sin testamento, que non oviessse parientes, de los que suben o descien den por la linea derecha, nin oviessse hermano, nin sobrino, fi jo de hermano, que destos adelante el pariente que fuere fallado que es mas cercano del defuncto fasta en el dezeno grado esse heredara todos sus bienes. E si tal pariente non fuesse fallado, E el muerto avia muger legitima, quando fino heredara ella todos los bienes de su marido, esso mismo dezimos del marido que heredara los bienes de su muger en tal caso como este. E si por aventura el que assi muriesse sin parientes non fuesse casado, estonces heredara todos sus bienes la camara del Rey».

Pero en *Las siete Partidas del Rey don Alfonso el Sabio cotejadas con varios codices antiguos por la Real Academia de la Historia*, III, Madrid, Imprenta Real, 1807, P. 6.13.6 era «*doceno grado*».

Vid. P. 6.13.3, para los descendientes; P. 6.13.4, para los ascendientes; P. 6.13.5, para los colaterales hasta el décimo grado; P. 6.13. 7, para la cuarta marital; P. 6.13.8, para los hijos ilegítimos; P. 6.13.9, para los naturales, y P. 6.13.10 para los hijos nacidos de fornicación, incesto o adulterio.

¹⁸⁶ *LToro* 6.

¹⁸⁷ *LToro* 7 y 8.

¹⁸⁸ *LToro* 9.

¹⁸⁹ *LToro* 12. Vid. Enrique GACTO, *La filiación no legítima en el derecho histórico español*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1969, pp. 175 ss.

¹⁹⁰ *NR* 10. 22.6

tos a falta de su padres y por derecho de representación¹⁹¹, concurriendo con los tíos; en tercer lugar, los demás descendientes si los hubiere, por stirpes; a falta de descendientes mencionados, en cuarto lugar, los hijos naturales y legitimados por disposición regia, a los que seguirán, en quinto lugar, los otros tipos de hijos. En el orden ascendente suceden los ascendientes legítimos, excluyéndose los más próximos a los más remotos y, caso de haberlas, haciendo una línea para cada parte de la herencia. Salvo en los casos previstos por inciso final de la Ley 6 de Toro, no existe troncalidad. El padre natural hereda a falta de descendientes y de madre. En el orden de los colaterales, heredan primero los hermanos y sobrinos de dobe vínculo; después los hermanos y sobrinos sólo de padre o sólo de madre. Dependiendo de si concurren o no, los hermanos heredan por derecho propio y los sobrinos por derecho de representación. A falta de hermanos y sobrinos, heredan los tíos o los hijos de éstos. No habiendo parientes dentro del cuato grado ni hijos naturales, sucede el cónyuge y finalmente, el Estado.

Esta era la situación justo un año antes de que el Proyecto de Código Civil 1836, en su exposición de motivos, anunciase las reformas que esta materia necesitaba:

«En el orden de sucesión intestada establecido por nuestro Derecho se consultó menos a las leyes de la naturaleza que la utilidad del fisco, señaladamente por las de la Recopilación, que según lo dicho anteriormente limitaron el derecho de suceder los parientes transversales al cuarto grado, derogando la ley de Partida que lo extendió hasta el décimo, y cuya disposición se establece en este proyecto.

Tampoco se atendió por aquellas leyes en el modo debido al derecho que da la naturaleza al afecto personal de los hijos naturales, a los legitimados por Real gracia, a los adoptivos y al cónyuge sobreviviente.

La ley debe ponerse en lugar del testador para distribuir los bienes de éste según es verosímil que lo hiciera él mismo si pudiese, siguiendo cierto orden de predilección, que si individualmente puede variar según el carácter de cada uno y sus circunstancias particulares, no así cuando la ley lo hace por regla general que abraza igualmente a todos los individuos del Estado. Así pues, en concepto de la Comisión deben ser llamados a la sucesión intestada todos los comprendibles en la siguiente escala de graduación por el orden que se establece en la misma, a saber:

- 1.º Descendientes legítimos del difunto, o legitimados por el siguiente matrimonio.
- 2.º Descendientes legitimados por Real gracia.
- 3.º Padres legítimos, o de los hubiesen sido legitimados por Real gracia.
- 4.º Abuelos o demás descendientes legítimos o legitimados.
- 5.º El cónyuge simultáneamente y por partes iguales con los hermanos legítimos de padre y madre. Los legitimados por Real gracia se sucederán recíprocamente, y lo mismo se entenderá respecto de los que hubieran sido reconocidos o declarados por su padre.

¹⁹¹ FR 3.6.13; P. 6.13.5.

- 6.º Hermanos legítimos de una sola línea.
- 7.º Hijos adoptivos, a los cuales sucederán por el mismo orden sus padres.
- 8.º Hijos o padres naturales reconocidos.
- 9.º Colaterales entre sí hasta el décimo grado inclusive.
10. Hijos naturales simplemente declarados, y a éstos sucederán sus padres conforme al orden prescrito en este artículo.
11. El fisco.

La Comisión, al paso que se lisonjea de haber procedido con equidad en llamar a la sucesión intestada a todas las personas comprendidas en la escala anterior, no está igualmente convencida de su acierto en cuanto al orden de preferencia que ha dado a las mismas. Esto no se halla sujeto a una exactitud matemática y depende en gran parte del grado de estimación que cada una da a ciertos sujetos respecto de los otros. Quien opinará que el cónyuge debiera ocupar un lugar más aventajado, quien que otro inferior, según el diverso influjo de sus respectivos sentimientos. Este querrá favorecer todavía más a los hijos naturales no reconocidos, aquel excluirlos de la sucesión, etc. La Comisión, desnuda de afectos y miras personales, tratando siempre de conciliar la moral pública con los afectos naturales, ha procurado seguir un rumbo apartado de opiniones extremadas o exagerados afectos.

No ha querido adoptar el sistema de concurrencia entre personas de diferente graduación haciendo a todos partícipes en el haber disponibles, por evitar de este modo la excesiva subdivisión de los bienes hereditarios, perjudicial bajo el aspecto económico y fomentadora de pleitos. Este sistema establecido en el Código francés complica las sucesiones, y acaso sería mirado en España como una innovación destituida de fundamento y por descontento como ajena de nuestras costumbres. Solo se han puesto en concurrencia el cónyuge y el hermano del difunto para suceder por iguales partes, porque la Comisión, dudando entre el cónyuge y el hermano a cuál de los dos daría la preferencia, y siendo tan poderosas las razones a favor del uno como del otro, creyó conveniente igualarlos.»¹⁹²

Estos criterios dieron lugar a los artículos 2208 a 2223, señaladamente al artículo 2211, que reproduce el orden de suceder en las herencias abintestato propuesto en la exposición de motivos. El Proyecto de 1851 destinaba los artículos 761 a 763 a la línea recta descendiente, que terminaba con el derecho de representación de los nietos y demás descendientes; los artículos 764 a 766, a la línea recta ascendente, en la que, de acuerdo con un criterio procedente del artículo 744, no se atiende al tronco de donde los bienes proceden, por lo que los ascendientes a falta de padre y madre heredan por partes iguales aunque sean de distintas líneas; y los artículos 767 a 772, a la línea colateral, con la advertencia de que el derecho a heredar abintestato no se extiende más allá del décimo grado, aunque la sucesión de los parientes fuera del cuarto grado está sujeta a la existencia de derechos sucesorios del viudo –artículo 773– y de los hijos naturales reconocidos –artículos 774 a 782¹⁹³.

¹⁹² LASSO, *Crónica* 4 II, pp. 126-127.

¹⁹³ Vid. GARCÍA GOYENA, *Concordancias* II, apéndices 10 y 11, pp. 349-375.

Y algunas modificaciones sufre, en fin, esta disciplina al ser regulada definitivamente por el Código de 1889: tras la línea recta descendente (arts. 930-934), y tras la línea ascendente (arts. 935-938) se introduce un nuevo orden de sucesión abintestato correspondiente a los hijos naturales reconocidos y legitimados por concesión Real (arts. 939-945); le siguen los colaterales, pero con la novedad del derecho del cónyuge viudo a suceder en toda la herencia a falta de hermanos y sobrinos e hijos de éstos o a suceder en concurrencia con éstos con la cuota usufructuaria de la mitad de la herencia. Después del cónyuge viudo heredan los demás parientes colaterales, pero ni se adopta el límite del séptimo grado de tradición visigoda, ni el límite del décimo de *Partidas*, ni el cuarto del que se hablaba en el siglo XVIII. El derecho de los parientes colaterales no se extiende ahora más allá del sexto grado (arts. 946-955), después del cual se verifica la sucesión del Estado, que habrá de destinar los bienes a los establecimientos de beneficencia e instrucción gratuita (art. 956).

VI

El tratamiento de las sucesiones se cierra en el Código con unas disposiciones comunes a las herencias por testamento o sin él, respecto de las cuales la Base 18 Ley de 11 de mayo de 1888 ya anunciaba que la tarea codificatoria no habría de suponer una transformación sustancial del estado de cosas anterior:

«Respecto de las reservas, el derecho de acrecer, la aceptación y repudiación de la herencia, el beneficio de inventario, la colación y partición y el pago de las deudas hereditarias, *se desenvolverán con la mayor precisión posible las doctrinas de la legislación vigente, explicadas y completadas por la jurisprudencia.*»¹⁹⁴

Además de completarse las precauciones que deben tomarse cuando la viuda queda en cinta,¹⁹⁵ de las que había comenzado a ocuparse el Proyecto de 1851¹⁹⁶. El Código introduce dos tipos de reservas o, dicho de otra forma, se ocupa de dos tipos de bienes reservables. El primer grupo de bienes es el contemplado en el enrevesadísimo artículo 811, instaurador de un principio de reversión troncal y por el que «el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley en favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan á la línea de donde los bienes proceden». Descartado de forma insistente el principio de troncalidad en el Proyecto de 1851¹⁹⁷, el artículo 811, en su

¹⁹⁴ Cursiva nuestra. Igual, en base de 17 del *Proyecto de Ley de Bases de 7 de enero de 1885*.

¹⁹⁵ Artículos 959-967 del *Cc*.

¹⁹⁶ Artículos 786-799 *Pro. 1851*.

¹⁹⁷ *Bases de 7 de marzo de 1884*. 42: «No se admitirá en la sucesión intestada de ascendientes ni colaterales el principio de troncalidad»; 43: «Los cónyuges sucederán entre sí en concurrencia con los hijos y con los padres en la proporción que determine el Código». Estas bases han dado lugar a los artículos 744: «En las herencias no se atiende al tronco o línea de que proceden los

redacción actual, procede de los trabajos de 1882 y más exactamente del artículo 796 del *Anteproyecto de Libro III*, referido claramente a los bienes heredados abintestato por el ascendiente. La troncalidad histórica castellana, tal como quedó delineada en el derecho visigodo¹⁹⁸, tal como pasó al Fuero Real¹⁹⁹ y tal como venía contemplada en la mayoría de los derechos municipales, incluso a veces fuera del ámbito estrictamente sucesorio, sufrió primero un retroceso en el sistema establecido por Partidas²⁰⁰ y un golpe mortal a través de la Ley sexta de las de Toro, al establecer que el que los ascendientes legítimos hereden por su orden y línea y recta los bienes de sus descendientes premuertos, fuesen de la calidad que fuesen, aunque éstos hayan podido disponer en vida o por testamento de un tercio de sus bienes, sólo conoce la excepción derivada de que en algunos lugares fuese costumbre que los bienes volviesen al tronco del que procedían²⁰¹. En materia sucesoria, pues, el principio troncal devino una excepción, con todos los problemas añadidos derivados de la prueba de unos fueros que habían sido reducidos a costumbre. En su redacción actual, el artículo 811, además, parece haber sido la consecuencia, si hacemos caso de Alonso Martínez, de una concesión a los derechos forales, en una historia que ha sido recientemente contada²⁰².

El segundo tipo de bienes reservables es el de los bienes a que se refieren los artículos 968 a 980 del Código²⁰³, esto es el de los bienes que el bñubo está obligado a reservar para los hijos del primer matrimonio. Este conjunto de artículos hace cierto el mandato de la base 18 hace unas líneas transcrita, porque efectivamente vienen a recoger de una manera bastante fiel el planteamiento de un intenso desarrollo jurisprudencial sobre los textos históricos, fundamental *Partidas* y señaladamente la 15 de las de Toro, que hizo extensiva al viudo la obligación de reservar que desde antiguo pesaba sobre las viudas. Esta historia también ha sido ya contada, aunque hace ya bastante más tiempo²⁰⁴.

El derecho de acrecer, esto es la posibilidad de que quien es llamado a la herencia junto a otro suceda en la porción que haya quedado vacante porque uno de los llamados a la herencia renuncie a ella, muera antes que el testador o no haya obtenido su parte por cualquier otra causa, tenía su fundamento en la incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada. Dado que esta incompatibilidad no pasó, como hemos visto, al Código, el derecho de acrecer, tal como

bienes del difunto, ni a la distinta naturaleza de éstos»; 766: «A falta de padre y madre del difunto, le herederán los demás ascendientes más próximos en grado y en partes iguales, aunque sean de distintas líneas» y 769: «En el caso de no quedar sino medio hermanos, unos por parte de padre y otros de la madre, herederán todos en partes iguales sin ninguna distinción de bienes, según lo dispuesto en el artículo 744».

¹⁹⁸ LV 4.2.6

¹⁹⁹ FR 3.6.10

²⁰⁰ P. 6.13.4

²⁰¹ LToro 6, *Vid.* su texto *supra* n. 117.

²⁰² PACHECO CABALLERO, F. L., «Troncalidad: De la Ley 6 de Toro al artículo 811 del Código Civil (pasando por los derechos forales)», en *Initium* 11 (2006), pp. 386-428.

²⁰³ Artículo 977-989 *Apro. Libro III*; artículos 800-814 *Pro. 1851*.

²⁰⁴ PACHECO CABALLERO, F. L., «La reserva binupcial en el derecho histórico español: antecedentes y consecuentes de la Ley 15 de Toro», en *AHDE* 67 (1987) pp. 407-463.

queda recogido en los artículos 981 a 987²⁰⁵, no es más que derivación de la voluntad presunta del testador, siguiendo lo que en relación a los legados había ya establecido la legislación alfonsina²⁰⁶.

Aunque muchos de los principios justinianos en torno a la aceptación y repudiación de la herencia²⁰⁷ tienen reflejo en el Código, la disciplina codificada ha prescindido de la radical diferencia entre herederos suyos, herederos necesarios y herederos extraños que, por razones obvias, estaba contenida en *Partidas*²⁰⁸. Así, por ejemplo se observa en el artículo 1006, al establecer que por muerte del heredero sin aceptar o repudiar la herencia pasan a los suyos el mismo derecho que él tenía, que prescinde de las diferencias entre heredero suyo, extraño y forzoso en torno al momento en que debían adir la herencia²⁰⁹. No ha pasado al Código el beneficio de la *restitutio in integrum* en favor de los menores de edad en esta materia, al establecerse que la aceptación y repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables²¹⁰. Por lo demás, como en el derecho anterior a la codificación, la aceptación o repudiación de la herencia no pueden hacerse en parte, a plazos o condicionalmente²¹¹.

La aceptación de la herencia puede hacerse a beneficio de inventario, esto es, hasta donde alcancen los bienes, y tras la deliberación correspondiente durante los plazos que se establezcan. Ambas posibilidades estaban contempladas en el derecho histórico²¹², de donde proceden fundamentalmente las reglas de los artículos 1010 a 1034, a excepción de algunas introducidas en los trabajos de 1882²¹³.

La obligación por parte de los descendientes de traer a la masa hereditaria determinado tipo de bienes que en vida recibieron de sus descendientes²¹⁴ para realizar el cálculo de la legítima también pasó al Código²¹⁵, que viene así a distanciarse radicalmente de otros derechos como el aragonés en donde se dice abiertamente que no ha lugar la colación de bienes no sólo porque la legítima es mínima, sino porque tampoco milita la razón última de la colación, al haberse desarrollado sistema de sucesión contractual tendente a un reparto radicalmente desigual de la herencia²¹⁶. Esta colación de bienes tiene lugar siempre que el donante de aquellos bienes no hubiese dispuesto en su momento lo contrario, se repudie la herencia o la donación haya sido inoficiosa.

²⁰⁵ Artículos 990-997 *Apro. Libro III*; artículos 815-819 *Pro. 1851*, aunque con otra redacción.

²⁰⁶ P. 6.9.33.

²⁰⁷ Artículos 988-1009 *Cc.*; artículos 998-1021 *APro. Libro III*, aunque algunos artículos tienen otra redacción; artículos 820-840 *Pro. 1851*.

²⁰⁸ P. 6.3.21.

²⁰⁹ P. 6.3.2.

²¹⁰ Artículo 997 *Cc.*

²¹¹ Artículo 990 *Cc.*

²¹² P. 6.6.5 y 6.6.1.

²¹³ Artículos 1022-1051 *Apro. Libro III*; Artículos 841-877 *Pro. 1851*.

²¹⁴ *FR* 3.6.14; P. 6.15.3, 4 y 5, después completada por la Ley 29 de las de Toro.

²¹⁵ Artículos 1035-1050 *Cc.*; artículos 1052-1067 *Apro. Libro III*; artículos 878-892 *Pro. 1851*, aunque éste incluye entre los colacionables los gastos efectuados por los padres en los estudios de carrera, armas o diplomacia de los hijos (art. 886) que dejaron en el Código vigente de ser bienes colacionables.

²¹⁶ PACHECO CABALLERO, F. L., *Para después de los días*, pp. 143 y 186.

Y, en fin, como ningún heredero está obligado a permanecer en la indivisión de la herencia, puede, en cualquier momento, pedir la partición de la herencia, salvo que hubiese sido prohibida por el testador o salvo que el propio testador, inter vivos o en sus últimas voluntades, ya la hubiese hecho. Ambas posibilidades²¹⁷, petición de la partición por parte del heredero o que el testador ya la hubiese señalado, estaban también contempladas por el derecho anterior a la Codificación²¹⁸. La posibilidad de que fuese el propio testador quien determinase la forma en que había de partirse la herencia, siempre y cuando no se perjudique la legítima de los herederos forzosos, ha sido acompañana en el Código²¹⁹ por una solución que ya estaba adoptada por el derecho catalán desde 1585: que la legítima pudiese ser pagada en metálico para aquellos casos en que el padre quisiese, en interés de su familia, conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o textil. La misma preocupación, por tanto, que la expresada en la famosa constitución *Zelant la conservatio de las Casas principals*²²⁰.

Barcelona, 1 de marzo de 2012

FRANCISCO LUIS PACHECO CABALLERO

²¹⁷ Artículos 1052 y 1056, párrafo 1.º; artículos 1068-1084 *Apro. Libro III*; artículos 893-916 *Pro. 1851*.

²¹⁸ *P.* 6.15.1, 6.1.7 y *LToro* 19.

²¹⁹ Artículo 1056, párrafo 2.º.

²²⁰ 3.ª *CYADC* I, 6.5.2.



Derechos forales y codificación civil en España (1808-1880)

I. LA «INVENCIÓN» DE LOS «DERECHOS FORALES»

En la voz «Derecho Foral» de la Enciclopedia Jurídica Española, Rafael de Ureña exponía en las primeras décadas del pasado siglo que con estas palabras se quería «significar un régimen de excepción para un determinado territorio, *del general y común* que regula la vida jurídica nacional». Para Ureña el derecho de las «denominadas legislaciones forales» era en realidad «restos petrificados de y en gran parte anacrónicos del organismo jurídico-civil de tales ó cuales regiones españolas» que habían constituido en otro tiempo «Estados autónomos e independientes». Sin embargo, esta manera de concebir los «derechos forales» no era unánimemente aceptada por la doctrina civil de su tiempo. Como el mismo Ureña señalaba, no faltaban entonces civilistas que rechazaban el calificativo «foral» para referirse a estas legislaciones por oposición a un derecho castellano considerado común y general. Para estos últimos, tan foral era el derecho castellano como el aragonés, el catalán o el navarro, debiendo reservarse la denominación «derecho común» para las disposiciones dictadas sobre el conjunto del territorio español. No era ésta, sin embargo, la opinión de nuestro autor. Según Ureña, la expresión «derecho foral» respondía bien a su naturaleza excepcional respecto del régimen general español, identificado con el castellano, tal y como había sido recogido en el Código Civil. En este sentido escribía Ureña que junto a la denominación «Derecho foral» aparecen las de «Derecho español» y «Derecho común», que «representan el principio de la unidad, cuyo régimen de excepción entraña aquella». El derecho castellano no ocupaba así

en el «organismo jurídico nacional» un lugar equiparable al de los denominados «forales». Castilla –afirmaba Ureña– había sido «el alma Mater de nuestra nacionalidad, el crisol en el cual se han fundido en la unidad española todos los particularismos políticos». Castilla encarnaba así el espíritu nacional; podía incluso decir –con palabras de nuestro autor– «la España soy yo». Para demostrar esta aserción Ureña acudía lógicamente a la historia de España, interpretada desde esta particular perspectiva¹.

El tratamiento dado a la voz «Derecho Foral» por Ureña pone de manifiesto, entre otras cosas, la consolidación a comienzos del siglo xx de una expresión para designar la existencia en España de unos ordenamientos jurídicos que se consideran «excepcionales» por oposición a otro de carácter más amplio y general denominado común o general. En realidad, como el propio Ureña no dejaba de subrayar, la creación de esta expresión era relativamente moderna, pues se remontaba a la obra de un jurisconsulto valenciano de mediados del siglo xviii, Gregorio Mayans i Siscar, que la había empleado para referirse al derecho propio o municipal valenciano. Sin embargo, su «consagración oficial» y –cabría añadir– su difusión en el ámbito jurídico vino dada por la creación en las Facultades de Derecho, mediante Decreto de 23 de septiembre de 1857, de una cátedra de «Historia é Instituciones del Derecho civil español común y foral»². Sin embargo, el contexto histórico no era el vivido por Mayans, y los significados alcanzados por la expresión tampoco eran los mismos.

Del artículo de Ureña cabe extraer, además, otras dos enseñanzas valiosas para el tema que nos disponemos a tratar. La primera es que la expresión «Derecho foral» no se presenta aquí en oposición a «Código», sino más bien a «Derecho civil español» o a «Derecho común». A través de la identificación del Código con este derecho español podrán llegar a oponerse, pero esa es otra cuestión sobre la que volveremos más adelante.

La segunda conclusión, que no por obvia conviene dejar de señalar, es que la expresión «derecho foral» y sus correlativos «derecho común o general español» responden a una determinada representación de la historia de España y, unida a ella, a una concreta concepción de la nación. También los críticos a que hacía alusión Ureña partían de una determinada interpretación de la historia de España, donde el protagonista principal había cedido el puesto a un conjunto de territorios situados en un plano de igualdad. Parece claro, pues, que la expresión «derecho foral», al menos para el tiempo que pretendemos estudiar, atesoraba un denso contenido valorativo. Constituía lo que Koselleck define como «concepto». Estos, a diferencia de las palabras, son capaces de estructurar una concreta vivencia colectiva concentrando en sí «la totalidad de un contexto de experiencia y significado sociopolítico». En este sentido, los conceptos no sólo reflejan un determinado contexto histórico, sino que al mismo tiempo son factores de su construcción. Como afirma este autor «un concepto reúne la pluralidad de la experiencia histórica y una suma de relaciones teóricas y prácticas, de

¹ UREÑA, R. de, «Derecho Foral», en *Enciclopedia Jurídica Española*, XI, Barcelona, s.f., pp. 136-140.

² *Idem*, p. 137.

relaciones objetivas en un contexto que, como tal, sólo está dado y se hace experimentable por el concepto»³.

Desde esta perspectiva, el estudio de las relaciones entre los derechos forales y la codificación civil debe asumir como punto de partida y, en nuestro caso también de llegada, la clarificación de la experiencia histórica que hizo posible a lo largo del siglo XIX la conversión de unos derechos seculares de algunos territorios, como Navarra, Aragón o Cataluña, en «derechos forales». Precisamente en este paso radica la «historia» que pretendemos narrar. El Código o, mejor dicho, los diferentes intentos de unificación del derecho civil español a través de la formación de un Código, actuarán como contrapunto en esta particular historia. Se trata de un relato con varios personajes, cuyas identidades se fueron definiendo a lo largo de este tiempo en su relación con los demás, en un contexto político y cultural cambiante. En este sentido, resulta obligado reconocer que la historiografía ha realizado importantes progresos en esta dirección en las últimas décadas. La imagen ortodoxamente liberal del siglo XIX español, dominante durante gran parte del siglo XX, está siendo sustituida por otra menos condicionada por planteamientos apriorísticos y más atenta a la lectura contextualizada de las fuentes. Cada vez parece más claro que la construcción del Estado liberal en España fue un proceso lento y original, cuya comprensión exige superar la aproximación tradicional que adoptaba el modelo francés como paradigma interpretativo y, por tanto, también valorativo⁴.

Algo similar cabría decir de la historia de la codificación, como algunos trabajos más o menos recientes han puesto de manifiesto⁵. Esto no implica, lógicamente, prescindir del análisis de la recepción en nuestro país de doctrinas jurídicas o experiencias históricas procedentes de los países de nuestro entorno, particularmente Francia. Exige más bien abordar el estudio del derecho en la España del siglo XIX desde su propio contexto histórico y cultural. La empresa no es sencilla, pero ha dado ya evidentes resultados⁶.

Una vez clarificados los presupuestos teóricos que enmarcan este trabajo, debemos ahora rebajar las expectativas, pues ni el tiempo ni el espacio del que disponemos hacen posible abordar de manera general el tema propuesto en el

³ KOSELLECK, R., *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*, Barcelona, 1993, p. 117.

⁴ Cabe citar, a título de ejemplo, para el ámbito de la justicia, MARTA LORENTE (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes*, Madrid, 2007; MARÍA JULIA SOLLA SASTRE, *La discreta práctica de la disciplina. La construcción de las categorías de la responsabilidad judicial en España, 1834-1870*, Madrid, 2011; sobre la dificultad de consolidar un concepto formal de ley, MARTA LORENTE, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1808-1889)*, Madrid, 2001; o, sobre la propiedad, MARGARITA SERNA VALLEJO, «Apuntes para la revisión del concepto de propiedad liberal en España doscientos años después de Cádiz», en *Anuario de Historia del Derecho Español* (en adelante, *AHDE*), LXXXI, 2011, pp. 469-491.

⁵ PETIT, C., «El Código inexistente (I). Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», en *Anuario de Derecho Civil*, 48-IV, 1995, pp. 1429-1465; ANA BARRERO y ADELA MORA, «Algunas reflexiones en torno a la codificación civil («Mucho ruido y pocas nueces»)», en *AHDE*, LXVII, 1997, pp. 243-259.

⁶ *Vid.*, por ejemplo, EMILIA IÑESTA PASTOR, *El Código penal español de 1848*, Valencia, 2011.

título. Las fuentes existentes así como la bibliografía resultan prácticamente inabarcables para un solo investigador. Además, la inclusión de este trabajo en un volumen colectivo en el que se incluyen trabajos que tratan monográficamente sobre cada uno de los denominados «derechos forales» en su relación directa con la elaboración del Código civil de 1888-1889 aconsejan limitar el marco temporal al período anterior, esto es, al comprendido entre la Constitución de Cádiz de 1812 y el Decreto de 1880 que abriría la fase definitiva de la codificación civil en España.

Al mismo tiempo, y con la confianza de poder retomar en otro momento este estudio con una mayor extensión y profundidad, centraremos la atención sólo en tres momentos particularmente relevantes para nuestro tema: el primero de ellos es la elaboración de la Constitución de 1812 con la inclusión en su artículo 258 del mandato de elaboración de unos mismos códigos para toda la monarquía; el segundo momento son los años transcurridos entre el convenio de Vergara y la publicación del proyecto de Código Civil de 1851, con las reacciones que produjo en la doctrina y en las instituciones; el tercero se centra en la celebración de dos importantes congresos de juristas: uno de carácter nacional en 1863, y otro limitado a Aragón en el año que cierra el marco temporal de nuestro trabajo (1880). Nuestro objetivo es tratar de reconstruir, aunque sea de manera somera y a la espera de trabajos más detenidos, los hitos fundamentales de este proceso histórico de «invención» de los «derechos forales» desde el punto de vista de su relación con el «Código civil».

II. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y EL MANDATO CODIFICADOR

Desde el siglo XIX, constituye un lugar común referirse a los Decretos de Nueva Planta como el punto de inicio de un proceso de uniformización de la monarquía española que no concluiría hasta el último tercio del siglo XIX, con el decreto de abolición en 1876 de los fueros de las provincias vascas. Despojado de su componente teleológico, esta lectura resulta en términos generales aceptable. El problema se plantea cuando más inconsciente que conscientemente esta interpretación lleva a ignorar la naturaleza todavía compuesta y plural de la monarquía y, sobre todo, de su derecho en el momento en que la Junta Central Suprema decretaba la convocatoria a Cortes con la denominada consulta al país de 22 de mayo de 1809.

Entre los asuntos que la Junta debía investigar y consultar figuraba –como es sabido– los «medios de mejorar nuestra legislación, desterrando los abusos introducidos y facilitando su perfección»⁷. En las respuestas dadas a la consulta por corporaciones y particulares se aprecia no sólo el convencimiento existente entre los juristas y las élites del siglo XVIII acerca de la necesidad de llevar a

⁷ Decreto sobre restablecimiento y convocatoria de Cortes expedido por la Junta Suprema gubernativa del Reino, 22 de mayo de 1809, en Manuel FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho Parlamentario Español*, II, Madrid, 1885, pp. 559-561.

cabo una reforma profunda de la legislación, que la simplificara e hiciera posible una recta ordenación de la justicia⁸. Se percibe además la conciencia de esta pluralidad jurídica característica de la monarquía que la reforma debía afrontar⁹. Lo uno no se entendía en muchos casos sin lo otro, aun cuando tampoco se planteara en la mayor parte de los casos la reforma en términos de supervivencia del derecho castellano frente a los demás. En algunos casos se proponía la formación de un único Código para todo el territorio español que redujera a pocas leyes el derecho existente y terminase con la multiplicación de derechos por provincias¹⁰. Aunque en ocasiones se hiciese referencia a los códigos castellanos antiguos, no se proponía la extensión del derecho de Castilla al resto de territorios, sino la formación de uno que respetando la tradición fuese único y común a todos los territorios españoles o, al menos, a los peninsulares¹¹.

No faltaban tampoco quienes previeran los problemas que la diversidad de derechos existente planteaba, aun cuando ello no se tradujera en una negativa frontal a la formación de códigos. A partir de aquí las propuestas variaban considerablemente. En unos casos, la mera constatación de esta diversidad de derechos era motivo para proponer una postergación de cualquier tipo de empresa codificadora o unificadora de los diferentes derechos. Es el caso paradigmático de Ramón Lázaro de Dou y Bassols, conocido jurista y canciller de la Universidad de Cervera. Ante la extrema dificultad de elaborar un código claro y simplificado, que reconocía «utilísima», el jurista catalán proponía mantener la legislación existente mejorándola en algunos puntos¹². En la misma línea se

⁸ Utilizo la antología de respuestas recogidas por Miguel ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, II, Madrid, 1976.

⁹ ANDRÉS BENITO, F., relator del crimen de la chancillería de Granada, se refería en términos bastante trágicos a esta multiplicidad de derechos: «se unieron los diferentes reinos y provincias, pero no se unieron sus leyes. Los vizcaínos, navarros y aragoneses claman por sus leyes. Los castellanos, gallegos y andaluces claman por las suyas y todos con razón. ¿Qué motivo hay para que aquéllos se hayan de regir por las de estos o por el contrario?». *Idem*, p. 484.

¹⁰ La «multitud de Códigos» y fueros municipales que todavía regían en algunas poblaciones imposibilitaba –según el ayuntamiento de Cádiz– «tomar conocimientos exactos de la ciencia legal, y nos parece que el primero y más esencial medio para mejorar nuestra legislación es simplificarla, reduciéndola a un solo código con el menor número posible de estatutos, reglas o leyes, pero generales a toda la nación española en cuantas provincias formen el recinto de la península». *Idem*, p. 287. América ni siquiera entraba aquí en consideración. En opinión del obispo de Urgel había que reducir todos los códigos antiguos existentes a uno solo, «reducir la legislación universal en todos sus ramos y en todos sus objetos y fines particulares de gobierno público, civil y criminal, desmochando, quitando, abrogando, derogando y subrogando lo que conviene, no a reinos y provincias, sino a un reino solo y unido a ellas, no a muchas coronas, sino a una, ni a muchas familias, sino a la de España y acomodarlo en cuerpo y alma al carácter de la nación». *Idem*, p. 222. El arzobispo de Tarragona y el obispo de Calahorra realizaban propuestas en la misma dirección, si bien tomando como referencia Las Partidas. *Idem*, pp. 130 y 144, respectivamente.

¹¹ Para Fray José de Jesús Muñoz, de Córdoba, la legislación española era tan mala que no admitía mejora alguna. Se hacía preciso formar «un nuevo sistema» en el que sin embargo podrían entrar materiales antiguos, pero dándoles una nueva forma y distribución. Este tipo de empresas exigían tiempo y estudio, «especialmente en España, nación heterogénea compuesta de diversas provincias y colonias, de las cuales cada una puede decirse que está sujeta a distinta legislación». *Idem*, p. 431.

¹² *Idem*, p. 420.

pronunciaba la Junta Superior de Cataluña apelando a la situación de guerra en que se vivía. En esas circunstancias sólo cabía prepararse para la deseada reforma mediante la meditación y el examen de las instituciones que las generaciones futuras podrían disfrutar¹³.

En otros casos se proponía la extensión a toda la nación de aquellos fueros y privilegios presentes en Aragón, Navarra, Cataluña y Vizcaya dignos de conservarse¹⁴, o bien se sugería la formación de un código para cada provincia¹⁵. Incluso para algunos, la formación de un código no excluía la posibilidad de mantener algunas leyes especiales para algunos territorios¹⁶. Para otros, la unificación de la legislación no era posible¹⁷, o no era conveniente¹⁸, o no se concebía la reforma de las leyes que se proponía en términos de elaboración de códigos¹⁹.

No pretendemos ofrecer una exposición exhaustiva de las diferentes respuestas que la consulta al país suscitó, sino tan sólo poner de manifiesto la diversidad de pareceres existentes en el tema a partir de un muestreo bastante aleatorio de las soluciones ofrecidas. En cierto sentido, la variedad de respuestas presagiaba la diversidad de actitudes que a lo largo del siglo XIX se defenderían frente a la codificación civil. Al mismo tiempo, resulta posible hablar de la existencia de algunas notas comunes a muchas de las respuestas emitidas. Quizá la más significativa sea la perspectiva histórica o tradicional que informaba la formación de códigos. En la mayor parte de los casos, codificar era sinónimo de ordenar, simplificar, unificar siguiendo un determinado método a partir de cuerpos de leyes existentes. Desde esta perspectiva, la codificación no se entendía contraria a la historia de cada territorio, sino en clara continuidad con ella. Si bien en algunas de las respuestas, la historia referida era fundamentalmente

¹³ *Idem*, p. 337.

¹⁴ Dictamen de Pedro ALCÁNTARA CORRALES, de Málaga, 29 de noviembre de 1809. *Idem*, p. 467.

¹⁵ «Permítase a las provincias gobernarse por el código particular de cada una, revisto primero por el gobierno, disminuido de todo aquello que no pareciese conveniente y aumentado de las leyes que exijan las nuevas circunstancias del día. El garante más seguro de la observancia de las leyes es el amor a ellas y seguramente serán siempre más amadas por cada provincia las que ven nacer en su mismo seno». Dictamen de Fray José RIUS, Balaguer, 4 de agosto de 1809, p. 434.

¹⁶ «Aunque un mismo código de las leyes para todas las provincias, para todas las ciudades y para todas las clases es la cosa más interesante y útil, a veces la desigualdad es en ellas indispensable. (...) La necesidad, aunque sólo respectiva, obliga a promulgar leyes especiales para aquellas cosas que son peculiares de cada provincia». Dictamen de José SOLSONA, Valls, 24 de septiembre de 1809, *Idem*, p. 585. *Vid.* también dictamen de José SALA, Vich, 12 de septiembre de 1809, p. 440.

¹⁷ Para el ayuntamiento de Palma de Mallorca, «todas las leyes no pueden generalizarse a todas las provincias de España», de manera que resultaba «conveniente para Mallorca que subsistan las del derecho común o de los ramos con que siempre se ha gobernado la isla». *Idem*, p. 319.

¹⁸ Esta era la postura del valenciano Francisco Javier BORRULL, quien situaba entre los defectos de la legislación existente el «querer extender sus leyes a todos los pueblos de la Península, y conviniendo los autores del Derecho Público en que unas mismas leyes no pueden acomodarse a todos los reinos, parecía conveniente restituir al de Valencia sus fueros». Dictamen de 1 de agosto de 1809. *Idem*, p. 508

¹⁹ Es el caso, por ejemplo, del cabildo de Tortosa. *Idem*, pp. 273-274.

castellana, siguiendo una tradición particularmente alimentada desde instancias oficiales en el siglo XVIII²⁰, en muchos otros la historia remitía a la pluralidad de leyes existentes en los diferentes territorios, entendiéndose lo español en un sentido amplio, comprensivo de la pluralidad tradicional de la monarquía española²¹. Y, además, estos planteamientos no procedían únicamente de los territorios no castellanos.

En resumen, la reforma de la legislación, que era un sentir prácticamente unánime, no se concebía únicamente en términos de codificación. Además, cuándo ésta se proponía, no se hacía generalmente en términos rupturistas con la historia, aun cuando la influencia del racionalismo ilustrado se hiciera sentir en muchas de las propuestas²². En cualquier caso, lo que todavía no se vislumbraba en el horizonte era la conceptualización de los derechos no castellanos como «forales» en contraposición a un derecho común, español. Menos todavía se entendían aquellos derechos como impermeables a cualquier tipo de modernización o codificación. Sí existía, como hemos visto, la preocupación en algunos por conservar estos derechos ante una posible unificación que los dejara total o parcialmente sin efecto en su territorio.

Cuando la consulta al país se hizo circular, la Asamblea reunida en Bayona había aprobado ya su Constitución, promulgada por el rey José el 7 de julio de 1808. En su artículo 96 disponía que «Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales». A su vez, el artículo 144 establecía que «Los fueros particulares de las provincias de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava se examinarán en las primeras Cortes, para determinar lo que se juzgue más conveniente al interés de las mismas provincias y al de la nación». No es posible, sin embargo, saber el grado de conocimiento de este texto en los territorios no sometidos al emperador. Mayor información se tenía ya a estas alturas del *Code* de 1804²³, aun cuando no hemos encontrado referencias expresas en las respuestas que hemos consultado. Tampoco las circunstancias parecían aconsejarlo.

Con este bagaje de propuestas, los diputados afrontaron en las Cortes constituidas en Cádiz la reforma de la legislación española. Tanto en los debates relativos a la formación de las comisiones que debían afrontar las reformas como a la aprobación del artículo 257 del proyecto²⁴, los diputados catalanes

²⁰ Vid. VALLEJO, J., «De sagrado arcano a constitución esencial. Identificación histórica del derecho patrio», en Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO (ed.), *Los Borbones: dinastía y memoria de nación en la España del siglo XVIII*, Madrid, 2002, pp. 423-484.

²¹ Esta concepción amplia se percibe con claridad en el elaborado dictamen de 24 de septiembre de 1809 de José Solsona, de Valls, quien proponía para la formación de un «código de legislación común e igual en toda España» el nombramiento de tres sujetos por cada provincia que se reuniesen en la Corte y fuesen leyendo «todos los códigos legislativos de España» extrayendo las leyes que se considerasen oportunas. ARTOLA, *Los orígenes*, pp. 593-594.

²² En este sentido, Bartolomé CLAVERO, «La idea de Código en la Ilustración jurídica», en *Historia, Instituciones, Documentos*, 6, 1979, p. 76.

²³ PETIT, C., «España y el *Code Napoléon*», en *Anuario de Derecho Civil*, 61-4, 2008, pp. 1773-1840.

²⁴ Sería finalmente incluido como artículo 258 en la Constitución de 1812: «El código civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las varia-

gozaron de gran protagonismo, mostrando pareceres diversos²⁵. En la instrucción dada por la Junta Provincial de Cataluña a sus diputados se reconocía expresamente la conveniencia de unificar el derecho de las diferentes provincias de la monarquía, aunque se aconsejaba que, en caso de que esto no fuese posible, Cataluña debía recuperar los privilegios que tuvo durante el reinado de los Austrias²⁶. Sin embargo, no todos los diputados catalanes compartían el parecer de la Junta. Ante la propuesta realizada por el diputado catalán Espiga y Gadea en la sesión de 5 de febrero de 1811, favorable a la reforma de los códigos, partiendo de la legislación existente, hasta reducirla a sus primeros principios mediante una redacción precisa y clara, su compatriota Dou y Bassols se opuso apelando a las circunstancias extraordinarias del momento. Para Dou, la formación de un «Código perfecto de legislación», siendo deseable, debía realizarse a partir del estudio de «los Códigos de nuestra legislación» que incluían, lógicamente, los de Cataluña, Aragón o las provincias vascas. Y estas leyes no se podían encontrar en Cádiz en esos momentos.

Las objeciones de Dou fueron replicadas por otro diputado catalán, Felipe Aner. Deseaba también la «uniformidad de legislación en toda España», pero dado que ésta era distinta en cada provincia, se hacía preciso formar una comisión en cada una de ellas que propusiese al Congreso las medidas oportunas. Sólo en el caso de que se propusiese únicamente la reforma de la legislación castellana, juzgaba Aner que podría formarse una única comisión²⁷. El debate en las Cortes, suscitado y protagonizado en buena medida por los diputados catalanes, apuntaba hacia la formación de un Código civil (además de uno mercantil y otro penal) que uniformando el derecho de las diferentes provincias, tuviese en cuenta la variedad de instituciones presentes en ellas.

No es posible saber con certeza si el artículo que finalmente se aprobó en las Cortes meses después, el 21 de noviembre de 1811, respondía exactamente a estos planteamientos uniformistas desde un punto de partida plural, o venía más bien a matizar esta uniformidad abriendo una puerta a la conservación de derechos provinciales distintos del común español. Esto último parece derivar-

ciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». Constitución política de la Monarquía Española. Promulgada en Cádiz á 19 de marzo de 1812. Edición facsimilar de 2001, Editorial Maxtor, Valladolid.

²⁵ Vid. FERNÁNDEZ VILADRIK, J., «Uniformismo jurídico y reacción en Cataluña», en José Antonio ESCUDERO (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz, 200 años*, III, Madrid, 2011, pp. 176-190.

²⁶ «Que aunque desde luego deben reconocerse las ventajas políticas que resultarían de uniformar la Legislación y los derechos de todas las Provincias de la Monarquía para que no quede esta después de la actual crisis hecha un cuerpo de partes heterogéneas; con todo quando no pensase así la pluralidad, o quando insuperables obstáculos se opusiesen á la realización de esta medida saludable, en tal caso debe Cataluña no solo conservar sus privilegios y fueros actuales, sino también recobrar los que disfrutó en el tiempo en que ocupó el Trono Español la augusta casa de Austria». *Exposición de las principales ideas que la Junta Superior del Principado de Cataluña cree conveniente manifestar á los señores Diputados de la Provincia que en representación de la misma pasan al Congreso de las próximas Cortes*, reproducido por Federico RAHOLA y TRÉMOLS, *Los diputados por Cataluña en las Cortes de Cádiz*, Barcelona, 1912, pp. 51-53. La cita en p. 51.

²⁷ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, núm. 132, 5 de febrero de 1811, pp. 500-503.

se de la intervención del diputado Gordo y Barrios para quien la cláusula final del artículo 257, si no se suprimía o aclaraba, dejaba «abierto, no ya un portillo angosto, sino una puerta anchurosa» a aquellos que «guiados del espíritu de provincialismo, lejos de uniformar, pretendan, por el contrario, mantener a todo trance prácticas y costumbres» que, habiendo sido dignas de aprecio en el pasado, conducirían en el presente a «romper el sagrado vínculo que debe unir á todos los españoles». La advertencia del diputado mexicano iba dirigida en primer lugar a frenar cualquier intento de mantener los territorios americanos en condiciones de inferioridad respecto de la península, como colonias. Sin embargo, apuntaba también expresamente a las reclamaciones que «diferentes provincias de la península» podrían realizar para conservar derechos ventajosos para sus naturales.

La respuesta en este caso vino de otro americano, Joaquín Fernández de Leiva. El diputado chileno justificó la cláusula apelando a la posible existencia en algún pueblo de la península o de ultramar de circunstancias particulares que hicieran precisa alguna variación que fuera superflua en otros pueblos²⁸. No se negaba, pues, la unidad pretendida por los códigos. En cualquier caso, el alcance de la variación debía determinarse en el futuro, abriendo una brecha en la igualdad de derechos proclamada por la comisión.

Esta posibilidad se puso de manifiesto meses después. Ante la prevista formación de las comisiones que debían proceder a la formación de los códigos contemplados en el artículo 258, el diputado catalán Juan Balle escribía a la Diputación Provincial de Cataluña solicitando instrucciones. En su carta, de 18 de noviembre de 1812, se hacía eco de la conveniencia de exigir aquellas variaciones que fueran necesarias para la prosperidad de Cataluña. En su correspondencia epistolar, Juan Balle solicitaba además el envío de un ejemplar de las *Constitucions y Altres Drets de Catalunya*. En respuesta de 19 de julio de 1813, la Diputación defendía la conveniencia de que antes de sancionarse el proyecto de legislación se pasase a las Provincias para que informasen. De esta manera, –defendía la Diputación catalana– «se logrará uniformar tal vez con más acierto este código, aunque con aquellas variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes, atendidas las reflexiones» realizadas por las provincias²⁹.

En cierta medida, la conciliación entre uniformidad y variedad había sido anunciada en el Discurso preliminar de la Constitución, distinguiendo para ello entre unos principios generales que debían ser los mismos para toda la monarquía, y la debida atención a circunstancias particulares derivadas de la variedad de climas y territorios. La uniformidad en estos principios generales salvaba así la igualdad de derechos proclamada en la Constitución³⁰.

²⁸ *Idem*, núm. 415, 21 de noviembre de 1811, p. 2306.

²⁹ FERNÁNDEZ VILADRICH, J., *Uniformismo jurídico*, pp. 184-186.

³⁰ «La igualdad de derechos proclamada en la primera parte de la Constitución en favor de todos los naturales originarios de la Monarquía, la uniformidad de principios adoptada por V.M. en toda la extensión del vasto sistema que se ha propuesto, exigen que el código universal de leyes positivas sea uno mismo para toda la Nación: debiendo entenderse que los principios generales sobre que han de estar fundadas las leyes civiles y de comercio no pueden estorbar ciertas modifi-

El regreso de Fernando VII y la restauración del Antiguo Régimen dejó sin efecto la Constitución y sus propuestas de codificación. Retomadas en el trienio liberal, aunque con escasa eficacia en el ámbito civil³¹, serían impulsadas con más fuerza tras la publicación de la Constitución de 1837 y la creación posterior en 1843 de la Comisión de Códigos, dependiente del Gobierno.

III. LA PRIMERA GUERRA CARLISTA Y SU INCIDENCIA EN LA CONCEPCIÓN DE LO FORAL

La guerra civil que siguió al fallecimiento de Fernando VII terminó por enfrentar dos concepciones distintas del orden político y social³². En lo que se refiere a nuestro tema, la apropiación por parte del bando carlista de la defensa de los fueros contribuyó de manera decisiva a dotar a esta palabra de una pesada carga semántica en el contexto político liberal de finales de los años treinta. El término fuero había ido a lo largo del siglo XVIII consolidándose como concepto en torno al cual las élites vascas y navarras articularon un discurso protector de sus libertades y privilegios. Escritores como Egaña (Bernabé Antonio), Fontecha o Larramendi situaron el fuero en un plano constitucional, sirviéndose para ello de los instrumentos que la cultura jurídica entonces imperante ofrecía, como su naturaleza pactada o su radicación en un orden trascendente indisponible para la voluntad del príncipe. Esta dimensión constitucional del «fuero», identificada con las antiguas libertades y predicada de la constitución antigua de la monarquía española aparece incluso reflejada en el Discurso preliminar de la Constitución de 1812³³.

Sin embargo, como ha destacado Coro Rubio, fue la primera guerra carlista el detonante principal que hizo posible una difusión generalizada de la imagen del «fuero» como elemento identitario de las comunidades del norte. La instrumentalización del fuero por ambos bandos, a partir de su lectura liberal o tradicionalista, situó este concepto en el centro del debate sobre la pacificación tan deseada. Acentuó su consolidación como concepto en el sentido apuntado en la introducción³⁴. Esta oportunidad, plasmada en el mismo Convenio de Vergara

caciones que habrán de requerir necesariamente la diferencia de tantos climas como comprende la inmensa extensión del Imperio español, y la prodigiosa variedad de sus territorios y producciones», *Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comisión de Constitución el proyecto de ella*, 24 de diciembre de 1811, en *Constitución de la Monarquía Española*, p. 68.

³¹ Sobre la codificación en el trienio liberal me remito a los ya clásicos trabajos de Mariano PASET, «La primera Codificación liberal en España (1808-1823)», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 488, 1972, pp. 137-157; y «Análisis y concordancia del proyecto de Código Civil de 1821», en *Anuario de Derecho Civil*, 28, 1975, pp. 29-100. Vid. también Juan Francisco LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*, I, Madrid, 1978, pp. 62-96.

³² Vid. CANAL, J., *El carlismo: dos siglos de contrarrevolución en España*, Madrid, 2000.

³³ *Discurso preliminar*, p. 4.

³⁴ Con motivo de la discusión en el Senado de la Ley de 25 de octubre de 1839, el marqués de Montesa preguntó al gobierno por el alcance preciso de la palabra «fueros». El entonces minis-

en virtud del cual Espartero se comprometía a recomendar al gobierno que propusiera la concesión o modificación de los fueros³⁵, fue aprovechada por las autoridades «forales» para lanzar una campaña publicitaria, no solo en los territorios vascos, sino también en Madrid, sobre la bondad de los fueros, como sinónimo de libertad, y su compatibilidad con la unidad de la monarquía y su régimen constitucional.

En el debate que se siguió en las Cortes para la aprobación de lo que sería finalmente la Ley de 25 de octubre de 1839³⁶, los «fueros» se convirtieron en objeto de contraste con otro de los más importantes conceptos del siglo XIX, el de Constitución³⁷. Precisamente el núcleo del debate era la compatibilidad de ambos en un escenario político presidido por el deseo del Gobierno de alcanzar la tan deseada paz en los territorios del norte, flexibilizando todo lo posible el segundo de los términos en tensión. En lo que a nuestro tema interesa, el mandato de unificación de fueros y Códigos, incluido en el artículo 4 de la Constitución de 1837, entonces vigente, planteaba en unos términos más perentorios que nunca, por la dimensión identitaria reconocida a los fueros, el problema de su compatibilidad con el proyecto codificador. Frente a quienes veían en la supresión de los fueros la única solución constitucionalmente viable, Madoz ponía de manifiesto la naturaleza de proyecto que revestía el texto constitucional y, por tanto, la conveniencia de dejar que fuese el tiempo el que hiciera posible la consecución de una unidad política que en muchos ámbitos estaba lejos de ser una realidad. En particular, y refiriéndose al mandato codificador contenido en el artículo 4, el diputado progresista de origen navarro preguntaba:

«¿Pueden negar los señores de la comisión, y sentiría que esta idea escandalizara, que algunos artículos de la Constitución hasta ahora no son más que proyectos de ley? Por ejemplo; en el artículo 4.º de la misma se dice que unos

tro de Gracia y Justicia, Lorenzo Arrázola, respondió señalando que «la palabra fueros abraza todas las existencias legislativas de Navarra y Provincias Vascongadas, o de otro modo, todo lo que constituye el llamado sistema foral». *Diario de Sesiones de las Cortes*. Senado, núm. 20, 22 de octubre de 1839, p. 226.

³⁵ El artículo 1.º del Convenio firmado decía: «El capitán general Don Baldomero Espartero recomendará con interés al Gobierno el cumplimiento de su oferta de comprometerse formalmente a proponer a las Cortes la concesión o modificación de fueros». Sobre la negociación del convenio y la elaboración de la posterior Ley de 25 de octubre de 1839, con sus respectivos textos, *Vid. Rodrigo RODRÍGUEZ GARRAZA, Navarra de reino a provincia (1828-1841)*, Pamplona, 1968, pp. 319-356.

³⁶ El texto con sus dos artículos, detenidamente debatidos en las Cortes, decía:

Artículo 1.º Se confirman los Fueros de las provincias Vascongadas y de Navarra sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía.

Artículo 2.º El Gobierno tan pronto como la oportunidad lo permita, y oyendo antes a las provincias Vascongadas y a Navarra, propondrá a las Cortes la modificación indispensable que en los mencionados fueros reclame el interés de las mismas, conciliándolo con el general de la Nación y de la Constitución de la Monarquía, resolviendo entre tanto provisionalmente, y en la forma y sentido expresados, las dudas y dificultades que puedan ofrecerse, dando de ello cuenta a las Cortes. *Idem*, pp. 342-343.

³⁷ RAMÓN FERNÁNDEZ, T., «Fueros y Constitución. La discusión parlamentaria de la Ley de 25 de octubre de 1839», en Joseba AGURREAZKUENAGA y José Ramón URQUIJO GOITIA, *150 años del Convenio de Bergara y de la Ley del 25 de octubre de 1839*, Vitoria, 1990, pp. 57-80.

mismos Códigos regirán en toda la Monarquía ¿Y se cree que el establecimiento de los Códigos iba á existir desde que se hizo la Constitución? ¿Hay inconveniente, señores, en que los fueros municipales y los económicos de que habla el proyecto ó la enmienda que estoy combatiendo se pongan en práctica completamente en aquellas provincias por lo que previene la Constitución de la Monarquía, cuando en las demás provincias, à pesar de lo que la Constitución manda, rigen diferentes Códigos? ¿Por ventura no vemos que desde que se ha promulgado la Constitución rigen los mismos Códigos que regian antes en diferentes provincias, y que en Valencia, Aragon, Cataluña, etc. se aplican en el orden judicial y civil diferentes leyes? ¿Habia, pues, tanta razón para que no se les dejara desde luego que siguieran con sus fueros municipales y económicos? ¿No podría yo citar otros muchos fueros que hoy están en observancia en varias partes y que afectan la Constitución política de la Monarquía? ¿Pues por qué estos artículos no se tenían presentes?»³⁸.

A estas alturas, resultaba claro que el régimen político que durante siglos habían disfrutado Navarra y las provincias vascas, con unas instituciones representativas propias, contradecía los principios fundamentales del régimen constitucional español. Sin embargo, todavía cabía la posibilidad de respetar a estas regiones unos determinados espacios de autonomía: aquellos identificados con los ahora denominados «fueros municipales y económicos», es decir, los relativos a su administración interior y a la hacienda pública. Por otra parte, tampoco existía en estos ámbitos, como en el más básico del derecho civil, una perfecta unidad en el resto de la monarquía. Imponer a los navarros y a los vascos unas exigencias todavía pendientes de ser realizadas en otros territorios de la monarquía parecía excesivo. La postura de Madoz se identificaba en este punto con la corriente más conciliadora del fuerismo. Frente a las posturas más extremas que por motivos opuestos defendían en los territorios del norte y en Madrid la incompatibilidad entre Fueros y Constitución, Madoz adoptaba una postura intermedia, capaz de realizar una lectura liberal de los fueros que permitiera una transición pacífica del Antiguo Régimen al nuevo Estado liberal en Navarra y en las provincias vascas. En este sentido, la conciliación era defendida más como condición necesaria para la paz que como resultado de un análisis propiamente constitucional del problema³⁹.

Esta fue también la postura triunfante en Navarra, plasmada en la denominada Ley «paccionada» de 1841, elaborada en aplicación de la ya citada de 25 de octubre de 1839⁴⁰. No prevaleció, sin embargo, en las provincias vascas, que tras

³⁸ *Diario de Sesiones de Cortes*, 1839, I, núm. 35 de 5 de octubre de 1839, p. 626.

³⁹ Sobre las diferentes actitudes en torno a los fueros y la Constitución en los territorios vascos y en Navarra desde una perspectiva comparativa con lo que sucedió a comienzos del siglo XIX en los territorios americanos, como fases de un mismo proceso histórico merece la pena consultar: José María PORTILLO VALDÉS, *El sueño criollo. La formación de un doble constitucionalismo en el País Vasco y Navarra*, San Sebastián, 2006.

⁴⁰ En una carta de la Diputación a la Reina gobernadora, de 24 de octubre de 1839, se decía: «Navarra quiere la Constitución del Estado del año 1837 [...]. También quieren los navarros sus fueros, pero no los quieren en su totalidad: no estamos en el siglo de los privilegios ni en el tiempo de que la sociedad se rija por leyes del feudalismo. [...] Quiere aquellos fueros que conspiren a conciliar su interés con el general de la nación y con las solidas bases que encierra en sí la consti-

diversas vicisitudes debieron adaptarse por la fuerza al régimen político general español en virtud de una orden del Gobierno de 6 de abril de 1876 y, sobre todo, de la vulgarmente conocida como Ley de «abolición de fueros» de 21 de julio de ese mismo año. Es esta una historia suficientemente conocida en la que no podemos ahora detenernos, aun cuando tenga relación con nuestro tema⁴¹.

La Ley de 25 de octubre de 1839 fue desarrollada primeramente por un decreto de 16 de noviembre de ese mismo año que, entre otras cosas, ordenó la planta política de las provincias vascas otorgando a las Diputaciones, ahora llamadas forales para distinguirlas de las provinciales, la administración interna de la provincia y las negociaciones con el Gobierno para el arreglo del problema foral. Se otorgaba así un gran poder a las Diputaciones forales, limitando a las provinciales, con las que coexistían, al control de las elecciones a Cortes. También en el ámbito local, se instituyeron unos ayuntamientos, ahora denominados también forales para distinguirlas de los constitucionales, que se formarían según lo dispuesto en los fueros y costumbres⁴².

De esta manera, el término «foral» se iba consolidando por su relación con lo dispuesto con carácter general para el resto de España. Así, una crónica de la época, publicada en 1845, al tratar acerca de la tramitación de la citada ley de confirmación de fueros, hacía referencia a algunos diputados que «deseaban en la *cuestión foral* hallar un pretexto para escatimar las garantías populares consignadas en el Código de 1837»⁴³. Durante la discusión del futuro artículo 4 de la Constitución de 1845 que tuvo lugar en el Senado en los últimos días de diciembre de 1844, no faltaron referencias explícitas a las legislaciones forales⁴⁴. En este sentido, el calificativo foral aplicado al derecho o a las legislaciones de estos territorios parece ya generalmente aceptado en esos años. En sus críticas «Observaciones sobre los fueros de Vizcaya», publicadas en 1850, Rafael de Navascués, antiguo jefe político e intendente de aquella provincia, se servía del calificativo foral en este mismo sentido. La cuestión foral, presente ya en la dedicatoria de la obra⁴⁵, se identificaba así con la compleja inserción del régi-

tución del Estado. (...). Si en esta plantificación provisional y rápida pueden ofrecerse dudas y dificultades no sería tan difícil su resolución oyendo previamente a la Navarra que, no advierte en la materia ni en la unión de la Constitución y de los fueros juntos esa contradicción, esa incompatibilidad que algunos se figuran». Sobre el debate, contenido y reacciones en Navarra a la Ley de 25 de octubre de 1839, y a la denominada «paccionada» de 1841, *Vid.* RODRÍGUEZ GARRAZA, *Navarra de reino a provincia*, pp. 330-435. La cita en pp. 357-358, n. 514; también, Mercedes GALÁN LORDA, «Navarra: su integración como provincia foral en la España del siglo XIX», en José Antonio ESCUDERO (coord.), *Génesis territorial de España*, Zaragoza, 2007, pp. 767-804.

⁴¹ Entre la abundante bibliografía existente me remito a, Coro RUBIO POBES y Santiago DE PABLO (coord.), *Los liberales. Fierismo y liberalismo en el País Vasco (1808-1876)*, Vitoria, 2002.

⁴² PORTILLO VALDÉS, *El sueño criollo*, p. 87.

⁴³ *Panorama español. Crónica contemporánea-obra pintoresca*, III, Madrid, Imprenta del Panorama Español, 1845, p. 315.

⁴⁴ El ministro de Gracia y Justicia, Luis Mayans, se refería así a «las legislaciones especiales o forales». *Diario de las Sesiones de Cortes*. Senado (en adelante DSS), núm. 20, 21 de diciembre de 1844, p. 157.

⁴⁵ «Al Sr. D. Eugenio MORENO LÓPEZ. La opinión de V. me decidió a publicar mis observaciones sobre la debatida cuestión foral de Vizcaya».

men particular de las provincias vascas y Navarra en el general de la Constitución española, con su mandato incluido de códigos únicos. En esta obra lo «foral» venía a calificar todo aquello que se entendía privativo de Vizcaya conforme a su derecho particular. Se hablaba así de principios forales, de disposiciones forales o de la organización foral de Vizcaya⁴⁶. A pesar de que en el Diccionario de la Real Academia la voz foral seguía significando, en sus ediciones de 1843 y 1852, lo mismo que en 1732, esto es, «lo que pertenece al fuero», el término se iba tiñendo de nuevos significados que apuntaban precisamente a lo excepcional del régimen jurídico que se disfrutaba. En este sentido, lo foral se había ido distanciando de lo castellano y común al resto de territorios españoles.

De todo esto no cabe deducir que el término foral se identificase entonces necesariamente con un derecho especial. En el debate celebrado en el Senado sobre el artículo 4 de la Constitución de 1845, ya mencionado, el diputado Huet se había referido a la legislación foral como opuesta a la común, entendiéndose por la primera los fueros de las ciudades y por la segunda el derecho común castellano contenido en Las Partidas⁴⁷. Años más tarde, en 1856 se pronunciaba una conferencia en la Universidad Central con el título «Necesidad del estudio de nuestra legislación foral». El motivo de la lección era la investidura como doctor de su autor, Miguel Hüe y Gutiérrez. Su tesis era la necesidad de estudiar, junto al derecho romano, el derecho foral, es decir, aquel formado por los pueblos que habitaron la península desde los godos. En este caso, lo foral se oponía a lo extranjero, y más en particular, a lo romano⁴⁸.

Un año más tarde, se publicaba la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre 1857, conocida como ley Moyano. El 23 de ese mismo mes, se dictaba un Real Decreto en ejecución de esta ley que preveía el estudio en el tercer año de la asignatura «Historia e instituciones del Derecho civil español, común y foral»⁴⁹. La orientación que la reforma pretendía dar a la asignatura puede entreverse a partir de lo dispuesto en la lista de libros publicada en octubre de 1858 por el Ministerio de Fomento (Gaceta de Madrid, de 1 de octubre de 1858). Además de los «Elementos del Derecho civil y penal de España, de Pedro Gómez de la Serna y Juan Manuel Montalbán», figuraban el «Sala novísimo, o nueva ilustración del Derecho Real de España, de Joaquín Romero Ginzo» y la «Novísima Ilustración del Derecho español». En el caso de que se adoptase alguna de estas dos últimas obras, el Catedrático debía hacer «notar a sus discípulos los puntos principales de diferencia entre la Legislación general de Castilla y los Fueros provinciales»⁵⁰. El escaso tiempo transcurrido desde la introducción de la materia no había permitido la elaboración de un manual específico para ella. Sin embargo, a estas alturas de siglo, parecía clara y

⁴⁶ NAVASCUÉS, R. de, *Observaciones sobre los Fueros de Vizcaya*, Imprenta de Espinosa y Cía, Madrid, 1850.

⁴⁷ Diario de Sesiones, núm 21, 23 de diciembre de 1844, p. 162.

⁴⁸ HÜE Y GUTIÉRREZ, M. *Necesidad del estudio de nuestra legislación foral*, Madrid, 1956.

⁴⁹ Reproduce el contenido del decreto en lo relativo a los estudios de Derecho, Manuel MARTÍNEZ NEIRA, *El estudio del derecho. Libros de texto y planes de estudio en la Universidad contemporánea*, Madrid, 2001, p. 228-230.

⁵⁰ *Idem*, pp. 100-101.

comúnmente aceptada la diferencia entre un derecho general, que era castellano, y otro particular, el foral. Ambos eran considerados españoles, según rezaba el título de la asignatura, pero quizá en la mente de algunos juristas, uno lo fuera más que el otro. Volveremos más adelante sobre ello, al tratar del congreso de jurisconsultos de 1863.

IV. LA COMISIÓN DE CÓDIGOS DE 1843 Y EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

El 19 de agosto de 1843 se creó la Comisión General de Códigos, que sustituía a las comisiones anteriores, de cuyo seno habían salido algunos proyectos fallidos de Código civil⁵¹. La nueva comisión, en consonancia con la orientación política que dominaría durante casi todo el período isabelino, se constituía como dependiente del gobierno, no de las Cortes. Constituía, así, una pieza más en el engranaje institucional que daría forma con los años al Estado administrativo.

Según lo dispuesto en el artículo 4 de la Constitución de 1837, entonces vigente, «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía». Con relación al artículo 258 de la Constitución de 1812, no sólo se había simplificado la redacción, dejando sin especificar los códigos que debían regir, sino que –en lo que a nosotros más interesa– había sido suprimida la cláusula final que dejaba abierta la posibilidad a las Cortes de introducir variaciones por particulares circunstancias. En la discusión de este artículo, para tranquilizar los recelos que semejante mandato unificador pudiese producir, especialmente en el diputado por Navarra Agustín Armendáriz, un miembro de la comisión de reforma de la Constitución, Joaquín María Ferrer, había aclarado que no se pretendía que el citado artículo entrase en vigor de manera inmediata. Primero había que formar unos Códigos para toda la Nación. Solo después podrían, una vez sancionados, regir en toda la Nación⁵². No se trataba, pues, de extender la legislación castellana al resto de territorios, sino de formar nuevos códigos teniendo en cuenta las legislaciones existentes en las diferentes regiones.

Este parece ser que fue el espíritu con que comenzó sus trabajos la Comisión de Códigos. En una de sus primeras reuniones se acordó «indagar si en alguna de las provincias se observan sobre cualquiera de las materias del derecho civil (...) ciertos usos o disposiciones particulares que se desvíen esencialmente del derecho común o que merezcan ser examinadas para su adopción o abolición en el mismo Código». El objetivo de esta medida era tratar de conciliar «en cuanto sea posible las disposiciones de las legislaciones forales con la de Castilla»⁵³. En este sentido, el derecho de Castilla seguía siendo el elemento

⁵¹ Vid. LASSO GAITE, *Crónica*, IV-1, pp. 97-149; BARÓ PAZOS, *La codificación*, pp. 67-88.

⁵² *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 153, de 29 de marzo de 1837, p. 2357.

⁵³ SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO, B., *Las comisiones de Códigos durante el reinado de Isabel II (1843-1869)*, Madrid, 2010, p. 231.

principal de la composición, aunque se daba entrada a lo dispuesto en otros ordenamientos.

Como ha apuntado Blanca Sáenz de Santa María llama la atención que en las consultas realizadas por la Comisión se excluyesen algunos territorios especialmente significados por sus legislaciones especiales, como Álava, Guipúzcoa, Cataluña y Navarra. También es significativa la escasa resistencia a la unificación mostrada por las instituciones que fueron consultadas⁵⁴.

Por otra parte, la base tercera aprobada por el Gobierno, a propuesta de la Comisión, para la elaboración del Código civil preveía la protección de derechos adquiridos, lo cual en la práctica suponía retrasar aun más la eficacia normativa del nuevo derecho⁵⁵. A este argumento se acogía José Alonso para justificar la realización de su compendio de los fueros de Navarra, frente a quienes podían pensar que la codificación dejaría sin efecto su obra. En la pluma del jurista navarro, la sustitución de los fueros navarros por un Código civil era algo que entraba dentro de lo previsible y no parecía oponerse a ello. Sin embargo, parecía claro que todavía tendría que pasar bastante tiempo hasta que la eficacia de los fueros en Navarra se extinguiese, pues la existencia de fueros y leyes diversos hacía difícil la codificación civil y, en todo caso, el respeto de los derechos creados así lo exigía⁵⁶.

⁵⁴ Se solicitaron pareceres de las Audiencias y Colegios de Abogados de La Coruña y Oviedo sobre los foros gallegos y asturianos; a la Audiencia y al Colegio de Abogados de Valencia sobre especialidades en materia de sucesiones, censos y aprovechamiento de aguas; sobre esto último también al Colegio de Abogados de Granada; a la Audiencia y Colegio de Abogados de Zaragoza sobre la patria potestad y derechos recíprocos de los cónyuges; y al Colegio de Abogados de Bilbao sobre sucesiones, legítimas y contratos. SÁENZ DE SANTA MARÍA, *Las comisiones*, pp. 232-233.

⁵⁵ «El Código civil abrazará las disposiciones convenientes para que en la aplicación de él a las provincias que tengan legislaciones especiales no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni aun las esperanzas creadas por las mismas legislaciones». *Idem*, p. 231. En la introducción que precedía a la propuesta de bases realizada por la Comisión se apreciaba también esta intención de conciliación de los diferentes derechos civiles españoles. Entre otras cosas se decía que «La unidad de Códigos también exige que desaparezca la monstruosa variedad que hoy se observa en el Derecho privado de las diversas provincias que componen la Monarquía; pero la equidad y la prudencia, y los altos merecimientos en la presente lucha, de las exentas del Derecho común de Castilla, aconsejan que en la ejecución de aquellas innovaciones que más choquen con los hábitos arraigados, no solo se respeten los derechos adquiridos, sino que se procure no defraudar las esperanzas que ha hecho concebir la generación presente la legislación especial bajo cuyo imperio ha nacido; la paz pública y el interés de la concordia de todos los españoles, son consideraciones preferentes que deben prevalecer sobre cualesquiera otras por sólidas que parezcan». LASSO GAITE, *Crónica*, IV-1, p. 155, n. 10.

⁵⁶ «La codificación necesita mucho tiempo; y cuando tiene que variar enteramente la legislación existente, que tantos derechos crea y de tanta duración como muchos que surgen de la de Navarra, forzoso será que señale un tiempo de tal duración que sea bastante para que tales derechos sean cumplidamente ejercitados. Las nuevas leyes jamás, sin una injuria que siempre rechazan, pueden lastimar ni mucho menos casar o anular derechos creados por las anteriores. Así sobre la retardación que por sí ofrece la publicación de los códigos hay que contar con la de la vida de una generación por lo menos para que llegue a quedar derogada enteramente aquella legislación. Las buenas leyes jamás tienen efecto retroactivo; y se daría a la del código que se publicara si no diesen lugar a que los derechos adquiridos bajo la influencia de las anteriores, tuviesen cumplido efecto. (...) Podemos asegurar que todavía pasará mucho tiempo antes de poder ver la luz pública

Los trabajos de esta primera Comisión de Códigos no concluyeron en la formación de un completo proyecto de Código civil aunque avanzaron bastante en esta dirección⁵⁷. Correspondió a la segunda comisión, formada en 1846, la formación del conocido proyecto de Código civil de 1851, generalmente atribuido a García Goyena por el protagonismo que como presidente tuvo en la Comisión⁵⁸. Para entonces se había promulgado, el 23 de mayo de 1845, una nueva Constitución, que mantenía en su artículo 4 el mandato de la anterior, aunque suprimía la unidad de fueros. Durante la discusión de este artículo en el Senado García Goyena había solicitado su supresión apelando precisamente a la existencia de territorios con un derecho propio cuya derogación no parecía prudente⁵⁹. La propuesta dio lugar a un encendido debate que puso de manifiesto, entre otras cosas, que el consenso generalizado entre los senadores acerca del principio de unidad de códigos se rompía cuando la atención se centraba en la realidad jurídica entonces reinante en España⁶⁰. Resultaba innegable la existencia de regulaciones encontradas en materias centrales como, por ejemplo, la sucesión hereditaria. La adopción de una legislación común que fuera pacíficamente acogida en todo el país no parecía tarea fácil, aun cuando los partidarios de mantener el artículo 4 en su redacción originaria tratasen de tranquilizar a sus oponentes⁶¹. La efectiva redacción del proyecto de Código civil no parece

aquel código. Son muchas las dificultades, que tienen que vencerse; y no son las menores las que proceden de los fueros, leyes especiales y costumbres y usos en varias provincias del Reino, bajo cuya influencia viven bien acomodados sus habitantes». José ALONSO, *Recopilación y comentarios de los Fueros y leyes del Antiguo Reino de Navarra, que han quedado vigentes después de la modificación hecha por la ley paccionada de 16 de agosto de 1841*, I (utilizo edición de la Diputación Foral de 1964), Pamplona 1848, p. 18.

⁵⁷ Un detallado resumen de sus trabajos puede verse en LASSO GAITE, *Crónica*, IV-1, pp. 167-196.

⁵⁸ Los trabajos de la comisión son también expuestos con detalle por LASSO GAITE, *Idem*, pp. 196-240.

⁵⁹ «Reflexiónese, señores, que se trata de una tercera parte de España, tal vez la más enérgica y poderosa, cuya legislación data, sino desde la caída de la Monarquía, al menos desde su restauración, y cuyos fueros están incrustados en los intereses de cuanto allí se respira; no vayamos a ponerles en un artículo de la Constitución el terrible lema de Dante á la puerta del infierno: ¡Perded toda esperanza! ¡Ojala que mis temores sean vanos! pero sin ser profeta, y aunque el don de profecía no pruebe santidad, me atrevo á pronosticar graves males y peligros». DSS, núm. 20, 21 de diciembre de 1844, p.156. En otro momento de la discusión, GARCÍA GOYENA, explicitaba aún más sus temores: «preveo peligros y nadie me negará su posibilidad; no quiero dar auxiliares ni esperanzas á los partidarios de don Carlos ni á la revolución». *Idem*, núm. 21, 23 de diciembre de 1844, p. 170.

⁶⁰ Para el conde de Ezpeleta, diputado por Navarra, la unidad de fueros (de leyes) que se quiere «es imposible que se adopte, á ménos que no queramos seguir el sistema de que los pueblos se han de amoldar, aunque perezcan, á las leyes, y no se han de dar las leyes para los usos y costumbres de los pueblos. Parece lo más natural que se les dé las leyes que desean, las que tienen en sus hábitos, para que las respeten; por consiguiente, tendrá que pasarse por esas diferencias, diferencias que serán más notables en el Código, del cual aún aquí no se ha tratado. ¿Es posible que el código rural establecido en Galicia, en las Provincias Vascongadas y en Astúrias sea el mismo que rija en la Mancha y en Andalucía?». *Idem*, p. 167.

⁶¹ El ministro de Justicia, Mayans, exponía: «El argumento (de García Goyena) tendría fuerza si se tratara hoy de dar los Códigos sin consideración, sin miramiento á las legislaciones especiales ó forales; pero no siendo así, y pudiendo y debiendo prevenirse en ellos todos los incon-

que suprimiera los recelos existentes acerca de su normal recepción en los territorios afectados por la unificación operada, que en realidad eran todos.

Como es sabido, el Gobierno decidió publicar el proyecto de 1851 en la revista *El Derecho Moderno* con la intención de que su texto fuera objeto de informe por parte de tribunales, colegios de abogados, universidades, autoridades y personas ilustradas. En la Real Orden de publicación, el Gobierno señalaba expresamente los motivos que hacían aconsejable no proceder a su inmediata publicación. Para este, una obra de esta naturaleza resultaba siempre de especial trascendencia. El motivo alegado era «la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas, no solo en determinados territorios de la Monarquía que en otro tiempo formaron estados independientes, sino también hasta en no pocos pueblos pertenecientes a provincias en que por lo general se observan los Códigos de Castilla...»⁶². Parecía por ello conveniente que con carácter previo a su promulgación se debatiese el proyecto y se preparase la opinión.

La publicación del proyecto de Código abrió ciertamente un debate en la opinión pública, principalmente entre las élites letradas, que no se cerró definitivamente hasta casi cuarenta años más tarde, con la aprobación del Código Civil de 1888-89. En un primer momento, acudieron a la cita convocada por el Gobierno algunas instituciones y corporaciones, aunque menos de las que cabría esperar. En su mayor parte, los informes fueron favorables al proyecto, aun cuando hiciesen observaciones sobre aspectos particulares que convenía modificar. Quizá la oposición mayor se encontró entre las instituciones eclesiásticas en aquellas materias que afectaban a su jurisdicción⁶³. También se opusieron con fuerza algunos colectivos catalanes afectados en sus intereses económicos⁶⁴. Sin embargo, en los informes que se dirigieron en este primer momento a la comisión codificadora, la orientación uniformista del Código no fue alegada como motivo para paralizar la aprobación. Ni siquiera parece que se pueda hablar de una oposición conscientemente foral al proyecto⁶⁵.

No cabe deducir de ello la irrelevancia de la pluralidad de derechos existentes para la formación del Código civil, pues los problemas que esta variedad jurídica planteaba eran de sobra conocidos, como ya vimos. Uno de los miembros de la Comisión de Códigos, Domingo Vila, había propuesto, sin éxito, incorporar a la base tercera, relativa a la unidad de códigos, la coletilla «respe-

venientes, como se han previsto en otras Naciones, no hay nada que temer». [...] «No se trata de someter á la legislación de Castilla las provincias que la tienen especial. Se trata solo de dar á todas las mejores leyes posibles, las que más convengan á unas y á otras provincias: de Castilla se tomará lo que en sus leyes haya de bueno, así como se tomará lo bueno de los fueros de Aragón, por ejemplo; y de esta manera se formarán los Códigos, conciliando los intereses de todas, sin lastimar derechos de ninguna, y no podrá decirse con propiedad que se impone á unas provincias la legislación de otras». *Idem*, núm. 20, p. 157.

⁶² LASSO GAITE, *Crónica*, IV-1, pp. 241-242.

⁶³ REPÁRAZ PADRÓS, M., «La crítica contemporánea al proyecto de Código de 1851», en *Anuario de Derecho Civil*, L-3, 1997, pp. 1058-1083.

⁶⁴ SALVADOR CODERCH, P., «El proyecto de Código de derecho civil de 1851 y el derecho civil catalán», en *Revista Jurídica de Cataluña*, LXXIX, 1980, pp. 49-98.

⁶⁵ En este sentido *Vid.* REPÁRAZ PADRÓS, *La crítica contemporánea*, p. 1023.

tando en lo posible las leyes y costumbres existentes»⁶⁶. Existía el temor, puesto de manifiesto posteriormente con la publicación del proyecto, de que una excesiva uniformidad perjudicase la aceptación del nuevo Código.

Por la información que tenemos de algunos territorios, la formación de un Código civil que unificase el derecho existente era algo esperado y aceptado por muchos, aun cuando no se supiese con claridad hasta qué punto esta unificación podría conciliarse con las particularidades de los derechos propios. En una representación dirigida a la reina por la Diputación foral de Navarra, el 16 de julio de 1851, se percibe esta conciencia del carácter provisional de sus fueros. La Diputación protestaba contra la aplicación en Navarra de un Real Decreto de 7 de marzo de ese mismo año en que se prohibía la propuesta de naturales para ocupar plazas en Audiencias y tribunales fuera de la Corte. La Diputación solicitaba que semejante medida no se aplicase al Tribunal Superior de Navarra «en mucho tiempo y mientras permanezcan los efectos de su antiquísima legislación». Entre otros extremos, recordaba a la reina que en virtud de lo dispuesto en la Ley de 16 de agosto de 1841, la administración de justicia en Navarra debía seguir conforme a su legislación especial «hasta que teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias se formasen los Códigos generales, que deben regir en la Monarquía». Incluso cuando esto sucediese, el derecho antiguo seguiría teniendo efectos en Navarra, al menos durante dos generaciones, a causa de los derechos adquiridos⁶⁷.

Sin embargo, no pasaría mucho tiempo hasta que la formación de una teoría crítica con el movimiento codificador, calificado de racionalista, adquiriera notoriedad pública, especialmente en el ámbito catalán. En efecto, para que la pluralidad de derechos existentes en España se convirtiera en un obstáculo insalvable para la unificación jurídica, y los derechos forales adquirieran la categoría de concepto en sentido estricto capaz de oponerse al más consolidado de «código» o «codificación»⁶⁸, resultaba necesaria la invención de una teoría, de un metarrelato, que diera unidad de sentido y coherencia argumental a la naciente «corriente foralista». En esta narrativa foral, las leyes, usos y costumbres propios de los territorios no castellanos, especialmente vascos y catalanes, cobrarían un nuevo significado. En el mejor de los casos, pasarían a formar parte, como un elemento más, sin duda sustancial, de un proyecto más amplio de reformulación del orden político y social, en el contexto de la construcción de España como Estado nación. En otros, la codificación del derecho se vería como un proyecto irrealizable a corto plazo. Sólo tras el estudio detenido del propio derecho y la

⁶⁶ *El Faro Nacional*, 27 de junio de 1852, cit. en REPÁRAZ PADRÓS, *La crítica contemporánea*, p. 1030.

⁶⁷ PABLO CONTRERAS, P. de, y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., «La actitud de Navarra ante el Código civil (1841-1889)», en *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, pp. 523-524.

⁶⁸ No es preciso recordar que también la codificación respondía a un determinado proyecto ideológico, aun cuando se presentase en ocasiones como una mera solución técnica. Lo han puesto de relieve, entre otros, Paolo GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998; Giovanni CAZZETTA, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, Torino, 2011; Pio CARONI, *Escritos sobre la codificación*, Madrid, 2012 [traducción de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira].

progresiva unificación política y social del territorio sería posible abordar con ciertas garantías la codificación del derecho propio en conexión con los derechos de los demás territorios españoles. Y ello no impediría, además, la introducción cuando fuera necesario de excepciones al régimen general⁶⁹.

En el País Vasco, el tradicionalismo católico asociado al movimiento carlista, y en Cataluña, la lectura adaptada de las doctrinas de la Escuela histórica alemana, fueron utilizados por los defensores de los «fueros» para la articulación de una alternativa al proyecto codificador⁷⁰. En este contexto se entiende mejor la lucha que desde mediados de siglo enfrentaron a las denominadas Escuelas histórica y Escuela filosófica en distintos foros políticos y jurídicos. También desde esta perspectiva se comprende la escasa resistencia que los juristas aragoneses, ajenos a estas ideologías, opusieron a la formación de un Código⁷¹. En este territorio, los fueros no fueron empleados al servicio de una determinada representación del orden político y social. Siguieron, por el contrario, disfrutando de su mera condición de fuentes del derecho, susceptibles en cuanto tales de evolución y cambio, en función de las circunstancias y necesidades históricas. La codificación del derecho era así vista como una necesidad de los tiempos. Lógicamente, no se trataba de renunciar al derecho aragonés para adoptar el castellano, sino de formar un Código español que incluyera o, al menos, salvara para Aragón lo mejor del derecho propio. En 1865, Martón y Santapau defendían, en la introducción a una exposición del derecho aragonés pensada para su estudio en las Universidades, la necesidad que existía de suplir sus «vacíos [del derecho aragonés] con la legislación de Castilla, á la que es preciso recurrir ó apelar en sus omisiones, y á la que, en efecto, acuden los tribunales y los jurisconsultos, dando de este modo toda la importancia que se merece á un Derecho que, siendo el patrio común, llegará a ser con el tiempo el único». Lógicamente, los autores del manual no estaban propugnando la supresión futura del derecho aragonés sino la integración de «esa monstruosa variedad de legislaciones y fueros especiales» en «la tan apetecida unidad de nuestras leyes patrias»⁷².

Transcurridos veinte años desde la publicación del proyecto de Código civil, Gómez de la Serna atribuía a la entonces reciente influencia de la Escuela Histórica alemana los recelos que se opusieron a su aprobación. Para este influyente jurista, resultaba claro el contraste entre el general optimismo con que la

⁶⁹ Esta es, por ejemplo, la interpretación que de la postura de Durán y Bas realiza Encarna ROCA TRIAS, «La codificación y el derecho foral», en *Revista de Derecho Privado*, 62, 1978, pp. 600-601.

⁷⁰ Una buena expresión de oposición frontal a la codificación desde una postura que se auto-identifica con la Escuela histórica, frente a la escuela filosófica, es el artículo publicado por Ángel ALLENDE SALAZAR en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (53, 1878, pp. 204-213 y 273-283) con el título «La codificación civil y las legislaciones forales». Allende contraponía la escuela «estatalátrica», uniformadora y centralista, a la escuela defensora de la libertad, descentralizadora y amante de la «antigua constitución de nuestra patria» (p. 205).

⁷¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Los Fueros de Aragón*, Zaragoza, 1997, pp. 141-144.

⁷² MARTÓN Y GAVÍN, J., y SANTAPAU Y CARDÓS, F., *Derecho y jurisprudencia de Aragón en sus relaciones con la legislación de Castilla, por dos abogados del Ilustre Colegio de Zaragoza*, Zaragoza, Establecimiento tipográfico de Vicente Andrés, 1865, p. V.

Comisión de Códigos había comenzado su tarea en 1843, cuando la Escuela Histórica todavía no era conocida en España, con las reservas que acerca de la conveniencia de un Código civil único existían apenas diez años después⁷³.

El alcance y profundidad de la recepción en España de la Escuela Histórica alemana está todavía en buena parte por estudiar. La historiografía ha puesto de manifiesto tanto el papel pionero que la *Introducción General a la Historia del Derecho* de Lerminier tuvo en la toma de contacto de los juristas españoles con Savigny y la Escuela Histórica, como la escasa profundidad de semejante recepción⁷⁴. Incluso cuando más adelante las obras del jurista alemán fueran conocidas sin intermediarios en España, la Escuela histórica parece que siguió siendo más una justificación para defender las costumbres y derechos tradicionales de algunos territorios, que el punto de partida en la construcción científica de un orden jurídico basado en la reinterpretación de viejos materiales. Particularmente en Cataluña, con la figura preeminente de Durán y Bas, la Escuela Histórica desempeñaría este papel defensivo frente a la codificación civil⁷⁵. Además, sería objeto de reinterpretación desde un iusnaturalismo tradicional de cuño católico, purgándolo así de aquellos elementos relativistas más ligados al historicismo alemán.

La asunción por el discurso jurídico decimonónico de la existencia de una escuela histórica opuesta a otra filosófica y la necesidad de superar esta dicotomía se proyectó con especial claridad en el primer congreso de jurisconsultos celebrado en Madrid en 1863. Dos años antes, Ortiz de Zárate había localizado en el enfrentamiento entre estas dos escuelas, una identificada con los fueros y otra con el Código, la principal causa del fracaso de la «gran reforma

⁷³ «Se creía generalmente entonces que era fácil la formación del Código civil, sin tomar en cuenta las grandes dificultades que debía oponerle la diferencia de leyes y costumbres entre las diversas partes de la Monarquía: (...) la escuela histórica que con ardor había sostenido en Alemania tan obstinada lucha después de la caída del primer Imperio francés, no tenía partidarios en España: por lo mismo que la diferencia de fueros era tanta, se consideraba generalmente que un Código Civil que fuese igual para todos, sería un medio poderoso de unidad y que contribuiría grandemente a la mayor cohesión de los Estados que a principios del siglo XVI vinieron á formar nuestra nacionalidad. El tiempo se encargó de disipar ilusiones». Pedro GÓMEZ DE LA SERNA, «Estado de la codificación al terminar el reinado de doña Isabel II (1868)», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 39, 1871, p. 292. En la p. 297 se refiere a la influencia de la «Escuela Histórica-alemana».

⁷⁴ MARTÍNEZ NEIRA, M., y MORA CAÑADA, A., «La historia del derecho de Lerminier», en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios dedicados a Mariano Peset*, II, Valencia, 2007, p. 158; José María PÉREZ COLLADOS, «La tradición jurídica catalana (valor de la interpretación y peso de la historia)», en *AHDE*, LXXIV, 2004, pp. 164-167; Bartolomé CLAVERO, «La gran dificultad». Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX», en *Ius Commune*, 12, 1984, p. 97. Como señala este autor, la necesidad de conciliar un «elemento histórico» con otro «filosófico» en el derecho se convierte en este autor en un verdadero tópico.

⁷⁵ Lógicamente, ni todos los juristas catalanes se identificaron con la Escuela Histórica, ni todos se opusieron a la codificación. Sobre la denominada escuela jurídica catalana y la influencia en ella de la Escuela Histórica alemana, *Vid.* PÉREZ COLLADOS, *La tradición jurídica*, pp. 160-184; Antoni MIRAMBELL I ABANCO, «Escoles Jurídiques Catalanes i Codificació», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, II, Madrid, 1990; Montserrat FIGUERAS PÀMIES, *La Escuela Jurídica Catalana frente a la Codificación española. Durán y Bas: su pensamiento jurídico-filosófico*, Barcelona, 1987.

codificadora»⁷⁶. Había transcurrido más de una década desde la publicación del proyecto de Código civil de 1851. En ese tiempo, la formación de un Código civil se había consagrado como tópico de discusión en medios jurídicos, pero en las instancias oficiales parecía que el optimismo de los comienzos se había enfriado⁷⁷. La iniciativa correspondía ahora a los juristas y la citada superación de los planteamientos excesivamente historicistas o exclusivamente filosóficos se veía como un paso necesario para avanzar con éxito en el proceso codificador.

V. EL PRIMER CONGRESO ESPAÑOL DE JURISCONSULTOS (1863)

Las noticias que tenemos de este importante Congreso son escasas y se reducen prácticamente a la crónica que sobre él publicó Aniceto de Palma y Luján⁷⁸. La convocatoria corrió a cargo de una comisión integrada por destacados juristas⁷⁹. Las cuestiones que se tratarían durante las sesiones, convocadas para los días 27 al 31 de octubre de 1863, serían cuatro. Las dos primeras guardaban relación directa con la codificación civil:

«1. ¿En qué época de la vida de los pueblos se debe codificar? ¿cuáles son los principios que deben presidir à toda codificación?

2. En materia de sucesiones ¿es preferible el sistema de legítimas ó el de la liberrima facultad del testador? En el primer caso ¿qué porción de herencia debe constituir la legítima? En el segundo ¿cómo se conciliará la libertad del testador con los deberes naturales respecto à los descendientes?»⁸⁰.

En la presentación de su crónica, Aniceto de Palma ponía de manifiesto la concurrencia al congreso de jurisconsultos procedentes no solo de diferentes escuelas y partidos, sino también de provincias regidas por «la legislación secular de Castilla» así como de provincias que fueron «antiguamente Estados inde-

⁷⁶ DSC, 1861, núm. 65, p. 1731, cit. en LASSO GAITE, *Crónica*, IV-1, p. 299.

⁷⁷ Como es sabido, la frustración del Código en este primer momento, dio lugar a la publicación de una serie de leyes especiales que fueron uniformando el derecho en áreas especialmente necesitadas de regulación. De esta manera, el proceso de construcción de un Estado liberal no fue detenido. Vid. BARÓ PAZOS, *La Codificación*, pp. 171-207. Para Martínez Alcubilla, la tramitación en el Senado de la Ley Hipotecaria, que debía haber sido uno de los títulos del Código civil, era una muestra de que desde 1851 no se había pensado seriamente en su aprobación. Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Diccionario de Administración*, III, Imprenta de El Consultor, Madrid, 1960, p.117.

⁷⁸ «Congreso de Jurisconsultos», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 23, 1863, pp. 273-308.

⁷⁹ Firman la convocatoria: J.F. Pacheco, C. Antón de Luzuriaga, Manuel Cortina, Salustiano de Olózaga, A. de los Ríos y Rosas, Pedro G. de la Serna, Cirilo Alvarez, Manuel A. Martínez, F. de Paula Canalejas, Secretario.

⁸⁰ *Revista ibérica de ciencias, política, literatura, artes é Instrucción Pública*, 7, 1863, pp. 431-433.

pendientes» y habían conservado tras su incorporación a la Corona «sus leyes especiales». Aunque pretendiera ofrecer una imagen de integración, resultaba claro que la perspectiva desde la que el cronista escribía era más bien castellana, cuyo derecho se entendía como «común» por oposición al carácter «especial» del que regía en los territorios «forales». Aún cuando no emplease estos términos, el trasfondo apuntaba claramente en esta dirección. Por otra parte, con renovado optimismo, el cronista veía en los resultados del Congreso el primer paso hacia la «apetecida unión» consecuencia del «fundir en una las diferentes legislaciones civiles de nuestra Península». Ello sería posible si se destruían «las prevenciones» de quienes se oponían a la codificación por considerar que de esta manera se impondrían los principios del derecho castellano sobre el resto.

De la lectura de la crónica, así como de las conclusiones a que los juristas llegaron, se desprende, efectivamente, el protagonismo dado a la pluralidad de derechos existentes como factor que debía ser superado para lograr la codificación del derecho. Esta realidad, y las posturas adoptadas frente a ella, se interpretaban desde unas categorías que se entendían en cierto sentido meta-históricas y que remitían a dos modos aparentemente opuestos de concebir el derecho: la postura histórica y la filosófica⁸¹.

Durante la discusión de la primera de las cuestiones propuestas, la división entre estas dos escuelas ocupó a buena parte de los intervinientes. En las conclusiones aprobadas por el Congreso para la primera de las cuestiones se reconoció la conveniencia de lograr un Código único para España, aunque con carácter previo debía allanarse el camino mediante leyes especiales. En el caso de que se decidiese codificar con carácter inmediato, debía dejarse libertad en materia de «sistema dotal», «sociedad legal» y sucesiones. Se trataba, lógicamente, de los ramos donde las diferencias entre los derechos forales (a su vez distintos entre sí), y el derecho castellano resultaban más difíciles de salvar. Sólo cuando la opinión estuviese suficientemente preparada para aceptar sin repugnancia la unificación, podría dictarse una ley general en estas materias. Por otra parte, las conclusiones afirmaban la ausencia de oposición «entre el elemento histórico y el filosófico», debiendo hermanarse ambos en la obra del legislador, que debía evitar sacrificar el derecho tradicional movido por «teorías abstractas» o «exigencias de escuela»⁸². Había prevalecido, pues, la posición de aquellos que veían en la Codificación un proyecto a medio plazo, resultado de la integración pacífica de los diferentes derechos españoles entonces existentes en uno común. No se contemplaba, pues, la supresión sin más de los derechos «forales».

⁸¹ En la discusión del Congreso, Gómez de la Serna situaba a Alfonso X con sus Partidas en la escuela filosófica de su tiempo y a Alfonso XI en la unión de esta con la histórica. DE PALMA, *Congreso*, p. 278

⁸² *Idem*, p. 306.

VI. GIL DE BERGES Y EL CONGRESO DE JURISTAS ARAGONESES

Aún cuando bajo el término «foral» se agrupasen todos aquellos derechos no castellanos, concebidos ahora como especiales, lo cierto es que la actitud de los juristas de estos territorios respecto a la codificación civil no era en todos los casos la misma. Como ya adelantamos, en Aragón se mantuvo desde el principio una predisposición general favorable a la formación de un único Código civil, aun cuando ello no implicase una renuncia sin más al derecho propio. Sin embargo, los problemas en la formación del Código español movió a Gil de Berges a proponer la formación de un Código civil aragonés, en espera de que el español se hiciese realidad.

La propuesta de Gil de Berges es suficientemente significativa del clima que se respiraba en Aragón. Frente a lo que pudiera parecer en otros territorios, particularmente en Cataluña merced a las ideas de algunos de sus juristas más representativos, en Aragón codificación y derecho foral no eran conceptos contradictorios sino complementarios. La mejor manera de actualizar y, en este sentido también, de conservar el derecho propio era precisamente codificarlo.

En el prólogo que redactó con fecha de 31 de diciembre de 1879 para la *Recopilación de Fueros y Observancias vigentes de este antiguo Reino de Aragón*, de Emilio Peña, Gil de Berges ponía de manifiesto la necesidad en que se encontraba el derecho español de ser codificado. Esta empresa no había podido realizarse hasta ese momento debido a la exacerbación del «espíritu provincial», al «provincialismo» particularmente vigoroso en su tiempo. Sin embargo, la situación tanto del derecho castellano, como de los derechos forales, le parecía a este jurista aragonés insostenible. Sus fuentes, escritas en latín o en lenguas vulgares de difícil lectura, se hallaban dispersas, sin que la actuación de las Cortes sirviera apenas para actualizar algo el derecho existente⁸³.

Con relación al derecho aragonés, reconocía Gil de Berges la necesidad de codificar sus principios, sin renunciar a ellos. Se evitarían así problemas derivados muchas veces de la ignorancia de los jueces, de las dificultades de interpretación o de la aplicación de leyes propias de otros tiempos, opuestas al principio de igualdad moderno. Por todo ello, y en espera de la codificación común, e incluso como vía para su preparación, Gil de Berges proponía la codificación del derecho aragonés, sirviéndose del proyecto de 1851 en aquellas materias

⁸³ «La legislación castellana, que apenas si rige completa en dos tercios del territorio español, y que, perezosamente y a retazos ha podido recibir, con el concurso de los cuerpos deliberantes de la Nación, algo de la influencia del adelanto en el mundo, tiene aun sus más importantes fuentes escritas en lengua muerta, o por lo menos en romance, cuya traducción á idioma vulgar exige larga preparación literaria, ó extensos glosarios que faciliten la inteligencia del texto. La suerte de las legislaciones forales es todavía más precaria. Subsisten a modo de una momificación de la edad media. (...). Ni aun ediciones autorizadas y oficiales, agotadas ya las de los tiempos remotos, pueden hoy hacerse». *Recopilación por orden de materias de los Fueros y Observancias vigentes en el antiguo reino de Aragón, adicionada con la Jurisprudencia del tribunal supremo de Justicia y precedida de un prólogo del Excmo. señor don Joaquín Gil Berges*, Imprenta del Hospicio Provincial, Zaragoza, 1880, p. VI.

que no alterasen el provincial. En definitiva, argumentaba este jurista, el castellano era ya supletorio en Aragón. Este Código podría ser elevado a las Cortes para su aprobación oficial como ley de Aragón. Para su realización, Gil de Berges proponía la convocatoria de un congreso de jurisconsultos aragoneses que abordase como objetivo la redacción de este proyecto⁸⁴.

El congreso efectivamente se realizó, a impulsos del Colegio de Abogados de Zaragoza, entre el 4 de noviembre de 1880 y el 7 de abril de 1881. Sin embargo, para entonces un Real Decreto de 2 de febrero de 1880, firmado por el Ministro de Justicia Álvarez Bugallal, había reiniciado las tareas de redacción de un Código civil español, alterando así los objetivos propuestos por Gil y Berges. El Decreto preveía la incorporación a la Comisión de Códigos de un representante de cada territorio dotado de «fueros» especiales, incluyendo a Galicia. El propósito declarado en el decreto era determinar aquellas instituciones forales que, por su arraigo y utilidad, fuera conveniente conservar en estas provincias como derecho excepcional del general establecido en el Código⁸⁵. Se pretendía así cumplir definitivamente con el mandato codificador incluido en las sucesivas Constituciones del siglo XIX. En este caso se trataba del artículo 75 de la Constitución de 1876 que, como su predecesora de 1869 (art. 91), había recuperado la posibilidad gaditana de introducir «las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes».

De esta manera, el Congreso de jurisconsultos aragoneses centró sus trabajos en la discusión de las instituciones forales que debían conservarse y en la redacción de un Código de derecho aragonés que rigiera como ley en Aragón hasta que el nuevo Código entrara en vigor; tarea esta última que no llegó a ejecutar. En su sesión de 18 de noviembre de 1880, el congreso de juristas había aprobado ser oportuno y conveniente «la codificación del derecho foral vigente» aceptando «las reformas y supresiones aconsejadas por la experiencia». Una vez realizado el Código aragonés, debía solicitarse que rigiera como ley en Aragón «mientras no se publique el Código general civil de España». En caso de redactarse un proyecto de este último, se solicitaría la inclusión en él de «las instituciones fundamentales del derecho civil aragonés, como derecho general de España o como derecho particular de Aragón». Por último, después de «formado el Código civil aragonés» se acudiría al «general de España para suplir sus deficiencias»⁸⁶. Como sabemos, finalmente se aprobaría un Código civil español en 1888-1889, con un sistema de apéndices de derecho foral. La «codificación» y el «derecho foral», forjados a lo largo del siglo XIX, habían logrado conciliarse, perdiendo ambos algo de su fuerza conceptual. Razón e Historia, de acuerdo con el tópico numerosas veces repetido por los juristas de aquel tiempo, habían logrado llegar a un acuerdo. El decreto de 2 de febrero de 1880, con

⁸⁴ *Idem*, pp. V-XX.

⁸⁵ El Decreto fue publicado en la *Gaceta de Madrid* del 7 de febrero de 1880, p. 341. Manejo copia del Decreto reproducida en Ambrosio TAPIA, *Aragón ante la Codificación General Civil de España*, Tipografía de Julián Sanz, Zaragoza, 1880, pp. 27-37.

⁸⁶ Sobre este congreso *Vid.* Joaquín COSTA, *La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses* [introducción de Jesús DELGADO], Zaragoza, 1981, pp. 91-92.

su integración de los territorios forales en la Comisión de Códigos, había abierto una nueva etapa que cierra, sin embargo, nuestro trabajo. Su análisis corresponde a otros colaboradores de este número del Anuario.

RAFAEL D. GARCÍA PÉREZ

La postcodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta

SUMARIO: I. Introducción: Unidad de Códigos y Codificación.–II. La situación de los territorios denominados «Forales» después de 1889. 1.º El imposible camino de los Apéndices. 2.º La nueva organización: el Decreto de 23 mayo 1947. 3.º El resultado del Decreto de 1947: Las Compilaciones del Derecho civil. 4.º Los problemas iniciales.–III. Las fórmulas constitucionales. 1.º El constitucionalismo histórico: las fórmulas «unos mismos Códigos» y la fórmula regionalista. 2.º El Artículo 149,1,8 CE. 3.º La doctrina constitucional. 4.º Las fórmulas para la asunción de competencias civiles en la primera generación de estatutos de autonomía. 5.º Las fórmulas en los de la segunda generación.–IV. El derecho civil post-constitucional. 1.º Competencias sobre conservación. 2.º Competencias sobre modificación y desarrollo.–V. Las legislaciones civiles allí donde no existan. VI. Conclusión. Bibliografía.

«La unidad en la legislación civil no puede conseguirse conservándose las nacionalidades.»

Durán i Bas

I. INTRODUCCIÓN: UNIDAD DE CÓDIGOS Y CODIFICACIÓN

El trabajo de un especialista en Derecho civil al examinar la historia de la Codificación suele limitarse a señalar las consecuencias que tuvo la decisión de mantener los diferentes sistemas denominados «forales» y la consecuente paradoja consistente en que el Código, paradigma del derecho único, no cumpliera el estándar europeo de la unificación. Aquella decisión legislativa produjo una

paradoja, que vuelve a repetirse en la actualidad, aunque por distintos caminos y con distintos argumentos: la Constitución de 1812 afirmó algo, la unidad de códigos, que el legislador posterior dejaría de lado al aprobar el artículo 5 de la Ley de Bases de 1888, en el que se diseñó la estructura del derecho civil. Y esta es la misma estructura que seguirá estando en el fundamento del tan complicado e interpretado artículo 149.1.8 CE. No hay que olvidar que en 1888, el pretexto constitucional para no llegar a la unidad de códigos fue otra disposición constitucional, el artículo 75 de la Constitución de 1876 que de nuevo y desde 1812, proclamaba que «unos mismos Códigos regirán en toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes»¹.

La «unidad de Códigos», ideal de la Codificación para garantizar el principio de igualdad y hacer efectivo así el de seguridad jurídica, pasó a la historia con el mantenimiento y la aceptación de lo que después vendrá en llamarse pluralidad del ordenamiento jurídico civil, en el que la convivencia de distintos ordenamientos llevará a la necesidad de organizar un sistema interno de fijación de reglas para la aplicación de uno u otro ordenamiento, creando la vecindad civil², así como un régimen complementario de normas de conflicto, a imagen y semejanza del derecho internacional privado (art. 15.1 CC)³.

La situación política del momento de la definitiva discusión de la Ley de Bases del Código, 1888, no estaba ya para muchas disquisiciones sobre la unidad de Códigos que a pesar de todo, venía proclamando la Constitución de la Restauración, vigente en aquel momento. El entonces reciente *Memorial de Greuges*, presentado por los catalanes en 1885 a la Reina regente⁴ apuntaba una serie de cuestiones que se hicieron presentes en las discusiones parlamentarias de la ley de Bases. Suelo citar la intervención del senador de la comisión de Códigos, Romero y Girón, que a las palabras de Duran i Bas, de frontal oposición al proyecto de Código Civil, señalaba que «las consecuencias legítimas de este espíritu regional, llevado a ese último extremo, han de ser que la legislación especial de Cataluña se haga por el Gobierno de Cataluña»⁵.

El objeto de este trabajo, sin embargo, no consiste precisamente en el análisis de los problemas de la Codificación civil para llegar al texto de un Código civil, más o menos general y más o menos original. Me propongo destacar que ni en sueños los «codificadores-discutidores» de la época pudieron imaginar que en España estarían vigentes en el momento en que escribo este artículo, hasta tres códigos civiles. Veamos las razones.

¹ Sobre la interpretación de esta norma en las discusiones sobre la Ley de Bases, Roca (1978), pp. 598-599, donde se reproduce el texto de las explicaciones del ministro Fco. Silvela a las críticas referidas a la conservación de los derechos forales.

² De la primera edición del TP del CC, actualmente contenido en los artículos 13, 14 y 15 CC.

³ Actualmente, contenidos en el artículo 16 CC.

⁴ Memorial de Greuges de 1885 a *Textos Jurídicos catalans. Llei i costums VI/1*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Barcelona, 1990. Edición facsímil.

⁵ Senado. *Sesión de 26 de febrero de 1889. Diario de sesiones núm 55*, págs. 920-921. Cita en Roca (1978), p. 605.

II. LA SITUACIÓN EN LOS TERRITORIOS DENOMINADOS «FORALES» DESPUÉS DE 1889

Los estudios sobre la Codificación civil suelen acabar aquí. Los civilistas, sin embargo, especialmente aquellos que nos hemos dedicado a una rama del ordenamiento civil periférica, es decir, a un derecho territorial o «foral», hemos tenido mucho interés en explicar lo ocurrido entre 1889 y 1960, en que entra en vigor la primera de las Compilaciones de Derecho civil y en que se consolida la situación de pluralidad, a pesar de que el Código civil hubiera declarado que el mantenimiento de los sistemas «forales» se efectuaba «por ahora». El artículo 12.2 CC, en su redacción inicial, decía que «en lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán "por ahora" [énfasis añadido] en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código [...]»⁶.

A estos efectos, se deben distinguir dos periodos, marcados por el Decreto de 23 mayo 1947, que puso en marcha el sistema de Compilaciones.

1.º *El imposible camino de los apéndices.* Antes del Decreto de 1947, la situación se caracterizó por una absoluta falta de actividad en la tarea de redacción del apéndice al Código civil, como preveía el artículo 6 de la Ley de Bases⁷. Digo falta de actividad y ello es en parte inexacto, porque en realidad, se formaron diversas comisiones en los diferentes territorios, cuyo cometido fue precisamente la redacción de un proyecto de apéndice. Lo que ocurrió fue que solo llegó a convertirse en ley el de Aragón, que fue aprobado por un Real-Decreto Legislativo de 7 noviembre 1925, para comenzar a regir con fuerza de ley el 2 enero 1926⁸. En realidad, el artículo 13 CC estableció un sistema especial para el derecho civil de Aragón y el de Baleares: el Código empezaba a regir inmediatamente de su entrada en vigor y ello con respeto a sus propias instituciones. Posiblemente esta regla fue un acicate para la redacción del Apéndice aragonés, aunque el pretexto inmediato fuera la dura oposición de los aragoneses frente a la jurisprudencia unificadora del Tribunal Supremo en materia de sucesión intestada⁹. Efectivamente, Gil Berges sugería como remedio a esta

⁶ El texto de este artículo coincidía exactamente con el del artículo 5.º de la Ley de Bases de 1888.

⁷ El artículo 6 decía que «el Gobierno, oyendo a la Comisión de Códigos, presentará a las Cortes, en uno o en varios proyectos de Ley, los apéndices del Código civil, en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen».

⁸ LACRUZ BERDEJO (1958), p. 33, decía a este respecto que «después de la ley de Bases, únicamente llegó a convertirse en ley el apéndice, poco feliz, que contiene el Derecho de Aragón», porque las otras regiones «se resistieron a una medida que suponía la desvertebración de su sistema jurídico».

⁹ Así lo señala CASTRO (1949), p. 275, quien criticaba el texto del Apéndice por ser de barroca sintaxis y falta de claridad (p. 277).

situación, que urgía que se activara la tramitación ante la Comisión de Códigos y ante el Parlamento, de los respectivos Proyectos de Apéndices regionales ¹⁰.

Quien pretenda imputar a los foralista poco interés en la redacción de los Apéndices se equivoca, ya que en todas las regiones se formaron comisiones de juristas que se encargaron de redactar textos privados en los que se recogían las diversas instituciones que a juicio de aquellas comisiones, continuaban vigentes. En muchas de las exposiciones de motivos de las Compilaciones, a las que luego me referiré, se alude a las distintas comisiones y proyectos que sirvieron para la redacción posterior de los textos compilados. Su valor es remarcable para calibrar los resultados que se obtuvieron, pero en este momento, dichos textos tienen solo un interés histórico, como antecedentes de las respectivas compilaciones ¹¹.

2.º *La nueva organización: el Decreto de 23 de mayo de 1947.* El Decreto de 1947 marcó un antes y un después en la organización del sistema del derecho civil español. El Decreto fue el efecto inmediato del Congreso de Derecho civil de Zaragoza, celebrado en 1946, cuya finalidad fue la de proporcionar los criterios para la organización de la coexistencia, con el Código civil, de los denominados derechos forales, y todo ello con la finalidad de evitar la desaparición definitiva de los primeros y conseguir un código único. En el Congreso de 1946 ¹² se llegó a una serie de conclusiones partiendo de la idea básica de que era conveniente la elaboración de un Código general, ya que «la realidad y los problemas a que se refieren las anteriores declaraciones hechas por este Congreso aconsejan una solución que debe ser inmediatamente abordada y que tendrá como fin la elaboración de un Código general del Derecho civil». La finalidad de este proceso debía ser «la elaboración de un Código general de Derecho civil, que recogiera las instituciones de Derecho común, de los Derechos territoriales o forales y los peculiares de algunas regiones, teniendo en cuenta su espíritu y forma tradicional, su arraigo en la conciencia popular y las exigencias de la evolución jurídica y social». En este proceso se preveían las siguientes etapas: «1.ª La Compilación de las instituciones forales, teniendo en cuenta, no solo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente», y «2.ª publicadas las Compilaciones y tras el natural periodo de su divulgación y estudio, se determinará la fórmula más conveniente de recoger en el futuro Código general de Derecho civil español las instituciones a que se refiere el párrafo primero».

A continuación, el Decreto de 23 mayo 1947 creó las Comisiones de juristas para el estudio y ordenación de los Derechos forales y decía en su Exposi-

¹⁰ GIL BERGES (1929), p. 93-94, donde decía que con la aprobación de los apéndices «se pondrá freno a esta manía invasora de parte del poder judicial en las esferas exclusivas del legislativo»

¹¹ La historia de los diferentes proyectos propuestos por las Comisiones de cada uno de los derechos puede consultarse en los comentarios a las Compilaciones publicados en la obra *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Puede verse CELAYA IBARRA (1978), p. 12 y ss; IGLESIAS CORRAL (1979), pp. 9-17; NOGUERA ROIG (1980), p. 6 y ss; BANDRÉS J-M y BANDRÉS, R.M. (1986), pp. 3-11 y NAGORE YÁRNOZ (1994), preámbulo, *in totum*.

¹² El principal resumen de este Congreso se encuentra en la obra de LACRUZ (1958), pp. 1-16, que recoge el artículo publicado por el autor en *ADC*, I, 1948, pgs. 145 ss.

ción de motivos que «La coexistencia en España de distintos ordenamientos civiles, reveladores en su misma variedad de la riqueza de nuestra tradición jurídica, ha planteado al legislador, desde la época, ya remota, de la Codificación, un problema todavía no resuelto satisfactoriamente, no obstante lo preceptuado en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, y a pesar de que su solución justa y armónica debe ser preferente tarea para un Estado que tenga plena conciencia de la unidad de sus destinos y de la alteza y trascendencia de los fines que está llamado a cumplir. Recogiendo el Gobierno estas conclusiones [las del Congreso de Zaragoza] en lo que tienen de esencial, para dar muestra una vez más de su sensibilidad ante las realidades nacionales, inicia por el presente Decreto la preparación de un Código general, mediante un proceso de elaboración, cuya primera etapa ha de ser *la compilación de las instituciones forales*, lo que dará lugar a la comunicación de los distintos derechos hispánicos, en busca de aquellos principios comunes en los que se asentó el espíritu cristiano y nacional de nuestra unidad, nuestra libertad y nuestra grandeza». El artículo 1 de este decreto creó las Comisiones de Juristas, cuya misión era «llevar a cabo la Compilación de las instituciones forales o territoriales que sirva de base a su regulación y ordenación definitiva», señalando como punto de partida «los actuales Proyectos de Apéndices para llegar a una sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente, adaptándose a la sistemática del Código civil y evitando coincidencias y repeticiones».

¿Se había solucionado lo que en palabras de Castro constituía la tan traída y llevada *cuestión foral*? Castro había distinguido la que denominaba «cuestión del Derecho civil foral» de la «cuestión foral». La primera respondía a lo relativo a la unificación del Derecho civil, que consideraba un problema de política jurídica o *de lege ferenda*, mientras que la segunda se refería a lo relativo a «autonomía, regionalismo, separatismo». Castro reconocía que el término foral en el derecho civil «se concreta al fenómeno de la existencia en el Derecho español, de una diversidad local de reglas civiles»¹³, que entiende debe discutirse y ponderar si resulta más conveniente mantener la diversidad legislativa o ir a la unificación¹⁴. Ferviente partidario de la unificación, Castro encontró por lo menos esperanzador que en las conclusiones del Congreso de Zaragoza se hubiese aceptado la necesidad de una Codificación unitaria¹⁵.

Llevaba razón Castro cuando, de forma subliminar, ligaba el problema de la pluralidad del Derecho privado con la cuestión política. Esto había estado presente en las discusiones sobre la Constitución de 1931, se había reproducido en la disputa de la ley de contratos agrarios catalana ante el Tribunal de Garantías constitucionales, y en aquel momento, por lo menos en Cataluña, se ligaba al

¹³ CASTRO (1949), pp. 210-211.

¹⁴ «Su planteamiento no puede escamotearse hoy, aunque repugne al jurista mezclarse -corriendo el peligro de contagio-, o que le mezclen, en el tumulto de desbocadas pasiones e irreflexivo sentimentalismo que ha ido condensándose en torno suyo; lo ha hecho posible el propósito, solemnemente declarado, del Poder público de buscarle una pronta solución legislativa». CASTRO (1949), p. 213.

¹⁵ CASTRO, (1949), p. 235.

elemento nacional juntamente con la lengua, a través de los planteamientos nacionalistas de Prat de la Riba, heredados por los juristas catalanes de los años 40 y aun repetidos hoy, de acuerdo con los que se insistirá en identificar como elementos determinantes de la nacionalidad en el Derecho y la lengua catalana. Había sido Duran i Bas quien recogiera esta identificación al decir que «mientras conserva su autonomía, un pueblo tiene un derecho privado nacional»; «la unidad en la legislación civil no puede conseguirse conservándose las nacionalidades»; «ó es necesario afirmar que las leyes y sobre todo las políticas y civiles, pueden vivir en divorcio con las ideas ó costumbre de un pueblo en vez de ser su expresión en cada época de la historia, ó se debe reconocer que la idea de universalidad, en la cual descansa la de unidad del derecho civil entre todos los pueblos, no debe imperar por ahora, ó sea mientras las condiciones sociales de cada uno no hayan adquirido carácter de universalidad», porque, «no es posible llevar al derecho civil, en nombre de la unidad, un sistema uniforme de reglas que, destinadas por su naturaleza á regular las relaciones jurídicas, habrían de uniformar el modo de pensar, sentir y obrar de todos los pueblos»¹⁶. Sí se producía una interferencia política en la defensa del mantenimiento de la pluralidad civil en España, al menos en una parte del país. La Compilación llegará a constituir una razón para la defensa de algo más profundo, como va a suceder en Cataluña al tratar el problema de la supletoriedad del Código de comercio, ya a finales de los años 60.

3.º *El resultado del Decreto de 1947: Las Compilaciones de Derecho civil.* No es necesario en este artículo explicar de forma extensa la historia de cada una de las Compilaciones. Baste decir que, completando lo establecido en el Decreto de mayo de 1947, la Orden de 24 junio del mismo año constituyó las comisiones de juristas en cada territorio con derecho propio, creándose las de Aragón, Cataluña, Galicia, Baleares, Navarra, Alava y Vizcaya.

En un periodo de tiempo que comienza en 1959 y finaliza en 1973, se aprobaron las respectivas Compilaciones, por el siguiente orden cronológico:

- Vizcaya y Álava. Ley de 30 julio de 1959.
- Cataluña. Ley de 21 julio de 1960.
- Baleares. Ley de 19 abril de 1961.
- Galicia. Ley de 2 diciembre de 1963.
- Aragón. Ley de 8 abril de 1967.
- Navarra. Ley de 1 marzo de 1973.

Este era el panorama existente en el momento de entrada en vigor de la Constitución de 1978.

4.º *Los problemas iniciales.* La entrada en vigor de las Compilaciones produjo diversas consecuencias, algunas positivas y otras que incrementaron los problemas ya existentes. Entre las positivas, la más importante fue la de la

¹⁶ Estas referencias se toman de la obra de DURÁN I BAS. *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. Barcelona. Imprenta de la Casa de la Caridad, 1883, introducción, paginada en romanos. Esta introducción se publicó también con el título «La Codificación» en los *Escritos jurídicos varios de don Manuel Durán y Bas*.

seguridad en la certeza del derecho vigente. Al desaparecer el derecho supletorio histórico, es decir, el Derecho romano y el canónico, aplicados por el Tribunal Supremo cuando era alegado por las partes litigantes, el derecho aplicable se hizo más seguro, aunque las pocas estadísticas que se pueden obtener del grado de aplicación de las Compilaciones a partir de sentencias de los tribunales y especialmente del Supremo, demuestran que el número más importante de casos provino de Cataluña, como había ocurrido ya hasta aquel momento.

Los problemas se mantuvieron y empezaron a surgir otras dificultades importantes en lo relativo a la aplicación del derecho territorial o «foral»¹⁷, que tienen su origen en muy distintos aspectos y que pueden identificarse en los siguientes: i) la propia denominación de Compilación. Las primeras Compilaciones recibieron el nombre de «Compilación del Derecho civil especial de». En cambio, en 1967, la Compilación aragonesa eliminó la expresión «especial» y ello fue entendido por los juristas aragoneses y también por los demás, como un paso adelante en la consideración de la naturaleza de los derechos forales; Castro había definido el denominado derecho foral como «el conjunto de privilegios locales heterogéneos que, como Derecho excepcional no derogado, se conserva en ciertos territorios que tuvieron fueros o costumbres especiales»¹⁸ y le atribuyó los caracteres de derecho particular, excepcional y privilegiado, para el que no regía de modo completo la regla *iura novit curia*¹⁹. Por ello, la desaparición del adjetivo «especial» podía considerarse como un paso adelante en la determinación de la naturaleza de estos derechos; ii) la extensión del texto articulado, porque es conocida la historia de la oposición de la Comisión de Codificación al texto del Anteproyecto de la Compilación catalana debido en parte a la longitud del texto, que tuvo que ser refundido en artículos más largos²⁰; en cambio, la última de las redactados, la Compilación del Derecho civil de Navarra contiene 596 leyes, que amplían considerablemente el ámbito del derecho civil de Navarra, y iii) las relaciones de la Compilación con el Código civil, especialmente en lo que se refiere a su aplicación como derecho supletorio, produjo importantes perturbaciones ya desde la entrada en vigor de la primera Compilación. El aspecto más problemático se planteaba desde la aprobación del Código de comercio, cuyo artículo 50 establece que «en todo lo que no

¹⁷ He evitado desde hace mucho tiempo la utilización de la palabra «foral», porque si bien identifica claramente una parte de estos sistemas, como Vizcaya, Álava y Navarra, donde sí estuvieron en vigor leyes históricas con denominación «Fuero», no ocurre lo mismo en otros territorios, como Baleares y Cataluña. Viendo que el Decreto de 1947 utilizó como sinónimos la expresión territorial o foral, parece que la terminología que se utiliza después se inclinó más por la palabra «especial».

¹⁸ CASTRO (1949), p. 246.

¹⁹ Las conclusiones de la 1.ª ponencia del II Congrés Jurídic català, celebrado en 1971, ponían de relieve la característica de estado plurilegislativo que tenía el estado español, no consentía «històricament ni conceptualment, ni atenint-se al dret vigent que preponderi sobre els altres qualsevol dels sistemes jurídics que la componen, perquè els diversos drets hispànics es troben uns en presència dels altres, comptant-hi el Dret del Codi civil español, sense que entre ells hi hagi cap vincle de subordinació ni de dependència, sinó tan sols el procedent de la unitat de l'Estat». *Llibre del II Congrés Jurídic català*, p. 803.

²⁰ SALVADOR CODERCH (1981), p. 108 y 112.

se halle establecido expresamente en este Código o en las Leyes especiales», los contratos mercantiles se regirán por «las reglas generales del Derecho común». La interpretación de la expresión *derecho común* fue objeto de discusiones encontradas. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 junio de 1968 consideró que el derecho común para los catalanes estaba incluido en su Compilación, por lo que entendió aplicable a las obligaciones mercantiles la prohibición vigente en aquel momento, de que la mujer casada pudiera avalar a su marido²¹, porque el derecho catalán era el supletorio del Código de comercio.

Todas estas cuestiones y otras menos complejas suscitaba la situación de los derechos civiles territoriales antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978. En resumen: se habían aprobado y estaban en vigor, seis compilaciones; la denominación, la estructura y el método de cada una de ellas era distinto, pudiendo distinguirse dos familias: la de la primera etapa, simples compilaciones o como gusta de llamarlas Salvador, un apéndice en sentido estricto²² y las de la segunda etapa, más ambiciosas, que incluían sistemas propios de fuentes (arts. 1-3 CDCA²³ y Leyes 1-6 del Fuero Nuevo de Navarra²⁴) y que regulaban de forma extensa no solo instituciones tradicionales, como las testamentarias y las relativas al régimen de bienes, sino instituciones auténticamente nuevas, como ocurrió con algunas de las contenidas en la Compilación de Navarra²⁵.

III. LAS FÓRMULAS CONSTITUCIONALES

1.º *El constitucionalismo histórico: las fórmulas «unos mismos códigos» y la fórmula regionalista.* En el constitucionalismo español se pueden distinguir dos tipos de opciones en relación a la ordenación del sistema civil: la primera es la opción unificadora, contenida en todas las constituciones del siglo XIX, comenzando por el artículo 258 de la Constitución de 1812. Los artículos de estas constituciones partían de una idea común: los Códigos civil, penal y de comercio debían ser únicos para toda España. Sin embargo, se añadió una excepción aprovechada, como ya se ha dicho, para justificar que el Código civil pudiera contener «excepciones», al añadirse en estos artículos la excepción «sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes»²⁶. Un segundo grupo exigía la unidad sin excepciones.

²¹ Un resumen de la discusión en Roca (1984), pp. 256-258.

²² SALVADOR CODERCH (1981), p. 111.

²³ Sobre estos artículos, ver BANDRÉS, José M. y BANDRÉS, Rosa M. (1986), pp. 12 y ss. y DELGADO, (2007), § 2 *in totum*

²⁴ Ver SANCHO REBULLIDA (1994), p. 219-259 en relación a la costumbre contra ley y NAGORE YÁRNOZ (1994), p. 259-288, en relación a los principios generales del derecho navarro.

²⁵ Así en la regulación de las prohibiciones de disponer (Leyes 481-482); la venta con pacto de reserva de dominio (Leyes 483-485); el derecho de superficie y los derechos de sobreedificación y subedificación (Leyes 427-442) y toda la parte relativa a las obligaciones, contenida en el Libro VIII de la Compilación.

²⁶ La Constitución de Cádiz, de 1812, utilizó la expresión «Los Códigos civil y Criminal y el de Comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que

Sin embargo, la deseada unidad del derecho civil desaparece en la Constitución de 1931. El artículo 15 de esta Constitución se apuntaba a lo que se denominó en su momento *modelo regionalista*, porque atribuyó al Estado la competencia sobre la legislación penal, la social, la mercantil y la procesal, pero en lo relativo a la legislación civil solamente quedaba atribuido al Estado lo relativo a «la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España». Añadía el artículo 16 de la propia Constitución que «en las materias no comprendidas en los dos artículos anteriores podrán corresponder a las competencias de las regiones autónomas la legislación exclusiva y la ejecución directa conforme a lo que dispongan los respectivos Estatutos [...]». De aquí que haya que concluir que ciertamente se trataba de un modelo más amplio que el creado en la vigente Constitución, en el que la competencia en materia civil queda limitada a aquellas Comunidades autónomas en las que estuviera vigente «derecho civil especial o foral» en el momento de su entrada en vigor (veremos después el caso de Valencia) y además, las competencias se hallaban mejor delimitadas, aunque fueron objeto de discusión en algunos casos muy conocidos. El asunto de la Ley catalana de contratos de cultivo²⁷ fue un tema determinante, pero no puede decirse que se tratara de una discusión puramente jurídica, ya que el problema se centraba en la tendencia protectora de los cultivadores frente a la de la protección de los propietarios, agrupados en el conservador Institut Agrícola Català de Sant Isidre. En cualquier caso, debe ponerse de relieve que los argumentos utilizados por quienes se oponían a la ley, se fundaban en las competencias atribuidas estatutariamente a Cataluña.

2.º *El artículo 149.1,8 CE.* La redacción del artículo 149.1.8 CE ofrece mayores dificultades interpretativas, que no pueden discutirse en este ámbito, aunque sí, por lo menos, reseñarse. Este es uno de los artículos de redacción más atormentada en la vigente Constitución y atribuye, en principio, al Estado, la competencia exclusiva sobre la legislación civil, del mismo modo como le había ya atribuido dicho tipo de competencia sobre la legislación mercantil, penal y penitenciaria (art. 149.1, 6 CE); la legislación procesal (art. 149.1, 6 CE); la legislación laboral (art. 149.1, 7 CE) y se la atribuirá más adelante sobre la propiedad intelectual e industrial (art. 149.1, 9 CE). La doctrina española siempre ha mostrado su perplejidad ante dicho artículo; en él se introducen una serie de problemas muy interesantes que van más allá de los tradicionalmente estudiados en relación con las fórmulas consistentes en la unidad de códigos, que, como se ha visto antes, no se respetaron en absoluto en la redacción de la Ley de Bases de 1888.

por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes» (art. 258). A partir de la Constitución de 1837 se utilizará la fórmula «unos mismos Códigos», que variará en sus formas, ya que en algunas Constituciones no se incluye la expresión «sin perjuicio», como ocurre en el artículo 4 de la Constitución de 1837 y de la de 1845, que sí se incluyeron en el artículo 91.3 de la Constitución de 1869 y el 75 de la de 1876.

²⁷ RUBIO LLORENTE (1982-83), p. 36

Los problemas, nuevos, son: i) el alcance de la competencia; ii) los titulares de dicha competencia; iii) el contenido del concepto «legislación civil». Dije una vez que dicho artículo no hacía más que traducir a un lenguaje más moderno, los antiguos artículos 12 y 13 CC 1889²⁸, pero que se creaba constitucionalmente una estructura nueva que ya no se basaba en las excepciones mantenidas en 1888 y 1947, sino que al reconocerse la estructura autonómica del Estado español, la interpretación era absolutamente diversa.

Las interpretaciones doctrinales de dicho artículo se agrupan en torno a tres tendencias o corrientes de pensamiento:

a) *Las tendencias maximalistas* que entienden que el Derecho civil que se aplica en Cataluña es el derecho catalán y que por tanto, debe irse más allá del texto compilado, tendencia que viene acompañada por la de quienes entienden que la expresión «materia civil», contenida en el artículo 149.1, 8 CE es toda aquella que es susceptible de ser regulada por el derecho civil autonómico. En esta línea se pronunciaba el artículo 129 EAC/2006 y es el utilizado en el artículo 30.27 del EIB/2007.

b) *Las posiciones restrictivas* son aquellas que consideran que si bien a partir de la entrada en vigor de la Constitución es posible mantener una disparidad legislativa en materia civil, la diversidad no podía ir más allá del sector familiar y del sucesorio, por lo que quedan excluidas aquellas materias, sobre todo las económicas, las referidas al derecho de contratos, garantías reales, etc.

c) *Las teorías foralistas*. Se trata de quienes partiendo del texto vigente de cada compilación en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, entienden que la actividad legislativa de las CCAA debe desarrollar los principios contenidos en el sistema y ampliar las competencias en materias conexas con el derecho civil²⁹.

3.^a *La doctrina constitucional*. El TC, en su sentencia 88/1993, acogió la que se denominó «tesis foralista», con el significado ya visto y ha seguido manteniéndola en la última sentencia que se pronuncia sobre el Estatuto de autonomía de Cataluña (STC 31/2010).

La doctrina se ha mantenido, pero debemos preguntarnos qué caso ha hecho el legislador autonómico de las interpretaciones del TC sobre este complejo artículo. La respuesta, desde el punto de vista de la autoridad del intérprete constitucional es desoladora, porque por una parte mantiene la tesis que

²⁸ ROCA TRIAS (1979), pp. 28-29.

²⁹ Pueden citarse los siguientes trabajos: LASARTE (1980). *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*. Madrid, Civitas; DELGADO (1982). «La potestad legislativa de la Generalitat de Cataluña sobre el Derecho civil catalán». *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*. Barcelona, 1982, pp. 39-56; PUIG SALELLAS (1982). «El concepte de Dret civil català a l'Estatut de Catalunya». *Jornades*, cit., pp. 107-113; ROCA TRIAS (1983) «L'estructura de l'ordenament civil». *Revista Jurídica de Catalunya*, pp. 125 ss; SALVADOR CODERCH (1984). «El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo art. 1 de la Compilación catalana». *Revista Jurídica de Catalunya*, p. 7. Un análisis reciente en MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2011), pp. 215-221. Allí se hace eco de las tesis que entienden que «se ha desdibujado el diseño propuesto en la Constitución de 1978»; ver además, las obras que cita en las notas 115 y 116. Existen muchas más obras sobre este tema, pero no se requiere aquí la exhaustividad.

podríamos llamar foralista, que no deja de ser una modalidad de la restrictiva y al mismo tiempo, mantiene la legislación civil de Valencia con base en unos argumentos, constitucionalmente plausibles, pero alejados del texto del artículo 149.1, 8 CE³⁰.

4.º *Las fórmulas para la asunción de competencias civiles en la primera generación de estatutos de autonomía.* Los primeros Estatutos de autonomía utilizaron fórmulas prudentes, generalmente ambiguas, a la hora de fijar el alcance de sus competencias civiles. Los diferentes artículos estatutarios asumían la competencia sobre la conservación, modificación y desarrollo del derecho civil, foral o especial, con algunas variantes, como el artículo 10.5 EAPB que hacía una referencia directa al Derecho «escrito o consuetudinario propio de los territorios históricos que integran al País Vasco y la fijación del ámbito territorial de su vigencia», porque son de sobras conocidos los problemas que ésta plantea. También presentaba una particularidad el artículo 27.4 EAG que en vez de aludir al Derecho civil, lo hacía a las «instituciones del Derecho civil gallego» y el artículo 35.4 EAAR utilizaba una fórmula más parecida al artículo 149.1, 8 CE, cuando hablaba del Derecho civil aragonés, «sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado». El artículo 30.27 EAIB, introducía la fórmula antes aludida y que se repite en el mismo artículo del vigente estatuto, donde se establece la competencia sobre la «Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio de las Illes Balears, incluida la determinación de su sistema de fuentes, excepto las reglas relativas a la aplicación y la eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de Leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal». El artículo 48 del Amejoramiento de Fuero de Navarra (LO 13/1982, de 10 agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen foral) establece respecto a la competencia civil, que:

«1. Navarra tiene competencia exclusiva en materia de Derecho Civil Foral. 2. La conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante Ley foral.»

En esta primera generación de Estatutos de autonomía se introdujeron tres elementos que rompieron desde el primer momento el que podríamos llamar panorama consolidado a partir del decreto de 1947: el primero, el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (LO 5/1982, de 1 julio), que asumió en el artículo 49.2, la «conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano». El segundo, la referencia a la competencia en materia de derecho consuetudinario, contenida en el artículo 16 EAAs (LO 7/1981). Y el tercero, la asunción de la competencia sobre la «conservación, defensa y protección del Fuero de Baylio e instituciones de derecho consuetudinario», conte-

³⁰ Ver los distintos comentarios a esta STC 31/2010, debidos a BADOSA, EGEA y ROCA en *Revista catalana de Dret públic*, 2010, pp. 330-348.

nida en el art. 9.4 EAEx (LO 1/1983). Quedaba así dibujado, al menos en el plano teórico, un amplio panorama sobre lo que debía ser entendido como sistema civil español a partir de la Constitución de 1978.

5.º *Las fórmulas de la segunda generación.* Una vez pronunciada la STC 88/1993, de 12 marzo, completada por la 156/1993, de 6 mayo, los estatutos de autonomía de la segunda generación son un poco más cuidadosos en la definición de sus competencias civiles. Se incluye, además, un nuevo elemento que constituye la categoría de las competencias conexas, a partir de la STC 37/1987, de 26 marzo, relativa a la Ley de reforma agraria andaluza, lo que permitirá ampliar el grupo de comunidades autónomas que ostentan un título para legislar en materia civil, si bien de forma conexa a su competencia principal. Además, la Comunidad Valenciana se pone a ejercer de forma real y efectiva su competencia en materia civil. De ahí que esta segunda generación de estatutos tenga una tendencia ampliadora de la competencia. Por tanto, durante el periodo de reformas estatutarias llevado a cabo a lo largo de la década del 2000, las fórmulas por medio de las que se asume la competencia en materia civil en territorios con derecho propio, van a ser más amplias y con pretensión de ofrecer una interpretación, a nivel estatutario, de lo que debe entenderse por Legislación civil, en la complicada y tormentosa redacción del artículo 149.1, 8 CE.

Algunos Estatutos mantienen una fórmula coincidente con la del artículo 149.1.8 CE, aunque variando la contenida en el primer estatuto de autonomía que ahora se reforma. Así, por poner un ejemplo, la modificación del Estatuto de autonomía de Galicia, efectuada por LO 18/2002, de 1 julio, mantuvo en el artículo 27.4, la competencia exclusiva para legislar sobre «conservación, modificación y desarrollo de las instituciones del derecho civil gallego», tal como ya se había redactado en el Estatuto de 1981. Así mismo, el Estatuto de Aragón, aprobado por LO 5/2007, de 5 abril, establece en su artículo 71, 2.ª que son competencias exclusivas la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes», mientras que en el anterior, aprobado por LO 8/1982, se establecía que correspondían a la comunidad autónoma las competencias relativas a la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, así como del proceso civil derivado de las peculiaridades de su derecho sustantivo».

Otros Estatutos cambiaron de una manera clara y rotunda la fórmula de atribución competencial en relación al derecho civil. En ellos se pretende compaginar la norma constitucional con la ampliación de las competencias, ya que en algunas comunidades autónomas se había legislado más allá de las existentes compilaciones, como en Cataluña y Aragón.

Por orden cronológico de aprobación, se citan los diferentes artículos de los vigentes estatutos. En el Estatuto de Autonomía del País Valenciano³¹, el art. 49.1, 2 atribuye a la Generalitat valenciana la competencia exclusiva sobre la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral valenciano»; el anterior estatuto contenía la misma fórmula, con el único cambio respecto al adjetivo utilizado, ya que en la disposición actual se añade «foral», que no aparecía en

³¹ LO 1/2006, de 10 abril. Ver los precedentes en MONTÉS (2007), pp. 274-279.

el anterior texto. El Estatuto de Autonomía de Cataluña, dice en su artículo 129, que «corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con excepción de las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña». El Estatuto de Autonomía de les Illes Balears³², en su artículo 30.27, atribuye a la Comunidad autónoma la «conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio de les Illes Balears, incluida la determinación de su sistema de fuentes, excepto las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del derecho de competencia estatal». El Estatuto de autonomía de Aragón, establece las competencias exclusivas en el artículo 71, 2.^a, sobre la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés, con respeto a su sistema de fuentes»³³. No debe olvidarse tampoco en este panorama, el artículo 9.4 del Estatuto de autonomía de Extremadura³⁴, que asume la competencia sobre «conservación, defensa y protección del Fuero del Baylío e instituciones de derecho consuetudinario».

Esta segunda generación de estatutos de autonomía, convive con la primera, ya que algunos estatutos no se han modificado, como el EA del País Vasco, o han mantenido inalterada la parte referida a las competencias civiles (Estatuto de las Islas Baleares). Se observan algunas modificaciones, si se quiere sutiles, pero que el operador jurídico no puede echar en saco roto. De entrada debe ponerse de relieve que los distintos ordenamientos jurídicos territoriales no han mantenido una uniformidad a la hora de poner nombre a sus leyes civiles. Galicia se refiere simplemente a «las instituciones del derecho civil gallego»; Cataluña habla de «derecho civil», pero Aragón y Valencia siguen utilizando la expresión histórica de Derecho foral. Es cierto que hubo históricamente «Fueros» en Aragón y Valencia, así como en Navarra y el País Vasco, y solo en el sentido histórico puede admitirse hoy la utilización de esta expresión. Otra observación importante nos la proporciona el diferente trato que se ha dado a los distintos estatutos de autonomía: solo se ha impugnado ante el TC el estatuto catalán, no los de otras comunidades autónomas, con parecidos problemas en la redacción de las normas sobre competencias civiles; así, por ejemplo, el estatuto de las Illes Balears acoge una fórmula que se había también pensado para el Estatuto catalán, la de reproducir el artículo 149.1.8 CE, pero al contrario, es decir, para describir el alcance de la competencia autonómica se utilizaba la estatal, pero reconociendo únicamente como competencia exclusiva del estado la segunda parte del artículo 149, 1, 8 CE³⁵. La redacción final del artículo 129

³² LO 1/2007, de 28 febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

³³ LO 5/2007, de 20 abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

³⁴ LO 1/2011, de 28 enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad autónoma de Extremadura.

³⁵ En el texto *L'estatut d'autonomia de Catalunya de 2006. Textos jurídics* (2006), las diferentes redacciones del Estatuto, se manejaron diversas redacciones del artículo 129. Así en los documentos de trabajo elaborados por el Institut d'Estudis autonòmics entre junio 2004 y

EAC resulta mucho más prudente que la del artículo 30.27 EAIB y ésta, que está vigente desde el primer Estatuto de Autonomía de Baleares (LO 2/1983), no se ha impugnado, tal como ha ocurrido con la competencia civil en las instituciones del Derecho foral valenciano. Finalmente, la distribución de competencias por materias tanto a nivel constitucional, como en el estatutario ha hecho surgir una categoría de leyes civiles autonómicas impensables dentro de la distribución competencial. Me refiero a las leyes sobre asociaciones, fundaciones, cooperativas, parejas de hecho, protección de menores, etc., que forman parte de cada uno de los ordenamientos jurídicos autonómicos, incluso en Comunidades autónomas que no gozan de competencias civiles por estar vigente derecho «foral o especial» en el momento de la entrada en vigor de la Constitución. No voy a ocuparme de estas en este artículo, aunque haré referencia en otro apartado.

IV. EL DERECHO CIVIL POSTCONSTITUCIONAL

La Constitución atribuye competencias para legislar en materia civil, exclusivamente a seis comunidades autónomas, aunque las disposiciones estatutarias de la Comunidad valenciana han aumentado este número a siete. Estas disposiciones constitucionales hacen entrar a los derechos civiles históricos en una fase de ejercicio del poder legislativo totalmente autónoma y de acuerdo con las políticas legislativas que cada comunidad tenga sobre el alcance de sus competencias legislativas. Esto no aparecerá reflejado en el Estatuto de autonomía correspondiente, que se limita a establecer el marco más o menos amplio, de la competencia, sino que se dejará a la interpretación de cada legislador autonómico en el ejercicio del poder legislativo. De este modo, el Estatuto se convierte en el instrumento que legitima el ejercicio de la competencia, sin ajuste, muchas veces, a los límites en relación con las materias sobre las que un legislador civil autonómico no puede legislar. Las SSTC pronunciadas en materia de competencias civiles de las Comunidades autónomas donde existiera derecho propio en el momento de entrada en vigor de la Constitución, son prácticamente papel mojado: ¿de qué sirve limitar las competencias en materia de legislación civil (lo que hace la STC 31/2010) si en realidad ninguna comunidad va a respetarlos? Las SSTC se convierten así en un marco irreal, en el que únicamente van a

junio 2005, la redacción que se proponía del artículo era la siguiente: «Correspon a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de dret civil, inclosa la determinació del seu sistema de fonts, llevat de les regles relatives a l'aplicació i a l'eficàcia de les normes jurídiques, les relacions jurídicocivils relatives a les formes del matrimoni, l'ordenació dels registres i instruments públics, les bases de les obligacions contractuals, les normes per resoldre els conflictes de lleis i la determinació de les fonts del dret de competencia estatal». (T. I, p. 321). En el dictamen de la Comisión constitucional, el art. 129 quedaba redactado de la manera siguiente: «Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, con la excepción de las materias que el art. 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña» (T. II, p. 560). Esta redacción es la que se recoge finalmente en la LO 6/2006, de 19 julio, de reforma del Estatuto de Cataluña.

tener que moverse aquellas comunidades cuyos estatutos hayan sido impugnados ante el TC. ¿El complejo mundo civil depende solo de los acuerdos o desacuerdos partidistas?

Las competencias civiles se han ejercitado en diferentes fases y en diferentes estilos. Vamos a examinar cuál es la situación actual.

1.º *La competencia sobre conservación.* En una primera fase, las compilaciones, derecho estatal, pasaron a formar parte del derecho autonómico. Esta conversión tuvo lugar mediante el sistema de incorporación del texto vigente en 1978, en el ordenamiento jurídico autonómico concreto. Podemos utilizar como ejemplo la Ley catalana 13/1984, de 20 marzo, cuyo artículo 1 decía: «Por la presente ley, bajo el título genérico de compilación del derecho civil de Cataluña, se adopta e integra en el ordenamiento jurídico catalán el texto normativo, con exclusión del preámbulo, de la Ley 40/1960, de 21 de julio, relativa al derecho civil especial de Cataluña, con las modificaciones establecidas en los artículos siguientes». Esto plantea un problema de interpretación constitucional importante, ya que la integración en un ordenamiento autonómico no elimina la ley del ordenamiento estatal donde hasta aquel momento se encontraba. La ley originaria no está derogada, sino que simplemente se ha trasladado a un ordenamiento autonómico. El caso fue que el Parlamento catalán no derogó la Ley de 1960 que contenía la Compilación y durante bastante tiempo, al aprobarse leyes derogatorias de partes completas de la vieja Compilación, se utilizaba una fórmula derogatoria curiosa, ya que se decía que la regulación contenida en la Compilación quedaba sustituida por la nueva ley. La razón de esta postura se encontraba en las dudas que planteaba la alteración de un texto estatal convertido en derecho autonómico.

Lo mismo ocurrió con la Compilación del Derecho civil de Baleares. El artículo 1 de la Ley 8/1990, de 28 junio, reproducía la fórmula catalana al decir que «Por la presente Ley, bajo el título de Compilación del Derecho Civil de Baleares, se adopta e integra en el ordenamiento jurídico balear el texto normativo de la Ley 5/1961, de 19 de abril, con las modificaciones que seguidamente se establecen»³⁶. Y en la modificación de la Compilación de Galicia, por Ley 7/1987, de 10 noviembre, en cuyo artículo 1 se dice: «por la presente ley, bajo el título de Compilación del derecho civil de Galicia, se adopta e integra en el ordenamiento jurídico gallego el texto normativo de la Ley 147/1963, de 2 de diciembre, sobre Compilación del derecho civil especial de Galicia, con las modificaciones establecidas en los artículos siguientes». Así quedaban sustraídas al derecho estatal. No era que las Cortes no pudieran legislar en esta materia, porque tienen la competencia residual, sino que era una especie de reivindicación del derecho propio, el único que había subsistido a lo largo de los siglos.

Esta incorporación facilitó, al mismo tiempo, la modificación del derecho propio, en una primera fase, para adaptarlo a los principios constitucionales, es decir, se cumplió la competencia relativa a la conservación. Pero en la actualidad, las Compilaciones pertenecen a la historia.

³⁶ FERRER VANRELL (2008), p. 24.

2.º *La competencia sobre modificación y desarrollo.* El derecho autonómico se encuentra en una situación dispar: en algunos territorios se ha evolucionado de la Compilación a una ley más amplia, pero no completa; lo veremos en cada uno de los casos. En otros, se ha producido una clara evolución del texto compilado a Código, como ha ocurrido en Cataluña y Aragón, y finalmente, en otros se ha creado un derecho nuevo, como ha ocurrido en Valencia.

a) *Las Compilaciones con otro nombre.* El ejemplo más clásico del mantenimiento del *statu quo* lo constituye el Fuero Nuevo de Navarra. Como se ha dicho antes, la última de las compilaciones aprobadas antes de la entrada en vigor de la Constitución fue la de Navarra. La Ley 1/1973, de la Jefatura del Estado, aprobó el texto más amplio y completo de todas las Compilaciones, con lo que acababa el plan previsto en el Decreto de 1947. La Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, mantuvo la Compilación ya vigente, aunque modificándola para adaptarla a los principios constitucionales y a la realidad social de Navarra, según dice su preámbulo. La legislación civil de Navarra se ha completado con leyes extracompidadas, como la Ley Foral 6/2000, de 3 julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, y la Ley Foral 15/2005, de 5 diciembre, de promoción, atención y protección a la infancia y adolescencia, en parte civil.

Otra Compilación que mantiene su nombre es la del Derecho civil de las Illes Balears. El Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, aprobó el texto refundido de la Compilación del Derecho civil de las Illes Balears. La necesidad de refundir derivaba de la Ley 8/1990, de 28 junio, que en su exposición de motivos justificaba que debía eliminarse el adjetivo «especial», porque «Hoy día, tras la entrada en vigor de la Constitución, los Derechos civiles de las distintas regiones o nacionalidades no suponen un Derecho constituido por normas de excepción frente a las de Código Civil, sino sencillamente un derecho distinto: son el Derecho común de vigencia prioritaria en sus respectivas circunscripciones territoriales. Así se ha puesto de relieve por la doctrina y en las conclusiones del Congreso Nacional de Jurisconsultos españoles sobre "Los Derechos civiles territoriales en la Constitución", celebrado en Zaragoza a finales de octubre de 1981».

En un sentido parecido se plantea la antigua Compilación del País Vasco. La Ley 3/1992, de 1 julio, aprobó el texto del Derecho civil foral del País Vasco. Lo primero que salta a la vista es el cambio de nombre, porque desaparece la palabra «compilación» y ello tiene su explicación en la Exposición de motivos, donde se señala que «la palabra Compilación, sin tradición entre nosotros, no responde al carácter y objetivos de esta ley, que es el de hacer una total puesta al día del Derecho privado vasco». El principal problema del País Vasco lo constituye determinar el área geográfica de vigencia del derecho civil, que según la misma Exposición de motivos, pretende dotar de una mayor seguridad jurídica. Que se haya conseguido o no es una pregunta de difícil respuesta³⁷.

He dejado ex profeso para el final de este grupo la referencia al Derecho civil de Galicia, porque la evolución que ha experimentado el Derecho gallego

³⁷ ASÚA *et alii* (2011), p. 13.

ofrece unos caracteres propios. A pesar de una asunción de la competencia civil limitada a «las instituciones del derecho civil gallego», que parece referirse pura y exclusivamente a lo que está establecido en la Compilación vigente a la aprobación del Estatuto, la STC 182/1992 permitió dar un impulso diferente a la legislación civil gallega³⁸. La sentencia dice que «Siendo cierto que la vigente Compilación del Derecho civil de Galicia no contiene regla alguna directa y expresa, sobre el arrendamiento rústico, no lo es menos –como consideración de principio– que la competencia autonómica para la «conservación, modificación y desarrollo» del propio Derecho civil puede dar lugar, según ya dijimos en la reciente STC 121/1992 (fundamento jurídico 2.º), a una recepción y formalización legislativa de costumbres y usos efectivamente vigentes en el respectivo territorio autonómico, eventualidad esta última que resulta aún más clara visto el enunciado del referido artículo 27.4 EAG, pues en la idea de «institución» jurídica, presente en tal precepto, se integran o pueden integrar, con naturalidad, posibles normas consuetudinarias. Cabe observar, junto a ello, que la legislación estatal reguladora de los arrendamientos rústicos hace expresa mención de las competencias que sobre ellos pudieran ostentar las distintas Comunidades Autónomas (Disposición adicional primera tanto de la Ley 83/1980 como de la Ley 1/1992), lo que resulta indicativo de la constancia, para el legislador estatal, de la existencia de regímenes peculiares en este orden».

A partir de aquí, el proceso fue bastante largo, ya que empezó con la Ley 7/1987, de 10 noviembre sobre la Compilación del Derecho civil de Galicia, que aun mantuvo su antiguo nombre. La Ley 2/2006, de 14 junio, de Derecho civil de Galicia, supuso un paso importante en la organización de un sistema amplio que, tal como dice la Exposición de motivos, no existía en la antigua compilación de 1963, que era, «fragmentaria, incompleta, falta de entidad propia de un sistema jurídico y, en consecuencia, en buena parte de espaldas a la realidad social». Resulta interesante que la norma de cobertura utilizada por el legislador gallego para justificar la competencia sobre esta ley sea el artículo 38 del Estatuto de Galicia, que establece la competencia sobre las fuentes del derecho civil gallego³⁹. La Exposición de motivos justifica algunas de las novedades introducidas: Por una parte, afirma que se conserva la regulación de muchas de las instituciones tradicionales, pero añade que una política legislativa eficiente debe intentar mejorar estas instituciones y con ello asume una importante modificación del régimen económico matrimonial (Título IX) y del régimen sucesorio (Título X), con la novedad de la introducción de la legítima del cuarto, eliminando la de los dos tercios, aplicada en Galicia a través de la supletoriedad del Código civil.

Como conclusión, debe señalarse que este grupo de leyes civiles tienen una tendencia a ampliar el primitivo texto compilado. La explicación se encuentra

³⁸ Al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la Ley 3/1993, de 10 abril, de las aparceñas y de los arrendamientos rústicos históricos de Galicia.

³⁹ Además, se regulan otras instituciones relativas a la protección de menores, tutela y autotutela y adopción. Sobre este tema, ver Cora Guerrero, Ordóñez Armán y Peón Rama, coords. (2007).

en la necesidad de adaptarlo al cambio social y para ello se utilizan las competencias civiles asumidas en los respectivos estatutos de autonomía, así como la regla del respeto sobre las fuentes del derecho propio, que está también en el art. 149.1,8 CE y en casi todos los textos estatutarios. Salvo en Galicia, donde se ha acometido un importante trabajo de modificación y modernización de las antiguas normas compiladas, las demás compilaciones siguen más o menos en el mismo lugar.

b) *De la Compilación al Código.* Sin duda ninguna, el proceso más interesante lo proporcionan las comunidades autónomas de Cataluña y Aragón. En ellas se produce el paso del Derecho civil compilado a un texto con pretensiones de agotar el ámbito de las competencias civiles de cada una de estas dos autonomías. De entrada debe señalarse que la Compilación del Derecho civil aragonés, de 1967, contenía algunos elementos que no figuraban en otras, como todo lo relativo a las fuentes del derecho aragonés y, como ya se ha dicho, eliminaba el adjetivo «especial» en su título, ya en 1967. Por tanto, esta Compilación constituía ya un terreno abonado al cambio.

En ambos territorios se ha seguido un proceso semejante: la sucesiva ampliación de las instituciones, a partir del texto compilado, con derogación de partes enteras de la compilación histórica, que pasaron a regularse por leyes especiales nuevas, para concluir con un texto refundido que incluye leyes en vigor, nuevas regulaciones o modificaciones de leyes en vigor, que han recibido el nombre de Código en ambos casos. Así, por ejemplo, en Aragón la Ley 1/1999, de 24 febrero, de sucesiones por causa de muerte, derogó los artículos 89 a 142 de la Compilación aragonesa; esta ley contenía una amplia regulación del derecho de sucesiones que, a pesar de todo, y de acuerdo con la Exposición de motivos de la citada ley, «no pretende agotar o llegar al límite de la competencia autonómica en esta materia». Parecido ocurre en el Derecho catalán, cuyo Código de sucesiones, aprobado por Ley 40/1991, de 30 diciembre, del Código de sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña, derogó los artículos 63 a 276 de la antigua Compilación, así como la Ley 9/1987, de 25 mayo, de sucesión intestada. En el preámbulo se dice que la ley contiene una normativa «autónoma, completa y global» del derecho sucesorio catalán, por lo que se excluye la aplicación directa o supletoria del Código civil español en Cataluña.

La técnica legislativa ha sido también distinta en ambas comunidades. En Aragón, el Código se aprueba por medio del Decreto legislativo 1/2011, de 22 marzo⁴⁰, que tiene como finalidad refundir en un único texto legislativo diversas leyes aprobadas desde la entrada en vigor de la Constitución y la asunción

⁴⁰ El título exacto es: *Decreto Legislativo 1/2011, de 22 marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el título «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto refundido de las leyes civiles aragonesas.* Refunde las leyes a) El Título Preliminar de la Compilación del Derecho Civil de Aragón; b) La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte; c) La Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas; d) La Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad; e) La Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona; f) La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres, y g) La Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial.

de competencias legislativas por la comunidad. El origen del nombre se encuentra en la disposición final 1.^a de la Ley 8/2010, de 2 diciembre, de Derecho civil patrimonial, que autorizaba la refundición de las leyes anteriores en un único texto legislativo «con el título de *Código del Derecho Foral de Aragón*», que entendía que esta autorización podía efectuarse «utilizando la técnica de la codificación». Por tanto, en Aragón el Código de Derecho civil foral constituye un punto de llegada⁴¹.

Cataluña sigue un camino distinto, aunque el resultado en ambos territorios sea un Código que contiene su derecho propio. A partir de la ley de 1984, que incorporó la Compilación al ordenamiento catalán y la adaptó a los principios constitucionales, se abre una etapa legislativa sin mucho orden, ni otro propósito que hacer efectivo el ejercicio de las competencias en materia civil, asumidas en el artículo 9 EAC/1979. Es a partir de 1991 en que se aprueba el Código de sucesiones, que se entra en una dinámica más semejante a la utilizada en Aragón, con leyes completas, contenidas en el citado Código y en el posterior Código de familia, de 1998. El punto de no retorno lo constituye la denominada Ley primera del Código civil de Cataluña (Ley 29/2002, de 30 diciembre), que inicia el proceso codificador. Esta ley estableció la estructura y método del futuro código completo, por lo que se decide: i) que el Código tenga seis libros, relativos a las disposiciones generales; la persona y la familia; la persona jurídica; las sucesiones; los derechos reales, y las obligaciones y contratos; ii) que el código tenga una estructura que el preámbulo de la Ley primera califica como de «código abierto», para evitar las dificultades en la incorporación de normas posteriores por los problemas que plantea la numeración correlativa de artículos y para permitir añadir de forma rápida las directivas de la Comisión europea en aquellas materias en las que Cataluña tiene competencia. Para ello, el Código civil de Cataluña adopta un sistema de numeración de artículos, semejante al utilizado en el Código civil neerlandés, consistente en la «numeración decimal, de modo que los artículos se marcan con dos números separados por un guion corto»⁴². Así, por ejemplo, el artículo 211-1 significa que se trata del libro

⁴¹ MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2008), p. 188, dice que el nombre de Código no fue propuesto por la Comisión del Derecho civil de Aragón, sino por enmienda de la Chunta aragonesa, que fue ratificada por unanimidad. Dicha autora distingue entre el Derecho civil de Aragón, del Derecho civil de las Cortes de Aragón, lo que tiene una indudable trascendencia a los efectos del recurso de casación foral.

⁴² Sigue diciendo el preámbulo de la ley primera: «el primer número tiene tres cifras, que se refieren respectivamente, al libro, al título y al capítulo, y que indican, por lo tanto, la posición que ocupa el artículo en el marco del Código. El número que viene después del guion corresponde a la numeración continua, que empieza por el 1 en cada capítulo. Este sistema debe permitir que se elabore un Código por libros o por partes de libro, como viene haciendo desde hace años el legislador del Código civil neerlandés, y que se combine con la nueva regulación de materias hasta ahora insuficientemente reguladas en nuestro derecho con la modificación y refundición de la regulación existente». Estas razones permiten evitar lo que ha ocurrido en Aragón, ya que en Aragón existen ya dos nuevas leyes extracodificadas: La Ley 9/2011, de 24 marzo, *de mediación familiar en Aragón*, y la Ley 10/2011, de 24 marzo, *de derechos y garantías de la dignidad de la persona en proceso de morir y de la muerte*.

segundo (2), título 1 (1), capítulo 1, artículo 1 (-1). La semejanza con el sistema de citas del Derecho romano, Digesto y Códex, es notable.

Los Códigos resultantes tienen sus propias características. El método seguido en Cataluña ha permitido la sucesiva entrada en vigor de libros completos del Código civil, que tienen una absoluta autonomía aunque son coherentes con el conjunto. El primero que entró en vigor fue el libro primero, contenido en la que se ha designado como Ley primera, ya referida e incluye las disposiciones preliminares, la regulación de la prescripción y la de la caducidad. El último libro a entrar en vigor es el libro segundo, regulador de la persona y la familia, aprobado por Ley 25/2010, de 29 julio⁴³. Entre 2002 y 2010 se ha llenado la estructura diseñada en la ley primera, de modo que en el momento actual, solo resta por redactar el libro sexto, cuyo contenido serán las obligaciones y contratos. Este método ha permitido la redacción independiente y sin problemas notorios de cada uno de los libros. Presenta, sin embargo, algunos inconvenientes, como que produce un mosaico de disposiciones transitorias, ya que cada uno de los libros contiene las relativas a la materia que regula y puede producir, y de hecho ha producido, alguna incongruencia, como ha ocurrido entre el libro cuarto y el segundo en lo relativo a la regulación de los derechos sucesorios de la convivencia estable en pareja.

c) *De la nada al Derecho civil autonómico*. Me refiero en este apartado a la Comunidad valenciana. El artículo 49.2 del primer Estatuto de autonomía, así como el mismo artículo del Estatuto de autonomía de 2006 atribuyen a la Comunidad valenciana la competencia para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral valenciano⁴⁴. Y la primera ley adoptada en virtud de esta competencia fue la de arrendamientos históricos valencianos, aprobada por Ley 6/1986, de 15 diciembre. La STC 121/1992, en la impugnación de dicha ley, declaró que «no es, en primer lugar, dudoso que el arrendamiento histórico, como figura consuetudinaria, ha existido y existe en el territorio valenciano [...]». Teniendo esto en cuenta, no cabe discutir la competencia de la Comunidad autónoma para conservar ese derecho consuetudinario propio, labor de conservación que es la expresamente afirmada por la Ley impugnada y la citada –junto a la de «modificación» y «desarrollo»– en el artículo 31.2 del E.A.C.V.»⁴⁵. La discusión sobre la competencia civil de la Comunidad valenciana no ha afectado el ejercicio de la asumida en el Estatuto. Se han elaborado leyes sobre arrendamientos históricos, uniones de hecho, régimen económico matrimonial valenciano y de relaciones entre los progenitores con los hijos⁴⁶.

⁴³ Las fechas de las distintas leyes, por su orden cronológico, son: Ley 29/2002, de 30 diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña; Ley 5/2006, de 10 mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales; Ley 4/2008, de 24 abril, del libro tercero del Código civil de Cataluña, relativo a las personas jurídicas; Ley 107/2008, de 10 julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones y Ley 25/2010, de 29 julio del Libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

⁴⁴ MONTÉS (2007), p. 321. Asimismo, FERRER VANRELL (2008), p. 22 y MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2008), p. 210 y nota 88 de esta página.

⁴⁵ Lo que configura lo que BLASCO (2008, p. 48-49) denomina una competencia *agro-consuetudinaria*.

⁴⁶ Se trata de las siguientes leyes: Ley 6/1986, de 15 diciembre, de arrendamientos históricos valencianos; Ley 1/2001, de 6 abril, por la que se regulan las uniones de hecho, desarrollada

Es justo el inicio de una nueva línea que no se ha acabado de consolidar, aunque la competencia parece no solo sólidamente asumida en la Comunidad autónoma, sino que en aquellos casos en que se ha planteado la inconstitucionalidad de una ley sobre derecho civil ante el Tribunal Constitucional, los razonamientos no han sido nunca excesivamente clarificadores, tal como ocurre también con la STC 31/2010.

Este es el panorama general, pero hay que añadir aun algo antes de acabar este complejo panorama al tema.

V. LAS LEGISLACIONES CIVILES ALLÍ DONDE NO EXISTAN

El sistema autonómico obliga a superar las tradicionales particiones entre ámbitos cerrados, lo que debe llevar a la superación de la idea de Código como única ley civil que contiene todo lo que es posible regular. La distribución competencial entre el Estado y las Comunidades autónomas trocea las materias de derecho privado, ya que el reparto de las competencias se efectúa por materias y, además, cada Comunidad autónoma en sus estatutos y dentro de los límites de los artículos 148 y 149 CE, asumirá las descritas con nombres más o menos concretos, como protección de menores, bienestar social, fundaciones, etc.⁴⁷, con importantes aspectos civiles. El desarrollo de cada una de estas competencias ha dado lugar a un derecho civil paralelo, si se quiere, oculto, y sobre todo, funcional, porque como afirma la STC 37/1987, deriva de la materia sobre la que se ha asumido dicha legislación, es decir, incluso cuando no se puedan asumir las competencias civiles porque la Comunidad no quede incluida en la frase «allí donde existan», de lo dispuesto en el artículo 149.1,8 CE, podrá desarrollar una norma de contenido civil en la regulación de la competencia asumida. Se trata de lo que se conoce con el nombre de «competencias conexas» o «competencias funcionales».

De aquí que puede incluso producirse una vía para la legislación civil por parte de Comunidades autónomas que no tienen competencia para «conservar, desarrollar y modificar» su derecho propio, porque no lo hay, pero que sí la tienen para la protección de menores, por ejemplo, en cuyo ámbito se pueden introducir normas civiles «necesarias» o funcionales para el ejercicio de la competencia principal. En el caso de la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre competencia de la Comunidad autónoma de Andalucía en materia de reforma agraria, el TC señaló que la necesidad de una regulación general no se puede desligar de la de los concretos intereses generales, que imponen una delimitación específica de su contenido. En relación a la determinación del contenido del derecho de propiedad, especialmente, su función social, dice la mencionada

por Decreto 61/2002, de 23 abril; Ley 10/2007, de 20 marzo, de régimen económico matrimonial valenciano, y Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven.

⁴⁷ En el mismo sentido se pronuncia MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2011), p. 211.

sentencia que «corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses o, lo que es lo mismo la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad establecer en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad. Así hay que entenderlo en la legislación agrícola, cuya regulación no puede ser arbitrariamente separada [...] de la correspondiente a la materia de reforma y desarrollo agrario desde la óptica de los intereses generales, que, en el caso que nos ocupa, compete a la Comunidad autónoma de Andalucía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 18.4 de su Estatuto». Se añade a continuación que «resulta evidente que, si la Comunidad autónoma andaluza es titular de una competencia específica para legislar en materia de reforma y desarrollo del sector agrario [...] dicha competencia incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad de la tierra y su función social [...]».

La solución del TC es que, atribuida la competencia principal, puede legislarse sobre todas aquellas materias relacionadas funcionalmente con dicha competencia, es decir, la propiedad en las leyes de reforma agraria, el régimen patrimonial en las leyes sobre parejas de hecho, o las formas de constituir una fundación o cuando adquiere su personalidad jurídica⁴⁸.

Voy a utilizar un ejemplo suficientemente conocido para ilustrar lo que quiero decir: las leyes de parejas de hecho. Limitándonos al tema autonómico, hay que distinguir dos grupos de Comunidades autónomas en lo referente a la justificación competencial de las leyes aprobadas: Las comunidades autónomas que tienen competencias en materia civil, que son Cataluña⁴⁹, Aragón⁵⁰, Navarra⁵¹, Baleares⁵² y País Vasco⁵³. En las leyes de estas Comunidades se aprovechó la competencia en materia civil, para establecer un estatuto de las uniones de hecho o de las uniones estables. Se trata de regulaciones civiles, que determinan los efectos de la unión constante la convivencia y de la disolución de la unión, pero además, se incluyen efectos, referidos a aspectos administrativos e incluso fiscales, en el ámbito competencial de cada una de estas Comunidades. La metodología seguida no es, sin embargo, uniforme; Cataluña estableció un estatuto diferenciado para las uniones estables heterosexuales y las homosexuales, que ha suprimido el Código civil de Cataluña, al unificar la regulación e

⁴⁸ Así ocurre en el artículo 9 de la Ley 2/1998, de 6 abril, de Fundaciones canarias, que utiliza el título competencial del artículo 30.7 del Estatuto de autonomía de Canarias, que atribuye la competencia en materia de fundaciones que desarrollen esencialmente sus funciones en Canarias. Y además, el preámbulo de dicha ley se preocupa mucho en afirmar que «la regulación contenida en la ley se circunscribe a los aspectos jurídico-sustantivos del régimen jurídico de la fundación», es decir, en gran parte, los civiles.

⁴⁹ Se trata de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, derogada por la Ley 25/2010, de 29 julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, que regula las parejas de hecho en los artículos 234-1 a 234-14.

⁵⁰ Ley 6/1999, de 26 marzo, relativa a parejas estables no casadas, derogada por el Decreto-ley legislativo 1/2011, de 22 marzo, que pone en vigor el Código de Derecho civil foral aragonés.

⁵¹ Ley Foral 6/2000, de 3 julio, para la igualdad de las parejas estables.

⁵² Ley 18/2001, de 19 diciembre, de Parejas estables.

⁵³ Ley 2/2003, de 7 mayo, reguladora de las parejas de hecho y Decreto 124/2004, de 22 junio, que aprueba el Reglamento del Registro de Parejas de Hecho.

incluso la denominación. En las otras cuatro leyes autonómicas se optó por la no distinción entre los diferentes tipos de uniones convivenciales. A ellas se debe unir la ley valenciana sobre parejas de hecho⁵⁴.

Las otras leyes autonómicas están elaboradas partiendo de la falta de competencias en materia civil. Han utilizado diversos títulos competenciales: así, como ejemplo, la Ley andaluza desarrolla la competencia sobre orientación familiar atribuida en el artículo 13.22 de su Estatuto de autonomía⁵⁵. Más etérea aún es la base competencial de la Ley canaria, que se funda en el artículo 5.1 y 2 de su estatuto, que reconoce que los ciudadanos son titulares de derechos y deberes fundamentales y que los poderes públicos asumen la promoción de las condiciones necesarias para el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos⁵⁶. Es decir, estas leyes se amparan en la obligación de los poderes públicos de asegurar la igualdad entre los ciudadanos y eliminar las barreras jurídicas, especialmente en lo relativo a las parejas homosexuales. Pero este título competencial, en realidad inexistente, crea un cuerpo legislativo en el que comunidades sin competencia en materia civil, incluyen auténticas regulaciones civiles. Es cierto que la modificación del Código civil por Ley 15/2005, ha hecho bajar la tensión sobre estas cuestiones y no en vano la última de las leyes aprobadas fue la de Cantabria en 2005, pero ahí están, como derecho civil al amparo de una competencia hipotética, que constituyen el derecho civil de aquellas comunidades donde no existe. Quizá se ha vuelto sin quererlo realmente, al sistema regionalista de distribución de las competencias civiles que estaba previsto en la Constitución republicana de 1931.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los racionalistas deben asumir el golpe que representa el panorama al que me acabo de referir. Desde este punto de vista resulta duro verdaderamente enfrentarse con un sistema plural de derecho civil, que hasta ahora, no se ha desarrollado ni en los mismos tiempos, ni con los mismos propósitos.

El precedente estudio me lleva a las siguientes conclusiones:

1.^a La unidad o pluralidad del derecho civil no ha sido afrontada nunca con realismo y con método científico. La solución de la Ley de Bases de 1888 fue el fruto de unas componendas clarísimas en un Parlamento que no funcionaba con criterios de realidad. La imposibilidad política de llegar a un código civil único se intentó paliar con el sistema de los apéndices, con el resultado de sobras conocido. Y si bien las Compilaciones, al tener una forma jurídica distinta, permitie-

⁵⁴ Ley 1/2001, de 6 abril, por la que se regulan las uniones de hecho en Valencia.

⁵⁵ Ley 5/2002, de 16 diciembre, de Parejas de hecho.

⁵⁶ Ley 5/2003, de 6 marzo, para la regulación de las Parejas de Hecho en la Comunidad autónoma de Canarias. Las otras leyes en vigor son: Ley 11/2001, de 19 diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; Ley 4/2002, de 23 mayo, de Parejas estables de Asturias; Ley 5/2003, de 20 marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad autónoma Extremeña; Ley 1/2005, de 16 mayo, de Parejas de Hecho de la Comunidad autónoma de Cantabria.

ron un avance, no dejaban de ser textos apendiculares, porque el criterio de la supletoriedad del Código civil, las hacía dependientes, a pesar de las muchas teorías que nos esforzamos en formular para evitar esta interpretación.

2.^a En el fondo, el problema se encuentra en lo que pone de relieve Petit⁵⁷, sobre las connotaciones nacionalistas del Código: un código es un símbolo de identidad nacional en los países no anglosajones y las diferentes situaciones políticas de los distintos territorios españoles llevan directamente a la explotación del mito del Código. Desde 1885, en que los catalanes presentan a la Reina regente el «*Memorial de Greuges*», la historia de un nonato Código civil catalán empieza a materializarse, percha de la que luego colgarán otros territorios.

3.^a Paralelamente, un país que quería construir sus instituciones al modo moderno, no podía sino proclamar que «unos mismos códigos» regirían en toda la monarquía, con el éxito que después se pudo comprobar. Y como resulta habitual, la racionalidad fue superada por otros intereses.

4.^a La enrevesada redacción del artículo 149.1.8 CE propicia todo tipo de interpretaciones. Pero lo que resulta definitivo es que, dada la naturaleza del recurso de inconstitucionalidad, las diversas políticas legislativas de las comunidades autónomas han convertido en leyes vigentes decisiones de ámbito civil sin que se haya debatido seriamente entorno al sistema. Los autores no podemos discurrir acerca de cuál es la mejor interpretación de la norma constitucional, porque el sistema plural instaurado en el artículo 149.1.8 CE tiene vida propia. Las fórmulas utilizadas por el TC en relación a cómo debe interpretarse la regla de las competencias en materia civil son absolutamente improductivas, porque las relaciones políticas entre gobierno central y gobiernos autonómicos llevan a que exista una diversidad, algunas veces artificial, pero efectiva y que lleva a muchas consecuencias, como las relativas a las competencias de los Tribunales superiores de justicia de las diferentes Comunidades con derecho propio.

5.^o La Constitución no ha configurado nuestro estado como federal. Pero hace ya mucho tiempo que pienso que el embrión del federalismo se mantuvo en la legislación civil desde 1888. Las cosas evolucionan lentamente, pero acaban siendo lo que deben ser.

BIBLIOGRAFÍA

ASUA, GALICIA, GIL, HUALDE e IMAZ (2011). *Estudio sobre Derecho sucesorio vasco. Bases para un nuevo régimen*. Departamento de Derecho civil. Universidad del País Vasco.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel y BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Rosa M.^a (1986). Comentarios a los arts. 1-3, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XXX, vol.^o 1.^o, EDERSA, Madrid, pp. 12-54.

⁵⁷ PETIT (2011), p. 25.

- BLASCO GASCÓ (2008). «El desarrollo del Derecho civil valenciano. La ley de régimen matrimonial valenciano». *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 46, pp. 45-68.
- CARRILLO (coord.), LÓPEZ BOFILL, TORRES (2006). *L'estatut d'autonomia de Catalunya de 2006. Textos jurídics*. Generalitat de Catalunya. Departament d'Interior, Relacions Institucionals i Participació. Institut d'Estudis Autonòmics. Barcelona.
- CASTRO (1949). *Derecho civil de España*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid (reedición Civitas, Madrid, 1984).
- CELAYA IBARRA (1978). Introducción, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XXVI. Madrid, EDERSA, pp. 1-22.
- CORA GUERRERO, ORDÓÑEZ ARMÁN y PEÓN RAMA (coords.) (2007). *Régimen de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 junio y a la Ley 10/2007, de 28 junio*. Colegio Notarial de Galicia. Consejo General del Notariado. Madrid.
- DELGADO ECHEVERRÍA (dir.), PARRA LUCÁN (coord.). *Manual de Derecho civil aragonés* (2.ª ed.). Zaragoza.
- DURAN I BAS (1883). *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. Imprenta de la Casa de la Caridad. Barcelona.
- GIL BERGES (1929). *Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea Estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas*. Librería de Cecilio Gasca, Zaragoza.
- FERRER VANRELL (2008). «Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El artículo 30.27 EAIB». *Indret*, julio.
- IGLESIAS CORRAL (1979). Comentario al artículo 2 en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XXXII, pp. 9-12.
- Llibre del II Congrés Jurídic català* (1972). Fundació del Congrés Jurídico Catalán. Barcelona.
- LACRUZ BERDEJO (1958). «Los Derechos forales», en *Estudios de Derecho civil*. Bosch, Barcelona, pp. 17-36.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2011). «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés: de la Compilación al Código del Derecho foral de Aragón». *Derecho privado y Constitución*, pp. 175-227.
- «Memorial de Greuges de 1885», en *Textos Jurídics catalans. Llei i costums VI/1*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Barcelona, 1990. Edición facsimil.

- MONTÉS PENADÉS (2007). «El Derecho foral valenciano. (Un estudio sobre la competencia legislativa de la Generalitat en materia civil)». En Baño León, (coord). *Comentario al estatuto de autonomía de la Comunidad valenciana*. Thomson-Civitas, Cizur Menor, pp. 261-322.
- NAGORE YÁRNOZ (1986). Preámbulo, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XXXV, vol. 1.º, EDERSA, Madrid, pp. 8-135.
- PETIT (2011). «Derecho civil e identidad nacional». *Indret.com*, pp. 1-36.
- ROCA TRIAS (1978). «La Codificación y el Derecho foral». *RDP*, 1978, 596-642.
- ROCA TRIAS EN PUIG FERRIOL-ROCA TRIAS. *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*. T. 1.º, 2.ª ed. Bosch, Barcelona.
- ROCA TRIAS (1979). «El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978. Estudio comparativo del tratamiento de los distintos derechos civiles españoles en las distintas constituciones y en la vigente». *Revista Jurídica de Catalunya*, pp. 7-36.
- RUBIO LLORENTE (1982-83). «Del Tribunal de garantías al Tribunal Constitucional». *Revista de Derecho político* n.º 16. pp. 27-37.
- SALVADOR CODERCH. (1981). Comentario al art. 1 CDCC, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XXVII, vol 1, pp- 7-146.

ENCARNA ROCA TRÍAS

La codificación del Derecho civil aragonés y el Código de Derecho Foral de Aragón de 2011

SUMARIO: 1. La influencia de Joaquín Costa en el Derecho civil aragonés. A) Las ideas jurídicas de Costa y su influencia sobre el régimen de las fuentes del Derecho civil aragonés. B) El «dorado aislamiento» de la doctrina civilista aragonesa, foralista y costista.—2. La muy desconocida significación del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881.—3. El Apéndice foral de Aragón de 1925.—4. La Compilación aragonesa de 1967 y sus reformas de 1978 y 1985.—5. La legislación civil aragonesa publicada entre 1999 y 2011 y el llamado Código de Derecho Foral de Aragón. A) El llamado Código de Derecho Foral y otras dos leyes posteriores. B) Valoración técnica e ideológica del llamado Código de Derecho Foral de Aragón de 2011.

1. LA INFLUENCIA DE JOAQUÍN COSTA EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

A) LAS IDEAS JURÍDICAS DE COSTA Y SU INFLUENCIA SOBRE EL RÉGIMEN DE LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Las ideas jurídicas de Costa, expuestas sobre todo en seis de sus libros, impregnaron su visión del mundo y toda su obra y fueron de una gran ambición teórica, al menos en el sentido de que el autor intentó organizar y explicar desde muy pocas y simples ideas (soberanía del individuo; libertad civil; *stándum est chartae* como autonomía de la voluntad; costumbre contra ley; normas imperativas y facultativas) el conjunto del Derecho privado y del Derecho público y, además, todo ello con cierto sentido o prurito tanto sociológico

como historicista¹. Costa intentó hacer, con mucho atrevimiento y bagaje insuficiente, un gran esfuerzo teórico de simplificación, abstracción y síntesis. Su mesianismo político y su autodidactismo se contagió no poco a sus teorías jurídicas. Vivió, además, aunque fue poco consciente de ello, en un tiempo en el que hubo en Alemania juristas de talla intelectual gigantesca y juristas de calidad excelente en, por ejemplo, Francia, Italia y España.

Costa defendió con énfasis que el principio *standum est chartae*, que equiparaba a un principio de autonomía de la voluntad muy amplio y que venía a hacer sinónimo de la idea de «libertad civil», había sido durante siglos el «alma» de los Fueros y Observancias del Reino de Aragón y también lo que posibilitó, ya desde la Edad Media, el surgimiento de un Derecho consuetudinario originalísimo en el Alto Aragón con una organización de la familia y del fenómeno sucesorio que consideraba modélica y ejemplar y hasta, en algunas de sus afirmaciones más apasionadas, insuperable.

El autor, que creo no llegó nunca a explicar ni a comprender el moderno concepto de soberanía de la nación², presupuso en cambio que la «libertad civil» o «soberanía de los individuos» era, como la de la nación, indivisible³, con una doble dimensión. Primero, hacia la política y el Derecho público, donde la consecuencia de ese principio radical de soberanía individual debía de ser la democracia liberal y parlamentaria, dando a entender –sin teorizarlo ni explicarlo claramente, en mi opinión– que la soberanía nacional era una mera consecuencia de la soberanía del individuo. Y segundo, con una proyección también de la «libertad civil» hacia las relaciones particulares y familiares, donde la consecuencia de la misma debía ser la primacía casi siempre de la voluntad individual o familiar sobre la ley (*standum est chartae*); ley que cuando era dispositiva representaba, según él, como la costumbre general o la voluntad generalizada de la sociedad, por una parte; y donde una consecuencia ulterior de la libertad civil debía ser, explicaba, la prevalencia en principio de la costumbre frente a la ley. Sostuvo incluso que podía haber, en su tiempo, costumbres imperativas.

Califica Costa la «carta» del famoso brocardo *standum est chartae*, proveniente de ciertas observancias del siglo XIV, como «fuente primordial del dere-

¹ Véase el juicio, amable pero bastante crítico, de Guillermo FATÁS CABEZA en su Presentación de los *Estudios Ibéricos (1891-1895)*, de COSTA, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2011, pp. VII a LXVIII.

² La idea de soberanía nacional llegó a España desde la Francia revolucionaria, donde se había basado sobre todo en las ideas de ROUSSEAU y del abate SIÉYÈS, que aportó la idea o el mecanismo representativo para concretar el ejercicio de la soberanía de un nuevo soberano, la Nación, con los mismos atributos de poder que el antiguo Monarca absoluto. En la versión francesa significaba una ruptura brusca con el pasado de la propia Nación. Cfr., por ejemplo, Santiago MUÑOZ MACHADO, *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al XXI)*, Iustel, 2006, pp. 104 ss., y 271-273.

³ Cfr. *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*, Introducción de Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Guara, Zaragoza, 1981 (1883), pp. 80 y 192. Cito esta edición que presumo la más difundida y accesible. Es mejor la edición perteneciente a la Biblioteca Jurídica de Autores Españoles, vol. 2.º, editada en Madrid en 1883 por la Imprenta de la Revista de Legislación, de 536 páginas.

cho» y afirma que la misma es de «idéntica naturaleza» que las leyes públicas⁴; y a pesar de su machacona insistencia en la distinción entre normas imperativas y voluntarias o dispositivas, da una explicación bastante dispersa, imprecisa, simplista y difusa de tan problemática distinción por entonces todavía solo doctrinal y no normativa en nuestro país. Costa, imbuido de un fuerte antiestatalismo y de un liberalismo conservador muy radical, llamaba a veces a las normas imperativas normas «socialistas» o integrantes del «socialismo». Y concebía la noción de norma dispositiva, según una mentalidad muy decimonónica y ultraliberal felizmente superada por la buena doctrina del siglo siguiente, como necesariamente inspirada en la voluntad tácita de los destinatarios de la norma. En diversos lugares llega a exigir la «aceptación tácita» del destinatario de la norma dispositiva para la operatividad de ésta. O tiende a confundir o considerar equivalentes las nociones de norma dispositiva y de «costumbre general»⁵. O denomina a las normas dispositivas normas «supletorias»⁶.

Ya con bastantes años de rodaje de las excelentes leyes hipotecaria de 1861, notarial de 1862, y algunos menos de las leyes provisional de organización judicial de 1870, de enjuiciamiento civil de 1881 (que había sustituido a la de 1855) y de enjuiciamiento criminal de 1882 (todavía vigente), escribió Costa un curioso libro⁷ destinado por entero a justificar una pintoresca y ambiciosa propuesta suya de reforma radicalísima de todas estas leyes, propuesta que llegó a redac-

⁴ Cfr. *La libertad civil...*, 1981 (1883), pp. 82 y 132-133.

⁵ Denominaba COSTA a las normas dispositivas «fórmulas mudas, pasivas, inertes, que nada hacen, que para nada sirven, mientras el particular no las pone en movimiento», a continuación de lo cual exigía la aceptación al menos tácita del destinatario de la norma dispositiva, para que ésta fuera eficaz. Cfr. *La libertad civil...*, 1981 (1883), pp. 197-198 y 236. Para la diversa noción hoy generalmente admitida de norma dispositiva, Cfr., por ejemplo, DE CASTRO, Federico, «Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes», *Anuario de Derecho Civil*, 1961, pp. 333 ss.; AMORÓS GUARDIOLA, Manuel, apoyándose en DE CASTRO, en su comentario al artículo 6, apartados 2.º y 3.º, en los *Comentarios a las reformas del Código civil, El nuevo título Preliminar del Código Civil y la Ley de 2 de mayo de 1975*, vol. 1.º, 1977, pp. 302 a 304 y 328 a 330; Díez PICAZO Y GULLÓN, que se apoyan también en DE CASTRO, en su *Sistema de Derecho civil*, vol. 1.º, 1990, pp. 40-41; y también LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil*, Parte General, vol. 1.º, 1982, pp. 131-133, con explicación mantenida en todas las posteriores ediciones del manual. Y es muy probable que esta explicación de DE CASTRO conecte con las explicaciones de la mejor pandectística alemana decimonónica sobre la explicación de los límites de la ley y su eficacia frente a las declaraciones de voluntad. Cfr. Werner FLUME, *El negocio jurídico*, 4.ª ed., traducción de José María MIQUEL GONZÁLEZ y Esther GÓMEZ CALLE, Fundación Cultural del Notariado, 1998 (1992), pp. 149 a 156.

⁶ Cfr. *Teoría del hecho jurídico individual y social*, 1984 (1880), pp. 115, 132, 134, etc.

⁷ Cfr. *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Guara, Zaragoza, 1984 (s.f., pero eran artículos recopilados y publicados, al parecer y según el prologoista, entre 1883 y 1893), Prólogo de Cecilio SERENA VELLOSO, pp. 372. En las páginas 35 a 161 COSTA se dedica a presentar como fracasadas las leyes liberales reguladoras del notariado, del Registro de la Propiedad y de la justicia española, por demasiado complejas y demasiado caras para, sobre todo, el campesinado pobre, sosteniendo que el «pueblo» las rechaza, como demostrarían, según él, la existencia del «notariado consuetudinario» que ejercían aficionados, como barberos y otros, y que propugnaban e impulsaban el documento privado frente al público, y argumenta también el polígrafo desde la gran cantidad de propiedad rústica y hasta urbana que se quedaba al margen del Registro de la Propiedad. Para su pintoresca «Ley de Bases» véanse las pp. 303 a 314.

tar al final del libro en forma de Ley de Bases, con cinco artículos y treinta bases, y en la que proponía, además para en unos plazos breves de pocos meses, refundir las funciones de los notarios, los registradores de la propiedad y de los jueces en una única oficina, que proponía denominar «Juzgado». Todos estos profesionales creía que había que refundirlos en un solo Cuerpo de funcionarios, que habrían de ser letrados y seleccionarse por un examen sobre el que Costa daba ideas y con unos periodos de práctica que también especificaba. Los jueces darían fe, según el autor, como los notarios habían venido haciendo, pero proponía también, muy preocupado siempre por el gasto público, suprimir a los secretarios y escribanos. En la justicia proponía que existieran solo dos instancias, la primera con un tribunal de arbitradores y una segunda en apelación, ante un Tribunal de Justicia con tres jueces. Proponía la supresión del recurso de casación ante el Tribunal Supremo y sin que se estableciese ningún otro recurso similar a la casación. Defendió con énfasis que la jurisprudencia tenía que producirla el conjunto de las sentencias de todos los tribunales del país, sentencias que proponía que fueran publicadas cada año con una cierta labor de refundición para facilitar su manejo.

Para la función de la nueva Oficina o «Juzgado» como Registro de la Propiedad proponía unas reformas también radicalísimas copiando, según creía él al menos, algunas ideas de los registros de la propiedad alemán y australiano, pero reformas que, prácticamente, arrojaban por la borda gran parte de la dogmática romana tradicional entonces y ahora del Derecho patrimonial español, aparte de no recoger el principio de la fe pública registral tal y como lo había establecido la Ley hipotecaria de 1861. Por alguna de las afirmaciones de Costa, sabemos que era consciente de que sus insólitas propuestas de reforma desplazaban claramente nada menos que el principio de separación de poderes⁸.

En este libro suyo citado, que yo no había valorado todavía, se ve bien hasta qué punto Costa fue un liberal heterodoxo y dubitativo. Siempre tuvo mucho rechazo por la Revolución francesa, según algunos por la violencia que luego engendró⁹, y tiendo a pensar que también por la misma radicalidad de sus postulados, pero tuvo siempre, a cambio, gran admiración por el sistema y la democracia inglesa y hasta por la revolución norteamericana. Pero ya se ve que criticar la separación de poderes es llegar a criticar todas las revoluciones liberales históricas sucedidas y que Costa pudo llegar a considerar.

⁸ Solicitaba COSTA, por ejemplo, «enviemos al Museo Arqueológico, como trasto viejo, esa famosa balanza de los poderes que hasta ahora no ha contrapesado nada; prefiramos también en esto del derecho la calidad, en vez de sacrificarla, como ahora, al número y a la simetría; tengamos más confianza en la espontaneidad de la vida y dejemos de ser los maquinistas del derecho: lo mecánico, lo coactivo, para el mundo de la física, fuera del cual carece de toda eficacia que no sea morbosa y perturbadora. Buscando el reino de Dios y su justicia puramente y por ella misma, la unidad se nos dará por añadidura». Cfr. *La reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, 1984 (s.f.: 1883 a 1993), p. 361.

⁹ En tal sentido, Alberto GIL NOVALES, en su Introducción a la *Historia Crítica de la Revolución Española*, de Joaquín COSTA, Centro de Estudios Constitucionales (CEC, en adelante), 1992 (inédito hasta 1981), pp. 14 a 39 y, en particular, pp. 19 a 21 y 34.

En anteriores trabajos he defendido, en la línea de otras opiniones de mayor autoridad, como la de Gil Cremades, que Costa no comprendió bien las claves jurídicas profundas de la revolución burguesa y, en particular, el distinto significado de la propiedad privada bajo el orden liberal y bajo el antiguo régimen¹⁰. Costa se alineó en teoría con el liberalismo y con la Codificación, pero no llegó a comprender bien ni fue capaz de defender con coherencia estos procesos históricos.

El pensamiento político y general de Joaquín Costa fue ya lúcidamente criticado por Manuel Azaña¹¹, con argumentos que ha venido a hacer suyos recientemente el profesor Santos Juliá en varios de sus libros¹². Explicó Azaña que la tragedia de Costa fue la de un hombre que quisiera dejar de ser conservador y no puede. De costumbres locales momificadas pretendía sacar las libertades populares, explicaba Azaña. Sus propuestas, según el gran intelectual liberal, le convertían más que en un innovador en un moralizador de la política. Los regeneracionistas, explicaba, no confiaban en la organización de las fuerzas populares, que es lo que precisamente Azaña propugnaba con todo el énfasis, con lo que aquellos, afirmaba, «proponían remedios políticamente neutros, es decir, nulos; es decir, favorables a la conservación de las cosas que los mismos regeneradores aborrecían». Explicaba también Azaña que las famosas reivindicaciones costistas de construcción estatal de obras hidráulicas, y de despensa y escuela, siendo justas, no eran originales de Costa, sino que provenían de los ilustrados del siglo XVIII. Recogiendo Azaña textos de Costa en los que sí aceptaba la separación de poderes, mostraba el primero que, entonces, el famoso «cirujano de hierro» quedaba convertido a «poco más de nada». Incluso tuvo Azaña la lucidez de adivinar que muchas de las ideas y eslóganes de Costa, a quien le reconoce una habilidad especial para acuñar frases ingeniosas («cirujano de hierro»; «escultor de naciones»; «doble llave al sepulcro del Cid»), era «probable que perdurara mucho tiempo, porque la misma generalidad de sus expresiones permitiría atribuirles, en cambiando los tiempos, sentido diverso»¹³.

La señalada falta de comprensión por Costa de las claves jurídicas y políticas de la revolución burguesa, que es idea que en Aragón resultará a algunos difícil de aceptar, debe contextualizarse, porque fueron muchos los liberales decimonónicos que percibieron muy enturbiada la comprensión de las ideas de poder constituyente y de la soberanía nacional instauradas por la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 3) e importadas de Francia, incluso entre los intelectuales

¹⁰ Cfr. en tal sentido mi libro *Mito y realidad en el standum est chartae*; Prólogo de Luis Díez PICAZO, Civitas Thomson Reuters, 2009, pp. 62 a 64, 68 a 70 y 286-287, entre otras. Me fue muy útil para el estudio de COSTA el libro de Juan José GIL CREMADES, *El reformismo español. Krausismo, escuela histórica, neotomismo*, Ariel, Barcelona, 1969, 407 pp.

¹¹ Sigo aquí, en particular, el libro de Manuel AZAÑA, *Plumas y palabras*, Compañía Iberoamericana de Publicaciones (CIAP), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 1930, pp. 251 a 264.

¹² Cfr. Santos JULIÁ, *Historias de las dos Españas*, Taurus, 3.ª ed. 2005, pp. 127, 145, 148, 196, 176 a 181, 201 a 204, etc. Y también, del mismo autor, *Vida y tiempo de Manuel Azaña (1880-1940)*, Taurus, 2008, pp. 221 a 224 y 301, entre otras.

¹³ Cfr., para esta última lúcida afirmación, Manuel AZAÑA, *Plumas y palabras*, CIAP, 1930, p. 259.

y políticos más brillantes e influyentes del siglo XIX. Otra vez nos sirve una lúcida afirmación de Azaña escrita en 1934¹⁴ y según la cual, «hace un siglo, los revolucionarios liberales se empeñaron en demostrar que su revolución restauraba instituciones arcaicas: Toreno, Argüelles, Martínez de la Rosa, el propio Martínez Marina y otros expositores del liberalismo español, torturan la tradición para autorizar su obra política». Se hubiera podido añadir a la lista de Azaña incluso a Jovellanos, que trabajó en los preparativos de la Constitución de Cádiz aunque no llegara a conocerla, y quizás destacar que el propio Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz, atribuido generalmente a Argüelles, estaba por completo imbuido de esta idea o mitificación de que la soberanía nacional se encontraba ya en la historia anterior de España desde hacía siglos¹⁵. Y por cierto que el citado Discurso Preliminar de la Constitución de 1812 da especial importancia a la versión mitificada de las famosas libertades aragonesas, con profusa insistencia en que se inspiraron estas en la «libertad civil»¹⁶, entre otros datos que le resultaron útiles al autor para fundamentar en nuestra historia la nueva soberanía nacional. En el primer liberalismo español, por ejemplo, Sempere y Guarinos¹⁷ y Blanco White¹⁸ entendieron y aceptaron en su plenitud el concepto de soberanía «moderno». Pero se persiguió o se forzó al exilio tanto a los liberales más conservadores como a los más radicales. Entre los aragoneses destacan Joaquín Escriche (exiliado) e Isidoro de Antillón (muerto preso).

No se si está del todo estudiado el proceso de cómo los liberales españoles del siglo XIX fueron perdiendo ese inicial lastre histórico del primer liberalismo español que les imponía el peso de la inercia religiosa y de la historia imperial y nacional, más o menos mitificada. Pero parece que entre los juristas de la Restauración borbónica de 1874, aunque su debilidad ideológica posibilitara el

¹⁴ Cfr. Manuel AZAÑA, *La invención del «Quijote» y otros ensayos*; ensayo «Tres generaciones del Ateneo», prólogo de Andrés TRAPIELLO, Madrid, 2005 (1934), p. 130.

¹⁵ Lo ha explicado bien, recientemente, por ejemplo, Santiago MUÑOZ MACHADO, en *El problema de la vertebración del Estado en España (del siglo XVIII al siglo XXI)*, Iustel, 2006, pp. 220 a 228.

¹⁶ Cfr. Agustín ARGÜELLES, *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, Introducción de Luis SÁNCHEZ AGESTA, CEC, Madrid, 1989, Reimpresión de 1.ª ed. de 1981, pp. 69 ss., 95 ss. y 114 ss.

¹⁷ Cfr. Juan SEMPERE Y GUARINOS, *Historia de las Cortes de España*, Estudio preliminar de Rafael HERRERA GUILLÉN, CEPC, Madrid, 2011 (1815), 256 pp. El Estudio preliminar que acompaña al libro es de muy recomendable lectura para comprender la complejidad de la lucha ideológica en el periodo referido. Explica la rigurosa crítica de SEMPERE a MARTÍNEZ MARINA, autor demasiado lastrado por su erudición histórica, y que era, por cierto, el más admirado por COSTA.

¹⁸ Radicalismo en su ideal de libertad que supo armonizar este autor con un agudo sentido de la realidad, con su mala opinión sobre la Revolución francesa y con una gran lucidez histórica. Me refiero a José María BLANCO Y CRESPO (1775-1841), sevillano de ascendentes irlandeses, que emigró para siempre a Inglaterra en la Guerra de la Independencia y que fue, primero, canónigo, y luego catedrático en Oxford, periodista y poeta. La segunda etapa de su vida firmaba sus trabajos como BLANCO WHITE. Merece al menos mención este muy interesante intelectual, que fue un verdadero adelantado a su tiempo. Cfr. el libro de Manuel MORENO ALONSO, titulado *BLANCO WHITE, la obsesión de España*, Alfar, Sevilla, 1998, 674 pp.

surgimiento y consolidación de los conciertos vasco y navarro¹⁹, algunos de ellos habían aceptado ya sustancialmente las consecuencias jurídicas y políticas de la idea de soberanía nacional. Al menos Manuel Alonso Martínez, considerado el «padre» de nuestro Código civil, había llegado a entender claramente esas consecuencias²⁰. Los juristas de la Restauración, aunque no llegaron a distanciarse o a romper con la religión católica como hicieron algunos krausistas o masones, más radicales en su liberalismo y protagonistas varios de ellos del Sexenio progresista, y aunque culminaron una revolución burguesa un tanto débil, llegaron a interiorizar la necesidad de organizar la sociedad y vertebrar la Nación desde las libertades formales burguesas y a entender muy bien la necesidad y el valor de la codificación para el efectivo arraigo de la igualdad ante la ley y de esas libertades²¹.

En este contexto explicado se comprende mejor cómo lo que Costa propuso a la doctrina y al legislador estatal en sus libros fue, en esencia, junto a las irrazonables reformas institucionales de las profesiones jurídicas que han quedado explicadas²², que en cuanto a las fuentes del Derecho se siguiera como en el antiguo régimen, y entendido este no solo como el anterior a la Revolución francesa, que tan poco le gustaba, sino casi como anterior a la misma Ilustración, que es cuando en realidad se empezó a forjar la superioridad de la ley como fuente suprema y casi exclusiva del ordenamiento jurídico. Propuso mantener la amplísima autonomía de la voluntad característica del antiguo régimen y la costumbre contra ley, que eran las fuentes en las que se había apoyado

¹⁹ Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO, *El problema de la vertebración del Estado en España*, 2006, pp. 215 ss. y 228 a 247.

²⁰ Se percibe esto muy nítidamente cuando ALONSO MARTÍNEZ responde a FRANCO Y LÓPEZ que no intente justificar el mantenimiento del Derecho foral aragonés en las famosas «libertades aragonesas» porque poco tenían que ver esas libertades medievales con la libertad surgida de la Revolución francesa de 1879. Cfr., del primero, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, tomo 1.º, Madrid, 1884, pp. 125-126. Y sobre esta anécdota y el total pensamiento de ALONSO MARTÍNEZ, véase mi libro sobre el *standum est chartae*, de 2009, p. 344, y pp. 284 ss., nota 313.

²¹ Una forma de explicar las dificultades de los pensadores españoles fue la de Salvador de MADARIAGA, quien, en 1936 y con mayor perspectiva histórica, afirmaría, no sin antes criticar la política de la Segunda República frente a la religión, que España debía desembarazarse de la idea de su supuesta «misión histórica» de evangelizar el mundo y explicaba cuánto daño han hecho las supuestas «misiones históricas» de otros países como Francia, Gran Bretaña, Unión Soviética, etc. Cfr. *Anarquía o jerarquía*, 2.ª ed., Aguilar, Madrid, 1936, pp. 218 a 221, y 88 a 90.

²² Como civilista no puedo dejar de señalar que las reflexiones de COSTA sobre el Registro de la Propiedad demuestran además con toda nitidez que este autor no había entendido el principio clave y decisivo de la fe pública registral que introdujo en nuestro Derecho la admirable Ley Hipotecaria de 1861 y que se había explicado en la no menos admirable y famosa explicación de su Exposición de Motivos. Como se sabe, la fe pública registral consiste en que la ley suple la falta de titularidad o falta de facultad de disponer del titular registral en beneficio del que solemos llamar «tercero hipotecario», que tiene que reunir los requisitos exigidos tanto en el artículo 34 de la vieja Ley de 1861 como en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria vigente. Véase sobre ello, o relacionado con ello, la errática explicación de COSTA en su libro *Reorganización del Notariado, del Registro de la Propiedad y de la Administración de Justicia*, Zaragoza, 1984 (s.f.), pp. 262 y 311. En esta segunda página se verá la errática propuesta de reforma del autor de la Base 23 de su «Ley de Bases».

sobre todo la feudalidad y la nobleza, y propuso que se mantuviera como fuente la jurisprudencia de todos los tribunales, que era otra de las fuentes típicas del antiguo régimen²³. Aunque Costa era escasamente consciente de ello y presentó sus ideas casi como elaboraciones originales suyas. En su muy reaccionaria postura de fondo es muy coherente al rechazar también el recurso de casación, que fue un invento utilísimo de los revolucionarios franceses para entronizar la ley como fuente suprema y unificar el ordenamiento jurídico y para contrarrestar la previsible actitud obstruccionista de su desarrollo por parte de muchos jueces formados en las viejas mentalidades.

La postura reaccionaria de Costa ha inspirado, hasta en el vigente Código de Derecho Foral Aragonés (CDFA, en adelante) de 2011, las fuentes del Derecho civil aragonés, desde la Compilación de 1967, que acogió la costumbre contra ley dispositiva y el pretendido principio de autonomía *standum est chartae*. Recogido hoy el pretendido principio en el artículo 3 del CDFA, sabemos que se basa en un parallogismo. No consiguió Costa, por fortuna, la supresión en Aragón de la casación, al mantener el Estado liberal un Derecho procesal civil estatal y homogéneo y de clara inspiración liberal, tras haber conseguido, en el Decreto de 6 de diciembre de 1868 de unificación de fueros, dictado en cumplimiento del artículo 248 de la Constitución de Cádiz, la abolición de las diversas jurisdicciones particulares y estamentales, tema decisivo que omitió la citada prolija y errática disertación de Costa.

Creo que no se ha adoptado nunca todavía respecto de Costa, y no en particular por Vallet Goytisolo²⁴, su mejor estudioso, ni en ninguno de los foralistas aragoneses, la perspectiva que a mí me parece acaso más fecunda, y que es la de indagar el origen de los concretos términos o mimbres con los que confeccionó Costa sus muy peculiares teorías. Esta vía creo que conduce a mostrar que ni hubo auténtica aportación original de Costa a la teoría jurídica ni tampoco aportación suya a la terminología jurídica. Yo he hecho esta indagación en diversos trabajos respecto del pretendido principio aragonés de autonomía de la voluntad del *standum est chartae*, hoy acogido en el artículo 3 del CDFA de 2011, que sabemos hoy no existió como tal principio ni con ese nombre en el antiguo régimen, donde diversas observancias del siglo XIV quisieron significar con ese brocardo una regla de hermenéutica o acaso en ciertos supuestos una regla procesal. Así se desprende de las reflexiones y estudios de Jesús Lalinde Abadía, de Jesús Morales Arrizabalaga y de Manuel Gómez de Valenzuela²⁵.

²³ Como explicó Helmut COING, la Ilustración condujo a una nueva valoración de cada una de las «fuentes del Derecho». En el Derecho común eran fuentes importantes, junto al texto del *Corpus iuris*, en primer lugar la ciencia jurídica, la *communis opinio doctorum*; después la jurisprudencia. En la Ilustración entra en el lugar de estas fuentes la ley, que cada vez es más considerada la única fuente. *Cfr. Derecho privado europeo*, tomo 1.º, traducción de Antonio PÉREZ MARTÍN, Fundación Cultural del Notariado, 1996, p. 111.

²⁴ *Cfr.* sobre la valoración de COSTA por VALLET lo explicado en mi libro sobre el *standum est chartae* de 2009, pp. 296-297 y notas correspondientes.

²⁵ Por razones de espacio cito solo las reflexiones del profesor LALINDE ABADÍA, que no se extienden en principio nunca al Derecho consuetudinario altoaragonés, sobre el brocardo «*standum est chartae*»: «Vida judicial y administrativa en el Aragón barroco», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 1981, pp. 419 a 521 y, en particular, 445 a 454; *Los fueros de Aragón*, Librería

La segunda expresión que cabría considerar es la de «libertad civil», que después de Costa se ha usado a veces por la doctrina en algunos, pero no en todos, inicialmente al menos, de los territorios con Derecho foral propio. Me parece probable que Costa la tomase de Argüelles y en particular de su Discurso Preliminar de la Constitución de 1812, así como del artículo 4.º de esta. Pero la expresión «libertad civil» la encuentro poco usada en los autores del primer liberalismo español y con sentidos no siempre coincidentes y me parece claro que contiene un anacronismo parecido al del brocardo *standum est chartae*, porque no parece verosímil que esa expresión se usara de verdad en el antiguo régimen, como dio a entender Costa, al presentarse como buen conocedor del Derecho aragonés histórico. Parece ser, en realidad, aunque ni Vallet se hiciera consciente de ello, una noción decimonónica. Y no es claro si procede de la cultura francesa, porque no está ni en las declaraciones francesas de derechos humanos de 26 de agosto de 1789 ni en la de 24 de junio de 1793, ni, al parecer, en el Código francés de 1804 (arts. 893 ss. y 1101 ss.) ni en el Estatuto de Bayona de 6 de julio de 1808 (art. 6). No parece fácil, en fin, trazar la distinción entre esta noción y la mucho más extendida entre los privatistas de autonomía de la voluntad, salvo que se acuda a los distintos límites, diversos de los del artículo 1.255 del Código civil, que puedan ponerle los diversos ordenamientos forales (art. 3 del CDFR, en Aragón).

En fin, la expresión de «soberanía del individuo», tan del gusto de Costa, creo que es expresión desafortunada y que quizás por lo que tiene como de exageración o de grandilocuencia gustaría a nuestro autor²⁶. Puede que tenga enlace teórico con algunas de las teorizaciones de nuestros krausistas y la he encontrado usada con bastante entusiasmo y énfasis en uno de los primeros libros del joven Francisco Pi y Margall, libro bastante anarquizante y lleno de atrevimiento y de ingenuidades²⁷. Pero con esta idea en sí misma excesiva y proclive a los equívocos de la «soberanía del individuo», que veo muy probable que Costa tomara de este autor, no parecen haber tenido ambos autores muchos seguido-

General, Zaragoza, 1976, pp. 94,145 y 149; *Derecho y Fuero*, en los *Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón*, dirigidos por LACRUZ BERDEJO, vol. 1.º, 1988, pp. 11 a 88, y en particular 66 y 74-75, y 81-82; y finalmente Perfil histórico de la foralidad aragonesa, en *Estudios de Derecho aragonés*, Rolde de Estudios Aragoneses / Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza, 1994, pp. 43 a 45. Por lo demás, detecto ahora que en el resumen del pensamiento de LALINDE que di en mi libro sobre el *standum* de 2009 no cité el primero de los trabajos aquí citados, y que cometí un error, al afirmar que el brocardo se empezó a aplicar a los documentos y pasó luego a relacionarse con los fueros, siendo que el gran historiador había afirmado, con toda razón, justo lo contrario.

²⁶ Ya Salvador de MADARIAGA había presentado en 1936 la idea de la «soberanía absoluta del individuo» como una vulgarización o degeneración de la idea auténtica de libertad. *Cfr. Anarquía o jerarquía*, 2.ª ed., , Aguilar, Madrid, 1936, pp. 38 a 43, y 186 a 190.

²⁷ El joven PI y MARGALL deducía de la noción de soberanía individual el que la llamada «soberanía del pueblo» no podía considerarse sino como una «ficción» y además provisional, hasta que se pudiera lograr «la destrucción absoluta del poder». Por otra parte, parece tomar en cuenta medida la noción de «soberanía del individuo» de Pierre LEROUX. *Cfr. La Reacción y la Revolución*, Publicaciones de la Revista Blanca, Barcelona, 1854, Prólogo de Federica MONTSENY, 475 pp., y en particular, *Cfr.* pp. 105-106, 128,189 a 209, etc. Para la alusión a LEROUX, pp. 203-204.

res. Y hasta me ha parecido percibir que el propio Pi y Margall tendió a abandonar esa expresión en obras suyas de mayor madurez²⁸.

B) EL «DORADO AISLAMIENTO» DE LA DOCTRINA CIVILISTA ARAGONESA, FORALISTA Y COSTISTA

En 1982 afirmó Bartolomé Clavero²⁹ que la nutrida doctrina de los territorios con Derechos forales se elaboraba en un «dorado aislamiento», o sea, en unas notables condiciones de arbitrariedad por falta de contraste científico, y añadía, con visión que se ha mostrado certera, tres décadas después, al menos para algunos territorios, que políticamente este elemento podía actuar de modo más bien incontrolado en manos de un «doble diletantismo: histórico de juristas y jurídico de historiadores».

La evolución del Derecho civil aragonés en la actual etapa democrática se ha ajustado bastante a la descripción y pronóstico de Clavero. La doctrina foralista aragonesa se ha considerado siempre desde la segunda mitad del pasado siglo, casi podría afirmarse que «oficialmente» costista, y ha aceptado como muy buenas las fuentes del Derecho civil aragonés que la doctrina de Costa inspiró al legislador en 1967³⁰. Sin embargo, en la doctrina civilista aragonesa, en mi opinión, no se ha estudiado nunca a Costa en profundidad³¹. El profesor Delgado Echeverría, discípulo del profesor Lacruz, escribió en 1978 un breve y poco informado trabajo, procedente de una conferencia suya, y ya no ha vuelto a escribir sobre Costa por extenso, salvo error mío, nunca más³². Y los profesos-

²⁸ Por ejemplo, en 1876 y tras el fracaso de la Primera República, en su libro *Las nacionalidades*, Introducción de Jordi SOLÉ TURA, CEC, Madrid, 1986 (1876), pp. 247 a 255, y pp. 281 a 289, entre otras.

²⁹ Cfr. Bartolomé CLAVERO, *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Siglo XXI, Madrid, 1982, p. 1.

³⁰ Por citar solo doctrina reciente en el sentido indicado, véase José Antonio SERRANO GARCÍA, *Derecho civil de Aragón: presente y futuro*, Revista de Derecho Civil Aragonés, tomo XV, 2009, pp. 23 a 72; Miguel LACRUZ MANTECÓN, este acaso con entusiasmo menor por la expansión del Derecho aragonés, *Hasta el infinito, y más allá, o la actualidad del Derecho foral*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, n.º 4, 2009, pp. 709 a 744; María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés: de la Compilación al Código de Derecho Foral de Aragón de 2011*, en «Derecho privado y Constitución», n.º 25, 2011, pp. 175 a 227. También la obra colectiva de siete experimentados civilistas y correspondientes a cada uno de los siete territorios con Derecho foral actual, *¿Hacia dónde van los Derechos autonómicos? El futuro de los Derechos Civiles Autonómicos*, Difusión Jurídica, Madrid, 2011, 304 pp.

³¹ Cfr., al respecto mi trabajo «Sobre la influencia de Joaquín Costa en el Derecho civil aragonés», en el libro colectivo «El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectivas», Libro Homenaje al profesor Juan José GIL CREMADES, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, pp. 741-772.

³² Cfr., del mencionado autor, *Joaquín Costa y el Derecho aragonés*, Facultad de Derecho de Zaragoza, 1978, 42 pp. Otras diez páginas muy elogiosas sobre COSTA escribió DELGADO en la Introducción del libro del primero sobre la libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses, reeditado en 1981. El profesor DELGADO no parece haber cambiado de opinión sobre COSTA en los últimos 34 años, porque en un libro colectivo dedicado al polígrafo con motivo del

res Lacruz, Sancho Rebullida y Delgado, en las doscientas páginas que se dedicaron en una importante obra colectiva («Comentarios a la Compilación aragonesa», dirigidos por Lacruz, Trivium, vol. 1.º) a las fuentes del Derecho aragonés, en 1988, se presentan a sí mismos los tres como seguidores de las enseñanzas de Joaquín Costa, pero apenas lo citan. Y aunque sí que los foralistas aragoneses han recibido la importante adhesión a su costismo de Vallet de Goytisolo, quien, él sí, ha estudiado y defendido a Costa en bastantes trabajos, hay que explicar que este es un civilista no aragonés, y que sus ideas representan la versión ideológica foralista más conservadora y aun nostálgica del antiguo régimen. El costismo de los foralistas realza a sus ojos el valor de los institutos aragoneses, sobre todo de los de origen consuetudinario.

En su citado trabajo de 1978 el profesor Delgado aceptaba con entusiasmo y rotundos elogios todas las tesis de Costa más características y presentaba a este autor, esto ya contra la buena doctrina de entonces, como un liberal de izquierdas o muy progresista y como republicano de toda su vida. Incluso en un diminuto trabajo, y creo que aquí ya algo ingenuamente, llegó a explorar el entonces joven profesor Delgado la posible influencia de las ideas marxistas en Costa³³, quien por cierto fundó dos partidos no republicanos y solo ingresó en las filas del republicanismo de Salmerón, y ya desengañado de la política, al final de sus días. Y ninguno de los discípulos del profesor Delgado, ni otros foralistas aragoneses de diversas profesiones jurídicas y que gozan de poder y autoridad en la actual sociedad aragonesa, todos en apariencia entusiastas defensores del Derecho aragonés y de su reciente ampliación, tiene reflexiones de entidad publicadas sobre Costa³⁴.

Ha habido, como predijo Clavero, diletantismo histórico de los juristas. Ha caído en el olvido la certera afirmación en 1933 del historiador del Derecho Salvador Minguijón de que Costa había exagerado las alabanzas al Derecho civil aragonés y exagerado su originalidad³⁵. No parece preocupar a la doctrina

centenario de su muerte ha enviado o autorizado la reproducción de unos trozos de su trabajo de 1978, que ha agrupado bajo el título de *Derecho y tradición jurídica aragonesa*. Cfr: el libro *Joaquín Costa, El fabricante de ideas*, Gobierno de Aragón y otros, Zaragoza, 2011, pp. 278 y 279.

³³ En su trabajo «Costa y el Derecho», en el libro colectivo *El legado de Costa*, Ministerio de Cultura, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1984, pp. 101 a 110. Y otras sugerencias del autor en la misma errónea dirección he señalado en mi libro sobre el *standum est chartae* de 2009, pp. 294 y 298, notas 335 y 346 y texto correspondiente.

³⁴ Durante el año 2011, y con motivo del centenario de la muerte de COSTA, ha dado tres o cuatro veces en Zaragoza una muy elogiosa conferencia sobre este autor, en su vertiente como jurista, Fernando GARCÍA VICENTE, que es el actual Justicia de Aragón y que fuera Profesor titular de Derecho civil. Cfr: el trabajo «Costa y el Derecho actual», en el libro colectivo *Cuatro miradas sobre Costa*, Sociedad Económica Aragonesa de Amigos del País, Zaragoza, 2011, pp 88 a 125. Para alcanzar ese tono tan elogioso, creo que el autor tiene que pagar el duro precio de descontextualizar lo que COSTA de verdad propuso o intentó aportar y de prescindir casi absolutamente del estado de la cuestión.

³⁵ Cfr: Salvador MINGUIJÓN ADRIÁN, *Historia del Derecho español*, 2.ª ed., Labor, 1933, pp. 255-256. Y en efecto, hoy sabemos que los pactos sucesorios con ocasión del matrimonio, instituto central del Derecho consuetudinario aragonés, que COSTA consideraba como una creación genial del pueblo aragonés, se dio en la Edad Media en muchos lugares. Cfr: Helmut COING,

foralista o autonomista aragonesa el hecho, si es que se conoce, de que a los historiadores de Derecho serios tanto del siglo XIX como del XX que han estudiado el Derecho aragonés no les hayan interesado nada las peculiares y mal informadas explicaciones de Costa sobre el Derecho aragonés histórico³⁶. Nadie en la doctrina foralista aragonesa ha intentado responder las críticas del profesor Lalinde a la normativización en 1967 del brocardo *standum est chartae*, ni las más a las actuales fuentes costistas del Derecho civil aragonés³⁷. Las reflexiones a favor de la unificación del Derecho civil español de grandes civilistas españoles del pasado siglo (De Castro y Bravo; Hernández Gil; etc.), ni en sus versiones postconstitucionales más atenuadas (Lasarte Álvarez) no interesan ya a nadie, al parecer, en Aragón. Hay en la doctrina foralista aragonesa una profunda visión ahistórica, manifestada con nitidez, como veremos, en el Preámbulo del CDFa de 2011.

Todo esto nos demuestra que lo que de Costa ha interesado más a los foralistas y a la clase política aragonesa es el intentar cubrir actuaciones o impulsos

Derecho privado europeo, traducción de PÉREZ MARTÍN, tomo 1.º, 1996, pp. 58 y 707-708. Muy despreciativa sobre la figura de COSTA fue la opinión de Juan MONEVA Y PUYOL (1871-1951), que fue un canonista conservador pero culto y liberal y de mucho prestigio en Zaragoza y su Universidad. Cfr: la obra colectiva *Joaquín Costa, el fabricante de ideas*, s.f. (2011), pp. 212-213. José Antonio ESCUDERO ha atribuido a COSTA la capacidad de alcanzar «formulaciones brillantes a Costa de no pocos excesos». Cfr. *Curso de historia del Derecho*, Madrid, 2003, p. 56.

³⁶ He comprobado, aunque no del todo exhaustivamente, lo que afirmo en el texto, por ejemplo, en los siguientes autores y obras. Manuel DÁNVILA y COLLADO, *Las libertades de Aragón* (1881); Vicente de la FUENTE, *Estudios críticos sobre la historia y el Derecho de Aragón* (1885); Julián RIBERA TARRAGÓ, *Orígenes del Justicia de Aragón* (1897); Carlos LÓPEZ DE HARO, *La Constitución y libertades de Aragón, y el Justicia Mayor* (1926); o, en tiempos más recientes, las muy importantes contribuciones en muy diversos libros y trabajos de Jesús LALINDE ABADÍA y Antonio PÉREZ MARTÍN. Por cierto, que con este último tenemos contraída los juristas aragoneses una deuda impagable de gratitud por sus prestigiosos y concienzudos trabajos, entre otros, sobre PÉREZ DE PATOS (1993) y Jimeno PÉREZ DE SALANOVA (2000); y por las ediciones críticas de los Fueros de Aragón tanto en sus versiones romances (1999) como en su, de muy difícil reconstrucción, texto oficial latino (s.f., pero la publicación es de 2010). En otro sentido, parece detectarse entre los historiadores del Derecho una focalización casi en exclusiva de la historia de los aragoneses cristianos, habiéndose dejado a los historiadores generalistas la historia de las comunidades perseguidas y expulsadas como la morisca y la judía, ambas muy importantes en Aragón. Sobre estas últimas expulsiones puede verse, por ejemplo, la obra colectiva *Destierros aragoneses*, editada por la Institución Fernando el Católico, en Zaragoza, 1988, cuyo primer tomo, de 378 páginas se refiere a los judíos y moriscos, y el segundo, de 207 páginas, a los exilios del siglo XIX y de la Guerra Civil. Hay que destacar también el libro de Miguel Ángel MOTIS DOLADER, *Los Judíos en Aragón en la Edad Media (siglos XIII-XV)*, Colección Mariano de PANO Y RUATA, Caja de Ahorros de la Inmaculada, Aragón, 1990, 193 pp. Muchísimos datos sobre los judíos de Aragón, sobre las razones por las que se evitaron allí en 1391, sobre todo en Zaragoza, ciudad baluarte de defensa de los judíos durante esos años de furor y fanatismo, las matanzas de judíos generalizadas en muchos otros lugares de la Península, y sobre la persecución por la Inquisición luego, tras la expulsión de 1492, a los conversos, entre los que fueron perseguidos juristas y altos funcionarios aragoneses de gran nivel intelectual, pueden encontrarse en la obra clásica del profesor Yitzhak BAER, *Historia de los judíos en la España Cristiana*, traducción del hebreo de José Luis LACAVE, Riopiedras, Zaragoza, 1998 (1959, 2.ª ed. del original de 1945), 946 pp.

³⁷ Como síntoma diré, a riesgo de parecer inelegante, que mi libro sobre el *standum est chartae* de 2009 ni siquiera ha sido reseñado seriamente en la *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Véase el tomo XV de la misma, año 2009, p. 487.

políticos autonomistas con el manto de su pretendido prestigio, y no el estudio en serio de su obra y posible aportación. Era justo, sin embargo, el reproche que le hiciera Manuel Azaña³⁸ a Costa, aunque sin nombrarlo (aludió a un «apóstol, casi mártir de la regeneración española») y sin duda aludiendo a su obsesión con el *standum est chartae*, de que no podía sacarse de «un pedazo de carta municipal del siglo XIII ... la planta jurídica, amparo de mi libertad en el siglo XX». Y cabe añadir hoy, siguiendo al maestro Lalinde, que además el tal «pedazo de carta municipal del siglo XIII» (en realidad, observancias del siglo XIV) ni siquiera aludía a la libertad de los particulares, sino que eran textos medievales (varios y diversos) relativos a la interpretación de los fueros, las sentencias y, quizás, los documentos.

2. LA MUY DESCONOCIDA SIGNIFICACIÓN DEL CONGRESO DE JURISCONSULTOS ARAGONESES DE 1880-1881

Del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881, convocado inicialmente por Joaquín Gil Berges y que duró cinco meses (desde el 4 de noviembre al 7 de abril), y al que se apuntaron 270 juristas (abogados, casi todos) de la época³⁹, y entre ellos casi todos los de más prestigio, nos interesan aquí sobre todo las Conclusiones votadas por los congresistas, sobre la base de unos previos y muy pensados cuestionarios.

Estas Conclusiones se pueden conocer hoy cómodamente desde que en 2005-2006 han sido publicadas por la Institución «Fernando el Católico» en dos tomos bajo el rótulo de «Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón»⁴⁰. Al acabarse el Congreso, sus Actas y Conclusiones no se publicaron, sin que se sepa la razón con seguridad, aunque parece que existió alguna decisión del propio Congreso de redactar una Memoria, encargada a Mariano Ripollés. Las pocas referencias anteriores a 2005 que se encontraban en la doctrina aragonesa al Congreso de 1880-1881 casi siempre eran para recordar o explicar que, en el mismo, Costa defendió, por cierto que más bien sin éxito, el papel central del principio *standum est chartae* y de la costumbre contra ley, lo que es cierto, pero resulta explicación radicalmente insuficiente sobre el significado global del importante Congreso⁴¹. Y cuando se hacía una valoración

³⁸ Cfr. de AZAÑA, «Tres generaciones en el Ateneo», en el libro *La invención del Quijote y otros ensayos*, Asociación Libreros de Lance, Madrid, 2005 (1934), p. 130.

³⁹ Información que aporta COSTA en su libro *La Libertad civil...*, Guara, Zaragoza, 1981 (1883), pp. 39 y 84.

⁴⁰ Antes se conocían las mencionadas conclusiones por los estudiosos en el libro ya citado de COSTA, «*La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses*», editado en 1883, pero donde estaban esas conclusiones incompletas y dispersas, resultando difícil encontrarlas y obtener una visión de conjunto.

⁴¹ Esto puede afirmarse, por ejemplo, del extenso trabajo, de DELGADO ECHEVERRÍA sobre el artículo 1.º de la Compilación aragonesa de 1967, donde no recoge las principales conclusiones del Congreso de 1880-1881, por instituciones. Cfr. los *Comentarios a la Compilación* dirigidos por el profesor LACRUZ, vol. 1.º, Trivium, 1988, pp. 109-110. En otro trabajo de 2005 DELGADO

general, solía ser para afirmar que el Congreso había hecho una defensa del Derecho foral aragonés y sus instituciones frente al Gobierno de Madrid y sus pretensiones unificadoras del Derecho civil⁴².

La publicación en 2005-2006 de las Conclusiones del Congreso, conteniendo la lista de todas ellas y permitiendo una fácil visión de conjunto, ha deparado una considerable sorpresa. Resulta que, contra lo que siempre se había afirmado o dado a entender en Aragón, lo que votaron los jurisconsultos aragoneses tras muchos meses de deliberaciones, fue hacer una profunda poda del Derecho aragonés extraído de los Fueros y Observancias y conseguir así un acercamiento sustancial a lo que en el Código civil español se preveía que se iba a regular. No les temblaba el pulso a los juristas aragoneses, inspirados por una ideología liberal burguesa próxima a la de Alonso Martínez, al proponer la directa supresión o radical transformación de muchas de las instituciones del Derecho foral aragonés más tradicionales y presuntamente arraigadas⁴³. Costa fracasó en su intento de hacer aceptar en el Congreso algunas de sus más preciadas ideas, como la implantación de la libertad de testar y el reconocimiento de la costumbre contra ley⁴⁴. En cuanto al *standum est chartae*, el Congreso aceptó parcialmente la propuesta de Costa, en una solución ecléctica, con una conclusión que lo contemplaba como principio de autonomía de la voluntad y otra como mera norma de hermenéutica.

En todo caso, y si bien se mira, esa forma de pensar tan favorable a la Codificación tendencialmente unificadora de los juristas aragoneses en 1880-1881 no deja de tener lógica porque en ese momento histórico y tras las graves convulsiones y guerras experimentadas a todo lo largo del siglo XIX la nación española está ya bastante consolidada y fusionada y muy especialmente en Aragón. Baste recordar que muchos de los juristas que acudieron al Congreso de 1880-1881 podían perfectamente ser nietos, o incluso hijos, de personas que hubieran vivido en directo los terribles sucesos de los Sitios de Zaragoza

recoge solo algunas de las conclusiones del Congreso, reconociendo que «algunas de ellas» (ya vamos a ver en el texto, siquiera mediante una remisión, que, en realidad, era claramente el conjunto de ellas de tal sentido general) conectaban «con la ideología liberal codificadora compartida por los congresistas». Pero en sus razonamientos posteriores minusvalora un Congreso que encaja mal con el pensamiento de tres décadas de explicaciones suyas sobre Derecho aragonés. Cfr: su «Estudio Preliminar» al Libro *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón (1880-1925)*, Institución Fernando el Católico, CSIC, Zaragoza, 2005, tomo 1.º, pp. 12 a 14.

⁴² En otro lugar he recogido opiniones en ese sentido indicado de Daniel BELLIDO y DIEGO MADRAZO, de Jesús MORALES ARRIZABALAGA, y de Jesús DELGADO ECHEVERRÍA. Cfr: mi trabajo «Una reflexión crítica sobre la expansiva reforma legal del Derecho civil aragonés», en *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 1.º de 2010, pp. 18-19, nota 15.

⁴³ Un resumen de esas Conclusiones, con muy leves observaciones al hilo de su descripción, puede verse en mi libro sobre el *standum est chartae* de 2009, pp. 305 a 308.

⁴⁴ Esto último, a pesar de haber escrito COSTA un libro sobre Derecho consuetudinario, que creo es el más importante y útil de cuantos escribió, aunque con intervención de otros autores, y el que más nítidamente constituye verdadera aportación y servicio suyos a la comunidad. Me refiero a su *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Introducción de Lorenzo MARTÍN RETORTILLO, 2 tomos, Guara, Zaragoza, 1981 (1879, 1880, 1885), 414 pp. y 461 pp., respectivamente.

de 1808. El carlismo fue fuerte en zonas del sur de Aragón, como el Maestrazgo, pero no en el conjunto de Aragón, ni en Huesca o Zaragoza, ciudad esta que en el siglo XIX fue una de las ciudades españolas más progresistas y liberales, con valor estratégico para la Monarquía y el liberalismo, además, al separar, con Aragón en su conjunto, zonas de predominante influencia absolutista y del carlismo como Cataluña y Navarra. En Zaragoza y en gran parte de Aragón el General Baldomero Espartero gozó durante mucho tiempo de gran apoyo y popularidad, y Zaragoza tuvo especial protagonismo en la resistencia que ofreció al pronunciamiento conservador que forzó a Espartero al exilio en el verano de 1843 y en los acontecimientos que desencadenaron el bienio progresista de 1854-1856, que llevó a Espartero a gobernar España por breve tiempo, siendo Zaragoza otra vez la ciudad que más se opuso a su caída frente al pronunciamiento de O'Donnell⁴⁵.

La fuerte inspiración liberal de las Conclusiones del Congreso de 1880-1881 creo que es un hecho importante, puesto que ocurrió en momento de importancia muy especial para el Derecho civil español y porque es la única ocasión en ocho siglos en la que a los juristas aragoneses se les ha pedido su opinión expresada democráticamente⁴⁶. Además, este hecho, por la falta de publicación de las Conclusiones, seguramente no llegó a ser conocido por Alonso Martínez y los otros autores del Código civil, ni por don Antonio Maura,

⁴⁵ Es coherente con lo que explico en el texto que en 1866 Pascual SAVALL Y DRONDA y Santiago PENÉN Y DEBESA en un importante y muy trabajado y erudito texto sobre la historia del Derecho aragonés, que denominaron «Discurso Preliminar», terminaran aceptando la unificación del Derecho civil español que se preveía en el que se creía inminente Código civil, solicitando solo que, en lo posible, fueran aprovechados en esa magna obra «*los ricos materiales que atesora nuestra legislación foral*». Cfr. la edición facsimilar de su edición de los Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, tomo 1.º, Zaragoza, 1991 (1866), n.º 354 y 355, p. 171. Esta versión facsimilar citada de 1991, con un total de tres tomos, incorpora por cierto una traducción del latín al castellano de todo el cuerpo legal realizada por cuatro personas, profesores de letras, contratadas por Ibercaja.

⁴⁶ El profesor DELGADO afirmó en 1977 que COSTA había dado una visión sesgada del Congreso de 1880-1881 y que para corregirla se hacía preciso un estudio no abordado aún de la prensa zaragozana y madrileña de la época y de las pocas revistas existentes y una profundización de la obra costiana. Y añadía que ese estudio lo juzgaba «de los más importantes sobre la historia contemporánea de nuestro Derecho civil e imprescindible también para el [...] significado de la codificación civil en España». Cfr. *El Derecho aragonés. Aportación a una conciencia regional*, 1977, pp. 205-206. Pienso que en la obra costiana no hay tanto que profundizar y que ya se había hecho para entonces (GIL CREMADES, por ejemplo, con el ilustre precedente de Manuel AZAÑA) y que, no publicadas las Conclusiones del Congreso, poco bueno se hubiera podido encontrar en la prensa de la época, y que lo importante era, simplemente, localizar esas Conclusiones y publicarlas. Y es curioso que, hoy que las tenemos publicadas, el profesor DELGADO y sus discípulos han mostrado gran indiferencia por las mismas durante los seis años pasados desde la publicación. Y también es curioso que la profundización en la obra costiana, que tan trascendental había considerado el joven profesor DELGADO, quedara reducida por su parte a un modesto artículo en 1978 de completa y entusiasta adhesión a las ideas principales del polígrafo, y de modo que dejara fijada esa adhesión de modo definitivo (adhesión de verdad inquebrantable, donde las haya) hasta hoy mismo (hasta 2011, al menos). En dos recientes «mesas redondas» a las que fue invitado en Zaragoza, el 21 de septiembre (Colegio Notarial) y el 14 de diciembre de 2011 (Instituto Goya), el profesor DELGADO, que pasa por ser un liberal de izquierdas, volvió con todo el énfasis a hacer profesión de fe costista y a defender la gran importancia de su aportación jurídica.

principal autor del Apéndice foral de 1925, ni por el profesor Lacruz Berdejo y los otros autores de la Compilación aragonesa de 1967, ni por el profesor Lalinde Abadía, principal estudioso de las instituciones del Derecho aragonés histórico. Lo que abre una cierta duda razonable de si no habría sido todo un tanto diferente en la historia de la codificación del Derecho aragonés, de haberse conocido por todos esos principales protagonistas las en la práctica desaparecidas conclusiones del Congreso de 1880-1881.

3. EL APÉNDICE FORAL DE ARAGÓN DE 1925

El Apéndice de Derecho foral de Aragón fue aprobado por Decreto de 7 de diciembre de 1925, entró en vigor el 2 de enero de 1926, y fue ratificado durante la Segunda República por Ley de 30 de diciembre de 1931. Derogó los Fueros y Observancias del reino de Aragón. La doctrina aragonesa más habitual y muy autonomista hoy preponderante, es muy crítica con el Apéndice de 1925, cuerpo legal elaborado formalmente por la Comisión General de Codificación y en sentido material elaborado sobre la base de un anteproyecto de don Antonio Maura y Montaner, que era precisamente Presidente de esa Comisión.

Le acusa la doctrina foralista al Apéndice de no haber reconocido las fuentes aragonesas más genuinas (principio *standum est chartae* y costumbre contra ley), lo que se ve como una gran mutilación, y se presenta esta Ley de 1925 como opresiva del aragonesismo, y manifestación del centralismo injustamente uniformador y castellanizante, por haber recogido muy escasa y cicateramente, se suele afirmar, los institutos propios del Derecho tradicional aragonés. Además no es infrecuente calificar al Apéndice como una ley técnicamente mala o floja o deficiente. El profesor Delgado, muy representativo de esta doctrina foralista aludida, por ejemplo, ha afirmado⁴⁷ que el Apéndice de 1925 fue la «magra, enteca y tardía respuesta que desde Madrid se dio a los deseos y aspiraciones de los aragoneses», criticando duramente dicho cuerpo legal porque, según él, le había mutilado de sus fuentes del Derecho tradicionales, y le habría privado del sistema que se contenía en los cuerpos legales históricos de los Fueros y Observancias, concibiendo al Derecho aragonés desde entonces casi como una suma de reglas dispersas y excepcionales y, explica Delgado, carentes de verdadero sistema. Además consideró⁴⁸ que sus artículos fueron «escasos, farragosos, casuísticos y a la vez incompletos, en todo caso, insuficientes». O sea, que parece apuntar a un mal uso del idioma en el Apéndice.

⁴⁷ Cfr. del autor su «Estudio Preliminar» de *Los Proyectos de Apéndice del Derecho civil de Aragón (1880-1925)*, vol. 1.º, Institución Fernando el Católico (CSIC), Zaragoza, 2005, pp. 7 y 55 a 58.

⁴⁸ Cfr. para esa afirmación, su libro *El Derecho aragonés. Aportación a una conciencia regional*, Alcrudo Editor, Zaragoza, 1977, p. 42.

He argumentado ya en otros trabajos anteriores⁴⁹ la fragilidad de estas críticas al Apéndice de 1925. Resumo aquí mi respuesta a tales críticas. Primero, no deberíamos criticar la no aceptación en el Apéndice del *standum est chartae* entendido (erróneamente) como un principio de autonomía de la voluntad y de la costumbre contra ley, porque, aparte del error que implicaba el brocardo aragonés entendido de esa manera, esas «fuentes» no aceptadas en el Apéndice eran en realidad las «fuentes» del antiguo régimen, por lo que era buena para los aragoneses su no aceptación legal, al someterse a estos por el Apéndice, a través de la supletoriedad del Código civil, a las mejores fuentes de este y a la primacía de la ley que es lo propio de un Derecho codificado y que se pretendía de inspiración liberal profunda. Creo que acertó Maura al oponerse a recoger el *standum est chartae*, al que denominó «arrogante apotegma», y la costumbre contra ley.

La respuesta, no tanto de «Madrid», lo que recuerda la terminología y cantinela de los políticos nacionalistas soberanistas, con los que inconscientemente se alinea Delgado, sino respuesta de la Comisión General de Codificación, que había integrado al efecto a Marceliano Isabal, el foralista aragonés más eminente del momento, no es cierto que fuera cicatera ni opresiva de las aspiraciones aragonesas. Todo lo contrario. Mientras que, como demuestran las Conclusiones del Congreso de 1880-1881, los juristas aragoneses estaban dispuestos a sacrificar las tres cuartas partes de su Derecho tradicional, que percibían como rancio, para facilitar la unificación del Derecho civil español, el Apéndice de 1925 volvió a rescatar o a intentar reflotar prácticamente todas las instituciones aragonesas que habían llegado a subsistir en el siglo XIX, con la sola excepción de alguna repudiada casi unánimemente desde Aragón, como el consorcio foral⁵⁰. Reguló correctamente institutos aragoneses razonables como la autoridad familiar, la viudedad foral, la legítima aragonesa de libre distribución, el testamento mancomunado, la fiducia sucesoria y las ventajas. Y acogió otros institutos aragoneses más rancios y discutibles como el régimen económico matrimonial de comunidad de muebles y ganancias, la comunidad legal continuada, los pactos sucesorios, la sucesión intestada troncal, y el derecho de abolorio. El Apéndice se inspiró sobre todo en el muy aragonesista Proyecto de Apéndice de Gil Berges de 1904. Además, para el gran conservadurismo de su tiempo, el Apéndice, que contempló, como el Código civil, la superioridad del varón y del marido y consideró solo «legítima» la familia matrimonial con matrimonio indisoluble, fue relativamente progresista, mejorando considera-

⁴⁹ Me refiero a mi libro sobre el *standum est chartae* de 2009, pp. 310 a 322; y a mi trabajo «El Apéndice foral aragonés de 1925 y encrucijadas del Derecho civil y la cuestión territorial en España», en la revista *Ius Fugit*, n.º 15, 2007-2008, pp. 81 a 124.

⁵⁰ En una ocasión en la que el profesor DELGADO ha descrito el contenido del Apéndice, omite referirse a muchos de estos institutos típicamente aragoneses y regulados en el mismo. Por ejemplo, omite los pactos sucesorios, el testamento mancomunado, la fiducia sucesoria, la sucesión intestada troncal y el derecho de abolorio. Cfr. la obra colectiva dirigida por él *Manual de Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, 2.ª ed., 2007, p. 71. Esta es la deformada visión del Apéndice que al parecer se da a la mayoría de los alumnos de Derecho de la Facultad de Zaragoza.

blemente, por ejemplo, la posición de la mujer, incluso casada. Y todo ello era coherente con el hecho de que Antonio Maura era sinceramente liberal y partidario de una descentralización de España que excluyera, naturalmente, el separatismo⁵¹.

Tampoco es justificada la crítica al Apéndice de 1925 de que el mismo le quitara al Derecho aragonés el sistema interno que tenía en los Fueros y Observancias. Más bien fue al contrario. El Apéndice le dio al Derecho aragonés por primera vez en su historia un sistema, entendido el término en su sentido moderno, aunque sistema no completo, lógicamente, sin que se pueda aceptar seriamente que el Derecho aragonés tuviera un verdadero sistema en los Fueros y Observancias⁵². El valor sistemático del Apéndice lo reconoció incluso, en sus inicios, la Exposición de Motivos de la Compilación de 1967. Con el Apéndice aumentaron muchísimo las posibilidades de autointegración del sistema legal aragonés y se dio un aumento enorme de la seguridad jurídica. Isabal había advertido ya en 1897 de la urgencia de la realización del Apéndice, dado el panorama de «anarquía, confusión y caos» que vivía por entonces el Derecho foral aragonés⁵³.

Finalmente, no es cierto que el Apéndice de 1925, que además tuvo que partir de un Derecho muy arcaico, incompleto y bastante deficiente, tuviera mala técnica jurídica. Fue positivamente valorado por el profesor De Castro y Bravo como una ley inteligente y fue obra principalmente de Antonio Maura, quien además de destacada presencia de treinta y cinco años en la política española, fue según opiniones autorizadas un estupendo jurista y con amplia obra publicada⁵⁴. Hay indicios ciertos de que Isabal y Maura, republicano el uno y monárquico el otro, y ambos conservadores y habiendo dejado atrás ya por entonces la política activa, se entendieron muy bien y de que el primero, jurista

⁵¹ Junto al testimonio en ese sentido de Cirilo MARTÍN RETORTILLO, que he recordado en mi artículo del *ADC* de 2010, p. 28, podríamos recordar también la explicación en igual sentido de Santiago MUÑOZ MACHADO, *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al siglo XXI)*, 2006, pp. 259 a 261.

⁵² Helmut COING contrapuso el *ius commune*, que podía verse como «culto», desarrollado y elaborado científicamente, al Derecho tradicional, al que le faltó análisis científico. Afirmó de este que eran series incoherentes de normas particulares especiales, sin elaboración de las ideas básicas ni de las consecuencias de cada regulación. *Cfr. Derecho privado europeo*, tomo 1.º, traducción de PÉREZ MARTÍN, 1996, pp. 40 a 50 y 59, y 66 ss. Lo último creo que puede predicarse, en efecto, del Derecho de los Fueros y Observancias.

⁵³ *Cfr.* Marceliano ISABAL Y BADA, en el Prólogo a *Jurisprudencia civil de Aragón* de Mariano RIPOLLÉS Y BARANDA, tomo 1.º, Zaragoza, 1897, pp. XII a XV.

⁵⁴ Gran parte de la extensa obra jurídica de Antonio MAURA está recogida en sus *Dictámenes*, seleccionados y clasificados por D. Miguel MAURA GAMAZO y D. José ROMERO VALENZUELA, 7 tomos, Imprenta de Saturnino Calleja, Madrid, 1929 a 1932. Y en cuanto a su también muy respetable obra política, puede verse el libro sobre sus ideas y sus discursos recogidos por José RUIZ-CASTILLO FRANCO, en el libro titulado *Antonio Maura, treinta y cinco años de vida pública*, Prólogo del Duque de Maura, 3.ª ed., Madrid, Biblioteca Nueva, 1953, 572 pp. Muchos historiadores de autoridad reconocen hoy, por otra parte, su talla de estadista a Antonio MAURA, pese a su caída tras los graves sucesos de la «Semana trágica» de Barcelona. *Cfr.*, por ejemplo, el juicio muy favorable sobre él de Manuel FERNÁNDEZ ÁLVAREZ, *España. Biografía de una nación*, Espasa, 2010, pp. 461 a 466.

culto e inteligente, sintió gran respeto por el segundo. Tampoco es cierto que el Apéndice hiciera un mal uso del idioma o de la terminología jurídica. Como veremos posteriormente, fue mejor el uso del idioma en el Apéndice que en el vigente «Código» aragonés de 2011.

4. LA COMPILACIÓN ARAGONESA DE 1967 Y SUS REFORMAS DE 1978 Y 1985

La Compilación aragonesa fue aprobada en las Cortes franquistas por la Ley 15/1967, de 8 de abril, y entró en vigor el 1 de mayo de ese año, y como el resto de las compilaciones forales publicadas entre 1959 y 1973, llevaba a efecto un programa de concreción o codificación de los Derechos forales diseñado en el Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza de octubre de 1946 desde los esquemas del Código civil (arts. 12 y 13). Una orden de 10 de febrero de 1948 creó la Comisión de juristas aragoneses encargada de redactar un anteproyecto de compilación y en el seno de esta surgió la idea de crear un Seminario que colaborara con la Comisión y que, desde 1953 y presidido por el profesor Lacruz Berdejo y formado por una docena de discípulos y amigos suyos, no solo colaboró con la Comisión sino que elaboró el anteproyecto básico de la que sería Ley definitiva, anteproyecto que entregó concluido en 1961. Con los retoques introducidos por la Comisión se hizo el Anteproyecto de 1962, el segundo de los seis que existieron⁵⁵, siendo aprobado el último, tras algunos retoques realizados en la Comisión General de Codificación, que presidía por entonces el aragonés José Castán Tobeñas.

De la Compilación de 1967 se debe destacar la excelente técnica jurídica y el admirable sentido idiomático de sus sobrios y, en general, breves preceptos. Aunque colaboraron en esta obra varios juristas destacados y de mérito, pienso que en esta excelente técnica de la Compilación de 1967 se ve sobre todo la mano y la sabiduría de mi maestro, el profesor Lacruz. El gran mérito de la Compilación fue mejorar en su conjunto la buena técnica del Apéndice de 1925.

En cuanto al contenido, tiene un alto grado de coincidencia con el Apéndice de 1925 y así lo reconoce la Exposición de Motivos de la Compilación tanto en su principio como en su final, señalando la continuidad producida en ambos cuerpos legales en sus «principios generales». La Compilación, con todo, amplió un tanto la regulación de algunos institutos aragoneses del Apéndice, como los pactos sucesorios o la fiducia sucesoria, y reguló por primera vez la Junta de Parientes. Acentuó el legislador la intensidad de la viudedad haciéndola derecho no solo relativo a inmuebles sino «universal» y recuperó de las fuentes históricas, muy discutiblemente, el «consorcio foral», instituto protector de la familia patriarcal y muy limitativo de la libertad de disponer del propietario. Así que el legislador de 1967, no solo mantuvo los aspectos más tradicionales y

⁵⁵ Los seis anteproyectos de la Compilación aragonesa están publicados en el *Anuario de Derecho Aragonés*, tomo 13, años 1965-1966 y 1967, pp. 101 ss.

rancios del Derecho aragonés y su sentido familiar de inspiración religiosa y tradicional del Apéndice, sino que incluso, cuarenta y dos años después, los acentuó. Esto no debe extrañar porque, aparte de que todo el proceso de las compilaciones forales estaba aceptado y controlado por las autoridades franquistas, parece que todos los que intervinieron en la elaboración de la Compilación de 1967, tanto desde Aragón como desde la Comisión General de Codificación, eran personas de ideas políticas y sociales muy conservadoras, siendo probablemente el menos conservador de todos ellos el profesor Lacruz, que siempre se sintió próximo a las ramas más liberales de la Democracia Cristiana⁵⁶. Personas muy conservadoras y probablemente, como señaló Lalinde, poco representativas del conjunto de los aragoneses. Aclarado esto, tampoco se debe ocultar que las compilaciones de 1959-1973 fueron objetivamente un progreso, al soltar y dejar atrás el lastre de los viejos cuerpos legales históricos y traducir al español y modernizar tenuemente algunos de sus contenidos, lo que en esencia había hecho el Apéndice de 1925 en Aragón.

Una gran novedad, incluso contemplado el problema en el conjunto de España, fue que la Compilación recogiera por primera vez, parece que con la esperada complicidad de Castán Tobeñas en el intento, un sistema de fuentes del Derecho propias del Derecho aragonés. Siguiendo a Costa se introdujeron en los artículos 1 a 3 de la Compilación el pretendido principio tradicional del *standum est chartae* en su (manipulado o erróneo) entendimiento costista; la costumbre contra ley, aunque atenuada la idea por acogerse solo contra ley «dispositiva»; y unos «principios generales» y tradicionales aragoneses, principios extraordinariamente problemáticos en su concreta determinación hasta el punto de poderse considerar de muy dudosa existencia, y principios generales que ni Costa ni ningún foralista aragonés había nunca reclamado con anterioridad a la Compilación. He afirmado por eso alguna vez que, recogiendo y generalizando las fuentes del Derecho del antiguo régimen⁵⁷, Lacruz y sus discípulos se hicieron, cuando «legislaron», más costistas que Costa. El costismo del legislador de 1967 es como un fruto tardío, y poco aragonés, de la excesiva carga historicista del Discurso Preliminar de la Constitución de Cádiz.

⁵⁶ Las compilaciones forales son leyes hechas bajo el franquismo y por juristas muy mayoritariamente franquistas o, al menos, muy conservadores. Con razón afirmaba Bartolomé CLAVERO en 1982 que no es casualidad que fuera durante el franquismo (1959-1973) cuando el Derecho foral había dado sus frutos más granados y que solo desde la existencia del franquismo podía comprenderse la aparición de este tema por primera vez en la Constitución (que abandona el ideal unificador), con su carga de servidumbres nada desdeñables. *Cfr. El código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, 1982, pp. 33 y 5 a 18.

⁵⁷ La defensa por COSTA de la costumbre ha encontrado la simpatía recientemente de Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, quien ha señalado en esa defensa un designio democrático conectado a la soberanía popular y una idea de la irrenunciable potestad normativa popular, lo que permitiría salvar a COSTA, según él, de la crítica justa de conservadurismo político que se suele hacer a SAVIGNY y a la Escuela Histórica del Derecho. *Cfr. El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, La Ley, 2011, pp. 252 a 256. Pero esta idea de un filósofo del Derecho temo que responde a insuficiente conocimiento del conjunto de la obra de COSTA y de insuficiente atención al contexto histórico en el que surgió.

Además, la primera versión del brocardo normativizado (art. 3 de la Compilación de 1967) sufrió todavía dos modificaciones de importancia en la Ley aragonesa de 16 de mayo de 1985 y en la Ley aragonesa 1/1999, de sucesiones. La versión resultante de esta última reforma, hoy en el artículo 3 del CDFA, entiendo que ha sido sustancialmente empeorada, con serio daño de la seguridad jurídica, y con acentuación del sesgo de reforzada ideología liberal conservadora que ya tenía desde 1967 el brocardo normativizado.

Afectó al Derecho aragonés, entre otras reformas de importancia menor, el Real Decreto Ley 33/1978, de 16 de noviembre sobre mayoría de edad a los 18 años. Pero la reforma seguro que más trascendental de su historia para el Derecho aplicable a los aragoneses, como al resto de los españoles, y dado el fracaso militar y hundimiento de la Segunda República, fue la entrada en vigor de la Constitución de 1978, por razones que parece innecesario explicitar⁵⁸. Desde la Constitución se hizo además menos creíble todavía la existencia de unos pretendidos «principios generales» del Derecho aragonés. Y de reformar profundamente el Derecho de familia y de sucesiones, conforme a los progresistas principios constitucionales, se encargó la Ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo. Dos comisiones sucesivas elaboraron esta Ley. La primera, creada por el Decreto 1006/1981, que fue presidida por el profesor Lacruz y que inició los trabajos. Y la segunda, creada por el Decreto 24/1984, y presidida por el notario José Luis Merino Hernández, que ultimó la tarea. Lamentablemente, esta Ley 3/1985 no supo estar ya a la gran altura técnica que había tenido la Compilación de 1967, y echó sobre ella algún borrón o fallo de técnica legislativa y algún que otro error terminológico de bulto.

5. LA LEGISLACIÓN CIVIL ARAGONESA PUBLICADA ENTRE 1999 Y 2011 Y EL LLAMADO CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN DE 2011

A) EL LLAMADO «CÓDIGO DE DERECHO FORAL» Y OTRAS DOS LEYES POSTERIORES

En la nueva etapa democrática y autonómica aragonesa se crearon sucesivamente tres comisiones para la preparación de las reformas legales del Derecho aragonés. La primera, ya aludida, que fue presidida por el profesor Lacruz Berdejo, creada por el Decreto 1006/1981; la segunda, y también aludida, denomi-

⁵⁸ La profesora Encarna ROCA inicia un sólido libro suyo sobre el Derecho de familia recordando la anécdota de que quizás el origen más remoto de ese libro estaba en una conversación con su maestro, el profesor VILLAVICENCIO, en la que este le hizo notar que, tras la entrada en vigor de la Constitución, nada era ya igual que antes y que nuestro sistema jurídico había cambiado, indicando poco después la autora que en los problemas del Derecho de familia se había dado una intensa globalización y que se planteaban de forma parecida en todas partes. *Cfr. Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Prólogo de Luis Díez PICAZO, Cuadernos Civitas, 1999, pp 29 a 35.

nada «Comisión Asesora sobre Derecho Civil» y presidida por el notario José Luis Merino Hernández; y la tercera, creada por el Decreto del Gobierno aragonés 162/1994, de 12 de julio, denominada «Comisión Aragonesa de Derecho Civil», y en la que, tras alguna modificación posterior, se nombraría pronto Presidente, en mayo de 1996, al profesor Jesús Delgado Echeverría.

Con esta Comisión, bajo la presidencia del profesor Delgado y en el marco de esa regulación, se iba a iniciar una segunda y nueva etapa legislativa de decidida expansión del Derecho aragonés dirigida en el medio plazo a sustituir la Compilación aragonesa de 1967 por un (entonces) futuro «Cuerpo legal» del Derecho aragonés mucho más extenso que ésta y que se explicó que se iría confeccionando mediante leyes parciales que sustituyeran en lo posible libros enteros de la Compilación. Los miembros de la Comisión que iba a iniciar esta ambiciosa tarea fueron diez juristas aragoneses, todos de los considerados de reconocido prestigio, y elegidos en representación de las principales profesiones jurídicas. Esta Comisión (con sustitución posterior de algunos de sus miembros iniciales) ha realizado cuatro anteproyectos de cuatro importantes leyes autonómicas. En concreto, el Anteproyecto de la que sería Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, de 221 artículos; y el Anteproyecto de la que sería la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, de 120 artículos; y el Anteproyecto de la que sería Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, de 168 artículos; y el Anteproyecto de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, de 63 artículos. Estas cuatro leyes vinieron a sustituir a casi todo el articulado de la Compilación de 1967, salvo su Título Preliminar.

Además, al margen de esta Comisión técnica y oficial, se ha realizado y publicado también la Ley aragonesa 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas, Ley más breve, de 18 artículos, y que, iniciada mediante proposición de ley, impulsaron en las Cortes aragonesas los principales partidos políticos aragoneses salvo el Partido Popular. Y posteriormente se elaboró por los políticos en las Cortes aragonesas la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de «igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres», Ley también denominada de «custodia compartida»⁵⁹. Esta Ley tiene 10 artículos, aunque algunos muy extensos. Estas dos últimas leyes citadas elaboradas directamente por los políticos y sus asesores trataban de materias no reguladas nunca en el Derecho aragonés ni en la Compilación de 1967, por lo que no venían a sustituir a esta.

⁵⁹ Contamos ya con un pensado y bien informado estudio de esta Ley aragonesa de «custodia compartida» del profesor Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE en el que el autor, considerando este sistema como uno de los admisibles, y uno de los seguidos, entre otros, en el Derecho comparado, más bien insiste en la necesidad de considerar y subrayar que el interés predominante en estos conflictos debe de ser el del menor, lo que opina que no siempre ha sido bien reflejado en la nueva Ley 2/2010, y en la utilidad de la mediación familiar. Y considera que la custodia compartida impuesta por el juez será de dificultosa aplicación. *Cfr. La regulación de la custodia compartida en la Ley de igualdad de las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres*, en las «Actas del Foro Aragonés de 2010», El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2011, pp. 133 a 176.

El Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, contiene el Texto Refundido de las seis expresadas y primeras leyes civiles aragonesas de la última etapa iniciada en 1996, que ha dado lugar al denominado Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), conforme había ordenado la Disposición final primera de la Ley 8/2010. El Texto Refundido ha integrado en el nuevo Código el Título Preliminar de la Compilación de 1967, que contenía en tres artículos las fuentes del Derecho civil aragonés y que ahora ha quedado ya finalmente derogado y trasladado al nuevo Código de 2011, también con las fuentes de nuevo recogidas en el CDFa en su «Título Preliminar».

Ya fuera del CDFa, se ha realizado y publicado por las Cortes de Aragón la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar en Aragón, Ley que tiene 34 artículos. Y también la Ley aragonesa 10/2011, de 24 de marzo, de «derechos y garantía de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte», Ley a veces llamada de «muerte digna». Esta Ley tiene también 34 artículos. Por tanto hay ya dos leyes de mucho contenido jurídico civil y posteriores al más reciente Código de 2011 y que han quedado fuera del mismo. Y ello sin contar la Ley aragonesa 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y adolescencia en Aragón, que tiene carácter mayormente administrativo. Otra forma de describir el total del Derecho civil aragonés hoy existente es la de afirmar que hay cuatro leyes muy importantes y extensas elaboradas materialmente por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y otras cuatro leyes de menor extensión e importancia elaboradas por los políticos al margen de la citada Comisión. De las ocho leyes civiles, las seis primeras integran el contenido del nuevo CDFa.

El nuevo CDFa de 2011 se anunció que se iba a hacer y se programó desde octubre de 1996, fecha en la que desde la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se distribuyó entre los juristas y políticos aragoneses un documento de 32 páginas, que contenía la denominada «Ponencia General de Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón»⁶⁰. Por razones que he expuesto en otros lugares⁶¹, a mí las razones del documento no me parecieron convincentes. Se intentaron también encuestas a los notarios y a los registradores de la propiedad aragoneses, con muy modesto éxito en ambos casos. La de los notarios la contestaron solo la mitad y, al parecer, mayoritariamente reunidos en grupos para su mayor comodidad, y los registradores contestaron con un mero escrito genérico y muy poco comprometido, con muy leves y genéricas sugerencias. Las propuestas de los notarios, y lo mismo las muy leves de los registradores de la propiedad, creo que fueron además bastante poco atendidas por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil⁶².

El escrito de remisión de las conclusiones y de su resumen resultado de la encuesta de los notarios aragoneses justificaba la baja participación en la

⁶⁰ Esta «Ponencia General» se distribuyó a muchos juristas aragoneses en un folleto de 32 páginas editado por el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales del Gobierno de Aragón, y ha sido recogida en el número II, de la *Revista de Derecho Civil Aragonés*, vol. 2.º de 1996, pp. 175 a 196.

⁶¹ *Cfr.*, por ejemplo, mi libro *Mito y realidad en el standum est chartae*, 2009, pp. 327 a 332.

⁶² Sobre estas encuestas y sus resultados, véase de nuevo mi libro *Mito y realidad sobre el standum est chartae*, 2009, pp. 333 a 336 y notas 382 a 384.

encuesta afirmando que la sociedad aragonesa estaba entonces menos preocupada por su Derecho que en 1925 o en 1967. Creo que era cierto esto último y que viene a darnos la razón a los que pensamos que no era necesario este nuevo Código de 2011 que ha venido a más que cuadruplicar la extensión de la Compilación de 1967, además casi sin ideas nuevas. En otro sentido, el Derecho aragonés producía jurisprudencia más bien escasa. El motor de esta reforma legal ha sido el activismo y afán de protagonismo de una minoría de juristas muy entusiastas del Derecho foral aragonés y de ideología muy regionalista, ideología que en el plano general es muy minoritaria en Aragón. Habiendo sido importante también en el proceso un ambiente político en el país muy favorable al desarrollo en todos los ámbitos de las autonomías políticas en todas sus manifestaciones durante las etapas de Gobierno en España de José María Aznar y de José Luis Rodríguez Zapatero. Creo que la política legislativa aragonesa sobre Derecho civil inaugurada en 1996 ha imitado en buena medida, discutiblemente, otras políticas legislativas realizadas en comunidades autónomas, como la catalana, con contextos políticos y culturales muy diferentes del aragonés⁶³.

Personalmente considero que hubiera sido prudente, para evitar riesgos y en el propósito de tratar de reflejar más fielmente al menos la opinión mayoritaria de los juristas aragoneses, considerar la celebración de un Congreso, siguiendo el ejemplo del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881. De un Congreso o Jornadas amplias hubiera podido salir un documento de conclusiones que, a modo de una especie de Ley de bases⁶⁴, hubiera podido concebirse como vinculante para la Comisión técnica encargada de elaborar las leyes o el Código. En un Congreso se hubieran podido discutir abiertamente los fundamentos ideológicos del Derecho aragonés, lo que no se ha hecho en esta última etapa de la vida jurídica aragonesa y ni siquiera en la doctrina sobre Derecho civil aragonés publicada en los últimos años o décadas, doctrina en mi opinión excesivamente acrítica y ahistórica y conformista con la moda de considerar progresista y útil el Derecho civil aragonés por el mero hecho de ser aragonés, o hecho o copiado por aragoneses.

En el momento actual, o en etapas anteriores, bastantes juristas aragoneses han guardado silencio sin comprometer su opinión sobre esta expansiva reforma legal que ha culminado en el CDFa de 2011. Ello podría dar la impresión de que el CDFa cuenta con un apoyo prácticamente muy mayoritario y con opinión muy favorable de casi todos los juristas aragoneses. Con todo, para el observador más atento, no faltan tampoco juristas aragoneses de autoridad que hayan manifestado en una línea más próxima a la que aquí, modestamente, defiendo. Como por ejemplo, señalando los peligros de la manipulación política por la ideología regionalista sobre el riguroso análisis técnico del Derecho,

⁶³ Mi opinión sobre la política legislativa que sería más razonable seguir en tema de los Derecho forales en España, y que está bastante alejada de la situación actual y sus inercias consiguientes, la he explicado en mi trabajo «El Apéndice foral aragonés de 1925 y encrucijadas del Derecho civil y la cuestión territorial en España», en la Revista «Ius Fugit», n.º 15, 2007-2008, pp. 115 a 120.

⁶⁴ Una estricta Ley de Bases elaborada en las Cortes aragonesas sobre cuestiones de tanta complejidad técnica como las de Derecho civil, parece o hubiera parecido una idea desde luego prácticamente irrealizable.

lo que hizo en 1982 el profesor Bonet Navarro en la Introducción a un libro suyo sobre Derecho procesal histórico aragonés⁶⁵. También se han manifestado críticos, aunque en forma un tanto incidental, con el proceso legislativo de gran expansión del Derecho aragonés que se preveía o del ya vivido entre 1999 y 2011, respectivamente, los profesores Gabriel García Cantero⁶⁶ y Lorenzo Martín Retortillo⁶⁷. Debe recordarse que ambos profesores, muy vinculados a Aragón, son cabeza de prestigiosas escuelas de catedráticos. Y el prestigioso notario Honorio Romero Herrero⁶⁸, afirmó en un coloquio público en 1996 que la reforma de la Compilación aragonesa de 1967 debía limitarse a adaptar en lo necesario las instituciones ya reguladas pero sin ir más allá, dado que la sociedad aragonesa, según «la sensación que él tenía» después de hablar «con muchos compañeros», no estaba concienciada para más y no buscaba «signos de identidad distintos del resto de España».

Creo evidente que cuanto más autoridad científica se tiene mayor es la responsabilidad social del estudioso y mayor también, desde luego, la utilidad de su pronunciamiento sobre temas importantes para la comunidad. Hay todavía en Aragón demasiadas autoridades dueñas de sus silencios. Cabría preguntar aquí, retomando la idea ya citada de Bartolomé Clavero, si no ha habido acaso en Aragón algo de diletantismo jurídico de historiadores del Derecho. Por lo demás, aunque el CDFA ha tenido el apoyo unánime de los políticos aragoneses, frente a la absoluta indiferencia de la población, la lenta elaboración de este cuerpo legal ha venido a coincidir con una etapa de creciente descrédito de la clase política en su conjunto, descrédito que era muy intenso, según numerosas encuestas, en el momento de culminación y aprobación del CDFA de 2011.

El Preámbulo del Decreto Legislativo 1/2011 afirma que «el Derecho civil aragonés, en este trayecto, ha revitalizado sus viejas raíces, se ha adaptado a las

⁶⁵ El profesor BONET, reconociendo la grave dificultad de la investigación rigurosa del Derecho procesal histórico aragonés, se refería al efecto benéfico de romper y destruir mitos que, por un no justificado sentido doméstico, habían proliferado bajo el pretexto de explicar o teorizar la conciencia indígena; y poco más abajo aludía a la existencia de «construcciones fantasiosas» nacidas al «amparo de un cierto romanticismo redivivo en temas cuya apropiación étnica se pretende disparatadamente por algunos». Cfr. la Introducción de su libro *Procesos ante el Justicia de Aragón*, Guara, Zaragoza, 1982, pp. 10 y 11.

⁶⁶ El profesor GARCÍA CANTERO defendió en un debate público abierto en el Foro de Derecho Aragonés, tras una conferencia del profesor DELGADO sobre los objetivos de política legislativa que éste proponía en 1996, que el proceso de disgregación del Derecho civil español iba contra la Historia, como demostraba el ejemplo del Derecho comparado europeo, y que él seguía viendo el futuro incierto y la unificación del Derecho civil español como una asignatura pendiente en nuestro país. Cfr. *Actas del Foro de Derecho Aragonés de 1996*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, pp. 133-134.

⁶⁷ El profesor MARTÍN RETORTILLO defendió esta posición señalada en el texto, con rotundidad, afirmando respecto de España en general que no se puede considerar como «positivo y moderno el quebrar y despiezar» el sistema de Derecho civil ya constituido, y que ello era una muestra del «provincianismo que impera en nuestra sociedad», en el prólogo del libro de Juan Manuel ALEGRE ÁVILA, *Subsuelo: Hecho y Derecho*, Thomson Aranzadi, 2008, p. 15.

⁶⁸ Para la opinión de ROMERO HERRERO, emitida en una discusión abierta sobre la política legislativa aplicable al Derecho civil aragonés, véanse las *Actas del Foro de Derecho Aragonés de 1996*, El Justicia de Aragón, 1997, pp. 128-129.

nuevas necesidades y deseos de los aragoneses del siglo XXI y ha adquirido mayor presencia en nuestra sociedad»; y añade poco después que se ha conseguido «aumentar de este modo la seguridad jurídica y robustecer la eficacia social de las normas en cuanto conformadoras de las relaciones privadas».

La afirmación del Preámbulo de que el CDFa se adapte a «los deseos de los aragoneses» solo demuestra con seguridad que así lo creen los autores del CDFa. El que se haya adoptado el prestigioso nombre de «Código» creo que no convierte del todo en tal a la recopilación y refundición de seis leyes civiles aragonesas que es su verdadero contenido y que más bien constituyen una recopilación en sentido técnico, porque, sobre no contener ninguna modificación ideológica de entidad y con aspiraciones de cambios sociales trascendentes, no constituye una unidad sistemática presidida por la unidad de criterio y de tiempo. De modo que en este sentido, el actual CDFa puede considerarse, pese a su mucho mayor extensión, que es menos «Código», en sentido moderno y en conjunto, que el Apéndice de 1925 o la Compilación de 1967. Así lo demostraría el que el TR de 2001 no haya tenido más remedio que poner al final de los 599 artículos que tiene el CDFa las disposiciones adicionales y transitorias de cada una de las leyes autonómicas refundidas. Las anteriores leyes refundidas, ahora convertidas en «libros» o «títulos» del CDFa, mantienen sus respectivas fechas de entrada en vigor originarias. Podría actuar entre ellas, en caso de contradicción, el principio de que la ley posterior deroga a la anterior, y la vigencia de las transitorias de cada una de las antiguas leyes rige desde el momento de la entrada en vigor de cada una de ellas. La «entrada en vigor» el 23 de abril de 2011 (*cf.* Disposición Final 1.^a del Decreto Legislativo 1/2011) del CDFa apenas modificó el ordenamiento jurídico civil aragonés, puesto que todas las normas transitorias o no que el mismo contenía ya estaban en ese momento, en realidad, en vigor. No está excluida, por cierto, aunque el CDFa no lo advierta expresamente, una vigencia residual todavía de las disposiciones transitorias de la Compilación de 1967 y, a través de ellas y de la supletoriedad general del Código civil, de las disposiciones transitorias del mismo. Es significativo también que el apartado 1.^o del Preámbulo del CDFa se vea obligado a advertir que cuando alude a «nueva regulación» se debe entender la regulación introducida por las leyes refundidas según sus fechas y que cuando hace referencia a la «legislación anterior» debe entenderse hecha la referencia a la legislación vigente hasta la entrada en vigor de cada una de esas leyes.

Que en el fondo el CDFa es más bien una recopilación se ve también en que su extenso Preámbulo, subdividido en 44 apartados, no es sino, salvo un primer apartado que anuncia el contenido y sistemática del «Código», la sucesión de los preámbulos de las seis leyes refundidas y con un apartado de alusión resumida a las disposiciones adicionales y otro apartado relativo a una alusión resumida de las disposiciones transitorias de las diversas leyes.

Y la aludida cuestión de la falta de unidad de criterio en el conjunto del contenido del CDFa tampoco es cuestión baladí. Por ejemplo, la Ley 13/2006 sobre Derecho de la persona, que hoy es ya el Libro primero del CDFa, no contiene en todo su muy extenso articulado ni una sola alusión a las parejas

estables no casadas, reguladas en la ley 6/1999 y que hoy están recogidas en el título 6 del Libro 2.º del CDFA (*cfr.* en este, únicamente, sus arts. 46-a, y 116-1.º). Y ello, puesto que sin duda existen parejas de hecho, plantea algunos reales problemas interpretativos. O también, por ejemplo, cabe afirmar que la Ley 2/2010 de la llamada «custodia compartida», hoy recogida en la Sección 3.ª del capítulo 2.º del título 2.º del Libro 1.º del CDFA, es muy probable que derogue o reduzca el ámbito posible de ciertas normas de la Ley 13/2006 sobre Derecho de la persona, hoy en el Libro primero del CDFA. Significativamente, la Ley 2/2010 de custodia compartida y artículos correspondientes del CDFA no hacen ninguna alusión a la Junta de Parientes, que acaso hubiera podido tenerse en cuenta, por ejemplo en funciones supletorias o para ciertos casos, para el tipo de conflictos que esa Ley 2/2010 reguló. Más en general, en las cuatro leyes elaboradas por la Comisión técnica se hacen bastantes alusiones dispersas a la Junta de Parientes o al *standum est chartae* o a numerosas, y no siempre razonables, salvedades en las normas para el caso de que exista voluntad contraria del disponente o pacto contrario, lo que parece acorde a nuestro legislador erudito con el espíritu costista, mientras que en las cuatro leyes elaboradas por los políticos no se hace ninguna alusión a nada de ello ni se acoge esa moda «costista». En estas leyes se alude a veces al principio de «libertad de pactos» y que se entiende limitado siempre por «normas imperativas» (aragonesas o no). Al parecer, y significativamente, las pretendidas «señas de identidad» solo las sienten, en su «dorado aislamiento», los juristas digamos que eruditos, pero no los aragoneses corrientes dedicados a la política y en función de legisladores. El CDFA integra así, al menos, dos sensibilidades sobre cómo debe ser el Derecho civil aragonés.

Por lo demás, el que no nos encontremos ante un verdadero Código en sentido técnico o histórico no quita para que quepa entre sus artículos la interpretación sistemática, que cabe incluso entre preceptos de leyes o cuerpos legales diferentes, pero que ahora tenderá a realizarse más fácilmente dentro de los preceptos del nuevo Cuerpo legal; ni quita para que la refundición de las seis leyes haya de facilitar el manejo de dicha normativa a todos los profesionales jurídicos. De modo que, como todos los textos refundidos, el CDFA sin duda contribuirá, en este sentido, a mejorar el trabajo profesional y la seguridad jurídica.

B) VALORACIÓN TÉCNICA E IDEOLÓGICA DEL LLAMADO CÓDIGO DE DERECHO FORAL DE ARAGÓN DE 2011

Me cuento entre quienes piensan que la calidad idiomática de los textos legales es uno de los indicios o aspectos más indicativos de su calidad técnica. El CDFA tiene una aceptable calidad expresiva o explicativa en la gran mayoría de sus preceptos, pero no ha alcanzado siempre la corrección exigible, siendo sus carencias gramaticales más o menos nocivas para la posibilidad del recto entendimiento de los preceptos correspondientes.

Veamos unos cuantos ejemplos de tales carencias del CDFA sin aludir a muchos otros preceptos, que también existen, en los que se ha incurrido en errores conceptuales más o menos o muy graves. En algún precepto se antepone incorrectamente el artículo definido al en la misma frase ausente sustantivo aludido (art. 409-1.º) o incluso parece en algún caso olvidarse el legislador de una necesaria mención del pronombre personal, dificultando la inteligencia del precepto (art. 498-1.º)⁶⁹. En otros casos se ha elegido mal el tiempo verbal oscureciendo la significación del precepto (p.ej. art. 457-1.º o art. 489, apartado 2, letra b)⁷⁰. Otras veces el legislador parece haber olvidado algún adverbio de negación o expresión complementaria de la frase, oscureciendo también la significación del precepto (art. 476)⁷¹. En bastantes preceptos el legislador afirma incorrectamente que el «causante», que por hipótesis hay que entender que está ya muerto, puede o no hacer tales o cuales cosas (*cf.* apartado n.º 30 del Preámbulo y art. 107-3.º; art. 318; 332, apartados 1.º y 2.º; art. 368-1.º; art. 443-1.º; art. 462, letras a y f; y art. 510, letra d, etc.); o afirma el legislador, con similar incorrección, que el mismo «causante» pueda acaso ser coaccionado ilícitamente (art. 328, letras d y f)⁷². El concepto de «legitimario de grado preferente» (art. 488-1.º) solo sería exacto precisando que lo serán las personas allí mencionadas una vez fallecido el causante, precisión decisiva que se omite, empeorando el concepto similar de legitimario «sin mediación de persona capaz para heredar» de la Compilación de 1967. En fin, en algún caso (*cf.* art. 487-2.º) se alude a la posibilidad de que el disponente deje la herencia a «un extraño», queriéndose significar que a cualquier persona no legitimaria. Pero no encaja bien

⁶⁹ La alusión que hace el precepto, sobre gravámenes a la legítima, a «el valor de los atribuidos (de los bienes atribuidos)...», parece que hay que entenderlo referido a «el valor de los atribuidos a ellos (a sus descendientes)». Sin eso, el precepto no se entiende bien y podría tener significado bastante diferente del que parece buscado por el legislador. Y también hubiera mejorado la redacción del precepto el que afirmase que el causante «pudo» y no, como estableció, que «puede»...imponer gravámenes....

⁷⁰ En el artículo 457-1.º, sobre ejecución de la fiducia, cuando se alude a la «libertad con que podría hacerlo el causante», evidentemente se está queriendo aludir a la «libertad con que podría haberlo hecho el causante» (libertad de haber ordenado cuando vivía su sucesión a favor de sus descendientes). Y aun con esa corrección no está claro en el precepto si la tal libertad se refiere a la sucesión entera o a la mitad de su sucesión constitutiva de la legítima. Y en el artículo 489-2.º, letra b, la frase «aunque el causante no tuviera obligación de prestarles alimentos» creo que estaría más correctamente escrita si se hubiera puesto «aunque el causante no hubiera tenido obligación de prestarles alimentos».

⁷¹ El artículo 476 sobre el CDFA, relativo a las condiciones válidas en los negocios mortis causa, incluye entre tales «la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada». Creo que el legislador debió escribir en la última parte de esa frase «o *de* hacerlo o *no* con persona determinada». Tal como se redactó, es dudoso si quiso el precepto considerar válida la condición de no contraer matrimonio con persona determinada.

⁷² Este error del CDFA tantas veces reiterado de denominar como «causante» a quien, según los casos, se debió denominar «disponente» o «testador» pudo perfectamente rectificarse aprovechando el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, pero, lamentablemente, no se aprovechó la ocasión. El error lo había denunciado yo en mi valoración final de conclusiones sobre la nueva regulación de la legítima aragonesa de mi trabajo «El sistema legitimario en la Ley aragonesa de sucesiones», en el libro colectivo *Actas del Foro de Derecho Aragonés de 2005*, El Justicia de Aragón, 2006, p. 404.

en mi sentido idiomático, o en mi concepto de la *elegantia iuris*, que este «extraño» aludido pueda ser, por ejemplo, la madre o el cónyuge del disponente. A veces, el CDFA, falto entonces de sentido de la buena sintaxis, oscurece el sentido de los preceptos por un defectuoso encaje de párrafos posteriores diversos en una declaración inicial pretendidamente omnicomprendiva y que podría parecer que tuviera acaso algún tipo de relevancia jurídica (*cf.*, por ejemplo, arts. 20; 24; y 35)⁷³. Estos defectos gramaticales⁷⁴ son sin duda manifestación, en algunos casos, de una modesta técnica jurídica de nuestro legislador⁷⁵.

En cuanto al valor técnico jurídico del CDFA me parecen regulaciones con buena técnica en general, pero acaso excesivamente prolijas y con muy poca regulación innovadora sobre lo que ya existía en el anterior Derecho aragonés o en el supletorio del Código civil, las regulaciones sobre Derecho de la persona y sobre régimen económico del matrimonio y viudedad y sobre Derecho patrimonial. Considero de técnica jurídica bastante modesta, y floja en los puntos difíciles, la regulación de las parejas estables o de hecho. Y considero, en cambio, una regulación sin buena técnica y que globalmente más bien empeora la regulación anterior la de las sucesiones por causa de muerte. La regulación de la llamada «custodia compartida», que apenas he estudiado, me parece en principio una regulación decorosa. En fin, la regulación del *standum est chartae* (arts. 3, 108, 185, 195 y 318 del CDFA), modificada en algún caso (art. 384, que modifica con dudosa constitucionalidad el art. 69 de la Ley 1/1999) por el DL 1/2011, de 22 de marzo, vuelve muy complejo y con incoherencias el conjunto del ordenamiento civil aragonés. Creo que se puede afirmar de la técnica jurídica del CDFA que, siendo globalmente buena en sí misma en su mayor parte, flojea más cuando se ha buscado la originalidad por el legislador y en los asuntos objetivamente más difíciles de regular, incluido el de las fuentes del Derecho. De modo que, en conjunto, me parece que puede afirmarse un cierto declive o pérdida de nivel técnico respecto del magnífico nivel técnico e idio-

⁷³ Los tres artículos citados se inician con la frase de que «siempre que con arreglo a las leyes la voluntad del sujeto decida sobre la intromisión en sus derechos de la personalidad...» se aplicarán, continúan, las siguientes reglas o salvedades que se explican a continuación. Pero tales reglas o salvedades, en todos los casos, precisamente desmienten la premisa de que la voluntad del sujeto considerado «decida» sobre las intromisiones ajenas en sus derechos de la personalidad, puesto que en varias de esas reglas o salvedades es la voluntad de otros sujetos la que decide sobre dicha intromisión. Hubiera sido más breve y más exacto y fácil de entender, por eso, poner que en relación a las intromisiones en los derechos de la personalidad del aragonés menor de 14 años; o del aragonés menor mayor de 14 años; o del mayor de edad no incapacitado que no esté en condiciones de decidir...se aplicarán las siguientes reglas (y poner las mismas reglas que estos preceptos recogen).

⁷⁴ Según Mariano ALONSO PÉREZ, «presiento que a muchos de los codificadores actuales les faltan las cualidades que exigía SAVIGNY para llevar a término un buen código: capacidad histórica, preparación sistemática y un correcto lenguaje jurídico». *Cfr.* su Prólogo a la 4.ª edición reproducido en la 5.ª, del Código Civil de la Editorial Dykinson, 2006, p. XLIII.

⁷⁵ Defectos gramaticales como estos aquí señalados creo que resulta por completo imposible encontrarlos ni en la Compilación aragonesa de 1967, elaborada por un sólido equipo de juristas con intervención decisiva de mi maestro, el profesor LACRUZ, ni en el Apéndice foral de 1925, elaborado por la Comisión General de Codificación presidida por Antonio MAURA.

mático que tuvo la totalidad de la Compilación de Derecho civil aragonés de 1967.

Como ya he indicado, la parte de Derecho de sucesiones, que era probablemente la parte también objetivamente más difícil de regular, es con diferencia la parte más floja y de peor técnica del CDFa. Por razones de espacio limitaré mi comentario a unas observaciones sobre la legítima aragonesa, materia que tengo estudiada en un extenso y argumentado trabajo⁷⁶.

Pienso que en esta materia de la legítima el legislador aragonés de 1999 hizo prevalecer las opiniones de profesionales jurídicos aragoneses de autoridad y madurez modestas frente a lo que había explicado sobre la legítima en la Compilación de 1967 el profesor Lacruz Berdejo en cinco trabajos diferentes y muy pensados. Las opiniones de Lacruz sobre la legítima aragonesa las había aceptado en bloque Vallet de Goytisolo y, gran parte de ellas, también otros varios juristas de considerable experiencia, entre quienes se contaba quien esto suscribe. Pues bien, podríamos resumir fielmente la situación, en mi opinión, afirmando que en la decena de cuestiones importantes en las que esos profesionales aragoneses, en opiniones apresuradas y poco meditadas, habían llevado la contraria, a veces muy conscientes de ello, al maestro Lacruz, en todas esas ocasiones estos profesionales tan atrevidos no tenían razón en absoluto. Su problema era que no habían entendido bien la dogmática más esencial y muy razonable de la legítima aragonesa. Y la explicación de ello parece que no es otra que, junto a la falta de suficiente estudio del tema por parte de todos los miembros de la Comisión técnica y oficial de ese momento, y no olvidemos que presidida por el profesor Delgado, la de que alguno de esos profesionales que había contrariado con anterioridad y con pobre base los sensatos argumentos de Lacruz precisamente formaba parte de la mencionada Comisión. Estaba dentro de la Comisión esta persona y tuvo evidente y fructífero empeño, para desgracia de los aragoneses, en poner sus propias y erróneas convicciones sobre la legítima en la ley de sucesiones entonces en elaboración⁷⁷.

⁷⁶ Cfr: «El sistema legitimario en la Ley aragonesa de sucesiones», en el libro colectivo *Actas del Foro de Derecho Aragonés de 2005*, La Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, pp. 149 a 409. Un trabajo más breve pero estimable y con buena información sobre la legítima aragonesa es el de José Antonio SERRANO GARCÍA, «La legítima en Aragón», en la *Revista de Derecho Civil Aragonés*, n.º 16, 2010, pp. 67 a 134. El profesor Serrano, que es uno de los autores de la Ley aragonesa 1/1999, ha recogido muchas de mis opiniones y argumentos y ha hecho, lógicamente, aunque en un trabajo más bien descriptivo y acaso un tanto ahistórico, un encomiable esfuerzo por defender la lógica del nuevo sistema legitimario aragonés, que no me resulta, en ese sentido, convincente.

⁷⁷ Al menos parte de lo que aquí afirmo se entenderá bien consultando mi citado trabajo «El sistema legitimario en la Ley aragonesa de sucesiones», 2006, pp. 328 a 330, 336-337, 374 y 377; y notas 230, 233, 237, 250, 284 y 287, entre otras. Y Cfr: también mi libro sobre el *standum est chartae* de 2009, p. 339, nota 388. La regulación de la legítima aragonesa estaba muy bien hecha en la Compilación de 1967 y, con unos leves retoques, hubiera quedado todavía mejor, y hubiera evitado muchos de los difíciles y oscuros problemas que hoy plantea la nueva y desafortunada regulación de la legítima del CDFa. Yo había incluso propuesto una versión de la anterior regulación de la legítima y con retoques, redactada con artículos como una propuesta legal de reforma. Cfr: al final mi trabajo «Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal», en el *Anuario de Derecho Civil*, 1997, pp. 97 a 154. Puedo hoy seguir manteniendo esa propuesta de reforma legal en sus propios términos.

Resulta por eso curioso recordar hoy que en 1986, tres años antes de morir, enfadado Lacruz por una chapucera reforma legal que se había hecho del artículo 141 de la Compilación aragonesa, explicó por escrito⁷⁸ que la reforma de la Compilación requería estudio, reflexión, documentación y calma, y que, de no hacerse de esa manera y con seriedad, era mejor no reformar la Compilación. Y advertía el maestro de los peligros que supondrían «los entusiastas de la reforma a todo trapo, del «cambio por el cambio»; en último término, de dejar su nombre, su huella, en el texto legal».

Poco logrados me parecen, por otra parte, los preámbulos de casi todas esas Leyes aragonesas (la excepción acaso sea el preámbulo de la Ley 2/2010, de «custodia compartida», en el apartado 10 del Preámbulo del CDFa) refundidas ahora en el CDFa, con exceso de autocomplacencia sobre el valor del Derecho aragonés histórico y actual, y con una visión demasiado ahistórica, que omite, además de toda mención de Joaquín Costa y del Congreso de 1880-1881, la decisiva trascendencia en este trabajo explicada del Apéndice aragonés de 1925, expresión al fin y al cabo de la Codificación general española, y luego omite también la trascendencia de la Constitución, mientras que se pierde en una demasiado prolija y excesiva explicación del contenido de los múltiples preceptos redactados o retocados o introducidos por el actual legislador aragonés. Además, en materias como el Derecho de la persona, las servidumbres, o incluso el régimen económico matrimonial, los prólogos correspondientes omiten explicar, y casi ocultan, que mucho de lo introducido en el CDFa se ha tomado del Código Civil, con lo que se da una información algo desorientadora al lector poco informado. No se manifiesta gratitud alguna a la revolución burguesa ni a la Codificación española ni a la vigente Constitución, que apenas se mencionan, y que aportaron los muros maestros de la actual sociedad liberal aragonesa, ni se menciona el carácter estamental o feudal o señorial de la sociedad del antiguo reino de Aragón y, en cambio, tiende a embellecerse y sobrevalorarse casi todo lo que queda hoy vigente proveniente del Aragón del antiguo régimen⁷⁹.

Ni se distinguen en los preámbulos las instituciones que se originaron en los Fueros y Observancias de las que provienen del Derecho consuetudinario altoaragonés, ni se hace reflexión alguna sobre la incidencia en el Derecho aragonés de los Decretos de Nueva Planta ni a nada que tenga que ver con el papel de Aragón en la gestación de España. Casi se da a entender, como en algunas de las más encendidas y demagógicas afirmaciones de Costa, que la dura y ensan-

⁷⁸ Cfr. el prólogo del profesor LACRUZ a la obra de Carlos VATTIER FUENZALIDA, *El derecho de representación en la sucesión «mortis causa»*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 12 a 15.

⁷⁹ En estos preámbulos, por ejemplo, se afirma, creo que ingenuamente, que el Derecho aragonés «se adelantó en siglos» al moderno Derecho europeo sobre autoridad de los padres sobre los hijos; o que para justificar la pareja de hecho tanto heterosexual como homosexual se puede invocar un «principio de libertad individual» que ha sido «tradicional durante siglos» en el Derecho civil aragonés. Cfr. mi libro *Mito y realidad del standum est chartae*, 2009, pp. 342 a 344. Como explica Helmut COING, la patria potestad ya se había suavizado como derecho subjetivo en el Derecho justinianeo y en el *ius commune*, según la doctrina, debía ejercerse en interés de los hijos. Cfr. en tal sentido, *Derecho privado europeo*, tomo 1.º, traducción de PÉREZ MARTÍN, 1996, pp. 316-317.

grentada historia secular y real de Aragón, marcada duramente por la persecución y expulsión de las minorías religiosas judía y morisca, fue la de una Arcadia feliz presidida por unas leyes y costumbres casi eternas y justas e inmejorables. Hay un empeño creo que poco riguroso en términos históricos por presentar algunas normas e instituciones completas de origen medieval como progresistas todavía hoy.

Se trata, en fin, y en cualquier caso, de unos prólogos bastante pobres en cuanto a lo que podríamos considerar la justificación de los fundamentos ideológicos e históricos de los institutos que se regulan o que se mantienen en el actual CDFA. No ha interesado ni rozar un debate de ideas sobre la clásica «cuestión foral». Se ha perdido una estupenda ocasión de hacer pedagogía histórica desde estos prólogos y hasta de favorecer desde los mismos el elemento histórico de interpretación, tan útil muchas veces en el discurso del intérprete del Derecho civil, que es cierto que es un producto de la Historia.

Tenemos pues en Aragón, como en los territorios españoles con nacionalismos soberanistas, una poco sutil manipulación del pasado por algunos juristas y políticos instalados en el poder autonómico y en sus aledaños. Y el hecho de que el Estatuto de Autonomía de Aragón (arts. 65 y 78) considere «mérito preferente» a efectos de nombramientos en las principales profesiones jurídicas el «conocimiento acreditado» del Derecho aragonés no parece que favorezca, en el ambiente político actual, la libre expresión de todas las opiniones.

También el paso del tiempo nos irá mostrando si las nuevas regulaciones legales aragonesas del CDFA tienen o no de verdad, según los foralistas o autonomistas suelen siempre proclamar que deba suceder en obediencia a su peculiar credo «costista», un más bajo nivel de imperatividad, en comparación con el Derecho civil general español. Porque algunas de las normas establecidas en el CDFA podría decirse que en homenaje al *standum est chartae* puede que lleguen a tener muy poca vigencia práctica⁸⁰, mientras que parecen muy importantes en la práctica algunas de las reglas imperativas dictadas por el legislador aragonés⁸¹.

⁸⁰ Por ejemplo, las normas del CDFA que amplían el ámbito de los pactos sucesorios, la fiducia o el testamento mancomunado a personas ajenas a la familia del disponente. *Cfr.* sus artículos 377, 380, 381, 417, 439 y 440. Si la gente era ya poco amiga hasta ahora de mermar su libertad futura a favor de algún familiar próximo, tiendo a pensar que menos va a serlo en el futuro de hacerlo a favor de personas extrañas, con la salvedad acaso, a lo sumo, de lo que se pueda pactar en la pareja de hecho. En estos preceptos lo que hay es un homenaje a las ideas costistas sobre la libérrima autorregulación de los propios intereses, ideas vistas por nuestro legislador como muy modernas y por ello todavía intensificadas o acentuadas respecto de lo que COSTA había defendido, pero ideas inspiradoras de normas legales previsiblemente de incidencia social insignificante.

⁸¹ Por ejemplo, el artículo 185-2.º del CDFA y las cinco importantes normas imperativas a las que se remite dicho precepto, todas sobre efectos generales del matrimonio. Y el CDFA ha mantenido, en los artículos 279 y ss., aunque relajando un tanto su imperatividad y eficacia, el derecho expectante de viudedad. O véase el mantenimiento del consorcio foral en los artículos 373 y ss. del CDFA. O también el mantenimiento de la legítima por los artículos 486 y ss. del CDFA. O el artículo 307-1.º del CDFA sobre parejas estables no casadas, señalando límites imperativos al pacto. En fin, la regulación del CDFA sobre Derecho de la persona, de los artículos 4 y ss. y 75 y ss., tiene muchas normas imperativas, concede fuertes poderes de control a los jueces, y tiene un nivel general de imperatividad no muy distinto del de las regulaciones correspondientes del Código Civil, al que en gran medida ha copiado.

Ya he explicado en ocasiones anteriores que más que un número menor de normas imperativas que las que tiene el Derecho civil general español, lo que de verdad diferencia al Derecho civil aragonés del Derecho civil general español, es que tiene unas normas imperativas diferentes dado que se inspira en unas nociones de contrato, testamento o incluso de propiedad un poco distintas de las que el Código civil español recibió de la gran codificación francesa, de inspiración fuertemente individualista y romanista. Y todo ello no deja de darle todavía al Derecho aragonés recién reformado un aroma rancio y rural y hasta, podría afirmarse, de feudalismo residual. Piénsese en lo relativo a la imperatividad de las normas aragonesas, y en el sentido indicado, en lo mucho que limita la libertad de disponer la viudedad universal, en cada una de sus dos fases, o el consorcio foral, aparte de la legítima, concebida como *pars bonorum* y con una rigurosísima prohibición de gravámenes, por ejemplo, o también, piénsese, pese a su infrecuente uso, en los mismos pactos sucesorios, que excluyen hacia el futuro para los mismos bienes la libertad de testar del dueño o disponente, etc. La Ley aragonesa 2/2010 sobre «custodia compartida» es más imperativa, probablemente, que la anterior regulación de los artículos 93 y siguientes del Código Civil.

Por otra parte, las normas aragonesas del CDFA han suprimido, y creo que con acierto, la regulación de algunos viejos institutos o ideas del Derecho aragonés, como el testamento ante capellán, el recobro de dote y la firma de dote, la comunidad conyugal continuada, el carácter del consorcio conyugal aragonés de ser formalmente una comunidad de muebles y ganancias (convirtiendo ya a la comunidad legal conyugal en un típico régimen de gananciales), etc. Todo lo cual convierte ya en insignificantes las peculiaridades del Derecho aragonés en materia de régimen económico del matrimonio (excepto la subsistencia, algo dulcificada por el CDFA en sus efectos, del derecho expectante de viudedad) y podría ello constituir un indicio de que, pese a la incesante extensión legislativa y a la invocación de la retórica política de la continuación y desarrollo del Derecho aragonés histórico, en realidad el legislador aragonés está en bastantes ámbitos, y con buenas razones, acelerando el distanciamiento con el verdadero Derecho aragonés histórico y propiciando el acercamiento al Derecho civil general español. Lo que ha crecido mucho en el CDFA, en relación a la Compilación de 1967-1985, y por mucho que los prólogos refundidos en el CDFA parezcan querer ocultarlo o disimularlo, es el número de normas aragonesas importadas o trasladadas desde el Derecho civil general solo que con redacción ligeramente retocada.

Las mayores novedades del Derecho civil aragonés hoy vigente provienen en realidad de las cuatro leyes que no ha elaborado la Comisión técnica y que han hecho los políticos directamente (normas sobre parejas de hecho y «custodia compartida» de los progenitores separados, dentro del CDFA; y normas sobre mediación familiar y «muerte digna», fuera del mismo), pero, entonces, con escasa originalidad aragonesa (salvo la de haber sido Aragón la que introdujo por primera vez en España, importada de otros países, la «custodia compartida») y habiéndose legislado en paralelo, en muchos casos, con otras Comunidades Autónomas. Así que juristas más o menos eruditos y en una Comisión oficial,

por un lado, y políticos asistidos por sus letrados y asesores, por otro, acaso están contribuyendo en el fondo, algo inconscientemente, al acercamiento del Derecho civil aragonés al Derecho civil español y a la uniformidad sustancial e institucional cada vez mayor de este último en el conjunto de su territorio.

En otros ámbitos, en cambio, y puesto que no se ha hecho en Aragón un debate sobre los fundamentos ideológicos del tradicional Derecho aragonés y de su codificación, entiendo que el CDFA ha seguido arrastrando todavía el lastre de varios institutos y preceptos procedentes del antiguo régimen y de la vieja familia patriarcal campesina, que hubiera sido mejor suprimir o reducir en su alcance. En algunos en los que se ha reducido el alcance, como el derecho expectante de viudedad o el consorcio foral, creo que se ha pecado de timidez, porque lo que procedía, en mi opinión, era directamente la supresión. Personalmente soy también partidario de la supresión del derecho de abolorio. Y acaso lo mismo con la sucesión intestada troncal o hasta con los pactos sucesorios. Y todos estos institutos rancios y anticuados ya se ha explicado que vienen además enmarcados en unas fuentes del Derecho que pretenden, aunque no puedan lógicamente en el Derecho vivo, ser o parecerse lo más posible a las fuentes del Derecho del antiguo régimen.

En lo ideológico, por la falta de un verdadero debate previo, el Derecho aragonés del CDFA ha resultado un tanto amorfo y con bastantes contradicciones internas. Preceptos de origen medieval y de protección a la familia patriarcal y cristiana coexisten con normas españolas aplicables en Aragón como un divorcio libérrimo o con el matrimonio homosexual y con la adopción de niños por las parejas homosexuales. El ordenamiento aragonés articulado por el CDFA presenta excesiva coincidencia todavía, en mi opinión, y salva la benéfica e inevitable adaptación a la Constitución, con el ya en su tiempo reaccionario Proyecto de Gil Berges de 1904, como si en el siglo xx no hubiera pasado nada y en este siglo no hubiéramos aprendido nada los aragoneses. Con la terminología de De Castro en una afirmación suya de 1949⁸², y que resumía así su visión de las ideas de los autonomistas catalanes de los años treinta sobre su propio Derecho foral catalán en la etapa de la Segunda República, bien se podría afirmar que las nuevas normas aragonesas del CDFA de 2011 mantienen todavía vigentes «algunos objetos de guardarropía medieval buenos para ser conservados en museos, pero poco aptos para un pueblo moderno y progresivo».

Algunos de esos objetos de guardarropía medieval se recogieron ya en el Apéndice de 1925 y otros, como el consorcio foral, se recuperaron después (1967), manteniéndose casi todos luego en el nuevo CDFA. Este mantenimiento por nuestro legislador de institutos protectores de la vieja familia rural y patriarcal es más erróneo o menos defendible hoy que en 1967, porque en aquella fecha la familia patriarcal campesina estaba terminando de extinguirse en un marco legal político capitalista pero de teórica inspiración cristiana ultraconservadora, y hoy hace tiempo que está extinguida aquella familia tradicional campesina y religiosa y el marco político general es democrático y aconfesional y de concepciones urbanas y liberales. Además, en algunas de estas regulaciones de origen

⁸² Cfr. de Federico DE CASTRO Y BRAVO su *Derecho civil de España*, Civitas, tomo 1.º, Madrid, 1984 (1949), pp. 233-234 y 243.

tradicional (pactos sucesorios; incluso fiducia) el legislador aragonés se ha arriesgado, acaso poco prudentemente, a dictar una regulaciones prolijas y artificiosas sin la apoyatura suficiente de una amplia y real experiencia histórica contrastada ni de una doctrina y jurisprudencia suficientemente cuajadas y maduras y aun suficientemente estudiadas y conocidas. La sociedad del actual Pirineo aragonés no tiene ya nada que ver con la vieja sociedad rural de la familia patriarcal altoaragonesa que Joaquín Costa reflejó en sus libros⁸³. La amplia y expansiva reforma legal del Derecho civil aragonés que arranca de 1996 y que ha desembocado en el CDFA de 2011, obra casi toda ella de juristas más o menos eruditos, ha dejado pendiente, en suma, en mi opinión, la modernización ideológica y adaptación a la sociedad actual del Derecho civil aragonés. Y las modestas novedades o aportaciones más innovadoras hechas directamente por los políticos en cuatro nuevas leyes civiles aragonesas no cambian ese hecho sustancial.

Aparte de ello, hay en el CDFA algunos destellos de mentalidad clasista o de excesivos entusiasmos por el liberalismo económico, como cuando se alude en el Preámbulo (apartado n.º 36) sobre la legítima, y considerándolo socialmente normal, al «bienestar económico de los hijos independizados»; o cuando se alude a bienes o negocios o acciones mobiliarias o bursátiles o productos financieros como bienes siempre productivos con poca atención al hecho de que pueden también producir pérdidas (arts. 210, f y h, 284 y 300, etc.); o cuando se relajan los controles de los guardadores de menores para que puedan hipotecarse sus bienes inmuebles, como si fuera aconsejable que los niños, que evidentemente no necesitan todavía un piso, conviniera que se hicieran cuanto antes especuladores inmobiliarios (*cf.*: la irrazonable reforma por el artículo 15-2.º del CDFA (Ley 13/2006: su fecha ayuda a entenderlo) del artículo 13-2.º de la Compilación de 1967).

En fin, se ha defendido en este trabajo la innecesariedad del CDFA, de no haberse orientado el mismo a una poda de institutos anticuados y anacrónicos, lo que nunca se consideró, y los resultados poco brillantes, dada la solidez de la tradición jurídica aragonesa hasta ahora, de lo conseguido con la reforma legal que contiene. Pero no quiero dejar de reconocer que podría haber sido peor todavía sin la contención de que, a pesar de todo, ha hecho gala el legislador aragonés desde el punto de vista del ámbito de su reforma del Derecho civil aragonés. Me refiero a la decisión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y de los políticos aragoneses de no legislar prácticamente nada sobre el Derecho de obligaciones y de hacerlo restrictivamente sobre el Derecho patrimonial de los derechos reales, en el que se han introducido modificaciones mínimas sobre el texto de la Compilación de 1967.

JOSÉ LUIS MOREU BALLONGA

⁸³ Para una ampliación de esta última idea del texto, véase mi libro *Mito y realidad del standum est chartae*, 2009, p. 349.



El derecho del antiguo reino de Mallorca ante la codificación liberal *

1. EL DERECHO DE MALLORCA EN VÍSPERAS DEL PROCESO CODIFICADOR

Desde su conquista por Jaime I el reino de Mallorca gozó de un sistema jurídico propio, integrado por tres elementos esenciales: la costumbre, las disposiciones de los monarcas o sus lugartenientes generales y el derecho común romano-canónico.

La costumbre fue la base normativa del sistema jurídico mallorquín. Durante el siglo XIII y las primeras décadas del XIV fue una fuente muy viva y cambiante, pero a partir del reinado de Pedro IV, una vez culminado el proceso repoblador y completado el triunfo del *Ius Commune*, quedó anquilosada y sometida a rigurosos requisitos. Por su parte, las disposiciones de los monarcas o sus lugartenientes fueron siempre muy escasas, especialmente en materia de derecho privado. Podían ser otorgadas *motu proprio* o a propuesta de las instituciones regnícolas –los jurados y el Gran i General Consell– que gozaban de un amplio margen de autonomía.

En estas circunstancias, el derecho común romano-canónico fue el elemento fundamental del sistema jurídico del reino. En 1300 Jaime II lo declaró oficialmente derecho supletorio, y aunque esa disposición fue derogada pocos años más tarde, su recepción fue tan intensa que con el tiempo se llegó a configurar como derecho propio¹.

* Las abreviaturas que utilizamos son las siguientes: AA (Archivo de la Audiencia), AICAB (Archivo del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares), ACIM (Archivo de Consell Insular de Mallorca), ARM (Arxiu del Regne de Mallorca), BBM (Biblioteca Bartomeu March), BPM (Biblioteca Pública del Estado en Palma de Mallorca), RA (Real Acuerdo).

¹ Sobre el sistema de fuentes del Derecho de Mallorca *vid.* PIÑA HOMS, R., *El Derecho histórico del Reino de Mallorca*, Palma, Ediciones Cort, 1993. PLANAS ROSSELLÓ, A.: «Els docu-

A partir del Decreto de Nueva Planta de 28 de noviembre de 1715, publicado mediante Real Cédula de 16 de marzo de 1716², el Derecho del reino de Mallorca entró en una fase de decadencia paulatina. El breve texto del Decreto introdujo importantes reformas en materia de derecho público, y en su capítulo 13 y último dispuso que «en todo lo demás que no está aquí comprendido» se aplicasen «todas las reales pragmáticas y privilegios con que antiguamente se gobernava ese reino».

Como consecuencia de ello, Mallorca pudo conservar su derecho civil, penal, procesal y mercantil. Sin embargo, el sistema de creación del derecho quedó profundamente alterado, ya que la vieja constitución política pactista –muy quebrada por vía de hecho desde la época de los Austrias, pero todavía viva en la mentalidad del reino– fue sustituida por una nueva concepción absolutista del poder, que identificaba plenamente la soberanía con la voluntad del monarca.

A partir de esta premisa, la legislación dictada desde entonces por los monarcas, salvo que expresamente señalase lo contrario, pasó a regir en el conjunto de sus reinos y, en consecuencia, fue modificando lentamente el derecho mallorquín. La carencia de unas sólidas instituciones representativas privó a Mallorca de la posibilidad de renovar su sistema jurídico de forma autónoma y favoreció su lenta fosilización. El único medio de que disponían los cuerpos representativos del reino para intentar influir en la creación de las normas eran el ejercicio del derecho de petición y la elaboración de informes a solicitud del Consejo de Castilla. A lo largo del siglo XVIII tan solo en unas pocas ocasiones obtuvieron el reconocimiento de alguno de sus antiguos privilegios o consiguieron frenar la reforma de alguna de sus instituciones. En este sentido, con ocasión de un litigio en materia fideicomisaria, las instituciones del reino consiguieron su mayor éxito: la Real Cédula de 31 de agosto de 1736, que declaró la vigencia del derecho común como «costumbre y práctica de juzgar tan uniforme»³. Una disposición que contribuyó de forma eficaz a la conservación del acervo jurídico mallorquín y que permitió su evolución a través de la jurisprudencia de la Real Audiencia y del recurso a la doctrina jurídica, fuese extranjera o, preferentemente, catalana.

En cambio, las nuevas circunstancias propiciaron cierta confusión entre los profesionales del Derecho, acerca de la vigencia y fuentes del derecho propio o, en terminología de la época, municipal. Un auto del Real Acuerdo de 6 de noviembre de 1738, señaló que muchos privilegios y pragmáticas antiguos eran

ments cabdals de la Història de Mallorca. Assaig de classificació normativa», en *Documents cabdals del regne de Mallorca. Documents i compilacions legals*, Palma, Parlament de les Illes Balears, 2003, pp. 10-25.

² El Decreto de 28 de noviembre ha sido publicado por GAY ESCODA, J. M., *El Corregidor a Catalunya*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 791-793. La Real Cédula fue impresa en Mallorca por Miguel Capó, impresor, en 1716. Existe edición facsímil: *Nueva planta de la Real Audiencia del Reyno de Mallorca: 1716*, Miguel Font, Editor, Palma, 1993, con un estudio preliminar de Román Piña Homs. Texto recopilado en *Novísima Recopilación*, V 10, 1.

³ Publicada por ZAFORTEZA DE CORRAL, L., *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo. Antecedentes, documentos y actas*, Palma, UIB, 1992, pp. 19-25.

desconocidos («en los tribunales frecuentemente se duda sobre dichos privilegios y pragmáticas a causa de [...] estar dispersos y muchas veces no poderse hallar»), en perjuicio de los litigantes, y ordenó que se elaborase e imprimiese una recopilación para facilitar su conocimiento. Sin embargo, esta tarea, que se encomendó al oidor Miquel Serra Maura, no llegó a ser realizada y, por lo tanto, la única fuente impresa para conocerlos siguió siendo la incompleta recopilación del notario Antoni Moll que bajo el título *Ordinacions i Sumari del privilegi* había sido editada en 1663⁴.

La ignorancia de las leyes antiguas no solo afectaba a los jueces forasteros sino a los propios juristas insulares y, señaladamente, a los abogados. Al respecto se han conservado los elocuentes testimonios de sendos juristas coetáneos como Buenaventura Serra y Ferragut (1728-1784)⁵ y Joaquín Fiol y Estades de Montcaire (1728-1790)⁶, quienes denunciaban el olvido del derecho propio por parte de los profesionales del foro, que atendían casi exclusivamente al derecho común.

Esta situación venía asimismo favorecida por el plan de estudios de la facultad de leyes de la Universidad Literaria de Mallorca. Mientras que en la Universidad de Cervera las disposiciones borbónicas a favor del estudio del derecho patrio, no solo se tradujeron en la enseñanza de las leyes generales del reino, sino también, en cierta medida, del derecho civil catalán, en la Literaria de Mallorca se hizo caso omiso de aquellas disposiciones y la enseñanza del derecho patrio solo se llegó a implantar a partir del año 1812⁷.

El Colegio de Abogados, erigido mediante la Real Cédula de Carlos III de 23 de octubre de 1779, no demostró interés alguno por el estudio del derecho sustantivo propio, pero manifestó desde un primer momento su preocupación por el conocimiento de las prácticas procesales. Sus estatutos fundacionales dispusieron que en la tasación de costas de los pleitos se incluyese una cantidad para financiar la formación de una práctica judicial, *que interesa mucho por no haberla fija en el reyno de Mallorca*⁸. Para redactarla, se constituyeron sucesivas comisiones que, aunque consta que trabajaron en ella, no llegaron a concluirla⁹.

⁴ MOLL, A., *Ordinacions y sumari dels privilegis consuetuts y bons usos del regne de Mallorca*, Pere Guasp, Mallorca, 1663.

⁵ SERRA FERRAGUT, B., *Reflexiones críticas sobre el estado presente de la jurisprudencia*, Cap. 21 (Ms. en BBM).

⁶ FIOLE Y ESTADE, J., *Discertación apologética, en razón del derecho que rige o deve regir para instruir y sentenciar las causas aquí en Mallorca*, 1788. Biblioteca Pública del Estado en Palma de Mallorca, Ms. 27. Publicado por FERRER VANRELL, M. P., *La aplicación del Derecho como elemento reforzador de la soberanía*, UIB, Palma, 2001, pp. 167-184.

⁷ PLANAS ROSSELLÓ, A. y RAMIS BARCELÓ, R., *La Facultad de Leyes y Cánones de la Universidad Luliana y Literaria de Mallorca*, Universidad Carlos III/ Dykinson, Madrid, 2011.

⁸ *Estatutos del Real Colegio de Abogados de la Ciudad de Palma, capital del Reino de Mallorca*, Ignacio Sarrá y Frau, Palma, 1780, cap. 35.

⁹ Todavía en 1817 el presidente de la Academia de Jurisprudencia Práctica, doctor Gaspar Coll, solicitó que se le entregasen los papeles relativos a la *práctica de enjuiciar conforme a nuestros usos y privilegios*, pues se consideraba en el deber de arreglarla, por razón de su cargo. *Vid.*

La legislación de los monarcas a lo largo del siglo XVIII modificó muchos aspectos del derecho penal de Mallorca y, en menor medida, algunas de sus disposiciones procesales. Por lo que se refiere a estas, en los primeros años del siglo XIX el Gobierno se planteó llevar a cabo una reforma del procedimiento y, para ello, el Consejo de Castilla, mediante Real Orden comunicada a la Audiencia de Mallorca el 14 de octubre de 1803, solicitó un informe acerca del grado de cumplimiento de las leyes formularias reunidas en los veintidós primeros títulos del libro IV de la Nueva Recopilación. La Audiencia dio traslado de este mandato al Colegio de Abogados, que el 20 de junio de 1804 expuso que si los tribunales de Mallorca se gobernasen por las leyes formularias de Castilla no sería difícil cumplir tal encargo, «pero no son estas leyes las que rigen en Mallorca en este y otros puntos, sino por lo general las del derecho común de los romanos y demás de que se hará mención, y no estando por lo general recopiladas [...] es sumamente dificultoso adquirir la noticia individual de todas para señalar las que convenga ponerse en observancia, habiendo dexado de tenerla, y las que fuere mejor quedar sin uso».

Especial interés revisten las escasas reformas en materia de derecho civil que, tras un análisis exhaustivo, podemos reducir a las siguientes:

- En materia matrimonial se introdujo la pragmática de Carlos III de 23 de marzo de 1776, reguladora de los matrimonios desiguales, que fue desarrollada mediante otras disposiciones complementarias.

- En materia de sucesiones, un Real Auto Acordado, recopilado en el libro 50, título 10, auto 3.º, dispuso que no fuesen válidas las mandas hechas en la última enfermedad a los confesores ni a sus deudos, iglesias y religiones. La pragmática de 2 de febrero de 1766 dispuso que un quinto de los bienes de quien muriera intestado debiese aplicarse al pago de sus funerales. Otra disposición de 9 de octubre de 1766 reguló la sucesión de quienes muriesen intestados sin herederos conocidos, cuyos bienes se debían aplicar a la Real Cámara, pasado un año después de fijar edictos sin que nadie la hubiese reclamado.

- En materia de fideicomisos, la pragmática de 26 de octubre de 1724 extendió a los reinos de la Corona de Aragón la práctica castellana que reservaba al Consejo de la Cámara de Castilla, como regalía inherente a la Corona, la concesión de la facultad de hipotecar o enajenar bienes sujetos a fideicomiso. A finales de siglo se aprobaron diversas disposiciones para permitir la enajenación de parte de los bienes vinculados y la detracción por el fiduciario de una parte del producto de la venta, siempre que el producto se invirtiese en censos a favor de la Real Caja de Amortización u otras fórmulas beneficiosas para el Estado¹⁰.

PLANAS ROSSELLÓ, A., *Una Práctica judicial mallorquina de finales del Antiguo Régimen. 1815-1820*. Estudio y edición. Leonard Muntaner Editor, Palma, 2002.

¹⁰ Puede verse una relación de estas disposiciones en MOREY TOUS, A., *Noblesa i desvinculació a Mallorca als segles XVIII i XIX*, Publicacions de l'Abadia de Monserrat, Barcelona, 1999, pp. 88-89.

– Los derechos reales de garantía se vieron afectados por la Real Pragmática de hipotecas de 31 de enero de 1768, que dio carácter constitutivo a la inscripción en el registro.

– Por último, el fuero de los censos, que desde 1697 se computaba al 5 %, quedó reducido al 3 % por disposición de la pragmática de 11 agosto 1750¹¹.

En definitiva, con anterioridad a la Revolución Liberal el Derecho de Mallorca, especialmente el privado, había permanecido prácticamente incólume. Sin embargo, las instituciones del reino no habían sido capaces de darle una adecuada formulación, que facilitase su conocimiento y evitase su decadencia. Los distintos intentos de recopilación del derecho y los trabajos para la formación de una práctica judicial fracasaron estrepitosamente. Para conocer aquellas instituciones que no respondían a los principios del derecho romano se contaba únicamente con dos fuentes: los formularios notariales¹² y los repertorios privados de jurisprudencia de la Real Audiencia¹³.

2. LA POSTURA DE MALLORCA ANTE LA UNIFICACIÓN JURÍDICA DEL PRIMER CONSTITUCIONALISMO

La Guerra de la Independencia abrió el camino para una profunda reforma de la legislación del Antiguo Régimen. A pesar de las propuestas y proyectos que se habían formulado en la España ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII, hasta aquel momento apenas se había avanzado en la tarea de racionalizar el sistema jurídico español. Todavía en 1805 se había publicado un cuerpo gigantesco, la Novísima Recopilación de las leyes de España, que recogía el derecho propio de Castilla y algunas normas, especialmente en materia de derecho público, con vigencia general en toda España. Una obra que según las duras palabras del liberal Martínez Marina constituía una «vasta mole levantada de escombros y ruinas antiguas; edificio monstruoso, compuesto de partes heterogéneas y órdenes inconciliables»¹⁴.

El primer paso para la reforma del sistema jurídico se dio en el bando afrancesado a través del Estatuto de Bayona, constitución materialmente otorgada

¹¹ Sobre todas ellas *vid.* PLANAS ROSSELLÓ, A., «La pervivencia del Derecho mallorquín tras los Decretos de Nueva Planta», *Ius Fugit* 13-14 (2004-2006), pp. 409-437.

¹² *Vid.* ZAFORTEZA, L., MUT, A., OLIVER, M., *Tratados de Notaría en el reino de Mallorca*, Guadalajara, Colegios Notariales de España, 1995.

¹³ PLANAS ROSSELLÓ, A., «La jurisprudencia de la Real Audiencia de Mallorca», *Bolletí de la Societat Arqueològica Lul·liana*, 65 (2009), pp. 303-310.

¹⁴ MARTÍNEZ MARINA, F., *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla*, Madrid, Hija de don Joaquín Ibarra, Fermín Villalpando, 1808, p. 399. Años más tarde le dedicaría su famoso *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, 1820.

por José Bonaparte, pero formalmente revestida de un pactismo asimétrico¹⁵. A pesar de su escasa vigencia y de su nunca confesada influencia en el proceso posterior, conviene tener presente este texto porque no cabe duda de que sus contenidos fueron conocidos por los constituyentes de Cádiz y que, de forma directa o indirecta, ejerció alguna influencia sobre ellos¹⁶.

El Estatuto, promulgado el 8 de julio de 1808, dispuso que las Españas y las Indias se gobernarían por un solo Código de leyes civiles y criminales (art. 96), aunque se podrían establecer variaciones en ambos (art. 82), y por un solo Código de comercio (art. 113). En la Junta de españoles convocada en Bayona por Napoleón para debatir el proyecto se oyeron escasas voces a favor de la conservación del derecho de los territorios forales frente a una unificación en torno a las leyes castellanas. Solo se expresaron de esta forma los diputados de las tres provincias vascas y los del reino de Navarra, quienes consiguieron que, finalmente, el artículo 144 dispusiese que «los fueros particulares de las provincias de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava se examinarán en las primeras Cortes, para determinar lo que se juzgue más conveniente al interés de las mismas provincias y al de la nación»¹⁷. El de Mallorca, Cristóbal Cladera, elaboró un servil comentario en el que, sin entrar en el contenido del proyecto constitucional, se limitó a pedir que se erigiese en Madrid una estatua de Napoleón, como muestra de gratitud *a tanto beneficio*¹⁸. Sin embargo, a diferencia de aquellos, no llevaba consigo unas instrucciones aprobadas por las instituciones baleares y, en consecuencia, ni siquiera representaba el pensamiento de los escasos afrancesados que pudiera haber en las islas.

Mientras tanto, en el bando contrario, la Junta Central Suprema creada el 25 de septiembre de 1808, tras la derrota francesa en la Batalla de Bailén, mediante decreto del 22 de mayo de 1809 ordenó la celebración de unas Cortes Extraordinarias y Constituyentes *convocadas en todo el año próximo de 1810, o antes si las circunstancias lo permitieren*. El 24 y el 30 de junio la comisión creada para examinar el modo y forma en que debían celebrarse las Cortes Nacionales, envió una encuesta a diferentes instituciones del reino para que

¹⁵ MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., «El Estatuto de Bayona: originalidad e imitación en la primera Constitución española», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 58/59 (2007), pp. 95-131.

¹⁶ No hay que olvidar el hecho paradójico de que el helenista Antonio Ranz Romanillos, que en 1808 intervino como secretario en la redacción del estatuto de Bayona, desde 1811 fue un activo asesor de la comisión de las Cortes de Cádiz encargada de redactar la Constitución. Esta comisión, pudo trabajar en sus inicios sobre un proyecto formado por él, aunque la concreta redacción de los artículos correspondió a diferentes vocales, entre los que destacó Muñoz Torrero. La Historiografía ha discutido la relevancia de la participación de Ranz pero, como puso de relieve Diz Lois, las actas de la comisión de Cortes son muy claras cuando hablan del «proyecto de constitución que [Ranz] tiene formado». DIZ LOIS, M. C. (ed.), *Actas de la comisión de Constitución (1811-1813)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, pp. 54-55.

¹⁷ Vid. BARÓ PAZOS, J., *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, p. 53.

¹⁸ *Actas de la Diputación General de españoles que se juntó en Bayona el 15 de junio de 1808, en virtud de convocatoria expedida por el gran duque de Berg, como lugar-teniente general del reino, y la Junta suprema de gobierno, con fecha 19 de mayo del mismo año...*, Imprenta y fundición de J. A. García, Madrid, 1874, p. 111.

informasen acerca de varios puntos, entre ellos «los medios de mejorar nuestra legislación, desterrando los abusos introducidos y facilitando su perfección». Se conservan tres informes enviados por instituciones mallorquinas en los que se da respuesta a esta pregunta.

1. La Junta Superior de Observancia y Defensa del Reino de Mallorca, el órgano de gobierno que, tras la creación de la Junta Central, sustituyó a la Junta Suprema de Mallorca formada el 30 de mayo de 1808, consideraba en su informe de 15 de julio de 1809 que Castilla y los reinos de la Corona de Aragón poseían una legislación diferenciada, y que «será imposible y perjudicial arreglar la uniformidad en todo el reino»¹⁹. En este sentido señalaba dos ejemplos:

- Los bienes gananciales son desconocidos en Mallorca, y el uso inmemorial parecerá siempre más justo a los naturales.
- Las mejoras en los bienes vinculados se detraen en Mallorca y Cataluña, mientras que no se hace así en Castilla. La legislación propia en esta materia contribuye al progreso de la agricultura, mientras que la castellana a su decadencia.

En consecuencia, propone el siguiente método de mejorar la legislación: que se forme en la corte una junta de seis o más sabios ministros o letrados para que examinen y reformen la legislación, y compongan una compilación que se deberá remitir a todas las provincias para que sus juntas, audiencias, ayuntamientos y universidades informen lo más conveniente a la nación y a su provincia, y que a partir de aquí se coordine el proyecto que pasará a las Cortes y al monarca.

No queda muy claro lo que se quiere decir con ello. Si se trata de formar un texto –no se habla de código– común para España, tomando aspectos de la legislación de sus diferentes provincias, o si solo se deben aprobar con carácter común una parte de sus contenidos, dejando las restantes según el derecho propio de cada territorio.

Otro apartado interesante –y un tanto contradictorio– es el dedicado al plan de estudios de leyes. En el tercer curso señala que se deben estudiar los elementos de derecho civil, explicándose «los principios de la jurisprudencia con arreglo a las leyes de España», y en cuarto y quinto el derecho positivo contenido «en los códigos de nuestra legislación», que probablemente no son otros que la Novísima Recopilación y las Partidas.

2. El Ayuntamiento de Palma, en su informe de 20 de septiembre del mismo año defendió asimismo que, «como todas estas leyes se dan generalmente para todas las provincias de España, es conveniente para Mallorca que subsistan las del Derecho común, o de los ramos con que siempre se ha gobernado la Isla, cuyos usos y costumbres antiguas se mandaron guardar en la Real Cédula del 31 de agosto de 1736»²⁰. En este sentido, señala que en Mallorca

¹⁹ SUÁREZ, F., *Cortes de Cádiz. I. Informes oficiales sobre Cortes, Baleares*, Eunsa, 1967, Pamplona, p. 133.

²⁰ *Ibidem*, p. 198.

deben mantenerse los fideicomisos, ya que no son tan odiosos como los mayorazgos castellanos, porque permiten las detracciones legales y accidentales, y presentan otras ventajas.

En definitiva, el Ayuntamiento consideraba que el Código que se formase debía ser adaptable a cada una de las provincias en particular, pues «no pueden ser convenientes unas mismas leyes para todos»²¹.

Como conclusión, en ambos informes únicamente parece existir una oposición a la unificación jurídica respecto a algunas instituciones de derecho civil, sin que se haga mención a las otras ramas del ordenamiento.

Por otra parte, no parece casual que ambos se refieran especialmente al mantenimiento de los fideicomisos. Desde la segunda mitad del XVIII se habían alzado muchas voces contra la propiedad vinculada, que se comenzó a manifestar como una rémora para el progreso de la economía. En Mallorca se habían elaborado numerosos informes sobre la cuestión a solicitud del Consejo de Castilla²². En las Cortes de Madrid convocadas por Carlos IV en 1789 se trató acerca de la reforma de los mayorazgos, y los diputados mallorquines –Antonio Montis e Ignacio Ferrandell– defendieron firmemente que los fideicomisos de su reino no necesitaban reforma²³. Poco después, entre los años 1789 y 1790, a raíz de una petición elevada al Consejo de Castilla por el síndico personero Antonio de Juan y Caimari solicitando su supresión, el asunto fue objeto de controversia en la isla, pero tanto el Ayuntamiento de Palma, como la Real Sociedad Económica Mallorquina de Amigos del País y el fiscal de S. M. cerraron filas en torno a la conservación de este instituto²⁴. Con estos antecedentes no puede extrañar la postura de las instituciones del reino, en un momento de revolución liberal en el que parecía que las reformas legislativas podría dar al traste con los fideicomisos, que desaparecerían junto a los mayorazgos castellanos. No se trata de un ejemplo cualquiera, sino que se refiere a una institución de hondo contenido político y económico²⁵. Por ello, pensamos que la oposición de estas entidades mallorquinas no se basaba tanto en una suerte de foralismo, como en el deseo de evitar que, con la unificación, desapareciese una institución esencial para el orden social del Antiguo Régimen.

3. El informe de la Universidad Literaria apenas se manifiesta en el campo de la observancia del derecho. Sólo se extiende algo para defender la necesidad de simplificar y unificar la jurisdicción, y reformar las leyes procesales²⁶. Se deduce que consideraba que las reformas debían tener carácter general para toda España. De hecho, al tratar de la enseñanza de las leyes, dice que se deberá enseñar el nuevo Código Nacional que regirá en todo el reino. En conse-

²¹ *Ibidem*, p. 200.

²² MOREY TOUS, A., *Noblesa i desvinculació a Mallorca...*, cit., pp. 67-85.

²³ CLAVERO, B., *Mayorazgo: propiedad feudal en Castilla (1369-1836)*, Madrid, 1974, pp. 291 y ss. Vid. SALVÁ, P. y SAINZ DE BARANDA, P., *Colección de documentos inéditos para la historia de España*, XVII, Madrid, 1855, pp. 177-178.

²⁴ ZAFORTEZA DE CORRAL, L., *La compilación de 1961...*, cit., pp. 27-51.

²⁵ MOLL, I., ALBERTÍ, A., MOREY, A., «Tierra de fideicomisos: las consecuencias de la ley de desvinculaciones en Mallorca (1768-1865)», *Áreas*, 15 (1993), pp. 13-31.

²⁶ SUÁREZ, F., *Cortes de Cádiz. I*, cit., pp. 292-293.

cuencia, el número y naturaleza de las cátedras deberá adaptarse a éste, y por lo tanto deberá crearse una cátedra de práctica judicial para instruir en el modo de enjuiciar de acuerdo con el nuevo código²⁷. Así pues, prevé la formación de un texto legal unitario que comprenderá las diversas ramas del sistema jurídico. Aunque le llama código, no parece que se aplique esta denominación en un sentido técnico.

Miguel Artola, tras analizar los informes elaborados desde todos los puntos de España concluye que es abrumadora la mayoría de los que postulan la completa unificación jurídica, sin hacer salvedad alguna respecto a los derechos regionales. La postura de las dos primeras instituciones mallorquinas tuvo en este aspecto un carácter excepcional²⁸.

Una vez inauguradas las Cortes, el 9 de diciembre de 1810, el diputado catalán Espiga y Gadea presentó una propuesta para que, «puesto que las cortes se convocaron no sólo para formar una constitución sino también para reformar nuestra legislación», se formasen comisiones para modificar la legislación civil, penal, de Hacienda, de comercio y de educación e instrucción pública²⁹. En la propuesta no se hablaba de codificación, y de hecho las dos últimas materias no encajan en este concepto. Según Tomás y Valiente su pretensión era más bien adaptar la legislación a los nuevos tiempos³⁰. El 5 de febrero de 1811, ya en el marco de las discusiones constitucionales, Espiga se refirió a la legislación del Antiguo Régimen como «nuestros códigos», haciendo un uso no técnico del término, aunque calificó a las leyes vigentes como «excitadas más por la casualidad que por sistema, y expresadas en una redacción impertinente y oscura», y propuso una reforma que debería hacerse con algunas de las características que son propias de los códigos: «redúzcanse todas a sus primeros principios, hágase una precisa y clara redacción, y establézcase aquí el orden en que siendo una la consecuencia de la otra, se encuentre el fundamento de su justicia en la resolución de la anterior»³¹.

En el debate de esa propuesta, el diputado catalán Ramón Lázaro de Dou i de Bassols, canciller de la Universidad de Cervera, se manifestó partidario de retrasar tales trabajos, con un argumento muy significativo: indicó que en Cádiz no se contaba con los códigos legislativos que se debían estudiar y reformar, y entre ellos citó expresamente las constituciones de Cataluña, los fueros de Aragón y las leyes de las provincias vascongadas. Queda claro en el parlamento de Dou que no solo se debían tener en cuenta las leyes de Castilla, especialmente la Novísima y las Partidas, que eran los cuerpos en los que sin duda debían estar pensando los diputados castellanos³².

²⁷ *Ibidem*, p. 299.

²⁸ ARTOLA GALLEGO, M., *Los orígenes de la España contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1975, I, p. 356.

²⁹ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, 1810, I, núm. 74, p. 153.

³⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Aspectos generales del proceso de Codificación en España», en *Códigos y constituciones (1808-1978)*, Alianza, Madrid, 1989, p. 13.

³¹ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, 1811, I, núm. 132, pp. 500-501.

³² *Ibidem*, p. 502.

Así mismo el diputado catalán Felipe Aner de Esteve se manifestó contrario a la propuesta, pues como la legislación que se pretendía reformar era «tan distinta en cada provincia, según sus usos y costumbres, sería preciso que en cada una de ellas se nombrase una comisión para proponer a V. M. lo que creyeran útil». Y añadió respecto a las comisiones de derecho civil y criminal: «Ambas comisiones apruebo, si sólo se trata de reformar la legislación de Castilla: pero si es para reformar la legislación general de España, es preciso que V. M. nombre una comisión para cada provincia, pues en cada cual de ellas son diversos los usos». En cambio, admitió la creación de una sola comisión de Comercio, a fin de unificar la legislación en este ramo³³.

Las posturas de Dou y de Aner se pueden entender como la primera señal de una cierta oposición foralista a la unificación jurídica, que apenas estaba entonces esbozada. En el caso de Dou se trataba de un diputado muy conservador, que defendió el mantenimiento del derecho feudal catalán y se opuso a la supresión de los señoríos. Aner, en cambio, tuvo respecto a este último punto una actitud más avanzada, defendiendo que se estudiaran los diferentes casos y, en todo caso, se indemnizase económicamente a sus propietarios³⁴.

Efectivamente, como nos recuerda Bermejo Castrillo, comenzaba entonces a apuntarse una cierta oposición foral³⁵, contra la que Canga Argüelles en un texto de 1811 proponía que «sin olvidar lo bueno que hubiere en los códigos antiguos de cada Reyno, para acomodarlos a la Nación entera, se proscribirá como un delito todo empeño dirigido a mantener leyes particulares en cada provincia»³⁶.

Los diputados mallorquines no se hicieron eco de las posiciones manifestadas dos años atrás en los informes de las instituciones del reino, y ni siquiera participaron en el debate.

A pesar de las reticencias a la formación de las comisiones, finalmente la propuesta de Espiga fue aprobada, con una modificación introducida a propuesta de Agustín Argüelles: antes de constituir las comisiones de Cortes se debería debatir su regulación, estudiando la posibilidad de que se integrasen en ellas personas que no fueran diputados³⁷.

En tan sólo unos meses la cuestión de la reforma de la legislación quedó perfectamente despejada. Mientras que en los debates anteriores no se tenía un concepto muy claro de la forma en que debía llevarse a cabo, la comisión redactora del proyecto de constitución lo perfiló nítidamente: de acuerdo con el artículo 257 se debían formar códigos, en el sentido técnico del término, que tendrían carácter común para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones

³³ *Ibidem*, pp. 502-503.

³⁴ HERNÁNDEZ MONTALBÁN, F. J., *La abolición de los señoríos en España, 1811-1837*, Biblioteca Nueva-Universidad de Valencia, Madrid, 1999.

³⁵ BERMEJO CASTRILLO, M. A., «Diorama de virtualidades codificadas. Actualidad crítica del código y ficción de la codificación en España», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escritos jurídicos*, Santander, 2003, p. 110.

³⁶ CANGA ARGÜELLES, J., *Reflexiones sociales o idea para la Constitución española*, Imprenta de José Estevan, Valencia, 1811, pp. 104-105.

³⁷ *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, 1811, I, núm. 132, p. 504.

que por particulares circunstancias podrían establecer las Cortes. Lamentablemente las actas de la comisión constitucional no recogen la discusión del artículo referido a la unidad de códigos, y no podemos saber cómo se llegó a esta redacción.

Cuando el 21 de noviembre de 1811, se discutió el artículo del proyecto, que finalmente sería el 258 de la Constitución, no hubo ninguna oposición al carácter unificador que recogía. Por el contrario, la única intervención crítica fue debida al Diputado por Zacatecas, el sacerdote Gordo y Barrios, quien advirtió de los peligros que suponía la posibilidad de establecer variaciones, porque se podría utilizar para que las colonias siguieran siendo tales, o para que algunas provincias peninsulares reclamasen usos o fueros que les fueran ventajosos. Propuso que se aclarasen más sus términos o que simplemente se suprimiera. Joaquín Fernández de Leiva, diputado por Chile, contestó que esa adición era absolutamente excepcional y no buscaba que algunos territorios se gobernasen por leyes diferentes, sino solo que se pudieran adicionar algunas reglas necesarias con carácter particular para algún territorio. El artículo fue aprobado³⁸.

La Constitución de 1812 adoptó, por tanto, un criterio uniformista en lo jurídico que debía concretarse en unos Códigos civil, penal y de comercio comunes para toda la monarquía. La referencia a las variaciones que se introdujo en la segunda parte del artículo, según se deduce de lo antes expresado, estaba orientada a contemplar algunas modificaciones respecto a los territorios de Ultramar, y así lo señala sin excepción la historiografía³⁹. Cuando en 1837 se suprimió esa salvedad en el artículo que preveía la unidad de códigos, la única voz que discrepó seriamente fue la del diputado valenciano Vicente Sancho, que defendió que no se podían aplicar unos mismos Códigos a las Indias, donde por ejemplo existía la esclavitud (que ese año se había abolido en la metrópolis), y que el artículo 258 de la de 1812 se redactó de aquella forma por ese motivo⁴⁰. Por lo demás, solo existió oposición por parte del diputado por León, Fernández Baeza, que pensaba que no se podían unificar ciertas leyes administrativas⁴¹, y el de Navarra Sr. Armendáriz, que defendió que la unificación no debía ser inmediata, sino solo cuando se aprobasen unos códigos modernos que pudieran sustituir la legislación tradicional de su país⁴². Las objeciones de ambos quedaron superadas puesto que, efectivamente, ni se consideraba que la legislación administrativa pudiera ser objeto de codificación, ni la redacción del

³⁸ *Ibidem*, núm. 415, p. 2306.

³⁹ *Vid.* entre otros CLAVERO, B., «La idea de código en la Ilustración jurídica», *Historia, Instituciones, Documentos*, 6 (1979), p. 85; CLAVERO, B., «Historia jurídica y Código político. Los derechos forales y la Constitución», *AHDE*, 50 (1980), pp. 131-154 y 278-282. BARÓ PAZOS, J., *La codificación...*, cit., p. 96.

⁴⁰ *Diario de las sesiones de las Cortes Constituyentes: Dieron principio el 17 de octubre de 1836 y terminaron el 4 de noviembre de 1837*, Imprenta de J. A. García, Madrid, 1870, IV, pp. 2505-2506.

⁴¹ *Ibidem*, p. 2353.

⁴² *Ibidem*, p. 2357.

artículo posibilitaba extender la antigua legislación de Castilla a los territorios forales.

En octubre de 1813, en los últimos momentos de la legislatura ordinaria de las Cortes gaditanas, se discutió un proyecto de ley sobre vínculos y mayorazgos. El diputado Dou, presentó un voto particular a fin de preservar el régimen fideicomisario de Cataluña. En cambio, los diputados mallorquines, contra lo que era de esperar, no tuvieron intervención alguna. Tal vez porque se trataba de un proyecto de reforma moderada que, entre otras cuestiones, pretendía generalizar a toda España el régimen de las mejoras realizadas sobre bienes vinculados que se venía observando en Cataluña y Baleares⁴³. En todo caso, dicha ley no se pudo aprobar antes de la caída del régimen constitucional.

3. DEL TRIENIO LIBERAL AL FRACASO DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

Como hemos visto, en el periodo de las Cortes de Cádiz la oposición de las Instituciones mallorquinas a la unificación jurídica se circunscribía a algunos aspectos del derecho civil. Ninguno de los informes se refirió a las particularidades de las otras ramas del derecho, y el de la Universidad Literaria se pronunció expresamente a favor de la reforma del derecho procesal, con carácter unitario.

La codificación mercantil tuvo lugar, como es sabido, a través del Código de Comercio formado por Pedro Sainz de Andino, que fue promulgado por Real Decreto de 5 de octubre de 1829, en plena década absolutista. No tenemos noticia de que existiese en Mallorca la más mínima oposición, a diferencia de la que se produjo en las provincias vascongadas⁴⁴.

En cuanto al derecho penal, cuando se promulgó el efímero Código de 1822, la unificación ya había avanzado mucho a través de las leyes generales del reino y el ejercicio del arbitrio judicial. El proyecto de Código fue presentado el 22 de abril de 1821, y el 24 de agosto siguiente se acordó su impresión y circulación a los tribunales y cuerpos literarios para que lo informasen. La Audiencia de Mallorca envió un informe en el que reprochó el abundante contenido procesal de su articulado⁴⁵ y, haciendo gala de su escasa cultura codificadora, según apunta Torres Aguilar, que no hubiera remisiones de unos artículos a otros⁴⁶. El informe del Regente, Lucas Hiscio Fernández, de 2 de agosto de 1821, criticó la severidad de las penas aplicadas a un buen número de delitos, expresando dudas acerca de la conveniencia de la de muerte y una

⁴³ *Cortes. Actas de las sesiones de la legislatura ordinaria de 1813*, Imprenta de la viuda e hijos de J. A. García, Madrid, 1876, núm. 119, pp. 130-131.

⁴⁴ PETIT, C., «Oposición foral al Código de Comercio (1829)», *AHDE*, 59 (1989), pp. 699-736.

⁴⁵ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, 5. *Codificación Penal*, I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, p. 76.

⁴⁶ TORRES AGUILAR, M., *Génesis parlamentaria del Código Penal de 1822*, Sicania University Press, Messina, 2008, p. 97.

clara oposición a las de marcas, vergüenza pública y, en general, las de carácter perpetuo o excesivamente prolongado. Por lo demás, el dictamen manifestó su disconformidad con el riguroso desarrollo del principio de legalidad y expresó la necesidad de que se mantuviera un cierto margen de arbitrio judicial que permitiese al juez graduar las penas en función de las circunstancias particulares de cada caso⁴⁷. Por su parte, el Fiscal señaló que en ocasiones trataba de los delitos complejos antes que de los simples, que no comprendía a los ociosos, que debería tener un título sobre falsedades de escribanos y algunas reglas sobre contravenciones de policía, y que a veces variaba de palabra para expresar una misma idea⁴⁸.

Tras introducir algunas reformas a raíz de estos informes, el Código fue decretado por las Cortes el 8 de junio, y sancionado y promulgado por el rey el 9 de julio siguiente. El 27 de septiembre de ese año se dispuso que comenzase a regir el 1 de enero de 1823. Precisamente en la misma fecha en la que debía entrar en vigor, el Colegio de Abogados de Palma resolvió hacer llegar al Ministerio la dificultad para circular con celeridad el nuevo Código «puesto que en todo el tiempo que ha mediado desde su promulgación no se han hallado en nuestra isla ejemplares de aquel Código, cuya reimpresión no es permitida»⁴⁹. Casabó aduce como prueba de la aplicación efectiva del Código el oficio elevado por la Audiencia de Mallorca para solicitar ejemplares de ese texto legal, como consecuencia de la queja del Colegio de Abogados⁵⁰. El más reciente trabajo sobre el mismo, basándose en documentación procesal, concluye que algunos tribunales comenzaron a aplicarlo como tarde en febrero de ese año⁵¹.

La derogación de toda la obra legislativa del periodo constitucional, por Decreto de 1 de octubre de 1823, supuso que se mantuviesen durante largo tiempo los derechos penales particulares de los distintos territorios de España, aunque matizados por las leyes generales del reino y por los principios penales establecidos por las constituciones de 1812, 1837 y 1845, durante sus respectivos periodos de vigencia. La principal consecuencia de la falta de un código fue el mantenimiento de las penas arbitrarias. En Mallorca la legislación penal propia era muy escasa, y por ese motivo los jueces gozaban de un amplísimo margen para calificar los delitos y graduar las penas acudiendo a la doctrina romanista. En cambio, en otros territorios existía una legislación de mayor calado, cuyos aspectos más arcaicos habían entrado en desuso, pero que permanecía viva en gran parte⁵². Así, en el debate de la Constitución de 1845 el senador

⁴⁷ ARM, RA 1821 / 33. *Breves apuntes sobre el proyecto del Código Criminal, trabajados por el Regente de la Audiencia Territorial de Mallorca, con debido cumplimiento a la excitación que de Real Orden le ha hecho, accediéndose a los nobilísimos deseos de los señores de la Comisión.*

⁴⁸ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, cit., p. 67.

⁴⁹ PIÑA HOMS, R., *Los abogados de las Baleares y su defensa corporativa*, Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, Palma, 2004, pp. 117-118.

⁵⁰ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, cit., p. 163.

⁵¹ BENITO FRAILE, E. De: «Nuevas aportaciones al estudio sobre la aplicación práctica del Código Penal de 1822», *Foro*, 8 (2008), pp. 41-68.

⁵² BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., «Contribución al estudio de la desaparición de los derechos penales forales», *Cuadernos de Política Criminal*, 13 (1981), pp. 5-21.

José María Huet manifestó que siendo fiscal de la Audiencia de Cataluña había pedido en ciertos casos la pena capital en aplicación de especiales constituciones del Principado⁵³.

En todo caso, no hubo oposición alguna a la unificación de los derechos penales por parte de los territorios que, como Navarra, Vizcaya, Cataluña y Mallorca, mantenían, en mayor o menor medida, sus propios sistemas. Contribuyó a ello, sin duda, el hecho de que los antiguos privilegios penales de sus habitantes hubiesen sido superados ampliamente por la legislación penal decimonónica.

El nuevo Código Penal promulgado el 19 de marzo de 1848 fue informado a posteriori por la Audiencia de Mallorca el 23 de agosto de 1850⁵⁴, y por su fiscal el 31 de enero de 1849 y el 26 de agosto de 1850⁵⁵. Como en 1822, todas las observaciones se refirieron a cuestiones técnicas o de política criminal⁵⁶. Con la entrada en vigor del Código la unificación jurídica en este campo fue completa y definitiva.

La Constitución gaditana no previó la codificación del derecho procesal, aunque su artículo 244 previno que las leyes señalarían el orden y las formalidades del proceso, que serían uniformes en todos los tribunales.

En 1821 quedó redactado un Proyecto de Código de Enjuiciamiento Criminal que se comunicó a las Audiencias para su informe el 4 de enero de 1822. La de Mallorca le dio traslado al Colegio de Abogados, que redactó un extenso dictamen en el que, tras señalar que «es necesario uniformar el método de enjuiciar, distinto en cada una de las provincias según la diversidad de sus respectivos fueros particulares», llevó a cabo una crítica de algunos de sus contenidos: la limitación de la defensa de la vida, el honor y la libertad de los ciudadanos, por una parte, y el sistema de jurados, por otra⁵⁷. En esta época se había extinguido plenamente la voluntad de mantener las peculiaridades procesales mallorquinas. Por el contrario, el rotundo fracaso del proyecto de redacción de una práctica judicial mallorquina, que ya en 1779 consideraba el Colegio que «interesa mucho por no haberla fija en el reyno de Mallorca», hizo que se esperase con impaciencia una legislación unitaria que eliminara la incertidumbre en que se hallaba sumido el proceso.

Así pues, solo la codificación del Derecho civil podía ser objeto de serias reticencias, aunque en las Baleares tardaron varias décadas en manifestarse.

Durante el Trienio Liberal, las Cortes modificaron una institución esencial para el régimen de la propiedad en Mallorca. La Ley de 11 de octubre de 1820 suprimió toda clase de vinculaciones y estableció que el retorno de los bienes a la condición de libres se realizaría por mitad a lo largo de dos generaciones. El único diputado por Mallorca que intervino en las discusiones de este texto legislativo en las Cortes, Miguel de Victorica, defendió con matices el proyecto,

⁵³ *Diario de las Sesiones de Cortes : Senado: legislatura de 1844 a 1845...*, núm. 21, p. 167.

⁵⁴ LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la Codificación*, cit., p. 328.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 329.

⁵⁶ *Vid.* el Informe de la Audiencia en ARM, AA. 901 / 7.

⁵⁷ AICAB, *Libro de determinaciones 1792-1838*, ff. 185v-191.

y en ningún modo intentó distinguir entre el régimen de los mayorazgos castellanos y el de los fideicomisos mallorquines. Finalmente, tanto Victorica como Guillermo Moragues votaron a favor del proyecto, mientras que el tercer diputado insular, conde de Montenegro, lo hizo en contra. En Mallorca se acogió sin oposición conocida la reforma de una de las instituciones que años atrás habían motivado su postura contraria a la unificación jurídica y aquella que había suscitado la controversia más acentuada. En este periodo la opinión general había cambiado, y los titulares de bienes vinculados eran los primeros interesados en una reforma que solucionase sus graves problemas de liquidez⁵⁸. Aunque la Ley fue derogada por Fernando VII en 1824, quedó restablecida en la nueva etapa liberal, mediante Decreto de 30 de agosto de 1836.

A excepción de algunas medidas que, como la mencionada o la supresión de los diezmos, resultaban necesarias para poner en marcha un programa político liberal, durante la primera mitad del siglo XIX fueron escasas las leyes civiles y, por tanto, el derecho de Mallorca no sufrió apenas variaciones en ese campo como consecuencia de la actividad legislativa de las Cortes.

Sin embargo, durante la segunda reacción absolutista, con la impurificación del magistrado Nicolás Campaner en 1824 y el fallecimiento de Leonardo Oliver de Moranta en 1825, la Audiencia de Mallorca dejó de contar con oidores naturales de la isla. A pesar de que el decreto de Nueva Planta deliberadamente había evitado regular la procedencia de los ministros de ese tribunal, hasta entonces se les habían reservado dos plazas, para garantizar el conocimiento del Derecho propio del reino⁵⁹.

Este hecho contribuyó a la progresiva decadencia del Derecho civil de Mallorca. Así lo señaló en 1881 el jurista Pedro Ripoll y Palou: «la práctica de juzgadores extraños, refractarios por punto general a toda excepción y privilegio, ha contribuido a que este territorio se haya acomodado por sí mismo en algunos puntos a la ley general, abandonando ciertas prácticas y usos»⁶⁰. Fuese por este u otros motivos, lo cierto es que se produjo el desuso de muchas de sus instituciones civiles, que fueron sustituidas por el derecho común español aunque no existiese una ley general del reino que lo justificase. Por ello, Antonio Maura podría escribir acertadamente en 1888 que cuando el Código Civil español entrase a regir como supletorio, «títulos mejores que los que hoy podrían mostrar en Mallorca las leyes y las doctrinas legales de Castilla, aplicadas sin embargo cotidianamente en aquel foro»⁶¹.

Y es que los tribunales mallorquines, como denunciaría en 1903 la comisión redactora del apéndice de derecho foral, en muchos casos aplicaban «la ley

⁵⁸ MOREY TOUS, A., *Noblesa i desvinculació a Mallorca...*, cit., pp. 114-115.

⁵⁹ El Fiscal del Consejo de Castilla, en consulta de 18 de agosto de 1715, había expuesto que era conveniente que hubiese algunos oidores mallorquines, *como no sea asignándoles determinadamente a mallorquines plaza alguna precisa para ellos* (GAY ESCODA, J. M., *El corregidor a Catalunya*, cit., p. 784). Así se había hecho desde entonces.

⁶⁰ RIPOLL Y PALOU, P., *Memoria sobre las instituciones de Derecho civil de las islas Baleares*, en [Bravo, E.], *Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*, Colección Biblioteca Judicial, Madrid, 1888, p. 208.

⁶¹ MAURA, A., *Prólogo*, en [Bravo, E.], *Legislación Foral de España...*, cit., p. 8.

común, con preterición calculada de prácticas y usos»⁶². En alguna ocasión la Audiencia Territorial de Baleares incluso solicitó al Gobierno que promulgase una disposición para eliminar el peculiar régimen de ciertas instituciones. A través de este mecanismo se promulgó la Real Orden de 30 de junio de 1837, que suprimió las particularidades mallorquinas respecto a las solemnidades externas de los testamentos, y ordenó que se ajustasen a las leyes del reino⁶³.

Tras diferentes intentos fracasados, la redacción del Código Civil español se inició a partir de la creación, mediante Real Decreto de 19 de agosto de 1843⁶⁴, de una Comisión General de Codificación, a cuya sección civil quedó encomendada.

Dos años más tarde se aprobó una nueva Constitución, bajo cuyo amparo se formaría el proyecto. La Constitución de 1845 dispuso en su artículo 4 que unos mismos códigos rigiesen en toda la Monarquía, sin referirse a ningún tipo de variaciones por particulares circunstancias. Sin embargo, a diferencia de su antecedente de 1837, la aprobación de este precepto supuso un claro pronunciamiento político acerca de la unidad de códigos, pues en el debate parlamentario se oyeron por vez primera algunas voces que prevenían acerca de los inconvenientes o dificultades que podrían surgir a la hora de condenar a la desaparición los derechos especiales de los territorios que no se regían por las leyes de Castilla. En el Congreso, el diputado por Barcelona Francisco Perpiñá se manifestó contra la unidad de códigos en sesión del día 15 de noviembre de 1844, aduciendo que «en una nación que tiene una porción de legislaciones particulares, venir a proclamar este principio que las destruye todas, no es lo más conveniente», puesto que en algunas provincias dependía de su legislación especial la mayor parte del estado de la propiedad particular. Por ello solicitó que, o bien se suprimiera el artículo, dejando a los códigos la fijación de su ámbito de aplicación, o bien que se modificase su redacción añadiendo que «la legislación particular que se admita en España fijará si en alguna provincia puede haber motivo para que se deje alguna latitud en su legislación particular»⁶⁵.

Desoída esta petición por aquella cámara, el 21 de diciembre siguiente se volvió a plantear la cuestión en el Senado. En esta ocasión se produjo un debate más prolongado, que se abrió a través de un contundente discurso en el que Florencio García Goyena defendió la supresión de dicho artículo o que se le añadiese, como en la de 1812, el correctivo de «sin perjuicio de las variaciones que las Cortes tengan a bien hacer, atendidas las necesidades particulares de cada país».

Para Goyena la cuestión de la unidad de códigos, puesto que no afectaba al sistema y forma de gobierno, no merecía ser objeto de un precepto constitucional absoluto e inmutable, sino que convenía que se relegase a una ley secunda-

⁶² *Proyecto de Apéndice al Código Civil redactado por la mayoría de la Comisión de Derecho Foral de las Islas Baleares*, Ed. Escuela Tipográfica Provincial, Palma, 1916, p. 8.

⁶³ PASCUAL GONZÁLEZ, L., *Derecho civil de Mallorca*, Palma, 1951, p. 179.

⁶⁴ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. D. M., «La Comisión de Códigos (1843-1846)», *AHDE*, 74 (2004), pp. 291-331.

⁶⁵ *Diario de las Sesiones de Cortes: Congreso de los Diputados: Legislatura de 1844 a 1845...*, I, p. 462.

ria, pues a su juicio la aplicación de ese principio tropezaría con impedimentos insuperables. Eliminar con este precepto toda esperanza de conservación de los derechos especiales de una tercera parte de España, «tal vez la más enérgica y poderosa», daría lugar a graves peligros. Para terminar, tras aludir a que Felipe V conservó a Cataluña y las islas Baleares no sólo la legislación civil sino también la criminal, se preguntó: «¿somos nosotros más fuertes que el Sr. Felipe, después del tratado de Utrech, cuando ahora no hay provincias conquistadas, ni vencedores y vencidos?»⁶⁶

El Senador por la provincia de Canarias José María Huet y Allier, tal vez para acallar el alarmismo de las palabras de García Goyena, afirmó que no creía que la unidad de códigos provocase un levantamiento de las provincias. Pero aun suponiendo que no afectaría a la tranquilidad del país, arguyó que podría generar graves inconvenientes. Para Huet existía una gran diferencia entre las leyes de Castilla y las de algunas provincias, especialmente las referidas a relaciones hereditarias y a ciertos contratos particulares; y esas leyes estaban en relación íntima con tales provincias pues eran fruto de las necesidades formadas por el transcurso de los siglos en cada territorio, de forma que podía depender de ellas su fomento, prosperidad y riqueza⁶⁷. Parecidas reflexiones manifestaron otros oradores.

A pesar de la vehemencia con la que fueron expresadas, tales opiniones fueron finalmente rechazadas, y el artículo se aprobó en los términos indicados.

La codificación del Derecho Civil a través de un único texto legislativo, de acuerdo con el artículo 4, se mantuvo como un imperativo constitucional. Sin embargo, ese mandato, a juicio de algunos de sus intérpretes, no implicaba la completa uniformización del Derecho Civil en España. Ciertamente existía un acuerdo acerca de la necesidad de codificar esa rama del derecho, pero no de que el entero contenido del código tuviese que ser aplicable a todas las provincias. Así, en el citado debate constitucional el conde de Ezpeleta manifestó que daría su voto al artículo 4 siempre que se entendiese que «aunque digamos: unos mismos códigos regirán, tendremos que convenir en que estarán en observancia los que contenga un mismo tomo; pero una parte de este libro regirá para unas provincias, y otra para otras»⁶⁸.

No obstante, en 1851 el proyecto de Código Civil quedó redactado en unos términos radicalmente uniformistas, ya que con él quedaban expresamente derogados los derechos forales. El artículo 1992 dispuso que «Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo; y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias a las disposiciones del presente Código». No podía ser de otra manera, tratándose de un código unitario, aunque la histo-

⁶⁶ *Diario de las Sesiones de Cortes: Senado: Legislatura de 1844 a 1845...*, núm. 20, pp. 155-157.

⁶⁷ *Ibidem*, núm. 21, pp. 161-164.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 168.

riografía reciente ha puesto de relieve que en su redacción se tuvieron en consideración, en mayor o menor grado, los derechos de los territorios históricos⁶⁹.

El Proyecto elaborado por la sección primera de la Comisión General de Codificación fue elevado al Ministro de Gracia y Justicia, Ventura González Romero, el 5 de mayo de 1851. Sin embargo, en lugar de presentarlo a las Cortes para su discusión, el Gobierno decidió someterlo a información pública a través de la Real Orden de 12 de junio siguiente, aduciendo, entre otros motivos, que «la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas, no sólo en determinados territorios de la monarquía que en otro tiempo formaron estados independientes sino también en no pocos pueblos en los que por general se observan los Códigos de Castilla, aumenta considerablemente las dificultades y obstáculos que siempre ofrece la publicación y ejecución de todo Código general»⁷⁰.

Por lo que se refiere a Mallorca, a diferencia de otros textos legislativos, no se solicitó dictamen al Colegio de Abogados, de manera que no podemos saber cuál era la opinión que se tenía en el foro sobre su contenido, y sobre la unificación jurídica que entrañaba. Lo cierto es que, a juzgar por el silencio de la prensa, de la escasa literatura jurídica de la época y de las actas de las distintas corporaciones públicas, no parece que existiese por entonces una excesiva preocupación por el asunto.

En cambio, tenemos constancia del informe de la Audiencia Territorial de Baleares, integrada por magistrados procedentes de distintos territorios de España y solo un mallorquín: el presidente de la sala segunda, Onofre Gradolí y Gomila. El tribunal encomendó a una comisión de tres magistrados formada por el citado Gradolí, José Fernández Monserrat y José Luis de Moragas, el examen de «las alteraciones que sufra la legislación vigente hoy en el país», y a Antonio Ruiz Narváez, Juan Pérez Cebrián, Luis Hilario Castroverde y Rafael Gordillo el análisis de los demás aspectos.

En principio el dictamen de la Audiencia Territorial es positivo, pues entiende que «grandioso y laudable es el pensamiento de uniformar nuestras leyes civiles, porque una Nación que guarda unidad en el orden político y religión, debe guardarlo también en el civil». Aunque, más allá de esta valoración de conjunto, desarrolla determinadas críticas puntuales. Algunas de ellas se refieren a las innovaciones que el proyecto introduce respecto a la generalidad del derecho español, como la atribución al tutor y el consejo de familia de la facultad de dar el consentimiento para el matrimonio del menor de edad cuyos padres falten o estén impedidos, en detrimento de los derechos del abuelo; la supresión de la legitimación de hijos naturales por autoridad real; la igualación absoluta entre hijos legítimos y legitimados; el conocimiento exclusivo por los tribunales civiles de las causas de divorcio; la mayoría de edad a los 20 años; la facultad de la hija soltera de abandonar el hogar familiar a los 25 años, etc.

En cambio, otros se refieren a cuestiones que afectan especialmente a los vecinos de las Baleares. Así, respecto al artículo 1, señala que la entrada en

⁶⁹ Vid. BARÓ PAZOS, J., *La codificación...*, cit., pp. 137-141.

⁷⁰ *Gaceta de Madrid*, núm. 6179, sábado 14 de junio de 1851.

vigor de las disposiciones a los 20 días de su publicación en la Gaceta del Gobierno es perjudicial para los insulares. Afirma que puede ocurrir que en invierno la Gaceta no llegue a Menorca o Ibiza, para cuyos puertos no hay vapores, de forma que transcurrido el plazo la ignorancia de la ley pudiera lastimar intereses privados. Por ello propone que se fije un plazo de tantos días desde su publicación en el «Boletín Oficial de la Provincia», cuya circulación es más general, evitando una de las eventualidades que el mal tiempo puede ocasionar en el mar.

También considera que el artículo 526 que prohíbe plantar árboles a menos de 8 pies de la línea divisoria de la heredad ajena «no es aplicable a esta isla sin causar gravísimos perjuicios a los propietarios», por las circunstancias de calidad del terreno, clima y orografía.

Pero donde sus consideraciones se hacen más amplias es en materia de sucesiones y bienes matrimoniales, por entender que la enorme distancia entre la regulación de Código y la tradicional en las islas supondrá la resistencia de los sujetos al Derecho balear: «Los usos y costumbres de algunos pueblos que en ciertas materias del derecho civil se rigen por muchos siglos por usos particulares, se hallan tan profundamente arraigados en sus habitantes que naturalmente han de oponer una resistencia de opinión a pasar al régimen civil general que se va a establecer, régimen que no conocen y de que jamás han oído hablar; y esta resistencia será tanto mayor cuanto más diste el derecho moderno de los antiguos fueros. La Audiencia estima conveniente la mejora que se intenta, porque conoce que con el tiempo producirá la unidad civil tan apetecida, pero entiende que debe someterse a la alta consideración de V. M. los puntos cardinales en que la legislación de las Baleares se diferencia de las leyes de Castilla, por si pueden conducir al mayor acierto en materia tan importante, no lastimando derechos creados ni aun frustrando esperanzas justamente concebidas». La Audiencia recuerda que el Derecho civil balear «se ha mantenido y mantiene en su pureza el cuerpo del derecho Romano con respecto a la materia de testamentos, institución de herederos, sucesiones, legados, particiones de herencias, liquidaciones de todas ellas, fideicomisos familiares, cuarta trebeliana y falcidia, y todo lo que tiene relación con estos puntos», y añade que «En este territorio no se han conocido jamás los bienes gananciales, la sociedad conyugal, ni la mejora del tercio y quinto»⁷¹.

En definitiva, la Audiencia Territorial no se pronunció a favor de la conservación de la norma balear, ni siquiera para generalizar algunas de sus instituciones al resto del país, sino que puso de relieve la resistencia que generaría, y solicitó que se tuviese en consideración la larga tradición jurídica de sus normas propias a la hora de respetar los derechos adquiridos y esperanzas legítimas de los vecinos de las Baleares, en línea con lo que había establecido la base general tercera aprobada por la Comisión General de Codificación en 1843⁷². Para

⁷¹ ARM, AA. 905 / 6.

⁷² Que preveía que «El Código Civil abrazará las disposiciones convenientes para que en la aplicación de él a las provincias que tengan legislaciones especiales, no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni aun las esperanzas creadas por las mismas legislaciones». *Vid.* REPARAZ

el tribunal, el pensamiento que informaba el código era loable y beneficioso, pero en el fondo parece que consideraba que por el momento resultaba impracticable.

4. LA ACTITUD DE MALLORCA ANTE LA CODIFICACIÓN CIVIL TRAS EL PROYECTO DE 1851

El fracaso del proyecto de 1851 supuso que los nuevos intentos codificadores partiesen de la necesidad de permitir, en mayor o menor medida, la conservación de los Derechos civiles de los llamados territorios forales, proponiendo para ello diferentes fórmulas conciliatorias.

El replanteamiento se puso de manifiesto en el artículo 91 de la Constitución de 1 de junio de 1869, que dispuso que «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes»; una fórmula que se reproduciría luego en el artículo 75 de la Constitución de 1876, dejando abierta la posibilidad de algún grado de convivencia entre el Código Civil y las legislaciones forales. Como señala Tomás y Valiente, esta redacción, a diferencia de la de 1812, no se refiere a las variaciones en términos potestativos, sino que aparece como un mandato de determinar legalmente ciertas y circunstanciadas diferencias⁷³.

En Mallorca, la primera manifestación de un cierto interés por el estudio del Derecho propio, de cara a su preservación, se dio en el Ateneo Balear, una entidad cultural fundada en 1861, en cuyo seno se constituyó una Academia de Jurisprudencia que tenía entre sus objetivos la formación de una compilación de Derecho foral. En la sesión de 26 de octubre de 1867, su presidente, José Luis Pons y Gallarza, manifestó que «nuestro propósito de reunir y compilar la venerable legislación foral de las Baleares es también hijo de la necesidad en que nos pone el siglo de deslindar nuestras múltiples fuentes jurídicas, relegando a la Historia los preceptos inobservados, y encomendando a la futura y, a mi juicio, urgente codificación nacional nuestras reglas de derecho sancionadas con la aprobación de los siglos»⁷⁴. Unas palabras que ponen de relieve que la actitud de los juristas mallorquines se orientaba a la conservación de unas pocas instituciones de especial arraigo, mediante su inclusión en el Código general. En el mismo acto el secretario de la corporación informó del nombramiento de una amplia comisión encargada de recoger los datos necesarios para la formación de una compilación del derecho foral de Mallorca, «de verdadera importancia práctica»⁷⁵.

PADRÓS, M., «La crítica contemporánea al proyecto de Código Civil de 1851», *Anuario de Derecho Civil*, 50-3 (1997), pp. 1015-1220.

⁷³ TOMÁS Y VALIENTE, F., «Los supuestos ideológicos del Código Civil: el proceso legislativo», en *Códigos y constituciones...*, cit., p. 92.

⁷⁴ MAS I VIVES, J., «Josep Lluís Pons i Gallarza i el primer Ateneu Balear (1862-1873)», *Randa*, 25 (1989), pp. 75-130. El texto en p. 100.

⁷⁵ MELIÀ, J., *El Dret Civil de les Illes*, Palma, Obra Cultural Balear, 1967, pp. 28-29.

El citado Ateneo, y con él su Academia de Jurisprudencia, quedó disuelto en 1873⁷⁶, sin que tengamos noticia de que hubiese cumplido aquel propósito. Únicamente nos consta que en 1868 dedicó algunas sesiones al estudio de la capacidad civil, con especial referencia al problema de la administración de los parafernales según el Derecho de Mallorca.⁷⁷ Con posterioridad, el 31 julio de 1876, el Colegio de Abogados aprobó el reglamento de una Academia de Legislación y Jurisprudencia, a la que pertenecían todos los colegiados. Poco después, en el seno de esta se nombró una comisión para el estudio de la legislación foral, integrada por los letrados Pedro Ripoll y Palou, presidente, Miguel Veny, Pedro Alcover, Jerónimo Rosselló, Francisco Salvá, Miguel Bonet, Juan Feliu, Mariano Canals, Juan Planas y Manuel Guasp, vocales, y Alejandro Rosselló secretario⁷⁸. Pero no se tiene constancia de que desarrollasen su trabajo de forma efectiva.

Una vez restablecida en 1875 la Comisión General de Codificación, el ministro de Justicia Saturnino Álvarez Bugallal el 2 de febrero de 1880 dictó un Decreto dirigido a agilizar la redacción del Código Civil, sobre la base del proyecto de 1851. Para conseguir el consenso de las regiones que gozaban de fuero especial, manifestó que el Código podría generalizar alguna de sus instituciones particulares, y solicitó que prescindiesen de las que no fuesen fundamentales para ellas, asegurando que las que tuvieran ese carácter se respetarían e incluirían en el Código General «como excepción aplicable al territorio en que hoy está vigente, y donde a la vez que sea unánimemente reconocida como útil y provechosa, sea expresamente reclamada». Con el fin de facilitar esta tarea, se incorporó a la Sección Civil de la Comisión un miembro correspondiente de cada uno de los territorios forales, y se encargó a todos ellos que en el plazo de seis meses redactasen una memoria sobre aquellas instituciones de derecho foral de sus respectivas provincias que, a su juicio, por su vital importancia deberían incluirse como excepción en el Código Civil⁷⁹. Por Baleares fue nombrado Pedro Ripoll y Palou que, como hemos visto, desde 1876 presidía la comisión académica para el estudio del Derecho foral de Mallorca. Así mismo se dio traslado del decreto de 2 de febrero al Colegio de Abogados para que elaborase un informe. El 10 de mayo la corporación decidió constituir una comisión encargada de redactarlo, invitando a unirse a ella a Ripoll, con independencia de que este elaborase individualmente la memoria que se le había solicitado⁸⁰.

⁷⁶ LLABRÉS BERNAL, J., *Noticias y relaciones históricas de Mallorca. Siglo XIX*, V (1871-1880), Palma, 1972, p. 208.

⁷⁷ MAS I VIVES, J., «Josep Lluís Pons i Gallarza ...», cit., p. 85.

⁷⁸ LLABRÉS BERNAL, J., *Noticias y relaciones históricas...*, cit., p. 375.

⁷⁹ *Gaceta de Madrid*, Año CCXIX, núm. 38, sábado 7 de febrero de 1880.

⁸⁰ La comisión quedó formada por los letrados Antonio María Sbert, Guillermo Ignacio Mas, Pedro Ripoll, Jacinto Feliu y Ferrá, Antonio Llompert, Manuel Guasp, y Sebastián Font y Martorell, y demás letrados que creyera oportuno llamar a su seno, cuyos acuerdos deberían someterse a la aprobación de la Junta general. LLABRÉS BERNAL, J., *Noticias y relaciones...*, cit., p. 625.

En cumplimiento de su encargo, Ripoll elaboró una breve memoria que entregó a la Comisión General el 28 de diciembre de 1880⁸¹. Sin embargo, no hizo uso de su facultad de participar en las sesiones de la sección primera.

La memoria se ajustó plenamente al mandato del Decreto, que exigía que manifestase los principios e instituciones de derecho foral que, a su juicio, era imprescindible introducir como excepción en el Código General, y aquellos de los que se pudiera prescindir, por innecesarios o desusados. Tras desarrollar estos extremos, Ripoll formuló sus conclusiones mediante 34 artículos, distribuidos en cuatro partes: sucesiones, bienes de los casados, donaciones y censos. A través de ellos, entre otros puntos, dispuso que las sucesiones se rigiesen por el derecho romano, estableció algunas reglas en materia de sustitución fideicomisaria, mantuvo el régimen económico matrimonial de separación de bienes, aunque concediendo al marido la administración de los parafernales, reguló las donaciones universales de bienes presentes y futuros atribuyendo al donatario la condición de heredero, y estableció algunas particularidades en materia de censos.

Por su parte, el Colegio de Abogados elaboró un texto integrado por 13 conclusiones que fueron aprobadas por votación de la Junta General, previo dictamen de una comisión nombrada al efecto. El informe, cuya redacción final llevaron a cabo los letrados Mariano Canals y Manuel Guasp, estuvo guiado por una actitud mucho más acomodaticia que la que se aprecia en la Memoria de Ripoll. Aunque a diferencia de esta se solicitó el mantenimiento de la dote romana, tras un intenso debate⁸² se adoptó un acuerdo que implicaba una renuncia de enorme trascendencia social: aceptar la implantación del régimen económico matrimonial de gananciales, contrario a la inveterada tradición mallorquina, «adaptando empero las medidas que la prudencia aconseje para que la transición no sea perturbadora ni alcance efecto retroactivo». Por lo demás, tras hacer relación de un limitado conjunto de instituciones que el Colegio consideraba conveniente conservar, el informe concluye diciendo que «en obsequio a la unidad legislativa, el colegio estima renunciables otros muchos fueros que, como los de las definiciones de las hijas por sus legítimas, privación de estas a los descendientes que contraigan matrimonio contra la voluntad de sus mayores, especialidades sobre censos, emancipaciones, formación de inventarios, y otros muchos, están menos encarnados en las costumbres del pueblo mallorquín»⁸³. Tras su aprobación, el texto fue elevado al Ministro de Justicia el 30 de abril de 1881.

⁸¹ RIPOLL Y PALOU, P., *Memoria sobre las instituciones del Derecho Civil de las Baleares escrita con arreglo a lo dispuesto en el Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta de la Casa de Misericordia, Palma, 1885.

⁸² Esta conclusión se adoptó por mayoría tras un largo debate en el que existieron opiniones enfrentadas. Vid. PIÑA HOMS, R., *Los abogados de las Baleares...*, cit., pp. 141-143.

⁸³ *Exposición elevada por el M. I. Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia: con motivo de la proyectada codificación del Derecho Civil Común y Foral*, Imprenta de la Casa de Misericordia, Palma, 1881. Existe una edición más reciente: FERRER, M. P. i MUNAR, P. (eds.), *Materials precompilatoris del Dret Civil de les Illes Balears*,

A pesar de sus diferencias, ni uno ni otro texto manifestaron una postura historicista o netamente foralista en el campo del derecho, sino una visión pragmática, en un intento de evitar el trastorno que supondría un cambio radical en la regulación de determinadas instituciones y los perjuicios que podría ocasionar a los derechos adquiridos o a las simples expectativas de derecho. En este sentido, no se apartaron mucho de las ideas recogidas por la Audiencia Territorial en su dictamen del Proyecto de 1851.

Los primeros trabajos de la Comisión General se plasmaron en la redacción por parte del ministro Manuel Alonso Martínez de un Proyecto de Ley de Bases del Código Civil, que fue presentado al Senado el 22 de octubre de 1881. Respecto a la cuestión de los derechos forales, la base 17 dispuso que se trasladarían al Código Civil algunas instituciones que podían constituir, con ventaja común, el derecho general de los ciudadanos españoles. Fuera de esto, las provincias aforadas conservarían aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres fuese imposible suprimir sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad o al estado de la familia, las cuales serían objeto de un proyecto de ley especial. En consecuencia, con la publicación del Código Civil quedarían derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias donde se aplicaban como derecho supletorio.

Sin embargo, este proyecto fue abandonado, entre otros motivos, por la oposición de algunos de los territorios forales a que sus sistemas jurídicos quedasen desnaturalizados como efecto de la pérdida de sus derechos supletorios.⁸⁴

Así, para salvar ese escollo, el ministro Francisco Silvela, a través de un nuevo proyecto de Ley de Bases presentado el 7 de enero de 1885, adoptó una fórmula transaccional diferente, que incorporaba el mecanismo de una supletoriedad de segundo grado del Código Civil en los territorios forales. El artículo 5.º declaraba que «en las provincias y territorios en que subsista Derecho foral seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones legales, usos, costumbres y doctrinas que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de Derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el derecho romano y canónico». A continuación, el artículo 6.º preveía que el gobierno presentarse a las Cortes uno o varios Proyectos de Ley de apéndice a Código Civil en los que se recogerían las instituciones forales que conviniese conservar⁸⁵.

El proyecto se debatió en el Senado, de donde pasó con algunas modificaciones al Congreso. Cuando se iba a discutir en esta Cámara, el jurista y diputado catalán Manuel Durán y Bas reunió a los diputados por Baleares⁸⁶ para invi-

Palma, UIB, 2002, pp. 63-75. El acta del Colegio con las conclusiones ha sido publicada por ZAFORTEZA DE CORRAL, L., *La Compilación de 1961...*, cit., pp. 67-76.

⁸⁴ Puede consultarse una buena síntesis de las vicisitudes de este periodo en LASSO GAITE, F., «La elaboración de Código Civil en su fase final», *El Centenario del Código Civil en el Tribunal Supremo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pp. 13-48.

⁸⁵ *Gaceta de Madrid*, Año CCXXIV, núm. 24, sábado 24 de enero de 1885.

⁸⁶ Los diputados por Mallorca eran don José Cotoner y Allendesalazar, Conde de Sallent; don Juan Massanet y Ochando; don Marcelino Menéndez y Pelayo; don Pedro Álvarez de Toledo

tarles a secundar la campaña que tenía proyectada en favor de la integridad de las legislaciones forales, pero no consiguió que le diesen su apoyo. El único jurista que se contaba entre esos diputados, Antonio Maura y Montaner, era partidario de una limitada conservación de las instituciones civiles mallorquinas en aras de una uniformidad jurídica que consideraba beneficiosa.

Durante la discusión en el Congreso, el 17 de junio de 1885, el diputado por Zaragoza Joaquín Gil Berges, con la firma de todos los diputados aragoneses, presentó una enmienda al artículo 7.º, solicitando que se añadiese el siguiente texto:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código Civil empezará a regir como supletorio en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas. El Gobierno, previo informe de las Diputaciones provinciales y Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, y oyendo a la Comisión General de Codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, dentro de los dos años siguientes a la aprobación del nuevo Código, el Proyecto de Ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón que conviene conservar».

La intención de esta enmienda, que recogía una solicitud de la Academia Jurídico-práctica Aragonesa y el Colegio de abogados de Zaragoza, era asegurar que el Código fuera el único Derecho supletorio del Derecho aragonés, pues de acuerdo con lo previsto en el artículo 5.º del Proyecto de Ley de bases podría entenderse que también en Aragón los derechos romano y canónico tenían un carácter supletorio de primer grado. Una consecuencia que se pretendía evitar puesto que desde la Nueva Planta, cuando Aragón perdió su capacidad legislativa, se había aceptado la supletoriedad del Derecho de Castilla. Pero, según parece, la pretensión aragonesa se dirigía asimismo a que se admitiese la costumbre *contra legem* como fuente de su derecho⁸⁷.

Cuando se debatió la redacción del artículo 7 del proyecto, Maura era partidario de incluir a las Baleares en el régimen propuesto para Aragón, pero no se consideró legitimado para defenderlo en el Congreso sin haber recabado previamente la opinión de los juristas insulares. Así que días después solicitó al letrado Pedro Ripoll y Palou que plantease la cuestión al Colegio de Abogados de Palma, «como expresión, la más autorizada, del común sentir». En sesión celebrada el día 27 de junio de 1885, Ripoll expuso al Colegio la consulta de Maura: si frente a la «tendencia extrema» en materia de conservación de los derechos forales que defendía Duran y Bas, consideraban oportuno acogerse a la propuesta de los aragoneses, «que marca una tendencia distinta de los catalanes».

La propuesta fue objeto de una discusión en el seno de la Junta, en la que se manifestaron tres tendencias, que según se califica en la propia acta fueron: la particularista, sostenida por los señores Ramón Vallespir y Luis Palou, la tran-

y Acuña, Marqués de Casa Fuerte, y don Antonio Maura Montaner. Por Menorca don Ricardo Martorell y Fivaller, Marqués de Paredes, y por Ibiza don Fernando de Velasco e Ibarrola.

⁸⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J., «La actitud aragonesa ante la codificación y el origen del primitivo artículo 13 CC.», *Materials V Jornades de Dret català a Tossa: Cent anys de Codi Civil des de Catalunya*, Barcelona, PPU, 1990, pp. 427-439; «El origen del primitivo artículo 13 del Código Civil y el Derecho aragonés», en *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, I, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 657-661.

saccionista defendida por Pedro Ripoll Palou, Manuel Guasp Pujol, Juan Planas Palou y Miguel Binimelis, y la completamente unitarista, defendida por Mariano Canals⁸⁸.

En aquel momento, la redacción del artículo 5.º de la ley de bases mantenía la idea de que el Código Civil sólo sería supletorio cuando no lo fuesen el derecho romano y el canónico.⁸⁹ Y por ello, en el análisis de la cuestión se debatió el papel que debían jugar estos ordenamientos.

Dos letrados, Juan Planas y Ramón Vallespir, se opusieron al régimen de los artículos 5 y 6 por considerar una novedad inaceptable que el derecho canónico y el romano antiguo pasasen a tener carácter supletorio en Mallorca. Según se deduce de sus palabras, tales letrados consideraban que por derecho romano se podía entender el derecho romano teodosiano, mientras que el vigente en la isla era el justiniano, y que el derecho canónico nunca había tenido esa condición.

Manuel Guasp consideró que dicho artículo respetaba el derecho especial y por consiguiente las disposiciones de derecho romano vigentes en la isla, aunque sin determinarlas. Por su parte Pedro Ripoll manifestó que era lamentable que se tuviera que discutir en el foro balear cuáles eran las instituciones del derecho romano que estaban vigentes. Por eso, ambos letrados expresaron la necesidad de que se determinara desde luego lo que debía quedar y entenderse vigente.

Mariano Canals dijo que no repugnaba la solución del artículo 7.º si se añadía, en vista de las transacciones hechas a favor del régimen foral, que este acuerdo no impedía «el que nos acercáramos más a la legislación común, abandonando nuestro particularismo sin producir perturbaciones».

Finalmente Manuel Guasp formuló la siguiente propuesta de resolución: «el Colegio, comprendiendo las ventajas de la unificación del derecho civil y vista la transacción que las Bases contienen, entiende aceptable para Mallorca la 7.ª, tal como ha sido aprobada por el Congreso y significa su tendencia, una vez conocido el Código, de hacer en beneficio de la unidad todas las dimisiones de este Fuero que no perturben el estado jurídico de esta Isla». Tras la oportuna votación, este acuerdo quedó aprobado por mayoría.

A partir de ese momento Maura pudo defender en la Comisión Mixta Congreso-Senado que las Baleares adoptasen el régimen solicitado por Aragón en el Congreso. Sin embargo, su inclusión en el modelo del artículo 7 se demoró hasta la sesión del 30 de abril de 1888⁹⁰. Así quedó establecido en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888⁹¹, que derivaría finalmente en el artículo 13 del Código Civil.

⁸⁸ AICAB, Libro de Actas de la Junta General 1838-1893, ff. 121-125v.

⁸⁹ Más tarde, en el Congreso, se sustituiría la primitiva alusión al derecho romano y canónico como supletorios por la de «supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas [provincias] según sus leyes especiales», que no prejuzgaba la cuestión.

⁹⁰ En la sesión del día 11 de ese mes todavía no se había producido la inclusión. *Vid.* FERRER VANRELL, P., *La aplicación del derecho...*, cit., p. 109.

⁹¹ *Gaceta de Madrid*, Año CCXXVII, núm. 143. Martes 22 de mayo de 1888.

Así pues, la cuestión relativa a la pervivencia de los derechos forales quedó determinada en los artículos 12 y 13 de la siguiente manera:

Art. 12. «Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4.º, libro 1.º

En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus Leyes especiales».

Art. 13. «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente esté vigentes».

En virtud del Real Decreto de 6 de octubre de 1888, el Código Civil comenzó a publicarse por entregas en la Gaceta a partir del día 9 de ese mes. El 11 de febrero de 1889, próximo a vencer el plazo de 60 días desde su publicación previsto por la Ley de Bases, un nuevo decreto prorrogó su entrada en vigor hasta el 1 de mayo siguiente.

Durante ese breve periodo se produjo una reacción por parte de Diputación Provincial de Baleares a la inclusión en el régimen del artículo 13. En sesión de 1 de abril de 1889 la corporación acordó nombrar una Comisión especial compuesta por el Presidente, Mariano Canals, y los señores Pedro Sampol, Alejandro Rosselló, José Socías, Bartolomé Font, Mateo Bosch y José Riquer, que a su calidad de Diputados unían la de letrados, para que tras examinar los resultados y consecuencias que podría producir la entrada en vigor del Código Civil en las Baleares, propusieran lo que considerasen oportuno⁹². El día 24 del mismo mes se dio cuenta a la corporación del dictamen emitido por la Comisión y, asumiendo su contenido, se acordó elevar una exposición al Ministro de Gracia y Justicia para solicitar que la provincia pasase a ser comprendida entre las aludidas en el artículo 12-2, y que se suprimiese totalmente el artículo 15⁹³. La exposición quedó redactada y se trasladó al Ministerio el día 1 de mayo de 1889⁹⁴.

El dictamen de la Comisión consideraba que los artículos 13 y 15 eran «perturbadores, y funestísimos los resultados para nuestra legislación foral». Respecto al primero argumentaba que el aceptar sólo como excepción las instituciones forales de las Baleares provocaría continuas controversias a la hora de determinar las disposiciones forales y consuetudinarias que no se oponían a las codificadas, «y dentro de este laborioso examen ha de tropezar quien intente discernirlas con prescripciones innovadoras, no opuestas a nuestro derecho pero disconformes con la constitución jurídica consuetudinaria de la familia

⁹² ACIM, Actas Diputación 1889, f. 312.

⁹³ *Ibidem*, f. 328.

⁹⁴ ACIM, X-813/74 (1889).

baleares. Tal reforma habrá de producir necesariamente doble estudio, pues no bastará conocer con perfección nuestro derecho foral sino que el examen habrá de ser concienzudo para analizar y resolver los preceptos del Código Civil no opuestos al derecho de esta región antes de aplicarlos; y si es fácil deslindar cuáles son las reglas forales positivas contrarias al Código, es quizás materia difusa e insoluble decidir cuáles son las costumbre negativas que se hallen en oposición con los artículos del Código».

Además, como casi todas las regiones con derecho foral, la Diputación manifestó su oposición al artículo 15, que declaraba sujetos al Código a los nacidos en provincias de derecho común, por ser un decisivo medio de aniquilarlo «elevando a la categoría de acto difícil, la aplicación de los preceptos ya forales ya codificados para los habitantes de las regiones que disfrutaban de una legislación especial». A su juicio en las Baleares «ocurrirá que una misma familia se rija por distinta legislación, imponiéndose a unos el régimen familiar común, a otros el consuetudinario (...) y a todos la falta de reciprocidad en las relaciones jurídicas entre los miembros de una misma familia: la duda por norte y las desavenencias en perspectiva».

La Ley de 26 de mayo dispuso que la Comisión General de Codificación redactase las enmiendas y adiciones consignadas en la edición oficial del Código Civil, recientemente publicado⁹⁵. Finalmente el Código modificado se publicó en la Gaceta entre el 25 y el 27 de julio. El artículo 15 quedó reformado, a fin de garantizar *la integridad del régimen jurídico foral, en justo acatamiento al precepto claro y terminante del artículo 5.º de la Ley de 11 de mayo de 1888*⁹⁶. Por el contrario, la adscripción de Baleares al régimen del art. 13 fue definitiva. Y, como consecuencia de ello, se produjo el resultado que la Diputación Provincial pretendía evitar. A partir de entonces existió inseguridad jurídica, ya que sólo por vía jurisprudencial se pudo determinar cuáles eran *sus disposiciones forales y consuetudinarias actualmente vigentes*.

Tal y como quedó redactado el artículo 13 —que se iniciaba con la frase «no obstante lo dispuesto en el artículo anterior»— la doctrina aragonesa consideraba que constituía una excepción absoluta a las disposiciones del Título Preliminar y a las del título 4 del libro I, «en todo aquello en que unas y otras disposiciones se opongan a las forales o consuetudinarias en Aragón vigentes», como había defendido Gil Berges en el Congreso el 2 de abril de 1889⁹⁷.

Sin embargo, desde un primer momento la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los artículos 12 y 13 CC. consideró que, de acuerdo con lo previsto por el párrafo primero del artículo 12, las disposiciones del Título Preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, y las del título 4 del libro I, que contenía las dispo-

⁹⁵ *Gaceta de Madrid*, año CCXXVIII, núm. 148, martes 28 de mayo de 1889.

⁹⁶ En la Exposición de Motivos de la reforma se señaló que los temores de los territorios forales se debían a una interpretación equivocada del sentido de la primitiva redacción. *Vid. Gaceta de Madrid*, año CCXXVIII, núm. 211, martes 30 de julio de 1889.

⁹⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J., «El origen del primitivo artículo 13...», cit., p. 659.

siciones en materia de matrimonio, eran de aplicación en todas las provincias de España.

En consecuencia, las relaciones entre el Código Civil y los llamados derechos forales, incluidos Aragón y Baleares, se rigieron por lo dispuesto en el artículo 12 CC. En su origen, la redacción del artículo 13 pretendía servir para que Aragón conservase la pureza de su derecho, con su propio sistema de fuentes, mientras que privaba a Baleares de un elemento esencial como era su derecho supletorio.⁹⁸ En cambio, la interpretación posterior hizo que Aragón viese truncada su pretensión y que Baleares pudiera acogerse a un derecho romano al que había renunciado, pero que era imprescindible para el mantenimiento de sus instituciones civiles.

El Tribunal Supremo, tras la entrada en vigor del Código Civil, siguió aplicando el derecho romano en Mallorca, aunque no en concepto de derecho supletorio, de manera global y subsidiaria, sino otorgándole el tratamiento de derecho propio e integrándolo como costumbre cierta e indubitable, al margen de que cumpliese los requisitos para su valoración como tal Derecho consuetudinario⁹⁹.

No cabe duda de que esta era la interpretación que le daban los juristas que promovieron la integración de Baleares en el régimen del artículo 13. Ripoll y Palou en su Memoria de 1881 y en el texto articulado que le sigue defendió que la sucesión testada e intestada se regía en Mallorca por el derecho romano justinianeo. Y en el debate que tuvo lugar en el Colegio de Abogados en 1885 quedó claro que se consideraba que la renuncia al derecho romano se circunscribía a aquellas normas que, aunque no fuesen contrarias a las del derecho consuetudinario y escrito propio de Mallorca, no estaban arraigadas en sus costumbres. Para estos juristas, las normas justinianas sobre la sucesión testada o intestada, así como las relativas a la dote y otras instituciones, no regían en Mallorca con carácter supletorio sino que formaban parte de su propio sistema jurídico. En cambio, muchos de ellos consideraban que la vigencia de la integridad del derecho romano como supletorio constituiría una novedad. Por tanto, la entrada del Código Civil sólo tendría lugar para colmar las lagunas que no se

⁹⁸ Vid. MASOT MIQUEL, M., «El Código Civil y su aplicación en el Derecho civil Balear», en *Centenario del Código Civil*, II, Madrid, 1990, pp. 1299-1332.

⁹⁹ Tras la publicación del Código esta interpretación se puede encontrar en numerosas sentencias. Expresa nítidamente el criterio de todas ellas una importante sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1964 (Repertorio Aranzadi núm. 4494/1964), que en su considerando 4.º señala que el derecho romano justinianeo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 CC, no era de aplicación «de una manera global y subsidiaria [...], considerado en su verdadero sentido de Derecho romano o supletorio, sino más bien con el carácter de consuetudinario con que se invoca o aplica, como hecho cierto e indudable, al margen por completo de que concurriesen o no los requisitos exigidos para su valoración como tal Derecho consuetudinario, porque desde el momento que no constaba la negativa expresa del Soberano, cabía al menos estimar existente su aprobación tácita para su válida admisión como costumbre, que no iría en contra de lo establecido en el artículo 5 del CC en cuanto no suponría derogación de ninguna ley anterior, sino simplemente, suplencia de las mismas regidas consuetudinariamente y reconocidas por el artículo 13 del propio CC como Derecho típico de Mallorca».

podían integrar con la costumbre romanista. Solo en tales casos, en lugar de acudir al Corpus justiniano se debía aceptar la regulación del Código.

La pervivencia de los derechos supletorios de los territorios forales, tal y como fue defendida por Silvela en el debate parlamentario, en el fondo suponía su conservación no con un carácter integrador, sino como elementos del sistema jurídico que conformaban un todo orgánico con las disposiciones positivas autóctonas. La supletoriedad de segundo grado a favor del Código Civil sólo tenía sentido porque los derechos romano y canónico, como afirmaba Silvela, no merecían verdaderamente el nombre de supletorios¹⁰⁰. Y de acuerdo con esta interpretación, no tenía por qué existir una excesiva diferencia entre el papel que jugaba el derecho romano en Cataluña, donde se mantenía como supletorio, y en Baleares, donde se había renunciado a él.

Sin embargo, no cabe duda de que los citados juristas estaban dispuestos a sacrificar algunas instituciones vigentes en aras de una progresiva unificación del derecho español. La vía adecuada para formalizar esa renuncia era la formación de un apéndice en el que se comprendiesen las disposiciones que se quería conservar, integrando entre ellas las procedentes del derecho romano, tal y como se había establecido en el artículo 6 de la Ley de Bases de 1888. Sin embargo, parece que la demora en su redacción pretendía ser aprovechada para conseguir previamente una lenta penetración del Código Civil.

Este era manifiestamente el programa de Maura, según se desprende de sus propias palabras: «El peligroso deslinde entre la común legislación civil y la foral, se iniciará sin que la mano del legislador coloque los primeros hitos». «El Código Civil penetrará en todos los espacios francos, que son dilatados [...], y después llegará el día de formar el Apéndice»¹⁰¹.

Maura deseaba por esta vía avanzar progresivamente hacia una unificación del derecho español, del mismo modo que Mariano Canals había señalado que la vía del artículo 13 no impedía acercarse más a la unidad, abandonando el particularismo. El plan fue ciertamente efectivo, pues el Código Civil, de la mano de la jurisprudencia, manifestó una gran fuerza expansiva, especialmente en lo que se refiere a *las costumbres negativas que se hallen en oposición con los artículos del Código*, a las que aludió el dictamen de la Diputación de 1889.

El movimiento codificador nació con la intención de entregar el derecho a la ley. En este sentido, en los territorios forales, la tardanza en la formación de compilaciones supuso un fracaso, ya que durante muchos decenios no fue la ley la principal fuente de los sistemas jurídicos civiles.

Como señala Clavero, el Código Civil truncó el verdadero sentido del precepto constitucional de 1876, que reservaba a las leyes, no a la Historia, la determinación de las peculiaridades jurídicas que pudieran mantenerse en algunos territorios¹⁰².

¹⁰⁰ ROCA TRIAS, E., «La codificación y el derecho foral», *Revista de Derecho Privado*, 1978, 4, pp. 608-609.

¹⁰¹ MAURA, A., «Prólogo», en [Bravo, E.], *Legislación Foral de España...*, cit., pp. 8-9.

¹⁰² CLAVERO, B., «Historia jurídica y Código político...», cit., p. 136.

La falta de una formulación legal de las especialidades subsistentes, permitió la pervivencia de las diversas legislaciones históricas del Estado. En Mallorca, sólo por vía jurisprudencial se pudo determinar cuáles eran *sus disposiciones forales y consuetudinarias actualmente vigentes*, y dada la escasez de disposiciones escritas, aceptándose únicamente con carácter consuetudinario la vigencia del derecho romano, la costumbre siguió siendo la principal fuente del Derecho. Sin embargo, una jurisprudencia fluctuante generó no pocos problemas de inseguridad jurídica y acabó eliminando algunas instituciones de honda raigambre. El caso más flagrante fue el del régimen de la sucesión intestada, que a pesar de haberse regido siempre por las reglas justinianeas, se entregó a los dictados del Código Civil mediante sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1919¹⁰³. En estas circunstancias, no les faltó razón a los letrados Guasp y Socías al denunciar que, tras la entrada en vigor de Código se había producido un profundo estrago en el derecho de Mallorca por «la lenta absorción de la escasa legislación mallorquina, con los vaivenes de la variada jurisprudencia, que producen el actual estado de incertidumbre y los espasmos de litigios fomentados por el enigma». En su concepto, los tribunales trataban la «patología foral, con diferentes recetarios, no siempre curativos»¹⁰⁴.

El resultado fue paradójico: por una parte se perdieron algunas instituciones que las comisiones del XIX —e incluso el propio Maura—¹⁰⁵ habían considerado irrenunciables, como la sucesión intestada romana, mientras que por otra se mantuvieron algunas de las que aquellos juristas habían considerado prescindibles, como la *diffinitio*¹⁰⁶.

Por fin, tras una lucha agónica de décadas, el 19 de abril de 1961 se aprobó la compilación de derecho civil balear. Un texto normativo que, aun respondiendo al principio de *Iuris continuatio*, de la mano de sus redactores introdujo importantes novedades¹⁰⁷ e hizo algunas nuevas concesiones al Código Civil, siguiendo el espíritu «declinatorio de fuero» que casi siempre caracterizó a los pragmáticos juristas mallorquines.

ANTONIO PLANAS ROSSELLÓ

¹⁰³ LLODRÀ I GRIMALT, F., *Sobre la sucesión intestada en Mallorca*, Palma, UIB, 1999.

¹⁰⁴ *Voto particular de don Manuel Guasp y Pujol y don José Socías y Gradolí vocales de la Comisión Foral de Mallorca encargada de redactar las instituciones jurídicas especiales de este territorio*, Ed. Escuela Tipográfica Provincial, Palma, 1916, p. 51. FERRER, M. P. I MUNAR, P. (eds.): *Materials precompileris...*, cit., p. 113.

¹⁰⁵ La postura de Maura respecto a la sucesión intestada se puede consultar en MAURA, A., «Sucesión intestada en Mallorca» (4 de febrero de 1919), *Dictámenes*, Editorial Bosch, Barcelona, 1955, IV, pp. 127-132.

¹⁰⁶ Sobre esta institución *vid.* FERRER VANRELL, P., *La diffinitio en el Derecho civil de Mallorca*, Palma, UIB, 1992.

¹⁰⁷ Las relaciona MASOT MIQUEL, M., *El Derecho Civil de Mallorca después de la Compilación*, Ediciones Embat y José Olañeta, Editor, Palma, 1979, pp. 482-485.

Derecho civil navarro y Codificación general española

SUMARIO: 1. Un estado de la cuestión condicionado por la versión historiográfica de los actores que realizaron la Compilación Foral.—2. La delimitación progresiva de las fuentes del Derecho civil foral navarro: 2.1 Las fuentes del Derecho civil del reino de Navarra. 2.2 Las fuentes del Derecho civil de la provincia de Navarra. 2.3 Las fuentes de la Compilación navarra.—3. El dismantelamiento de las instituciones y su incidencia en el proceso codificador: 3.1 La crisis de los Fueros: un punto de partida (1802-1812). 3.2 La desaparición del Consejo Real de Navarra, la creación de la Audiencia Territorial y el protagonismo del Tribunal Supremo. 3.3 El final del reino de Navarra (1839-1841,) y el Derecho civil en la Ley de 16 de agosto de 1841. 3.4 La Constitución de 1845 y el Proyecto de Florencio García Goyena (1851). 3.5 La incidencia de la legislación del Sexenio democrático en Navarra (1868-1874). 3.6 La Constitución de 1876. 3.7 La Memoria de Antonio Morales Gómez (1884). 3.8 Proyectos de Bases (1881, 1885 y 1888) y Código Civil (1889).—4. De los Proyectos de Apéndice a la Compilación civil foral: 4.1 Anteproyectos y Proyectos de Apéndice al Código Civil. 4.2 El Derecho civil navarro en los proyectos estatutarios republicanos. 4.3 El Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza y la Compilación navarra. 4.4 El Fuero Nuevo (1973).—5. Constitución de 1978 y Derecho civil foral navarro: 5.1 Constitución, LORAFNA y Derecho civil foral navarro. 5.2 Modificaciones del Fuero Nuevo. 5.3 La necesidad de revisar el Derecho civil foral navarro (a modo de reflexión final).

1. UN ESTADO DE LA CUESTIÓN CONDICIONADO POR LA VERSIÓN HISTORIOGRÁFICA DE LOS ACTORES QUE REALIZARON LA COMPILACIÓN FORAL

Lo primero que sorprende cuando nos acercamos a la historiografía sobre el Derecho civil navarro en relación con la Codificación general española es la

carencia de obras elaboradas por iushistoriadores, puesto que quienes se han dedicado al tema han sido civilistas. Es inexcusable tomar como punto de partida las breves páginas introductorias de Victoriano Lacarra a sus *Instituciones de Derecho civil navarro*¹, así como constatar que las obras más señeras son las elaboradas a partir del Congreso de Zaragoza por los protagonistas de la Compilación de Derecho civil navarro. Ahondan estos en lo ya apuntado por el jurista estellés. Las valoraciones que vierten sobre los estudios de sus coetáneos –cuando no sobre sus propios trabajos–, están teñidas de autocomplacencia. Hay dos artífices de la Compilación navarra que sobresalen por sus ensayos de *egohistoria*²: Francisco Salinas Quijada describió en numerosas ocasiones la historia de la inserción del Derecho e instituciones navarras en el sistema constitucional y codificado español hasta llegar al proceso compilador que él coprotagonizó³. El abogado tudelano es autor de utilísimos repertorios bibliográficos propios⁴ y ajenos⁵ sobre el Derecho civil foral navarro, que ha ofrecido ordenados de manera cronológica, temática y por autores. Por su parte, el notario pamplonés Javier Nagore Yáñez aportó también su modo de ver las cosas en el transcurso de la elaboración de la Compilación⁶, y ya desde la distancia cronológica, en su conocida monografía sobre la historia del Fuero Nuevo⁷. Otro señalado protagonista, Juan Francisco Lasso Gaité, secretario de la Comisión de Códigos, describió, en su Crónica sobre la codificación civil española, la trayectoria que siguió la Comisión especial de Navarra y la observada en la elaboración de la Compilación del Derecho civil navarro⁸.

Las nuevas generaciones de civilistas navarros que han venido desempeñando su labor profesional a partir de los años ochenta, al acercarse a la evolución legislativa y doctrinal de la Codificación española y Compilación foral, se

¹ LACARRA MENDILUCE, Victoriano, *Instituciones de Derecho Civil Navarro*, Pamplona: Imprenta Provincial, 1917, vol. 1, pp. 5-27. Reed. Diputación Foral de Navarra, Aranzadi, Pamplona, 1965, pp. 15-28.

² Ni uno ni otro están exentos de los riesgos que entraña la egohistoria o la historia en primera persona como reivindicación de la investigación personal, pues en ocasiones les resulta difícil compatibilizar la labor de testimonio subjetivo con la crítica del proceso protagonizado por ellos mismos. Vid. MEYER, Jean (coord.), *Egohistorias. El amor a Clío*, CEMCA, México, 1993.

³ Entre la numerosa producción de Francisco SALINAS QUIJADA, destacamos: *Derecho civil de Navarra. I. Introducción*, Aranzadi, Pamplona, 1971, pp. 287-360; y *Elementos de Derecho civil de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1979, pp. 87-127.

⁴ SALINAS QUIJADA, Francisco, *Bio-bibliografía de Francisco Salinas Quijada*, Pamplona, edic. del autor, 1998 (3.ª ed. revisada y puesta al día por José Luis Turrillas Roldán).

⁵ SALINAS QUIJADA, Francisco, *Bibliografía de Derecho Privado Foral de Navarra*. En Virginia Tamayo (ed.), *Jornadas sobre el Estado de la cuestión del Derecho histórico de Euskal Herria (San Sebastián, 20-21 de diciembre de 1993)*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1995, pp. 231-325.

⁶ NAGORE YÁÑEZ, José Javier, «Compilación de Derecho Navarro», *Príncipe de Viana*, XXVI, 100-101 (1965), pp. 351-378.

⁷ NAGORE YÁÑEZ, José Javier, *Historia del Fuero Nuevo de Navarra*, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1994. Su archivo particular lo donó a la Universidad de Navarra.

⁸ LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. Vol. 1, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, pp. 656-657 y 682-686.

han limitado, generalmente, a realizar síntesis de lo ya conocido, y nada nuevo se encuentra en los manuales de Derecho civil que se ocupan de la evolución del ordenamiento navarro⁹. Los únicos civilistas que han acometido cierta labor investigadora en relación al tema son Carlos Martínez de Aguirre y Pedro de Pablo¹⁰. A la existencia de tantos y tan prolijos trabajos puede obedecer el retraimiento de los iushistoriadores navarros en abordar esta cuestión en profundidad. Hay que acudir a los historiadores del derecho españoles que se han ocupado del conjunto del proceso codificador civil o de aspectos concretos para encontrar en sus obras referencias a Navarra¹¹.

2. LA DELIMITACIÓN PROGRESIVA DE LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL FORAL NAVARRO

Las fuentes del Derecho civil foral navarro de los siglos XIX y XX conocieron una peculiar evolución. Las fuentes del Antiguo Régimen (costumbre, Fuero General, leyes de Cortes, legislación real exterior recibida en Navarra aceptada por las Cortes, autos acordados del Consejo Real, capítulos de visita, *Ius commune* como derecho supletorio y fuentes específicas del Derecho local), continuaron vigentes en los comienzos de la contemporaneidad. La renovación del sistema judicial de 1834 implicó la supresión de los autos acordados del Consejo Real y los capítulos de visita como fuente del Derecho. Costumbre, Leyes de Cortes de 1724 a 1829, Novísima Recopilación, Amejoramientos, Fuero General y Derecho común de forma supletoria, pasaron a ser, en este orden de prelación, las fuentes de la provincia foral, y así se mantuvieron hasta la Compilación de 1973. El también denominado Fuero Nuevo introdujo un nuevo sistema de fuentes que rompió con la tradición secular navarra. La prelación pasó a ser la siguiente: 1.º la costumbre, 2.º las Leyes de la Compilación, 3.º los principios generales del Derecho navarro, y 4.º el Derecho supletorio (ley 2). Las fuentes legislativas del reino y el Derecho romano como supletorio pasaron a ser meras sub-fuentes, consideradas «Tradicón jurídica navarra» con rango preferente para la interpretación e integración de las Leyes de la Compilación (ley 1).

⁹ Como lo evidencia el reciente trabajo de Elsa SABATER BAYLE, «Derecho civil navarro. Parte general. Obligaciones, estipulaciones y contratos», *Derechos reales (con Jurisprudencia)*, Marcial Pons, Pamplona, 2009, pp. 25-37.

¹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDÁZ, Carlos, y PABLO CONTRERAS, Pedro Valentín de, «Derecho civil navarro y codificación civil en España», *Revista Jurídica de Navarra*, 6 (julio-diciembre, 1988), pp. 65-84. *Ibid.*, «La actitud de Navarra ante el Código Civil (1841-1889)». En *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Civitas, Madrid, 1990, vol. 1, pp. 517-540. PABLO CONTRERAS, Pedro de, «La reacción navarra ante la Ley Hipotecaria de 1861», *Revista Jurídica de Navarra*, 11 (1991), pp. 13-34.

¹¹ Caso, por ejemplo, de BARÓ PAZOS, Juan, *La Codificación del derecho civil en España, (1808-1889)*, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, pp. 41, 43, 46, 50, 53, 60, 86, 98, 106, 110, 111, 112, 136, 138, 157, 175, 211, 212, 213, 224, 241, 242, 243, 245 y 292.

2.1 LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL DEL REINO DE NAVARRA

Navarra mantenía en las primeras décadas del siglo XIX el sistema de fuentes jurídicas del Antiguo Régimen, concretado en la costumbre, el obsoleto Fuero General de Navarra, las Leyes decisivas o de Cortes, la legislación real exterior recibida en Navarra, que las Cortes hacen suya, los Autos acordados del Consejo Real, los capítulos de visita, el *Ius commune* –considerado derecho supletorio del reino, «como siempre se ha acostumbrado», por las Cortes de 1576–, y las fuentes específicas del Derecho local¹².

En la segunda y la tercera décadas del siglo XIX se abrió una importante polémica entre quienes propugnaban la conveniencia de la uniformidad del régimen constitucional frente a los que abogaban por mantener las instituciones del reino. Fue inaugurada por el jurisconsulto realista donostiarra José María Zuaznavar con la obra *Ensayo histórico-crítico de la legislación de Navarra*, publicado (1820-1821)¹³, que abogaba por abolir las obsoletas instituciones navarras en beneficio del despotismo ilustrado del monarca. Recibió la respuesta contundente de José Yanguas y Miranda en la *Contragerigonza o refutación jocoseria del Ensayo histórico-crítico de la legislación de Navarra* (1833)¹⁴. Ambos trabajos se centraron en cuestiones de Derecho constitucional. Entre una y otra publicación, este último historiador, que no era jurista, publicó dos obras imprescindibles como material de consulta del derecho e instituciones del reino: el *Diccionario de los Fueros y leyes del reino* (1828-1829)¹⁵, donde sistematizó el contenido del Fuero General de Navarra, la Novísima Recopilación de Joaquín de Elizondo y los posteriores Cuadernos de Cortes –incluso hasta las últimas de 1829–, es decir, la legislación navarra vigente en aquellas fechas. Se trataba de un repertorio de voces ordenadas alfabéticamente. Muchas se refieren al Derecho e instituciones privadas. La obra mencionada y el más amplio complemento del *Diccionario de Antigüedades del Reino de Navarra* (1840)¹⁶, han sido, hasta hoy, los únicos instrumentos descriptivos de las voces jurídicas realizados en torno a las mencionadas fuentes históricas. A la utilidad

¹² MONREAL ZIA, Gregorio, y JIMENO ARANGUREN, Roldán, *Textos histórico-jurídicos navarros. II. Historia Moderna*, Gobierno de Navarra, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2011, pp. 273-437.

¹³ ZUAZNAVAR, José María, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación de Navarra*, Viuda de Rada, Pamplona, 1820-1821. 2.ª ed.: Imprenta de Ignacio Ramón Baroja, San Sebastián, primera parte, 1827, parte segunda, 1827, parte tercera, libro primero, 1828, parte tercera y última, libro segundo, 1829. 3.ª ed., Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1966.

¹⁴ YANGUAS Y MIRANDA, José, *La contragerigonza o refutación jocoseria del Ensayo histórico-crítico sobre la legislación de Navarra*, Pamplona, 1833. Reed. Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1966.

¹⁵ YANGUAS Y MIRANDA, José, *Diccionario de los Fueros del Reino de Navarra y de las leyes vigentes promulgadas hasta las Cortes de los años 1817 y 1818, inclusive*, Imprenta de Ignacio Ramón Baroja, San Sebastián, 1828; *Adiciones a los diccionarios de los Fueros y leyes del reino de Navarra*, Imprenta de Ignacio Ramón Baroja, San Sebastián, 1829. Reed. Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1964.

¹⁶ YANGUAS Y MIRANDA, José, *Diccionario de Antigüedades del Reino de Navarra*, Pamplona, 1840, 3 vols. Reed. Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1964, 3 vols.

intrínseca de su obra, se añadió la relevancia pública del autor en la doctrina liberal navarra, tanto por la *potestas* que le confería su condición de secretario de la Diputación (desde 1834, interinamente, y después de 1837 de manera definitiva), como la *auctoritas* que ganó tras su cambio de posición política, al protagonizar la reforma del sistema político del reino entre 1834 y 1841.

Se da así la paradoja de que una personalidad ajena al mundo jurídico fue la que en adelante influyó en la nueva determinación de las fuentes del derecho histórico positivizado navarro, y la que condicionó el historicismo de la Compilación foral. Esta circunstancia ha pesado sobremanera en el Derecho positivo navarro desde el siglo XIX y hasta el momento presente, pues los juristas han reducido las fuentes históricas a las consignadas por el erudito tudelano. Sin embargo, tanto el Fuero General como las leyes de Cortes contenidas en la Novísima Recopilación y en los Cuadernos posteriores ofrecen otros materiales que podrían haberse integrado como fuentes iushistóricas.

Por su parte, los autos acordados del Consejo Real y los capítulos de visita dejaron de considerarse fuente del Derecho en la práctica jurídica a raíz de la profunda renovación del sistema judicial del reino en 1834, cuando el Consejo Real de Navarra pasó a equipararse a una Audiencia territorial y se suprimió la Corte Mayor.

2.2 LAS FUENTES DEL DERECHO CIVIL DE LA PROVINCIA DE NAVARRA

Desaparecido el reino y convertida Navarra en provincia –según la fórmula que acuñó Rodrigo Rodríguez Garraza¹⁷–, el Derecho civil quedó condicionado por la Ley de 16 de agosto de 1841. La nueva coyuntura motivó que José Alonso acometiera la realización de la *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del antiguo Reino de Navarra* (1848-1849)¹⁸, que acotó las fuentes iushistóricas navarras. El ilustre jurista corellano llegó a ser ministro de Gracia y Justicia en 1841, y concibió una obra codificada de carácter sistemático, de evidente utilidad para los prácticos del Derecho, pues, más allá de sus comentarios doctrinales, estructuró los materiales en ocho libros, que contenían la legislación civil, canónica, penal y administrativa que consideró vigente tras la Ley de 16 de agosto de 1841, de ahí que con frecuencia se conceptúe su trabajo como una recopilación. No oculta la deuda que tiene contraída con Yanguas, aunque considera necesaria «una obra de jurisprudencia teórica y práctica sacada del fuero y leyes de Navarra». Pretendía acabar con los «errores de muchos curiales» y letrados por «la dificultad de penetrar en el enmarañado bosque de esta legislación para encontrar las verdaderas disposiciones e inteligencia de las

¹⁷ RODRÍGUEZ GARRAZA, Rodrigo, *Navarra de Reino a Provincia (1828-1841)*, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1968.

¹⁸ ALONSO, José, *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del Antiguo Reino de Navarra, que han quedado vigentes después de la modificación hecha por la Ley Paccionada de 16 de Agosto de 1841*, Saavedra y Compañía, Madrid, 1848-1849. 2 vols. Reed. Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1964.

leyes», y tenía en cuenta la necesidad de los magistrados que venían a administrar la justicia en los tribunales de Navarra de disponer de una obra metódica y razonada¹⁹. Cada una de las leyes va seguida de la reproducción literal de los textos históricos correspondientes (Fuero General, Novísima Recopilación y leyes de Cortes posteriores), y de un comentario generalmente acertado. No parece que Alonso incorporara otras leyes distintas a las consignadas por Yanguas y Miranda en sus diferentes voces, lo que lleva a pensar que quien fue también magistrado del Tribunal Supremo de Justicia, no se tomó el trabajo de revisar atentamente el contenido de las tres fuentes mencionadas. Parece que se limitó a seguir la pista de las leyes apuntadas en los dos *Diccionarios* de Yanguas, para acudir después a las fuentes que aquel cita con objeto de reproducir el contenido completo del texto.

La obra de Alonso tuvo desde el primer momento una influencia notable entre los prácticos del Derecho, como cabe apreciar en las sentencias dictadas tanto en el Tribunal Supremo²⁰ como en la Audiencia de Navarra²¹, donde la legislación histórica navarra se restringe a la contenida en la *Recopilación y Comentarios de los Fueros y Leyes del antiguo Reino de Navarra*.

En adelante, el interés por la historia del Derecho se orienta hacia las fuentes medievales, como probable consecuencia de la recepción del romanticismo por la intelectualidad navarra, atraída por el pasado glorioso de un reino entonces independiente. Las fuentes iuscivilísticas medievales fueron examinadas por Marichalar y Manrique (1868)²². Pablo Ilarregui centró su interés en el Fuero General de Navarra (1872)²³, que editó conjuntamente con Segundo Lapuerta (1869)²⁴, en una publicación considerada oficial por la Diputación Foral. No ocurrió lo mismo con los fueros locales, que carecían de todo tipo de practicidad en la aplicación del Derecho positivo, pues desde finales de la Edad Media y comienzos de la Moderna habían sido sustituidos por Ordenanzas municipales. Pero, como apuntamos, sí llamaba la atención la edición del Fuero General de Navarra, cuya obsolescencia era más que evidente. Advirtió Antonio Morales y Gómez que el venerable texto reconocía «distinciones en el orden civil y condiciones sociales, dividiendo los naturales del Reino en *fijos-dalgo*,

¹⁹ ALONSO, José, *Recopilación y Comentarios*, vol. 1, 1848, p. X.

²⁰ Vid. SEOANE, Juan Antonio, *Jurisprudencia civil vigente española y extranjera, según las sentencias del Tribunal Supremo desde el establecimiento de su jurisprudencia en 1839 hasta la fecha, conforme a la nueva ley hipotecaria, a los fueros de Cataluña, Aragón, Navarra y Vizcaya y a las publicaciones más notables sobre legislación*, Carlos Bailly-Baillière, Madrid, 1861.

²¹ Vid. SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís (dir.), *Jurisprudencia civil foral de Navarra*, tomo I, marginales 1-533 (años 1847-1930), Gobierno de Navarra, Pamplona, 1997.

²² MARICHALAR, Amalio, y MANRIQUE, Cayetano, *Historia de la legislación y recitaciones del derecho civil de España. Fueros de Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa y Álava*, San Sebastián, 1868, 2.ª ed. fascs. de la segunda corregida y aumentada de 1868, San Sebastián, 1980.

²³ ILARREGUI, Pablo de, *Memoria sobre la ley de la modificación de los Fueros de Navarra*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1872.

²⁴ ILARREGUI, Pablo, y LAPUERTA, Segundo, *Fuero General de Navarra. Edición acordada por la Excelentísima Diputación Provincial dirigida y confrontada con el original que existe en el Archivo de Comptos*, Pamplona, 1869. Reimpr. con el título *Fuero General de Navarra: Amejoramiento del rey don Felipe*, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1964.

ruanos y labradores; distinciones que desaparecieron por la fuerza de la costumbre y la constitución del Estado»²⁵. Así y todo, no fue óbice para que algunas de sus leyes menos problemáticas fueran incorporadas por José Alonso en su *Recopilación y Comentarios*. Hay que reconocer a Alonso la virtud de realizar una exégesis de todo punto necesaria, dada la dificultad del críptico lenguaje jurídico del romance navarro medieval, adecuando el contenido al Derecho codificado decimonónico.

Los foralistas navarros han venido repitiendo, sin excesivo fundamento, la tesis de que desde 1841 en ningún «momento se dejó de aplicar el Derecho civil foral de Navarra. A pesar de lo que decían las Constituciones españolas y estos mismos Proyectos de Apéndice, nunca, nunca se rigió Navarra, ni un día, ni una hora, por un Derecho que no fuera el suyo propio»²⁶. La tesis no se sostiene, si se atiende al contenido de las sentencias dictadas tanto por el Tribunal Supremo como por la Audiencia Territorial. Es una cuestión esta que merecería un examen detenido. Sirva de muestra el régimen económico matrimonial. A partir de los años sesenta del siglo XIX, los tribunales mencionados comenzaron a dictar sentencias basadas fundamentalmente en el Derecho castellano, marginando al Derecho propio, que contenía una amplia regulación sobre la materia. En concreto, dos sentencias de los años 1861 y 1865 del Tribunal Supremo por recursos de casación interpuestos contra sentencias dictadas por la Audiencia de Pamplona fueron motivadas en base a las *Leyes de Toro* y la *Novísima Recopilación* castellana²⁷.

La doctrina castellanizante del Supremo fue utilizada también en la Audiencia de Pamplona, que dictó Sentencia de 18 de abril de 1870 «vistas las Leyes 1.^a, título 25, Partida 3.^a, 1.^a, título 19, Partida 6.^a, y la 1.^a, título 1.^o, libro 10 de la Novísima Recopilación»²⁸. Es todavía más ilustrativa la Sentencia de 13 de diciembre de 1871 de la Audiencia Territorial de Pamplona, que indicó en el primer considerando de la fundamentación, que «según los principios comunes del derecho tanto Romano como Patrio, el marido es el legítimo administrador de los bienes de su mujer y su legal representante en juicio, no pudiendo esta por sí sola comparecer válidamente sin licencia de aquel». Y, en el último considerando, remitía a las Leyes 8.^a, 10.^a y 15.^a del título 37, libro 2.^o de la Novísima Recopilación de Joaquín de Elizondo –primera y única referencia a la legislación navarra en estas sentencias–, al artículo 177 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a las

²⁵ MORALES Y GÓMEZ, Antonio, *Memoria que comprende los principios é instituciones del Derecho civil de Navarra, que deben quedar subsistentes como excepción del Código general; y los que pueden desaparecer viniendo á la unificación. Redactada con arreglo al Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Imprenta Provincial, á cargo de V. Cantera, Pamplona, 1884, p. 11.

²⁶ En palabras, en este caso, de SALINAS QUIJADA, Francisco, *Bibliografía de Derecho Privado Foral de Navarra*, p. 236.

²⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1861 (núm. 58) y de 3 de febrero de 1865 (núm. 111). Seguimos la numeración de la edición de Francisco de ASÍS SANCHO REBULLIDA (dir.), *Jurisprudencia civil foral de Navarra*, tomo I, marginales 1-533 (años 1847-1930), Gobierno de Navarra, Pamplona, 1997. Cfr. lo que Juan BARÓ PAZOS indica sobre la primera sentencia (*La Codificación*, p. 204).

²⁸ Sentencia de la Audiencia de Pamplona de 13 de diciembre de 1871 (núm. 183 de la ed. de Francisco de ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Jurisprudencia civil foral*).

leyes 2.^a, título 19, libro 11 y 11, título 1.^o, libro 10 de la Novísima Recopilación castellana, y a la ley 27, título 23 de la Partida 3.^a²⁹. En la fundamentación de sentencias de la Audiencia Territorial de Pamplona se continuó obviando el Derecho histórico civil navarro en la etapa de la culminación de la labor codificadora. Apoyaba sus resoluciones en el Derecho romano, las Partidas, las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación castellana³⁰.

La realidad precedente no impidió a Antonio Morales y Gómez sostener en su *Memoria* de 1884 que en Navarra «se halla vigente el Fuero General, la Novísima recopilación, los cuadernos de Córtes, las costumbres confirmadas por leyes de referencia, y algunas veces enfrente de ley; el derecho romano como supletorio, y las sentencias del Tribunal Supremo de Justicia»³¹. Enumeraba las fuentes ateniéndose a la ortodoxia del reino en esta materia.

Unos meses antes de promulgarse el Código, la obra *Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Navarra*, publicada por la Biblioteca judicial, insertó las leyes navarras con el acompañamiento de algunas notas acerca de su vigencia. En la introducción al trabajo se reconocen las dificultades halladas en la realización de la tarea, dada la escasez de obras especializadas: «Solo hemos encontrado, y no hay noticias de otros, por más que con todo empeño los procuramos, el Diccionario de los Fueros del Reino de Navarra, de don José Yanguas y Miranda, y la Recopilación y comentarios de los Fueros y leyes de Navarra, del Excmo. Sr. don José Alonso»³². Tomando la información de ambas obras, circunscribía las fuentes legislativas propiamente navarras al Fuero General, la Novísima Recopilación y los Cuadernos de Cortes posteriores a esta, hasta 1829³³.

En 1889 el Colegio de Abogados de Pamplona emitió un Dictamen a instancia de la Diputación de Navarra, en el que recordaban que, en virtud del título preliminar y del título IV del libro 1.^o del Código Civil, el Derecho civil navarro continuaba vigente. Constaría de los siguientes cuerpos legislativos:

1.^o) Las leyes civiles votadas en las Córtes generales de la Nación á contar desde el año 1841, á no ser que en las mismas se consigne expresamente que

²⁹ Sentencia de la Audiencia de Pamplona de 18 de abril de 1870 (núm. 161 de la ed. de Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Jurisprudencia civil foral*).

³⁰ Sentencias de la Audiencia de Pamplona de 22 de diciembre de 1876, 23 de junio de 1882, 26 de mayo de 1883 y 9 de abril de 1884 (núms. 204, 283, 297, 298, respectivamente, de la ed. de Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Jurisprudencia civil foral*).

³¹ MORALES Y GÓMEZ, Antonio, *Memoria*, p. 6.

³² Biblioteca Judicial, *Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Navarra*, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1888, 2 tomos en 1 vol., tomo 1, pp. 21-22. En relación con el método seguido indicaba: «Siendo su fin el de dar á conocer el estado del Derecho vigente hoy en Navarra, con el propósito de que pueda servir, á falta de otro, de alguna ayuda para el ejercicio de la Abogacía y la Administración de justicia, hemos prescindido de investigaciones históricas y de disertaciones prolijas sobre los orígenes de las instituciones legales de que se trata, y de sus vicisitudes. Estos conocimientos podrán adquirirse en alguna de las obras citadas. Nos hemos limitado á la exposición del Derecho por el orden que más comúnmente siguen los tratadistas, haciendo constar lo que consideramos vigente, ya parta de los fueros y leyes de aquel país, ya de las generales del Reino, ya de las de los Códigos romanos, que es el derecho supletorio en Navarra» (*ibid.*, pp. 31-32).

³³ *Ibid.*, p. 34.

no han de ser aplicadas en los territorios regidos por las leyes especiales. 2.º). Las leyes civiles votadas por las Cortes generales de la Nación en las épocas constitucionales con anterioridad al año 1841. 3.º). Las leyes comprendidas en los ocho cuadernos de leyes votadas por las Cortes del Reino de Navarra en 1828, 1818, 1817, 1797, 1796, 1795, 1794, 1781, 1780, 1766, 1765, 1757, 1744, 1743, 1726, 1725, 1724. 4.º). Las leyes comprendidas en la Novísima Recopilación de Navarra, votadas por sus Cortes desde el año de 1512 al 1716, ambos inclusive. 5.º). Las demás leyes votadas por las mismas Cortes con posterioridad á la publicación del Fuero general, si hubiere alguna aplicable ó no derogada. 6.º). El Fuero general. 7.º). El Derecho Romano, á calidad de supletorio, y después de éste y con idéntico carácter, el Código Civil³⁴.

Obras publicadas en la última década del siglo XIX y las dos primeras del XX no aportaron nada nuevo en relación a las fuentes del Derecho civil navarro³⁵.

Ya entrados en la centuria pasada, en 1914, Víctor Covián y Junco volvió a examinar las fuentes del Derecho navarro, y la influencia extraordinaria que en la formación de aquel tuvieron y tenían los usos y costumbres. Entró también al debate sobre el derecho común supletorio, y estableció, además, paralelismos con el Derecho civil de las provincias Vascongadas. Puso de relieve, por otra parte, la aplicación del Derecho canónico a lo largo de la historia del ordenamiento navarro. Se atuvo a la tradición al considerar cuerpos legales estrictamente navarros el Fuero General en su edición oficial de 1869, la Novísima Recopilación de Joaquín Elizondo y las leyes posteriores contenidas en los Cuadernos de Cortes³⁶.

José Castán Tobeñas, en su estudio sobre la sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales (1915)³⁷, e Hilario Yaben en el trabajo

³⁴ Colegio de Abogados de Pamplona, *Dictámen formulado por el Ilustre Colegio de Abogados de la M. N. Ciudad de Pamplona acerca del Código Civil*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1889, pp. 11-12.

³⁵ Ya lo dicho vale para las obras realizadas desde una perspectiva generalista española (ANTEQUERA, José María, *La Codificación moderna en España*, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1886, p. 205; BONEL Y SÁNCHEZ, León, *Código Civil Español comentado y concordado con el derecho foral vigente en Cataluña, Aragón, Navarra y demás territorios aforados con la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia y con los códigos civiles de la mayor parte de los países de Europa y América*, A. López Robert, Barcelona, 1890; reed. ampliada 1891; SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *La Codificación Civil en España en sus dos períodos de preparación y de consumación. Estado del Derecho Civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código Civil y trabajos preliminares para la formación de algunos Apéndices del Derecho Foral (1811 á 1890)*, Est. Tip. Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1890, p. 118. LA IGLESIA Y GARCÍA, Gustavo, *Manual de Derecho foral español*, F. Marqueses, Madrid, 1903; MOUTON OCAMPO, Luis, *Diccionario de derecho civil foral compilado y consuetudinario*, Sociedad Editorial Española, Madrid, 1904-1906; BARRACHINA Y PASTOR, Federico, *Derecho Foral español, en sus relaciones con el Código Civil, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Est. Tip. de J. Armengot é Hijos, Castellón, 1911-1912), pero también para las centradas en Navarra (ECHAIDE, Salvador, *Apuntes sobre la aplicación del Código Civil en Navarra*, libro primero, Imprenta Joaquín Lorda, Pamplona, 1891).

³⁶ COVIÁN Y JUNCO, Víctor, *El Derecho Civil privado de Navarra y su Codificación. Estudio histórico-crítico*, Góngora, Madrid, 1914, pp. 9-10.

³⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José, *La sucesión del cónyuge viudo y el problema de las legislaciones forales*, Hijos de Reus Editores, Madrid, 1915.

relativo a las donaciones universales *Propter nuptias* (1916)³⁸, aceptaron como únicas fuentes legislativas navarras el Fuero General y las leyes de Cortes ya apuntadas por Yanguas y Alonso.

La doctrina da un salto adelante en 1917. El eminente foralista Victoriano Lacarra Mendiluce publicó el primer volumen de *Instituciones de Derecho Civil Navarro*³⁹. Contenía la obra la introducción, texto y comentarios del Título Preliminar y de los dos primeros Libros del Código Civil. Sistematizaba el Derecho navarro, por vez primera, tomando como referencia la estructura del Código. En aquellas materias en las que existía Derecho civil foral, hacía seguir a cada artículo de aquel la transcripción íntegra de la ley navarra (Fuero General, leyes de Cortes, sin aportar otras nuevas o distintas de las apuntadas por Yanguas y Alonso en el ordenamiento navarro). Añadía un resumen de las disposiciones del Derecho romano –en tanto Derecho supletorio– y, lo que resulta más novedoso, una exposición de las costumbres jurídicas actuales. En adelante, «el Lacarra» se convirtió en el instrumento básico de estudio y trabajo de cualquier jurista hasta la promulgación del Fuero Nuevo en 1973, e incluso en la actualidad, como ponen de manifiesto los antecedentes iushistoricistas consignados en centenares de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Navarra relativas a Derecho civil foral⁴⁰.

Consignamos, por tanto, que los prácticos del Derecho y la doctrina han utilizado con profusión las obras de Yanguas, Alonso y Lacarra. A partir de los años veinte se anima la producción de nuevos estudios monográficos sobre determinadas instituciones civiles forales, de modo singular antes y después del Congreso de Zaragoza. Más adelante toman la pluma los autores que participaron en la Compilación de Derecho civil. En menor medida los civilistas de la entonces recién creada Universidad de Navarra⁴¹. Todos ellos, sin excepción, rehúyen la investigación histórica y se centran en las fuentes legislativas identificadas por Yanguas y recogidas por Alonso y Lacarra. Hay que exceptuar los estudios que se ocupan de cuestiones de Derecho local y régimen de bienes, que se hacen eco de las ordenanzas municipales. Conviene destacar que, en muchos casos, la erudición histórica que recurre a leyes medievales y aun modernas, incurre en anacronismos al descontextualizar las normas de su realidad social originaria. El problema está en que, como ya hemos indicado, las fuentes legislativas históricas navarras reflejan la acentuada estratificación social de origen medieval, bien alejada de la realidad del siglo xx.

³⁸ YABEN Y YABEN, Hilario, *Los contratos matrimoniales en Navarra y su influencia en la estabilidad de la familia*, Establecimiento tipográfico de Jaime Ratés, Madrid, 1916.

³⁹ LACARRA MENDILUCE, Victoriano, *Instituciones de Derecho Civil Navarro*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1917. El segundo volumen se publicó en Editorial Aramburu, Pamplona, 1932. Reed. ambos volúmenes en uno solo (Pamplona, 1965, *op. cit.*).

⁴⁰ Buena parte de sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra sobre cuestiones de Derecho civil foral desde los años noventa hasta hoy son obra de Francisco Javier Fernández Urzainqui, magistrado de la Sala de lo Civil y Penal. Cualquiera de ellas constituye un alarde de exquisita técnica jurídica y afinado conocimiento de la legislación civil navarra.

⁴¹ No parece pertinente trasladar aquí los numerosos títulos que, por otra parte, han sido sistematizados en los mencionados elencos elaborados por Francisco Salinas Quijada, *Bibliografía de Derecho Privado Foral de Navarra*, pp. 231-325.

El mismo año del Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en Zaragoza, Francisco Salinas Quijada dio a las prensas su obra *Las fuentes del Derecho Civil Navarro. Estudio histórico-jurídico-bibliográfico*⁴². Proponía en 1958 este foralista erudito que el orden de prelación de fuentes del Derecho civil navarro debía ser el siguiente:

1.º Título preliminar y título 4.º, del libro 1.º del Código Civil. 2.º Preceptos del Código que regulan materias, objeto y contenido de leyes generales obligatorias para toda España, promulgadas con anterioridad al mismo. 3.º Leyes obligatorias para toda España y que no contradigan o modifiquen la Ley de 16 de agosto de 1841, bien fueran promulgadas antes o después de esta disposición legal de carácter paccionado, y en cuanto contengan reglas de Derecho civil. 4.º La costumbre contra ley navarra. 5.º Leyes posteriores a la Novísima Recopilación de Joaquín Elizondo, recogidas en los denominados Cuadernos de Cortes. 6.º La Novísima Recopilación de Navarra, de Joaquín Elizondo, acordada en Cortes de 1701, e impresa en 1735. 7.º Los Amejoramientos del Fuero. 8.º El Fuero General. 9.º El Derecho romano. 10.º El Código Civil. 11.º La costumbre fuera y según ley. 12.º Los principios generales del Derecho. 13.º Jurisprudencia del Derecho civil navarro. 14.º Doctrina científica navarra⁴³.

Para concluir esta parte, consignemos que en 1955 el magistrado Juan Santamaría Ansa publicó, en el seno del Consejo de Estudios de Derecho Navarro, una adaptación ampliada de un trabajo suyo previo aparecido en el *Bollettino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*. Pretendía sintetizar el Derecho civil privativo de Navarra, mantenido en virtud del artículo 2 de la Ley Paccionada y el 12 del Código Civil⁴⁴. Advertía «una tendencia jurisprudencial que viene ensanchando el ámbito de aplicación del Código Civil, bien por efecto de las leyes anteriores de aplicación general a toda la Nación, sustituidas por el Código, bien por motivos de compatibilidad o de no contradicción entre ciertos preceptos del Código y el Derecho privativo de Navarra»⁴⁵. Establecía las siguientes fuentes y orden de prelación del Derecho privativo navarro:

- a) La costumbre, incluso la introducida *contra legem*.
- b) El Derecho escrito, constituido por los siguientes elementos: 1.º) Las Leyes dadas en Cortes con posterioridad a la Novísima Recopilación de Navarra, formada por Don Joaquín de Elizondo y publicada en 1735; 2.º) Esta

⁴² SALINAS QUIJADA, Francisco, «Las fuentes del Derecho Civil Navarro», *Estudio histórico-jurídico-bibliográfico*, Imprenta Larrad, Tudela, 1946.

⁴³ SALINAS QUIJADA, Francisco, «Las fuentes del Derecho navarro», en *Curso de Derecho foral navarro. I. Derecho Privado*, Estudio General de Navarra, Pamplona, 1958, pp. 57-58.

⁴⁴ Manifestaba el magistrado que el Código Civil se reducía «a la categoría de Derecho supletorio de último grado, salvo en lo que tiene de aplicación general a toda la Nación (tít. preliminar sobre las leyes y sus efectos, y tít. IV del lib. I sobre matrimonio). SANTAMARÍA ANSA, Juan, *Derecho Civil de Navarra (Esquemática de su estructura y contenido)*, Consejo de Estudios de Derecho Navarro, Pamplona, 1955, p. 9.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 9.

Novísima Recopilación; 3.º) El Amejoramiento del Fuero, dado por el Rey don Felipe de Evreux en 1330; y 4.º) El Fuero General.

c) El Derecho supletorio propio, integrado por el *Corpus Juris* de Justiniano, cuyo texto más admitido en la práctica es el publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen (traducción de García del Corral)⁴⁶.

2.3 LAS FUENTES DE LA COMPILACIÓN NAVARRA

La Diputación Foral de Navarra, consciente de la importancia de la edición de las fuentes históricas, y con objeto de facilitar el conocimiento del Derecho privativo por los compiladores, aceptó en 1964 llevar a cabo un programa de publicaciones en la colección «Biblioteca Foral de Navarra». Tuvo gran importancia la reedición del Fuero General, la Novísima Recopilación de Elizondo y las leyes de Cortes posteriores, desgraciadamente en ediciones no críticas⁴⁷. El manejo de ambos textos se facilitó con el utilísimo *Índice auxiliar alfabético de Fuero General, Novísima Recopilación y Cuadernos de las Cortes de Navarra* (1971)⁴⁸ que, por fin, incorporaba un abanico de conceptos y una casuística legislativa más amplia que la que emplearon Yanguas, Alonso y Lacarra, aunque sorprendentemente apenas ha sido utilizado por los prácticos del Derecho y la doctrina. Cabe indicar también que los fueros locales se habían ido publicando en colecciones documentales dispersas. Otros se transcribieron por aquellos años.

Tiene interés mayor un fragmento del prólogo de la *Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra* (1967), germen del Fuero Nuevo. Se da cuenta allí de los objetivos y criterios seguidos por sus autores a la hora de seleccionar las fuentes del Derecho histórico:

No competía a este grupo de juristas elaborar un anteproyecto más, sino que fue su idea y guía recoger simplemente el Derecho privado vigente en Navarra, actualizando sus antiguas leyes y costumbres, eliminando las leyes romanas caídas en desuso, adaptando su antiguo Derecho a las exigencias de la vida y la ciencia jurídica de hoy. [...] Este es el fin de nuestro trabajo, que tiene así el carácter de recopilación privada, pero no por ello menos útil y fidedigna para el conocimiento del Derecho propio de Navarra. [...] Pero con la reciente obra se ofrece también a los órganos forales una base firme de estudio para una recopilación coherente y práctica, que habría de ser sancionada

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 9-10.

⁴⁷ ILARREGUI, Pablo, y LAPUERTA, Segundo, *Fuero General de Navarra: Amejoramiento del rey don Phelipe*, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1964. ELIZONDO, Joaquín de, *Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra hechas en sus Cortes Generales desde el año 1512 hasta 1716 inclusive*, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1964, 3 vols. *Cuadernos de las leyes y agravios reparados por los tres estados del Reino de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1964, 2 vols.

⁴⁸ [Sin autor], *Índice auxiliar alfabético de Fuero General, Novísima Recopilación y Cuadernos de las Cortes de Navarra*, Aranzadi, Pamplona, 1971.

por un convenio legislativo ya que, como es sabido, el propio sistema foral de Navarra así lo impone⁴⁹.

Llegamos así a la solución final que se ha dado a la definición de las fuentes del Fuero Nuevo o Compilación Civil de Navarra, promulgado por Ley de la Jefatura del Estado 1/1973, de 1 de marzo⁵⁰. La ley 2 estableció el siguiente orden de prelación: 1.º La costumbre. 2.º Las leyes de la presente Compilación. 3.º Los principios generales del Derecho navarro. 4.º El Derecho supletorio. La ley 2 del Fuero Nuevo subraya la supremacía de la costumbre sobre la propia ley foral, seguida de los principios generales del Derecho navarro. Otras leyes del mismo título complementan la enumeración de fuentes de la ley 2. Apuntemos únicamente que la ley 5 previene que, antes de aplicarse el Derecho supletorio, deberá integrarse el Derecho privativo mediante la racional extensión analógica de sus disposiciones. Y que la ley 6 concreta que el Código Civil y las leyes generales de España son Derecho supletorio de la Compilación y de la tradición jurídica navarra, por lo que no se aplicarán a supuestos distintos de los expresamente previstos. Las fuentes tradicionales legislativas y el Derecho romano como supletorio quedaron relegados a una suerte de sub-fuentes recogidas en la ley 1 bajo la denominación «Tradicón jurídica navarra»:

Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del Derecho Privado Foral de Navarra, conservan rango preferente para la interpretación e integración de las Leyes de la Compilación, y por este orden: las Leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; la Novísima Recopilación; los Amejoramientos del Fuero; el Fuero General de Navarra; los demás textos legales, como los fueros locales y el Fuero Reducido, y el Derecho Romano para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente Compilación hayan recibido del mismo.

Para la Compilación, corresponde a los operadores jurídicos observar el orden siguiente para determinar y aplicar el Derecho navarro a un caso⁵¹:

- 1.º La voluntad unilateral o contractual, para los vinculados por ella y dentro de los límites establecidos en la ley 7 (no se trata de una fuente en sentido estricto, pero puede considerarse como tal en un sentido amplio).
- 2.º La costumbre aunque sea contra ley, con preferencia de la local sobre la general y dentro de los límites fijados en la ley 3.

⁴⁹ GARCÍA GRANERO, Juan, *et al.*, *Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra*, col. Diputación Foral de Navarra, Aranzadi, Pamplona, 1967. Cit. por SALINAS QUIJADA, *Derecho Civil*, 1, p. 353.

⁵⁰ La Ley Orgánica 13/1982, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, integró la Compilación en el ordenamiento jurídico navarro con rango y naturaleza de ley foral, subordinada a la propia LORAFNA (art. 48.2). En adelante, el sistema de fuentes del Derecho navarro contenido en el Fuero Nuevo pasó a ser un subsistema del propio Amejoramiento del Fuero.

⁵¹ Seguimos a SABATER BAYLE, Elsa, *Derecho civil navarro*, p. 43.

3.º Las leyes de la Compilación que, conforme a la ley 8, se presumen dispositivas; integradas también, en su caso, por el Derecho romano (cuando hubieran sido recibidas del mismo).

4.º Los principios generales del Derecho navarro que, según la ley 4, serían los de Derecho natural o histórico que informan el total ordenamiento civil navarro, y los que resultan de sus disposiciones.

5.º La racional extensión analógica de la costumbre, Compilación y principios generales navarros.

6.º Las «sub-fuentes» para la interpretación e integración de las leyes de la Compilación, y por este orden, serían: a) Leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; b) Novísima Recopilación; c) Amejoramientos del Fuero; d) Fuero General de Navarra; e) Fueros locales y Fuero reducido; f) Derecho romano, para las instituciones o preceptos que la costumbre o la ley hayan recibido del mismo; g) El Código Civil y las leyes generales de España, las cuales se presumen dispositivas (ley 8) y no son susceptibles de aplicación analógica (ley 6).

Está fuera de nuestro propósito efectuar un examen de cada una de las fuentes precedentes⁵². Nos limitaremos a apuntar someramente alguna reflexión desde el ámbito iushistórico. La Compilación del Derecho civil navarro ha sido la más historicista de todas las compilaciones forales españolas⁵³, pero el Derecho histórico no se considera propiamente «fuente», sino «tradición jurídica» preferente, al parecer tratada con mucha libertad a la hora de interpretar e integrar las leyes de la Compilación (Ley 1 del *Fuero Nuevo*), véase, v.gr. este precepto:

Tradición jurídica navarra. Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del Derecho Privado Foral de Navarra, conservan rango preferente para la interpretación e integración de las leyes de la Compilación, y por este orden: las leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; la Novísima Recopilación; los Amejoramientos del Fuero; el Fuero general de Navarra; los demás textos legales, como los fueros locales y el Fuero Reducido; y el Derecho Romano para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente Compilación hayan recibido del mismo.

Es poco afortunada la redacción de este precepto desde una perspectiva iushistórica. Carece de cualquier sentido introducir los fueros locales, que hacía cuatro siglos que habían sido sustituidos por modernas ordenanzas municipales aprobadas por el Consejo Real. Añádase que tales fueros locales se han utilizado de manera plana y acrítica⁵⁴, sin tener en cuenta las manipulaciones, falsifi-

⁵² Sobre este tema han recaído diversos trabajos de iuscivilistas. El último de ellos, de Elsa SABATER BAYLE, *Derecho civil navarro*, pp. 41-60, recoge los títulos más significativos.

⁵³ Cf. CLAVERO SALVADOR, Bartolomé, *El código y el Fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Siglo XXI, Madrid, 1982, pp. 32-33, nota 22.

⁵⁴ *Vid.*, por ejemplo, las remisiones a los textos legales históricos elaboradas para cada Ley del Fuero Nuevo recogidas en la obra de Pedro de PABLO CONTRERAS (coord.), *Fuero Nuevo, op. cit.*, con su consiguiente plasmación en las sentencias judiciales que han tenido a la vista este utilísimo instrumento de consulta coordinado por el prof. de Pablo.

caciones o interpolaciones de numerosos fueros locales navarros⁵⁵. Sorprende que tanto el Tribunal Superior de Justicia de Navarra como la Audiencia territorial traigan todavía a colación a los fueros locales. Tenía menos sentido todavía mencionar al Fuero Reducido del siglo XVI, un texto legislativo que no llegó a ser promulgado –al margen de que fuese empleado por algunos prácticos del derecho⁵⁶–. Es, que sepamos, la única fuente del Derecho histórico occidental nunca promulgada y que se declara vigente cuatro centurias después de haber sido elaborada. Hasta 1989 no se llevó a cabo su edición crítica, que realizó M.^a Isabel Ostolaza⁵⁷.

Pero, a pesar de la positivización definitiva de las fuentes históricas legislativas navarras, el conjunto del Fuero Nuevo sufrió una profunda ruptura con la tradición propia por la intensa romanización introducida. El Derecho romano dejó de ser supletorio y en virtud de la ley 1 del Fuero Nuevo, pasó a incorporarse como tradición jurídica en el propio sistema de fuentes. Se le atribuyó un rango preferente en la interpretación e integración de aquellas instituciones o preceptos que la costumbre o la Compilación hubieran recibido de él. Quedaba, por tanto, equiparado al Derecho autóctono. La participación del profesor Álvaro d'Ors fue decisiva. El eminente romanista se incorporó a la Universidad de Navarra en el curso académico 1961-1962, y carecía de una formación y de una experiencia jurídica previa relacionada con el derecho de la tierra. D'Ors, una de las máximas autoridades de la romanística mundial del momento, no se mostraba partidario de un «regionalismo jurídico» diferenciado. Estaba convencido de que el Derecho romano, tal y como ocurrió durante la época de la Recepción, constituía el mejor instrumento para la unificación jurídica europea, en contraposición con la producción de normas que convertían al jurista en «mero exégeta de un legislador desbocado»⁵⁸. En esta ocasión, se le ofreció la oportunidad de llevar a cabo el sueño de muchos romanistas, el de impulsar la recepción del Derecho romano en el ordenamiento, en este caso navarro. Su concepción suponía, desde la autoridad del academicismo más depurado, un alejamiento de la tradición navarra en un momento en que, paradójicamente, la Compilación pretendía rescatarla. Su discípulo, Rafael Domingo, recuerda que la lectura atenta del Fuero Nuevo evidencia su roma-

⁵⁵ Ciertamente es que buena parte de la crítica textual ha sido elaborada en épocas posteriores, pero para entonces ya existían trabajos importantes. *Vid.*, una perspectiva sintética sobre la crítica textual de los fueros locales navarros, y su correspondiente bibliografía, en MONREAL ZIA, Gregorio, y JIMENO ARANGUREN, Roldán, *Textos histórico-jurídicos navarros*, I, pp. 267-282.

⁵⁶ Cfr. GALÁN LORDA, Mercedes, *El Derecho de Navarra*, Gobierno de Navarra; M.I. Colegio de Abogados de Pamplona, Pamplona, 2009, pp. 95-98. Y, de manera más amplia, su estudio: «Las fuentes del Fuero Reducido de Navarra», en *El Fuero Reducido de Navarra (Edición crítica y Estudios)*, I, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1989, pp. 95-733.

⁵⁷ OSTOLAZA ELIZONDO, María Isabel, «El Fuero Reducido de Navarra: edición crítica», *El Fuero Reducido de Navarra (Edición crítica y Estudios)*, II, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1989, pp. 107-520.

⁵⁸ DOMINGO OSLÉ, Rafael, *Derecho romano, derecho foral, derecho europeo*, Rafael DOMINGO y Mercedes GALÁN (coords.), *Presente y futuro del Derecho Foral. Jornadas conmemorativas del XXV Aniversario del Fuero Nuevo*, Eunsa, Pamplona, 1999, pp. 253-254.

nismo, tanto en lo que concierne a los principios informadores como a la regulación de algunas instituciones, que describe con detalle⁵⁹.

La redacción de la ley 3 del Fuero Nuevo («la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra Ley, prevalece sobre el Derecho escrito»), manifiesta la influencia directa del artículo 1.3 del Código Civil («La costumbre sólo regirá en defecto de Ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada»). Se fundamentaba este en el derecho histórico castellano; en concreto, en la legislación de Partidas que, recogiendo la doctrina romano-canónica, exigía una serie de requisitos para que el uso fuese considerado como costumbre y regla de derecho, ya que debería ser conforme al Derecho natural y al bien común (la costumbre «debe ser con justa razón e non contra la ley de Dios, ni contra Derecho natural, ni contra procomunal [*bien común*] de toda la tierra del lugar do se hace») (Partida, I, tít. 2, ley 5.^a). Mucho se ha escrito sobre el requisito moral que exige el Código Civil y el Fuero Nuevo. Apuntemos simplemente que con esta ley los compiladores navarros, de sólidas convicciones conservadoras, atribuían a la costumbre un sentido moralizante cristiano, al considerar la fundamentación religiosa del Derecho civil navarro como «base permanente en toda la proyección legislativa foral»⁶⁰. Ya veremos que la Constitución, la LORAFNA o la Ley del divorcio suscitaron encendidos debates doctrinales sobre la cuestión. La vieja guardia foralista mantuvo la adhesión a posiciones preconstitucionales en materia de moral⁶¹. Ciertamente que se produjo una relativización del sentido del término, si bien conservando un carácter conservador: no se refería a la moral «de una confesión religiosa» pero venía «reciamente configurada por la tradición católica del Reyno»⁶². Hay que destacar que no se trataba de una moralidad enraizada fundamentalmente en la tradición medieval⁶³, la de la época propia de buena parte de las fuentes, sino la que se configura a partir de

⁵⁹ DOMINGO OSLÉ, Rafael, *Derecho romano*, pp. 253-254.

⁶⁰ SALINAS QUIJADA, Francisco, «Derecho Privado Foral», Colecc. *Navarra Temas de Cultura Popular*, núm. 12, Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1968, p. 18.

⁶¹ Baste recordar, por ejemplo, la defensa que Francisco SALINAS QUIJADA hacía del principio religioso como característica intrínseca e ininterrumpida de la normativa española en general y navarra en particular [*vid.* sus artículos dedicados a la familia en *Artículos y conferencias (1977-1992)*, edición del autor, Pamplona, 1993, pp. 273-306]. Entre sus críticas al Amejoramiento del Fuero de 1982, destacó la carencia de una proclamación de principios, y más concretamente, llamó la atención de la «ausencia del nombre de Dios», y consideró que «persona, familia y sociedad, merecían la salvaguarda de una declaración de principios generales que las conservaran y mantuvieran en su legitimidad e integridad» («Examen crítico del Amejoramiento del Fuero de Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, 1 (1986), p. 66).

⁶² SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *El Fuero es de todos*, p. 10: «Yo creo que la moral no se puede referir a la de una confesión religiosa; pero que, sin embargo, se trata de un valor objetivo y permanente. No se trata, pues, de la moral católica sin más; pero sí de la moral que pueda abstraerse de la general opinión de los navarros, opinión reciamente configurada por la tradición católica del Reyno». Hoy día la doctrina entiende por moral «las convicciones éticas, sin que necesariamente se identifiquen con los postulados de una religión particular» (SABATER BAYLE, Elsa, *Derecho civil navarro*, p. 44).

⁶³ En algunos casos como el Derecho de familia y sucesiones, con regulaciones muy alejadas de la ortodoxia católica. *Vid.* MONREAL ZIA, Gregorio, y JIMENO ARANGUREN, Roldán, «Natu-

la recepción de los postulados conciliares tridentinos. Cabría esperar que en la revisión del Fuero Nuevo se hubiese suprimido el mencionado límite impuesto a la costumbre –no requerido a otras normas–, y que se hubiera optado por soluciones ya consignadas por otros territorios forales, como Aragón.

La costumbre, como hemos visto, es la primera fuente del Derecho (ley 2 de la Compilación de Navarra). Reviste tres modalidades (fuera de ley, según ley, y contra ley), si bien la distinción carece en Navarra de relevancia, puesto que la costumbre *contra legem* es la primera fuente, que antecede incluso a la ley escrita, en vivo contraste con el orden de fuentes del Derecho del artículo 1 del Código Civil. Por otra parte, atendiendo al ámbito territorial de aplicación, la costumbre se clasifica en general (observada en toda Navarra), comarcal y local. En todo caso, la costumbre local tendrá preferencia sobre la general (ley 3). Tras años de debate doctrinal, existe hoy cierto consenso en torno a que la costumbre aludida en la ley 3 prevalece sobre las leyes forales civiles y sobre las leyes estatales que tratan materias sobre las que Navarra, teniendo competencias para legislar, no las ha ejercitado. No prevalecería en cambio sobre otras normas civiles de competencia estatal, como por ejemplo la Ley Hipotecaria, ni tampoco sobre las normas escritas que, aunque sean forales, versen sobre materias no civiles (en este caso por disposición expresa del artículo 40 de la LORAFNA). En los casos en los que no exista una prevalencia de la costumbre, pasa a ocupar el lugar inmediatamente posterior a la ley escrita, dentro del orden de fuentes⁶⁴.

Concluimos anotando que el Derecho consuetudinario constituye el campo privilegiado de la investigación iushistórica, pues los riquísimos fondos documentales de Protocolos notariales y Procesos del Archivo General de Navarra ofrecen grandes posibilidades para rescatar las instituciones civiles que no fueron objeto de regulación en las fuentes legislativas históricas (Fueros locales, Fuero General, Fuero Reducido y leyes de Cortes).

3. EL DESMANTELAMIENTO DE LAS INSTITUCIONES Y SU INCIDENCIA EN EL PROCESO CODIFICADOR

3.1 LA CRISIS DE LOS FUEROS: UN PUNTO DE PARTIDA (1802-1812)

En el inicio de la guerra de la Independencia, el Proyecto de Estatuto que Napoleón presentó a la consideración de la Junta reunida en Bayona el 20 de junio de 1808, establecía, en su artículo 87 del título XI, la pretensión uniformizadora de la legislación civil, al disponer que «La España se gobernará por un solo Código de leyes civiles»⁶⁵. Esta solución no se correspondía con la tradi-

raleza y estructura del matrimonio y otras uniones afines en el derecho histórico hispánico, con especial atención a Navarra», *Príncipe de Viana*, LXXI, 250 (2010), pp. 501-538.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 44.

⁶⁵ *Vid.* la evolución de la redacción del artículo desde el primer proyecto de Estatuto Constitucional para España elaborado por Maret por encargo del emperador hasta llegar al artículo 87

ción francesa, pues ni el título Preliminar del *Code* ni la Ley de 30 Ventoso del año XII que daba forma al Código Civil francés como un texto único, contenían previsión alguna de que un único código debiera regir obligatoriamente en toda Francia. Los representantes navarros, Luis Gainza y Miguel Escudero, rechazaron el artículo 87 argumentando que «Navarra, Señor, tiene de tiempo inmemorial su código particular, por el cual han sido juzgados sus naturales, terminándose sus causas dentro de los tribunales de su territorio, y se prohíbe toda formación de Junta con facultad de decidir»⁶⁶. Guipuzcoanos y vizcaínos unieron sus voces a los navarros, evidenciando una estrategia común de los territorios forales⁶⁷. Sus propósitos tuvieron escaso recorrido, pues la Constitución bayonesa, promulgada el 8 de julio de 1808, estableció en sus artículos 96 y 113 que las Españas y las Indias se gobernarían por un solo Código de leyes civiles y criminales, y de Comercio. Sin embargo, las gestiones eficaces de los representantes vascos y navarros ante el emperador Napoleón y su hermano el rey José I, lograron que el artículo 144 del Estatuto aplazara la reforma foral y dejara la puerta abierta a un derecho vasco-navarro en el marco de la codificación napoleónica, aunque es posible que el precepto contemplara solamente el Derecho público. Ni el Estatuto se aplicó en Navarra, ni aquel artículo llegó a desarrollarse, por lo no pudo concretarse la posible adecuación del Derecho civil foral vasco-navarro al código hispano-napoleónico.

Años después, la Constitución gaditana de 19 de marzo de 1812 ignoró en su articulado la existencia de regímenes especiales dentro de la Monarquía, si bien los diputados catalanes lograron incluir un inciso en el artículo 258 por el que el Código Civil, el criminal y el de comercio serían «unos mismos para toda la Monarquía, *sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes*»⁶⁸.

3.2 LA DESAPARICIÓN DEL CONSEJO REAL DE NAVARRA, LA CREACIÓN DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL Y EL PROTAGONISMO DEL TRIBUNAL SUPREMO

El constitucionalismo liberal de 1812 trajo la creación de la Audiencia Territorial, que sustituyó momentáneamente al Consejo Real de Navarra⁶⁹. La

en DOMÍNGUEZ NAFRÍA, Juan Carlos, «La codificación del Derecho entre Bayona y Cádiz: el Código de Napoleón», *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 22, 2010, pp. 155-158.

⁶⁶ Cit. MONREAL ZIA, Gregorio, «Los Fueros vascos en la Junta de Bayona de 1808», *Revista Internacional de los Estudios Vascos. Cuadernos*, 4. *Les origines du constitutionnalisme et la Constitution de Bayonne du 7 juillet 1808*, Eusko Ikaskuntza, Donostia-San Sebastián, 2009, p. 267, nota 38.

⁶⁷ MONREAL ZIA, Gregorio, «Los Fueros vascos en la Junta de Bayona de 1808», p. 267. DOMÍNGUEZ NAFRÍA, Juan Carlos, «La codificación del Derecho entre Bayona y Cádiz», pp. 160-163.

⁶⁸ *Vid.* al respecto ROCA I TRIAS, M.ª Encarnación, «La codificación y el Derecho foral», *Revista de Derecho Privado* (julio-agosto, 1978), p. 596, nota 2.

⁶⁹ La nueva institución nació del principio de separación de poderes. La propia Constitución recogió las líneas fundamentales de las reformas que se emprenderían en la administración de

guerra impidió que las reformas gaditanas de la administración de justicia tuvieran efectividad práctica tanto en el conjunto español como en Navarra. El retorno de Fernando VII del exilio y la anulación por Decreto de 4 de mayo de 1814 de la Constitución⁷⁰ y de los decretos de las Cortes generales y extraordinarias, propició la supervivencia de las instituciones del reino. El restaurado régimen absolutista permitió la creación de un Colegio de Abogados en Pamplona, establecido el 12 de septiembre de 1818, previa sanción de sus Ordenanzas por las Cortes y el Virrey (13 de agosto)⁷¹. Durante el Trienio se volvieron a poner en cuestión el ordenamiento y las instituciones tradicionales del reino.

La implantación de la forma atenuada de régimen liberal en 1833-34 produjo la crisis de los Fueros⁷². La supresión de los Consejos por Martínez de la Rosa (febrero de 1834) se realizó en virtud del principio de la separación de poderes, con la pretensión de dotar de plena autonomía a los tribunales y conferir personalidad propia a la Administración. En lugar del Consejo de Castilla e Indias, se creó un Tribunal Supremo de España e Indias, instaurado por Real Decreto de 24 de marzo de 1834. En Navarra, se respetó la denominación de Consejo Real, pero fue reorganizado profundamente y equiparado funcionalmente a una Audiencia territorial, cuando hasta entonces ejercía funciones varias en el campo judicial –como tribunal supremo– y gubernativas, amén de

justicia, consistentes en la uniformidad en la organización de los tribunales de justicia sobre el principio de la unidad de fueros. Un Decreto de 17 de abril de 1812 instauró el Tribunal Supremo, institución decisiva para la transformación de las estructuras jurídicas de la nueva sociedad liberal, al poner en práctica el principio constitucional gaditano de la igualdad de los ciudadanos ante la ley. Un segundo Decreto, de 9 de octubre de 1812, desarrolló los preceptos constitucionales, y estableció el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera instancia. *Id.*, desde una perspectiva general, ALZAGA, Óscar, «La Constitución de Cádiz y el Poder Judicial», en José Antonio Escudero (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*. Tomo III, Espasa, Madrid, 2011, pp. 155-157. Y más específicamente sobre los últimos años del Consejo Real de Navarra, GARCÍA PÉREZ, Rafael, «El Consejo Real de Navarra, entre el derecho del rey y las libertades del reino (1800-1836)», *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXII, 2002, pp. 125-200.

⁷⁰ *Gaceta de Madrid*, núm. extraordinario, de 12 de mayo de 1814.

⁷¹ *Cuadernos de leyes*, vol. II, Ley CIV, pp. 367-371. La iniciativa partió de los abogados de los Tribunales Reales de Navarra, que el 7 de diciembre de 1817 presentaron para la aprobación las Cortes las ordenanzas del Colegio. La Comisión de las Cortes informó favorablemente respecto del establecimiento, pero advirtió, entre otros aspectos, que la nueva institución debería establecer una Academia práctica para enseñar «fundamentalmente el Fuero y Leyes de este Reyno; y la práctica de sus Tribunales». El Consejo Real admitió bajo su protección al Colegio de Abogados por Decreto de 10 de diciembre de 1819, pero la *Muy Ilustre Academia de Jurisprudencia de Pamplona* no comenzó su andadura hasta 1826, y siempre se preocupó por el conocimiento y la preservación del derecho foral navarro (GALÁN LORDA, Mercedes, *El Derecho de Navarra*, pp. 223-228 y 231).

⁷² El Real Decreto de 30 de noviembre de 1833 que dividió el territorio nacional en provincias, obligó a ajustar la nueva realidad a las necesidades de la administración de justicia. Al reino de Navarra no le afectaron, todavía, las medidas uniformadoras impulsadas por el Gobierno para hacer coincidir las demarcaciones judiciales con las administrativas, y en base a las mismas, realizar una distribución proporcionada del territorio en Audiencias. Por su parte, el Decreto de 26 de enero de 1834 dispuso que todos los Tribunales superiores de las provincias se denominarían Reales Audiencias, a excepción del Consejo Real de Navarra y las Audiencias de Canarias y Mallorca. Las Audiencias quedaron constituidas como tribunales de justicia de apelación, civil y criminal.

la competencia de dictaminar las leyes de Cortes. Se suprimió el tribunal de la Corte Mayor. El Reglamento provisional para la Administración de Justicia, de 26 de septiembre de 1835, reformó algunos aspectos de las Audiencias e introdujo modificaciones en el Tribunal Supremo para favorecer la unidad del procedimiento⁷³. La nueva ordenación orgánico procesal de 1835 se completó con la Ordenanza para las Audiencias, promulgada por el Real Decreto de 19 de diciembre de 1835, que reguló todas las cuestiones relativas a las competencias, miembros y abogados y procuradores con las Reales Audiencias⁷⁴.

Se precipitaba el final del reino de Navarra, que se hallaba exhausto como consecuencia de la guerra carlista. El año 1836 estuvo salpicado de constantes contrafueros del poder central liberal. Desaparecieron por Real Decreto el Tribunal fiscal de Navarra, la Cámara de Comptos, y en lo que a nosotros concierne, los Tribunales Reales de Navarra fueron sustituidos por la Audiencia Territorial de Pamplona⁷⁵. Fijado también el nuevo marco normativo, era cuestión de que el Gobierno encontrara una coyuntura propicia, la de disponer de fuerzas para aplicarlo y para instaurar en las provincias forales la primera instancia. Frente al avance de las medidas unificadoras, los carlistas presentaron las «Bases bajo las cuales Navarra y las provincias Vascongadas seguirán adheridas a la monarquía de Carlos V» (27 de mayo de 1828)⁷⁶.

⁷³ El Título V del Reglamento atribuía al Tribunal Supremo de España e Indias el conocimiento en primera y segunda instancia de algunas causas criminales o sobre jurisdicciones de señoríos y diezmos que antes eran competencia del Consejo de Castilla, pero carecía de normas sobre recusaciones, plazos para personación, y especificación de los recursos y asuntos que quedaban fuera de la jurisdicción ordinaria como los eclesiásticos y militares.

⁷⁴ SAINZ GUERRA, Juan, *La Administración de Justicia en España (1810-1870)*, EUEDEMA, Madrid, 1992.

⁷⁵ La subdivisión de las provincias en partidos judiciales y la creación en el mes de abril de dichos partidos continuaron el camino de transformar a fondo el sistema judicial navarro: nos referimos al *Reglamento provisional para la Administración de Justicia* de 26 de septiembre de 1837 –que se completaría en 1844 con el de Primera Instancia–. Se creaban unos jueces letrados y de primera instancia al tiempo que mantenía los tres tipos de proceso. De haberse aplicado toda esta normativa de inmediato, hubiera supuesto la pérdida de la competencia en materia de primera instancia de los alcaldes forales, es decir, desaparecía por completo la justicia foral. Pero es dudoso que se aplicara ni tan siquiera en la capital: sin duda el estado de guerra fue decisivo, aunque no hay que descartar que se aprovechó la circunstancia de la contienda bélica para oponer una resistencia pasiva a una legislación estatal reputada antiforal, actitud defensiva típica de la etapa precedente. Está por estudiar cuándo se establecieron en Navarra los juzgados ordinarios de primera instancia, quizás a partir de 1834, y en todo caso, después de la guerra.

⁷⁶ Navarra y las provincias Vascongadas formarían otras tantas repúblicas independientes, federativas de la monarquía española (base 1.^a). El reino navarro se gobernaría «según sus fueros en el estado que tenían cuando se agregó a la Corona de Castilla en el año 1512, con las modificaciones que exijan las circunstancias» (base 3.^a). Los jueces de los tribunales superiores serían nombrados por el rey, y administrarían justicia en su nombre. Podrían ser castellanos, «pero sus funciones se limitarán a determinar pleitos y juzgar las causas criminales que fueren en apelación de los juzgados inferiores con arreglo a las leyes» (base 13.^a). Estos juzgados inferiores serían «desempeñados por navarros nombrados por el rey a propuesta de tres hecha por las Cortes o su Diputación, cuando no se hallaren reunidas» (base 14.^a). ESTORNÉS LASA, Idoia, *La construcción de una nacionalidad vasca. El Autonomismo de Eusko Ikaskuntza (1918-1931)*, Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 1990, apéndice documental núm. 1, p. 571.

El hecho cierto es que, finalizada la guerra, en noviembre de 1839, tras la Ley de 25 de octubre, no vuelve a mencionarse la cuestión de los tribunales⁷⁷.

3.3 EL FINAL DEL REINO DE NAVARRA (1839-1841) Y EL DERECHO CIVIL EN LA LEY DE 16 DE AGOSTO DE 1841

El 31 de agosto de 1839 el Convenio de Bergara ponía fin a la primera guerra carlista. El general Baldomero Espartero se comprometió «a proponer a las Cortes la concesión o modificación de los Fueros». En aplicación del Convenio, el Gobierno elevó un Proyecto de Ley a las Cortes (11 de septiembre de 1839), en el que se confirmaban íntegramente, a través de su primer artículo, los fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra. Nada se decía del sometimiento a los preceptos constitucionales, aunque se efectuarían las modificaciones necesarias para amoldarlos a la Constitución.

La Ley de 25 de octubre de 1839⁷⁸ confirmó «los fueros de las provincias Vascongadas y de Navarra, sin perjuicio de la unidad constitucional de la monarquía» (art. 1.º), y ordenó al Gobierno proponer a las Cortes la actualización de los fueros oyendo antes a las provincias afectadas (art. 2) ⁷⁹. Así pues, el arreglo tendría que estar sujeto a los términos introducidos en el debate de la ley por la mayoría parlamentaria y al principio de la unidad constitucional.

En aquel nuevo contexto cobraba especial importancia el artículo 4.º de la Constitución de 1837 («unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales»). El artículo contó con los votos favorables de los representantes navarros, Armendáriz y Muguero. El primero de ellos aclaró en la discusión previa que, aceptando el principio de la unidad legislativa, la entrada en vigor del mencionado artículo no supondría la derogación inmediata del Derecho navarro y su sustitución por el castellano entonces vigente, sino que tales derogación y sustitución sólo tendrían lugar una vez formados los nuevos Códigos generales⁸⁰.

⁷⁷ El caso no fue el mismo en las Provincias Vascongadas, donde fue mayor la resistencia a la implantación de los tribunales ordinarios, como podrá observarse en el artículo de la segunda parte de este monográfico que realizará Gregorio Monreal Zia.

⁷⁸ En el debate que precedió a la Ley de 25 de octubre de 1839 salió a relucir lo concerniente al mantenimiento del Derecho privado y procesal. En las sesiones plenarias del Parlamento las únicas intervenciones de interés sobre esta materia corrieron a cargo de Madoz y Luzuriaga, dos señaladas personalidades liberales, el último uno de los padres del proyecto de Código Civil de 1851 que abolía las legislaciones civiles forales.

⁷⁹ «Ley de 25 de octubre de 1839», *Colección de las Leyes, Decretos y Declaraciones de las Cortes, y de los Reales Decretos, Órdenes, Resoluciones y Reglamentos Generales*, Imprenta Nacional, Madrid, 1842, tomo XXV-VII, pp. 491-492. ESTECHA, José María, *Régimen Político y Administrativo de las Provincias Vasco Navarras*, Imprenta Provincial, Bilbao, 1918, p. 16.

⁸⁰ A lo que añadía que «cuando a un país amante al extremo de sus leyes se le van a subrogar otras nuevas, debe procurarse que sean lo más perfectas en lo posible, a fin de que sea menor la oposición o resistencia que generalmente lleva consigo la novedad en esta materia, y se desvanezca la prevención que hay siempre en favor del régimen antiguo». *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 153, de 29 de marzo de 1837, p. 2.361. *Cit.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE

La Diputación de Navarra aprobó, en su sesión de 1 de abril de 1840, las *Bases y condiciones para la modificación de los Fueros*, cuyo apartado 9.º indicaba que «el sistema judicial seguirá en Navarra en la forma que disponen o dispusieren los reglamentos generales; pero conservando del todo la legislación civil y criminal, usos y costumbres, en la parte dispositiva hasta que se publiquen los Códigos, en cuyo caso regirán también en Navarra, aunque sin efecto retroactivo, respecto de los derechos adquiridos»⁸¹. El Gobierno español dio por bueno el contenido de aquellas *Bases* en la primera reunión negociadora con la Diputación de Navarra (23 de junio de 1840). Las negociaciones culminaron con la redacción de un Convenio, que, hasta que se modificasen los Fueros por una Ley, entró en vigor provisionalmente por Decreto de 15 de diciembre de 1840. El Derecho civil navarro quedaba, por el momento, salvaguardado por cuatro disposiciones incluidas en el epígrafe *Administración de Justicia*⁸².

El Gobierno presentó aquel Convenio como Proyecto de Ley a las Cortes. La Comisión del Congreso de los Diputados introdujo enmiendas que, según Jaime Ignacio del Burgo, fueron realizadas de común acuerdo entre el Gobierno y los representantes de Navarra en las Cortes, que habían recibido de la Diputación instrucciones al efecto⁸³. Las enmiendas supusieron la supresión de la disposición quinta relativa al nombramiento de magistrados y jueces concedores de su legislación privativa⁸⁴.

Y ALDAZ, Carlos, y PABLO CONTRERAS, Pedro Valentín de, *Derecho civil navarro y codificación civil en España*, p. 69, nota 13.

⁸¹ *Bases y condiciones para la modificación de los Fueros*, 1 de abril de 1840, núm. 9.

⁸² Decreto de la Regencia de 15 de diciembre de 1840, mandando observar en Navarra ciertas disposiciones hasta tanto que se verifique por medio de una ley la modificación de sus fueros:

2.º La administración de Justicia en Navarra, en la parte dispositiva, seguirá en los mismos términos que en la actualidad, hasta tanto que teniéndose en consideración las diversas leyes privativas de todas las provincias del Reino, se formen los Códigos generales que deben regir en toda la Monarquía.

3.º En la parte orgánica y de procedimiento será en todo conforme a lo establecido o que se establezca para los demás Tribunales de la Nación, sujetándose a las variaciones que el Gobierno supremo estime convenientes en lo sucesivo. Pero siempre deberá conservarse en la capital de la provincia la Audiencia.

4.º El Tribunal Supremo de Justicia tendrá sobre los tribunales de Navarra, y en los asuntos que en éstos se ventilen, las mismas atribuciones y jurisdicción que ejerce sobre todos los del Reino, según las leyes vigentes, o que en adelante se establecieren.

5.º El Gobierno, en la provisión de plazas de magistrados y jueces de Navarra tendrá presente por ahora, y en la forma que estime, la conveniencia y aun necesidad de que sean concedores de su legislación privativa.

Vid. ORDUÑA REBOLLO, Enrique, y COSCULLUELA MONTANER, Luis, *Historia de la legislación de Régimen local*, Iustel, Madrid, 2008, núm. 36.

⁸³ BURGO TAJADURA, Jaime Ignacio del, *Origen y fundamento del régimen foral de Navarra*, Diputación Foral de Navarra, Aranzadi, Pamplona, 1968, p. 427. Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, y PABLO CONTRERAS, Pedro Valentín de, *Derecho civil navarro y codificación civil en España*, p. 68.

⁸⁴ *Diario de Sesiones del Congreso*, núm. 104, de 15 de julio de 1841, p. 2.283; y *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 66, de 7 de agosto de 1841, p. 916, y núm. 67, de 9 de agosto de 1841, p. 929.

El texto del artículo segundo pasó a la Ley de Modificación de Fueros de 16 de agosto de 1841⁸⁵. La negociación navarra en el ámbito judicial se concretó también en los artículos 3 y 4 del texto legal. Navarra aceptaba la autoridad del Tribunal Supremo y la implantación de los tribunales ordinarios en su territorio. Se configurarían con arreglo a la planta orgánica común, siguiendo también el procedimiento ordinario. Los negociadores consiguieron la garantía legal de que la Audiencia seguiría en Pamplona y el mantenimiento de la legislación civil hasta la elaboración de Códigos generales aplicables en el Estado.

3.4 LA CONSTITUCIÓN DE 1845 Y EL PROYECTO DE FLORENCIO GARCÍA GOYENA (1851)

La Constitución de 23 de mayo de 1845, continuó la tradición constitucional española y se limitó a recoger en su artículo 4.º que «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía». En la discusión del texto, al igual que había ocurrido en 1837, un diputado navarro, el Barón de Bigüézal, defendió la vigencia del derecho navarro⁸⁶. El diputado Díaz Cid le contestó que tanto en Navarra como en las demás provincias españolas con legislaciones privadas, seguirían rigiendo sus respectivos cuerpos legislativos.

Entre tanto la nueva Comisión General de Códigos, creada en 1843, inició una intensa actividad codificadora. La Comisión terminó en 1846 el proyecto de Código Civil. Era obra del navarro Florencio García Goyena, y estaba inspirado en el texto napoleónico, pero manteniendo la tradición española en numerosas instituciones. Remitido el Proyecto en 1851 al Gobierno, no llegó a prosperar, entre otras razones, por la entonces denominada *cuestión foral*, abanderada por la Escuela histórica de los juristas catalanes —encabezada por el político y catedrático de derecho mercantil de Barcelona, Manuel Durán i Bas⁸⁷—, y el peso, cada vez mayor, de las ideas regionalistas. A tenor del artículo 4.º de la Constitución de 1845, la aparición del *Código Civil* hubiera supuesto la vigencia general del texto codificado en todo el territorio español, por lo que habrían desaparecido los derechos civiles forales. La doctrina foralista navarra ha calificado al Proyecto de 1851 de «antiforal»⁸⁸.

⁸⁵ Ley de Fueros de 16 de agosto de 1841 (*Gaceta de Madrid*, núm. 1.498, de 19 de agosto de 1841).

⁸⁶ «En el Convenio de Vergara, que hasta ahora rige en mi país [parece confundirlo con la Ley de Fueros de 1841], se dice que seguirá el Código de Navarra mientras no se presenten o planteen los nuevos para toda la Monarquía. Sin duda se estipuló esto por no haber querido llevar allí las confusas leyes que aquí rigen, ya que aquel país tenía la fortuna de tenerlas más claras. Quiero, pues, que conste aquí que no se trata con este artículo que ahora se pone, de alterar lo que en el Convenio de Vergara se estipuló». *Diario de Sesiones de las Cortes*, núm. 32, de 15 de noviembre de 1844, pp. 464 y siguientes. Cfr. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, y PABLO CONTRERAS, Pedro Valentín de, *Derecho civil navarro y codificación civil en España*, p. 70.

⁸⁷ FIGUERAS PÀMIES, Montserrat, *La Escuela Jurídica catalana frente a la Codificación española. Durán i Bas: su pensamiento jurídico-filosófico*, Bosch, Barcelona, 1987.

⁸⁸ SALINAS QUIJADA, Francisco, «Navarra en el Proyecto isabelino de Código Civil de 1851 y en las *Concordancias* de García Goyena», *Príncipe de Viana*, XLV, 173, 1984, pp. 655-696.

El fracaso del Proyecto hizo que se optara por la publicación de leyes especiales (Enjuiciamiento civil –1855–, Hipotecaria –1861–, Aguas –1866–, etc.). Destaca por su incidencia en la pérdida de entidad del Derecho navarro la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, escasamente reformista pero que contribuyó a la aplicación del Derecho histórico castellano y romano-canónico en detrimento del navarro y de los demás territorios forales⁸⁹. A partir de esta Ley, la labor del Tribunal Supremo fue crucial, pues mediante el recurso de casación civil fueron actualizándose las costumbres y los viejos textos jurídicos, casi exclusivamente castellanos, adaptándolos a la nueva realidad social, económica y constitucional española⁹⁰. Es este el punto de partida en donde hay que situar la progresiva castellanización del contenido de las sentencias judiciales referentes a Navarra, cuestión a la que nos hemos referido en el apartado dedicado a las fuentes del Derecho.

También cabe señalar la incidencia que tuvo la entrada en vigor de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861, pues con ella quedó seriamente afectado el régimen de publicidad inmobiliario del Derecho navarro⁹¹, lo que provocó la reacción de la Diputación, que elevó varias memorias para «remover los obstáculos» que en su opinión existían para la aplicación de la Ley Hipotecaria en el viejo reino⁹².

3.5 LA INCIDENCIA DE LA LEGISLACIÓN DEL SEXENIO DEMOCRÁTICO EN NAVARRA (1868-1874)

Durante el Sexenio liberal quedó apuntalada la tendencia centralizadora del Derecho civil codificado. El gobierno provisional surgido tras La Gloriosa promovió el Proyecto de Libro I de Código Civil presentado por el ministro Romero Ortiz el 21 de mayo de 1869, en consonancia con la Constitución aprobada el 6 de junio de 1869. El artículo 91 del texto constitucional establecía que unos mismos Códigos regirían «en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes. En ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales». A lo que añadía, el artículo 92, que «los Tribunales no aplicarán los reglamentos generales, provinciales y locales sino en cuanto estén conformes con las leyes». Se mantenía, pues, la posibilidad de una futura

⁸⁹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, «Estudio histórico externo de la Ley de enjuiciamiento civil de 1855», *Temas del ordenamiento procesal. Historia. Teoría general*, I, Tecnos, Madrid, 1969, pp. 19-111.

⁹⁰ BARÓ PAZOS, Juan, *La Codificación*, pp. 196-197.

⁹¹ Analizado por Margarita SERNA VALLEJO, «La peculiaridad del régimen jurídico inmobiliario en Navarra (siglos XIII a XIX)», en Virginia TAMAYO (ed.), *Jornadas sobre el Estado de la cuestión del Derecho histórico de Euskal Herria (San Sebastián, 20-21 diciembre de 1993)*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1995, pp. 321-346.

⁹² *Vid.* más extensamente, PABLO CONTRERAS, Pedro de, «La reacción navarra ante la Ley Hipotecaria de 1861», pp. 13-34. SERNA VALLEJO, Margarita, *La publicidad inmobiliaria en el derecho hipotecario histórico español*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España-Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pp. 501-510.

convivencia entre el Código Civil y las legislaciones especiales. Entre tanto, nuevas leyes especiales continuaron completando la regulación del Derecho civil español.

3.6 LA CONSTITUCIÓN DE 1876

La Constitución canovista de junio de 1876 dividía, en sus artículos 75 y 76, el contenido del artículo 91 de la Constitución precedente de 1869⁹³. Ninguno de estos artículos, ni siquiera el 258 de Cádiz, se referían expresamente a la conservación de las legislaciones forales, aunque objetivamente lo permitía, algo que, a la postre, fue confirmado en las dos décadas siguientes⁹⁴.

3.7 LA MEMORIA DE ANTONIO MORALES GÓMEZ (1884)

Como es sabido, la Sección de lo Civil de la Comisión General de Codificación, constituida tras el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, partía de la premisa de que el futuro Código Civil tendría en cuenta de algún modo los Derechos forales, y por ello integró también a letrados de los territorios forales de Cataluña, Aragón, Navarra, Provincias Vascongadas, islas Baleares y Galicia.

⁹³ Artículo 75. Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes. En ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales.

Artículo 76. A los Tribunales y Juzgados pertenece exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales, sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer se ejecute lo juzgado.

⁹⁴ Así se vio, por ejemplo, en la discusión en el Senado del Proyecto de Ley de Bases de 1885, cuando el senador Marqués de Seoane planteó la posibilidad de considerar inconstitucional el mantenimiento de los sistemas territoriales (Senado, 26 de febrero de 1885, *Diario de sesiones*, núm. 72, 1380). El ministro Silvela respondió que el mandato del artículo 75 de la Constitución de 1876 se tendría que cumplir en dos etapas. La primera, relativa al Código Civil, «en el cual no hay variación, sino la más absoluta unidad, formado en el cumplimiento de la primera parte del precepto, para que sea ley en 49 provincias españolas, que están dispuestas a recibirlo como tal. Segunda etapa: cuando tratemos de las provincias forales, si hay que introducir una o varias modificaciones en el Código perfectamente uniforme que hoy se discute, entonces será oportuno que invoque el Gobierno la facultad que le concede el artículo de la Constitución en su segunda parte. No se trata, pues, señor Marqués de Seoane, de la variación que hagamos en el Derecho castellano: todo el Código ha de contener las reformas que en un momento dado sean necesarias para las instituciones. Antes era preciso que todas, absolutamente todas las instituciones rigieran de igual suerte en las 49 provincias de España y esto mismo ha dicho la Constitución de 1876 al disponer que unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía. Pero añade: salvo las variaciones que en algunas instituciones determinen las leyes. Así, cuando vengamos aquí con las reformas necesarias en la legislación foral; cuando hagamos uso de la segunda parte de este artículo constitucional (porque lo que presentamos ahora es un Código que ha de regir únicamente en 40 provincias hemos establecido cumplimiento la primera parte de este artículo), si vemos que hay una, dos o tres instituciones que en esas provincias forales deben conservarse, entonces habrá llegado la hora de invocar, repito, la segunda parte del precepto constitucional» (Senado, *Diario de sesiones*, núm. 72. Sesión de 26 de febrero de 1885, 1380-1381). Cit. ROCA TRÍAS, Encarna, *El Código Civil, derecho supletorio*, p. 539.

El Decreto exigía a las distintas regiones con derecho propio la confección de unas memorias en las que se contuvieran las principales instituciones forales que debían conservarse para evitar la desaparición de sus respectivos regímenes jurídicos. La correspondiente a Navarra la realizó el representante de la provincia en la Comisión de Códigos, el jurista Antonio Morales Gómez, en virtud de la orden del ministro de Justicia, Saturnino Álvarez, compañero y amigo suyo. No se buscó, por tanto, una extraordinaria competencia técnico-jurídica, sino la confianza política. El propio Morales reconoció que no era la persona más capacitada para llevar a cabo esta tarea⁹⁵.

Morales quiso revestir de cierto carácter formal el proceso. Encargó dos informes relativos a las instituciones forales que debían conservarse en el futuro Código Civil español, uno a la Asociación Euskara de Navarra –en cuyo seno investigaban los estudiosos del Derecho navarro–⁹⁶, y otro al Colegio de Abogados, del que se conservan varios ejemplares⁹⁷. Ambos informes, que inciden en la singularidad del Derecho navarro, muy alejados de las pretensiones gubernamentales, no fueron del agrado de Morales, que ni siquiera los mencionó en su Memoria. Adelantándose a las críticas, justificó su desconocimiento de las fuentes históricas navarras y su más que evidente desacuerdo con los defensores del derecho foral refiriéndose al «carácter eminentemente práctico» de la Memoria⁹⁸.

⁹⁵ «Alejado el autor del estudio de las leyes y de la práctica de la profesión, fue sorprendido por el nombramiento, del que por primera vez tuvo noticia al leerlo en la *Gaceta*, y afectuosa carta del Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia D. Saturnino Álvarez Bugallal vino á explicarle los motivos que no podía en modo alguno comprender hubieran presidido para tan poco acertada elección. El haber compartido ocho años las tareas escolares; el haber dado juntos los primeros pasos en la carrera, hizo nacer cariñoso compañerismo, y á través de tan engañoso prisma vio el compañero en el compañero, lo que el Sr. Ministro no hubiera visto nunca en el oscuro abogado; y le buscó en su modesto retiro; y reclamó su pobre esfuerzo en pro de un proyecto de Codificación civil que ha de ser á no dudarlo glorioso é imperecedero timbre para el señor Ministro que lo planteó enfrente de corrientes contrarias que venían ejerciendo fuerte presión, como ha de serlo también para los Sres. Ministros que con tanto acierto lo secundan y perfeccionan. Ahora, dígame por todo el que de honrado, agradecido y leal se precie, si era lícito devolver el nombramiento, si no valía más pasar, aun por las amarguras del vergonzoso desencanto, y de las críticas más acerbas. La aceptación era pues un deber, y los deberes no se miden en su extensión antes de cumplirlos: se cumplen llegando hasta donde buenamente se pueda». MORALES Y GÓMEZ, Antonio, *Memoria*, p. II.

⁹⁶ *Revista Euskara*, año 3, pp. 161-168.

⁹⁷ GALÁN LORDA, Mercedes, *El Derecho de Navarra*, p. 231.

⁹⁸ «... ha sido preciso huir en lo posible de entrar en investigaciones histórico-legales, y de dar excesiva extensión al exámen filosófico de las graves cuestiones de derecho comparado, huyendo de disertaciones académicas, y procurando dar un carácter eminentemente práctico á esta Memoria, que hubiera sido pretencioso empeño detenerse en examinar las diversas escuelas, los diferentes sistemas, tan debatidos en el libro por tantos ilustres jurisconsultos, lugar más apropiado que el de una Memoria; y únicamente en lo que relacionarse pueda con los resultados prácticos de la aplicación de una ú otra escuela, de uno ú otro sistema en el territorio de Navarra, es en lo que se han hecho algunas, no muchas, consideraciones filosófico-legales; no olvidando nunca el sábio precepto de que las leyes deben ser acomodadas á los hombres tales como son en sí, y á las sociedades tales como están constituidas: esto es, que las leyes no deben ser más, sino la expresión de las verdaderas necesidades de los pueblos». MORALES Y GÓMEZ, Antonio, *Memoria*, pp. 5-6.

La Memoria fue impresa por la Diputación Foral y Provincial en 1884. En palabras del propio Morales, esta institución quiso demostrar con esta publicación «su constante celo por los intereses que le están confiados; su amor á la ley pactada de 16 de agosto de 1841, en cuyo artículo 2.º se consignó lo relativo á la legislación civil, y á la reforma que hoy se lleva á cabo»⁹⁹. En el prólogo explica el proceso de elaboración de la Memoria, y es en la introducción de ella donde declara las leyes e instituciones del Derecho navarro que han de preservarse como excepción de la ley general (singularmente la libertad de testar y de disposición de bienes, el usufructo de viudedad, y el contrato de matrimonio en cuanto a su régimen económico). El grueso de la Memoria está constituido por un extenso articulado siguiendo la estructura del Proyecto de Código de 1851 –que el Decreto de 2 de febrero de 1880 señalaba como base para los trabajos del nuevo–, «tanto en la división de los libros y materias como en todos y cada uno de sus artículos», aunque sería susceptible de variación cuando se promulgase el futuro Código Civil¹⁰⁰. Ponía en relación cada artículo con la legislación vigente en Navarra, y proponía, en su caso, la adopción, rectificación o supresión de cada uno.

Las opiniones de los foralistas navarros, siempre contrarias y extremadamente críticas con esta Memoria, contrastan con las loas que recibió del que fuera secretario de la Comisión de Códigos, José María Antequera, que la consideró «un trabajo especial en su clase, un detenido y razonado estudio del Proyecto de 1851 desde el punto de vista que interesaba á la región navarra»¹⁰¹.

3.8 PROYECTOS DE BASES (1881, 1885 Y 1888) Y CÓDIGO CIVIL (1889)

El malogrado Proyecto de Bases del Código Civil presentado por el ministro de Gracia y Justicia, Manuel Alonso Martínez, el 22 de octubre de 1881, que no llegó siquiera a discutirse, otorgaba a las provincias forales el derecho de opción «entre sus peculiares instituciones y la legislación general del Reino»¹⁰².

El 7 de enero de 1885 Francisco Silvela, ministro de Gracia y Justicia, presentó en el Senado un nuevo Proyecto de Ley de Bases, que allanaba las dificult-

⁹⁹ MORALES Y GÓMEZ, Antonio, *Memoria*, p. IX.

¹⁰⁰ MORALES Y GÓMEZ, Antonio, *Memoria*, p. V.

¹⁰¹ ANTEQUERA, José María, *La Codificación moderna en España*, p. 136.

¹⁰² BARÓ PAZOS, Juan, *La Codificación*, p. 248. En concreto, la Exposición de motivos expresaba la conservación del derecho foral a cambio de admitir como único supletorio al Código, al afirmar que «aquellas instituciones jurídicas que en cada provincia de régimen foral deban conservarse por ahora, a condición de que aquel Código constituye en adelante su derecho supletorio, en lugar de las Decretales y Códigos romanos». Por su parte, la base 17 toleraba la conservación de los derechos territoriales, en tanto éstos aceptasen como único supletorio el futuro Código Civil, además de suprimir la vigencia con carácter subsidiario del Derecho romano y el canónico «para aproximarse a la uniformidad de la legislación en todo el Reino, se trasladarán al Código Civil en su esencia, las instituciones forales que por su índole pueden y deben constituir con ventaja común, el derecho general de los ciudadanos españoles [...] En consecuencia con lo dispuesto en párrafos anteriores, con la publicación del Código Civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias donde hoy se aplican como derecho supletorio (Cit. ROCA TRÍAS, Encarna, *El Código Civil, derecho supletorio*, pp. 541-542).

tades que hasta entonces planteaban los territorios con ordenamiento civil propio¹⁰³. La Cámara Alta propuso una Comisión nombrada con el objeto de preparar el proyecto de la Ley de Bases, de la que formó parte el propio Silvela, y que modificó la redacción del artículo 5.º. Estableció que «las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio»¹⁰⁴. Se abrió entonces un agrio debate, primero en el Senado y posteriormente en el Parlamento. El diputado a Cortes por Pamplona, el abogado carlista Romualdo Cesáreo Sanz y Escartín, defendió con ardor el derecho navarro¹⁰⁵. No intervino en el debate el conservador Javier Castejón y Elío, marqués del Vadillo, diputado a Cortes por la provincia de Navarra y catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Central. Esta figura clave en la política liberal del momento, indicaba en un prólogo rubricado el 26 de marzo de 1888 que haría «fervientes votos por que la obra de la Codificación general en nuestra patria no ahogue cuanto de vital y propio, cuanto de verdaderamente progresivo, encierra en su seno la Legislación especial de Navarra»¹⁰⁶.

El debate culminó con la Ley de Bases sancionada por la reina María Cristina el 11 de mayo de 1888 y su correspondiente artículo 5.º¹⁰⁷. Los represen-

¹⁰³ BARÓ PAZOS, Juan, *La Codificación*, p. 249. A través del artículo 5.º Silvela proponía una fórmula de transacción con los representantes de las regiones forales: «En las provincias y territorios en que subsiste derecho foral seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones legales, usos y costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho romano y el canónico». La Exposición de Motivos del Proyecto explicaba la aplicación supletoria del Código restando importancia a las dificultades, «pues las instituciones y materias en las que el actual derecho supletorio completa la legislación foral positiva, son bien conocidas y estudiadas y el Código tendrá muy escaso empleo, quedando sólo como doctrina que pueda resolver algún caso raro, puesto que el pensamiento de la Ley no es alterar nada de lo existente, substituir ninguna fórmula legal o consuetudinaria que hoy se respete o aplique por otra distinta, sino llenar algún vacío, suplir alguna deficiencia en aquello que no contradigan el régimen actual; no se trata, pues, de que desaparezcan el Derecho romano y las Decretales en cuanto ellos contemplan instituciones forales o desenvuelven en armonía de principios su sentido, sino de que el nuevo cuerpo legal se admita también para suplir los vacíos que esas legislaciones no hayan llenado ya». Senado. Proyecto de Ley facultando al Gobierno para publicar un Código Civil con sujeción a las condiciones y bases que en dicho proyecto se establecen (*Diario de Sesiones*, apéndice al núm. 54, 12 de enero de 1885, 1-8. Cit. ROCA TRÍAS, Encarna, *El Código Civil, derecho supletorio*, p. 543).

¹⁰⁴ Proyecto presentado por la Comisión del Senado el 14 de febrero de 1885. Cit. ROCA TRÍAS, Encarna, *El Código Civil, derecho supletorio*, p. 543.

¹⁰⁵ HERRERO GUTIÉRREZ, Rosario, y VALLEJO ÚBEDA, María Ángeles (ed.), *El Código Civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*, Senado, Madrid, 1989, vol. I, B.1.1888, pp. 812-817, 822, 829-831; B.3.1888, pp. 937-939, 950.

¹⁰⁶ CASTEJÓN Y ELÍO, Javier, Prólogo, en «Biblioteca Judicial», *Legislación foral de España. Derecho civil vigente en Navarra*, Establecimiento Tipográfico de Pedro Núñez, Madrid, 1888, 2 tomos en 1 vol., tomo 1, p. 15.

¹⁰⁷ Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, artículo 5.º: «Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su

tantes navarros en el Congreso y en el Senado rechazaron frontalmente el tratamiento foral de la referida Ley. El senador Cayo Escudero y Marichalar¹⁰⁸, abogado corellano contrario a los *éuskaros*, pero que en relación a los fueros participaba de la opinión mayoritaria en la provincia, llegó a afirmar que:

Nuestra legislación no es fuero, es ley, y tan perfecta como la que puede hacerse ahora, porque Navarra, á pesar de su pequeñez y del fraccionamiento que por ser española (y por ello se honra desde muy antiguo) ha sufrido, tiene una legislación que ha respondido perfectamente á las necesidades del país, viniendo además ahora las legislaciones modernas en muchos casos á darle la razón. [...]

Y aquí debo hacer constar nuevamente que el derecho navarro no es foral, sino legal, más legal que ninguno de España, porque está hecho en Cortes. Nosotros, aparte de nuestro antiguo fuero, no tenemos ninguna ley que no haya sido aprobada en Córtes; y no quiero descender á detalles sobre la manera como se hacían las leyes de aquellas Córtes de Navarra [...] ¹⁰⁹.

Romualdo Cesáreo Sanz hizo lo propio en las Cortes¹¹⁰. También la criticó la Diputación Foral. Por acuerdo de 13 de febrero de 1889, la Diputación encargó un *Dictamen* al Colegio de Abogados, emitido con fecha de 15 de marzo. De conformidad con el texto, el *Código Civil* no regiría en Navarra en ninguna de sus partes, ni siquiera como derecho supletorio, y ello en virtud del artículo 2 de la Ley de 16 de agosto de 1841¹¹¹. Finalmente, el artículo 5 de la Ley de Bases

actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales».

¹⁰⁸ Sus intervenciones en HERRERO GUTIÉRREZ, ROSARIO, y VALLEJO ÚBEDA, María Ángeles (ed.), *El Código Civil. Debates parlamentarios*, vol. II, A.1.1889, pp. 1187-1189, 1203-1206, 1371-1372.

¹⁰⁹ HERRERO GUTIÉRREZ, ROSARIO, y VALLEJO ÚBEDA, María Ángeles (ed.), *El Código Civil. Debates parlamentarios. 1885-1889*, vol. II, pp. 1187-1189.

¹¹⁰ *Ibid.* vol. II, B.1.1889, pp. 1452-1459, 1460-1465, 1469-1474, 1493-1498, 1661-1663, 1737-1739; B.2.1889, p. 1826.

¹¹¹ El *Dictamen* consideraba que de acuerdo con el artículo 2 de la Ley de 16 de agosto de 1841, «los Códigos que a virtud de él hayan de aplicarse sean generales», y argumentaba a partir de los artículos 12 y 13 del Código Civil que este texto «que se pretende ha de regir en Navarra» no era general: «Un Código que únicamente declara obligatorias para todas las Provincias del Reino las disposiciones contenidas en el título preliminar y en otro título de su libro 1.º y que en lo demás se limita, tocante a los territorios llamados forales, a declararlo supletorio y aun supletorio de otros supletorios, manteniendo en su primer puesto con este carácter a derechos tan copiosos y completos como el Derecho romano y el canónico, de donde puede provenir que no proceda jamás la aplicación de uno solo de esos artículos, de ninguna manera merece el dictado de general, so pena de violentar el significado propio y admitido de las voces y de poner en olvido lo que siempre y en todas partes ha entendido la ciencia del derecho por Código general. Y no siéndolo, ni mereciendo este calificativo, es indudable, así mismo, a tenor del artículo 2 de la Ley de 16 de agosto de 1841, que no ha llegado para Navarra el caso de que el novísimo Código Civil, ni aun con el carácter de supletorio siquiera, y menos con el de parcial y limitado a dos títulos, se implante en ella, perturbando toda nuestra legislación, y destruyéndola de soslayo, en parte granada», *Dictamen formulado por el Ilustre Colegio de Abogados de la M. H. Pamplona acerca del Código Civil*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1889, pp. 8-13.

se convirtió, con ligeros matices, en el artículo 12 del Código Civil, promulgado por Real Decreto de 24 de julio de 1889 y Real Orden de 29 de julio de 1889¹¹².

4. DE LOS PROYECTOS DE APÉNDICE A LA COMPILACIÓN CIVIL FORAL

4.1 ANTEPROYECTOS Y PROYECTOS DE APÉNDICE AL CÓDIGO CIVIL

Los territorios forales debían desarrollar Proyectos de Apéndice al Código Civil en cumplimiento del artículo 6 de la Ley de Bases de 1888, con el fin de recoger las instituciones propias no reguladas en el Código Civil. El concepto mismo de «apéndice» suponía –como advirtió Francisco de Asís Sancho Rebullida–, dependencia y supeditación al Código Civil¹¹³. El ministro de Justicia del gobierno conservador de Silvela, el foralista Manuel Durán i Bas, dictó los Decretos de 17 de abril de 1899 (que hacía nacer de la Comisión General de Codificación las Comisiones especiales para la redacción de los Apéndices) y 24 de abril, que organizó las citadas comisiones. La Diputación Foral hizo suyo el planteamiento, y Navarra siguió en todo momento el mismo procedimiento de los demás territorios forales.

La Comisión Especial encargada de elaborar el Apéndice navarro estaba presidida por Antonio Morales Gómez de Segura, e integrada, asimismo, por Enrique Ochoa, Joaquín García y Echarri, Carlos Isaba, Fernando Morales y los éuskaros Fermín Iñarra Echenique, Arturo Campión, y Salvador Echaide Belarra. El presidente pertenecía también a la Asociación Euskara de Navarra. Las vicisitudes que siguió el trabajo de la Comisión están por estudiar, e interesaría profundizar en la razón de ser del voto particular del presidente, que llegó a publicarlo en edición separada. Las *Leyes especiales de Navarra* de Antonio Morales fueron publicadas en 1899¹¹⁴ y 1900¹¹⁵, y reimpresas en 1904¹¹⁶. Continuaban la *Memoria* que había realizado Morales en 1884, y seguían la estruc-

¹¹² Código Civil, 1889, artículo 12. «Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las Leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título 4.º, libro 1.º»

En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus *Leyes especiales*».

¹¹³ SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «El proceso compilador en Aragón y Navarra», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 2, 1996, p. 11.

¹¹⁴ MORALES, Antonio, *Leyes especiales de Navarra*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1899. Vid. PÉREZ GOYENA, Antonio, *Ensayo de bibliografía navarra desde la creación de la imprenta en Pamplona hasta el año 1910*, tomo IX, Imprenta de Aldecoa, Burgos, 1964, núm. 7676, p. 271.

¹¹⁵ MORALES, Antonio, *Leyes especiales de Navarra*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1900. Vid. PÉREZ GOYENA, Antonio, *Ensayo de bibliografía*, núm. 7878, pp. 371-372.

¹¹⁶ MORALES, Antonio, *Leyes especiales de Navarra*, reimpresso, Imprenta Provincial, Pamplona, 1904.

tura del Código Civil, con ligeras variaciones. El resto de juristas asumieron el *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil* (1900, 1904)¹¹⁷. El texto del proyecto consignaba en letra cursiva el derecho privativo de Navarra y los artículos del Código Civil que habían sido modificados para armonizar sus disposiciones con las del Apéndice, y transcribía los artículos tomados literalmente del Código en letra redonda.

Durante unos años se ralentizó la elaboración de los Apéndices¹¹⁸, hasta que Víctor Covián y Junco realizó en 1917 un *Anteproyecto de Apéndice para Navarra*, de 155 artículos (1917), que presentó a la Comisión general de Codificación. No llegó a editarse¹¹⁹, pero sirvió de base para los trabajos de recopilación posteriores.

Durante la dictadura de Primo de Rivera los Apéndices al Código Civil recibieron un nuevo impulso, con la promulgación del aragonés (1925). Al año siguiente, la Diputación encomendó un *Informe sobre el Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil* al Colegio de Abogados de Pamplona, que fue editado en varios cuadernos¹²⁰. La tarea de la concreción sistemática del Derecho privado fue llevada a cabo por dos reputados juristas, Rafael Aizpún Santafé y Fernando Arvizu Aguado, que concluyeron su *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil* el 30 de diciembre de de 1929¹²¹. Consta de 143 artículos, una disposición final, 9 disposiciones transitorias, y 2 disposiciones adicionales.

Por su parte, la Junta directiva del Colegio Notarial de Pamplona decidió acometer un Proyecto distinto, para lo que recogieron opiniones y enmiendas de los colegiados, que celebraron diversas conferencias. Resultado de ello fue el *Apéndice de Derecho navarro al Código Civil* (1930)¹²². Posee, como el

¹¹⁷ GARCÍA Y ECHARRI, Javier; ISABA, Carlos; IÑARRA Y ECHENIQUE, Fermín; CAMPIÓN, Arturo, y ECHAIDE, Salvador, *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1900. Se reeditó en la misma imprenta en 1904. Vid. PÉREZ GOYENA, Antonio, *Ensayo de bibliografía*, núm. 7894, p. 380, y núm. 8184, pp. 536-537.

¹¹⁸ En aquel *impasse*, el presidente de la Audiencia territorial de Pamplona, Diego Espinosa de los Monteros, elaboró una *Memoria sobre las dudas notadas y apreciaciones en la aplicación de las disposiciones del Código Civil elevada al Excmo. Señor Ministro de Gracia y Justicia en virtud de la Real Orden circular de 3 de julio de 1911*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1912. Es muy deficiente su información respecto del Derecho foral, pues, como afirma el propio autor, llevaba poco tiempo en Pamplona y únicamente había dirimido «una cuestión en discordia (que careció de importancia y que estribaba más en materia procesal que sustantiva)», por lo que para la realización de su informe se valió de las notas que tomó en el tiempo que presidió la Sala de lo Civil de la Audiencia territorial de Valladolid (pp. 7-8).

¹¹⁹ COVIÁN Y JUNCO, Víctor, *Anteproyecto de Apéndice para Navarra*, 1917. Existen dos copias mecanografiadas, una en el Archivo del Colegio Notarial de Pamplona y otra en la Biblioteca de la Universidad de Navarra.

¹²⁰ Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona, *Informe sobre el Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil, aprobado por la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Pamplona*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1926.

¹²¹ AIZPÚN SANTAFÉ, Rafael, y ARVIZU AGUADO, Fernando, *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1930.

¹²² Ilustre Colegio Notarial de Pamplona, *Apéndice de Derecho navarro al Código Civil*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1930.

anterior, 143 artículos, una disposición final, 7 disposiciones transitorias –dos menos que el de Aizpún y Arvizu– y 2 disposiciones adicionales. El trabajo incluye 18 notas aclaratorias sobre la incongruencia de la doctrina articulada en el proyecto.

Tras el paréntesis de la Constitución republicana que introdujo variaciones respecto de la titularidad competencial en materias de Derecho civil, el régimen de Franco volvió a la senda de los Apéndices. El Decreto de 25 de marzo de 1938 disolvió la Comisión jurídica asesora republicana y retornó a una Comisión general de Codificación, dependiente del Ministerio de Justicia (art. 2). Para las materias de Derecho foral, el Ministerio podría «designar un vocal correspondiente a la región o regiones interesadas, cuya intervención estará limitada al asunto objeto del informe» (art. 10). Este precepto se reprodujo literalmente en el artículo 12 del Decreto de 12 de enero de 1940. La Diputación Foral navarra reemprendió en mayo de 1943 la preparación del Apéndice Foral creando una Sección de Derecho dentro de la Institución cultural Príncipe de Viana. Estaba integrada por Rafael Aizpún Santafé, Luis Arellano Dihinx, Luis Iribarren Rodríguez, Juan San Juan Otermin y Luis Oroz Zabaleta, e incorporó también a una representación del Colegio de Abogados.

El trabajo de la Sección de Derecho vio la luz como *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil* (1944)¹²³. La estructura y sistemática del texto se ajustaba a la tradición de los proyectos anteriores. Constaba de 156 artículos, el último de los cuales tomaba la forma de disposición final, además de cinco disposiciones transitorias y dos disposiciones adicionales. Al año siguiente el Anteproyecto, con ligeras variaciones, se convirtió en el *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*¹²⁴, aprobado por la Diputación el 17 de febrero de 1945. Quedó en suspenso al no ser presentado al Gobierno central para su aprobación y promulgación: para entonces se estaba barajando ya una forma singular en Navarra de participación en el proceso de elaboración del Apéndice.

En su conjunto, los mencionados anteproyectos y proyectos de Apéndice buscaban recoger las instituciones privativas del Derecho civil navarro. Pese a la buena voluntad de sus autores, se trata de piezas normativas incompletas, con muy pocos artículos, y con deficiencias sustantivas y formales. No entran a realizar una exégesis o interpretación del Derecho, lo que llevó a sostener a los detractores del Derecho navarro que «tan poca cosa foral» no merecía mantenerse¹²⁵.

Ha sido Francisco Salinas Quijada el que ha sistematizado el contenido de los apéndices precedentes, valiéndose de una tabla de correspondencia entre los distintos artículos de estos textos de Derecho navarro y su relación con el Código Civil que publicó en 1955¹²⁶, como en la exégesis que llevó a cabo en su

¹²³ *Anteproyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1944.

¹²⁴ *Proyecto de Apéndice de Navarra al Código Civil*, Imprenta Provincial, Pamplona, 1945.

¹²⁵ SALINAS QUIJADA, FRANCISCO, *Bibliografía de Derecho foral*, pp. 236-237.

¹²⁶ SALINAS QUIJADA, FRANCISCO, *El Código Civil general y el Derecho civil en Navarra en sus diferencias fundamentales*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Barcelona, 1955.

monumental tratado sobre el Derecho civil de Navarra (1973)¹²⁷. Sería prolijo descender, de la mano del abogado tudelano, a las diferencias y analogías entre el Código Civil y el Derecho navarro contemplado en cada uno de los Anteproyectos y Proyectos elaborados entre 1899 y 1945. Apuntemos únicamente, que la larga relación de las principales diferencias o discrepancias entre el orden foral navarro y el Código tal como se manifiestan en los Apéndices se hallan –siguiendo el orden de la legislación civil española– en la costumbre contra ley, el pacto contractual preferente a la ley, la condición de navarros, la capacidad de la mujer casada para aceptar herencias, el derecho de opción para el obligado a prestar alimentos, los efectos de la patria potestad en caso de segundas nupcias, la tutela, la vecindad forana, la donación universal de bienes presentes y futuros, la forma de las donaciones, las donaciones inoficiosas, el pacto sucesorio, la renuncia a la herencia futura, el testamento por medio de comisario, la capacidad para disponer por testamento, el testamento ológrafo, el testamento ante párroco, clérigo o tres testigos, el testamento de hermandad, los codicilos y memorias testamentarias, la institución de heredero (libertad de testar), la representación, la legítima foral, las sucesiones, el usufructo foral, las mandas o legados a favor del hospital, el parentesco en el orden de suceder abintestato, los bienes sujetos a reserva, el beneficio de inventario, la colación, la partición de bienes hereditarios, los efectos de la partición, las obligaciones a plazo, las capitulaciones matrimoniales, las donaciones por razón de matrimonio, la dote, la sociedad de gananciales, la separación de bienes, la carta de gracia perpetua, el retracto gentilicio o de sangre, y la prescripción.

4.2 EL DERECHO CIVIL NAVARRO EN LOS PROYECTOS ESTATUTARIOS REPUBLICANOS

Retrocedamos en el tiempo para trazar un brevísimo apunte sobre la adecuación del Derecho civil navarro al autonomismo republicano, plasmado en los proyectos estatutarios vasco-navarros¹²⁸: el de la Sociedad de Estudios Vascos, publicado en la prensa local el 31 de mayo de 1931¹²⁹, y el aprobado en

¹²⁷ SALINAS QUIJADA, Francisco, *Derecho civil de Navarra*, Aranzadi, Pamplona, 1971-1973. T. 1. *Introducción*. T. 2. *Derecho de las personas, derecho de cosas: de los bienes en general, del dominio, de la posesión*. T. 3. *Derecho de cosas, derechos reales limitados*. V. 1. *Usufructo, uso habitación y otros derechos similares, servidumbres*. V. 2. *Derecho de superficie y propiedad superficial, retractos legales, opción tanteo y retracto convencionales, garantías reales*. T. 4. *Derecho de obligaciones y contratos*. V. 1. *La obligación y el contrato en general*. V. 2. *De los contratos en particular*. T. 5. *Derecho de familia*. V. 1. *Organización de la familia*. V. 2. *Del régimen de bienes en la familia y en el matrimonio*. T. 6. *De las donaciones y sucesiones*. V. 1. *De las donaciones, sucesión contractual, sucesión testamentaria: naturaleza, formas y contenido*. V. 2. *Sucesión testamentaria (conclusión), sucesión legal, constitución, cesión y partición de la herencia*.

¹²⁸ Vid. los textos en TAMAYO SALABERRIA, Virginia y Carlos (eds.), *Fuentes documentales y normativas del Estatuto de Gernika*, Diputación Foral de Álava, Vitoria-Gasteiz, 1981, pp. 21-46.

¹²⁹ Contó en la subcomisión Navarra con los más destacados juristas del momento, de muy variada significación política (Rafael Aizpún, Santiago Cunchillos, Luis Oroz y Joaquín Beunza), a los que hay que sumar al empresario Serapio Huici.

Estella el 14 de junio de 1931¹³⁰. Ambos textos poseen la misma redacción en lo concerniente al Derecho civil, que se centraba en delimitar las competencias legislativas del Estado vasco-navarro y en establecer los requisitos de la vecindad civil¹³¹. Este articulado no entraba en colisión con el posterior artículo 15 de la Constitución el 9 de diciembre de 1931, que únicamente atribuía al Estado la competencia sobre «la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España». Tampoco con el artículo 16, que establecía que la legislación exclusiva y la ejecución directa «podrán corresponder a la competencia de las regiones autónomas... conforme a lo que dispongan los respectivos Estatutos aprobados por las Cortes». Por esta razón, el Proyecto de «Estatuto del País Vasco» redactado por las Comisiones Gestoras de las Diputaciones de Navarra, Álava, Guipúzcoa y Vizcaya el 21 de marzo de 1932, continuó manteniendo en relación al Derecho civil la redacción del Anteproyecto de la Sociedad de Estudios Vascos. En concreto, consideraba ciudadanos vasco-navarros a los efectos del Estatuto relativos al Derecho civil, «las personas que lleven diez años de residencia legal efectiva en dicho territorio y no hayan optado, por sí mismos o por sus representantes legales, por la conservación de su ciudadanía de origen, en la forma que establezcan las leyes» y «las personas que lleven dos años de residencia legal efectiva en aquel territorio y manifiesten en forma legal su voluntad de adquirir el derecho de naturaleza vasco-navarra» (art. 10.b).

La posterior salida de Navarra del proceso estatutario vasco, la falta posterior de un Estatuto propio para la provincia y el comienzo de la guerra de 1936 determinaron que la provincia foral no iniciara el camino de la renovación del Derecho civil que abrió la Segunda República.

4.3 EL CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL DE ZARAGOZA Y LA COMPILACIÓN NAVARRA

El Ministerio de Justicia asumió las conclusiones del trascendental Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza (octubre de 1946), que estableció un nuevo sistema que se alejaba del arbitrado por la Ley de Bases de 1888. Se abandonaban los Apéndices forales al Código Civil común para elaborar unas compilaciones actualizadoras de las instituciones propias del Derecho foral. El Decreto de 23 de mayo de 1947, creó Comisiones regionales de juristas, que habían de ocuparse de la tarea compiladora. La Exposición de Motivos del

¹³⁰ La comisión navarra redactora estaba compuesta por los republicanos Ruperto Cuadra, Ramón Bajo, Mariano Ansó, Francisco Rebotas; los monárquicos Miguel Gortari y Rafael Aizpún; el carlista Ignacio Baleztena; el liberal José Cabezudo; el independiente Victoriano Lacarra –sustituido pronto por Ángel Lazcano–; el nacionalista Santiago Cunchillos, el socialista Salvador Goñi, y el secretario de la gestora, Luis Oroz Zabaleta.

¹³¹ Vid. SALINAS QUIJADA, Francisco, «El Derecho privado en el Estatuto de Autonomía de la Sociedad de Estudios Vascos», *Cuadernos de Sección. Derecho*, 4 (1989), pp. 153-180.

Decreto destacaba el espíritu cristiano y de unidad nacional española que debían inspirar las futuras compilaciones¹³², valores ambos que compartían las autoridades forales de la Navarra del momento. Los autores del Proyecto de 1945 que examinábamos más arriba, veían recompensada su labor, pues el artículo 3 del Decreto permitía que los anteproyectos de compilaciones elaborados por las instituciones forales o territoriales podrían hacerse tomando por base los actuales proyectos de Apéndices¹³³.

Sendas Órdenes de 24 de junio y 23 de julio de 1947 regularon la composición de las Comisiones y el modo de designación de sus miembros. Daba comienzo un nuevo proceso de redacción del Derecho civil foral navarro, que culminaría, con notable retraso respecto del resto de derechos forales, en 1973. Desde sus primeros pasos, los gestores del proyecto marcaron diferencias con el resto de territorios forales, pues en base al carácter *paccionado* de la Ley de 1841 alegaban que cualquier modificación del Derecho civil propio debía contar con el consentimiento de la Diputación Foral. La corporación y los juristas navarros exigían que no se aplicara el mismo procedimiento de tramitación que se había utilizado en los demás casos, ya que la Compilación era una modificación del Derecho foral relacionada con la Ley paccionada. La tesis ganó el favor de algunos civilistas españoles como Jaime Santos Briz¹³⁴, si bien otros muchos se mostraron críticos o escépticos respecto de la aplicación de aquellos derechos¹³⁵. Es posible que la invocación del carácter *paccionado* no hubiera

¹³² Decreto de 23 de mayo de 1947, Exposición de motivos: «La coexistencia en España de diferentes ordenamientos civiles, reveladores en su misma variedad de la riqueza de nuestra tradición jurídica, ha planteado al legislador, desde época ya remota de la Codificación, un problema todavía no resuelto satisfactoriamente, no obstante lo preceptuado en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, y a pesar de que su solución justa y armonía debe ser preferente tarea para un estado que tenga plena conciencia de la unidad de sus destinos y de la alteza y trascendencia de los fines que está llamado a cumplir. Recogiendo el Gobierno estas conclusiones [*las del Congreso de Zaragoza*] en lo que tienen de esencial, para dar muestra una vez más de su sensibilidad ante las realidades nacionales, inicia por el presente Decreto la preparación de dicho Código general, mediante un proceso de elaboración cuya primera etapa ha de ser la compilación de las instituciones forales, lo que dará lugar a la comunicación de los distintos derechos hispánicos, en busca de principios comunes en los que se asentó el espíritu cristiano y nacional de nuestra unidad, nuestra libertad y nuestra grandeza», *Boletín Oficial del Estado*, 12 de junio de 1947.

¹³³ Habría de llegarse «a una sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente, adaptándose a la sistemática del Código Civil y evitando coincidencias y repeticiones» (Decreto de 23 de mayo de 1947, art. 3). *Idem*.

¹³⁴ SANTOS BRIZ, Jaime, «La codificación del Derecho foral de Navarra (Anteproyecto de 1971)», *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 1971, pp. 1149-1157. En concreto, en las pp. 1151-1152 recuerda el arraigo de la concepción paccionada en Navarra y que, «cualquiera que sea la solución que se le dé, en definitiva, a este importante punto de la elaboración legislativa, ha de partirse de que la base de discusión para este presunto convenio será el trabajo previo realizado por los juristas navarros aceptado por la Diputación foral y que, previa discusión se llegue a una redacción que no sponga por parte de las entidades contratantes mera adhesión de una a las propuestas de la otra».

¹³⁵ Cfr. BURGO TAJADURA, Jaime Ignacio del, «El Fuero Nuevo a la luz del Derecho público foral», Rafael Domingo y Mercedes Galán (coord.), *Presente y futuro del Derecho Foral. Jornadas conmemorativas del XXV Aniversario del Fuero Nuevo*, Eunsa, Pamplona, 1999, pp. 93-95.

bastado de no mediar la condición *laureada* de la Navarra que tomó parte destacada en el bando vencedor de la guerra civil¹³⁶, o de la presión que ejercían las elites navarras que sustentaban el régimen de Franco, tal y como ocurrió posteriormente con la negociación del Convenio Económico de 1969. Las gestiones de la Diputación de Navarra se iniciaron tras la Orden del Ministerio de Justicia de 24 de junio de 1947, que ordenaba la constitución de las Comisiones compiladoras de todos los Derechos forales. La Diputación se dirigió al Ministerio de Justicia en el mismo mes de julio manifestando que, en virtud de la Ley paccionada, no se podía variar, sin acuerdo con la Diputación, el régimen civil foral de Navarra; alegaba, además, que la responsabilidad del redactado debía recaer en juristas navarros, puesto que ellos eran los que realmente conocían y vivían el Derecho que se trataba de reformar¹³⁷. El principio del carácter *paccionado* guió, a partir de entonces, el proceso compilador navarro¹³⁸.

Previamente, el 4 de agosto de 1946 la Diputación Foral de Navarra creó, a imitación del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, el Consejo de Estudios de Derecho Navarro. Estaba dirigido por el magistrado Juan Santamaría Ansa, alma inspiradora de la investigación de instituciones de Derecho civil foral.

La presión de la Diputación Foral fue efectiva y motivó una nueva Orden gubernamental, de 10 de febrero de 1948, que facultó a la entidad para nombrar los miembros de la Comisión de juristas. El presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona encabezaría la Comisión, y tendrían representación en ella todos los organismos jurídicos de la región¹³⁹. La autorización a la Diputación Foral para que efectuara el nombramiento de la comisión correspondiente a la provincia, difería del procedimiento de nombramiento directo por el Gobierno de las Comisiones de Aragón, Cataluña, Baleares, Galicia, Bizkaia y Álava. La Diputación acordó el 9 de abril de 1948 designar al Pleno del Consejo de Estudios de Derecho Navarro como comisión encargada de preparar dicha Compila-

¹³⁶ Cfr. BLANCO GONZÁLEZ, Aurelia, *La evolución de los Derechos forales desde la Codificación hasta la Constitución de 1978 (Especial referencia al Derecho gallego)*, edic. de la autora, A Coruña, 2002, p. 221.

¹³⁷ Acuerdo de la Diputación de Navarra, sesión de 19 de julio de 1947: «En Navarra, la Diputación foral, por la representación que tradicionalmente ostenta, en su calidad de sucesora de las instituciones públicas de este antiguo Reino, vincula cuantas facultades –salvo aquellas pertenecientes a la soberanía estatal, claro está– son inherentes a al existencia y desenvolvimiento necesario de los modos peculiares de la vida colectiva de la provincia, lo mismo en su aspecto u organización civil que administrativa o económica. Son tan varias, antiguas unas y modernas otras, las disposiciones del Estado aludiendo a este hecho inconcuso, que se impone aquí la omisión de su reseña, salvo la cita de la clásica Ley paccionada de 1841. Consecuentemente ninguna innovación que afecta a intereses o modos peculiares de Navarra debe hacerse sin el asentimiento e intervención de la Diputación. Más aún, solamente la Diputación es el organismo adecuado dentro de Navarra, para efectuar esas mutaciones cuando las considere convenientes». *Vid.* SALINAS QUIJADA, *Derecho civil*, 1971, p. 346.

¹³⁸ *Vid.*, en ese sentido, los argumentos doctrinales esgrimidos en relación al carácter paccionado por J. JAVIER NAGORE YÁRNOZ, «Procedimiento de aprobación y modificación de las Compilaciones forales, con especial mención del procedimiento para la futura Compilación del Derecho privado foral de Navarra», *Anuario de Derecho Aragonés*, 14, 1968-1969, pp. 579-584.

¹³⁹ *Boletín Oficial del Estado*, 25 de febrero de 1948.

ción. Junto al presidente de la Audiencia Territorial de Pamplona, participaban los siguientes ponentes: Marcos Joaquín Abadía Escolá, Rafael Aizpún Santafé, Rafael Aizpún Tuero, Luis Arellano Dihinx, José Miguel Arriaga Sagarra, Eugenio Fernández Asiáin, Martín Galán Elgar, Juan García Granero, Jesús Luis Iribarren Rodríguez, José Javier López Jacoiste, Pedro Maiza Orte, José Joaquín Montoro Sagasti, Javier Pueyo Bonet, Francisco Salinas Quijada y Juan Santamaría Ansa.

Guiada de facto por el magistrado Santamaría, la Comisión navarra concluyó el Anteproyecto de Fuero Recopilado el 9 de octubre de 1959. Se abrió un breve plazo de información que permitió descubrir sus defectos, y el 3 de diciembre pasó a la Diputación como *Proyecto de Fuero recopilado*. La apertura de un nuevo plazo de enmiendas restó por el momento viabilidad al Proyecto¹⁴⁰.

4.4 EL FUERO NUEVO (1973)

Al margen de la Comisión compiladora, un grupo entusiasta de juristas se propuso aquel año elaborar de manera privada un avance de la recopilación civil foral de Navarra. Lo integraron inicialmente los notarios J. Javier Nagore Yáñez y Juan García-Granero y el abogado Jesús Aizpún Tuero, a los que se sumaron, en años sucesivos, el civilista José Javier López Jacoiste, el magistrado José Arregui Gil, y el catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Navarra, Álvaro d'Ors. El carácter privado del grupo no contravenía el Acuerdo de la Diputación de 19 de julio de 1947, referente a que debían ser juristas navarros los que elaboraran las modificaciones de la Compilación. Lo eran, de nacimiento, Nagore, López Jacoiste, Aizpún Tuero y Arregui Gil. Juan García-Granero era palentino y catalán Álvaro d'Ors.

El primer libro, *De las personas y de la familia*, fue terminado el 20 de enero de 1962; el segundo, *De las donaciones y sucesiones*, el 10 de abril de 1965; y las *Notas* a ambos el 4 de febrero de 1966. Entre 1962 y 1966 los recopiladores celebraron 125 reuniones. El resultado final del minucioso trabajo del grupo de amigos se editó bajo el título *Recopilación Privada del Derecho Privado Foral de Navarra* (1967). Publicados los libros primero y segundo, el mismo año 1967 se incorporaron al grupo el magistrado Juan Santamaría Ansa y el abogado Francisco Salinas Quijada y, entre todos, lograron completar los restantes libros para abril de 1970. El resultado se dio a las prensas como *Derecho foral de Navarra. Derecho privado (Recopilación privada)*¹⁴¹. A lo largo de la gestación del cuerpo legal y en la fase siguiente a su publicación, el cuerpo legal se enriqueció con observaciones y enmiendas de otros juristas. El texto oficioso, compuesto por 615 leyes, divididas en tres libros, fue finalmente asumido por la Comisión Oficial Compiladora, que lo presentó como Antepro-

¹⁴⁰ SALINAS QUIJADA, *Derecho civil*. 1, pp. 350-352.

¹⁴¹ GARCÍA GRANERO, Juan, *et al.*, *Derecho foral de Navarra. Derecho privado (Recopilación privada)*, Diputación Foral de Navarra-Aranzadi, Pamplona, 1961.

yecto Oficial a la Diputación Foral. Las negociaciones se trasladaron a Madrid, y el 28 de enero de 1971 se logró el compromiso de que la Compilación navarra tendría carácter paccionado o convenido entre la Diputación y el Ministerio de Justicia, a través de una Ley o de un Decreto-Ley. Tras diversos avatares, la Diputación, por Acuerdo de 16 de julio de 1971, adoptó como Anteproyecto la Recopilación privada y, en base al carácter paccionado, las Órdenes del Ministerio de Justicia de 24 de noviembre y 6 de diciembre de 1971 designaron los componentes de una Sección especial de la Comisión general de Codificación que debía estudiar el texto y dictaminar sobre su aceptación como objeto del correspondiente convenio.

Durante un año, la Comisión Especial de Códigos y la Comisión compiladora de Navarra trabajaron en estrecha comunicación hasta fijar el texto refundido del Proyecto, que fue sancionado por la Ley de la Jefatura del Estado como *Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*. A diferencia de otras compilaciones forales, no fue aprobada en Cortes, sino a través de una de las «leyes de prerrogativa» que podía dictar el caudillo, como Jefe de Estado dotado de «peculiares poderes». El patriotismo que inspiraba el texto se manifiesta en la propia Exposición de Motivos¹⁴². El Fuero Nuevo suponía, en palabras de Jaime Ignacio del Burgo, «el triunfo total de las tesis que sustentaba el foralismo navarro en el campo del derecho público»¹⁴³.

La aprobación del Fuero Nuevo contó con las bendiciones del régimen político vigente, pese a las críticas que formularon algunos juristas españoles. Los jurisconsultos navarros más insignes del momento aplaudieron la Ley, como se puso de relieve en una encuesta realizada por *Diario de Navarra* los días 11 y 18 de marzo de 1973¹⁴⁴. El único jurista navarro discrepante fue Manuel de Irujo que, desde el exilio en París, envió un telegrama desaprobatorio a la Diputación Foral¹⁴⁵.

¹⁴² *Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, Exposición de Motivos: «No deja de ser significativo que precisamente una región que ha sentido y defendido la unidad política de España haya sabido presentar sin timideces una formulación de su propio Derecho civil, afirmando con ello la vitalidad de todos los ordenamientos forales como vía para un concertado progreso del Derecho de nuestra patria».

¹⁴³ BURGO TAJADURA, Jaime Ignacio del, *El Fuero Nuevo*, p. 93.

¹⁴⁴ NAGORE YÁRNOZ, José Javier, *Historia del Fuero Nuevo*, pp. 170-175.

¹⁴⁵ «APROBADO APÉNDICE CÓDIGO NAVARRA PIERDE SOBERANÍA CIVIL POR GESTIÓN INDIGNA STOP CUANDO NAVARRA RECOBRE LIBERTAD EXIGIREMOS RESPONSABILIDADES». En opinión de Jaime Ignacio del Burgo en relación a este telegrama, «con la instauración de la democracia en España, Irujo, probablemente con mejores elementos de juicio, no consideró oportuno exigir responsabilidad alguna por esa supuesta gestión *indigna*» (BURGO TAJADURA, Jaime Ignacio del, *El Fuero Nuevo*, p. 93). Probablemente, la actitud de Irujo tuvo que ver con la exención de responsabilidades políticas contraídas durante el régimen franquista que aseguraron los artífices de la Transición. Por otra parte, el Derecho civil foral, tras los consiguientes reajustes técnico-jurídicos, tuvo su encaje tanto en la Constitución como en el Mejoramiento del Fuero. Las preocupaciones de un Irujo octogenario recayeron en el proyecto de construcción del nuevo marco político, y no cuestiones del pasado, pero no consta un cambio de opinión en torno a la gestación y contenido del Fuero Nuevo.

El Fuero Nuevo fue objeto de dos modificaciones legislativas preconstitucionales. El Decreto-ley 19/1975, de 26 de diciembre, modificó la capacidad jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, como consecuencia de la reforma que experimentó aquel año en esa materia el Código Civil. Por otra parte, el Real Decreto-ley 38/1978, de 5 de diciembre, modificó la ley 50 del Fuero Nuevo sobre mayoría de edad a los 18 años, con el fin de que los navarros entre 18 y 21 años pudieran votar el referéndum constitucional.

5. CONSTITUCIÓN DE 1978 Y DERECHO CIVIL FORAL NAVARRO

5.1 CONSTITUCIÓN, LORAFNA Y DERECHO CIVIL FORAL NAVARRO

La Constitución de 1978 otorga al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación civil, con reserva de potestad legislativa en favor de las CCAA respecto del Derecho foral (art. 149.1, párrafo 8)¹⁴⁶. Interesa ahora destacar que el texto constitucional atribuía al Estado la facultad de legislar sobre causas de disolución del matrimonio, hecho que llegaría a desatar una tormenta doctrinal en Navarra. En concreto, la Ley 30/1981, de 7 de julio, relativa al divorcio, provocó la respuesta de los artífices el Fuero Nuevo y de algunos profesores de Derecho de la Universidad de Navarra¹⁴⁷.

De conformidad con la opinión de los juristas más conservadores, no cabía aplicar el divorcio en la Comunidad Foral. Francisco Salinas Quijada estimó que la Ley constituía un contrafuero¹⁴⁸. Así y todo, la doctrina relativa al divor-

¹⁴⁶ Sobre la aplicabilidad en Navarra del artículo 149.1.8 y la doctrina generada, *vid.* ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, *El Derecho Civil foral de Navarra en la Constitución y en el Amejoramiento del Fuero*, Gobierno de Navarra, Civitas, Pamplona, 1991, pp. 21-30. En Navarra han surgido tres corrientes doctrinales en relación al artículo 149.1.8: la que considera que la observancia de los derechos históricos impediría su vigencia en Navarra, la que entiende que la Comunidad Foral deberá tener en cuenta los límites marcados por el artículo 149.1.8 pero que lo ya legislado fue aprobado por ley estatal y mantendría la vigencia, y, finalmente, la postura que sostiene que el Derecho navarro ha de adaptarse a la Constitución con las normas emanadas de su Parlamento Foral (SABATER BAYLE, Elsa, *Derecho civil navarro*, p. 33).

¹⁴⁷ La reacción merecería un análisis sociológico-jurídico detallado, que rebasa nuestras pretensiones y que, quizás, convendría abordar cuando transcurra el tiempo. En el plano académico cabe apuntar, por ejemplo, las numerosas investigaciones doctrinales en torno a la Ley de 7 de julio de 1981 impulsadas desde el Departamento de Derecho civil de la Universidad de Navarra, entre las que destacan las tesis doctorales que en los años ochenta fueron dirigidas por el catedrático y sacerdote Amadeo de Fuenmayor y Champín. Sostenían la inviabilidad jurídica del divorcio respecto de los católicos españoles.

¹⁴⁸ «Porque contraría el Derecho Civil Navarro en toda su extensión: no sólo la Compilación, a pesar del vacío que se le imputa inexactamente, sino la costumbre, los principios generales del Derecho navarro, la tradición jurídica y la analogía. En efecto, conforme a todas estas fuentes del Derecho Civil de Navarra el matrimonio siempre fue en nuestra normativa escrita y consuetudinaria, histórica y vigente, INDISOLUBLE. Y como el matrimonio fue siempre INDISOLUBLE según el Derecho Navarro, es lógico y jurídico que se produzca el contrafuero con la aplicación en Navarra de una ley aprobada en las Cortes españolas estatuyendo el divorcio y disolviendo el matrimonio». SALINAS QUIJADA, FRANCISCO, «El contrafuero divorcista, I», *Diario de Navarra*, 8 de sep-

cio tuvo escaso recorrido ante la obviedad de los artículos 32.2 y 149.1.8 *in fine* de la Constitución ¹⁴⁹.

5.2 MODIFICACIONES DEL FUERO NUEVO

La Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, obligaba a reformar el Fuero Nuevo. La Diputación encargó a la Comisión compiladora de Derecho civil foral el Proyecto de reforma de la Compilación, que no fue concluido hasta abril de 1983. El Proyecto de Ley Foral sobre reforma de la Compilación, publicado por acuerdo del Parlamento de Navarra, fue objeto de diferentes enmiendas que motivaron su retirada en febrero de 1984. También fueron críticos con el texto algunos compiladores de 1973, como es el caso de Francisco Salinas Quijada ¹⁵⁰.

La retirada produjo un aplazamiento de un año del proceso de reforma. El Gobierno de Navarra confió el 25 de junio de 1985 a una comisión de juristas la elaboración de un anteproyecto de Ley Foral de modificación de la Compilación navarra para su adecuación al artículo 6.º de la LORAFNA y a la realidad social navarra, centrado, básicamente, en la reforma del Derecho de familia ¹⁵¹. La comisión de juristas encargados de la adecuación constitucional del texto estuvo compuesta por Pedro de Pablo Contreras, Francisco Javier Fernández Urzainqui, Victoriano Lacarra Lanz, Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Aladino Colín Rodríguez, Juan Luis Gimeno Gómez-Lafuente y Enrique Rubio Torrano. El predominio del sector conservador no impidió que el Gobierno, de mayoría socialista, aceptara sus planteamientos. Conviene recordar que, con

tiembre de 1981. Recogido en *Artículos y conferencias, op. cit.*, p. 106. Y las mismas tesis plasmadas en un artículo académico en SALINAS QUIJADA, Francisco, «La indisolubilidad del matrimonio en el Derecho Civil Navarro», *Ius Canonicum*, vol. XXIV, núm. 47, 1984, pp. 387-432.

¹⁴⁹ Cfr. ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, «Competencia de Navarra en materia de Derecho civil», *La Ley. Revista jurídica española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, VII, 1582 (12 de noviembre de 1986), pp. 1-5; PABLO CONTRERAS, Pedro de, y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «El Derecho civil foral en el Amejoramiento», Sebastián Martín-Retortillo Baquer (dir.), *Derecho público foral de Navarra. El Amejoramiento del Fuero*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 535-592; EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Ángeles, «Constitución, Amejoramiento y Derecho civil navarro», *Derecho privado y Constitución*, 21, 2007, pp. 229-274. *Vid.*, asimismo, el Informe que los Servicios Jurídicos del Parlamento de Navarra elevaron a la Mesa, en cumplimiento del Acuerdo de fecha 20 de diciembre de 1986 sobre si resultaba en Derecho aplicable el segundo párrafo de la Disposición Final Segunda del Fuero Nuevo de Navarra y, en caso afirmativo, el análisis de la necesidad de que se incorporara el informe de la Comisión compiladora al expediente que acompaña al Proyecto de Ley Foral por la que se modifica la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra, remitido por el Gobierno de Navarra (Archivo Parlamento de Navarra).

¹⁵⁰ SALINAS QUIJADA, Francisco, «El rechazo de la reforma del Fuero Nuevo (I)», *Diario de Navarra*, miércoles 28 de febrero de 1984; «El rechazo de la reforma del Fuero Nuevo (y II)», *Diario de Navarra*, miércoles 29 de febrero de 1984; «La familia foral y la familia nuclear», *Diario de Navarra*, miércoles 8 de abril de 1984.

¹⁵¹ Cfr. ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, «Notas sobre la consideración socio jurídica de la familia navarra al inicio del siglo XXI», *Príncipe de Viana*, LXXI, 250, 2010, pp. 253-606.

anterioridad a la LORAFNA, la Diputación Foral estaba obligada a solicitar el informe de la Comisión compiladora antes de pactar la modificación del *Fuero Nuevo* con el Gobierno central. Tras la promulgación del Amejoramiento, el Gobierno de Navarra no necesitaba solicitarlo.

Llama la atención que, pese a la exención que apuntamos, el Gobierno optara por la habitual fórmula de consultar a una comisión de juristas, que no reflejaba la pluralidad de la Navarra de los años ochenta, ampliamente secularizada. Tampoco se recabó la opinión de otras instituciones y agentes sociales que tenían mucho que decir sobre la modificación de la Compilación, como el caso del Colegio de Abogados, el Colegio de Notarios, el Colegio de Registradores de la Propiedad o los Sindicatos. No hace falta indicar que ningún historiador del Derecho intervino en la revisión. El desarrollo del Fuero quedó por tanto en manos de unos pocos juristas positivistas que, salvo el caso de Fernández Urzainqui, carecían de un conocimiento suficiente del contenido de las fuentes históricas del Derecho civil navarro.

El Proyecto de Ley Foral fue finalmente aprobado por el Gobierno de Navarra, y remitido al Parlamento. Rechazada una enmienda a la totalidad del Grupo Parlamentario de Unión del Pueblo Navarro¹⁵², y tras el correspondiente debate en la comisión de régimen foral, fue aprobada la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, que modifica la Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo. Era una reforma de mínimos que adaptaba el texto legal a los preceptos constitucionales. Juristas artífices de la Compilación de 1973 como Francisco Salinas Quijada o Javier Nagore denunciaron la nueva Ley, que constituiría un atentado contra las instituciones tradicionales del Derecho navarro¹⁵³.

La reforma afectó a 91 leyes de la Compilación. De conformidad con la Exposición de Motivos la reforma actualizaba los preceptos de la Compilación en sintonía con la realidad social, evitando entrar en contradicción con los principios contenidos en el Título I de la Constitución e infringir el artículo 6.º de la

¹⁵² Entre las motivaciones, se afirmaba que «Las modificaciones introducidas en el Proyecto aludido hacen que la Legislación Civil propia de Navarra pase a ser tributaria del Código Civil, en contra de la tradición jurídico-foral». Archivo Parlamento de Navarra, *Enmienda a la totalidad del Grupo parlamentario de Unión del Pueblo Navarro*, 16 de febrero de 1987. Registro de entrada núm. 206, de 17 de febrero de 1987.

¹⁵³ *Vid.*, por ejemplo, en la fase de discusión parlamentaria, los cinco artículos publicados a finales de enero de 1987 por Francisco SALINAS QUIJADA, en *Diario de Navarra*, recogidos en sus *Artículos y conferencias*, pp. 184-202. Y, en el mismo sentido, el que a principios de aquel mes publicó en el mismo medio, Javier NAGORE YÁRNOZ, «Proyecto de Ley Foral (?) para modificar la Compilación del Derecho civil o fuero Nuevo de Navarra», *Diario de Navarra*, 2 de enero de 1987, p. 25. También lo denunciaron otros juristas conservadores, como el notario Germán ARAIZ LOS ARCOS («La reforma foral de la familia», *Diario de Navarra*, jueves 19 de febrero de 1987). Incluso, el rotativo más difundido de la Comunidad, *Diario de Navarra*, en relación al todavía Proyecto de Ley Foral, abrió su portada del 27 de diciembre de 1986 con el titular «Introducido el divorcio en el Derecho Foral navarro». Pedro DE PABLO CONTRERAS, civilista vinculado entonces a la Universidad de Navarra, publicó en aquel rotativo una carta al director recordando que la introducción del divorcio en Navarra, como en el resto de España, era debida a imperativos de la Ley estatal de 7 de julio de 1981 («Sobre un título de una información», *Diario de Navarra*, domingo 11 de enero de 1987). Ello exculpaba a los miembros de la comisión, que se habrían limitado a la necesaria adecuación entre la legislación navarra y la española.

LORAFNA: «los navarros tendrán los mismos derechos, deberes y libertades fundamentales que los demás españoles». En virtud de ello, la Ley Foral 5/1987 eliminaba la formulación del principio de familia legítima; proclamaba que la filiación matrimonial y la no matrimonial surtían los mismos efectos, conforme a lo dispuesto por la ley 68 del propio *Fuero Nuevo*; determinaba en cada caso las consecuencias de su equiparación y reconocía a los hijos nacidos fuera del matrimonio derechos en la sucesión legal de los descendientes y ascendientes de su progenitor, en consonancia con las orientaciones del Derecho comparado y la doctrina del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Sin embargo, la reforma de 1987 mantuvo las figuras del Derecho económico-matrimonial y de sucesiones de la Compilación navarra que encajaban mal con la disolución del matrimonio por divorcio. Únicamente contemplaban la terminación del matrimonio por muerte.

Con posterioridad, ha habido dos modificaciones en la Compilación navarra, motivadas por normas externas que no tienen carácter civil: la Ley Foral 6/1990, de 26 de julio, sobre Administración Local de Navarra, y la Ley Foral 10/1996, de 2 de julio, reguladora del régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio (se trata en este caso de una reforma indirecta). Otra modificación proviene de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de igualdad jurídica de las parejas estables. Ha habido otras leyes especiales que no modificaron preceptos del *Fuero Nuevo*¹⁵⁴, si bien algunos de sus preceptos se solapan, como ocurre en materia de adopción de menores¹⁵⁵.

5.3 LA NECESIDAD DE REVISAR EL DERECHO CIVIL FORAL NAVARRO (A MODO DE REFLEXIÓN FINAL)

Se diría que el *Fuero Nuevo* ha envejecido y que ha quedado obsoleto en diversas materias. La Compilación adolece de imperfecciones técnicas que motivan incoherencias internas que en buena medida son fruto de que la Ley Foral 5/1987 modificó algunas instituciones tradicionales del texto de 1973,

¹⁵⁴ Decreto Foral 613/1996, de 11 de noviembre, por el que se regula la estructura y el funcionamiento del Registro de Fundaciones; Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del Comercio en Navarra; Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los Derechos del Paciente a las voluntades Anticipadas, a la Información y a la Documentación Clínica; Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio, por el que se regula el registro de voluntades anticipadas; Decreto Foral Legislativo 150/2002, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral del Registro de explotaciones Agrarias de Navarra; Ley foral 43/2002, de 10 de diciembre, de Acogimiento familiar de personas mayores; Ley Foral 15/2005, de 5 de diciembre, de Promoción, atención y protección a la infancia y a la adolescencia; Decreto Foral 168/2002, de 22 de julio, por el que se regula la acreditación de las entidades colaboradoras en materia de adopción internacional; Ley Foral 7/2006, de 20 de junio, en Defensa de los consumidores y usuarios; Ley Foral 14/2006, de 11 de diciembre, de Cooperativas de Navarra.

¹⁵⁵ SABATER BAYLE, Elsa, *Derecho civil navarro*, p. 33.

pero no otras ¹⁵⁶, como ya ha quedado reflejado más arriba en el examen de dicha Ley en lo que toca al divorcio ¹⁵⁷.

La regulación en materia de Derechos reales resulta bastante apropiada, especialmente la relativa al Derecho de superficie, las garantías reales, o la admisión del pacto comisorio. No ocurre lo mismo con el Derecho de bienes: carece de sentido que el Fuero Nuevo continúe regulando distintos tipos de comunidades de bienes (Título III) cuando afectan al patrimonio de entes públicos ¹⁵⁸; la actual Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra y sus Reglamentos ¹⁵⁹ han contemplado disposiciones relativas a los bienes, y a las comunidades de bienes y derechos con carácter administrativo.

La obsolescencia del Fuero Nuevo se aprecia menos en materia de obligaciones y contratos, incluso cabría decir que es más avanzado que el Código Civil, pues siguió las pautas del BGB de 1900 y del *Codice* italiano de 1942, aunque mientras estos fueron posteriormente reformados, no lo hizo la Compilación navarra.

El paso de los años ha convertido en mera reliquia el historicismo plano de muchos artículos vigentes del Fuero Nuevo, muy especialmente los relativos al Derecho económico-matrimonial, que ha de modificarse necesariamente en cuestiones como la disciplina de la revocación de las donaciones en el caso de crisis matrimonial (ley 76), en lo concerniente al régimen de bienes del matrimonio (leyes 82-104), en el régimen de bienes en segundas o en posteriores nupcias (leyes 105-111), y, lo que resulta más acuciante, en la adecuación de la disciplina del usufructo legal de fidelidad ante la regulación del divorcio, las parejas de hecho y el matrimonio homosexual. Se ha señalado la necesidad de revisar la ley 272 referente a los derechos sucesorios de los hijos de padres bínubos ¹⁶⁰.

Se hace especialmente necesaria la actualización del ordenamiento foral navarro dentro del contexto de comunitarización o europeización del Derecho privado, que hace aconsejable una cierta aproximación entre los ordenamientos

¹⁵⁶ Algunas tan evidentes como la necesidad de eliminar del Fuero Nuevo la figura de la adopción simple, que desapareció en 1987.

¹⁵⁷ *Vid.*, asimismo, SABATER BAYLE, Elsa, *Derecho civil navarro*, pp. 31-32.

¹⁵⁸ Lo tuvo en su origen, cuando el Fuero Nuevo reguló sistemáticamente instituciones relacionadas con la Administración porque hasta entonces, según observa Juan Cruz ALLI ARANGUREN, «solo disponían de alguna regulación estamental y fragmentaria en acuerdos de la Diputación y en el Reglamento para la Administración Municipal de Navarra de 1928. Por otra parte, habían sido objeto de debates políticos y jurídicos y de jurisprudencia contradictoria, que exigían fijar su régimen con el máximo rango legal» (*El Derecho Forestal de Navarra*, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2009, pp. 160-161).

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 161.

¹⁶⁰ *Vid.* EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, «Libertad de testar y derechos de hijos de anterior matrimonio: ¿un sistema necesitado de revisión en Navarra?», *Revista Jurídica de Navarra*, 41, 2006, pp. 31-32; HUALDE MANSO, Teresa, «Hijos matrimoniales y extramatrimoniales en el Derecho sucesorio navarro», *Revista Jurídica de Navarra*, 49, 2010, pp. 47-84. Otras leyes (273 y 274) también discriminan a los hijos no matrimoniales.

jurídicos, sin renunciar a la existencia de un Derecho civil propio¹⁶¹. Pero ello requeriría que el Gobierno español resuelva los conflictos interregionales de leyes¹⁶², especialmente en lo relativo al régimen económico matrimonial. Estos problemas inciden especialmente en el Derecho civil navarro, como se ha podido comprobar con la Ley Foral de Navarra 6/2000, de 3 de julio, de Igualdad jurídica de las parejas estables¹⁶³. Respecto a la posible inconstitucionalidad de las normas de conflicto del Fuero Nuevo, la doctrina se muestra dividida.

Es cada vez más evidente el contraste entre el carácter vetusto de la Compilación navarra y la desigual dispersión legislativa civil foral, y la modernidad que están adquiriendo las compilaciones/codificaciones autonómicas españolas. Una vez más la Comunidad Foral se ha situado en la cola del proceso actualizador del Derecho civil. El Consejo Asesor de Derecho Civil Foral de Navarra, creado por Decreto Foral 9/2006, de 6 de febrero, con el fin de desarrollar e impulsar el estudio del Derecho civil foral, no ha concretado reforma alguna. En todo caso, a diferencia de lo que ocurrió con la Compilación pactada entre la Diputación Foral y el Gobierno de la etapa franquista en 1973, ahora es el Parlamento navarro el órgano legislador que, hará suyos o no, las decisiones del Consejo Asesor de Derecho civil foral de Navarra.

El Fuero Nuevo y la normativa dispersa deberían superarse en una Ley de Derecho Civil foral de Navarra, que reformara las instituciones actuales y las históricas positivizadas de Navarra, con una actualización y adaptación a la realidad social del siglo XXI. En otras circunstancias sería innecesario recordar que en lo que toca a instituciones que se dicen específicas por título histórico debería tener alguna audiencia la Historia del Derecho. Falta cualquier iushistoriador entre los miembros del Consejo Asesor citado, e incluso juristas que hayan demostrado un conocimiento profundo de las fuentes legislativas privativas de raíz histórica. Es más extraño el desdén respecto de la dimensión histórica del Derecho, cuando paradójicamente Navarra posee un ordenamiento que se justifica en la historicidad, y pese al historicismo retórico que impregna los debates político-institucionales¹⁶⁴.

¹⁶¹ Cfr. ÁLVAREZ RUBIO, Juan José, «El futuro del Derecho Foral Vasco: la necesaria modernización de nuestro ordenamiento privado», *Boletín de la Real Sociedad Bascongada de Amigos del País*, 66-2 (2010), pp. 775-795.

¹⁶² IRIARTE ÁNGEL, José Luis, «Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País, Comisión de Bizkaia, Bilbao, 1999, pp. 39-62; BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría, «Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, pp. 71-90.

¹⁶³ Vid. los trabajos de José Luis IRIARTE ÁNGEL: «Parejas de hecho, Constitución y conflictos de leyes internos. Reflexiones acerca de la cuestión de inconstitucionalidad 228-2003», en Ana SALINAS DE FRÍAS y Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA (coords.), *Soberanía del Estado y Derecho Internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 717-731; «Conflictos internos de leyes en materia de regímenes económicos matrimoniales», en Juan Luis GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE y Enrique RAJOY BREY (eds.), *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho Común, Foral y Especial*, tomo 1, Cizur Menor: Thomson-Civitas, Registradores de España, 2008, pp. 565-599, y especialmente pp. 597-598.

¹⁶⁴ Cobran actualidad las palabras del civilista belga Henri DE PAGE, cuando afirmaba que «la historia del Derecho es a menudo tratada con cierto desdén por aquellos que piensan que sólo

El hecho de que haya que reducir el peso historicista de la Compilación civil, prescindiendo de instituciones obsoletas y de difícil encaje en la Constitución y en los Tratados y Acuerdos internacionales ¹⁶⁵, no debe llevar al «antihistoricismo» ¹⁶⁶, a la supresión sin más de las instituciones históricas. Ya lo vio el preclaro jurista navarro Felipe de Arín y Dorronsoro en 1930, cuando en relación a la propiedad comunal estimaba que no cabía aceptar «ni una rigurosa aplicación de las leyes comunes, ni el mantenimiento sistemático de las antiguas instituciones. La ciega sumisión a las antiguas leyes, sin tener en cuenta las modernas exigencias, particularmente en el orden jurídico-social, sería un lamentable retroceso legislativo del que debemos huir, no por desprecio a las viejas tradiciones, sino porque éstas deben ceder su primacía a otras más ajustadas a las exigencias de la moderna edad» ¹⁶⁷.

La renovación del Derecho civil navarro del futuro debiera evitar el error que afectó al proceso compilador desarrollado durante el franquismo, el mero acopio de fuentes legislativas históricas de Yanguas, Alonso y Lacarra. Tal y como advertimos junto con Gregorio Monreal en otra ocasión, en la reorganización legislativa habría que tener en cuenta el conocimiento de las técnicas jurídicas empleadas y de los prototipos histórico-jurídicos seguidos en el Derecho tradicional, así como la procedencia de las normas, la tradición y los pasos seguidos en la evolución del ordenamiento. Es probable que, de haber dispuesto los que elaboraron el Fuero Nuevo de un conocimiento más acabado de los textos fundamentales del Derecho propio y de una literatura historiográfica previa más desarrollada, el cuerpo legal de 1973 hubiera podido soslayar el marcado signo romanístico que le caracteriza ¹⁶⁸.

ROLDÁN JIMENO ARANGUREN

se ocupan del Derecho positivo. Los juristas que se ocupan de ella, casi siempre al precio de largas y laboriosas investigaciones, son a menudo tachados de pedantería... Tal apreciación no aboga en favor de los que la formulan. Cuanto más nos adentramos en el Derecho civil, más constatamos que la historia, en mayor medida que la lógica o las teorías, es la única capaz de explicar que nuestras instituciones son lo que son, y qué es lo que ha pasado para que sean así» (*Traité élémentaire de droit civil belge*, tomo VI, Bruylant, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1942, p. 806, núm. 5).

¹⁶⁵ Como ha observado Javier PALAO GIL en relación a la actualización del Estatut valenciano, «lo que se pretende es que surja un Derecho civil contemporáneo de las viejas raíces forales. Y ese Derecho, además de ser propio, puede ser técnicamente más perfecto, y estar más adaptado a la realidad social en que se da, que el actualmente vigente –algunas de cuyas instituciones, debe recordarse, tienen más de dos milenios de antigüedad, sin que nadie se atreva a motejarlas de periclitadas–» («Del Derecho foral al Derecho civil valenciano: historia y evolución de una reivindicación secular», *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, 51 (2008), p. 196).

¹⁶⁶ Término que con tan buen criterio acuñó Jesús LALINDE ABADÍA, «Estudio del artículo 1.º de la Compilación del Derecho civil especial para Cataluña. Alerta a la Escuela Histórica», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2 (1961), pp. 249-272. *Vid.*, asimismo, «La creación del Derecho entre los españoles», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 36 (1966), pp. 372-373.

¹⁶⁷ ARÍN Y DORRONSORO, Felipe, *Problemas agrarios. Estudio jurídico-social de las corralizas, servidumbres, montes y comunidades de Navarra*, Segovia, 1930, p. V.

¹⁶⁸ MONREAL ZIA, Gregorio, y JIMENO ARANGUREN, Roldán, *Textos histórico-jurídicos navarros. I. Historia Antigua y Medieval*, Gobierno de Navarra, Instituto Navarro de Administración Pública, Pamplona, 2008, pp. 33-35.



Derecho civil gallego

1. Hace algunos años publiqué un trabajo sobre el llamado derecho foral gallego, lleno de reservas donde, eso me parece, no he logrado exponer con la claridad debida mi planteamiento, si se me ha pedido que vuelva a ocuparme del tema¹. Probablemente todo nace de una cierta incomprensión. No he logrado explicarme claramente –cosa que no pongo en duda–; para agotar todas las posibilidades, quedan también abiertas otras alternativas: o no he sido entendido o no se ha querido entender que no querer hablar, como historiador del derecho, del presente, no significa no vivir ese presente; hay otras posibilidades, reconocer, por ejemplo, que mis opciones de presente no son una consecuencia ineluctable del pasado y, así, no hay razón alguna para hablar de ellas como algo que se debe cumplir como consecuencia de misteriosas leyes históricas.

Cuando se exigió al tercer estado que invocase los derechos que tenía para exigir lo que exigía, la respuesta honesta del tercer estado fue reconocer que carecía de todo derecho; en esa carencia de todo derecho estaba, precisamente, el fundamento de su exigencia –reclamaba como propia la soberanía detentada por el rey–. Cuando uno en sus opciones de futuro –algo que está por llegar– arriesga –metafóricamente, esperemos– su vida, carece de la perspectiva necesaria para hacer la historia de nuestro presente, algo que está *in fieri*. El historiador puede comprender el pasado histórico cuando éste se ha realizado ya; por eso el historiador no participa de aquella zozobra, de la que hablaba Marrou, si la memoria no me es infiel, que aqueja a los contemporáneos, a quienes están haciendo su vida sin saber lo que les deparará el futuro; el pago de no ser partícipe de esta zozobra es renunciar a hacer la historia del presente en su doble dimensión.

¹ Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «El Código civil (español) y el (llamado) Derecho (foral) gallego», en Carlos PETIT (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, 1990, pp. 271-359.

Uno aspira a ser un jurista de la escuela de Bosch –no se debe tener en cuenta ninguna opinión que no se apoye en una ley (norma jurídica)– o, en todo caso, aspira a formar parte de aquellos juristas que en tiempos no tan lejanos distinguían entre su análisis razonado del derecho del presente y sus propuestas de futuro –de mejora– que acogían en un apartado especial bajo el título *De lege ferenda*. Pero para hacer esto hay que desdoblarse y, por esta razón, dedicándome a la historia del derecho, me refugio en el pasado y no debo ocuparme ya de proponer nuevas soluciones, de abrir una sección *de lege ferenda*.

Me he desdoblado en mis pastorales; no he hablado en ellas como historiador del derecho sino como un ciudadano que –como aquel ciudadano griego que, como no sabía escribir, le pidió sin conocerle, al parecer a Pericles que le rellenase la concha con la cual aspiraba a enviarle al ostracismo sin otra razón que la de estar harto de verle siempre en primera fila– muestra sus predilecciones, intentando razonarlas; puedo así resumirlas y como son preferencias, no tengo por qué demostrarlas, ya que cada uno construye su futuro desde determinadas creencias y, en principio, todas estas creencias son dignas de respeto, especialmente cuando las invocadas no tienen efecto alguno sobre terceros, cosa que por el contrario tienen las creencias que se afirman con violencia y que se imponen a quienes no las comparten².

Mis creencias son más y no las comparto sino con quienes quieren compartirlas. No vivimos en una democracia, sino en una oligarquía de la peor especie. El dictador ha muerto en la cama y sus sucesores han llevado a cabo un derribo controlado de todo aquel montaje. Han establecido una democracia formal bajo la cual se esconde una oligarquía real de acuerdo, en principio, con la distinción clásica entre constitución en sentido formal y constitución en sentido material, haciendo en este sentido un especial uso de la *factio juris*, instrumento ineludible en manos del jurista. Una pregunta que quedará sin respuesta y que el lector responderá desde su particular situación: ¿es posible que un país tenga una constitución material y una constitución formal que no coinciden?

Si me limito al aspecto formal, el preámbulo de la Constitución Española de 1978 señala que «la Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía proclama su voluntad de: (...) En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica lo siguiente».

Desde mi punto de vista, esta formulación subraya ese aspecto de *factio juris* que encierra la invocación de la nación española. Haré una simple comparación. En la Constitución de la República española de 9 de diciembre de 1931, se establece lo siguiente: «Como Presidente de las Cortes Constituyentes, y en su nombre, declaro solemnemente que éstas, en uso de la soberanía de que están investidas, han decretado y sancionado lo siguiente: España, en uso de su sobe-

² Me remito con carácter general y de una vez por todas a las «Cartas del Director», en *Initium* 1 (1986) ss., y con esa misma generalidad, a la exposición realizada en Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho* II², Madrid, 1996, donde se encontrarán, en su caso, los fundamentos no invocados en esta ocasión.

ranía, y representada por las Cortes constituyentes, decreta y sanciona esta constitución».

Aquí nos movemos dentro de una determinada tradición, con la distinción entre Cortes Constituyentes y Cortes ordinarias; aquellas ejercen una soberanía, que no les es propia, sino que pertenece al pueblo español, que es el soberano; éstas, las Cortes ordinarias carecen de soberanía, ejercen el poder legislativo que el soberano –el pueblo español– le ha atribuido dentro del marco de la Constitución.

Si la actual Constitución hubiese señalado que «las Cortes proponen y el pueblo español aprueba», una fórmula que se asemeja a aquella empleada en la Roma clásica, cuando el pueblo aprobaba o rechazaba las leyes, aunque no podía introducir modificaciones en su tenor, se hubiesen salvado las formas aunque no se hubiese subrayado que las Cortes, en cuanto constituyentes, manifestaban la voluntad de la nación. Es puro formalismo, pero ¿no es forma el derecho?

La teoría clásica de la soberanía, al menos aquella que he estudiado, distingue entre la titularidad de la soberanía y su ejercicio: la soberanía es un poder absoluto y perpetuo, pero su titular puede desprenderse de su ejercicio, con tal que no se desprenda –*de iure*– de su titularidad o no sea desposeído –*de facto*– de la misma. Lo entendían mejor –algo que me parece normal– los miembros del Consejo de Castilla que no algunos historiadores actuales³:

«Verdad es, Señor, que con profunda humildad confiesa el Consejo que toda esta autoridad y jurisdicción no sólo es dependiente de la que reside propiamente en V.M., sino también precaria, estando en el arbitrio de V.M. restringirla y moderarla sin otra regla que la de su real voluntad».⁴

Y, si hubiera dudas sobre las razones de este ejercicio de algo ajeno y con carácter precario, dependiendo en última medida, de la real voluntad, el mismo Consejo explica las razones de esta delegación y precariedad:

«Pues la suprema real autoridad de V.M. es ordinaria, y no pudiendo por sí ejecutar su jurisdicción la comunica a su Consejo, por cuya razón lo que él determina es determinado por V.M., y así la jurisdicción del Consejo es igualmente ordinaria, porque es ejecución de la misma suprema jurisdicción de V.M., que embarazado con tantos negocios resuelve por medio de su Consejo aquello que es propio de la soberana regalía de V.M.»⁵.

El rey, en cuanto soberano, podía ceder el ejercicio de su soberanía o podía ceder una parte de esa soberanía, algunos de sus poderes, manteniéndose intacto el concepto de soberanía.

³ Vid. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho. Manual. II. Una historia de la formación de un derecho estatal español II*², Madrid, 1996, 303 ss., donde recojo los textos que cito a continuación.

⁴ SALUSTIANO DE DIOS, *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Salamanca, 1986, 36.

⁵ DE DIOS, *Fuentes* (n. 4), 36 (1708).

Ni me dedico al derecho constitucional, ni creo que sea posible hacer historia del derecho de un período que no se ha cerrado todavía ni, como ciudadano de a pie, tengo deseo alguno de salvar a la patria y mi único deseo es pasar de puntillas, sin molestar ni ser molestado; no creo, pues, necesario realizar investigaciones más profundas sobre si la monarquía actual es resultado de una instauración o de una reinstauración o es una mera continuación; tampoco me interesa examinar el sistema empleado en el nombramiento de los representantes de las Cortes que –según dicen ellos– aprobaron la Constitución o sobre el carácter de esa reunión de las Cortes donde éstas aprobaron la Constitución; me parece suficiente basarme en el recuerdo, mencionar la existencia de senadores reales y centrar la atención en una desafortunada redacción, en el mejor de los casos, para concluir, al menos desde el punto de vista hipotético adoptado y desde el punto de vista formal señalado, que esta Constitución de 1978 presenta más bien los rasgos de aquella otra ley que a finales de 1966, si la memoria no me es infiel, fue sometida a referéndum de los españoles, con un éxito innegable de uno de sus mentores –se decía en aquellos años que había sido aprobada con el 102 por 100 de los sufragios– que, paradójicas de la historia, fue también uno de los llamados padres de la Constitución.

Poca importancia tiene, a mi entender, esta crítica formal porque nadie puede negar que la historia ha seguido su curso y, desde este punto de vista, la valoración de los resultados conseguidos es independiente de que los sucesos acaecidos se hayan movido o no dentro del campo del derecho o hayan o no cumplido las leyes históricas que algunos historiadores invocan.

Podría, en consecuencia, pasarse por alto el hecho que, desde el punto de vista formal, la Constitución de 1978 no sea expresión de la soberanía nacional, sino que ésta se invoca para atribuirle algo que no es obra suya, si a partir de ese momento se reconociese la soberanía de la nación española y los poderes del Estado la acatasen. No parece ser así. La tradición abierta por la promulgación de la Constitución parece perdurar, si, como frecuentemente sucede, no sólo son los periodistas quienes afirman que las leyes son aprobadas en los Consejos de Ministros, sino que son los llamados representantes del pueblo español los que afirman, y esto me parece algo más grave, que las Cortes son soberanas.

No es necesario salir de la Constitución, abandonar el análisis formal de la misma para confirmar que esta tradición vulgar encuentra fundamento en la misma Constitución, para subrayar que la soberanía de la nación, que, por las razones aducidas, está ausente en el momento de la aprobación de la Constitución escrita –el pueblo se limita a ratificar algo aprobado–, sigue ausente en su vida posterior, como estas vulgares manifestaciones mencionadas destacan.

La Constitución «ha sido aprobada por las Cortes (...) el 31 de octubre de 1978, ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978 y sancionada por S. M. el Rey ante las Cortes el 27 de diciembre de 1978».

Desde el momento que esta ratificación y esta sanción se colocan en el mismo plano, no sorprende que algo ratificado por el pueblo español pueda ser modificado por las Cortes, sin que esa modificación constitucional necesite ratificación. El principio general establecido a la hora de la reforma constitucio-

nal, señala que «aprobada la reforma por las Cortes Generales, será sometida a referéndum para su ratificación cuando así lo soliciten, dentro de los quince días siguientes a su aprobación, una décima parte de los miembros de cualquiera de las Cámaras» (art. 167). La soberanía nacional queda así a merced de la existencia de una minoría discordante en alguna de las Cámaras –al parecer, Diputados y Senadores en minoría no pueden reunir sus fuerzas– y de su buena voluntad de enajenarse las simpatías de la mayoría.

El artículo 168 pone límites a esta situación, señalando que «una revisión total de la Constitución o una parcial que afecte al Título preliminar, al Capítulo segundo, Sección primera, del Título I, o al Título II» «será sometida a referéndum para su ratificación». Los límites, en realidad, son los que afectan a los capítulos especificados porque a través de revisiones parciales –que no necesitan de ratificación si la minoría no está en condiciones de oponerse o no quiere oponerse– se puede revisar toda la Constitución, dejando sin contenido alguno el reconocimiento del pueblo español como soberano; tras varias revisiones, el soberano –el pueblo español– puede verse sometido a una Constitución que no ha ratificado cuando la esencia de la soberanía nacional radica, precisamente, en afirmar que todos están sometidos a la Constitución, a comenzar por los poderes del Estado, menos la Nación que, por esta razón, puede cambiar en cualquier momento la Constitución.

Además, dentro al menos de una tradición acuñada en la época revolucionaria, se afirma que una Constitución que no reconozca los derechos del hombre y del ciudadano, que no reconozca la soberanía de la nación y que no establezca una división de poderes no es una Constitución –burguesa, según la interpretación habitual–.

La concepción de estos derechos del hombre y del ciudadano implica que los mismos corresponden a los hombres en cuanto tales y que, por consiguiente, son anteriores a entrar a formar parte de una sociedad y son irrenunciables. Por estas razones, estos derechos no derivan de la Constitución, no son establecidos por la Constitución, sino que la Constitución debe limitarse a reconocerlos y a garantizarlos. La soberanía que se predica de la Nación carecería de límite alguno –la soberanía nacional lo puede todo, menos convertir a un hombre en mujer, decían algunos autores– si no se encontrase, al menos teóricamente, limitada por estos derechos y libertades, por estos derechos fundamentales y libertades públicas como se reconoce en el epígrafe de la sección 1.^a del capítulo 2.^o del título I.

Si no he olvidado por completo las reglas de interpretación del derecho vigente, esta afirmación del artículo 168 supone que las Cortes pueden modificar, sin necesidad de ratificación del teóricamente soberano –el pueblo–, la sección 2.^a de este capítulo 2.^o del título I, pero también pueden modificar el artículo 14 de este capítulo 2.^o del título I, que está fuera de la sección 1.^a y que, al parecer, dice cosas de poca importancia: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Si bien tarea del jurista es concordar las normas discordantes, desde un punto de vista formal se comprende esta reserva. Como ha quedado apuntado, en el fondo la única reforma que para su ratificación necesita un referéndum sería aquella que afectase a los principios generales establecidos en el título preliminar, que, como se ha visto, pueden vaciarse de contenido, y en el título II, «De la Corona», porque ni siquiera el soberano puede desconocer los derechos naturales del hombre y del ciudadano. Pero dentro del título II, su artículo 57 establece que la «Corona de España es hereditaria en los sucesores de S. M. Don Juan Carlos I de Borbón, legítimo heredero de la dinastía histórica. La sucesión en el trono seguirá el orden regular de primogenitura y representación siendo preferida siempre [...] el varón a la mujer, y en el mismo sexo, la persona de más edad a la de menos».

Las Cortes pueden modificar el artículo 26 sin necesidad de someter a referéndum su decisión –la realización de ese referéndum queda vinculado a la posibilidad de que la minoría alcance un determinado porcentaje y desee pedirlo–, pero no pueden modificar el artículo 57 sin un referéndum pese a estar en contradicción con el artículo 26. Esta contradicción no se supera equiparando ambos sexos, ni se supera haciendo electiva la monarquía dentro de los miembros de una dinastía para superar la discriminación por razón de edad porque la contradicción insalvable radica en la imposibilidad de armonizar el principio democrático –que establece la igualdad de todos los ciudadanos– y el monárquico que se sustenta en la desigualdad aunque sea de uno solo, como subrayaba Rojas Zorrilla al escribir «Del rey abajo ninguno».

Son harto conocidas las razones que se esconden detrás del intento de soslayar «la cuestión política de si era el soberano el Príncipe o el Pueblo; la respuesta era sencillamente: no el Príncipe ni el Pueblo, sino la Constitución es soberana. Se está ante un problema milenario que reaparece bajo disfraces diferentes desde que en la tradición occidental Agustín de Hipona, dándole la vuelta a la situación, afirmó que lo justo (*iustum*) no era lo conforme al derecho (*ius*), sino que el derecho para ser derecho tenía que ser justo, dando así paso a las discusiones teóricas en torno a la validez y a la vigencia de las normas jurídicas. «Guizot, un representante clásico del Estado liberal de Derecho, habla de la “soberanía de la Razón”, de la Justicia y de otras abstracciones, reconociendo acertadamente que sólo puede llamarse “soberana” una norma cuando no es voluntad y mandato positivos, sino Verdad, Razón y Justicia racional, y, por tanto, tiene determinadas *cualidades*; pues de otro modo, es soberano precisamente aquel que quiere y manda»⁶. Los corolarios de este planteamiento son harto conocidos. Pero precisamente el punto *dolens* es si soberana es la nación española –como afirma el cap. 1,2– según la constitución formal o si, por debajo de la misma, existe una constitución material que atribuye el poder a una minoría, aquella que configuró a su imagen y semejanza la Constitución formal.

Desde antiguo el titular del poder es quien ejerce la justicia identificada con la justicia penal y el perdón: «et sicut datum est eis justiciam facere sic licitum

⁶ Carl SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, p. 33.

erit eis cui placuerit dimitere et perdonare» (Cap. 126 de los *Usatici*). Más descarnadamente y con una mayor amplitud lo afirmó Alfonso X, cuando dijo lo siguiente: «Et maguer le sea prouado o sea iudgado por aleuoso, el rey le puede dar por quito e por leal, si tanta merçet le quisiere facer; et tan grand es el derecho del poder del rey, que todas las leyes e todos los derecho tien so sí» (FR 4, 21, 5). Sin embargo, según la Constitución de 1978, «corresponde al Rey (...) ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley, que no podrá autorizar indultos generales» [art. 62, *i*]); y, si bien se reconoce una iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley, se establece que «no procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia» (art. 87.3).

Alfonso X lo señala claramente: puede perdonar porque tiene un poder tan grande que le coloca por encima de todas las leyes y todos los derechos; la Constitución es la ley que da el soberano –el pueblo– que obliga a todos, menos al soberano.

Junto a unos conceptos estáticos de Constitución, Schmitt menciona un tercero, dinámico: «el principio del devenir dinámico de la unidad política, del fenómeno de la continuamente renovada formación y erección de esta unidad desde una fuerza y energía subyacente u operante en la base. Aquí se entiende el Estado, no como algo existente, en reposo estático, sino como algo en devenir, surgiendo siempre de nuevo. De los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política –“integrarse”, según la expresión de Rodolfo Smend»⁷. Quizá me equivoque, pero aquí nos encontramos ante la idea del plebiscito diario de Renan.

La introducción de 1934 de Francisco Ayala, con gran claridad y precisión, señala los límites del pensamiento schmittiano; pero señalar estos límites, a mi entender, no supone refutar su argumentación, especialmente si esta refutación se vincula a una consideración nebulosa sobre la situación del momento: «quiero afirmar, por lo que afecta al problema de España, que la actual convivencia y coordinación de cuerpos autónomos y centros de poder político dentro de un complejo orgánico –Estado integral dice la Constitución–, carece de sentido desde la ideología que C. Schmitt coloca en la base de su doctrina. Esta doctrina puede servir a todo nacionalismo, tanto al que pretenda una reintegración como al que persiga una desintegración. Pero es incapaz de remontarse en un intento superador. Y eso, porque carece de cimentación en valores esenciales humanos, y se atiene a la mística de un pueblo o Nación que es, en definitiva, como complejo social, un producto histórico...»⁸.

Reducido a lo esencial, repite lo que se ha afirmado del mundo romano: se ha roto la concordia existente entre los distintos órdenes y es necesario un rearme moral –el triunfo de aquellos principios establecidos por Guizot– y una nueva distribución del poder. Pero la historia objetiva es inmisericorde: la pro-

⁷ SCHMITT, *Teoría* (n. 6) 31.

⁸ FRANCISCO AYALA, Presentación, en CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, p. 18. Para la concepción federalista de Schmitt, *vid.* MANUEL GARCÍA-PELAYO, *Derecho Constitucional comparado*² Madrid, 1953, pp. 209 ss.

puesta republicana ha fracasado y se asiste de nuevo al resurgir de aquellos principios que encuentran en Savigny su padre espiritual y que habían sido canalizados por el nacionalsocialismo y el fascismo, encontrando hoy acogida en todos esos partidos nacionalistas, que menciona Ayala, donde han terminado por confluír los llamados partidos de derechas y de izquierdas, cada vez más difíciles de distinguir en su práctica política diaria.

¿Realmente la Constitución de la República abría un nuevo camino? Indudablemente, es más respetuosa con la tradición de la nación de origen revolucionario, como se ha visto ya. «España es una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia. Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo. La República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones», afirmaba el capítulo 1 de la Constitución de la República.

Si uno se queda en los principios, nota algunos cambios que parecen arrancar más bien del temor: «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas», dice el artículo 2 de la actual Constitución de 1978, pero también el artículo 8 de la Constitución republicana afirmaba que «El Estado español, dentro de los límites irreductibles de su territorio actual, estará integrado por Municipios mancomunados en provincias y por las regiones que se constituyan en régimen de autonomía». Hay, sin embargo, desde una perspectiva religiosa, un rearme moral, que completa los principios del artículo 1: no se ha mencionado la caridad, pero sí la solidaridad.

En realidad, es el concepto de autonomía aquel que perdura y vincula ambas Constituciones. Y, en este sentido, tanto el Estado integral como el Estado autonómico pueden considerarse como resultado de un esfuerzo por identificar el titular de la soberanía y por distribuir los poderes del Estado. Este esfuerzo ha tropezado, sin embargo, con el mismo escollo, demostración evidente que el hombre es el único animal que tropieza dos veces en la misma piedra, y no sólo dos veces, si se atiende a la reiteración en la solución rechazada en época reciente.

Es ya agua pasada porque los textos que se mencionarán o ya no están vigentes o se les ha dicho decir lo que no dicen.

«El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. 2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos» (art. 3).

Léase ahora el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979: «La lengua propia de Cataluña es el catalán. 2. El Idioma catalán es el oficial de Cataluña, así como también lo es el castellano, oficial en todo el Estado español» (cap. 3, 1-2).

Según parece, no existe contradicción alguna entre estas dos redacciones, lo que puede hacer pensar que los miembros de nuestro más alto tribunal no saben ya castellano. En una gramática para niños, se señala que dentro de los adverbios de afirmación se encuentra «también», «(que además del concepto

afirmativo contiene el concepto de adición)»⁹. Son las otras lenguas españolas las que se adicionan al castellano, no éste el que se adiciona a las otras lenguas.

El Tribunal Constitucional es el máximo intérprete de nuestra Constitución, pero en su interpretación no ha mostrado el rigor intelectual que movió a los juristas castellanos a dejar la cuestión en manos del rey, ante la imposibilidad de salvar una contradicción existente en las *Partidas* en torno a la edad en la que salía el rey de tutela –dicha contradicción exorbitaba los límites de la interpretación e incidía en el campo de la creación–; como señalaba ya Justiniano, corresponde interpretar a quien corresponde crear la ley. El recuerdo de las extensas y ramplonas consideraciones sociológicas me arredran a la hora de refrescar la memoria, pero, en cuanto historiador, quizá hubiera acudido a la tradición y me hubiera detenido en la lectura del Estatuto de Cataluña de 15 de septiembre de 1932, más acorde con la disposición del artículo 4 de la Constitución de 9 de diciembre de 1931.

Pero esta solución es acorde con otras muchas que se pueden invocar y que denotan que los principios teóricos que informan la Constitución no parecen haber arraigado en los representantes de la nación ni en sus servidores. La llamada justicia popular ni es más justa ni menos justa que la llamada justicia profesional, pero la llamada justicia popular tiene una fundamentación teórica de la que carece la justicia profesional. Al fin y al cabo, los ciudadanos que forman parte de los tribunales populares son miembros del soberano y cuando ejercen como jueces actúan la soberanía de la nación –una *fictio juris* más–; discutir la existencia de estos tribunales porque pueden dictar sentencias injustas es, en último término, poner en peligro los principios mismos de la justicia popular, que es la soberanía de la nación, para lo cual no se duda en presuponer que la justicia profesional dicta siempre sentencias justas. Los romanos sabían bien que el tribunal del pretor se llamaba *ius* porque allí el pretor decía el *ius*, aun cuando cometiese *iniuria*; el nombre lo recibía no en atención a lo que hacía el pretor, sino en atención a lo que debía hacer (*Pau. D.* 1,1,11).

En realidad, por las razones apuntadas, se está en un período en el cual la oligarquía que gobierna no ha encontrado, todavía, un equilibrio adecuado que salvaguarde sus intereses –no se ha decidido la cuestión de la titularidad de la soberanía–. Por esta razón, en este período no se aspira a un juez que aplique las leyes, sino a un juez que haga justicia. El resultado es, si se hace caso de lo que dicen los periódicos, que las leyes no se cumplen, siendo el llamado poder ejecutivo, encargado de aplicar las leyes, el primero en negarse a cumplirlas y las sentencias –d’Ors sostenía, un tanto simplísticamente, que derecho es lo que aprueban los jueces– no se cumplen, siendo de nuevo el poder ejecutivo aquel que no tiene rebozo alguno en manifestar públicamente que no cumplirá determinadas sentencias.

Uno tiene a veces la impresión que afirmaciones como la establecida en el artículo 9.1 «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico» se mueve en ese limbo de los princi-

⁹ Amado ALONSO-Pedro HENRIQUEZ UREÑA, *Gramática Castellana*. Segundo curso. Buenos Aires, 1964, p. 166.

pios que esperan, inútilmente, su cumplimiento como los establecidos en el artículo 35,1, donde, además, la coletilla final –«sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo»– puede hacer pensar que en ese mismo limbo se mueven los principios establecidos en el artículo 14; aparecen establecidos únicamente con la finalidad de hacer creer a los ciudadanos que los pueden invocar.

Se podría decir, pues, que la Constitución material no coincide con la Constitución formal, porque esta Constitución formal no siempre se interpreta de acuerdo con las exigencias de la Constitución material: se requiere una interpretación generosa que permita convertir el Estado autonómico establecido por la Constitución formal en un Estado federal, sin necesidad de reformarla. El Estado integral, invocado por Ayala, panacea de todos los males que aquejaban a la República, y el Estado autonómico deben dejar paso a un Estado federal o, mejor todavía, a un Estado confederal.

Hablar de federación de Estados es introducirse en un mundo peligroso, ya que la palabra federación es mucho más antigua que las federaciones actuales y resulta difícil superar los anacronismos tan frecuentes. Partamos de una definición ajena y antigua, alejada de las preocupaciones actuales, aunque no sea, a mi entender, lo suficientemente clara, y coloquémosla en el tiempo.

«Cuando los Estados retienen su soberanía y consideran al gobierno central como un agente, la unión política se denomina confederación. Cuando la unión representa un solo soberano, mediante un estatuto constitucional de poderes entre el gobierno central y los gobiernos de los Estados, la nueva formación política, el Estado así creado, se llama federación»¹⁰.

Son afirmaciones pensadas para comprender el desarrollo del federalismo en Norteamérica. En los momentos iniciales, ese proceso de unificación de los distintos Estados soberanos se consideraba necesario, pero no dejaba de provocar recelos. «El pensamiento político de la época asocia la idea de libertad con la autonomía local y se teme la centralización, como una forma inclinada a la tiranía»¹¹.

Cuando la situación comienza a hacerse más compleja, entonces surgen también nuevas palabras. «Se trataba de una “república compuesta” donde se dividía la soberanía entre los Estados y la unión. En la constitución se omitió, deliberadamente, el término “soberanía”»¹².

Se guarda silencio sobre la soberanía, pero no se renuncia a su concepto, si bien se construyen nociones arbitrarias que terminan en la noción de soberanía dividida que es la negación de la noción de soberanía que se emplea.

«Cuando la esclavitud constituye un problema nacional, y se intensifica el conflicto entre nacionalismo y particularismo, se reemplaza la teoría de la soberanía divisible por la rigidez del dogma de la soberanía del Estado, por una parte, y el principio de la supremacía nacional, por otra»¹³.

¹⁰ Raymond F. GETTELL, *Historia de las ideas políticas II*³, Barcelona, 1951, p. 278.

¹¹ GETTELL, *Historia II*³ (n. 10) 278.

¹² GETTELL, *Historia II*³ (n. 10) 278.

¹³ GETTELL, *Historia II*³ (n. 10) 283.

Como es natural, todas estas propuestas se dirigen a asegurar una vida futura. Las soluciones son diversas; todas parten de una misma realidad –los Estados son soberanos– aunque se separen a la hora de la valoración del pacto que está en la base de la unión: «Los Estados son soberanos, originariamente; al formar la unión ceden ciertos poderes al gobierno nacional, prerrogativas que pueden retirar en cualquier tiempo (...) Los Estados tienen siempre el camino abierto para afirmar sus prerrogativas soberanas, y separarse de la unión»¹⁴. Para otros autores, «la constitución no es el fruto de un pacto entre los Estados, sino una ley que se hace por todo el pueblo. La constitución es la ley suprema del país. La unión no es un tratado susceptible de violación, sino un acuerdo indisoluble, que no puede quebrantarse por ningún Estado, salvo en el caso de una resolución»¹⁵. En la guerra de Secesión, el Sur perdió y el Norte triunfó, la Confederación dejó paso a la Federación¹⁶.

Lucano afirmaba ya que el poder no admite compañero: se puede intentar establecer un sistema de contrapoderes, siempre que exista un acuerdo de base sobre a quién corresponde la soberanía; los autores que se ocupan del Estado federal, tras la guerra de Secesión, «defienden y apoyan la teoría de la soberanía absoluta e indivisible»¹⁷. Y, por esta razón, «el intento de despojar al Gobierno nacional (es decir, federal) de su supremacía, es considerado como rebelión, y por esta causa, bajo el sistema político de los Estados Unidos no es admisible, ni la anulación por un Estado cualquiera, ni la secesión de un Estado»¹⁸, el «federalismo constituye (...) simplemente, un expediente de gobierno» y, por esta razón, el Tribunal Supremo se presenta como la salvaguardia de la Constitución frente al gobierno¹⁹.

Desde el punto de vista histórico, me limito a subrayar que las Constituciones españolas no reflejan un pacto entre Estados soberanos porque la Constitución de Cádiz y las posteriores que merecen ese nombre substituyen la soberanía del rey por la soberanía del pueblo, sus antiguos súbditos. Desde un punto de vista formal, con los límites apuntados, la soberanía reside en el pueblo español según la presente Constitución, y nunca ha existido un Estado federal –ni confederal– porque nunca hubo Estados soberanos que pactaran para formar una Federación²⁰.

Ninguna de estas afirmaciones puede, sin embargo, determinar el futuro. La experiencia del pasado es inútil si de la misma se quieren obtener mecánica-

¹⁴ GETTELL, *Historia* II² (n. 10) 284.

¹⁵ GETTELL, *Historia* II³ (n. 10) 285.

¹⁶ SCHMITT, *Teoría* 355, quien añade algo más, a lo afirmado por Murray Butler: «Pero esa "solución" del problema mediante la guerra significa tan sólo que la Constitución ha cambiado su carácter y la Federación como tal ha cesado, que es lo que la guerra decidió».

¹⁷ GETTELL, *Historia* II² 286.

¹⁸ N. Murray Butler, en SCHMITT, *Teoría*, p. 355.

¹⁹ GETTELL, *Historia* II² 286.

²⁰ No me detengo en la llamada confederación catalano-aragonesa [vid. GARCÍA PELAYO, *Derecho* (n. 8) 206 ss.], esta terminología encierra anacronismos evidentes; la concepción política de la época habla de *corpus mysticus*, con una cabeza y un cuerpo; el rey de Aragón es cabeza de cuerpos diferentes; estos no se federan entre sí porque su punto de unión es la cabeza y un rey no puede federarse consigo mismo.

mente conclusiones para el futuro. Las teorías políticas nacen para justificar las opciones de futuro pero no todos ven de la misma manera ese futuro. Simplificando, al máximo, ante el pasado caben dos opciones fundamentales: o identificarlo con la tradición que debe mantenerse a toda costa –al menos, en las apariencias– y, en consecuencia, el futuro es el pasado o el pasado, en cuanto superado, debe ser anulado –al menos, en las apariencias– y substituido por algo nuevo. El ejercicio de comprensión del historiador queda excluido por ambos planteamientos y nada tiene que decir sobre estas opciones políticas de futuro.

La distinción entre una constitución estática y una dinámica permite una comprensión más adecuada de la situación presente si se quiere construir un futuro y legítima que la Constitución en sentido formal se pueda considerar algo superado –algo que se puede poner a un lado– y que sea necesario, por consiguiente, configurar la convivencia sobre nuevos principios, expresión de aquellas fuerzas subyacentes que con una cierta mística se mencionan²¹.

Como un simple espectador, al que le afecta la situación pero que se ve superado por la misma, reconozco, sin embargo, que este recurso acentúa con mayor fuerza los trazos oligárquicos de la actual situación y nos anuncia un futuro no muy prometedor, si el nacionalismo es la nueva panacea porque de nuevo no tiene nada y sus curas tienen efectos deletéreos, lo cual no es óbice para su posible triunfo.

Esta constatación tiene sus consecuencias teóricas. La Constitución de 1978 es, aparentemente, clara. «La soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado» (art. 1.2). Me centraré en el poder legislativo que se identifica con las Cortes.

Las Cortes «ejercen la potestad legislativa del Estado» (art. 66,2). Sin embargo, este poder legislativo tiene límites, que no son sólo los derivados del sometimiento a la Constitución. Cuando se establecen las competencias exclusivas del Estado, se señala lo siguiente: «Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.8). Las Cortes pueden delegar su potestad de dictar normas (art. 82.1), pero cuando se señala que «las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos» (art. 149.2), la Constitución parece moverse fuera de la teoría de la delegación.

El problema fundamental –aunque puramente formal– desde un punto de vista puramente teórico y que interesa solamente al historiador es el siguiente: si el pueblo español es el titular de la soberanía y las Cortes ejercen el poder legislativo ¿cuál es el fundamento de la validez de las leyes autonómicas en el campo civil?

Dicho con otras palabras si el poder legislativo es emanación de la soberanía del pueblo, ¿el poder legislativo del Parlamento gallego es emanación de la soberanía nacional gallega o de la soberanía nacional española?

²¹ SCHMITT, *La Teoría*, pp. 31-32.

Si las Cortes ejercen el poder legislativo emanación de la soberanía española porque sus diputados y senadores han sido elegidos por el pueblo español, en buena lógica se debería concluir que si el pueblo gallego elige sus representantes y su Parlamento tiene el poder legislativo que es emanación de la soberanía nacional, el pueblo gallego es soberano. Y si el pueblo gallego –evitemos el término nación para ser formalmente respetuosos con la Constitución escrita aunque nos movamos ahora en la Constitución en sentido dinámico– es soberano ¿por qué entonces no tiene una Constitución propia? ¿Por qué entonces no tiene un Estado propio?

Si se sigue con este razonamiento, se terminará por reconocer que en España existen varios Estados nacionales que podrán así unirse entre sí y, si así lo hacen, tendrán que decidir si con dicha unión han formado una federación o una confederación. Esta conclusión obliga, necesariamente, a reconocer que España es una mera expresión geográfica, donde conviven Estados nacionales diferentes y, de acuerdo con el criterio agustiniano, si no hay un pueblo español, no puede existir una soberanía española y el Estado español es una pura ficción.

La historia, sin embargo, se ocupa del pasado y no del futuro y se ocupa desde su presente, un presente marcado por tensiones: un Estado español que forma parte de la actual comunidad de Estados.

2. Como pienso que nuestro presente viene marcado todavía hoy por la Constitución de Cádiz de 1812, será necesario volver a la misma, ya que además se está festejando. La Constitución actual concede a las comunidades autónomas el poder dar leyes para desarrollar «los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (art. 149.1.8.^a).

Nuestros padres de la patria se han curado en salud y Galicia tiene hoy un derecho civil, de origen legal. Pero tiene un derecho civil porque era una de aquellas comunidades autónoma donde existía un derecho llamado en tiempos foral como consecuencia de los problemas generados por los principios establecidos en la Constitución de Cádiz que marcaron la codificación en el momento de acometer el Código civil.

Pese a las dudas que levanta la Constitución de Cádiz, la misma recoge la idea de nación de la Revolución Francesa: la nación está formada por los súbditos no privilegiados del rey que, reconociéndose como los súbditos más numerosos –la mayor parte–, asumen la soberanía, hasta aquellos momentos del rey, y convierten la tierra del rey en territorio nacional, ofreciendo a los privilegiados una alternativa radical: o se someten a la ley común o quedan excluidos de la Nación. Decir que este es el concepto de nación latente en la Constitución de Cádiz no quiere decir, sin embargo, que el mismo se haya plasmado en todo su pureza. Prescindiendo de razones más profundas, es suficiente subrayar que los franceses terminaron guillotinando al monarca y suprimiendo los privilegios, algo que no sucedió en la Península.

Pocos años más tarde, Savigny, como reacción, difunde otra concepción de nación –prefiere hablar de pueblo– como una multitud de personas animadas por un espíritu común –un alma– que le unifica en cuanto cuerpo que se manifiesta en una misma lengua, en un mismo derecho, en una misma cultura. Savig-

ny no pretendía combatir la soberanía de los reyes de su época, sino mantener la unidad del derecho alemán, por encima de las fronteras políticas, y dejar su desarrollo en manos de los juristas, pero si se reconoce que el derecho es manifestación del espíritu popular, este principio desemboca, necesariamente, en el reconocimiento de que el pueblo se identifica como tal cuando se configura jurídicamente como Estado: las naciones, inspiradas por su espíritu, reclaman, en consecuencia, la soberanía²². El nacionalsocialismo y el fascismo son, así, hijos del pensamiento de Savigny, como los actuales nacionalismos que se reclaman a dicho espíritu popular; no hay ya una oposición entre estos nacionalismos y los herederos de aquel intento de superar la revolución burguesa empleando su mismo principio mayoritario –la clase obrera forma la mayor parte de la población; debe establecer la dictadura del proletariado y, como consecuencia de ello, desaparecerán las fronteras nacionales–; si se abandona esta idea, desaparecen los contrastes de clase y la izquierda puede asumir el nacionalismo.

Describo una determinada situación, entre otras razones porque cuando se habla de ortodoxia y de su defensa me viene a la memoria aquella famosa frase de los profesores cerverinos cuando dirigiéndose al monarca reconocían lo siguiente: «lejos de nosotros la nefasta manía de pensar». No me corresponde examinar si es o no posible aceptar los principios y rechazar las consecuencias.

«Nación», «federación» son nombres que tienen una larga tradición; no tan extensa la tiene también la palabra «soberanía». Si la historia supone cambios a lo largo del tiempo, las mencionadas palabras, convertidas en términos, se acuñan para superar determinadas situaciones que se plantearon en momentos históricos precisos. El concepto de soberanía acuñado por Bodin atacaba de raíz las pretensiones de las Cortes; el concepto de nación revolucionario atacaba la soberanía del rey. Antes de 1812, para emplear una fecha mítica y fácilmente recordable, no hay naciones soberanas, sino reyes soberanos que configuran los distintos Estados monárquicos.

La Constitución de Cádiz crea así la nación española –como concepto jurídico– identificada con los antiguos súbditos del rey –ahora son ciudadanos libres–, titular de la soberanía y del territorio nacional, la antigua tierra del rey. Antes de la Constitución de Cádiz no existe una nación española en el sentido precisado, pero después de la Constitución de Cádiz, formalmente, no existe otra nación que la nación española.

La vida humana no es eterna y tampoco son eternos los pueblos. La nación española y su territorio nacional, identificados en la Constitución de Cádiz de 1812, no son la nación española y su territorio nacional, identificados en la Constitución española de 1978²³. Si la Constitución de Cádiz no pudo otorgar

²² Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «La codificación civil y su fracaso», en Aquilino IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *El Dret comú i Catalunya. Actes del VII Simposi Internacional. Barcelona 23-24 de maig de 1997*, Barcelona, 1998, pp. 213 ss., en especial, 259 ss.

²³ Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «El panorama autonómico español. Entre el mito y la historia», en Aquilino IGLESIA FERREIRÓS (ed.), *El Dret comú i Catalunya. Actes del IV simposi Internacional. Barcelona, 27-28 de maig de 1994 (=Hom. Gay Escoda)*, Barcelona, 1995, pp. 275-369.

larga vida a la España identificada en la misma, tampoco la decisión de nuestros antepasados puede convertirse en ley que se deba observar siempre.

Me limito a subrayar estas afirmaciones, para hacer más claro algo que repito desde hace años; el conocimiento histórico, como decían los juristas de los privilegios, no puede extenderse a sus consecuencias; de haberse proclamado, teóricamente, la nación española con las características apuntadas en 1812, no puede concluirse, teóricamente, que esa nación española tenga asegurado su futuro.

Pero si la nación española sólo se ha proclamado formalmente en 1812 y hoy se mantiene esa afirmación, el período anterior puede presentarse desde el presente actual –siguiendo el planteamiento de Calasso– como el proceso de formación de la nación española, titular de una soberanía que a través de su emanación –el poder legislativo– ha establecido un derecho; pero lo que hay que buscar en el pasado es el derecho gallego y no puedo hablar de una nación gallega, si esa nación para existir jurídicamente como tal tiene que tener un Estado. Hay una comunidad autónoma que su Estatuto identifica y en la Constitución de Cádiz de 1812, en el momento de identificar el territorio español, se incluye entre sus elementos Galicia (art. 10).

Cuando el rey promulga la *Novísima Compilación de las leyes de España* en 1808, entre sus títulos aparece el de rey de Galicia. La constitución abre una nueva época porque los súbditos del rey, que eran naturales de reinos diversos, devienen españoles y titulares de la soberanía.

El famoso decreto de Álvarez Bugallal iba dirigido a solventar los problemas políticos –y teóricos– planteado por la realización del Código civil, para lo cual reduce los fueros a costumbres, porque, desde antiguo, se sabe que todos los pueblos se rigen en parte o por leyes o por costumbres, modificando y matizando la afirmación gayana, que tiene otro alcance, pero reconoce que «*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur*» (*D.* 1,1,9), sin entrar ahora a discutir, si la frase «*qui legibus et moribus reguntur*» debe ir entre comas o debe de carecer de comas (*Gai.* 1,1).

Con otro matiz, pero con resultados parecidos, Justiniano afirmaba que el derecho romano estaba formado o por derecho escrito o por derecho no escrito (*IJ.* 1,2,3), una oposición que extendió Isidoro de Sevilla y circunscribió a la oposición entre ley y costumbre.

La discusión se centra ahora en la identificación de esas costumbres. Las costumbres tienen también su propia historia.

Si hay costumbres gallegas, tiene que haber una sociedad gallega que se identifica con los habitantes de Galicia. Se puede prescindir de examinar las razones que vinculan entre sí a los habitantes de dicha territorio a lo largo de la historia –provincia, reino, región, comunidad autónoma– y partir de su situación actual, como unidad administrativa, dentro de una estructura política más amplia, identificada en la actualidad con el nombre de Estado, de Estado español si se presta atención al titular formal de la soberanía, para tratar de comprender cómo ha llegado a su situación actual. Es suficiente invocar el nombre de Santi Romano o, quizás, mejor aún, el antiguo dicho *ubi societas, ibi ius*.

Desde el momento en que se presupone una sociedad gallega, es difícil determinar desde cuando comienza esta historia, si es el territorio el que permite identificar esa sociedad. Dada la ignorancia existente sobre el posible derecho gallego –o derechos gallegos– existentes en la época pre-romana, se puede partir del mundo romano y de la concepción presente en el mismo, que permite afirmar que todos los pueblos se rigen por leyes y costumbres. Si se prescinde de todas las dudas que plantea un texto de Juliano, jurista de confianza de Adriano, el núcleo de su afirmación se encuentra en la siguiente interrogación: «nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis?» (D. 1,3,32)–. Si detrás de la ley y detrás de la costumbre (el texto de Juliano habla de *mores*) se encuentra la misma voluntad, es decir, si detrás de la costumbre y detrás de la ley se encuentra el pueblo romano, se concluye, lógicamente, que las leyes no sólo se abrogan por la voluntad del legislador, sino también por el desuso que manifiesta el tácito consentimiento de todos («quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur»). Juliano habla de *desuetudo*, pero, si ley y costumbre tienen el mismo valor por tener el mismo autor, las costumbres posteriores se deberían imponer a las leyes anteriores, si la costumbre deroga la ley.

Por esta razón sorprende la parte inicial de este texto; pero como no se trata de comprender el pensamiento de Juliano, sino de emplear sus afirmaciones para otros fines, se puede sobrevolar sobre las mismas y quedarnos con sus conclusiones. A falta de leyes escritas, se debe respetar el derecho introducido por *mores* y costumbre (*quod moribus et consuetudine inductum est*); si aun así no se resuelve el conflicto, se puede recurrir a la analogía, para modernizar y abreviar el texto, y en última instancia, a lo que se observa en la ciudad de Roma.

El texto, en sí, no es muy claro, pero junto a otros textos muestra la permanencia, no sin contaminaciones, del concepto de *civitas*. El gobernador de la provincia debe atender a las cosas que se observa frecuentemente en la ciudad –*oppidum*– en el mismo tipo de controversias (CJ. 8,52 (53),1). A la hora de interpretar, *in primis inspiciendum est, quo iure civitas retro in eiusmodi casibus usa fuisset* (Pau. D. 1,3,17). Pero ya Ulpiano parece testimoniar algo diferente, porque menciona una doble *consuetudo*: la de la ciudad y la de la provincia (*de consuetudine civitatis vel provinciae*) (Ulp. D. 1,3,34).

Esta transformación está apuntando a una característica de la costumbre y a su posible identificación: el problema de la costumbre se manifiesta ligado a la tarea de decir derecho, a la *jurisdictio* (Ulp. D. 1,3,13). La costumbre –en cuanto *species iuris*, como dice Isidoro de Sevilla– es algo que se desarrolla dentro del ámbito de una unidad de convivencia; dentro de la definición de *res publica* de Escipión, la costumbre es ciudadana o, para evitar confusiones, es una costumbre nacida en una *civitas*.

Si la *res publica* es la cosa del pueblo, el pueblo no es cualquier multitud de personas, sino una multitud de personas que se congregan movidas por el acuerdo sobre el derecho y por una utilidad común. Detrás de esta concepción está un problema teórico que, aparentemente, es insuperable. Nadie puede mandarse a

uno mismo; si esto es así y una de las características del derecho es su imperatividad, quien establece el derecho, está fuera del derecho. El pueblo obedece las leyes por necesidad, el rey porque quiere, afirmaba ya el rey visigodo, absorbiendo la tradición romana.

Pero es algo más profundo. El pueblo, en definitiva, es una persona jurídica y las personas jurídicas se configuran como tal conforme a un derecho. Si el derecho se encuentra en la sociedad, ¿cómo puede configurarse jurídicamente una sociedad, si para que exista derecho tiene que haber sociedad? Es una nueva versión de la discusión sobre si primero fue el huevo o la gallina. *Ubi societas, ibi ius*. No es posible una sociedad sin derecho porque el mismo surge tan pronto hay sociedad, tan pronto los hombres conviven porque convivir significa observar unas determinadas conductas –un ponerse de acuerdo sobre un derecho–; esa multitud de personas se configura como pueblo. Estamos, en definitiva, ante un aspecto de la idea de Institución de Santi Romano.

Pero aquí nos movemos en la ciudad antigua, una ciudad que tiene unas dimensiones determinadas y un número limitado de ciudadanos. Si el pueblo romano es aquel que da la ley es porque el pueblo romano –con los límites conocidos– puede reunirse en una asamblea y aprobar o rechazar la propuesta del magistrado con poder para reunir al pueblo; precisamente por ello, estas personas, porque efectivamente conviven, pueden conducirse de una determinada manera, dentro de las características propias de cada sociedad. ¿Si la *civitas* –Roma– tiene una costumbre puede haber una costumbre de todo el imperio?

La historia de la ciudad de Roma se transformó en la historia del Imperio romano. Una urbe se transformó en el orbe y, por esta razón, Roma fue considerada *caput mundis* y cabía recurrir a su costumbre. Pero ya no es la única ciudad existente, la única *urbs*; a su lado hay otras; además, ahora estos centros de habitación se inscriben en distritos administrativos más amplios, al frente de los cuales se encuentra un gobernador que es el juez de la provincia.

Si el derecho de la *Gallaetia* provincial romana se puede resolver de esta manera, este criterio sirve también para la época posterior, donde el período suevo se salva por el desconocimiento existente sobre el derecho en Galicia en esos momentos y el período visigodo por el decidido intento del rey por terminar con la *consuetudo*. La desaparición del reino visigodo y la cristalización del *Liber* es el contexto donde surgen aquellos centros de convivencia efectivos que se pueden identificar en la aldea que o se convertirá en municipio o quedará sometida al derecho señorial. Dentro de estos ámbitos se desarrolla no ya un derecho gallego, sino unos derechos que pueden definirse de gallegos, si como gallegos se conocen a todos los habitantes de Galicia. Si se vincula estrechamente costumbre y jurisdicción, la posible aparición de una jurisdicción más amplia permite pensar en una costumbre también más amplia.

Sin embargo, quizá, sería conveniente separar algo que los tribunales y los juristas del momento distinguen: una cosa es la costumbre y otra la práctica o estilo de los tribunales. La costumbre se identifica con los usos observados en un determinado ámbito de convivencia, por difícil que sea determinar el origen de las costumbres, su nacimiento; la costumbre es un hecho y, en teoría el juez

se limita a constatar su existencia. El estilo de los tribunales es la manera en la que estos aplican la norma –legal o consuetudinaria–.

El recurso a los tribunales superiores abre la posibilidad de la extensión de la costumbre. Como la fijación de las costumbres –su redacción por escrito– la hacen los juristas y su reconocimiento los jueces, todo hace pensar que es posible que junto a las costumbres desarrolladas en las aldeas y municipios gallegos se haya desarrollado una secundaria como consecuencia de esta posibilidad.

La aparición de la Audiencia de La Coruña y el recurso al principio del «obedézcase pero no se cumpla» pudo impulsar el desarrollo de un derecho gallego propio para todo el reino; si la Audiencia podía suspender las leyes del rey para evitar las consecuencias nefastas de su aplicación, de acuerdo, con la advertencia de la Audiencia, el rey podía eximir a los habitantes de Galicia de su cumplimiento.

La teoría de la Institución de Santi Romano encuentra aquí sus límites. Su planteamiento permite configurar la Mafia como un ordenamiento jurídico, pero obliga, al mismo tiempo, a reconocer que ese ordenamiento jurídico entra en conflicto con el ordenamiento estatal y, en consecuencia, su observación dependerá de la capacidad del Estado de imponer su ordenamiento. En definitiva, el planteamiento de Romano da respuesta a los interrogantes planteados en aquellos ordenamientos jurídicos donde triunfa la ley como única especie de derecho. Toda institución en cuanto existe engendra ya su propio derecho, pero ese derecho debe hacer las cuentas con el derecho establecido por la institución suprema donde las restantes se inscriben.

Se vuelve, pues, a la misma situación conflictiva que dentro de su contexto intentó resolver Constantino: la autoridad de la costumbre es grande, pero no hasta el punto de imponerse a la ley o a la razón. Sus efectos se fijan en la enseñanza escolástica que distingue entre *consuetudo secundum legem*, *consuetudo praeter legem et consuetudo contra legem*. Si esta última se excluye del campo del derecho –son antijurídicas–, las primeras se agotan, teóricamente, en el mundo de la aplicación del derecho legal; solo las terceras cumplen un papel complementario en la formación de un ordenamiento jurídico. Como señalaba el artículo 6 del CC. –en unión con su artículo 5– en su redacción originaria, los jueces deben aplicar la ley, sin que contra su aplicación se pueda invocar «el desuso ni la costumbre o práctica en contrario»; a falta de ley, el juez podrá recurrir a «la costumbres del lugar».

En la Edad Media se ha interpretado de forma distinta la ley de Constantino o, por mejor decir, se ha utilizado su argumentación dándole la vuelta, pues la sociedad del momento no tenía ya las características del Imperio. Como decía Orberto dall’Orto, la autoridad de la ley es grande, pero no tanto que pueda imponerse a la *consuetudo* y la costumbre sobre los feudos es tan variada que no puede reducirse a unidad. Y en la península, esta interpretación se impuso, al menos hasta mediados del siglo XIV. Los juristas han sido siempre contrarios a la costumbre porque, como dice alguno de ellos, el abogado más versado en el derecho de una ciudad deviene un novicio cuando se traslada a otra diferente.

Si la historia aspira a comprender como se ha configurado nuestro presente, si el historiador del derecho aspira a comprender la configuración actual del ordena-

miento actual, tiene que partir de su presente, aquel que le permite unificar el pasado. El problema del derecho –como ha quedado apuntado– no se agota con la identificación de las llamadas fuentes del derecho porque estas remiten, necesariamente, a unas sociedades humanas configuradas jurídicamente.

El problema se traslada, entonces, a la identificación de esa sociedad gallega que hoy se identifica con una comunidad autónoma y hace dos siglos con un reino.

Sin entrar en la posibilidad de un origen celta del pueblo gallego, Galicia se presenta en la historia como una provincia romana, sobre la cual los suevos construyen un reino que tras casi doscientos años de historia termina siendo incorporado en el reino visigodo bajo Leovigilo. Esta tradición permite comprender por qué según el *Liber* el reino visigodo está formado por *Gotia*, *Gallaetia* e *Hispania* y por qué –según algunos autores para acabar con ciertas tendencias centrífugas– Égica asoció en vida a su hijo Vitiza y le encargó el gobierno de la *Gallaetia*.

Hay una tradición, profundamente arraigada, que de forma paradójica expuso d'Abadal de la siguiente manera: «Els Anals d'Anià parlen, encara, de Galícia, que era la forma d'anomenar el regne d'Astúries»²⁴. Cuando sigue más de cerca las fuentes, habla de Alfonso II como rey o de Galicia y de Asturias o de Asturias y de Galicia o, incluso, simplemente, como príncipe de Galicia²⁵. Entre los reyes de León, Valdeavellano intercala un Sancho Ordóñez, rey de Galicia entre el 925 y el 929. Estos datos permitirían ver bajo otra luz aquel reino de Galicia, que tuvo una corta vida, cuando a la muerte de Fernando I, en 1066 García entra en su posesión, de acuerdo con el reparto realizado en 1063, que pronto perdió a manos de sus hermanos. Son siglos en los que el rey –es la opinión generalizada– es un rey juez, son siglos en los que no hay leyes. Precisamente, por ello, es el momento del desarrollo del derecho municipal y señorial. Desde esta perspectiva, junto a las razones apuntadas, no puede pasarse por alto la personalidad del primer arzobispo de Santiago, Gelmírez, quien no sólo aspiró a ser el papa de Occidente y se hizo escribir una biografía, sino que comenzó también a dar normas generales para todas sus tierras.

Esta tradición puede contemplarse bajo una nueva luz cuando Savigny anuncia un nuevo concepto de costumbre, hijo de su místico concepto de un pueblo dotado con alma que exige, para crearlo, un acto de fe. Cobra fuerza aquella idea que posteriormente acuñará Nietzsche afirmando que debe contársele mentiras al pueblo a fin de encaminarlo a acometer grandes hazañas. Esta nueva concepción lleva, necesariamente, al reconocimiento de costumbres nacionales, haciendo imposible la comprensión del derecho mercantil, un derecho surgido de los usos de navegantes y comerciantes, de los contactos habituales entre navegantes y comerciantes de tierras diferentes, como testimonian las *Consuetuds de la mar*²⁶. Tiene también otras consecuencias, superables porque

²⁴ Ramón d'ABADAL I DE VINYALS, *Catalunya Carolingia*. Vol. I. *El domini Carolingi a Catalunya*. Primera Part, Barcelona, 1986, p. 140.

²⁵ D'ABADAL, *Catalunya ...*, (n. 24) 55; 88 n. 95; 89 n. 97.

²⁶ Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «La formación de los libros de Consulado de Mar», en *Initium* 2 (1997) 1-372, con otra bibliografía propia sobre el tema. Para un resumen de mis planteamientos,

esta noción se ha convertido en una creencia. El espíritu alemán al identificarse con el derecho romano-justiniano no sólo reconoce como propio un derecho que, en teoría, es obra del espíritu de otro pueblo, sino que se manifiesta en el campo del derecho en latín mientras se expresa en vulgar.

Esta nueva concepción de la costumbre permite, por lo tanto, comprender el desarrollo de ese derecho gallego porque si el alma popular gallega se expresa en una lengua propia, necesariamente tiene un propio derecho y poca importancia tiene que ese derecho identificado sea el llamado *ius commune* o aquel *ius civile* propio de los castellanos que son las *Partidas*, su derecho común. Si los juristas catalanes medievales y posteriores pueden decir que el derecho catalán es el derecho común salvo en aquellos aspectos modificados por el derecho propio, también se podrá decir que el derecho gallego son las *Partidas* salvo en aquellos aspectos modificados por el derecho propio. Y, de esta manera, aunque sea pasando por alto los datos conocidos y la historia posterior, este derecho propio es también aquel que se expresa en la propia lengua.

Y como la nación alemana de Savigny era una aspiración y no una realidad, también se puede adoptar esta aspiración como punto de partida esperando a que llegue a ser realidad.

Hoy día, el derecho gallego es el derecho de los habitantes de una comunidad autónoma dentro del Estado español, un derecho que no es ya un ordenamiento jurídico, porque ni configura políticamente a sus habitantes ni abarca todas sus conductas, pues se reduce al derecho civil. Si por las razones aducidas, se abandona la constitución formal y se parte de la constitución dinámica, ésta puede expresar una ruptura del equilibrio que aquellas fuerzas misteriosas que configuran la nación española habían plasmado en la Constitución formal, pero los esfuerzos por encontrar un nuevo equilibrio no han cuajado todavía; para evitar discusiones inútiles, el Estado español no ha desaparecido y, al máximo, se detectan esfuerzos por aparentar la existencia de otros Estados que por el momento son incapaces de hacer desaparecer el Estado español, esfuerzos que se desarrollan además en concomitancias con otras fuerzas misteriosas en tensión que aspiran a hacer desaparecer los Estados nacionales surgidos con la Revolución francesa y substituirlos por otro Estado –o nacional, o federal, o confederal– europeo.

Las presuntas leyes históricas se pueden adaptar a las necesidades del momento pero su eficacia no dependerá de ser leyes, sino de la capacidad de quienes tienen el poder de engañar –utilicemos una fórmula suave– al pueblo y conducirlo por uno u otro camino.

La primera enseñanza que trasmite la historia la fijó Lucano cuando acuñó la frase de que el poder no quiere compañero. Decía Carlos I que sólo tenía en común una cosa con su primo Francisco I: ambos querían Milán. Cuando esta-

pueden verse Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Tradizione giuridica iberica del diritto marittimo», en *Tradizione giuridico-marittima del Mediterraneo tra storia ed attualità. Atti del Convegno internazionale di studi storici di diritto marittimo medioevale. Mostra bibliografica e cartografica. Napoli 23-25 settembre 2004*, Roma, 2005, pp. 83-88; Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Del mare internum al mare Mediterraneum: su ius maritimum», en *Un mar de leyes. De Jaime I a Lepanto*, Barcelona, 2008, pp. 185-194.

Illa un conflicto de ese estilo, se entiende mejor la frase de Lucano. Dante fue defensor del imperio universal porque si había un solo Dios, debía haber un solo emperador, resolviendo a su manera el planteamiento de Lucano. Se puede admitir que esa frase de Lucano encierra una ley histórica, pero también se podría contestar con otra frase no menos famosa: «cuán largo me lo fiáis».

Cuando no se cree en leyes históricas ni tampoco en que la comprensión del pasado permita alcanzar otros resultados que explicar las razones que hicieron que nuestros antepasados adoptaran una u otra solución para resolver sus conflictos, se tiene poco entusiasmo a la hora de exponer una cierta marcha de la humanidad.

Las leyes históricas cobran mayor fuerza cuando se acuñan como leyes de la naturaleza; se podría así invocar una de ellas, frecuentemente invocada en su formulación popular, que afirma que el pez grande se come al chico. La historia de la humanidad mostraría que las unidades de convivencia aspiran, por los medios que sean, a hacerse cada vez más grandes hasta que, llegado un momento, su misma extensión les hace ingobernables, como consecuencia de ausencia de los medios necesario para mantener el poder; surgen así movimientos de autonomía que rompen la unidad políticamente establecida.

Roma de urbe devino orbe, dándole la vuelta a los versos de Namatiano (*urbem fecistis quod prius orbis erat*); llegado a su cenit por razones técnicas sostienen algunos autores –los modernos medios de comunicación habrían permitido mantener su unidad; cuando a los historiadores no les gusta la historia acaecida, se inventan historias posibles–, Roma se rompió en los reinos bárbaros que no lograron mantener su unidad política y se dividieron en unidades menores, los reinos medievales. Comienza así una nueva historia, cuando estos reinos medievales aspiran, en un primer momento, a restaurar los antiguos reinos bárbaros y, más tarde, a aumentar sus territorios; tales enfrentamientos en Europa llevó a la formación de unas fronteras estables; el desarrollo de estos reinos se tenía que hacer fuera del marco europeo –de la *res publica christiana*– sobre los territorios de los infieles. Estos grandes imperios fueron sucesivamente desapareciendo, reduciéndose los reinos a aquella situación propia de la Edad Moderna cuando se establece un sistema de Estados e, incluso, dentro de esta situación, ya no se aspira a vivir dentro de esos límites, sino que, fracasada la expansión, se aspira a volver a la Edad Media.

Mientras tanto, los imperios europeos, tan diseminados y faltos de cohesión, fueron substituidos por nuevos Estados que contaban a su favor con territorios extensos y numerosos habitantes. La pérdida de importancia política de Europa, según dicen algunos, está detrás de esa no se sabe bien Europa de los Estados, Europa de las Naciones o de la Nación europea.

Reducida a ley –hay una tendencia a formar unidades de convivencia cada vez mayores que chocan con una tendencia a romper las grandes unidades así formadas– sería una falsa ley de la naturaleza –no se dan las indicaciones que permitan su comprobación–. Por esta razón, es el instinto de poder aquel que determinará la solución a seguir para lo cual recurrirá a todos los medios posi-

bles para conseguirlo. Es la cuestión fundamental apuntada por Maquiavelo: ¿cómo conquistar el poder y, sobre todo, cómo retenerlo?

Desde antiguo se sabe que en toda sociedad existe un poder para facilitar la vida de sus miembros: el poder está en manos o de uno solo (monarquía) o de una minoría (aristocracia) o de la mayoría (democracia), estas formas degeneran en tiranía, oligarquía y demagogia. Las formas puras pueden mezclarse para evitar su degeneración, sin gran éxito. Hoy existe una creencia generalizada en que el poder reside en el pueblo que debe gobernar en beneficio de todos sus miembros. Todos los esfuerzos realizados para construir a un pueblo como una persona física han fracasado, por razones evidentes. El destino del alma –para aprovechar un título de Mancuso– es haberse convertido en una hipótesis innecesaria. Si no hay un alma humana, menos habrá un alma popular. El problema radica en encontrar un medio de identificar lo que un pueblo quiere.

En tiempos antiguos, ante las dificultades para hacer hablar a las unidades de convivencia –en definitiva, una multitud de personas congregadas– se instauró el principio de unanimidad; la misma se manifestaba haciendo resonar las armas contra los escudos que terminaban empleándose contra la minoría que no quería unirse al coro triunfante. Se instaura de esta manera la tan loada paz de los cementerios. Con el paso del tiempo se recurre a medios más civiles para evitar las escisiones; se recurre a la votación, pero para mantener el principio, se impone a la minoría adherirse formalmente a la decisión de la mayoría²⁷. Este pequeño matiz subraya que la minoría debe someterse a la mayoría y adherirse a las tesis de la mayoría, una mayoría que no siempre se identifica con el número, si durante mucho tiempo triunfó el llamado principio sanioritario, consagrado en 1283 en Cataluña.

Con la aparición del Estado nacional surge la discusión teórica sobre si la soberanía podía ser representada. El tamaño de los Estados nacionales hizo triunfar la soberanía representativa y significó el triunfo del número –una persona, un voto– y del principio mayoritario. La nación una vez constituida –resuelto el problema de su formación que implicaba la imposición de la resolución adoptada de formar una nación a quienes no la compartían– se gobernaba de acuerdo con un gobierno que representaba al pueblo y que resolvía los casos conflictivos por mayoría. Las naciones europeas, sostiene Sestan, son hijas de la historia y su cohesión interna se consiguió gracias a la política soberana del monarca. Los ciudadanos de los Estados nacionales se identifican con los antiguos súbditos del rey. Se substituye el Estado monárquico por el Estado nacional. En América –y no sólo en América– el Estado nacional surge de la unión de Estados soberanos distintos que se unen para alcanzar unos fines comunes. La cohesión interna es un reto.

La unión de Estados soberanos para formar Estados nacionales terminó tal como la historia americana enseña. Reconocida «la soberanía absoluta e indivisible y la naturaleza legal de la constitución americana, pero señalando una distinción clara entre Estado y gobierno y admitiendo la posibilidad de distribuir los poderes entre los Estados y la unión y entre los diversos órganos guber-

²⁷ Edoardo RUFFINI, *Il principio maggioritario. Profilo storico*² Milano, 1987, pp. 11 ss.

namentales. El federalismo constituye, por esto, simplemente, un expediente de gobierno»²⁸ que ha conducido así a «la organización del Estado a través del gobierno, por medio de una constitución, que no puede ser reformada por un procedimiento legal ordinario, y la salvaguardia de la constitución, frente al gobierno, por medio del Tribunal Supremo, con la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes»²⁹.

Si se pudieran dejar a un lado las diferencias históricas en su formación, también se podría decir que, en lo esencial, teóricamente, la Constitución española resuelve el problema de la soberanía y reparte el poder entre el Estado y las comunidades autónomas. Pero no es fácil prescindir de estas diferencias históricas: la nación española no es hija de un pacto entre Estados soberanos y las tensiones existentes han provocado que las Cortes españolas hayan pretendido asumir el control de la constitucionalidad de las leyes para aprobar una reforma constitucional encubierta, rechazada, en parte, por el Tribunal Constitucional en una sentencia que, formalmente, se acepta, aunque se rechace cuando se subraya que sus miembros no son ni representantes del pueblo español ni titulares de la soberanía y que, en consecuencia, no pueden rechazar lo que la soberanía de las Cortes –soberanía usurpada al pueblo– ha decidido.

Hay autores que defienden la teoría que el futuro está abierto pero que no debe recurrirse a fórmulas ya superadas por el mismo desarrollo histórico. El intento de dar cohesión a un pueblo por medio de la religión ha terminado en un fracaso e intentos de utilizar otros criterios semejantes han conducido a los mayores genocidios conocidos porque se cuenta, en la actualidad, con medios más perfeccionados de exterminación. Si el fundamento de la cohesión de un pueblo no radica en la necesidad de vivir juntos, sino en otros elementos que no todos comparten, la distinción amigo-enemigo, tan criticada teóricamente, será empleada para lograr la cohesión deseada. Esta posición no encierra una ley histórica y aunque se pretendiese presentar como tal, la misma historia demuestra que estas leyes históricas no se cumplen. El deber de observar una determinada conducta no es posible confundirlo con tener que hacerlo.

Se podría decir, pues, con un lenguaje que, en tiempos, triunfó, si esta Constitución dinámica permite la contradicción entre fuerzas que impulsan en diversas direcciones, llegará un momento en que desembocará en un antagonismo que de hecho, no en la teoría, determinará quién es soberano. Hoy se acepta que la soberanía sólo corresponde al pueblo. El triunfo de la soberanía del pueblo que debe manifestarse de forma mayoritaria implica que el reto actual es hacer cumplir estos principios que el llamado realismo político a través del principio de gobernabilidad evita mediante el establecimiento de leyes electorales apropiadas y el rechazo al recurso a los medios modernos tan eficaces, al parecer, cuando se trata de conocer la opinión en otros campos.

Pero aquí, en el fondo, se está hablando de poder y del poder del Estado ejercido no por el pueblo, sino por sus representantes, quienes, mientras tanto, se han convertido en profesionales de la política: viven de la política y necesitan

²⁸ GETTELL, *Historia* II² 286.

²⁹ GETTELL, *Historia* II² 286.

que su actividad les garantice el puesto de trabajo. Todas estas teorías solo describen una realidad de hecho y esta realidad es el teatro donde actúan quienes aspiran al poder; y esa realidad es hija de la historia: necesaria porque se ha realizado, pero se ha realizado porque en un momento histórico concreto se han tomado determinadas decisiones que hubieran podido ser otras. La historia puede comprender, en el mejor de los casos, cómo se ha llegado a la situación actual, pero de la historia no puede obtenerse más soluciones que aquellas ya utilizadas y que la misma historia ha rebasado.

Si no se participa en esta lucha por el poder –si el instinto de poder no es un instinto o si ese instinto puede dominarse por medio de la razón–, la cuestión del poder y su ejercicio puede quedar en un segundo plano, si se acepta la idea que el Estado es, simplemente, un instrumento al cual recurre el poder para hacer la vida de sus conciudadanos más agradable.

Los principios de igualdad, libertad y fraternidad –que es el único remedio arbitrado para combatir con eficacia la distinción amigo-enemigo: quienes viven dentro de una determinada sociedad formada por hombres libres e iguales son igualmente libres e iguales aunque hayan nacido en una sociedad distinta– son unos criterios acuñados con la Revolución francesa y que, en líneas generales –salvo la fraternidad– se reconocen hoy, al menos en la tradición occidental. El conocimiento histórico puede comprender las razones que han conducido a establecer los mismos como fundamento de los Estados nacionales post-revolucionarios, pero nada más. Las ideas claras y distintas, tan evidentes ellas, son afirmadas con la misma convicción por quienes participan de las mismas como por quienes las niegan y al espectador sólo le queda o adherirse a unas o a otras o rechazar unas y otras.

Schmitt, que afirma que nunca una norma es soberana, que soberanos son los hombres, sin embargo, reconoce «que sólo puede llamarse “soberana” una norma cuando no es voluntad y mandato positivos, sino Verdad, Razón y Justicia racional, y, por tanto, tiene determinadas “cualidades”». ¿Son ideas claras y distintas? ¿Son evidentes? Las discusiones entre Sócrates y los sofistas han planteado un problema que no está resuelto, salvo que se acepte la solución aristotélica: la prudencia es «una habitud de praxis con razón verdadera acerca de lo bueno y de lo malo para el hombre», pero ese bueno y malo no es necesariamente así, es «algo que es de una manera, pero podría ser de otra»³⁰. Bien y mal, justo e injusto son criterios formales que cobran un contenido diferente a lo largo de la historia: el historiador en cuanto tal sólo puede limitarse a registrar que es lo que se considera justo e injusto en el pasado y las razones que están detrás de tales identificaciones. El ciudadano debe aspirar a ver realizada la justicia, pero debe ser consciente que puede ser violada. Si no hubiera injusticia, ¿cómo podría identificarse la justicia?

El derecho civil gallego ha dejado de ser un problema y su conocimiento histórico –con las dificultades para hacerlo desde un presente incierto– no resuelve la incógnita de su futuro.

Barcelona, 29 de febrero de 2012.

AQUILINO IGLESIA FERREIRÓS

³⁰ Xavier ZUBIRI, *Cinco lecciones de filosofía*, Madrid, 1963, pp. 19-20.

Intercambios codificadores entre ambos lados del Atlántico (A propósito de la codificación del Derecho civil)

En un momento de nuestra historia recibimos la influencia hispánica; en otro hemos brindado nuestros aportes, y quizá hoy podamos de nuevo recibir enseñanzas útiles. ¡Es un eterno fluir de ideas, que debe de ser siempre fecundo!¹.

(E. MOISSET DE ESPANÉS)

SUMARIO: Planteamiento. Un mismo punto de partida. Los modelos y las mutuas influencias: a) en la primera etapa codificadora, la etapa afrancesada, b) en la etapa de madurez. A modo de conclusión.

PLANTEAMIENTO

Hace poco más de un siglo que Santi Romano, jurista siciliano, nacido en Palermo, comenzó a llamar la atención sobre la crisis del Estado moderno y su impotencia para hacer frente a los nuevos retos planteados por una sociedad cambiante, convulsionada por la revolución industrial². La crisis de ese Estado

¹ «Derecho civil español y americano (sus influencias recíprocas)» en *Revista de Derecho Privado [RDP]*, 56, 1972, p. 614.

² «Lo Stato moderno e la sua crisi» *Rivista di diritto pubblico*, II, 1910, pp. 79-104 (consultado en http://www.giustiziamministrativa.it/documentazione/studi_contributi/Santi_Romano_Lo_stato_moderno_e_la_sua_crisi.pdf); y *El ordenamiento jurídico*, traducción de S.

llevaba consigo la del derecho por él creado y encerrado en unos moldes jurídicos denominados códigos³. Aquel primer aldabonazo se ha convertido hoy en un coro de voces que reclaman un derecho capaz de abrazar la compleja realidad actual, la de una sociedad globalizada, y ordenarla no solamente ya desde el Estado, sino desde el pluralismo jurídico que nace de la propia sociedad⁴. La codificación tal y como se conoció en el siglo XIX es ya historia⁵, y la época de la codificación ha dejado paso a «la edad de la descodificación» en expresión de Natalino Irti⁶ o, preferiblemente, de la «post-codificación», como la califica Tomás y Valiente, en la medida en la que el derecho sigue codificándose, al

Martín-Retortillo y L. Martín Retortillo, Madrid, 1963. P. GROSSI, que le siguió en la idea de comprender el derecho como una pluralidad de ordenamientos irreductibles al derecho estatal (*Mitología jurídica de la modernidad*, traduc. M. Martínez Neira, Madrid, 2003), ha sintetizado el papel representado por este jurista en «Santi Romano: un mensaje para reflexionar en la moderna crisis de las fuentes», ahora en P. GROSSI, *De la Codificación a la globalización del derecho*, presentación y traducción de R. D. García Pérez, Pamplona 2010, p. 225.

³ Desde mediados del siglo pasado se viene hablando de la crisis del derecho, «se trata de una gran incertidumbre que comenzará a permear en el derecho y que se reflejará en los sistemas jurídicos de los países de la tradición continental» (J. R. NARVÁEZ, «La crisis de la codificación y la Historia del Derecho», en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 15, 2003, pp. 191-215 [consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/15/cnt/cnt9.htm>]). En la década de los setenta, A. HERNÁNDEZ GIL, ante la crítica propiciada por los antiformalistas, proponía entender la codificación como un proceso, «un estar constantemente en marcha, realizándose [...] con capacidad de actuación y de revisión» (*Formalismo, antiformalismo y codificación*, Madrid, 1970, p. 24).

⁴ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, 1998; también, «Una responsabilidad para el jurista actual: repensar las fuentes del derecho», «Aspectos jurídicos de la globalización económica» y «Santi Romano» (ahora en *De la Codificación a la globalización*, pp. 343-362, 383-394 y 219-20 respectivamente). Sobre esta idea y la dificultad de dar paso a un verdadero pluralismo jurídico que no es lo mismo que pluralidad de fuentes, véase un avance en B. CLAVERO «Código civil, título preliminar: primera recepción española y primer rechazo constitucional» (*De la ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid, 1995, pp. 141-155); y, en extenso y con sus implicaciones americanas, en «Ley de Código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América» (*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno [QF]*, 23, 1994, pp. 81-194).

⁵ De sus cambios dio cuenta F. TOMÁS Y VALIENTE en un breve trabajo bajo un certero título: «La codificación, de utopía a técnica vulgarizada», en *Códigos y constituciones (1808-1978)*, Madrid, 1989, pp. 111-124. P. CARONI nos habla del «desmontaje del código» (*Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, 1996, pp. 103-104). «Hoy estamos acostumbrados a pensar el Derecho en términos de codificación, como si debiera estar contenido necesariamente en un código: se trata de una actitud particularmente enraizada en el hombre común y de la que los jóvenes que inician sus estudios jurídicos deben tratar de liberarse» (N. BOBBIO, *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Mora*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, con estudio preliminar de R. de Asís, Madrid, 1993, p. 79).

⁶ Expresión acuñada por N. IRTI, que ha alcanzado un gran éxito entre los estudiosos para caracterizar la etapa que se abre tras la codificadora (*L'età della decodificazione*, Milán, 1979; ahora *La edad de la descodificación*, traducción e introducción de L. Rojo Ajuria, Barcelona, 1992). Dentro del movimiento codificador, B. BRAVO LIRA considera a la etapa epilogal, que se abre tras la aprobación del Código brasileño de 1917, como la etapa de la descodificación en la medida que «el derecho codificado se bate en retirada frente a otro nuevo que lo desborda en muchos sentidos» [«Codificación civil en Iberoamérica y en la Península Ibérica (1827-1917). Derecho nacional y europeización»], *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, I, ed. B. BRAVO LIRA y S. CONCHA MÁRQUEZ DE LA PLATA, Santiago de Chile, 1999, p. 151).

haber devenido la codificación en una técnica legislativa generalizada y vulgarizada⁷. Nos encontramos en un momento de gran interés y, al tiempo, crítico para el historiador del derecho por el fenómeno de revisión profunda que se está produciendo⁸.

En este marco, considero un acierto acoger como tema monográfico en el presente número del *Anuario*: la «Historia y balance de la codificación en España»⁹; y, dentro de él, parece así mismo pertinente, destinar siquiera sea este breve espacio a recordar las mutuas influencias habidas entre el proceso codificador español y los correspondientes procesos de las repúblicas surgidas tras la emancipación de los territorios americanos que formaron parte de la Monarquía española. Esto principalmente por dos motivos: uno, más general, porque no es posible encerrar el estudio de ningún proceso codificador en los estrechos límites de lo acaecido en el país concreto del que se trate, y otro, más específico, porque la independencia política de los antiguos territorios de la Corona de Castilla situados allende el Atlántico, no llevó consigo la ruptura con su pasado jurídico, con la tradición jurídica compartida con España, ni tampoco con la cultural. Después de tantos siglos de mirarse en la metrópoli, y salvado un primer momento en el que se quiso romper con esta centenaria ligazón, se siguió mirando hacia ella, pero entiéndaseme bien esta afirmación, porque, al igual que otros muchos, pienso que entre España e Hispanoamérica ha de hablarse no tanto de una dependencia cultural como de una comunidad cultural que –añado– hoy, especialmente hoy, debería cuidarse y fomentar¹⁰.

⁷ «La codificación, de utopía», p. 124. L. Díez-PICAZO habla de descodificación por «la proliferación de las leyes especiales que se sitúan extramuros del Código», por la reaparición de la jurisprudencia de los tribunales y por la búsqueda de «soluciones intuitivamente justas, sin preocupación por su anclaje en el sistema legal codificado»; y de la recodificación («Codificación, descodificación y recodificación», *Anuario de Derecho Civil [ADC]*, 45, 1992, pp. 473-484). En los escasos debates parlamentarios que precedieron al Código civil español de 1889, G. DE AZCÁRATE se mostró escéptico ante la idea de que una vez aprobado el código se acabara con todo el derecho no comprendido en él, «no he oído utopía más grande», y «aunque el código lo diga, no pasará» (*El Código Civil. Debates parlamentarios, 1885-1889*, I, Madrid, 1989, pp. 868 y 869).

⁸ Véase, de P. CARONI, «Una «Historia» para después del Código», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 9, 2006, pp. 297-318; y *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Madrid, 2010. No debemos adentrarnos más en este complejo y controvertido tema. Se ha sentado a la codificación en el banquillo, véase, por ejemplo, de P. CARONI, *Escritos sobre la codificación*, traducción de A. Mora y M. Martínez Neira, Madrid, 2012. El desfase entre el derecho codificado y la realidad ha sido una idea recurrente en la historiografía, por ejemplo, F. TOMÁS Y VALIENTE, «Los supuestos ideológicos del Código Civil: el procedimiento legislativo», *Códigos y constituciones*, p. 109. Desde la óptica del papel reservado al juez, véase B. BRAVO LIRA, «Las dos caras de la codificación en Europa continental e Iberoamérica: legal y judicial», *Homenaje a I. Sánchez Bella*, Pamplona, 1992, pp. 163-179.

⁹ En este sentido, viene a mi memoria el trabajo de C. PETIT, «Código inexistente (I). Por la historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX», *ADC*, 48, 1995, pp. 1429-1465; o, muy diferente, el de A. BARRERO y A. MORA, «Algunas reflexiones sobre la codificación civil (“Mucho ruido y pocas nueces”）」, *Anuario de Historia del Derecho Español [AHDE]*, 67-1, 1997, pp. 243-259).

¹⁰ B. BRAVO LIRA, «Relaciones entre la codificación europea y la hispanoamericana», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos [REHJ]*, 9, Valparaíso, 1984, p. 51.

No interesa, aquí, considerar el desarrollo peculiar del proceso codificador de cada uno de estos territorios, los logros alcanzados y las carencias detectadas en las diversas ramas del universo jurídico implicadas en este vasto movimiento; sino atender al flujo de ideas y de modelos que cruzaron el Atlántico en una y otra dirección, y que hicieron suyos aquellos hombres del ochocientos que tuvieron en su cabeza y en sus manos la ardua tarea de volcar en códigos el derecho de aquella sociedad post-revolucionaria que les tocó vivir¹¹.

En este empeño no me guía una afán exhaustivo, no sería viable en esta sede, tan solo me propongo hilvanar algunas notas que faciliten una visión global del tema dentro de los límites que me he marcado. El temporal vendrá fijado por las dos grandes codificaciones civiles europeas: la francesa y la alemana. Así, pues, arrancaremos con el *Code civil* francés, incuestionable punto de partida de las codificaciones que vinieron después de él. Y nos detendremos cuando concluya el ochocientos (el *Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB fue aprobado en 1896 y promulgado el 1 de enero de 1900) o, todo lo más, en los primeros años del siglo XX, en la medida en la que es entonces cuando se puede dar por concluida la etapa de mayor apogeo codificador, que se extendió desde mediados del siglo XIX hasta los albores de la Primera Guerra Mundial¹². Este particular recorrido, además, lo será únicamente de la codificación civil, «núcleo del sistema jurídico burgués», «clave de bóveda», «columna vertebral», en fin, la codificación de mayor transcendencia de la sociedad liberal¹³. En aquel siglo XIX, el Código civil era el más sustancial para la sociedad burguesa al regular la vida cotidiana del ciudadano de a pie¹⁴. El renombrado jurista argentino Guillermo A. Borda subrayaba su importancia, situándola casi por encima de la propia constitución nacional, porque ésta se encontraba alejada de la vida cotidiana del hombre, mientras que el Código civil le era más cercano, «lo rodea constantemente, es el clima en el que el hombre se mueve, y tiene una

¹¹ Al estallido de códigos del que habla F. TOMÁS Y VALIENTE, confluyeron «causas tan heterogéneas como el racionalismo metódico, el iusnaturalismo, la naciente y dominante economía capitalista, el liberalismo económico y el Estado liberal del Derecho» («La codificación, de utopía», p. 116).

¹² B. BRAVO LIRA, «Relaciones entre», pp. 208-214. A. GUZMÁN BRITO habla de etapa clásica y la cierra con el Código civil brasileño de 1916 (*Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Pamplona, 2006, p. 321).

¹³ J.-M. SCHOLZ, «Acerca de la historia del derecho en Portugal y España», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario [RCDI]*, 59, 1982-1, p. 652. La codificación civil era la de mayor complejidad, mayor número de cuestiones a discutir y más intereses en juego (M. PESET, «Una interpretación de la codificación española», *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1980)*, México, 1981, pp. 674-676).

¹⁴ Sus «dimensiones más íntimas y generales en su aspecto individual, familiar y social» (M. ALONSO PÉREZ «Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código Civil de 1889», *Centenario del Código Civil*, I, Madrid, 1990, p. 32, nota 54). La Comisión que elaboró el Proyecto de Código civil español de 1836 entendió que este código debía regular «las relaciones de los individuos del Estado entre sí, para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones respectivas» [«Exposición de motivos», en J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española. 4. Codificación civil (Génesis e historia del Código)*], 2 vols., II, Madrid, 1970, p. 90).

influencia decisiva en la orientación y en la conformación de una sociedad», y todo ello, sin mencionar el contenido específico de los títulos preliminares¹⁵.

Rastreamos, pues, los mutuos influjos habidos entre los distintos frutos de la codificación civil española e hispanoamericana conscientes de que ninguno de los juristas que participaron en la empresa codificadora partió de cero, todos tuvieron a su alcance ricos y abundantes materiales donde inspirarse y en los que apoyarse¹⁶. Manuel Seijas Lozano, a quien se había encargado la redacción del que sería el Código penal español de 1848, explicaba en el Congreso:

Al recibir el encargo hice lo que hubiera hecho cualquier otra persona á quien se hubiera encomendado. Lo primero que hice fué estudiar «ad hoc» toda la legislación penal de todos los países europeos y de otros pueblos en que también se ha adelantado¹⁷.

Años antes, desde las páginas de *El Araucano*, Andrés Bello venía a decir lo mismo cuando animaba a codificar a su país adoptivo Chile:

La obra es sin duda difícil, pero no carecemos de ricos materiales que pudieran ahorrarnos tiempo y trabajo. Tenemos a la mano los códigos de comercio y criminal sancionados por las cortes españolas, el Código Civil francés, y los códigos de la Luisiana, tan justamente alabados: mineros de donde podemos sacar ricos y abundantes materiales. Repetimos: obra ardua es la codificación; mas, no por eso, debemos arredrarnos¹⁸.

Conscientes de esta inevitable y fecunda forma de trabajar, los primeros exégetas de los códigos que fueron aprobándose en los distintos países, dedicaron una parte de su esfuerzo a señalar sus fuentes, aquellas que les mostraron la forma de recoger los principios, aconsejaron la estructura y orientaron o, incluso, dictaron su concreto contenido dispositivo.

¹⁵ Palabras de presentación de la Ley 17.711 que, en 1968, reformó el Código civil argentino (citadas en la el Anteproyecto de Código civil argentino presentado en diciembre de 1998, versión *on line*).

¹⁶ El mismo *Code* es tributario de las obras de DOMAT y POTHIER, especialmente del *Tratado de derecho civil* de este último (en extenso, véase A.-J. ARNAU, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, 1969; de forma sintética en N. BOBBIO, *Positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el doctor Nello Mora*, trad. de R. de Asís y A. Greppi, con estudio preliminar de R. de Asís, Madrid, 1993, pp. 86-89; y C. A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. L. Gutiérrez-Masson, Madrid, 1996, p. 185). Eduardo ACEVEDO en la «Introducción» a su proyecto decía del *Code* que «no era más que las instituciones de Justiniano con algunas adiciones de usos y derechos, que en tiempos de los romanos no se conocían» (cfr. J. J. CORTABARRÍA, «El *Code Napoleon* y sus comentaristas como fuente del Código civil argentino», *Iushistoria. Revista Electrónica*, 1, Buenos Aires, 2005, p. 6, consultada en <http://www.salvador.edu.ar/juri/reih/2dadell1/I1.pdf>).

¹⁷ Tal estudio le llevó a la conclusión de que, en realidad, en Europa no había más que un código penal, el napoleónico, al que denostó en favor del brasileño de 1830 (*Diario de Sesiones del Congreso*, 10 de marzo de 1848, núm. 79, fol. 1715).

¹⁸ *El Araucano* de 27 de octubre de 1837 y de 6 de diciembre de 1839 (cfr. M. PACHECO, «Don Andrés Bello y la formación del jurista», *Andrés Bello y el derecho latinoamericano. Congreso Internacional, Roma 10-12 de diciembre de 1981*, Caracas, 1987, pp. 193 y 196).

Para esa tarea contaron entonces –y seguimos haciéndolo ahora– con la inestimable ayuda prestada por los propios codificadores que, unas veces, dejaron constancia de ello en las actas de las reuniones mantenidas por la comisión encargada de la elaboración del código; otras, lo señalaron en las exposiciones de motivos que precedían a los proyectos presentados para su aprobación; y, en ocasiones –son los casos más interesantes– hicieron acompañar el texto articulado de notas, aclaraciones o concordancias de un gran valor. Con ellas perseguían ilustrar a los interesados acerca de las obras consultadas, de la génesis de su pensamiento y de los argumentos que les llevaron a las soluciones finalmente acogidas¹⁹. Estas notas, «verdadero texto de doctrina, explicativo de las normas» y –en opinión de Ezequiel Abásolo–, tardía expresión de la cultura del *ius commune*²⁰, se convirtieron en un instrumento valiosísimo para la correcta interpretación de la voluntad del legislador, tan necesaria en esa etapa de identificación del derecho con la ley²¹. Así, las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* de Florencio García Goyena²², el *Proyecto de un Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay* (obra privada y personal de Eduardo Acevedo, que se editó acompañado de las notas realizadas por el propio autor)²³, las notas de Andrés Bello a los artículos del Código civil chileno²⁴, o las de Vélez de Sarsfield a su Código civil de la República Argentina²⁵. Como contrapunto a toda esta información, el silencio que se cierne, por ejemplo,

¹⁹ Recordemos que en 1840 se publicaba *Concordance entre les codes civils étrangers et le Code Napoléon* de SAINT-JOSEPH (París, 1840), traducida al castellano, poco después, por D. F. Verlanga Huerta y D. J. Muñiz Miranda, bajo el título *Concordancia entre el Código Civil francés y los Códigos Civiles extranjeros*, Imprenta de Yanes, Madrid, 1843; obra muy conocida en España e Hispanoamérica.

²⁰ «Las notas de Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD como expresiones del “*ius commune*” en la apoteosis de la codificación, o de como un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la “Cultura del Código”», *REHJ*, 26, 2004, pp. 423-444.

²¹ Refiriéndose a este valor doctrinal, L. MOISSET DE ESPANÉS escribe: «una modificación normativa de envergadura debe estar precedida, o al menos acompañada, de una labor doctrinaria que sustente y explique a os interesados en el quehacer jurídico, el sentido y alcance de esas modificaciones». Cita este autor una nota del propio VÉLEZ DE SARSFIELD, dirigida al Ministro de Justicia junto con el Proyecto del Libro Primero, en la que explica: «Me he visto en la necesidad de poner muchas veces largas notas en artículos que resuelven antiguas y graves cuestiones entre los juriconsultos, o cuando ha sido preciso legislar en puntos de derecho y convertirse en leyes» («Reflexiones sobre las notas del Código civil argentino», *Studi Sassaresi. V. Diritto romano, codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano*, Milano, 1981, p. 445).

²² *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. Por el Excelentísimo Sr. ..., Senador del reino, magistrado del Supremo Tribunal de Justicia, Vice-presidente de la Comisión General de Códigos, y Presidente de la Sección del Código civil*, 4 vols., Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial, Madrid, 1852. Otras ramas del derecho codificadas contaron también con obras de este tipo así, por ejemplo, en España *El Código penal concordado y comentado* de Joaquín FRANCISCO PACHECO (3 vols., Imprenta Santiago Saunaque, Madrid, 1848-1849).

²³ Editado en Montevideo en 1852 (A. GUZMÁN BRITO, *La historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Pamplona, 2006, pp. 279-280).

²⁴ Tanto el Proyecto de 1841-1842, como el de 1853, fueron editados con notas y, tras su promulgación, Bello aún añadiría algunas más (se pueden consultar en A. BELLO, *Obras completas*, t. XIV-XVI, 3 vols., Caracas, 1981).

²⁵ Aparecen incorporadas en la edición oficial del Código. L. MOISSET DE ESPANÉS, «Reflexiones sobre las notas del Código Civil Argentino y la publicidad registral», *Jurisprudencia*

sobre los trabajos de las sucesivas comisiones que se encargaron de la elaboración del que sería el Código civil de Perú de 1852²⁶.

Toda esta información ha sido –y sigue siendo– de gran utilidad para conocer las fuentes manejadas, las influencias recibidas y las interrelaciones entre unos códigos y otros, y en ellas se han apoyando los estudiosos preocupados por descubrir las conexiones entre los distintos frutos del movimiento codificador²⁷.

Pero conocer las fuentes parece insuficiente, en necesario medir el alcance de su influjo. A este fin, se han perfilado tres tipos o grados de influencia. Se habla de adopción de un determinado modelo, cuando se acoge de forma fiel, excluyendo toda idea de elaboración de un texto propio. La adopción, así entendida, no es incompatible con la introducción de un mínimo de obligadas reformas encaminadas a acomodar el código adoptado a las propias circunstancias sociales del territorio que lo asume. El segundo grado sería la adaptación o dependencia, que supondría la elaboración de un nuevo texto, un nuevo código, pero teniendo otro como referencia. Y, un último grado supondría el reconocimiento de la influencia de un código en otro que se realiza de forma independiente²⁸. Tres categorías –entiéndase– de perfiles lábiles y susceptibles, al tiempo, de ricas modulaciones. En función de todo ello, los autores se han preocupado y ocupado de señalar los parentescos existentes entre los códigos, formando familias a cuya cabeza figura un «código modelo». Un código que puede descollar por diversos motivos o por todos ellos al tiempo: su prestigio, sus principios, su sistemática, las notas que le acompañan, las soluciones acogidas en determinado tema, etc. En el ámbito geográfico y temático que aquí interesa los principales modelos fueron: el *Code Civil* de 1804 y el Código civil de la República de Chile de 1855²⁹.

No obstante todo ello, en este campo de los mutuos intercambios, de las interrelaciones, de la circulación de ideas o de modelos, habremos de ser cautelosos a la hora de emparentar códigos o de afirmar influencias, porque las coincidencias estructurales, de carácter normativo o, incluso, en ocasiones, las propias literali-

Argentina, 2, 1977, pp. 755-761 [versión *on line*]; y «Reflexiones sobre las notas del Código Civil Argentino», pp. 423-444.

²⁶ «Lamentablemente, las sucesivas comisiones que se ocuparon de su redacción no dejaron rastro alguno de los antecedentes utilizados ni una exposición de motivos que diera luz para conocer las razones que impulsaron a los codificadores una u otra legislación» (C. RAMOS NÚÑEZ, «El Código napoleónico y su recepción en América latina», *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, I, p. 195).

²⁷ Son numerosos –aunque no siempre de fácil consulta, algunos de imposible– los trabajos dedicados a este empeño. La bibliografía más importante irá citándose a lo largo de este trabajo.

²⁸ B. BRAVO LIRA distingue estos tres grados de influencia con motivo de la difusión del Código chileno de Andrés BELLO («Difusión del Código civil de Andrés Bello en los países de derecho castellano y portugués», «Andrés Bello y el derecho latinoamericano», pp. 362 y 363; este trabajo ampliado se publicó en *REHJ*, 7, 1982, pp. 71-106, en concreto, pp. 80 y 81). Como tendremos oportunidad de ver más adelante, A. GUZMÁN BRITO juega también con estos conceptos para referirse tanto a la difusión del *Code* francés como a la del Código de Bello (*Historia de la Codificación*). En este sentido también, J. PEIRANO en «Proyección del Código Civil de Andrés Bello», *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, p. 377.

²⁹ B. BRAVO LIRA, En concreto, utiliza esta terminología refiriéndose al civil chileno y, en el ámbito penal, al Código penal español de 1848 («Codificación civil en Iberoamérica», p. 151).

dades existentes entre determinados códigos no siempre han de entenderse como influencias de un concreto modelo, ni siquiera se podrá estar seguro cuando hablemos del *Code*, modelo por excelencia³⁰. En ocasiones las influencias no serán directas, sino mediatas, ¿cómo estar seguro, entonces, de dónde se tomó una solución, cuando las influencias se entrecruzaron formando, en ocasiones, una compleja red de conexiones entre los códigos? Además, habrá casos en los que las coincidencias encontrarán su explicación en la común tradición castellana de la que partieron todos los procesos codificadores que aquí nos interesan; en otros muchos, descubriremos la común tradición romanista y canonista que encontró sede en los códigos, especialmente en los civiles y en los procesales civiles; ¿cómo saber, entonces, de dónde se tomó una concreta solución, del Digesto, de las *Partidas*, del *Code* que lo tomó de Pothier, del Proyecto de Código civil español de 1851 que bebió en unos y otros?³¹ Y, en todo caso, ¿hasta dónde se puede llegar a la hora de fijar tales influencias? La pregunta parece pertinente.

Conocemos cada vez mejor el proceso codificador del derecho civil desarrollado tanto en España como en las repúblicas emancipadas de su antiguo imperio, si bien de manera desigual. La bibliografía es abundantísima, a pesar de lo cual ha de reconocerse que queda todavía mucho por hacer pues sabemos más del sucederse de comisiones, proyectos y códigos, que de las verdaderas entretelas de la codificación y de sus consecuencias en la vida de cada territorio³². Dentro de esa amplísima bibliografía menudean los trabajos con páginas de gran interés sobre la proyección de un determinado texto a uno y otro lado del Atlántico. Predominan los que reflexionan sobre el grado de influencia del Proyecto español de 1851 en Hispanoamérica y sobre la difusión del Código chileno de 1855 por esas mismas tierras, considerado cabeza de una gran fami-

³⁰ Sobre este extremo ha llamado la atención, entre otros, A. GUZMÁN BRITO (*Historia de la Codificación*, pp.115-116).

³¹ C. A. CANNATA, *Historia de la ciencia jurídica*, pp. 178-179. En palabras de P. LIRA URQUIETA, «Portalís y sus colaboradores pudieron citar las leyes romanas como si hubieran estado vigentes. Casi diríamos que su tarea principal consistió en darles forma de artículos a los preceptos modernizados y cristianizados por Domar y Pothier» (*El código civil Chileno y su época*, Santiago de Chile, 1956, p. 37). Para A. GUZMÁN BRITO, «los nuevos códigos eran fundamentalmente el derecho romano, aunque reformulado como *ius naturae*, esto es: abstraído, racionalizado y depurado de sus contingencias históricas...» («Las operaciones practicadas por Bello sobre el derecho vigente para su codificación», *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, I, p. 258). Sobre tal influencia, véase, a modo de ejemplo, R. BATIZA, «El derecho romano en el código Civil Francés y en los códigos civiles mexicanos de 1870, 1884 y 1928», *Jurídica-Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 20, 1990, pp. 455-479 (consultado en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/20/pr/pr23.pdf>) o C. SALINA, «Del influjo canónico en las Partidas al influjo canónico en el Código Civil de Chile», *REHJ*, 26, 2004, pp. 491-528.

³² Para conocer la bibliografía sobre la codificación civil española, con una valoración sobre ella, es imprescindible el trabajo de J. BARÓ, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, 1993, principalmente pp. 25-48. Para las codificaciones civiles de toda Hispanoamérica es imprescindible la visión de conjunto, así como la bibliografía citada a lo largo de la fundamental obra de A. GUZMÁN BRITO, gran conocedor del movimiento codificador en Iberoamérica, *Historia de la codificación*.

lia de códigos civiles hispanoamericanos³³. La mayoría de estos estudios han sido realizados en el convencimiento de los múltiples y estrechos lazos que unen la codificación española con la hispanoamericana, y, desde una perspectiva más amplia, de los que unen a éstas con la desarrollada en Europa³⁴. Pues bien, de las mutuas influencias entre los procesos codificadores del derecho civil de España y de los territorios hispanoamericanos que conformaron el vasto imperio español es de lo que pasamos a hablar.

UN MISMO PUNTO DE PARTIDA

Sí, un punto de arranque común, porque hasta el triunfo de los respectivos procesos emancipadores, aquel vasto espacio geográfico conocido como las Indias Occidentales, además de conformar con la Corona de Castilla una unidad política, mantuvo una inequívoca unidad jurídica con ella, si bien con alguna limitación. A aquellas lejanas tierras se «trasplantó» el derecho castellano³⁵ y, junto a él, inevitablemente, se produjo una «transfusión» del derecho romano³⁶. El derecho castellano y el derecho común fueron parte fundamental del derecho

³³ En el ámbito de la codificación penal, destacan los que abordan la repercusión del Código español de 1822, primer código en aprobarse y, sobre todo, la del Código de 1848, considerado por BRAVO LIRA como «cabeza de una familia de códigos» por su poderosa influencia en Hispanoamérica. De este último Código, el fruto más brillante de la Comisión de Códigos creada en España en 1843, B. BRAVO LIRA escribirá: «ningún otro tuvo tan vasta y tan duradera proyección, desde la Península Ibérica hasta Iberoamérica y Filipinas, países donde fue adoptado casi a la letra y donde, con mayores o menores alteraciones sigue vigente hoy» («La fortuna del código penal español de 1848. Historia en cuatro actos y tres continentes: de Mello Freire y Zeiller a Vasconcelos y Seijas Lozano», *AHDE*, 74, 2004, p. 23). Este autor estudia la vinculación existente entre el Código penal austriaco de 1803, el brasileño de 1830 (reelaboración del austriaco), y el Código español de 1848 (la versión española del brasileño y vehículo a través del cual llegó a Hispanoamérica) (en «Bicentenario del Código Penal de Austria. Su proyección desde el Danubio a Filipinas», *REHJ*, 26, 2004, pp. 115-155), y en «Relaciones entre la codificación», p. 151. De su influencia en los códigos penales hispanoamericanos habla E. INIESTA en *El Código Penal Español de 1848*, Valencia, 2011, cap. VII. Sobre la persona y obra de Seijas Lozano, A. MARTÍNEZ DHIER, «Un tránsito del Antiguo Régimen al estado liberal del derecho español», *REHJ*, 30, 2008, pp. 425-464.

³⁴ «La codificación en sentido amplio, debe concebirse como un solo proceso, con múltiples variante, que abarca, a la vez, Europa continental e Hispanoamérica» (B. BRAVO LIRA, «Relaciones entre la codificación», p.63).

³⁵ Es una expresión, esta del trasplante, que se ha generalizado en la historiografía española e hispanoamericana. «De originalísimo trasplante» habla A. QUINTANO RIPOLLES (*La influencia del derecho penal*, pp. 20 y 27).

³⁶ En expresión de A. DÍAZ BIALET, *La transfusión del derecho romano en la Argentina (s. XVI-XIX)* y *Dalmacio Vélez de Sarsfield, autor del Código Civil argentino*, en *Studi Sarsaresi (Diritto Romano, Codificazione e unità del sistema giuridico latinoamericano)*, Milano, 1981). Desde mediados del siglo pasado se observa un creciente interés por la recepción el derecho romano en los países latinoamericanos como factor de unidad y fondo común de sus respectivos derechos codificados. La bibliografía es abundante por lo que me remito a la recogida en esta dirección por J. M. CASTÁN VÁZQUEZ en *La influencia de la literatura jurídica española en las codificaciones americanas*, Madrid, 1984, pp. 28-30.

de aquellas latitudes que desde muy pronto se hizo acompañar por el necesario derecho creado específicamente para ellas³⁷.

En la España del siglo XVIII, de la mano de la castellanización impuesta por los Decretos de Nueva Planta, el derecho público castellano vino a identificarse con el derecho patrio, mientras que en otras ramas del derecho, especialmente en la civil, junto al castellano pervivieron los derechos particulares de los distintos territorios. A pesar de estas pervivencias, la codificación del derecho civil español se realizó, principalmente, sobre la base del derecho castellano, al que se otorgó una incontestable supremacía frente a los demás³⁸. Este derecho llegó a las puertas del siglo XIX principalmente recogido en distintos cuerpos legales: El *Fuero Real*, las *Leyes del Estilo*, las *Siete Partidas*, y dos recopilaciones: el *Ordenamiento de Montalvo* y la *Nueva Recopilación* de 1567, a los que había que añadir la abundante legislación posterior, que pasarían a la denostada *Novísima Recopilación* (1805). Este derecho castellano se aplicaba en la Indias en defecto de su derecho propio o específico, en parte recogido en la *Recopilación de las Leyes de Indias* (1869)³⁹. Todo ello, tanto en Castilla como en las Indias, en el marco de la cultura del *ius commune* que vestía e informaba los ordenamientos particulares⁴⁰.

La situación de uno y otro derecho, al igual que la de los derechos de la Europa continental en el siglo de las luces, era muy similar. El éxito de obras como las de Muratori (*Dei defecti della giurisprudenza*), Beccaría (*Dei delitti e delle pene*), o Filangieri (*Scienza della legislazione*), por nombrar algunos de los más conocidos, radicó en el acertado diagnóstico recogido en ellas: la crisis del derecho. Crisis de un derecho nacido en distintas épocas y hacinado en cuerpos legales; de un derecho inmenso y disperso, en unos casos silente, contradictorio en otros, y oscuro las más de las veces, que se encontraba sepultado por una ingente

³⁷ V. TAU llamó la atención sobre la necesidad de profundizar en las relaciones existentes entre el derecho castellano, el derecho romano y el indiano («El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común», en *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales. Tai dell'Incontro di Studio, Firenze-Licca* 25, 26, 27 Maggio, 1989, Milano, 1990, pp. 573-591). Sobre la relación derecho castellano (*ius commune*)-derecho indiano (*ius proprium*), véase J. BARRIENTOS, *Historia del Derecho Indiano del descubrimiento colombino a la codificación. I. Ius commune-Ius proprium en las Indias Occidentales*, Roma, 2000.

³⁸ C. J. MALUQUER DE MONTES, «El Código civil o la codificación del derecho castellano», *RDP*, 1981, pp. 1083-1101. F. TOMÁS Y VALIENTE, «Aspectos generales del proceso de codificación en España», *Códigos y constituciones*, p. 27.

³⁹ Punto en el que coinciden todos los autores. A modo de ejemplo, reproduciré el recogido por P. LIRA URQUIETA referido principalmente a Chile, pero extensible a las repúblicas afines: «1.º La legislación nacional, o sea, las leyes dimanadas del gobierno republicano; 2.º Las Reales Cédulas y Provisiones Españolas expedidas para América después de la 1.ª Recopilación de Indias y de las Ordenanzas de Bilbao, de Intendentes y de Nueva España; 3.º Las indicadas Ordenanzas de Bilbao, de Intendentes y de Nueva España y la Recopilación de Indias; 4.º Las Reales Cédulas posteriores a la Novísima Recopilación; 5.º la Novísima Recopilación; 6.º El Fuero Real y el Fuero Juzgo; 7.º Las Partidas» (*El Código Civil chileno*, p. 7).

⁴⁰ J. BARRIENTOS, *Historia del Derecho Indiano*, pp. 145-193. A. GUZMÁN BRITO, «La penetración del derecho romano en América», en *Revista Chilena de Derecho*, 18 (1991) 2, pp. 203-211.

masa de textos doctrinales que no provocaba sino inseguridad jurídica⁴¹. Ya desde la primera mitad del siglo XVIII, los intelectuales españoles hollaron esta misma senda y se multiplicaron las páginas que, como las de Muratori, mostraban su preocupación por el estado de la legislación y manifestaban la necesidad de su reforma, demandando leyes capaces de mostrar a las claras la voluntad del legislador, como demandaba al monarca Melchor de Macanaz⁴². Los propios títulos de algunas de ellas nos alertan sobre las críticas que encierran⁴³.

En todos estos escritos, que cruzaron el Océano, se percibían, inquietas, las nuevas ideas que circulaban por Europa y que estaban llamadas a transformar sus viejas estructuras en todos los órdenes⁴⁴. Frente a la multiplicidad y dispersión de las leyes, frente a los tradicionales métodos de enseñanza jurídica, frente a la preeminencia del derecho común sobre el propio, se buscaba reformar el derecho. Para unos la reforma consistía en simplificar, armonizar y sistematizar la leyes ya existentes; para otros, transformarlo de acuerdo a los nuevos principios del iusnaturalismo racionalista, incardinados en la ilustración⁴⁵. Era, en fin, la época de la crítica al derecho existente, de la exaltación del derecho patrio y del auge de los prácticos del derecho⁴⁶.

⁴¹ Sobre el tema, A. GUZMÁN BRITO, «La seguridad y la certeza jurídicas en perspectiva histórica», *REHJ*, 8, 1983, pp. 55-69.

⁴² Sobre el pensamiento ilustrado, véase P. HAZARD, *El pensamiento europeo en el siglo XVIII*, Madrid, 1958.

⁴³ Así, por ejemplo, el *Tratado crítico. Los errores del derecho civil y abusos de los jurisperitos* de P. DE MORA Y JARABA (Madrid, 1748); los *Discursos críticos sobre las leyes y sus interpretes, en que se demuestra la incertidumbre de estos, y la necesidad de un nuevo y metódico cuerpo de derecho, para la recta administración de justicia*, de J. F. DE CASTRO (Madrid, 1765); o *Discurso sobre las penas contrahido a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, de M. DE LARDIZÁBAL (Madrid, 1782). Sobre la «muchedumbre de las leyes» y la inseguridad a la que se condenaba a toda una nación, véase el *Discurso Preliminar al Proyecto de Código Civil que presenta la Comisión especial de las Cortes, nombrada el 22 de agosto de 1820*, Imprenta nacional, año 1821. A finales del setecientos J. MELÉNDEZ VALDÉS escribía: «¿Por qué triste necesidad han de ocupar volúmenes sobre volúmenes de errores y tinieblas, revueltos mas y mas, y confundidos con esa serie bárbara de glosadores y eternos tratadistas, y no habrán de reducirse ya, después de tantas luces y experiencias, á pocas leyes, claras, breves, sencillas, que todos, todos, hasta los más rudos aldeanos entiendan por sí mismos para regular sus acciones, y puedan fácilmente retener?» («Discurso para el día de la instalación y apertura de la Real Audiencia de Extremadura», en *Discursos forenses*, Madrid, 1986, pp. 140-141). Su eco en Argentina salía de la pluma de Andrés BELLO: «Nuestros códigos son un océano de disposiciones en que puede naufragar el piloto más diestro y experimentado. Leyes de Partidas, leyes de Toro, leyes de Indias, nueva recopilación, ordenanzas de varias clases, senados-consultos, decretos del gobierno leyes de nuestros congresos, autoridades de los comentadores, etc., etc. A esta inmensa colección, tiene que arrojarse el juez para hallar el punto que busca, la decisión en la que ha de apoyar su sentencia. ¿Podrá lisonjearse de no dar contra algún escollo?» (*El Araucano*, 27 de octubre de 1837; *cf.* M. PACHECO, «Don Andrés Bello», p. 193).

⁴⁴ Sobre la influencia del pensamiento ilustrado español en Hispanoamérica, centrado en Juan Francisco de Castro, véase V. TAU, «El pensamiento español en el proceso de la codificación Hispanoamericana: los «Discursos críticos» de Juan Francisco de Castro», *REHJ*, 5, 1980, pp. 375-395.

⁴⁵ Un buen resumen del pensamiento de la ilustración española en V. TAU, *La codificación en Argentina. 1810-1870. Mentalidad e ideas jurídicas*, Buenos Aires, 1977, pp. 36-56.

⁴⁶ B. BRAVO LIRA, «Codificación civil», p. 152.

En ese marco, cuando ya el *Code*, eje del movimiento codificador, había visto la luz, en España se promulga la *Novísima Recopilación* (1805). Estaba claro que todavía no era el momento de tener «la dicha de ver el arreglo y formación de un Código, cuyo sistema, claridad y método, haga inútiles las leyes Romanas, y las destierre para siempre de las Escuelas»⁴⁷, pero no tardaría en llegar⁴⁸. La consulta al país realizada en 1809 puso de manifiesto la urgencia de revisar y modificar los antiguos códigos. Hubo unanimidad en el qué, pero no en el cómo, que terminó expresándose en forma de mandato –ciertamente ambiguo– en la Constitución de Cádiz⁴⁹:

«El Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes»⁵⁰.

⁴⁷ J. M. DE PALACIOS Y HURTADO, «Discurso en elogio de la sabia providencia que ordena el estudio de las leyes del Reyno», en *Introducción al estudio del derecho patrio*, Madrid, 1803, p. 13.

⁴⁸ La crítica realizada por los autores terminaba en la exigencia de la codificación, recordemos, en este sentido, las palabras de F. MARTÍNEZ MARINA: cuando «se generalice la ilustración y la sabiduría; entonces se conocerá la necesidad de formar un código legislativo digno de la nación española, por el estilo, orden y método de los que se han publicado en Francia, Prusia y Austria» (*Juicio crítico a la Novísima Recopilación*, Imprenta de don Fermín Villalpando, Madrid, 1820, pp. 13 y 14). Andrés Bello reprodujo pasajes de esta obra en *El Araucano* de 11 de julio de 1834 (B. BRAVO LIRA, «Difusión», p. 348). Para la años iniciales españoles, J. C. DOMÍNGUEZ GARCÍA, «La codificación del derecho entre Bayona y Cádiz: el Código de Napoleón», *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, 22, 2009, pp. 149-175.

⁴⁹ Se habla de reformas, pero no de cualquier reforma: «Examínense, pues, nuestros códigos; sepárense las leyes que no sean conformes a nuestros usos, nuestras costumbres y nuestras circunstancias; modifíquense las que deban sufrir alguna alteración, y si las leyes no son más que la moral aplicada a las diversas circunstancias de los hombres, réducense todas a sus primeros principios; hágase una precisa y clara redacción, y establézcase aquel orden en que siendo una la consecuencia necesaria de la otra, se encuentre el fundamento de su justicia en la resolución de la anterior» (intervención del diputado catalán Espiga y Gadea en la sesión de Cortes de 5 de febrero de 1811, en *Diario de sesiones 1810-1813*, I, p. 501). Sobre el tema, A. BARRERO y A. MORA, «Algunas reflexiones», pp. 243-259. Para J. BARÓ, la ausencia de debate sobre la redacción de este artículo se debió, en buena medida, a la equívocidad del término código que desde la óptica ilustrada significaba la ordenación y reducción de la legislación vigente (*La Codificación*, p. 54).

⁵⁰ Artículo 258. La salvedad que recoge dicho artículo se hizo pensando especialmente en los territorios de Ultramar, como se desprende del *Discurso preliminar* leído por Agustín de Argüelles ante las propias Cortes y como han entendido mayoritariamente los autores. Véase, M. PESET, «Una interpretación», p. 669. En esta dirección, J. MONTENEGRO, muestra su desacuerdo con lo recogido en *La Enciclopedia Española de Derecho y Administración*, realizada bajo la dirección de L. Arrazola, afirma: «es evidente que en estos primeros tiempos ni siquiera existía en España conciencia clara de lo que implicaba la Codificación, y, desde luego, los liberales no consideraban la posibilidad de efectuar la codificación del derecho civil dando cabida en ella a las diferentes tradiciones jurídicas existentes en España». La autora argumenta su orientación con un estudio comparativo de lo ocurrido en las constituciones de 1837 y 1845 que recogen un sistema de leyes especiales para Ultramar, y las de 1869 y 1876 que retoman la redacción del artículo 258 de Cádiz, aunque la salvedad que se reincorpora se entenderá, a esas alturas del siglo, de otra manera: las modificaciones para Ultramar no son una posibilidad sino una necesidad incuestionable («Algunas reflexiones sobre la codificación civil española y Ultramar», en *Actas de Derecho Indiano*.

Este mandato traspasó los límites peninsulares para irradiar su influencia en la España del otro hemisferio. Lo hizo en un momento en el que, al calor de lo acaecido en la Metrópoli, había comenzado a deshacerse el vínculo político que unía aquellos territorios con la Corona española y, al mismo tiempo, en un movimiento centrífugo, romperse la unidad política existente hasta el momento en aquel vasto territorio de las Indias Occidentales⁵¹. Allí también nos encontramos con similares mandatos codificadores, algunos de los cuales se adelantaron, incluso, al de la Constitución gaditana. Así, por ejemplo, la Carta Federal de Venezuela de 1811⁵², o el Acta de Federación de las Provincias Unidas de Nueva Granada del mismo año⁵³. Otros, más tardíos, tenderán a reproducir el contenido gaditano⁵⁴. Tales declaraciones, tanto aquí como allá, hubieron de esperar algún tiempo para hacerse realidad. España verá su primer fruto en 1822. Allende los mares la cronología será variada en función de la fecha de conclusión de sus respectivos procesos de emancipación⁵⁵. Alcanzada esta y como primer paso, se ordenará la formación de las comisiones destinadas a dar los primeros pasos de sus respectivos procesos codificadores⁵⁶. Mientras tanto, en el ámbito del derecho privado, y no solo en este, no lo olvidemos, se mantuvo vigente la antigua legislación.

En esas primeras décadas del ochocientos encontramos un denominador común unánimemente señalado por los autores: en España y en las nuevas repúblicas hispanoamericanas se careció de una ciencia jurídica madura propia capaz de enfrentarse al reto codificador⁵⁷. Su ausencia propició que se

XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, II, Colombia, 2003, pp. 521-526, cita p. 526).

⁵¹ La emancipación, siguiendo a J. LINCH, fue la culminación de un largo proceso en el que se fueron forjando la conciencia de una identidad común y la necesidad de adquirir el control de sus propios recursos (*Las raíces escolásticas de la emancipación de la América Española*, Madrid, 1982; y *La revolución hispanoamericana 1808-1826*, traducción J. Alfaya y B. McShane, 4.ª ed., Barcelona, 1985).

⁵² Cuyo Congreso constituyente acordó el 8 de marzo de 1811 nombrar una Comisión para la elaboración de un «Código Civil y Criminal», del que volvía a hablar meses después su Carta Federal. A la formación de un código breve y sencillo se refiere un proyecto de constitución anónimo para la Provincia del Río de la Plata (A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, pp. 236-237 y 267). Véase la transcripción de parte del texto de ese proyecto anónimo en V. TAU, *La codificación en Argentina*, pp. 83-84.

⁵³ En la que se reserva a la Federación la elaboración de los Códigos Civil y Criminal (A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, pp. 76-77).

⁵⁴ En un México cruzado por las tensiones entre unionistas y federalistas, en momento unionista, el artículo 187 de *Las Bases Orgánicas de la República Mexicana* de 1843 reproducía prácticamente el artículo gaditano: «Los Códigos Civil, Criminal y de comercio serán unos mismos para toda la nación, sin perjuicio de las variaciones que en algunos lugares podrá hacer el Congreso por particulares circunstancias».

⁵⁵ J. PEIRANO, «Proyección», p. 376; A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, p. 76.

⁵⁶ Me remito a los datos aportados sobre este extremo por A. GUZMÁN BRITO en su *Historia de la codificación*.

⁵⁷ Entre otros, F. TOMÁS Y VALIENTE, «Aspectos generales», pp. 15-26; B. CLAVERO, «“Leyes de la China”: orígenes y ficciones de una Historia del Derecho Español» *AHDE*, 52, 1982, pp. 193-221; R. ÁLVAREZ VIGARAY, «El sistema de derecho civil en la literatura jurídica del siglo XIX», *RGLJ*, 92, 1986, pp. 321-427; V. TAU, *La codificación en Argentina*, p. 23; o M. A. BERMEJO, «Diorama de

aprovecharan ideas y experiencias vividas por otros países⁵⁸. Refiriéndose a la España de esa etapa, Tomás y Valiente lo resumirá con un lacónico «no se supo»⁵⁹.

En efecto, no se sabía bien cómo, pero se deseaba codificar. La necesidad de arreglar el derecho, las vis atractiva de los códigos napoleónicos, las ideas llegadas de otros lugares (piénsese en la gran difusión que por aquellos años tuvo en España y en América la codificación proyectada por Bentham⁶⁰), terminaron por arrumbar la tendencia recopiladora, que a pesar de su descrédito todavía seguía dando algunos frutos⁶¹, y se fue abriendo, cada vez con paso más seguro, la codificación, eso sí, con resultados dispares en función del momento y del lugar.

LOS MODELOS Y LAS MUTUAS INFLUENCIAS

En busca de la configuración de modelos y de las mutuas influencias entre los procesos codificadores del derecho civil en los territorios acotados, es necesario tener en cuenta algunos extremos. Uno de ellos –como se acaba de señalar– es la carencia de una doctrina moderna propia y la tradición jurídica similar de la que todos partieron. Dentro de dicha tradición jurídica es necesario recordar la presencia del *ius commune* que a modo de un derecho universal los juristas integraban con los *iura propria* de cada territorio, porque encontrará sede en los códigos, tanto en los europeos como en los hispanoamericanos⁶². Fue imposible sustraerse a él, y a él

virtualidades codificadas. Actualidad crítica del Código y ficción de la codificación en España», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Santander, 2003, p. 102.

⁵⁸ Para B. BRAVO LIRA esta actitud no es tanto una prueba de dependencia cultural, como de comunidad cultural entre Europa e Hispanoamérica («Relaciones entre», p. 51). R. ÁLVAREZ VIGARAY, «El sistema del derecho civil», pp. 321-427. DURÁN Y BAS, parafraseando a SAVIGNY, dirá que no es el momento de codificar dada la precariedad de la ciencia jurídica española, aunque al autor no se le ocultan las bondades de contar con un código unificado (J. BARÓ, *La Codificación*, p. 45). F. TOMÁS Y VALIENTE entendió que «la doctrina española se encontró, cuando el legislador liberal se dirigió a ella con la mano tendida, sin raíces racionalistas, sin opción clara entre el Código (o Códigos), nuevo y la vieja Recopilación, sin apenas exposiciones del derecho patrio sistematizadas en la línea de las institutistas, y sin una dogmática que nos hubiera permitido, como hicieron los franceses, abordar la tarea codificadora sin improvisaciones técnicas ni aportaciones alienantes» («Aspectos generales», p. 16). Véase, también, C. PETIT, «Código inexistente», y de B. CLAVERO, entre otros, «Leyes de la China» y «La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808», *AHDE*, 48, 1978, pp. 309-334.

⁵⁹ «Aspectos generales», p. 26.

⁶⁰ Un resumen en N. BOBBIO, *El positivismo jurídico*, pp. 105-113. Sobre la recepción en España e Hispanoamérica, véase la bibliografía citada en A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, pp. 93-96, notas 82 y 86 principalmente.

⁶¹ En América se hicieron algunas recopilaciones privadas en Argentina en 1827 y en México en 1839, y otras oficiales como en México en 1829-1840, en Colombia en 1845, en El Salvador en 1855 y en Argentina 1879-84 (véase B. BRAVO LIRA, «Difusión», pp. 350-351).

⁶² En efecto, la codificación europea e hispanoamericana tiene una base común al provenir de una misma cultura, la del *ius commune*. Este fondo común ha favorecido el estudio de sus diferentes procesos de elaboración desde una óptica romanista con el fin de agrupar sus ordenamientos

se acudió para acoger algún concepto, la regulación de una institución o la solución a una cuestión planteada. La condición de su presencia –allí hasta donde se dio– tenía que ver con su pasado, ni con sus criterios, ni con sus reglas⁶³. El derecho común –romano y canónico– recogido dejó de serlo para convertirse en derecho legislado, derecho patrio, reinterpretado a la luz de los nuevos principios sistemáticos⁶⁴. Andrés Bello lo expresó sin ambages cuando, recordando concretamente la poderosa regla *odia restringi*, recogió en su código: «lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes»⁶⁵. En efecto, una vez vertido en un código, todo el derecho recogido, independientemente de su procedencia, pasaba a ser derecho «nuevo» codificado y como tal dependiente de la voluntad del legislador⁶⁶. El

jurídicos en un sistema jurídico, el iberoamericano, y, a éste, en uno más amplio, el sistema romanista. Desde mediados del siglo pasado se observa un creciente interés por la recepción del derecho romano en los países latinoamericanos como factor de unidad y como fondo común de sus respectivos derechos codificados. Los romanistas –principalmente–, también civilistas, se han volcado en estos estudios subrayando el papel del derecho romano en la codificación, preteriendo el derecho canónico (la regulación del matrimonio no sería el único ejemplo), y desdibujando en cierta medida la línea de ruptura entre aquellos derechos y el codificado (como ha destacado, entre otros, en diferentes momentos P. CARONI, *Escritos sobre la codificación*, pp. 132-133). Sobre la bibliografía, véase R. RODRÍGUEZ LÓPEZ, «El derecho romano en las codificaciones iberoamericanas», *Contemporaneidad de los clásicos en el umbral del tercer milenio. Actas del Congreso Internacional de los clásicos. La tradición grecolatina ante el siglo XXI*, (La Habana, 1 a 5 de diciembre de 1889), coord. por M. C. Álvarez y R. M. IGLESIAS, Murcia, 1999, pp. 379-388 (consultado en <http://interclassica.um.es/var/plain/storage/original/application/f8da60f9a404775a73e456972fd8fc22.pdf>); también la citada por J. M. CASTÁN VÁZQUEZ en «El sistema jurídico iberoamericano», *Revista de Estudios Políticos [REP]*, 159, 1968, pp. 209-255). Cabe destacar los estudios del profesor de derecho romano P. CATALANO (entre otros, «Sistema jurídico. Sistema jurídico latino-americano y Derecho Romano», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia [RGLJ]*, 1982, pp. 172-178). Es muy interesante el volumen *Diritto romano, Codificazioni e unità del sistema giuridico latinoamericano* en el que se recogen las ponencias presentadas al Congreso Internacional que sobre el tema se realizó en Sassari en enero de 1978, con una introducción de S. SCHIPANI (Milán, 1981). Ha de tenerse en cuenta que tanto Pierangelo Catalano como Sandro Schipani han dedicado su atención a la formación de un sistema jurídico latinoamericano atendiendo especialmente al momento codificador, sirva de ejemplo, *Roma e América. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Roma, Mucchi. Sobre el derecho romano y la codificación iberoamericana véase la bibliografía recogida por J. M. CASTÁN VÁZQUEZ (*La influencia de la literatura jurídica*, pp. 28-30); y, más recientemente, por A. GUZMÁN BRITO (*Historia de la Codificación*, pp. 127-129, notas 209 a 215).

⁶³ Sobre las soluciones de derecho común que pasaron a los códigos trata G. F. MARGADANT, en *La segunda vida del derecho romano* (México, 1986, pp. 316-317 y 360-370, consultado en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=553>).

⁶⁴ A. GUZMÁN BRITO, «Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el de A. Teixeira de Freitas», *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, I, p. 102.

⁶⁵ Artículo 23 del Código civil chileno de 1855.

⁶⁶ Idea subrayada por la historiografía, así M. PESET, «La primera codificación liberal en España (1808-1823)», *RCDI*, núm. 488, 1972, p. 128. Para B. BRAVO LIRA la codificación supone el triunfo del derecho propio, llamado patrio o nacional, sobre el derecho común («Codificación civil en Iberoamérica», p. 146). El código [*Code civil*] «se propone como epicentro del universo jurídico-privado (y suprime por tanto el valor subsidiario del derecho romano...)» (P. CARONI, *Lecciones catalanas*, p. 82).

corte era radical, los sistemas diferentes⁶⁷, en efecto, pero la presencia de sus soluciones en los códigos tanto europeos como hispanoamericanos permitió que éstos no se vieran como extraños.

Otro de los extremos a tener en cuenta es la variada cronología de los distintos textos que vamos a contemplar, porque nos ayuda a comprender muchas de las cuestiones que podrían plantearse en el recorrido⁶⁸. Tradicionalmente los estudiosos de los procesos codificadores hispanoamericanos han venido diferenciando en líneas generales dos grandes etapas. Una primera, que llegaría hasta la década de los treinta o, incluso, un poco más, en la que las carencias señaladas, unidas a la situación política peculiar de cada cual, llevaron a volver la mirada hacia el exterior en busca de un modelo de código que adoptar o, al menos, adaptar; este será el *Code civil* francés o *Code Napoleón* (denominado así a partir de una ley de 1807)⁶⁹. Y una segunda, posterior en el tiempo, más madura y más nacional, en la que se elaborarán textos propios, en los que se constatará el peso de la tradición castellana, alguno de los cuales se convirtió a su vez en modelo a seguir, con una estimable difusión en países de su entorno geográfico o cultural. Aun así, en esta segunda etapa habremos de seguir hablando del francés como modelo, aunque compartiendo protagonismo con otros códigos, en muchos casos, previamente influidos por él, lo que complicará el entramado de influencias⁷⁰.

A) EN LA PRIMERA ETAPA CODIFICADORA, LA ETAPA AFRANCESADA⁷¹

A la hora de codificar el derecho que regula la vida cotidiana del ciudadano, *el Code des français* de 1804 ejerció una suerte de dictadura sobre los demás⁷². Su Código civil, «promovido por su claridad, su trayectoria romanista

⁶⁷ El código suponía la estatalización del derecho, su identificación con la ley y su unificación (C. PETIT, «El código inexistente», pp. 1429-1465). «El Código no ha querido ser nunca un espejo del pasado» (P. CARONI, *Lecciones catalanas*, p. 59).

⁶⁸ Para la cronología, véanse los anexos I, III y IV de A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, pp. 559-561, y 565-571.

⁶⁹ E. GÓMEZ ARBOLEYA, «El racionalismo y los códigos europeos», *REP*, 60, noviembre-diciembre, 1951, pp. 35-46.

⁷⁰ No será posible diseccionar los textos en busca de tales influencias, pero sí al menos seguiremos el rastro dejado por el francés y su título preliminar respecto a la identificación de derecho y ley; y, también, el de la tradición jurídica castellana en la regulación del matrimonio canónico.

⁷¹ De codificación temprana o afrancesada habla J. L. DE LOS MOZOS, «Perspectivas y método para la comparación jurídica en relación con el derecho privado iberoamericano», *RDJ*, 1976, p. 776.

⁷² Consciente del debate existente en torno a la novedad que supuso el *Code civil* francés, P. GROSSI resumió las razones en las que, en su opinión, se fundamentaba su radical novedad: «a) cancelar el pluralismo jurídico reduciendo el derecho, todo el derecho, a un sistema de voluntad potestativa, de leyes; b) resolver legislativamente los problemas cotidianos de la vida cotidiana de los particulares; c) hacer propia una noción abstracta –y, por lo tanto, general– y perfectamente igualitaria de sujeto, de bien, de relación jurídica» («*Code civil*: una fuente novedosa para la civilización jurídica», P. GROSSI, *De la Codificación*, pp. 83 y 84). S. SOLEIL, «La formación del derecho francés como modelo jurídico», en *REHJ*, 28, 2006, pp. 387-398. «A través del *Code Civil*

y, sobre todo, por el prestigio de los ideales de la Revolución Francesa llegó, subido en el carro triunfal de las conquistas de Napoleón, a todos los rincones de Europa» y –habremos de añadir– de Hispanoamérica⁷³. En efecto, las jóvenes repúblicas americanas vieron en el texto francés la consagración de los ideales de su independencia, y en España se pensará –con palabras de Martínez Marina– que su texto «aventaja á todos»⁷⁴.

En este largo recorrido que iniciamos, España fue la que dio los primeros pasos y la que primero contó, si bien de forma parcial, con un proyecto de código civil, el de 1821⁷⁵. En él se aprecia con claridad la sombra del francés, pero sin llegar a ejercer esa dictadura de la que hablábamos⁷⁶. El título preliminar nos servirá de referencia en este y en los demás textos. Al igual que el *Code*, el Proyecto identifica derecho con ley, seña de identidad del nuevo orden jurídico; aunque, frente al silencio de aquel sobre la costumbre, este hablará de la *contra legem* para subrayar, precisamente, su rechazo⁷⁷. El Proyecto se distancia del *Code* en su concepción. Como la doctrina ha destacado, la Comisión encargada de su elaboración hubiera deseado conseguir un «Código Civil total», pero el mandato codificador limitaba sus aspiraciones⁷⁸. Aun así, el Proyecto fue ambi-

verificou-se um salto qualitativo na história da codificação porque disciplinou, de forma moderna, as relações civis, a sistematização é coerente abrogou as velhas fontes normativas» (A. DOS SANTOS, «O Código de Napoleão e o direito Ibero-Americano», *Codificación y descodificación en Iberoamérica*, I, p. 220).

⁷³ J. PEIRANO, «Proyección», p. 376. La bibliografía centrada en la recepción del *Code* en Hispanoamérica es abundante.

⁷⁴ Aunque no esté libre de imperfecciones (*Juicio crítico*, p. 28).

⁷⁵ Para los inicios, véase J. C. DOMÍNGUEZ GARCÍA, «La codificación», pp. 149-175. Siendo la primera en disponer de un Proyecto, sin embargo fue la última en alcanzar el Código. Esta realidad le lleva a B. BRAVO LIRA a considerar que es necesario revisar la imagen simplista de un movimiento codificador que avanza de Europa hacia el resto del mundo («Codificación civil», p. 145).

⁷⁶ Estuvo realizado por una Comisión de diputados de Cortes nombrados poco después de proclamarse el triunfo de Riego y presididos por Nicolás María Garelly, a quien se atribuye principalmente la autoría.

⁷⁷ «¿Y qué quiere decir el uso, costumbre y fuero que la Ley de Partidas reconoce como otra de las fuentes de nuestro derecho? ¿Puede darse un axioma más pernicioso en legislación? La ley es el origen de todos nuestros derechos, de todas nuestras obligaciones» («Discurso Preliminar», en J. F. LASSO GAITE, *Crónica*. 4, II, p. 14). B. CLAVERO, «Ley del Código», y A. GUZMÁN BRITO, «El régimen de la costumbre en las codificaciones civiles de Hispanoamérica y España emprendidas durante el siglo XIX», *REHI*, 12, 1987-1988, pp. 235-254.

⁷⁸ Código total por resabio de las recopilaciones y de los códigos ilustrados de Prusia y Austria, y por influencia de Bentham (M. PESET, «Análisis y concordancias del proyecto de Código Civil de 1821», *ADC*, 28, 1975, pp. 32-33). «Comprensivo de las materias de derecho privado, con su procedimiento, y mercantil más el derecho público interior, relativo a la administración del Estado, con los ramos eclesiásticos, militar, judicial y eclesiástico» (R. GIBERT, «La codificación civil en España (1752-1889)», *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo Congresso Intenazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1977, p. 916). La parte realizada, la propiamente privada, bebía principalmente en la tradición jurídica castellana, dejando sentir el influjo poderoso del Código civil francés (aunque no en su estructura, influencia de Bentham) y, en menor medida, el de los códigos ilustrados de Austria y Prusia. Sobre sus influencias véase más en concreto a J. BARÓ, *La Codificación*, pp. 55-64). Destaca su relación con el Proyecto de Código civil para Portugal y con la obra *¿Que he o Código*

cioso al incluir, junto al derecho privado⁷⁹, el derecho público interior⁸⁰. En la regulación del matrimonio «supo seguir al Código francés adoptándolo a nuestras convicciones religiosas, pero procurando la intervención del Estado en el mismo»⁸¹. Fue un Proyecto original y novedoso. Una obra doctrinal preocupada por las definiciones y por la sistemática, calidoscopio de influencias que trata de adaptar a los propios valores⁸². Una obra a la que no se le puede negar el mérito de ser la primera piedra del edificio codificador español en la rama del derecho –lo hemos dicho ya– más señera de la sociedad burguesa y la que a priori más dificultades planteaba en nuestro país, no solamente por la falta de elaboración doctrinal propia, sino también por la fuerza centrífuga de los derechos históricos periféricos, a quienes se responsabiliza en buena medida del retraso de la codificación en este país⁸³. El proyecto, por su amplitud, no llegó a finalizarse, y su sistema fue desechado como modelo por las comisiones que siguieron⁸⁴. No obstante, tuvo alguna influencia en el futuro proyecto español de 1851⁸⁵, y nos consta que cruzó el Océano, pues se encontraba en la biblioteca del jurisconsulto y codificador chileno Mariano Egaña (1793-1846), muy frecuentada por su buen amigo Andrés Bello, precisamente uno de sus consejeros en la selección de nuevos títulos⁸⁶. Bravo Lira se plantea también su posible

civil?, realizados ambos por Vicente Ferrer Cardoso da Costa en 1820 (J. BARÓ, *La codificación*, p. 57; y B. BRAVO LIRA, «Difusión», p. 353).

⁷⁹ Los tres libros de la primera parte: «De los derechos y de las obligaciones de los españoles en general», «De los derechos y obligaciones según la condición doméstica de las personas» y «De los derechos y de las obligaciones con respecto al aprovechamiento de las cosas y servicio de ellas o de las personas» (M. PESET, «Análisis y concordancias», p. 31).

⁸⁰ La segunda parte: «De la administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y obligaciones» (sobre el plan de la Comisión, véase, R. GIBERT, «La codificación», p. 146).

⁸¹ M. PESET, «Análisis y concordancias», p. 76. L. CRESPO DE MIGUEL, lo considera el proyecto más avanzado de los existentes en España con anterioridad a 1889 (*La secularización del matrimonio*, Pamplona, 1992, p. 2 y 7-73).

⁸² Además del Código francés, recibió influencias de los códigos ilustrados de Austria y Prusia y del derecho castellano contenido en las *Partidas* y en la *Novísima Recopilación*, así como de las ideas de Bentham (M. PESET, «Análisis y concordancias», pp. 29-100).

⁸³ Nos dice M. PESET, buen conocedor de este Proyecto, que a la Comisión le hubiera gustado formar un «código civil total, con todas las disposiciones secundarias, juntamente con otro penal, que le dotaría de sanción», más dos apéndices a ese Código civil total, uno «de sus procedimientos y otro de comercio», pero hubo que respetar los límites que le marcaban el resto de las comisiones nombradas, aún así, mantuvo su idea de un Código civil total que «no se limitaría al derecho privado, sino abarcaría el derecho público interior, o sea la administración del Estado en los ramos eclesiástico, militar, judicial y político» («La primera codificación», pp. 125-157, cita pp. 145-146).

⁸⁴ Los redactores del Proyecto de Código civil de 1836 se apartaron de este plan por razones obvias: lo voluminoso de su resultado y lo alejado de la línea marcada por el *Code civil* y por la doctrina europea. («Exposición de motivos del proyecto», en F. LASSO GAITE, «Apéndice III. Proyecto de Código civil de 1836», en *Crónica*, 4, II, p. 90).

⁸⁵ Así lo cree M. PESET, por ejemplo, en la regulación de una de las reservas en relación al segundo o ulterior matrimonio («Análisis y concordancias», pp. 83-84).

⁸⁶ También figuraba el Proyecto de Código civil de 1851 (C. SALINAS, «La biblioteca de don Mariano Egaña, con especial referencia a sus libros de Derecho», en *REHJ*, 7, Valparaíso, 1982, p. 391).

influencia sobre Bello en relación a su concepción que recuerda en cierta medida al Código austriaco⁸⁷.

De los años que siguieron –denominados por Tomás y Valiente periodo oscuro, pero que cada vez vamos conociendo mejor⁸⁸–, es conveniente destacar la obra privada del guipuzcoano Pablo Gorosábel, titulada *Redacción del código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación. Escrita bajo el método de los códigos modernos*, y publicada en 1832⁸⁹. Su autor la redactó espoleado por la lectura del Código napoleónico, cuya influencia no tuvo reparos en reconocer⁹⁰.

¿Qué me importa que sea francés, inglés o ruso el que me enseña? Compatriotas dejémonos de estas preocupaciones, y aprovechémonos de las luces de los sabios aunque sean extranjeros⁹¹.

Su estructura tripartita y su contenido reflejan la influencia del *Code*, pero atiende a la doctrina y legislación castellanas, como prueban las notas que acompañan el texto⁹². Muchas de las coincidencias con el modelo francés se debían –en palabras del autor– a «la grande analogía de ambas legislaciones en muchísimos puntos por ser tomadas ambas de los romanos»⁹³, argumento interesantísimo, que ya se ha destacado y que será esgrimido por otros codificadores como, por ejemplo, Andrés Bello o Justo Acebedo⁹⁴. Este «proyecto» tuvo poca repercusión en nuestro país, sin embargo, cruzó el Océano para influir en alguna medida en el proceso codificador mejicano, en el que, entre 1833 y 1846, se realizaron algunos intentos privados que no lograron sanción oficial. Uno de ellos fue la *Redacción*

⁸⁷ «Codificación civil», p. 156.

⁸⁸ *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, p. 574.

⁸⁹ Parece excesiva la calificación de proyecto que le otorga J. M. ANTEQUERA («La codificación moderna en España», en *RGLJ*, 68-71, 1886-1887, p. 164). En este sentido, C. PETIT ha destacado la fragilidad de la idea de código en esta obra (también de la de J. M. Fernández de la Hoz de 1843) y, especialmente, del uso que se hace de ese término («Código inexistente (I)», pp. 1452 y 1453). R. ÁLVAREZ DE VIGARAY, «El sistema», pp. 358-372; y R. GIBERT, «La codificación», pp. 917-920.

⁹⁰ Además de esta obra que, en ocasiones se ha considerado un proyecto, P. GOROSÁBEL escribió dos obras más que forman unidad con la primera: *Examen de los principios del Derecho Civil español* (Tolosa, 1834), obra más claramente doctrinal que explica la primera, y *Código Civil de España. Redactado con las disposiciones vigentes de los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de este reino, publicadas hasta el año de 1845 inclusive* (Tolosa, 1846), en la que completa y mejora la primera (M. L. SORIA, voz Pablo Gorosábel, *Enciclopedia Auñamendi*, consultada en <http://www.euskomedia.org/aunamendi/67640?q=pablo+gorosabel&partialfields=fondo%3Aaau%25Flamendi&numreg=1&start=0>).

⁹¹ Cfr. R. GIBERT, «La codificación», p. 920.

⁹² «De los estados domésticos», «De las cosas y derechos que pueden tenerse sobre ellas» y «De los diferentes modos de adquirir».

⁹³ Discurso preliminar, p. XXIV. Sobre esta lectura C. PETIT escribe «Gorosábel lee un código, el *Code*, y escribe con este pretexto y título otro código, que resulta verdadera *recopilación*» («Código inexistente», p. 1452).

⁹⁴ B. BRAVO LIRA, «Difusión», p. 354.

del *Código Civil de México* de Vicente González Castro, inspirado en la obra de Gorosábel⁹⁵.

Todavía en la década de los treinta, hubo en España un proyecto más, iniciado por Manuel M. Cambroner y concluido, tras su muerte, por una Comisión compuesta, entre otros juristas de prestigio, por Eugenio de Tapia, quien lo presentó a finales de 1836⁹⁶. De reconocida calidad técnica, quisiera destacar su alejamiento del modelo francés que se hace patente en su estructura (dividido en cuatro libros: personas, bienes, obligaciones y contratos y, el último, sucesiones)⁹⁷, y en su mayor apego a la tradición jurídica castellana. Identifica derecho con ley, exigencia del nuevo orden jurídico, y –en la línea del Proyecto del 21– rompe el silencio francés para prohibir expresamente la invocación de cualquier costumbre *contra legem* anterior o posterior al código⁹⁸. Se aleja del francés en instituciones como la del matrimonio o la tutela⁹⁹. Muestra también influencias de otros códigos, si bien solamente –en opinión de sus autores– cuando el derecho propio no ofrecía respuesta adecuada¹⁰⁰. Y, aunque fue tachado de conservador, era un texto adaptado a las circunstancias del momento, que fue utilizado por las comisiones codificadoras posteriores¹⁰¹.

A pesar de su fracaso, en este Proyecto se percibe una mayor madurez en las tareas codificadoras, una mayor inclinación hacia el derecho propio y un cierto alejamiento del influjo francés.

Entre tanto, al otro lado del Atlántico, los estados soberanos emancipados de España una vez organizados políticamente, se dispusieron a codificar. En esta primera etapa hicieron suyo, en mayor o menor medida, el *Code*, modelo de códigos unas veces impuesto por la fuerza de las armas y, otras, por la de la

⁹⁵ F. DE ICAZA DUFOUR, «La codificación civil en México 1821-1884», *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 9, 1985, p. 272.

⁹⁶ Autor del *Febrero novísimo ó Librería de jueces, abogados y escribanos, refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un tratado del juicio criminal, y algunos otros por...* (10 vols., Imprenta I. Mompie, Valencia, 1828-1831) muy conocida en Hispanoamérica.

⁹⁷ Un contenido detallado de este proyecto se puede ver en J. M. LASSO GAITE, *Crónica*. 4. I, pp. 116-149; y el texto del Proyecto en el vol. II, pp. 89-320. Para J. BARÓ, su plan está perfectamente concebido y coordinado (*La codificación*, pp. 72-83).

⁹⁸ Sobre este punto, véase B. CLAVERO, «Ley del código», pp. 95-96. A. GUZMÁN BRITO, «El régimen de la costumbre», p. 239.

⁹⁹ Reconocía los esponsales silenciados en el *Code* y, por su influencia, en el Proyecto de 1821. Sigue la línea de favorecer la intervención del Estado en el matrimonio, no reconociendo efectos civiles al matrimonio canónico sin las diligencias previas mediante las que se subrayaba su trascendencia civil; en 1821 se habló del «convenio matrimonial» que precedía al matrimonio. El divorcio no es vincular y su conocimiento corresponde a los tribunales civiles; sobre el tema véase L. CRESPO DE MIGUEL, *La secularización*, pp. 84-135.

¹⁰⁰ «Cuando una imperiosa necesidad la ha obligado a rectificarlos o sustituir nuevas disposiciones, ya por falta de otras legales, ya por no poder acomodarse las antiguas a las costumbres actuales, ni a los adelantos que ha debido la ciencia legal a la economía pública» (Discurso preliminar, *cfr.* J. F. LASSO GAITE, *Crónica*. 4, I, p. 114). Lo hace solo «ante la carencia o imperfección de nuestras fuentes históricas» (J. BARÓ, *La codificación*, p. 84).

¹⁰¹ J. BARÓ considera que recogía «los avances y la línea doctrinal al uso en los distintos países europeos»; véase la valoración que hace del proyecto (*La codificación*, pp. 83-87 y 103).

razón¹⁰². Se ha comparado al francés con el sol en cuyo derredor giraron los códigos satélite. Bartolomé Clavero, centrado en sus títulos preliminares, los ha calificado de «napoleónidos»¹⁰³, en una expresión que Ramos Núñez considera injusta, por lo que ha tratado de calibrar y llevar a sus justos límites la poderosa influencia teniendo en cuenta su contenido completo y no solo los títulos preliminares¹⁰⁴. Desde esta perspectiva considera que lo que realmente se produjo fue «una simbiosis al interior del Derecho latinoamericano: de una parte, la tradición hispánica, y de otra, la legislación y la doctrina moderna encarnadas en el *Code* de Napoleón»¹⁰⁵.

En todo caso, y al margen de las necesarias precisiones, hay acuerdo entre los autores a la hora de afirmar que en esta primera etapa los frutos de la codificación hispanoamericana fueron deudores del influjo francés. Allí, al igual que pensara Pablo Gorosabel, se consideró que no era desdoro sino inteligencia adaptar o, incluso, adoptar el código napoleónico. En este sentido, es ya un tópico citar las palabras dictadas en 1822 por Bernardo O'Higgins, libertador y Director Supremo de Chile:

Sabéis cuán necesaria es la reforma de las leyes. Ojalá se adoptaren los cinco códigos célebres, tan dignos de la sabiduría de estos últimos tiempos y que ponen en claro la barbarie de los anteriores¹⁰⁶.

O'Higgins o Simón Bolívar, entre otros caudillos admiradores de Napoleón, se dejaron seducir por el prestigio de sus códigos, que consagraba los ideales de la independencia y la ruptura con el pasado¹⁰⁷. La igualdad de los ciudadanos que predicaba, la autonomía de la voluntad que recogía, y la seguridad jurídica que perseguía habían hecho del *Code* el eje de todo el movimiento codificador europeo y se disponía a repetir la experiencia en tierras americanas¹⁰⁸. A esta preferencia contribuyeron sin duda, en ese primer momento de

¹⁰² R. CABRILLAC, «El derecho civil francés desde el Código civil», *Revista de Derecho (Valdivia)*, 22, núm. 2, Valdivia, 2009, pp. 65-73 [versión *on line*]. Véase, H. MAZEAUD, «El Código civil francés y su influencia en Europa» en *Información Jurídica*, 95, abril 1951, pp. 445-446. Sólo el código austriaco de 1811 escapó a su influencia.

¹⁰³ Calificativo que utiliza centrado en el contenido de los respectivos títulos preliminares y persiguiendo «el paradigma de identificación del derecho con la ley» («Ley del Código», p. 82).

¹⁰⁴ «El código napoleónico», pp. 177-216.

¹⁰⁵ Una de las razones del éxito fue que los legisladores no vieron el *Code* «como un cuerpo extraño a su propia tradición jurídica: el Derecho romano, que conocían de cerca, era también la base del modelo que seguían» («El código napoleónico», pp. 178-179).

¹⁰⁶ P. LIRA URQUIETA, *El Código civil de la República de Chile*, Santiago de Chile, 1956, pp. XIV y XV y A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, pp. 90-91, entre otros.

¹⁰⁷ En opinión de P. LIRA URQUIETA, «El brillo del código francés había encandilado a los gobernantes hispanoamericanos» (*El Código civil de la República*, p. XIV). Bolívar se planteó adoptarlo en la Gran Colombia con las modificaciones que exigieran las concretas circunstancias del país (*ibid.*, p. 91). Sobre la proyección de la figura de Napoleón en América, véase de C. STOETZER, *El pensamiento político en la América española durante el periodo de la Emancipación. 1789-1825*, Madrid, 1966, II, pp. 69 y ss.; y *Las raíces escolásticas de la emancipación en la América española*, Madrid, 1982.

¹⁰⁸ En efecto, el *Code* fijaba «los cimientos del nuevo edificio sobre la radical renovación revolucionaria y sobre el lavado jurídico a que esta había sometido con éxito sujetos y bienes»

declaraciones, las explosiones patrióticas y el despegue con el que se miró todo lo que recordara a la antigua metrópoli «como para consignar un testimonio de su independencia»¹⁰⁹. Frente al descrédito de todo lo español, que se antojaba arcaico, se afianzaba el crédito de lo francés e, incluso, de lo inglés. No ha de olvidarse que el paradigmático *Code* Napoleón era a su vez tributario de las ideas de Domat y Pothier, por lo que compartía la tradición del derecho romano tan familiar a aquellas latitudes transatlánticas.

Sea como fuere, el caso es que en una primera etapa los códigos Hispanoamericanos se inspiraron en el código francés. Guzmán Brito juega con los términos de adopción y adaptación para graduar su influjo¹¹⁰. De adopción completa o recepción integral –como prefiere denominarla Ramos Núñez–, podemos hablar en el caso de la República Dominicana (1845)¹¹¹. Mientras que de adopción compatible con la introducción de las reformas necesarias para acomodar el modelo a las propias circunstancias, hablaremos en el caso del Estado Libre

(P. GROSSI, «*Code Civil*: una fuente novedosa para la civilización jurídica», ahora en *De la codificación a la globalización del derecho*, p. 55). Un sujeto unitario que, como describe este autor, coincidía con el individuo abstracto del derecho natural, y unos bienes liberados de condicionamientos pasados. Novedad que lleva a este autor a considerar sumamente equívoca la calificación de codificaciones a las producciones pre-napoleónicas), (*ibíd.*, pp. 68-69). Recordemos, en este sentido, el conocido planteamiento de J. CASTÁN TOBEÑAS, que asume la idea de una codificación en sentido general («La codificación en su sentido más general y como fenómeno de todos los tiempos»), aunque subraye que existen grandes diferencias entre las codificaciones antiguas y las modernas (*Derecho civil español común y foral, I*, Madrid, 1984, pp. 208-214).

¹⁰⁹ I. MIQUEL, «De la codificación en las principales naciones modernas», en *RGLJ*, 12, Madrid, 1858, pp. 119-120. En los primeros momentos de la emancipación se produjo una reacción anti-española; se quería cortar con el denominador y hubo un rechazo a todo lo que recordara la etapa de dominación de la que se había salido (L. MOISSET DE ESPANES, «Derecho civil español», p. 600). En esta misma línea y asimilándolo a lo acaecido en Estados Unidos, L. RODRÍGUEZ ENNES, «El proyecto de García Goyena y los códigos de las repúblicas hispanoamericanas», *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera, I*, Madrid, 2002, p. 192.

¹¹⁰ Su monografía *Historia de la codificación*, citada ya en numerosas ocasiones, es fundamental para conocer la historia de la codificación del derecho civil iberoamericano en la etapa que denomina clásica y que concluye con la codificación del derecho civil brasileño.

¹¹¹ Aunque, por motivos obvios, dejemos al margen a la República de Haití, es necesario decir que en el sur de esta República comenzó a regir el *Code* como derecho supletorio en septiembre de 1822. Tras el mandato codificador de la Constitución de 1816 (vigente también en Santo Domingo a partir de 1822), se elaboró un Proyecto de Código civil, aprobado como cuerpo unitario en 1825. Este código, «una completa copia del *Code civil* de 1804, con algunas modificaciones y supresiones», al tiempo que comenzó a regir en la República de Haití, lo hizo también en Santo Domingo en la medida en la que formó parte de ella hasta 1844. La independencia de Haití no supuso la inmediata derogación de su código, pero cuando lo hizo, el código adoptado por la República Dominicana fue el *Code* francés de la Restauración en lengua francesa. «Il s'agit d'un cas très spécial d'adoption volontaire d'un système juridique, les Cpdes Napoléon, qui provient d'une culture différente et qui perdure et évolue depuis maintenant plus d'un siècle et demi» [F. C. ÁLVAREZ (hijo)], «République Dominicaine», *La circulation du modèle juridique français: Travaux de l'Association Herri Capitant*, París, 1993, pp. 191-211, cita p. 203]. Sobre el tema, véase la obra conjunta *Trabajos conmemorativos del primer centenario de la adopción de los códigos franceses como leyes nacionales*, Santo Domingo 1985; y la visión de conjunto de A. GUZMÁN BRITO en *Historia de la codificación*, pp. 141-151. Del mismo autor, «La influencia del Código civil francés en las codificaciones americanas», ahora incorporado como apéndice (II) en *Historia de la codificación*, pp. 425-452, sobre el tema, pp. 435-437.

de Oaxaca (1827-1828)¹¹². El Código oaxaqueño es muy ilustrativo, pues imitó el modelo francés en casi todo, pero se alejó de él en la regulación de la familia y de las sucesiones, ámbitos en los que no se aceptaron con facilidad las innovaciones en Hispanoamérica. De esta manera, siguiendo el título preliminar del *Code*, guarda silencio sobre la costumbre, algo que pudiera parecer inexplicable en una sociedad mayoritariamente indígena y con una tradición favorable a la costumbre indígena, pero consecuente con el nuevo sistema y el atractivo que presentaba la certidumbre de la ley¹¹³. Se separa, sin embargo, al regular el matrimonio canónico con plenos efectos civiles¹¹⁴.

De adaptación, sin embargo, se habla en el caso de Bolivia (1830), refiriéndose a su Código civil de Santa Cruz¹¹⁵, que se extendió a los estados Sud-Peruano y Nor-Peruano (1836)¹¹⁶; y, este último, a Costa Rica (1841)¹¹⁷.

El caso boliviano es especialmente interesante. Su Código de Santa Cruz adoptó el sistema del *Code*, copiando literalmente su título preliminar, lo que suponía la expulsión, al menos formal, de la costumbre¹¹⁸. Lo siguió en la regulación de las cosas, la propiedad y los derechos reales y en las obligaciones y contratos. Sin embargo, se separó con cierta moderación de él en lo tocante al derecho de las personas y de la familia, y de forma total en la regulación del derecho sucesorio. Aquí —como afirma Guzmán Brito— los codificadores «revi-

¹¹² El Código del Estado Libre de Oaxaca nació al amparo del federalismo. Fue aprobado por libros en 1827-1829, y seguía el modelo francés (por supuesto en la identificación entre derecho y ley) con algunas modificaciones que A. GUZMÁN BRITO tiende a minimizar (*Historia de la codificación*, pp. 153-154) y C. RAMOS NÚÑEZ a destacar, con la finalidad de trasladar la idea de que sus autores no fueron «meros copiones» sino juristas de altura y con gran sentido de la responsabilidad («El código napoleónico», pp. 181-184).

¹¹³ La costumbre indígena, con amplia entrada en el derecho indiano, no se tomó en consideración a la hora de codificar en Hispanoamérica. A. GUZMÁN BRITO entiende que fue por su condición de derecho especial sin cabida, por lo tanto, en un código de derecho común («El régimen de la costumbre», p. 254).

¹¹⁴ A lo largo de estas líneas podremos ver la influencia de la tradición castellana en la regulación del matrimonio donde se evidenciará el peso del derecho canónico.

¹¹⁵ Aunque suele repetirse que este Código fue una copia y una mala traducción del francés, ha de tenerse en cuenta que se separó de su modelo en materias como el matrimonio o sucesiones, en las que los codificadores prefirieron seguir la tradición castellana. C. RAMOS NÚÑEZ llama la atención sobre la importancia de esta regulación ajena al modelo francés en esferas importantísimas de la vida social como lo eran el derecho de familia y sucesiones («El código napoleónico», pp. 185-188). V. ABECIA BALDIVIESO, tras el necesario cotejo, cuantifica esas diferencias en una tercera parte del contenido del código («La obra legislativa del mariscal Santa Cruz», *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, I, p. 68).

¹¹⁶ Territorios a quienes se extiende el Código boliviano de Santa Cruz al constituirse la Confederación Perú-Boliviana en 1836. Su vigencia fue muy breve, acabó definitivamente con la desaparición de dicha Confederación (A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, pp. 161-162).

¹¹⁷ El Código General de Costa Rica, dividido en tres partes: civil, penal y procedimientos judiciales, aprobado en 1841, supuso, en su parte civil una «recepción del "Code civil" vasta, sin ser integral» (C. RAMOS NÚÑEZ, «El código napoleónico», pp. 188-191, y A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, pp. 165-168).

¹¹⁸ B. CLAVERO, «Ley del código», pp. 81 y 82 entre otras. C. RAMOS NÚÑEZ, vuelve a llamar la atención sobre la «esquizofrenia» que suponía desterrar la costumbre en un país eminentemente indígena como el boliviano («El Código napoleónico», pp. 185-186).

saron el código francés a la luz de la vieja legislación castellana» dándole preferencia. En este último tema, no solo se mostró independiente del francés en la regulación sino también en su estructura interna, al tomar por modelo la obra *Febrero novísimo* de Eugenio de Tapia¹¹⁹, miembro de la comisión que terminó el Proyecto de Código civil español de 1836 que, como vimos, se separaba ya del esquema francés, independizando en un cuarto libro las sucesiones¹²⁰.

Si al código boliviano de Santa Cruz –que en temas como el matrimonio o las sucesiones se inclinó por fórmulas propias del derecho castellano–, sumamos la deriva tomada por el prematuro proyecto peruano de Manuel Lorenzo Vidaurre –que recogía preferentemente el derecho castellano (1834-1836)–¹²¹, las novedades detectadas en el Proyecto español de 1836 y, por último, añadimos los trabajos realizados en esa década por Andrés Bello, entenderemos que Bravo Lira concluya diciendo que a partir de 1830 comenzó a advertirse una reafirmación del derecho castellano frente al influjo del código francés¹²². En todo caso, es necesario reiterar que, hasta este momento, independientemente de que se hable de adopción o de adaptación del *Code*, en estos primeros códigos prevaleció la tradición castellana en el ámbito de la familia y de las sucesiones. Ramos Núñez, recordando las palabras del historiador Luis Alberto Sánchez, dirá que a mediados del ochocientos «mientras la *calle* empezaba a ser cosmopolita, la *casa* continuaba siendo colonial»¹²³.

B) EN LA ETAPA DE MADUREZ

Aunque, hasta la década de los cuarenta se siguieron aprobando códigos situados en la órbita del francés, como sucedió en Costa Rica en 1841¹²⁴ o en

¹¹⁹ *Febrero novísimo ó Librería de jueces, escribanos y abogados refundida, ordenada bajo nuevo método, y adicionada con un tratado del juicio criminal, y algunos otros por don...*, Imprenta de Ildefonso Mompie, Valencia, 1828-1831.

¹²⁰ «La sistemática de los códigos civiles del la época clásica de la codificación iberoamericana», ahora en *Historia de la codificación civil*, pp. 344-345.

¹²¹ De confuso y mal formulado lo tacha B. BRAVO LIRA («Codificación civil en Iberoamérica», p. 158); de prematuro, defectuoso y hasta pintoresco, C. RAMOS NÚÑEZ («El código napoleónico», pp. 191-193); y de anómalo y original A. GUZMÁN BRITO (*Historia de la codificación civil*, pp. 177-179).

¹²² «Codificación civil en Iberoamérica», p. 158. La promulgación de estos códigos ha llevado a A. GUZMÁN BRITO a cerrar con ellos la primera etapa de la codificación hispanoamericana como imitación del *Code civil* [«El tradicionalismo del Código civil peruano de 1852», *REHJ*, 23, 2001, pp. 546-565 (versión *on line*)].

¹²³ «El Código napoleónico», p. 186. Sobre su vigencia y aplicación, del mismo autor, «La cultura jurídica en la época de la Confederación Perú-boliviana», *REHJ*, 22, 2000, [versión *on line*].

¹²⁴ Ese año Braulio Carrillo promulgó el Código General de la República de Costa Rica, formado por tres partes: civil, penal y de procedimiento. La parte civil es, tal y como concluye C. J. GUTIÉRREZ, después de una cierta polémica, el Código de Santa Cruz en su versión de los estados nor y sud-peruanos con pequeñas modificaciones («Santa Cruz y Carrillo. Opinión sobre una vieja polémica», *Revista de Ciencias Jurídicas*, 69, San José, 1991, pp. 23-32). También, C. RAMOS NÚÑEZ, «El Código napoleónico», pp. 188-190.

Bolivia con el nuevo y fugaz Código de 1845¹²⁵, en la década anterior –como se ha señalado– comenzó a percibirse algún cambio.

Está a punto de iniciarse un periodo de madurez que dará sus mejores frutos mediado el siglo XIX. Es la etapa de los Andrés Bello López (1781-1865), Florencio García Goyena (1783-1855), Dalmacio Vélez Sarsfield (1800-1875), Justo Sierra O'Reilly (1814-1861), Justo Arosemena (1817-1896) y, podríamos añadir aunque se salga de los límites espaciales que nos hemos propuesto, Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883). Todos ellos hombres pertenecientes a una misma generación a la que tocó en suerte la misión de enfrentarse al complejo reto de llevar a cabo las tareas codificadoras demandadas por la época. Sus nombres han quedado indisociablemente unidos al proceso codificador del derecho civil realizado en sus respectivos países: España, Chile, Argentina, México, Panamá o Brasil, porque ellos fueron los que (en solitario, las más de las veces, o en compañía) se enfrentaron, impulsaron y resolvieron, bien es cierto que no todos en igual medida, el empeño codificador que se había propagado por la Europa continental y por Hispanoamérica de la mano, principalmente, del *Code*¹²⁶.

En efecto, fue en los años treinta cuando comenzó a elaborarse el que será, sin lugar a dudas, el código más importante y trascendental de la codificación hispanoamericana y –dicho sea de paso– el que más se apartó del *Code napoléonico*, nos referimos al Código civil chileno de 1855, elaborado por el jurista uruguayo Andrés Bello; y, en los cuarenta, cuando se inició el Código civil del Perú de 1853. Ambos trabajos preparatorios son señal inequívoca del inicio de una nueva etapa codificadora de mayor originalidad y madurez¹²⁷. Se empezó a saber codificar.

¹²⁵ Este segundo Código, de brevísima vigencia, al restablecerse el de Santa Cruz ese mismo año (A. GUZMÁN BRITO, *La historia de la codificación*, pp. 169-171).

¹²⁶ Aunque fueron principalmente protagonistas de la codificación civil, en muchos casos, no fueron ajenos a las tareas codificadoras realizadas en otras ramas del universo jurídico. Así, por ejemplo, García Goyena redactó un proyecto de código penal en 1843 (véase C. PETIT, «Código inexistente», p. 1443 y J. L. LACRUZ, «Las "concordancias" de García Goyena y su valor para la interpretación del Código Civil», *RCDI*, 47, 1974, I, p. 291). Andrés Bello formó parte de la Comisión creada en 1835 con el encargo de introducir las modificaciones oportunas en el Código de comercio español de 1829 y poder aprobarlo como Código de Chile, aunque los trabajos de esta Comisión se interrumpieron poco después de establecerse (M. PACHECO, «Don Andrés Bello», pp. 199 y 200). Bello fue uno de los que demandó este código (P. LIRA URQUIETA, *El Código civil chileno*, p. 12). Vélez de Sarsfield también intervino en la codificación mercantil redactando junto al jurista uruguayo, Eduardo Acevedo, el Código de comercio de la provincia de Buenos Aires, que pasaría a ser código nacional en 1862 (J. M. MUSTAPICH, «Dalmacio Vélez Sarsfield, el codificador», Estudio preliminar al *Código civil de la República de la Argentina*, Instituto de la Cultura Hispánica, Madrid, 1960, p. 119). Probablemente, el más polifacético, por lo que a las tareas codificadoras se refiere, fuera Justo Arosemena, quien presentó ante el Congreso de la Nueva Granada, en 1853, toda una colección de proyectos de códigos preparados por él (minería, enjuiciamiento de asuntos civiles, enjuiciamiento de asuntos criminales, penal, organización judicial, comercio y civil), de los que sólo el código de comercio alcanzaría la aprobación, en 1854 (C. H. CUESTA, «Romanismo y latinoamericanismo en Justo Arosemena», *Codificación y descodificación en Hispanoamérica*, I, pp. 130-131. Véase, también, O. MÉNDEZ PEREIRA, *Justo Arosemena*, 2ª ed., Panamá, 1970).

¹²⁷ A. GUZMÁN BRITO habla de códigos endógenos (*Historia de la codificación*, p. 110).

Pasaremos de puntillas sobre el código peruano –su interés es menor a nuestro propósito– para centrarnos en el chileno. No obstante, sobre el peruano, que le precedió en su aprobación, habremos de decir en relación a esa originalidad y madurez de la que hablamos, que, a pesar de sus defectos, ha sido considerado un «caso singular» dentro de la codificación hispanoamericana por Bravo Lira¹²⁸, la primera codificación verdaderamente americana según Guzmán Brito¹²⁹, y el primer código pensado desde América en opinión de Ramos Núñez¹³⁰.

Pero vayamos a Chile. En esa larga y estrecha franja de tierra situada al sudoeste de América del Sur se fija la declaración de O'Higgins –que hemos transcrito– como el momento inaugural de su proceso codificador. Punto de inauguración, que no de partida, pues también desde esa fecha –1822– se tuvo claro que los códigos habrían de fundarse en el derecho patrio¹³¹.

Hasta 1833 se hicieron diversas propuestas encaminadas a fijar el derecho civil argentino, ninguna de las cuales prosperó. La última de ellas fue un proyecto para la «recopilación del Código Civil» presentado por Manuel C. Vial en 1833. Ese mismo año o, a lo más tardar, en el siguiente, fue cuando se encargó a Andrés Bello la redacción de un proyecto de código civil. Se ha escrito mucho, muchísimo, sobre la persona y sobre la extensa y polifacética obra de Bello. El paso de los años no ha hecho sino engrandecer su figura hasta considerar unánimemente excepcional al hombre y excepcional a su obra¹³². Al hombre, porque:

¹²⁸ «La codificación en Chile», p. 67.

¹²⁹ Este Código, editado como proyecto en 1847 y promulgado en 1852, se separó del modelo francés y ha sido calificado por A. GUZMÁN BRITO de tradicional al adoptar «una serie de instituciones del antiguo derecho romano-castellano previgente en el Perú, en cuanto había hecho parte de la Monarquía castellano-indiana, discordes con el espíritu liberal que teóricamente debía presidir una codificación moderna». Su plan, recogido en tres libros, seguía el sistema de las *Instituciones* gayano-justinianas, y en la ordenación interna de materias en cada libro sigue a los prácticos españoles, especialmente el *Febrero novísimo* de Eugenio de Tapia («El tradicionalismo del código peruano», pp. 3-8 de la versión *on line*, cita p. 8). Este mismo autor afirma que este código peruano fue el principal modelo seguido por el código de la República de Guatemala de 1877 (*Historia de la codificación*, pp. 187-191).

¹³⁰ La huella del francés se deja ver en el título preliminar (se expulsa a la costumbre y se llama a la analogía y a los principios generales en defecto, oscuridad o insuficiencia de las leyes), pero se aleja cuando otorga efectos jurídicos al matrimonio canónico, distingue distintas clase de hijos, etc. («El Código napoleónico», pp. 195-200).

¹³¹ A. GUZMÁN BRITO destaca la importancia que revistió dicha declaración que, aunque pobre en sus propósitos, fue la primera manifestación del deseo de sustituir la antigua legislación por códigos propiamente chilenos («Para la Historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la República (I): La época de la fijación del derecho y sus divisiones», *Historia*, núm. 14, Santiago de Chile, 1979, p. 320).

¹³² Bello como profesor, como legislador, como codificador, como puente entre la América colonial y la de la independencia, etc.; véase la obra conjunta *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*. La bibliografía sobre Andrés Bello ya significativa, vino a multiplicarse con motivo del centenario de la promulgación de su Código y, desde entonces, no ha dejado de crecer; una revisión bibliográfica en A. GUZMÁN BRITO «Para la historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la República (VII): Ensayo de una bibliografía», *REHJ*, 3, 1978, pp. 133-146; «Nuevo ensayo de una bibliografía sobre Andrés Bello considerado como jurista (1978-1988)», *REHJ*, 12, 1987-1988, pp. 357-362, y «Nuevo ensayo de una bibliografía para la historia de la

La cabeza más equilibrada y llena de conocimiento que hubo en Chile en esa época fue la suya, y el gran mérito de los gobernantes del país –se añadirá– estuvo en que supieron aprovecharla¹³³.

Y a su obra jurídica culminante por considerarse:

El más interesante y perfecto de los Códigos americanos, al que acompañan las virtudes de la claridad de lenguaje y de la precisión de conceptos, siendo notable también la originalidad de muchas de sus disposiciones, aunque como toda obra legislativa, inspirada en el trabajo científico personal, adolezca, en ocasiones, de prolijidad y minuciosidad excesiva¹³⁴.

Entre 1833 y 1840 Andrés Bello preparó los materiales y redactó la parte más importante del futuro código en solitario: el título preliminar, el libro de sucesiones y el de obligaciones y contratos (este último, aunque muy avanzado, no estaba completo)¹³⁵. En 1840, fruto de un proyecto de ley presentado por el propio Bello ante el Senado para encauzar los trabajos codificadores, se nombró una Comisión de Legislación del Congreso cuyo trabajo consistiría en revisar el trabajo de Bello. Dicha Comisión, de la que Bello formó parte junto con cuatro senadores, entre los que estaba su amigo Mariano Egaña, funcionó solo hasta finales de 1845 o principios de 1846. Bello siguió, de nuevo, los trabajos en solitario hasta concluirlos en el otoño de 1852. El trabajo completo fue editado en 1853, por lo que se conoce como Proyecto de 1853. Revisado posteriormente, el texto final se aprobó a finales de 1855 y entró en vigor el 1 de enero de 1857¹³⁶.

fijación del derecho civil en Chile durante la República (1978-1988)», *REHJ*, 12, 1987-1988, pp. 363-367. Como obra de referencia véase A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago de Chile, 1982.

¹³³ «Desde su publicación ha vivido rodeado de una atmósfera de veneración y de intangibilidad no igualada» (P. LIRA URQUIETA, «Introducción» al *Código Civil de la República de Chile*, Caracas, 1981, pp. XVI y XLVI).

¹³⁴ J. L. DE LOS MOZOS, «Perspectivas y método», pp. 777-779. Para Gumersindo de AZCÁRATE, el Código de Bello era «uno de los primeros y más estimables frutos que ha dado en el continente americano el movimiento codificador iniciado en Europa hace un siglo, tanto que, puesto en parangón con los que antes y después han visto la luz, así en el mundo antiguo como en el nuevo, merece seguramente ser contado entre los mejores» («Introducción» al *Código Civil de la República de Chile, Colección de Código europeos y americanos*, colección coordinada y anotada por A. Aguilera y Velasco, Madrid, 1881, p. III).

¹³⁵ En un primer momento, Bello solo pretendió reordenar el derecho existente, liberándolo de sus defectos, sin aventurarse a reformas de mayor calado; pero, al poco, comprendió que la meta era codificar [A. GUZMÁN BRITO, «Las operaciones practicadas por Bello», p. 257. Del mismo autor véase también «Para la Historia de la fijación del derecho civil en Chile durante la República (IX). La evolución del pensamiento de Bello sobre codificación del derecho», *REHJ*, 6, 1981, pp. 273-313].

¹³⁶ Como obra de referencia véase A. GUZMÁN BRITO, *Andrés Bello codificador*. Sobre el proceso de elaboración, véase P. LIRA URQUIETA, «Introducción», pp. XXV-XXVIII; A. GUZMÁN BRITO, «Para la Historia de la fijación del derecho», pp. 323-328, e *Historia de la codificación*, pp. 193-207; y A. DOUGNAC, «La codificación civil en Chile y la formación de su “Código Civil”», en *El Código civil de Chile (1855-2005). Trabajos expuestos en el Congreso Internacional celebrado para conmemorarse su promulgación (Santiago, 3-6 de octubre de 2005)*, ed. A. GUZMÁN BRITO, Santiago de Chile, 2005, p. 148.

La primera novedad del Código de Bello fue su estructura. Seguía el sistema de las *Instituciones* de Gayo y las de Justiniano¹³⁷, pero presentaba su contenido dividido en cuatro libros, precedidos de un título preliminar: «De las personas», «De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce», «De las sucesiones por causa de muerte y de las donaciones entre vivos», y «De las obligaciones en general y de los contratos». En este punto se distanció Bello del *Code*, cuya estructura había sido criticada por la doctrina. Se le reprochó su falta de rigor metodológico, que le había llevado a distribuir todas las materias en solo tres libros, uno de los cuales, el tercero, aparecía «totalmente hipertrofiado», conteniendo materias tan diversas como los contratos, los derechos reales y las sucesiones. La nueva distribución, que copiarían los códigos futuros, separaba mejor los derechos personales (obligaciones y contratos) de los derechos reales¹³⁸. Se distancia así mismo del francés en la organización de su título preliminar, influido por el Código de Luisiana¹³⁹, pero le sigue en lo referente al concepto, promulgación, efectos, interpretación, entendimiento y derogación de la ley, y también, aunque a regañadientes, en la negación de la costumbre (no en el caso de la remitida por ley) y de la jurisprudencia como fuentes del derecho¹⁴⁰. En materia de matrimonio y familia, el Código chileno «traslada a textos legales la doctrina canónica»¹⁴¹. Gumersindo de Azcárate alabó la consideración que hace de los esponsales como un hecho privado sin efectos civiles, y no encontró más justificación que la histórica para la regulación de ese matrimonio canónico, aunque permita el civil para los no católicos¹⁴².

¹³⁷ S. SCHIPANI, «Andrés Bello romanista-institucionalista», *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, pp. 205-258.

¹³⁸ L. MOISSET DE ESPANÉS, «Derecho civil español y americano», *RDP*, 1972, pp. 604-606. G. DE AZCÁRATE considera que si hubiera introducido algunas modificaciones más (que detalla) en su distribución de materias, lo que hubiera supuesto la aparición de un quinto libro, su sistema no hubiera tenido tacha alguna, superando al sistema romano y al napoleónico («Introducción», p. V). Años más tarde, VÉLEZ SANSFIELD afirmará que «en el Código Napoleón y en los diversos códigos que lo toman por modelo, no hay ni podrá haber método alguno» (Nota remitida al Ministro el 21 de junio de 1865, *cfr.* A. LEVAGGI, «Alberdi-Vélez Sarsfield: una polémica trascendental sobre la codificación civil argentina», *Fuentes ideológicas y normativas de la codificación latinoamericana*, coord. Levaggi, Buenos Aires, 1992, p. 247).

¹³⁹ C. NÚÑEZ RAMOS, «El código napoleónico», p. 203.

¹⁴⁰ Bello trató de dar más protagonismo a la costumbre; de haber triunfado su criterio, el Código hubiera reconocido la costumbre supletoria, la interpretativa e, incluso, la *contra legem*, pero al final solo se reconoció la remitida por la ley, como se hizo en Ecuador, El Salvador y Honduras (A. GUZMÁN BRITO, «El régimen de la costumbre», pp. 247-249). Sobre la opción tomada por el legislador chileno G. DE AZCÁRATE sentenciará: «tanto son la costumbre y la jurisprudencia fuentes de derecho, que aun á despecho del legislador continuarán siéndolo» («Introducción», p. VII). Recordemos que el *Code* prefería guardar silencio, porque –en opinión de B. CLAVERO– la preocupación principal del legislador fue someter la costumbre a la ley («Ley del Código», p. 136).

¹⁴¹ P. LIRA URQUIETA, «Introducción», p. XXVIII.

¹⁴² «Introducción», pp. XI-XII. Véase, J. L. DE LOS MOZOS, «Algunos aspectos de la influencia hispana en el Código Civil de Andrés Bello», *RGLJ*, 77, 1987, p. 459-460. Sobre la regulación del matrimonio hasta la codificación, véase A. DOUGNAC, *Esquema del derecho de familia indiano*, Santiago de Chile, 2003, pp. 111-227. Se ha puesto de relieve el olvido de la realidad indígena en los códigos hispanoamericanos, también en el de Bello, por exigencia de ese

A través de las notas del propio Bello que acompañan al Proyecto de 1853 y de las que añadió con posterioridad a parte del articulado, se pueden rastrear las fuentes utilizadas¹⁴³. Además, Bello se mostró elocuente:

«Por punto general el Código de las Partidas y el Código Civil francés han sido las dos lumbreras que se han tenido más constantemente a la vista [...] donde ellos difieren, se ha elegido lo que más adaptable y conveniente parecía [y cuando las] circunstancias de nuestro país [...] no presentaban obstáculos reales, no se ha trepidado en introducir provechosas innovaciones¹⁴⁴.

Junto a las Partidas, cita otras muchas fuentes normativas y doctrinales castellanas (entre las más modernas las *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español* de García Goyena, o el *Febrero novísimo* de Tapia)¹⁴⁵; y, junto al Código napoleónico, todos los elaborados hasta el momento (el bávaro, prusiano, austriaco, etc.). Nos cuenta Lira Urquieta que lo nuevo apasionaba a este espíritu ecléctico¹⁴⁶, por lo que puso un gran empeño en conseguir el Proyecto de Código civil de 1851 junto a las *Concordancias* de Florencio García Goyena (1852). La consulta de esta obra ha llevado a los estudiosos del código chileno a preguntarse sobre el alcance de su influencia sobre el Código de Bello. Pero para responder a esta cuestión es necesario rebobinar nuestro argumento y volver a esos años iniciales de la década de los cuarenta, cuando Bello aún andaba afanado en la elaboración de su proyecto de código, y cruzar el Océano para conocer lo que estaba sucediendo en España.

Por aquellas fechas, terminada la primera guerra carlista, sin más código que el de comercio de 1829 y fracasadas las distintas comisiones nombradas para revisar el Proyecto de Código civil de 1836, se decidió crear la Comisión de Códigos:

Llegó un día en que el Gobierno comprendió que era errado el camino que llevaba; que con él no podía esperarse nunca el objeto de sus deseos; que los Códigos debían partir todos del mismo centro, y que á las comisiones

individuo abstracto al que se dirige el código, sobre este complejo tema véase B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala: «constituyencia» indígena y Código «Ladino» por América*, Madrid, 2000.

¹⁴³ M. L. AMUNÁTEGUI, «Las notas del Proyecto de Código Civil», en *Don Andrés Bello y el Código Civil*, Santiago, 1885, pp.131 y ss.; *cf.*: A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, p. 208, nota 43.

¹⁴⁴ *Mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil* (29 de noviembre de 1855), *cf.*: C. NÚÑEZ RAMOS, «El código napoleónico», p. 203. En opinión de Bello –publicada en *El Araucano*– «nuestra legislación civil, sobre todo la de las *Siete Partidas*, encierra lo mejor de la jurisprudencia romana, cuyo permanente imperio sobre una tan grande y tan ilustrada parte de Europa atestigua su excelencia» (*cf.*: A. GUZMÁN BRITO, «Las operaciones practicadas por Bello», p. 259).

¹⁴⁵ El conjunto de tales influencias le lleva a J. L. DE LOS MOZOS a decir que el Código de Bello fue «uno de los frutos más logrados de la obra colonizadora española» («Algunos aspectos de la influencia hispánica en el Código Civil de Andrés Bello», *RGLJ*, 1978-1, p. 459).

¹⁴⁶ P. LIRA URQUIETA, «Introducción», p. XLII.

especiales debía sustituir una general. Eso sucedió el 19 de Agosto de 1843: con el objeto de que pudieran los individuos de la Comisión dedicarse a esta tarea sin desatenderla por otras¹⁴⁷.

De esta manera, se creó la Comisión de Códigos –o Comisión General de Codificación– órgano técnico dependiente del Gobierno, integrada por destacados juristas y subdividida en secciones por razón de la materia, que tenía el encargo de formar, en el plazo de tiempo más breve posible, los cuatro códigos pendientes: civil, penal, procesal civil y procesal penal¹⁴⁸. Era un cambio de procedimiento alentador que, en principio, dotaba a la empresa codificadora de unidad y agilidad. Así se vio en España y así se percibió en Hispanoamérica donde algunas repúblicas, como tendremos oportunidad de comprobar, copiarán este sistema y crearán sus particulares comisiones generales.

En 1846 fue disuelta pretextando el excesivo número de vocales:

En trabajos científicos de tanta extensión, la concurrencia muy numerosa de pareceres encontrados ofusca y prolonga sin término las discusiones, y priva a la obra de aquel concierto, sencillez y unidad que deben distinguirla¹⁴⁹.

En efecto, la participación de muchos obstaculizaba los trabajos codificadores. La historia de la codificación nos muestra que las obras mejores suelen ser tributarias de una sola pluma. Así es que, reestructurada la Comisión, se dió un impulso a los trabajos codificadores a este lado del Atlántico¹⁵⁰.

Uno de esos frutos, el principal, fue el Código penal de 1848, cuya proyección americana ya hemos señalado. Otro –el que aquí nos interesa– fue el Proyecto de Código civil de 1851, realizado por un grupo de notables juristas entre los que destacó Florencio García Goyena¹⁵¹. No se ajusta realmente a la verdad hablar del Proyecto de García Goyena –como hemos hablado del Código de Bello–, pretiriendo especialmente a Claudio Antón de Luzuriaga, aunque puedan entenderse los motivos de la generalización de esta denominación. García Goyena no fue su único autor, pero sí el hombre clave capaz de coordinar y dirigir los esfuerzos de ese grupo de juristas, integrantes de la sección civil que, por cierto, trabajaron con el mismo procedimiento empleado por la Comisión

¹⁴⁷ P. GÓMEZ DE LA SERNA, «Estado de la codificación al terminar el reinado de Doña Isabel II», *RGLJ*, 39, 1871, p. 295.

¹⁴⁸ Publicado en la *Gaceta de Madrid* de 20 de agosto de 1843 (M. D. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «La Comisión de Códigos (1843-1846)», *AHDE*, 74, 2004, pp. 291-331). Ese mismo año veía la luz la obra de J. M. FERNÁNDEZ DE LA HOZ, *Código civil redactado con arreglo a la legislación vigente*, (Madrid, 1843); una obra similar a la de Pablo Gorosábel, pero con presencia del derecho posterior a la muerte de Fernando VII (C. PETIT, «El Código inexistente (I)», p. 1453).

¹⁴⁹ Decreto de 31 de julio de 1846 (*cf.*: M. D. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «La Comisión de Códigos», p. 330).

¹⁵⁰ F. TOMÁS Y VALIENTE consideró insuficientes los frutos alcanzados por la Comisión, y señaló como causa la falta de voluntad política que hubo para sacarlos adelante («Aspectos generales», p. 24).

¹⁵¹ Sobre este jurista véase, M. REPÁRAZ, «García Goyena: biografía de un jurista liberal (Una aportación al estudio de la codificación civil española)», *ADHE*, 66, 1996, pp. 690-827.

que elaboró el *Code*¹⁵²; y fue, además y sobre todo, el autor de una obra que dio cumplida razón del Proyecto en cuestión, las *Concordancias* ya citadas.

Pues bien, este fracasado Proyecto, que aprovechaba los avances conseguidos en los intentos anteriores, ha despertado un enorme interés por su propia calidad, por su amplia repercusión en la codificación hispanoamericana¹⁵³ y por ser el fundamento sobre el que se erigirá el Código civil español de 1889¹⁵⁴.

A tenor de lo dicho, puede llamar la atención el distinto reconocimiento rendido a este jurista español en comparación a lo sucedido con Andrés Bello o con el argentino Vélez Sarsfield, por citar a los juristas más sobresalientes de la codificación en lengua castellana. Probablemente la culminación de la obra y su pervivencia en el tiempo, tenga mucho que ver con el diferente grado de reconocimiento otorgado a estos autores hispanoamericanos. Sea lo que fuere, la realidad es que García Goyena no destacó tanto por su altura científica o por su originalidad, como por la oportunidad y grandísima utilidad de la obra que escribió en relación con al Proyecto de 1851, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*¹⁵⁵. Oportunidad, porque en el momento de su publicación muchos lugares del otro lado del Océano inmersos en el movimiento codificador aún no habían logrado culminar sus trabajos; y utilidad, porque presentaba un posible modelo a seguir y, sobre todo, porque explicaba artículo por artículo su contenido teniendo en cuenta, no solo el derecho castellano y el común, sino también el de los códigos europeos del momento.

En 1852 se publicaban las *Concordancias, motivos y comentarios* preparados por García Goyena al tiempo que se iba elaborando el Proyecto de Código civil. *Concordancia*, porque de manera puntual daba cuenta de los materiales

¹⁵² «Ponencias» trabajadas individualmente y discutidas en el pleno de la Sección (Véase J. BARÓ, *La Codificación*, pp. 106-113), y F. LASSO GAITE, *Crónica*. 4, I, pp. 151-289).

¹⁵³ J. M. CASTÁN VÁZQUEZ entiende que los motivos que lo hicieron fracasar en España no provocaron oposición en América («La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas», *Homenaje a Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, p. 228).

¹⁵⁴ J. CASTÁN TOBEÑAS considera que este proyecto no tendría hoy el interés que suscita si no hubiera pasado a ser el fundamento y pauta del de 1889, en virtud de lo ordenado en la base primera de la Ley de 11 de mayo de 1888 (*Derecho Civil*, pp. 241-241).

¹⁵⁵ L. SEGOVIA, refiriéndose a su obra en cuanto fuente del Código civil argentino, escribe: «El trabajo de Goyena revela un juicio sólido y bastante estudio; pero conoce poco ó nada los maestros franceses, belgas y alemanes, y no descuella precisamente por su obra» («Introducción á la esplicación y crítica del Código civil», *El Código Civil de la República Argentina con explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por ...*, Buenos Aires, 1881, p. XXI). Para J. L. LACRUZ, fue su faceta de jurista y codificador la que le ha reservado un puesto en la Historia, sin embargo, «no es un escritor demasiado original, ni de excepcional fuerza de pensamiento: es un buen recopilador, un hombre aplicado e inteligente, que pudo aprovechar su exilio para familiarizarse con algunos libros franceses, y sabe luego leer las obras ajenas más corrientes y reflexionar sobre ellas para sacar sus propias conclusiones»; más adelante añade: «es un jurista agudo y despierto; un buen juez; un abogado de gran calidad; pero no un científico del derecho en el sentido que cabría dar hoy a esta expresión, ni un profesor, ni un erudito»; no obstante, reconoce el valor excepcional de sus *Concordancias, motivos y comentarios* para conocer y fijar la voluntad del legislador («Las “concordancias” de García Goyena», pp. 291 y 295). J. M. CASTÁN VÁZQUEZ lo considera como uno de los juristas españoles más notables del siglo XIX, precisamente por su papel en la codificación civil española y por su influjo en la hispanoamericana (voz: «Florencio García Goyena», *Juristas universales*, R. Domingo ed., vol. III, Madrid-Barcelona, 2004, p. 94).

utilizados para la redacción de cada uno de los artículos del proyecto, en palabras de su autor: «á un simple golpe de vista se descubrirá la legislación, que puede llamarse universal, sobre la materia del artículo». *Motivos*, porque contiene el *iter* argumentativo que llevó a la Comisión a optar por la solución acogida y no por otras posibles de las que también dan cuenta, porque –dirá su autor– «sabiendo el origen, las causas y fines de la ley, en una palabra su *espíritu*, no ha de ser difícil aplicarla con acierto aun á los casos que á primera vista aparezcan dudosos: en los motivos se descubrirá también por qué se ha dado la preferencia á un código sobre los otros, ó nos habremos separado de todos». Y *Comentarios*, con los que facilitar la inteligencia de cada artículo, porque «en ellos se notan los puntos hasta ahora dudosos y que dejan ya de serlo por el artículo; se previenen y resuelven, según el espíritu del mismo, algunas cuestiones que probablemente se suscitarán en la práctica»¹⁵⁶. No es necesario añadir más. Fue un «libro clave»¹⁵⁷, redactado al mismo tiempo que el Proyecto, al que se unió como lo hace la sombra al cuerpo, y del que actuó como embajador en los países de habla española y portuguesa¹⁵⁸. Ya sabemos por qué se le llamó Proyecto de Goyena, y que hablar de las *Concordancias* es hablar también del Proyecto que las integraba.

El Proyecto, que reprodujo el esquema del *Code*, fue –en palabras de Federico de Castro– «moderadamente progresista, decididamente liberal y excesivamente afrancesado, aunque respetando las líneas fundamentales de la organización tradicional de la familia española»¹⁵⁹. Desde el principio se criticó su afrancesamiento¹⁶⁰; su ecléctica regulación del matrimonio, que suprimía los esponsales, diferenciaba el contrato (competencia de la autoridad temporal) del sacramento y dejaba en manos de la jurisdicción civil las causas del divorcio no vincular que permitía¹⁶¹; y, por último, su «malquerencia» hacia los derechos

¹⁵⁶ «Prólogo» a las *Concordancias*, pp. 11 y 12. Según el propio testimonio dado por la Sección del Código Civil de la Comisión de Códigos en un oficio dirigido al Ministro de Justicia el 5 de mayo de 1851 (cfr. J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, «Influencia de García Goyena», p. 223-224). Las *Concordancias* prestarán, además un gran servicio en la interpretación del Código de 1889, deudor del Proyecto del 51 (A. D'ORS, «Los derechos civiles regionales de la España moderna», *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, 1977, p. 937).

¹⁵⁷ J. L. LACRUZ, «Las “concordancias” de García Goyena», pp. 292, 296-297.

¹⁵⁸ El nombre de Florencio García Goyena era ya conocido en América gracias a su edición del *Febrero, ó librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente, por el Ilustrísimo ... y Don Joaquín Aguirre*, Imprenta I. Boix, Madrid, 1841-1842.

¹⁵⁹ *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, pp. 191-192.

¹⁶⁰ J. L. LACRUZ, «Las “concordancias” de García Goyena», p. 292. Para A. D'ORS y J. BONET, es un proyecto que sigue los pasos del código francés con una dirección española («En el centenario del proyecto isabelino de “Código Civil”», *Información Jurídica*, n. 96, Madrid, 1951, p. 491). No obstante, los trabajos más recientes, sin negar esta dependencia, la consideran secundaria (véase J. BARÓ, *La Codificación*, p. 142).

¹⁶¹ «A medio camino entre el laicismo del Code, y el tradicionalismo histórico» (J. BARÓ, *La codificación*, p. 136). Sobre la regulación del matrimonio en extenso, véase L. CRESPO DE MIGUEL, *La secularización*, pp. 270-318. Véanse las críticas recogidas en el informe de la

forales¹⁶². A pesar de estas causas, que no han de soslayarse, Maluquer de Montes, a finales del siglo xx, achacó la responsabilidad del fracaso a la falta de consolidación de los principios del liberalismo, concretamente el derecho de propiedad y las libertades fundamentales de la persona¹⁶³. Tal vez fuera así¹⁶⁴. En todo caso, es un argumento más que ayuda a explicar el eco que tuvo por tierras americanas. Escuchemos a las Comisión que le correspondió revisar el Proyecto de Código civil mexicano elaborado por Justo Sierra (1859):

El proyecto del Dr. Sierra se redactó tomando por modelo el de Código español que publicó concordado y comentado D. Florencio García Goyena, el cual a su vez, había sido escrito siguiendo en mucha parte al Código Napoleón, aunque modificándolo en diferentes puntos con los sanos principios de la legislación española y con los más puros de la legislación romana [...] La elección que hizo el Dr. Sierra del Proyecto del Código Español como objeto capital de su estudio, fue verdaderamente feliz, tanto por el mérito intrínseco de esta obra, como porque así se conserva lo principal de aquellas leyes veneradas y sabias que en el foro se han aplicado constantemente y que tienen la grande recomendación de haber reconocido en principio los derechos del hombre¹⁶⁵.

María del Refugio González lo resume con acierto: las *Concordancias* se convirtieron en una suerte de puente entre el *Code*, cuyos principios atraían a buena parte de los juristas americanos, y la tradición jurídica española, que no

Universidad de Salamanca sobre este Proyecto (E. TORIJANO, «Derecho civil en la Universidad de Salamanca: el Informe al Proyecto de Código Civil de 1851 de la Facultad de Jurisprudencia», *Cultura, política y práctica del Derecho. Juristas de Salamanca, siglos xv-xx*, Salamanca, 2012, pp. 340-346).

¹⁶² J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, «La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas», pp. 222-223. J. BARÓ, sostiene que este punto ha de ser sometido a debate, en la medida en la que una nueva corriente doctrinal defiende la idea de que en dicho proyecto se tuvo en cuenta, en mayor o menor medida, el derecho de los territorios forales (*La Codificación del Derecho civil*, pp. 137-140). Sin embargo, hablando de la unificación impuesta, L. RODRÍGUEZ ENNES reflexiona: «históricamente ha sido a menudo una operación compleja, difícil y traumática, porque detrás de los fraccionamientos geográficos del Derecho no se escondía, como frecuentemente se ha dicho, sólo miedos ancestrales o cómodos letargos. Los juristas del siglo xix que se permitían descalificar de esta manera poco seria de historia diversa y que obrando así confesaban toda la debilidad de su posición teórica, no podían comprender ni tan solo imaginar que, detrás de aquellas divisiones geográficas del Derecho, estuviesen, en realidad, trozos de historia real; que en las mismas se reflejase la diversidad estructural de una sociedad inmóvil, de una economía natural, de un mundo aún no conmovido por la lógica del mercado» («El proyecto de García Goyena», p. 190).

¹⁶³ «La Codificación civil en España, síntesis de un proceso», pp. 1083-1101; argumentos que repite en «El Código Civil o la codificación del derecho castellano», pp. 1207-1210.

¹⁶⁴ De serlo, M. ALONSO PÉREZ se pregunta cómo pudo entonces triunfar el Código chileno o el argentino si en sus respectivos países había al menos los mismos residuos feudales que en España («Ideal codificador, mentalidad bucólica», pp. 23 y 24). Los argumentos de Maluquer los recogerá J. BARÓ, en *La Codificación*, pp. 141-142.

¹⁶⁵ Cfr: M. R. GONZÁLEZ, «La influencia española en el proceso de formación del derecho civil en México en el siglo xix (Florencio García Goyena y la codificación)», *Ius fugit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos*, 2, 1993, pp. 205-206.

dejaba de ser la propia; «la obra de este jurista [García Goyena] constituyó un instrumento adecuado para «traducir» las propuestas francesas al lenguaje de la cultura jurídica española, y por ende americana»¹⁶⁶.

Pero volvamos a la pregunta que dejamos pendiente: ¿cuál fue el alcance de la influencia de este fracasado proyecto en el Código chileno de Bello? De entrada, habremos de presumir que no debió de ser muy amplia, porque cuando se publicaron las *Concordancias* los trabajos de Bello estaban ya muy avanzados. Aun así, esta obra llegó a tiempo para poder ser consultada y aprovechada por Bello¹⁶⁷.

A la hora de cuantificar esta influencia los autores se remiten el ensayo comparativo realizado por Lira Urquieta en el centenario de la aprobación del Código de Bello, donde se afirma que la influencia de las *Concordancias* fue mayor de lo que hasta entonces se venía reconociendo y el propio Bello había ponderado¹⁶⁸.

El esquema de ambos trabajos difiere. A pesar del avance que supuso en este punto el Proyecto de Código civil español de 1836, el de 1851 retorna a la división tripartita del francés. Bello, por su parte, opta por desdoblar el tercero al igual que el Proyecto de 1836, aunque el orden de los dos últimos libros sea el inverso¹⁶⁹. Podría plantearse una posible influencia pero, al parecer, el plan de Bello estaba ya trazado con anterioridad a 1836¹⁷⁰.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 206. Uno de los méritos que se señalan a este Proyecto fue el de servir de revulsivo a la doctrina jurídica española del momento (R. ÁLVAREZ VIGARAY, «El sistema», p. 325).

¹⁶⁷ B. BRAVO LIRA considera que Bello solo pudo utilizarlo en la fase final de la elaboración de su código («para pulir determinadas partes»), cuando el texto estaba ya publicado y en fase de revisión («Difusión», pp. 349 y 359, cita de esta última). Más peso le otorga P. LIRA URQUIETA al afirmar que en esa fase el trabajo de Bello fue objeto de revisión por la Comisión nombrada en septiembre de 1852, que introdujo algunas reformas de importancia en las que participó el propio Bello («Introducción», pp. XXVI-XXVII). J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, «La influencia de García Goyena», p. 225.

¹⁶⁸ Tal vez por prudencia ante el despego que todavía se mantenía hacia todo lo español («García Goyena y el Código Civil chileno», *El Código civil chileno y su época*, Santiago de Chile, 1956, pp. 75-98). J. L. DE LOS MOZOS, con una clara orientación romanista, llamó la atención sobre esta influencia al hablar de «la versión hispánica de la tradición romanista en los rasgos más importantes de la «sistemática interna» del Código Civil chileno» («Algunos aspectos de la influencia», pp. 459-467); y, refiriéndose al régimen económico del matrimonio, nos muestra alguna clara coincidencias entre las *Concordancias* y el texto chileno, en que Bello silencia su fuente («La organización del régimen económico matrimonial y el Código civil de Bello», *Bello y el derecho latinoamericano*, p. 413). A. L. RODRÍGUEZ ENNES le sorprenden los silencios de Bello y trata de explicarlos por las circunstancias políticas del momento («El Proyecto de García Goyena», pp. 196-197). J. M. CASTÁN VÁZQUEZ señala a las *Concordancias* como fuente de las similitudes entre el Proyecto de 1851 y la obra de Bello («La influencia de García Goyena», p. 225).

¹⁶⁹ En el Proyecto español de 1836 el orden era: personas, bienes, obligaciones y contratos, y las sucesiones. El de Bello: personas, bienes, sucesiones, contratos y obligaciones. La división interna difiere sensiblemente.

¹⁷⁰ A. GUZMÁN BRITO cree que desde el principio Bello tenía pensado dar autonomía a las sucesiones. Inició su trabajo precisamente con ellas al entender que eran la materia regulada de forma más defectuosa («La sistemática del código de Andrés Bello», *Andrés Bello y el derecho latinoamericano*, pp. 318-319; y «La sistemática de los códigos», *Historia de la codificación*, p. 403, nota 136).

En cuanto al contenido, la metodología seguida por Lira Urquieta para detectar las concretas influencias es sencilla. Por una parte señala las influencias reconocidas por Bello en las notas y, por otra, las que califica de indirectas y que descubre en los cambios de redacción introducidos en 1853, siguiendo un artículo concreto o un comentario de García Goyena. No es posible trasladar aquí los resultados de este interesante trabajo, al que me remito ¹⁷¹, pero sí su valoración final:

Si en materia de vocabulario y de redacción [el Proyecto de 1851] fue aventajado por el Código Civil Chileno, le gana en punto a concisión pues sólo tiene casi dos mil artículos, y le gana también en modernidad ya que admitió instituciones y reformas que sólo ahora reciben aplicación entre nosotros. Finalmente, como dijeron los antiguos, nadie puede arrebatárle al Proyecto Español el mérito de la primería. Los autores de nuestro Código Civil tuvieron un texto completo y modernizado con el cual comparar su trabajo, y texto doblemente útil pues reunía a la síntesis de la vieja legislación española los adelantos de la codificación francesa y europea ¹⁷².

El Proyecto de 1851, inseparablemente unido a las *Concordancias*, inicia así su periplo por tierras hispanoamericana. Unas veces, las más interesantes, influyó directamente sobre un texto, como en el caso del Código de Bello o en el de otros que, con diferente intensidad, lo utilizaron como fuente: el venezolano de 1867, el argentino de 1869, el uruguayo de ese mismo año, el mexicano de 1870, o el costarricense de 1886. Otras veces, lo hará de forma mediata a través de la difusión de un texto previamente influido por él. En este segundo caso, el Código de Bello vuelve a servirnos de ejemplo, pues lo difundió –en la medida en la que lo contenía– entre la gran familia de códigos americanos que se elaboraron a su imagen y semejanza ¹⁷³. La proyección del Código de Bello fue tal en Hispanoamérica que ha venido a ser comparado con la del *Code* en Europa ¹⁷⁴.

¹⁷¹ En todo caso, respecto al Libro I, dice que ambos trabajos son sensiblemente análogos y señala algunas disposiciones de clara extracción española, como el de la residencia como lugar de domicilio, la presunción de concepción o el reconocimiento de hijo natural; las definiciones del principio de prueba o de patria potestad, etc. (pp. 79-83). No sucede lo mismo en lo que se refiere al Libro II porque, aun teniendo el mismo esquema, el Proyecto de 1851 se distancia de la tradición para seguir el modelo francés, no obstante rastrea alguna influencias como, por ejemplo, en la regulación de la propiedad intelectual o de la servidumbre de aguas (pp. 83-86). Por último, el contenido recogido en el Libro III del Proyecto español, se distribuye en dos libros (III y IV) en el Código chileno. Llama la atención sobre el interés que presenta la regulación de la sucesión por causa de la muerte, que el Proyecto español llama herencia. Considera, además, que la lectura del Proyecto español y de los *Comentarios* llevaron a introducir reformas en disposiciones ya redactadas por Bello como, por ejemplo, en la partición de bienes o en la prueba de las obligaciones (pp. 86-93). Al final, dedica unas interesantes líneas al vocabulario y a las expresiones utilizadas en ambos trabajos (pp. 93-98). Véase, también, J. L. DE LOS MOZOS, «Algunos aspectos», pp. 459-467.

¹⁷² Aspecto, este último, destacado por la mayoría de los autores (P. LIRA URQUIETA, «García Goyena y el Código Civil chileno», p. 98).

¹⁷³ Códigos que reproducen la misma estructura metodológica y un contenido muy similar (L. MOISSET DE ESPANÉS, «Derecho civil español y americano», p. 602).

¹⁷⁴ Ya D. VÉLEZ DE SARFIELD entendió que el Código de Bello aventajaba «tanto» a los códigos europeos (en el «Oficio de remisión del primer libro del Código civil al Ministro de

A través del Código chileno llegó a Colombia¹⁷⁵, Panamá¹⁷⁶, El Salvador¹⁷⁷, Ecuador¹⁷⁸, Honduras¹⁷⁹, Nicaragua¹⁸⁰ y, de forma muy efímera, a Venezuela¹⁸¹, países que adoptaron, es decir, que reprodujeron con pequeñas modificaciones el Código de Bello.

Por este mismo cauce llegó también a Uruguay, Argentina, Paraguay y Brasil, países que adaptaron de una u otra manera la obra de Bello. Sin embargo, en la medida en la que los codificadores de estas repúblicas utilizaron como fuente directa, junto al Código de Bello, otros textos entre los que figuraba las *Concordancias*, los comprenderemos dentro de la vía de influencia directa, que pasamos a considerar¹⁸².

El mayor grado dentro de esta vía –pudiéndose hablar de adopción– es el que presenta el Código civil de Venezuela de 1867. En este sentido, puede decirse que el caso de Venezuela es particular. Primero, recibió indirectamente la influencia de las *Concordancias* a través del Código de Bello que adopta en 1862, como hemos visto. Años más tarde, renovadas las tareas codificadoras, recibirá directamente la influencia del proyecto español cuando sea adoptado por la Comisión encargada de elaborar el nuevo Código civil de 1867. Una afirmación que se sustenta en el juicio crítico a dicho texto realizado por Luis Manójo:

La premura con que habría de obrar [la Comisión] la hizo adoptar un código escrito en español, porque no había tiempo siquiera para traducir. Los redac-

Justicia...», de 1865; *cf.* B. BRAVO LIRA, «Difusión», p. 370); véase, también de este autor, «La codificación en Chile», p. 70. Un estudio fundamental comparativo de los distintos códigos hispanoamericanos a partir del Código de Bello es el realizado, nada más acabar el siglo XIX, por el ecuatoriano L. F. BORJA (*Estudios sobre el código civil chileno*, 7 vols., París, 1901-1908).

¹⁷⁵ Se adoptó primero en algunos estados de la Confederación Granadina, donde lo dio a conocer Manuel Ancizar, amigo de Bello. En 1876 extendió su vigencia a todo el territorio de los Estados Unidos de Colombia y, tras la guerra civil de 1885, en 1887, se estableció como Código Civil de la República de Colombia (B. BRAVO LIRA, «Difusión», pp. 363-364; y A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, pp. 228-234).

¹⁷⁶ Como parte de la Confederación Granadina adopta el texto de Bello en 1860. En 1887, en sustituido por el código uniforme para toda Colombia, que era también adopción del de Bello, y ha estado vigente hasta 1916 (B. BRAVO LIRA, «Difusión», p. 364; y A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación civil*, pp. 250-251).

¹⁷⁷ Donde en el verano de 1859 se aprobaba el texto de Bello sin alteraciones (B. BRAVO LIRA, «Difusión», pp. 364-365; y A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, pp. 234-236).

¹⁷⁸ La Corte Suprema de este país adoptó con pequeñas modificaciones, fundadas en la diferencia de circunstancias y en la mejora de la claridad del texto, la obra de Bello aprobada como código a finales de 1857 (B. BRAVO LIRA, «Difusión», pp. 365-366; y A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, pp. 217-220).

¹⁷⁹ Se adoptó en 1880, estuvo vigente hasta 1889 en que fue reemplazado por otro texto influido por el Código español de 1889, y lo recuperó en 1906 (B. BRAVO LIRA, «Difusión», pp. 367-368).

¹⁸⁰ En 1871 (B. BRAVO LIRA, «Difusión», p. 367).

¹⁸¹ Desde el 28 de octubre de 1862 hasta el 8 de agosto del año siguiente (G. PARRA, «Nuevos antecedentes sobre la codificación civil venezolana», en *La codificación de Páez. I. Código Civil de 1862*, Caracas, 1974, LXXVIII-LXXXIII).

¹⁸² La utilización de diferentes fuentes lleva a A. GUZMÁN BRITO a englobarlos, desde una óptica hispanoamericana general, bajo el epígrafe de «codificación bajo múltiples influencias» (*La historia de la codificación*, pp. 265-288).

tores trasladaron casi en su totalidad el proyecto de código presentado al Gobierno español por una comisión nombrada para su redacción, y que ha publicado con concordancias el señor Don Florencio García Goyena [...] haciendo un estudio comparativo de las disposiciones del código [Proyecto] español y el Venezolano, resulta tan servil la copia que hasta los errores de imprenta se encuentran en el nuestro¹⁸³.

No obstante, la vigencia de este código fue efímera. En 1872, haciendo suyo el modelo de procedimiento de elaboración de códigos español, se creó una Comisión General de Códigos dividida en cuatro secciones. La sección de lo civil presentó un Proyecto que, promulgado en febrero de 1873, derogó el anterior y con ello la poderosa influencia del Proyecto español. El nuevo modelo seguido por los codificadores venezolanos fue el *Código Civil del Regno d'Italia* de 1865, en auge en ese momento, en el que se introdujeron algunas modificaciones guiadas por el código anterior de 1867¹⁸⁴.

El Código de la República Oriental de Uruguay sancionado en 1869 es uno de esos casos en el que las *Concordancias* compartieron su condición de fuente con otros trabajos. Uruguay contaba desde 1852 con un Proyecto de código civil, elaborado por Eduardo Acevedo, que no pudo alcanzar la aprobación. Teniendo en cuenta este trabajo, el argentino Tristán Navaja Dávila elaboró un nuevo Proyecto que entró en vigor en 1868. Constaba de un Título preliminar y cuatro libros, de acuerdo a la sistemática del Proyecto de Acevedo en el que se habían introducido algunas modificaciones tomadas principalmente del Código de Bello. En él convergieron diversas influencias, como explicó la propia Comisión encargada de informar el trabajo, entre las que conviene destacar, principalmente, el Código de Bello y el *Esboço* de Teixeira de Freitas para Brasil, y, a continuación, se nombraba al «Proyecto del Sr. Goyena»¹⁸⁵. A pesar de este calidoscopio de influencias, Peirano Facio señala algún punto de originalidad considerando que donde más se distancia de sus fuentes, en especial del Código chileno, es en el fondo de ideas sociales y económicas que tiene y que se explican por la fecha en la que se realiza¹⁸⁶.

Otro claro ejemplo fue el Código argentino de Vélez Sarsfield. Argentina no inició su proceso codificador hasta la caída del General Rosas en 1852¹⁸⁷.

¹⁸³ *Juicio sobre el Código Civil* (cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, p. 255, que lo transcribe a su vez de E. MACHADO, «Historia del Código Civil venezolano», *Revista de Derecho y Legislación*, 29, Caracas, 1940, p. 9).

¹⁸⁴ A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación*, pp. 289-292.

¹⁸⁵ C. NIN Y SILVA, *Código de la República Oriental del Uruguay, anotado y comentado por el doctor...*, 5 ed., Montevideo, 1962. J. PEIRANO cuantifica la influencia en torno al 20% del articulado, mientras que el influjo de la obra de Bello alcanza un 34% («El Código Civil de Bello y su influencia en los principales códigos latinoamericanos», *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile*, 4, núm. 4, 1964, consultado en <http://www.revistas.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/viewArticle/4108/4002>).

¹⁸⁶ En consecuencia, algunos conceptos que respondían a viejas ideas, como la muerte civil, la sustitución fideicomisaria, la prisión por deudas, etc., fueron dejados a un lado («El Código de Bello y su influencia», apartado IV de versión *on line* sin paginar).

¹⁸⁷ Sobre la codificación civil en Argentina, J. CABRAL, *Historia del Código civil argentino*, Buenos Aires, 1920 (principalmente para datos y texto); y V. TAU ANZUÁTEGUI, *La Codificación*

Desde sus inicios estuvo influenciado por el modelo español. Comenzó por adoptarse el sistema empleado en los trabajos preparatorios, creando en 1852 una única comisión dividida en cuatro secciones para elaborar los códigos civil, penal, mercantil y de procedimientos¹⁸⁸. De la sección encargada del código civil formaba parte Dalmacio Vélez Sarsfield, pero los trabajos quedaron paralizados por los sucesos políticos subsiguientes. En 1857 el ejecutivo bonaerense encomendó la redacción de un proyecto de código civil a Ugalde y a Gamboa. Sabemos que el primero de ellos llegó a redactar parte del trabajo (Título preliminar y Libro I) utilizando en gran medida la obra de García Goyena, muy difundida entre los juristas argentinos¹⁸⁹. En 1863 una nueva ley autorizaba a nombrar comisiones para la redacción de los códigos y, un año después, se encarga directamente a Vélez Sarsfield la redacción de un proyecto de código civil. En 1869, Argentina coronaba su proceso codificador civil con un Código «monumento de sabiduría, que hace honor altísimo al talento y sagacidad de su autor, el Dr. D. Dalmacio Vélez de Sarsfield, y a la República Argentina, nuestra patria», palabras con las que Lisandro Segovia, considerado el exegeta más agudo del Código argentino, presentaba la edición realizada en 1881¹⁹⁰.

Vélez recibió el encargo de redactar un proyecto de código civil en 1864 y en menos de cinco años la obra estaba concluida¹⁹¹. Conocemos bien las fuentes utilizadas porque el propio autor dejó constancia de ello, de manera general, en un comunicado dirigido al Ministro de Justicia con motivo de la presentación del primer libro¹⁹², y, de forma particular, mediante las anotaciones que acompañaban a los artículos del Código, en la línea de las *Concordancias*¹⁹³. En efecto, las notas de Vélez recuerdan a las *Concordancias*, aunque no son ni tan generalizadas

argentina, especialmente referido al ámbito de las mentalidades. Un resumen, en A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación*, pp. 265-275.

¹⁸⁸ Lo hizo mediante Decreto «calcado del similar español que en 1843 creara la Comisión general de codificación» (J. CABRAL, *Historia*, pp. 18-26, cita p. 18).

¹⁸⁹ R. ZORRAQUÍN, *Marcelino Ugalde, 1822-1872, un jurista de la época de organización nacional*, Buenos Aires, 1952, 66 y ss. (cfr. J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, «La influencia de García Gayona», p. 226).

¹⁹⁰ «Introducción a la explicación y crítica del Código Civil», *El Código Civil de la República Argentina (copia de la edición íntegra) con su explicación y crítica bajo la forma de notas hechas por ...*, Buenos Aires, 1881, p. XVII.

¹⁹¹ J. M. MUSTAPICH, «Dalmacio Vélez Sarsfield», pp. 13-14.

¹⁹² «Para este trabajo he tenido presentes todos los códigos publicados en Europa y América, y la legislación comparada del señor Seoane. Me he servido principalmente del Proyecto de código civil para España del señor Goyena, del Código de Chile, que tanto aventaja a los códigos europeos y sobre todo del Proyecto de código civil que está trabajando para Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos» (Nota que acompañaba al primer libro del Proyecto de 21 de junio de 1865, transcrita en J. CABRAL, en *Historia*, p. 110).

¹⁹³ Las notas constituyen un verdadero texto de doctrina en los que se explicaba las normas contenidas. En ellas, pueden diferenciarse las concordancias (normas vinculadas con el artículo en cuestión), de las citas (en las que se reproduce el pensamiento de la doctrina) y de las notas (Vélez expone su propia opinión) (L. MOISSET DE ESPANÉS, «Reflexiones sobre las notas», p. 445). Puso dichas anotaciones por consejo de Eduardo Costa, Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública (J. CABRAL, *Historia*, p. 78).

ni tan trabajadas como las de García Goyena¹⁹⁴. A la hora de valorarlas, Lisandro Segovia considera que la mayoría de esas notas no son originales del autor, sino que están tomadas de otros escritores entre lo que destaca al español. Así sucede en casi todas las citas que contienen leyes romanas, españolas o de los códigos europeos¹⁹⁵. En todo caso las notas de Vélez son una inestimable ayuda para saber con bastante precisión los artículos del Código argentino que beben en el Proyecto español de 1851 o, por ser más exactos, en las *Concordancias*, única obra española citada por Vélez. No es posible repasarlas en esta sede, aún así, citaremos algunas a modo de ejemplo: el no reconocimiento de los esponsales de futuro, los plazos dentro de los cuales ha de presumirse la legitimidad de los hijos, la sujeción de los cónyuges divorciados a todas las cargas y obligaciones de los hijos, el concepto de patria potestad, la sucesión de la madre al padre en la patria potestad, y un largo etc., que Segovia estima se aproxima a las trescientas¹⁹⁶ (aunque las influencias –como advirtiera a principios del siglo xx Héctor Lafaille– no sean, o no sean solamente cuestión numérica)¹⁹⁷.

A pesar de este reconocimiento, las *Concordancias* no fueron la fuente más utilizada por el codificador argentino. El derecho romano, la legislación y costumbre vigente en la etapa intermedia¹⁹⁸, el *Esboço* de Augusto Teixeira de Freitas¹⁹⁹ y el *Code* francés ocuparon el lugar principal²⁰⁰. El resultado de

¹⁹⁴ Estas notas, al integrarse en la edición oficial del Código, han planteado problemas respecto a su validez (E. ABÁSULO, «Las notas de Dalmacio Vélez de Sarsfield», pp. 423-444).

¹⁹⁵ En la edición crítica del código realizada por L. SEGOVIA, este autor hasta llega a señalar las erratas que reproduce Vélez de errores recogidos en las concordancias de García Goyena, (al no haber podido consultar el texto íntegro de esta edición y, tan solo, «La introducción a la explicación», me remito a los ejemplos recogidos por L. MOISSET DE ESPANÉS, «Reflexiones sobre las notas», pp. 449-450, nota 16; errores que he podido constatar en la edición del Código realizada en Buenos Aires en 1914. La coincidencia en algunos errores fue señalada también por M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, en *El Anteproyecto*, p. 36, nota 110.

¹⁹⁶ «Introducción», p. XXI. J. M. CASTÁN VÁZQUEZ, señala hasta una centena de artículos en los que se cita el proyecto español («La influencias de García Goyena», p. 266).

¹⁹⁷ *Fuentes del Derecho civil y Código civil*, Buenos Aires, 1913, p. 430 (cfr. J. J. CORTABARRÍA, «El *Code Napoléon*», p. 4).

¹⁹⁸ La presencia o no de «las fuentes naturales del derecho argentino» dio lugar a un intenso debate entre J. B. Alberdi y Vélez, en el que el primero reprochaba al codificador su clamorosa ausencia; también su vinculación con la política expansionista del Brasil (A. LEVAGGI, «Alberdi-Vélez», pp. 251-254).

¹⁹⁹ La obra de Freitas fue «guía segura» para Vélez en su recorrido codificador. Lo fue hasta tal punto que cuando Freitas no pudo marcarle el camino, como sucedió en materia de sucesiones, la obra de Vélez se resiente. J. M. MUSTAPICH dirá que esa parte es, precisamente, la más floja de todo el Código; no obstante –puntualiza–, nunca se trató de una adopción servil sino de una adaptación inteligente que le llevó a superar en muchos momentos a su modelo «Dalmacio Vélez de Sarsfield», pp. 19-20. Sobre la influencia del «Esbozo» de Teixeira de Freitas, véase el resumen de A. LEVAGGI en «Alberdi-Vélez», pp. 262-266.

²⁰⁰ J. J. CORTABARRÍA, «El *Code Napoléon*», pp. 5-12. Tras un minucioso examen de las fuentes, L. SEGOVIA, concluye «de esa investigación resulta que las fuentes principales del Código son el Proyecto del Dr. Freitas, para los tres primeros Libros; Aubry y Rau y el Código Francés, para los tres últimos Libros, y Goyena y el Código Chileno, para todo el Código, pero con un caudal de trescientos artículos únicamente. Viene en seguida Zachariae, sus anotadores Massé y Vergé, Troplong Demolombe, el Código de Luisiana, Pothier, Acevedo, Marcadé, Durantón y Chabot, con contingentes para los tres últimos Libros que oscilan entre setenta y veinte artículos.

esta multiplicidad de fuentes es el eclecticismo de la obra²⁰¹. Un código cuyo sistema se aleja del de las Instituciones, del *Code* francés y del Código de Bello, para seguir a Texeira de Freitas²⁰²; que niega valor a la costumbre, salvo la remitida, y regula el matrimonio canónico como el único posible entre los cristianos, diferenciando, así, el realizado con autorización de la Iglesia católica de aquel que no la tiene²⁰³; y en el que cabe destacar la originalidad con la que se adelanta en algunos temas a la propia evolución del derecho²⁰⁴. El trabajo de Vélez Sarsfield, siendo encomiable, ha recibido numerosas críticas. El propio Segovia, tras calificarlo de monumento de sabiduría, se apresura a puntualizar que «se resiente bastante de la precipitación con que fue elaborado y de la gran variedad de fuentes, en que ha bebido sus doctrinas». En unas fechas más recientes Castán Tobeñas señala entre sus defectos: «su desmesurada extensión, su casuismo, muchas veces redundante y algunas contradictoria, y su espíritu exageradamente individualista», lo que no obsta para que el conjunto merezca el aplauso por sus aciertos de fondo y forma²⁰⁵.

Al Código argentino le sucedería, aunque no sea comparable la intensidad, lo mismo que al chileno. Su proyección sobre la codificación hispanoamericana posterior trasladó a otros códigos la influencia de las *Concordancias*. Así sucedió en Paraguay, república que, tras su desastrosa derrota en la Guerra de la Tripla Alianza (Argentina, Uruguay y Brasil) y estando bajo el influjo argentino, adoptó el Código de Vélez Sarsfield en 1876²⁰⁶.

El último caso en el que contemplaremos la influencia de las *Concordancias* en un código hispanoamericano es el mexicano²⁰⁷. En el México Federal de 1846, el Gobernador de Oaxaca Benito Juárez quiso dotar de código civil a

El Código de Rusia suministra trece artículos al Libro 1º; Maynz, otro tanto para el 2º; el Código de Rusia y Savigny, veinte artículos para el mismo Libro, y Molitor, once para el 3º. Por último, otras varias fuentes no contribuyen sinó con un total de medio centenar de disposiciones». A continuación reseña cada una de la obras citadas («Introducción», pp. XIX-XXIV). Para R. ZORRAQUÍN, fue uno de los códigos más completos y avanzados de su tiempo («La recepción de los derechos extranjeros en la Argentina durante el siglo XIX», *Revista Historia del Derecho*, 4, Buenos Aires, 1976, p. 351). A. GUZMÁN BRITO, cree que es el código más informado del continente (*Historia de la codificación*, p. 275).

²⁰¹ Idea que se repite en los autores, véase A. LEVAGGI, «Alberdi-Vélez», pp. 258-261.

²⁰² Lo sigue de tal manera que cuando deja de tenerlo como guía (la obra de Freitas es incompleta) y sigue al *Code*, la obra de Sarsfield se resiente, «pierde justeza» (J. M. MUSTAPICH, «Dalmacio Vélez de Sarsfield», p. 19).

²⁰³ En la nota correspondiente, Vélez los explica: «En todas las naciones de Europa y América, con excepción de tres, el matrimonio civil francés no ha encontrado imitadores. Las personas católicas, como las de los pueblos de la República argentina, no podrían contraer matrimonio civil» (J. M. MUSTAPICH, «Dalmacio Vélez de Sarsfield», pp. 28 y 29).

²⁰⁴ L. MOISSET DE ESPANÉS, voz: «Dalmacio Vélez de Sarsfield», *Juristas universales*, III, p. 165.

²⁰⁵ *Derecho civil. I.*, p. 223. Una interesante valoración de este código en J. M. MUSTAPICH, «Dalmacio Vélez de Sarsfield», pp. 25-42.

²⁰⁶ A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, pp. 276-278.

²⁰⁷ J. L. SOBERANES, «Las codificaciones del derecho privado mexicano en el siglo XIX», *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 10, 1986, pp. 373-384.

este Estado. Juárez fue consciente de que el código anterior (suprimido en 1837 con motivo de un periodo unionista), había sido extraño a las costumbres del país, por lo que encargó su revisión y adaptación. Después de algunos problemas, en 1852 fue promulgado un nuevo código de vigencia fugaz. Terminada la dictadura de Santa Anna (1852-1855) y siendo Juárez Presidente de la República en 1858, se encargó a Justo Sierra O'Reilly la redacción de un proyecto, editado en 1861 como Proyecto de un Código civil mexicano formado de orden del Supremo Gobierno. Ese mismo año, fue promulgado como Código civil del Estado de Veracruz. A partir de ese momento su devenir fue ciertamente complejo.

El proyecto de Sierra, como él mismo dejó escrito y han corroborado los exégetas del texto, recibió un poderoso influjo de las *Concordancias* de García Goyena.

De algo me han valido mis apuntes sobre codificación; pero lo que realmente me ha servido de guía han sido [...]; y sobre todo el proyecto del Código Civil español, sus concordancias con nuestros antiguos códigos y el derecho romano, publicados con motivos y comentarios por el Sr. García Goyena, uno de los más eminentes juristas españoles de la escuela moderna. Fijado el punto he acudido al código francés, hecho la comparación con los referidos códigos modernos, evacuado las citas de Goyena tanto del derecho patrio cuanto del romano, examinado la doctrina corriente de los tratadistas y resuelto la cuestión más favorablemente según las fórmulas del repetido Sr. Goyena, como más claras, concisas y expresivas, sin permitirme otras modificaciones que las que he juzgado necesarias para conservar la unidad del sistema que me he propuesto desde el principio²⁰⁸.

Junto a la obra de Goyena –cómo no– estaba presente el *Code* francés. Ambas son las principales fuentes utilizadas por Sierra, aunque no las únicas²⁰⁹. Su plan tripartito es un buen ejemplo de esta común influencia.

El Proyecto de Justo Sierra fue sensiblemente modificado por una comisión que trabajó bajo el régimen republicano y, después, durante el Imperio. Maximiliano alcanzó a promulgar el Título preliminar y los dos primeros libros como Código Civil del Imperio Mexicano (1866)²¹⁰. Restaurada la República,

²⁰⁸ R. BATIZA, *Los orígenes de la codificación civil y su influencia en el derecho mexicano*, México, 1982, p. 171. Esta obra, en su primera parte, contiene un utilísimo estudio sobre el derecho francés (su relación con el derecho romano) que tan poderosamente influiría en la codificación mexicana, sobre todo a través de la obra de García Goyena. De este autor, en la misma línea: «Las fuentes de la codificación en la evolución jurídica de México», *Memoria del III Congreso de Historia del Derecho Mexicano (1983)*, México, 1984, pp. 155-162; y «El derecho romano en el Código civil francés», pp. 455-479, en especial, pp. 471-479.

²⁰⁹ Lo cual no es óbice para que consultara también otros códigos existentes, así como varias leyes hipotecarias (M. R. GONZÁLEZ, «La influencia española», p. 205). R. BATIZA afirma que de los 2.124 artículos que conforman este proyecto, casi 1.900 eran copia literal o casi literal del Proyecto de Código Civil español de 1851, 58 más provenían de las *Concordancias* y 50 del *Code civil* (*Los orígenes*, p. 171).

²¹⁰ Estaban preparados otros dos libros, uno sobre las sucesiones y otro sobre obligaciones y contratos (R. BATIZA, *Los orígenes*, p. 180).

Juárez puso en manos de una nueva comisión la revisión del proyecto de Sierra así como los trabajos realizados sobre él. Sus resultados fueron presentados al Gobierno a comienzos de 1870 y promulgados a finales de ese mismo año como Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California. Ha de añadirse que la mayoría de los estados lo adoptaron, en algunos casos con modificaciones. Este nuevo Código, mucho más amplio, aparecía dividido ya en cuatro libros (el tercero «De los contratos» y el cuarto «De las sucesiones») ²¹¹. En este texto, al igual que los que le siguen, hay una identificación de derecho con ley y un expreso repudio a la costumbre contraria a ella. Por último, este Código de 1870 fue revisado en la década de los ochenta, dando lugar a una nueva versión, la de 1884, réplica de la anterior, en la que no se incorporaba más que una novedad importante, el principio de libertad de testar, suprimiendo de esta forma la legítima ²¹².

Con lo que hasta ahora hemos visto en esta etapa de madurez y antes de continuar nuestro recorrido, tal vez sea el momento de preguntarnos por qué el Código de Bello se convirtió en modelo para un elevado número de códigos americanos hasta poderse hablar de una familia de códigos e, incluso, llegar a equipararlo con el *Code*, y no sucedió así con el Proyecto de 1851 a pesar de su proyección, o con el Código de Vélez Sarsfield, de menor difusión por Hispanoamérica. Fue así, porque –tomemos prestadas unas palabras de Castán Vázquez– supo volcar «lo mejor del Derecho castellano, junto con lo más avanzado de la doctrina jurídica de su época todo ello expresado en un lenguaje que es paradigma de textos legales» ²¹³; a su lado el Proyecto español se mostraba más afrancesado y menos moderno doctrinalmente hablando. Además, Bello tenía conceptualmente clara la diferencia que había entre una obra legislativa y un «trabajo científico sobre legislación» ²¹⁴; a su lado el Código de Vélez Sarsfield e, incluso, el *Esboço* de Teixeira de Freitas, se percibían excesivamente doctrinales, hasta farragosos. Si la virtud del Proyecto español fue servir de puente entre el *Code* y la tradición jurídica española, la virtud del Código de Bello, fue ser puente entre dos épocas, la colonial y la de la independencia recién estrena-

²¹¹ Además del Código del Imperio, recibió influencia de la Ley Hipotecaria española de 1869 y del Código civil portugués de 1867, el más moderno en el momento en el que se llevaba a cabo la revisión (R. BATIZA, *Los orígenes*, pp. 184 y ss).

²¹² F. DE ICAZA, «La codificación civil en México 1821-1884», *Revista de Investigaciones Jurídicas*, 8, 1985, pp. 275-277. En opinión de M. R. GONZÁLEZ, la proliferación de artículos se debe a que los codificadores «se fiaban poco de la concisión y descargaban mejor sus conciencias enumerando y describiendo pormenorizadamente requisitos y excepciones» («¿Cien años de derecho civil?», *Un siglo de derecho civil americano*, México, 1985, p. 35). Sobre la influencia del derecho romano en la codificación civil mexicana véase R. IGLESIAS y M. MORINEAU, «La influencia del derecho romano en el derecho civil mexicano: los códigos de 1870, 1884 y 1928», pp. 54-63 (consultado en www.juridicas.unam.mx).

²¹³ «El sistema jurídico», p. 218. «Esta obra de continuidad que representa su Código Civil, no solo tiene un sello personal, indeclinable, que la hace, por ello, peculiar, sino que también representa un progreso, en el mundo del Derecho, por el indudable sello de modernidad que sabe imprimirla» (J. L. DE LOS MOZOS, «La organización», p. 406). Véase también B. BRAVO LIRA, «La codificación», p. 63.

²¹⁴ Como explicaba el codificador uruguayo Tristán Navaja a Ugalde vía epistolar [J. PEIRANO, «El Código civil de Bello», fol. 2 (versión *on line*)].

da, actualizando, renovando e incorporando la tradición española a la que fue más fiel que el Proyecto español. Por todo ello, su obra, la más interesante y perfecta, fue tan bien acogida en Hispanoamérica y, por ello, se convirtió en factor de «unidad y especificidad del sistema jurídico latinoamericano»²¹⁵.

El Proyecto de Código civil español de 1851, inseparablemente unido a las *Concordancias* –decíamos–, debía su fama a su proyección hispanoamericana y, también, a su estrecha relación con el Código civil español de 1889, del que no solo fue fuente sino también base sobre la que se trabajó²¹⁶. Veamos esta segunda dimensión.

En el marco de la Constitución de 1876 que posibilitaba un cierto reconocimiento de los derechos civiles forales²¹⁷, y tras el Decreto de 2 de febrero de 1880 del Ministro de Gracia y Justicia Álvarez de Bugallal, que mitigó la oposición foralista, se puso de nuevo en funcionamiento la maquinaria codificadora del derecho civil parada desde el fracasado Proyecto de 1851, que en realidad –como hemos apreciado– no lo fue tanto²¹⁸. Fruto de los trabajos de la nueva Comisión General de Codificación en la Sección de lo Civil se alumbró el Código civil de 1889, un código tardío, ¿inexistente?, pero que sirvió, en todo caso, para coronar la obra codificadora española²¹⁹. Un código cuya base –se tuvo claro desde 1880– habría de ser el Proyecto de 1851²²⁰. El Título preliminar y los dos primeros libros concluidos en 1882 (que pasarían a formar parte como tales del Anteproyecto de 1888) seguían el Proyecto de 1851, en el que se introdujeron algunas reformas guiadas por el deseo transaccional de dar entrada a alguna institución peculiar de las distintas tradiciones forales vigentes en España, o por la necesidad de adaptar la regulación de otras a los avances de

²¹⁵ *Ibid.*, fol. 3. J. L. DE LOS MOZOS, «La organización», pp. 405-418. La cita se corresponde con el título de una de las sesiones desarrolladas en el Congreso Internacional «Andrés Bello y el Derecho», celebrado en Roma del 10 al 12 de diciembre de 1981, cuyos trabajos venimos citando.

²¹⁶ En este sentido, J. BARÓ considera al Proyecto del 51 el eslabón que une y da coherencia a la historia de la codificación civil española (*La codificación*, p. 103).

²¹⁷ De similar redacción al art. 258 de la Constitución de 1812, tuvo, sin embargo, una interpretación propicia a la posibilidad de conservar los derechos forales, especialmente tras la dolorosa aprobación de la Ley unificadores de 1876.

²¹⁸ Sobre la larga etapa comprendida entre dicho fracaso y el Decreto de Álvarez de Bugallal, una etapa caracterizada por la aprobación de leyes civiles especiales, véase J. BARÓ, *La Codificación*, pp. 163-207.

²¹⁹ Inexistente en la medida en la que no consiguió la unificación territorial del derecho privado, no acabó con el pluralismo jurídico y no alcanzó la estatalización del derecho (C. PETIT, «El Código inexistente», p. 1432). Véase, asimismo, A. BARRERO y A. MORA, «Algunas reflexiones»; M. A. BERMEJO, «Diorama de virtualidades codificadas. Actualidad crítica del código y ficción de la codificación española», *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos*, Santander, 2003, pp. 93-128.

²²⁰ Así figuraba en su artículo 4 del Decreto, en el Proyecto de Ley de Bases de 1881 de Alonso Martínez, en el de 1885 de Francisco Silvela, y en la definitiva Ley de Bases de 1888. J. BARÓ llama la atención sobre las diferencias que se detectan entre estas normas en cuanto a la relación que habrá de tener el futuro código civil con el Proyecto de 1851. En 1881 se entiende que el nuevo código será el Proyecto del 51 con las modificaciones necesarias, mientras que la Ley de Bases de 1885 habla solo de ajustarse al plan general del Proyecto de 1851. Esto se traducirá en una mayor dependencia de los dos primeros libros en comparación del tercero y del cuarto (*La codificación*, p. 223).

la ciencia jurídica. Una fundamental: la ley se presenta como la fuente del derecho por excelencia, pero se admite la costumbre subsidiaria, una novedad que Bello había intentado introducir sin éxito. Además, como vía de solución a la pluralidad de ordenamientos existente, se dejaban subsistentes los derechos forales «sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan solo como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales»²²¹. Otra de las reformas tuvo que ver con la regulación del matrimonio. Se reguló el matrimonio civil, pero se reconocía efectos civiles al matrimonio canónico²²². Además, en el Libro segundo, por ejemplo, se situó la posesión a continuación de la propiedad, como ya se hacía en los códigos de Chile y México, distanciándose aquí del influjo francés y de lo establecido en el Proyecto de 1851²²³.

De acuerdo con el plan diseñado en 1882, solo faltaba redactar el tercer y último libro que, probablemente por influencia de Benito Gutiérrez, se desdobló en el tercer y cuarto libro del Anteproyecto²²⁴. Estos dos libros, de redacción posterior, si bien siguen manteniendo una gran dependencia con el Proyecto de 1851 lo hacen en menor medida que los precedentes, aun así el Proyecto y las *Concordancias* se hallan omnipresentes. La primera diferencia que salta a la vista la acabamos de ver, la división del contenido del Libro III del Proyecto del 51 en dos libros: «De los diferentes modos de adquirir la propiedad» y «De las obligaciones». Los artículos que componen estos dos últimos libros aparecen anotados y concordados en la redacción del Anteproyecto del Código civil español, proporcionándonos una interesante información sobre las fuentes que los inspiraron²²⁵. Además del Proyecto de 1851 y de algunas leyes y proyectos españoles del momento en que se elabora, los redactores utilizaron otra muchas fuentes. Manuel Peña Bernaldo de Quirós las ha clasificado en extranjeras, principalmente el *Code civil* y el Código italiano de 1865 (que había tenido ya un poderoso influjo en el Código civil venezolano de 1873); e hispanoamericanas, en concreto y por este orden: el Código mexicano de 1870, el más citado de todos los de este grupo, su influjo se percibe en la parte de la sucesión testamentaria, o en la intestada en materias como la representación, la aceptación, repudiación o partición de la herencia; en el último libro sus apariciones son menores y con frecuencia compartido el influjo con otros textos; el Código portugués de 1867, el Código chileno de 1855, el Código argentino de 1869, el

²²¹ Artículos 6 y 12.

²²² En contra de lo establecido en la Ley del Matrimonio de 1870. Una visión en conjunto de las novedades incorporadas en J. BARÓ, *La Codificación*, pp. 236-240.

²²³ *Ibid.*, p. 240.

²²⁴ M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, «Anteproyecto del Código Civil de 30 de abril de 1888», *ADC*, 1960, p. 1174.

²²⁵ Entre el texto del Anteproyecto y el del Código civil de 1889 pueden observarse diferencias, algunas de las cuales han de considerarse importantes, aun así conocer sus fuentes de inspiración, siquiera sea parcialmente, nos ayuda a comprender su texto y a desvelar las relaciones entre el texto español y sus precedentes hispanoamericanos.

Código uruguayo de 1868 y el Código de Guatemala de 1877²²⁶. Todos estos códigos hispanoamericanos que se enumeran entre las fuentes del Código civil español de 1889, recibieron a su vez –recordémoslo– el influjo de las *Concordancias* de García Goyena, una prueba más de esa «fuerte corriente de mutua influencia entre la codificación [civil] española y la de los demás países ibéricos»²²⁷.

Una de las influencias –subrayada por Moisset de Espanés– se encuentra en el campo metodológico. Este autor, tras comparar el plan del Código español de 1889 con el chileno de Bello, concluye que la semejanza es neta, a pesar de las diferencias que pueden observar en el tercer libro. El código español, dentro de los modos de adquirir la propiedad y antes de atender a las sucesiones, regula la ocupación y las donaciones. Una novedad respecto del chileno introducida ya en el Código uruguayo de Tristán Narvaja. El autor citado, apoyándose en los estudios de Peña Bernaldo Quirós, concluye:

lo que nos interesa es destacar que el camino fue señalado por el legislador chileno, y luego adoptado por el uruguayo y otros codificadores americanos antes de pasar al Anteproyecto español de 1882-1888 y, en definitiva, al Código civil español²²⁸.

En el campo normativo, el método seguido por Moisset de Espanés para detectar las influencias y evitar caer en la trampa de tomar como tales normas provenientes del *Code* o del Proyecto de 1851, es localizar las normas originales de los códigos hispanoamericanos recogidas en el Código español de finales del siglo. Esta comparación la realiza con la obra de Vélez Sarsfield que contiene normas que no estaban recogidas en ninguna otra legislación de la época. Los resultados obtenidos le llevaron a cerrar su trabajo con las líneas que han servido de cabecera al presente: «En un momento de nuestra historia recibimos la influencia hispánica; en otro hemos brindado nuestros aportes, y quizá hoy podamos de nuevo recibir enseñanzas útiles. ¡Es un eterno fluir de ideas, que debe de ser siempre fecundo!».

Y como de «eterno fluir» se trata, el tardío Código español viajó a su vez al otro lado del Atlántico para alcanzar con su vigencia a los últimos vestigios americanos del otrora vasto Imperio español: Puerto Rico y Cuba.

No lo hizo automáticamente tras su promulgación, porque, como sabemos, la Constitución de 1837 había inaugurado «el sistema de «Leyes especiales» para Ultramar», de manera que se hizo necesaria una norma que estableciera su vigencia en aquellas latitudes, pero con las modificaciones oportunas²²⁹.

²²⁶ *El Anteproyecto del Código Civil Español (1882-1888). Centenario de la Ley del Notariado*, Madrid, 1965, pp. 24-35.

²²⁷ *Ibid.*, p. 35.

²²⁸ «Derecho civil español y americano», pp. 607-609.

²²⁹ «Estaba en el ánimo del Gobierno que este proyecto de bases, y el Código que con arreglo á ellas se formule, sea lo más rápidamente posible aplicado á nuestras provincias de América; que no lo podrá ser en toda su integridad, porque en las relaciones de propiedad y en algunos accidentes de nuestro derecho civil, será preciso que el Código de la Península tenga su complemento con aquellas modificaciones adecuadas á las necesidades regionales de las

No hubo tales modificaciones, salvo la supresión del artículo 12 referente a los derechos forales²³⁰, pero sí un Decreto de ese mismo año, que lo puso en vigor en Puerto Rico y Cuba²³¹. Por obra suya, en esas islas se rechazará la costumbre contra ley y el desuso, pero se admitirá la costumbre como fuente subsidiaria²³².

El Código civil de 1889 siguió rigiendo en Puerto Rico a pesar de su cambio de soberanía cuando dejó de ser una provincia autonómica española para quedar bajo el dominio de los Estados Unidos en 1898. Lo hizo de la mano del nuevo Código civil revisado y aprobado en 1902 como parte integrante de la compilación publicada ese año bajo el nombre de *Estatutos revisados y códigos de Puerto Rico*. El nuevo Código era el español de 1889 en el que se habían introducido numerosas modificaciones «en lo referente al matrimonio, divorcio, tutela, patria potestad, ausencia, paternidad y filiación, derecho de los hijos ilegítimos, adopción y otras [...], no se tuvo en cuenta que la mayoría de esas modificaciones chocaban sustancialmente con nuestro derecho tradicional y arraigadas costumbres; que no se adaptaban a nuestro ambiente, y que no eran exigidos por ningún estado de opinión; de tal modo que luego hubo que irlas desechando para restablecer en lo más fundamental mucho de lo que se había derogado del Código Español»²³³. Es decir, se mantuvo la estructura, pero se incorporaron elementos provenientes, en su mayoría, del Código de Luisiana de 1870, extraños a su tradición en un proceso político de americanización. Pedro G. Salazar ha sido tajante, el cambio de soberanía ha supuesto «el ocaso del ordenamiento español en Puerto Rico»²³⁴.

Al igual que en Puerto Rico, el Código civil de 1889 entró en vigor en Cuba. La ocupación de parte de la isla por los Estados Unidos en 1898 no alteró su vigencia, tampoco lo hizo el Tratado de París de ese mismo año por el que España se retiró de ella, ni el nacimiento de la República de Cuba en 1902. La vigencia del Código civil español de 1889 en esta isla fue casi centenaria, el

provincias ultramarinas» (respuesta del Sr. Gamazo a la pregunta del Sr. Gilberga sobre la aplicación del Código en las Antillas, en *Diario de Sesiones, legislatura de 1879-80*, 27 de marzo de 1888, p. 2427. Sobre este tema, imprescindible, J. MONTENEGRO, «Algunas reflexiones»).

²³⁰ Se elimina para estos dos territorios la «posibilidad de prevalencia de costumbres determinadas, como si fuera la península no pudieran existir comunidades de derecho consuetudinario propio» (B. CLAVERO, «Ley del Código», p. 151).

²³¹ El Decreto era de 31 de julio y ordenaba que comenzara a regir a los veinte días de su publicación. Sobre la situación política de estos territorios españoles a lo largo del siglo XIX, véase P. ALONSO, «Entre asimilación y autonomía: la política colonial española para Cuba y Puerto Rico durante el siglo XIX», *QF*, 33-34, 2004-2005, pp. 675-798.

²³² A. GUZMÁN BRITO, «El régimen de la costumbre», p. 251. B. CLAVERO, «Ley del Código», pp. 152-153.

²³³ L. M. MUÑOZ MORALES, *Reseña histórica y al Código Civil de Puerto Rico*, Río Piedras, 1947 (cfr. C. GIVÉN, «El Código civil de Puerto Rico: instrumento político prevaleciente de su identidad hispanoamericana», *Actas del Derecho Indiano. XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, II, San Juan, 2003, p. 573-574).

²³⁴ «El ocaso del ordenamiento español en Puerto Rico: consideraciones sobre los efectos del cambio de soberanía en el Código civil», *Actas del Derecho Indiano. XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, II, San Juan, 2003, pp. 589-598.

nuevo código no llegaría hasta 1987. Un código peculiar por sus fuentes y por erigirse en puente entre el sistema romano-francés y el derecho socialista²³⁵.

Todavía un apunte más, porque el Código civil español de 1889 fue capaz de proyectar su influencia en países americanos hacía tiempo emancipados y con códigos civiles vigentes. Este es el caso de la República de Honduras en la que desde 1880 regía, como hemos visto, el Código de Andrés Bello. La República de Honduras aprobó una nueva Constitución en 1894 y, meses después, nombró una Comisión dividida en secciones o subcomisiones con el objetivo de reformar y adaptar los códigos vigentes a la nueva Constitución. El proyecto de reforma elaborado por dicha Comisión no gustó a la Corte Suprema por contener numerosos errores. Entonces, la propia Corte Suprema propuso al Ejecutivo elaborar ella misma un nuevo proyecto, que sería el aprobado como Código Civil de la República de Honduras en 1898.

La Comisión [formada por dos magistrados de la propia Corte], siguiendo las instrucciones de la Corte, tuvo por modelo para su trabajo el Código Civil de España [de 1889], nación a la que por más de un motivo, está ligado el destino histórico de nuestro país, y cuidó de mantener las reformas fundamentales establecidas en nuestro Código Civil de 1880, ateniéndose, además, a las prescripciones del decreto que sobre la reforma de la legislación hoy en vigencia, dictó la Asamblea Constituyente el 15 de abril de 1895²³⁶.

En definitiva lo que esta República hizo fue cambiar el Código de Chile de 1855 por el español de 1889, con algunas modificaciones para adecuarlo a la nueva Constitución (como, por ejemplo, en el tema de la personalidad de la Iglesia y de la expropiación), o para mantener las innovaciones introducidas ya por el Código chileno (el más importante, el régimen de libre disposición testamentaria de bienes, sin más limitación que los alimentos y la porción conyugal, llegando con ello a eliminar la legítima y las mejoras que sí se reconocían tanto en el Código chileno como en el español)²³⁷.

La vigencia de este segundo Código civil hondureño será breve. En 1906 Honduras retorna al Código chileno de 1855, con motivo del nuevo cambio constitucional y de la necesidad de poner los diferentes códigos en consonancia con este. No obstante, se introdujeron en su contenido algunas modificaciones,

²³⁵ En palabras de P. CATALANO en el encuentro de estudio sobre «El Código Civil de Cuba y el Derecho Latinoamericano», celebrado en Roma, el 20 de noviembre de 1990, «Il Codice Civile di Cuba e il Diritto Latinoamericano, Centro interdisciplinare di studi Latino-Americani», Roma, 1990, p. 147. De código «hispano-marxista» habla G. GARCÍA CANTERO («Significado del Código Civil cubano de 1987 en el proceso de codificación», *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 26, abril-junio, 1998, pp. 70-71) y de «último código socialista», P. RESCIGNO («El Código Civil de Cuba, último código socialista», *Il Codice Civile di Cuba e il Diritto Latino-americano*, p. 79). Para la bibliografía sobre este código, me remito a la citada por L. B. PÉREZ GALLARDO, «Breves notas sobre el Código Civil Cubano a propósito de los veinte años de su promulgación. Especial referencia al derecho de obligaciones y contratos» (*Revista Cubana de Derecho*, 30, 2007, pp. 115-129).

²³⁶ Informe de la Corte Suprema al Ejecutivo (cfr. A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la codificación*, p. 301).

²³⁷ *Ibid.*, pp. 300-302. Sirvan de ejemplo los artículos 5 y 6, que repiten literalmente los artículos 5 y 12 del Código español sobre la costumbre (A. GUZMÁN BRITO, «El régimen de la costumbre», p. 251).

en ocasiones importantes, como, por ejemplo, la supresión de los esponsales de una forma más terminante que en el chileno, y de la legítima y las mejoras, prohibidas ya por el Código de 1880²³⁸.

Traspassando ya el límite temporal que nos habíamos marcado, se aprueba el Código civil de la República de Panamá de 1916, que alcanzó su independencia de Colombia en 1903. Un código que sigue el plan del Código de Bello al que añade un quinto libro: «Del notariado y registro público». Lo traemos aquí, porque entre sus múltiples fuentes estaba el Código español de 1889 y, también, el de Honduras de 1898, que era, a su vez, el español. La mayor influencia se percibe en la regulación de sucesiones y de obligaciones y contratos, aunque está presente, también, en los dos primeros libros, en los que comparte influencia con el Código chileno²³⁹.

En 1916 se sancionaba el Código civil Brasileiro. En él se aprecia ya el influjo del modelo alemán, que ejercerá una profunda influencia en la ciencia jurídica hispanoamericana a lo largo del siglo xx. Se constata en el Código de México de 1928, en el de Perú de 1936 o en el de Venezuela de 1942. Es, sin lugar a dudas, una nueva etapa en la que siguieron fluyendo las ideas y los nuevos modelos. Sirva de ejemplo el eco que tuvo la aprobación del nuevo Título preliminar español de 1974²⁴⁰. Pero nuestro recorrido finalizaba en 1916, cuando al otro lado del Atlántico la Gran Guerra devastaba Europa y clausuraba una época.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Tal vez no debamos añadir nada más. Recordar, tan solo, que el intercambio fue permanente, que al igual que España participó en el movimiento codificador europeo, lo hizo igualmente Hispanoamérica, ensanchando hasta dinamitar el calificativo «europeo» del movimiento codificador. El Atlántico no fue muro que separara continentes sino vía a través de la cual estos se comunicaron. Llegaron los hombres a las Indias y con ellos, a lo largo de los siglos, los modos de vida, las ideas, los proyectos... Dejaron de ser dos mundos, para convertirse en uno solo. No puede extrañar esta comunicación. Al principio, ni España ni los territorios que se fueron emancipando supieron codificar, entonces utilizaron como fuente o copiaron principalmente al *Code*. Pero la lección codificadora no tardaron mucho en aprenderla juristas de talla con la gallardía de cargar sobre sí el peso de tal empresa. Ellos supieron cómo hacerlo. El triunfo o el fracaso a veces no dependió tanto de la obra como de las circunstancias. Ahí estuvieron los García Goyena, los Bello, los Vélez... Supieron, sí. Supieron codificar, no a imagen y semejanza de otros, sino con la experiencia de otros, adaptando los principios liberales a las circunstancias de su propia tradición. En esta empresa, el que tuvo más acierto y, por tanto, alcanzó más proyección y más gloria fue Bello. Pero su brillo no eclipsó

²³⁸ *Ibid.*, pp. 248-250.

²³⁹ Sobre todo ello, *ibid.*, pp. 302-305.

²⁴⁰ Unos primeros apuntes en B. CLAVERO, «Ley del Código», pp. 180-186.

sa a los demás, porque las ideas se entrecruzaron y enriquecieron hasta dificultar sobremedida la disección y adjudicación de cada una a cada cual.

Mas no es esto lo que más importa. Lo que interesa es ser conscientes del continuo y fecundo intercambio de ideas y modelos habido a lo largo de los siglos hasta hoy²⁴¹. Un intercambio que no sólo no ha de frenarse, sino que habrá de fomentarse. España, miembro de la Comunidad Europea, se empobrecerá inevitablemente si posterga u olvida sus connaturales relaciones con Hispanoamérica. Por eso –reitero–, las relaciones no solamente no han de frenarse sino que deben fomentarse para poder seguir hablando de ese ¡eterno fluir de ideas, siempre fecundo!

PILAR ARREGUI ZAMORANO

²⁴¹ Me viene a la memoria, entre otros, un trabajo de J. M. MARILUZ, «El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos del derecho castellano», *III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Actas y estudios*, Madrid, 1973, pp. 101-113.



Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI

1. CONCEPTOS HISTÓRICOS Y FORMALES. LA CODIFICACIÓN COMO CONCEPTO HISTÓRICO

A partir de un célebre trabajo de Felipe González Vicén, en el ámbito de la filosofía del Derecho es muy corriente distinguir entre conceptos históricos y conceptos formales, precisamente con el propósito de discutir el carácter, histórico o formal, de la propia filosofía jurídica¹. Histórico es un concepto, no porque haya sido acuñado en un cierto momento histórico o porque experimente cambios a lo largo del tiempo, sino porque sólo cobra sentido en el marco de una realidad determinada y carece de significado o, peor aún, se convierte en fuente de confusión cuando quiere ser aplicado a contextos históricos distintos; Estado, feudalismo o revolución serían ejemplos de conceptos históricos. Los conceptos formales, que a mi juicio también podríamos llamar teóricos, son en cambio el fruto de abstracciones y estipulaciones que pretenden dar vida a estructuras de comprensión capaces de explicar o designar fenómenos más allá de sus concreciones históricas; los conceptos que usa habitualmente la teoría del Derecho son de esta clase.

Pero algunos conceptos pueden operar como históricos o como formales, aunque obviamente su significado difiera en cada caso. El Código se presenta como un concepto formal cuando por tal entendemos, en palabras de la Real

¹ F. GONZÁLEZ VICÉN, «La filosofía del Derecho como concepto histórico» (1969), en *Estudios de filosofía del Derecho*, Universidad de La Laguna, 1979, pp. 207 ss.

Academia, una «recopilación de leyes o estatutos que tratan sobre materias que constituyen una rama de la actividad social»; incluso creo que no deja de ser formal si añadimos alguna exigencia suplementaria, como que tal recopilación se verifique con un propósito de claridad semántica, exhaustividad material, plenitud y coherencia interna. El problema de esta definición formal es que no resulta demasiado interesante porque prácticamente identifica la codificación con una empresa editorial, con una recopilación oficial o académica² o, a lo sumo, con una legislación atenta y cuidadosa. Y siendo poco interesante este concepto de Código, lo es también la pregunta sobre su futuro: la codificación así entendida no pasa de ser una técnica legislativa, con seguridad más clara y ventajosa que su alternativa, el puro desorden normativo, pero en modo alguno recupera el sentido histórico primigenio del movimiento codificador.

La codificación como concepto histórico presenta un significado mucho más denso y profundo. El Código constituye la más acabada expresión jurídicopositiva de todo un proyecto de transformación económica, social y política que bajo el sello de la razón dará vida al mundo contemporáneo. No ya una técnica legislativa, sino una política legislativa. Con toda evidencia, su origen ha de buscarse en aquel Derecho natural racionalista que se sintió capaz de diseñar una *Ethica ordine geometrico demonstrata* (Espinosa, 1677) o un *Ius naturae método scientifica pertractatum* (Wolff, 1740-1748) y que se resume en la provocativa y tantas veces citada proposición de Grocio: «así como los matemáticos consideran las figuras con abstracción de los cuerpos, así yo, al tratar del Derecho, prescindí de todo hecho particular»; de ahí que, al igual que sucede con los números y las figuras, el Derecho natural existiría «aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios, o que no se cuida de las cosas humanas»³. Como observa D'Entrèves, lo que Grocio había establecido como hipótesis se convertirá luego en una tesis⁴: que los principios de la doctrina del Derecho son también verdades eternas⁵. Y nada más tentador que ordenar en un código tales principios o verdades.

Porque el iusnaturalismo no fue sólo una filosofía especulativa constructiva de su propio objeto, el Derecho natural, sino que sus principios y su método habrían de servir también como «espejo» donde reflejarse el propio Derecho positivo, mitigando así el inevitable voluntarismo en que descansa todo poder político productor del orden jurídico. En otras palabras, el iusnaturalismo no sólo proporcionaba una explicación racional de la comunidad política, sino que, más allá de sus variantes ideológicas, dotaba de una peculiar estructura, también racional, al Estado y al Derecho. En palabras de Goyard-Fabre referidas a la obra de Montesquieu, la razón humana es apta para comprender el mecanismo de las leyes naturales, pero al mismo tiempo encierra una vocación práctica

² Subraya las diferencias entre recopilación y codificación A. RUIZ MIGUEL, *Una filosofía del Derecho en modelos históricos*, Trotta, Madrid, 2002, p. 271 s.

³ H. GROCIO, *Del Derecho de la guerra y de la paz* (1626), trad. de J. Torrubiano, Reus, Madrid, 1925, Prolegómenos §§ 11 y 58, pp. 12 y 39.

⁴ A. P. D'ENTRÈVES, *Derecho natural* (1968), trad. de M. Hurtado, Aguilar, Madrid, 1972, p. 66.

⁵ Así lo declara G. LEIBNIZ, *Los elementos del Derecho natural* (1669-1672), ed. de T. Guillén, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 70 s.

de imponer al Derecho positivo sus principios constitutivos⁶; el príncipe *éclairé*, en el que toma cuerpo la alianza entre el poder y las luces, entre la razón y el Derecho positivo, y más tarde la rousseauiana *volonté générale* habrán de ser los vehículos para hacer realidad esa vocación práctica.

Como es lógico, el instrumento de tamaña transformación ya no podía ser la variable, particularista e insegura costumbre, sino la ley. Desde luego, la legislación no se concibe entonces, al modo de un cierto positivismo, como un desnudo acto de poder, sino al mismo tiempo como una ciencia y como un principio de cambio: como ciencia nos descubre un Derecho natural imprescriptible; como estímulo para el cambio, consiste en un simple proceso de deducción que debe restaurar en la sociedad los principios claros y sencillos de esa ciencia, al parecer ocultos por siglos de oscurantismo. El resultado serán las leyes, las verdaderas leyes, que no son transitorias, caprichosas o dependientes de las costumbres locales, sino unas leyes dotadas de «bondad absoluta» porque se hallan en armonía «con los principios universales de la moral, comunes a todas las naciones»⁷. Esta confusión entre las leyes científicas como «relaciones necesarias» descubiertas por la razón y las leyes jurídicas como casos particulares de las anteriores aparece bien expresada en Montesquieu: ley en general es la razón humana y «las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana»⁸.

Esta reivindicación de la ley como forma exclusiva de regulación social constituía, de una parte, la culminación del Estado absoluto en su largo caminar hacia el monopolio del poder, pero también, de otra, el anuncio del Estado liberal empeñado en la garantía de un ámbito de inmunidad a favor de sujetos privados y jurídicamente iguales⁹. Ante la pluralidad y difuminación de los centros de producción jurídica, ante la tupida red de privilegios y excepciones origen de la incertidumbre y falta de uniformidad del Derecho, ante la heterogeneidad e inseguridad de las costumbres, el triunfo del legalismo quiso representar una especie de traslación al orden positivo de los esquemas propios del Derecho natural racionalista: por eso, la ley debe ser *única*, pues «la igualdad de los ciudadanos consiste en estar todos sometidos a las mismas leyes»¹⁰; *sen-*

⁶ S. GOYARD-FABRE, *La Philosophie du Droit de Montesquieu*, Klincksieck, París, 1973, p. 124.

⁷ G. FILANGIERI, *La Ciencia de la Legislación (1780-1785)*, trad. de J. de Rivera, Villalpando, Madrid, 1821, Libro I, p. 64.

⁸ MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las leyes (1748)*, trad. de M. Blázquez y P. de Vega, Tecnos, Madrid, 1972, Libro I, Cap. III, p. 54.

⁹ Observa P. SALVADOR CODERCH que el programa codificador de una legislación racional y precisa se relaciona tanto con el absolutismo monárquico deseoso de evitar la interpretación judicial propiciada por los defectos del viejo Derecho, como con el propósito de eliminar la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, algo exigido por el desarrollo de la sociedad liberal y mercantil, «El *casus dubius* en los Códigos de la Ilustración germánica», en *La compilación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Bosch, Barcelona, 1985, pp. 398 ss.

¹⁰ D. DIDEROT, «Observaciones sobre la Instrucción de la emperatriz de Rusia a los diputados respecto a la elaboración de las leyes» (1770), en *Escritos Políticos*, ed. de A. Hermosa Andújar, C.E.C, Madrid, 1989, XX, p. 205.

cilla, pues «las leyes prolijas son calamidades públicas»¹¹; *promulgada* y notoria para todos, no secreta¹²; redactada en *lengua vulgar*, de forma *concluyente* y fácil de entender, «pues no hay cosa más peligrosa que aquel axioma común de que hay que consultar el espíritu de la ley»¹³; y, sobre todo, *abstracta* y *general*, pues la ley sólo puede ser justa cuando la materia que se regula es general, lo mismo que la voluntad que la establece, ya que «el soberano jamás tiene derecho a exigir de un súbdito más que de otro, porque entonces, al tomar el asunto carácter particular» su poder deja de ser competente¹⁴. En resumen, como recomendaba Voltaire, «que los jueces sean los primeros esclavos de la ley y no los árbitros... que las leyes sean uniformes, fáciles de entender por todo el mundo... que lo verdadero y justo en una ciudad no resulta falso e injusto en otra»¹⁵

Pues bien, la filosofía de las leyes uniformes, precisas, abstractas y generales alcanza su cénit en el movimiento codificador que, como diría Wieacker, conduce de la ciencia a la legislación, haciendo de ésta un acto de transformación revolucionaria¹⁶; el legislador del Código es naturalmente el poder político pero incorpora al mismo tiempo un carácter racional y universal, capaz de ofrecer en un cuerpo único y sencillo aquellas reglas que se suponen válidas para todo tiempo y lugar¹⁷. El Código representa de esta manera la expresión más definida y acabada del racionalismo entendido en la triple dimensión que indicaba Gómez Arboleya, esto es, como racionalismo utópico constructivo de la realidad, como racionalismo político edificador del Estado y unificador de la nación y, por último, como racionalismo burgués afirmador de la vida profana, libre e igual¹⁸. Iusnaturalismo y racionalismo, construcción del Estado como organización política con vocación de monopolio, homogeneidad jurídica bajo el imperio de la ley, liberalismo y economía mercantil son, pues, los impulsos que confluyen en la empresa codificadora.

De ahí que el Código no sea reflejo ni simple ordenación de viejas leyes y costumbres, no quiere consagrar lo existente, sino que encarna un diseño de nueva planta que pretende regular las relaciones sociales de modo uniforme,

¹¹ SAINT-JUST, «Instituciones republicanas», en *Discursos. Dialéctica de la revolución*, trad. de J. Fuster, Taber, Barcelona, 1970, p. 311.

¹² Como ha mostrado J. DE LUCAS, la publicación general de las leyes fue una de las aspiraciones más reiteradas en los trabajos preparatorios del *Code*, «Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 1989, pp. 129 ss.

¹³ C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (1764), ed. de F. Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1974, cap. I, p. 68.

¹⁴ J.J. ROUSSEAU, *Contrato Social*, en *Escritos de combate*, ed. de S. Masó, Alfaguara, Madrid, Libro III, cap. IV, pp. 428 s.

¹⁵ VOLTAIRE, «Fragment des instructions pour le Prince Royal», en *Oeuvres Complètes*, Baudouin Frères, París, 1926, vol. 38, p. 85.

¹⁶ F. WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad moderna* (1951), trad. de F. Fernández Jardón, ahora en Comares, Granada, 2000, pp. 303 ss.

¹⁷ Vid. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 69 ss. Hay traducción de R. de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993.

¹⁸ E. GÓMEZ ARBOLEYA, «El racionalismo jurídico y los Códigos europeos», II, en *Estudios de Teoría de la sociedad y del Estado*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1992, pp. 508 s.

preciso, coherente y claro donde nada pueda quedar al arbitrio del intérprete. Por eso, cabe decir que es en la euforia codificadora cuando la concepción del sistema jurídico se ha visto más ampliamente sometida a los dominios de la razón: creación y aplicación del Derecho aparecen entonces como perfectas operaciones racionales, pues si el Código constituye un monumento de la geometría social y jurídica, la interpretación por su parte debe dejar de ser un catálogo de casos, tópicos y argumentos para construirse a imitación del propio Código, esto es, como un silogismo perfecto. Si puede decirse así, el Código no es una empresa jurisprudencial o de doctores, sino la obra de soberanos filósofos capaces de diseñar un orden jurídico nuevo y acorde con las necesidades económicas y sociales de la época.

Conviene insistir en este último aspecto porque el Código no persigue sólo la racionalidad legislativa, sino también la judicial, como dos caras de una misma moneda. La nueva concepción se ha hecho célebre en un pasaje de Montesquieu: «Los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento (*la bouche*) que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes»¹⁹. La racionalidad de la ley se traslada así a la racionalidad de la interpretación que debe convertirse en una operación lógica expresada en forma silogística²⁰. Con independencia del mayor o menor acierto que tuviera como descripción de la actividad interpretativa, este sería el modelo de la codificación que en parte ha llegado a nuestros días, el de un juez pasivo, neutral y sometido únicamente a la ley: «el juez es en tribunal el órgano de la ley y no tiene libertad para separarse de ella... Aplicar el hecho a la ley es el único objeto de su ministerio»²¹.

El ideal codificador no sólo se guía por un criterio de exhaustividad material, sino que presenta también una vocación excluyente. Por eso, el estricto sometimiento del juez a la ley implica recusar asimismo una de las prácticas más arraigadas en la actuación judicial: el respeto a la jurisprudencia o a los precedentes judiciales. Diderot, por ejemplo, propone que se prohíba la edición o impresión de las sentencias, pues «a la larga terminan por conformar una contra-autoridad legal. Los comentaristas de los libros sacros han dado lugar a mil herejías. Los comentaristas de las leyes las han sofocado»; por tanto, prohibir toda cita de una sentencia²². En suma, en el proyecto jurídico de la Ilustración la rigurosa aplicación de la ley pretende eliminar todo posible *decisionismo* judicial, lo cual en parte responde a razones epistemológicas, pero en parte también a un designio ideológico. Por un lado, en efecto, se mantiene una confianza acrítica en que la ley diseñada racionalmente pueda a su vez ser aplicada del mismo modo, según el esquema subsuntivo. Por el otro, se considera que la

¹⁹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, cit., Libro XI, cap. VI, p. 156.

²⁰ «En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o la pena. Cuando el juez sea constreñido, o cuando quiera hacer aunque sea sólo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre», C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 76.

²¹ G. FILANGIERI, *Ciencia de la legislación*, cit., Libro III, p. 156.

²² D. DIDEROT, «Observaciones sobre la instrucción...», cit., p. 217.

libertad y la seguridad de los ciudadanos sólo puede resultar limitada desde la ley abstracta y general, no desde la insegura y desigual actividad de los jueces.

La codificación entendida como concepto histórico dista de ser, pues, una mera técnica legislativa. La economía normativa, la estructura cartesiana, el lenguaje preciso, la abstracción y generalidad de los preceptos del Código, la sistematicidad, el estricto sometimiento del juez a la ley y la concepción mecanicista de su labor servían sin duda a la seguridad jurídica y, con ello, a la incipiente economía capitalista y al proceso de concentración del poder en la organización estatal. Pero, como observa Tomás y Valiente, para los ideólogos del Código, éste se presenta además como «un sistema completo y permanente de Derecho justo. La codificación del Derecho es la forma técnica de construir una sociedad dotada de un orden justo e inmutable»²³. Seguramente nunca ha llegado tan lejos la reconciliación entre el Derecho natural y el Derecho positivo o, lo que es lo mismo, la concepción de este último como escenario para la realización del primero. Si la compilación o la recopilación son un homenaje al pasado, cabe decir que los Códigos «son anteproyectos para un futuro mejor»²⁴.

2. ¿QUÉ ES LO QUE HOY QUEDA DEL ESPÍRITU CODIFICADOR?

Desde luego, se mantienen vigentes varios cuerpos legales llamados Códigos y también algunas leyes generales que parecen responder formalmente al espíritu codificador de exhaustividad material, plenitud y coherencia, aunque tanto aquéllos como éstas sean objeto de continuos remiendos y adiciones. Pero me parece que muy poco más. Tal vez la transformación más decisiva se advierte desde hace casi dos siglos y no afecta de modo primario al modo de legislar, sino a la misma concepción del Derecho. Se puede resumir en muy pocas palabras: «hay sin duda pretensiones racionales frente al Derecho, pero no hay un Derecho racional»²⁵. El Derecho es desde el historicismo y el positivismo un fenómeno social, histórico y cambiante y, sobre todo, representa la manifestación de una voluntad, no la cristalización de una razón abstracta e intemporal. Si Von Kirchmann pudo escribir que «tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura»²⁶, era justamente porque tras la ley ya no se vislumbraba más que una voluntad desnuda que podía ser derogada o sustituida por otra voluntad, en ningún caso el fruto racional de un legislador también racional²⁷. La razón objetiva en

²³ F. TOMÁS Y VALIENTE, «La codificación, de utopía a técnica vulgarizada» (1985), en *Códigos y constituciones*, Alianza, Madrid, 1989, p. 116.

²⁴ F. WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad moderna*, cit., p. 304.

²⁵ La afirmación corresponde a F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts*, citada por F. GONZÁLEZ VICEN, «Del Derecho natural al positivismo jurídico», en *De Kant a Marx. Estudios de historia de las ideas*, F. Torres, Valencia, 1984, p. 206.

²⁶ J. H. VON KIRCHMANN, *La jurisprudencia no es ciencia* (1847), ed. de A. Truyol Serra, C.E.C., Madrid 1983, p. 29.

²⁷ Y será a partir de este momento cuando a la ciencia del Derecho no le quede más objeto que la interpretación, pues si la ley es fruto de una voluntad, de la ideología del poder o de una

la que pensaban los ilustrados cuando hablaban de las «relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas» ya no es la razón instrumental o funcional que impera en nuestros días y a cuyo amparo «el orden jurídico se fragmenta, se relativiza y, lo que es peor, se distancia de toda meta utópica»²⁸. En el espíritu de la codificación la voluntad política se concebía al servicio de una razón universal y atemporal, pero pronto se invertirán los papeles y será la razón quien asuma una función instrumental al servicio de la siempre mudable voluntad política.

Pero no se trata sólo de un cambio en la concepción general de Derecho. Tampoco se mantiene hoy la concepción liberal de las funciones del Estado que encontró en la técnica codificadora su mejor modo de realización. El Estado ya no se conforma con ser un garante externo de la seguridad jurídica y de la igualdad formal para que sean luego los individuos quienes, a partir del sacrosanto derecho de propiedad y de la no menos sacrosanta autonomía de la voluntad, decidan sus fines propios y den vida así a una sociedad civil perfectamente separada de lo público o estatal. Esta es la imagen que todavía encontramos, por ejemplo, en Ihering²⁹, pero hace mucho tiempo que resulta difícilmente sostenible como descripción de la realidad. El Estado social o intervencionista ha dejado de ser el garante de las reglas de un juego que contempla desde la atalaya de imparcialidad que caracteriza al buen árbitro; es un protagonista del juego mismo, participando decisivamente en la producción y distribución de bienes y servicios, en la definición de las relaciones económicas y laborales, en la educación y la cultura, en fin, prácticamente en todas las esferas de relación social. Y esa participación se realiza de modo permanente a través del Derecho, de una producción normativa cada día más intensa e invasiva que cancela o, cuando menos, relaja considerablemente la antigua separación entre Estado y sociedad. Como denunciaba Ripert hace ya bastantes años, «todo se convierte en Derecho público»³⁰, añorando aquella edad en que las leyes de policía no eran sino la garantía externa del núcleo esencial del Derecho, formado justamente por el Derecho privado donde, desde Domat, se había instalado en lo fundamental el Derecho de naturaleza³¹.

formación espontánea y cosificada, resulta por completo improcedente ensayar una ciencia de la legislación, como había hecho por ejemplo Filangieri de modo expreso. En el marco del positivismo lo que se discutirá es si cabe una interpretación racional del Derecho, descartándose toda reflexión sobre la racionalidad del Derecho mismo.

²⁸ F. TOMÁS Y VALIENTE, «La codificación, de utopía a técnica vulgarizada», cit., p. 121.

²⁹ «El comercio y la industria, la agricultura, la fabricación, el arte y la ciencia, las costumbres domésticas se organizan en lo esencial por sí mismas. El Estado con su Derecho interviene sólo aquí y allá en la medida que es inevitable para asegurar el orden que se han dado esos fines a sí mismos contra la lesión...», R. IHERING, *El fin en el Derecho* (1877), trad. de D. Abad de Santillán, Cagica, México, 1961, p. 83.

³⁰ G. RIPERT, *Le déclin du Droit*, L.G.D.J., París 1949, p. 37.

³¹ Si se codificase el Derecho natural obtendríamos un Código civil, dice G. TARELLO comentando la obra de Domat, *Storia Della cultura giuridica moderna*. Vol. I: *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1976, p. 170.

Las consecuencias de todo ello son bien conocidas³². Tal vez la que primero salta a la vista es la inflación legislativa³³ que, desmintiendo el ideal ilustrado que recomendaba la mayor economía y claridad en la producción del Derecho, supone no sólo la multiplicación de las normas en las áreas más insospechadas de la vida humana y de las relaciones sociales, sino también su creciente complejidad e imperfección lingüística y sistemática, el desplazamiento de los valores de generalidad y abstracción en beneficio de la intervención singular y en ocasiones hasta irrepetible, el sacrificio del ideal de la estabilidad y perdurabilidad ante lo urgente y lo efímero, y quizás sobre todo el desconocimiento de la igualdad formal en nombre de la diferenciación, de la especialidad, cuando no directamente del privilegio. Más leyes, pero sobre todo peores leyes: la ley que se mimetiza con el reglamento pierde «toda su grandeza de reconocimiento general de derechos y deberes para transformarse en regla técnica al servicio de las *policies* del gobierno»³⁴ No sólo se puede dar por perdida la batalla de la estética, sino que todo parece indicar que del orden cartesiano hemos pasado al Derecho como caos³⁵. Los efectos de esta inflación legislativa son los mismos que los de la inflación monetaria, la *desvalorización*³⁶; en nuestro caso, la pérdida de valor del Derecho, de la certeza y de la propia racionalidad, o sea del ideal codificador.

Por eso, la inflación o hipertrofia legislativa tiene efectos devastadores en el Derecho penal, esa delicada herramienta que debería tener unos fines perfectamente tasados, básicamente la exclusiva protección de bienes jurídicos fundamentales, pero que una y otra vez se usa como un instrumento más de la política ordinaria. Es verdad que en España se ha logrado en la práctica una *reserva de Código*, esto es, una casi total eliminación de las viejas *leyes especiales*. Sin embargo, esa reserva formal de Código no es antídoto suficiente para eliminar otros vicios: la inflación legislativa queda patente en las alrededor de veinticinco reformas que en poco más de quince años ha sufrido el Código de 1995, algunas de notable calado; se sigue legislando de manera coyuntural y a impulsos de mera oportunidad política o de una opinión pública con frecuencia ofuscada por los acontecimientos de última hora, como los sucesos de violencia doméstica o de delincuencia juvenil, cuando no a estímulos de intereses gremiales o profesionales perfectamente identificables; a veces problemas sociales que reclaman otro tipo de respuestas quieren ser exorcizados mediante la tipificación penal; tampoco es raro el recurso a la legislación sólo simbólica, incapaz de producir algún efecto preventivo apreciable pero cuya mera promulgación

³² Un análisis pormenorizado y certero puede verse en G. MARCILLA CÓRDOBA, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, C.E.P.C, Madrid, 2005, pp. 155 y ss.

³³ De hipertrofia legislativa o *legal pollution* habla A.E. PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 115 y ss.

³⁴ F. LAPORTA, «Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y crisis de la ley», *Doxa*, 22, 1999, p. 325.

³⁵ F. TOMÁS Y VALIENTE, «La codificación, de utopía a técnica vulgarizada», cit., pp. 119 y s.

³⁶ La comparación del texto corresponde a F. CARNELUTTI y la tomo de G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, cit., p. 178.

suscita, o se supone que suscita, adhesión y conformidad por parte de algunos grupos sociales; todo ello con el resultado de extender la tutela penal a bienes jurídicos de menor cuantía, o de ampliar el correspondiente reproche a conductas de reducida entidad. En definitiva, la legislación que una y otra vez modifica el Código penal dista de ser aquel diseño racional que, como pensaban los ilustrados, sirviese de puente entre la ciencia y la política. Por mucha mayoría absoluta que requiera la producción de normas penales, la política criminal que éstas revelan sigue siendo más una política circunstancial, efímera y de oportunidad que una política meditada llamada a perdurar.

Sin embargo, la ampliación de las funciones estatales y su intromisión en ámbitos antes reservados a la iniciativa privada no sólo ha provocado una inflación legislativa y, sobre todo, un deterioro en la misma estructura y sistemática de las leyes, sino incluso también un desplazamiento del Estado legislativo, del Estado basado en la ley, al Estado administrativo o reglamentario. Porque en un Estado dotado de fines sus normas parecen adquirir una nueva fisonomía: de un lado, cláusulas muy generales indicadoras de los grandes objetivos y finalidades de la acción política; de otro, reglas mucho más pormenorizadas y singulares, por lo común de vigencia efímera, y que con frecuencia suscitan contradicciones, reiteraciones o zonas de penumbra. Si las primeras, las llamadas directrices o normas programáticas, suelen aparecer en las Constituciones, las segundas, las reglas de detalle, suelen ser patrimonio de los reglamentos: la ley queda, si así puede decirse, *emparedada* entre el poder constituyente y el poder ejecutivo³⁷, limitándose en ocasiones a especificar ligera y superficialmente la orientación constitucional para luego conferir una amplia habilitación a favor del Gobierno. De este modo, los reglamentos no sólo representan las normas más abundantes, «sino también las que mayor incidencia práctica tienen sobre la vida de los ciudadanos»³⁸, pues las nuevas funciones del Estado relacionadas con la gestión de los servicios públicos o con la satisfacción de derechos sociales ya no son tareas del Estado legislativo simplemente ejecutadas por la Administración, sino tareas que suponen una amplia discrecionalidad por parte de ésta: «el principio de legalidad, es decir, la predeterminación legislativa de la actuación administrativa, está fatalmente destinada a retroceder»³⁹.

La ley es desplazada por el reglamento y la propia ley adquiere con frecuencia una apariencia reglamentaria. Pero tanto la primera como el segundo se ven a su vez desplazados por nuevas formas de producción jurídica que suponen la quiebra del Estado unitario basado en la idea de soberanía indivisible, que fuera el marco político de florecimiento de la codificación. Porque, como hemos visto, el Código presenta siempre una vocación de unidad, igualdad y exclusividad: la regulación que ofrece sobre cualquier aspecto aspira a ser la

³⁷ Con razón habla PÉREZ LUÑO de una «hipostenia legislativa», *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, cit., p. 117.

³⁸ F. RUBIO LLORENTE, «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 16, 1986, p. 106.

³⁹ G. ZAGREBELSKI, *El Derecho dúctil* (1992), trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 35.

única en su ámbito territorial, y por eso es garante de la igualdad entre todos los ciudadanos e instrumento de la unidad política. Esta idea se ve amenazada por dos fenómenos particularmente visibles y creo que no es necesario un examen jurídico de detalle para comprender que el que había sido fundamento del concepto ilustrado de ley y de Código se halla en entredicho: la integración en las instituciones europeas y el Estado de las autonomías representan un proceso de expropiación de la en otro tiempo competencia universal de la ley, y en cierto modo suponen una especie de viaje de vuelta a la Edad Media. Si el Estado moderno se construyó mediante la expropiación de las facultades y representaciones de los poderes universales (la Iglesia y el Imperio) y particulares (feudalismo, autonomías locales, gremiales, etc.)⁴⁰, el momento actual parece caracterizarse por una expropiación de sentido contrario: del Estado a las instituciones supranacionales, y del Estado a unas instituciones «menores» que difícilmente pueden seguir considerándose parte de una entidad política unitaria. Por eso, cabe hablar tanto de una *supraestatalidad* como de una *infraestatalidad normativa*⁴¹.

Finalmente, un fenómeno de consecuencias aparentemente contradictorias es el de la revitalización de las fuentes sociales, que alcanza su máxima expresión en lo que suele llamarse *desregulación*⁴². Y es contradictorio porque, de un lado, parece oponerse al Estado social o intervencionista que, como se ha visto, se halla en la base de la crisis del concepto ilustrado de ley y, por tanto, de los valores de la codificación; pero, de otro, lesiona también los ideales de la unicidad, imparcialidad y perdurabilidad del Derecho. Esa revitalización de las fuentes sociales se manifiesta, no ya a través de la venerable costumbre, sino de otras formas de producción jurídica que discurren al margen de las instituciones estatales, aunque no por ello puedan calificarse de espontáneas o «desinstitucionalizadas»⁴³. Aquí la competencia universal de la ley se ve desplazada por el protagonismo de los agentes sociales o simplemente de los poderes económicos, más favorables a dotarse de reglas pactadas y transitorias, condicionadas a los cambios en la relación de fuerzas, que a someterse a leyes «heterónomas» con vocación de generalidad y permanencia. Es verdad que esos acuerdos tienden a cristalizar en leyes o en otras normas estatales, pero, para entonces, éstas han perdido aquel carácter impersonal, objetivo y de proyecto abstracto de racionalización para convertirse, por así decirlo, en leyes pactadas o contractuales al servicio de intereses particulares o sectoriales⁴⁴. Como observa Irti, esas leyes ya no obtienen la fuerza vinculante de los poderes

⁴⁰ Vid. M. GARCÍA-PELAYO, *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, pp. 97 ss.

⁴¹ A. E. PÉREZ LUÑO, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, cit., pp. 86 ss.

⁴² Llama la atención sobre este carácter contradictorio G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, cit., p. 201.

⁴³ Como escribe M. ATIENZA, «la desregulación no significa acabar con el poder, sino sustituir un poder (el poder del Estado) por otro poder, el que cada parte tiene en un proceso de negociación», beneficiando a aquellos que tienen mayor poder económico, que pueden ejercerlo sin someterse a las normas estatales, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 133 s.

⁴⁴ Vid. G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 38.

constitucionales, sino del previo acuerdo de los grandes grupos organizados, de manera que, curiosamente, si antes decíamos que *el contrato tiene fuerza de ley entre las partes*, en las actuales circunstancias bien podríamos decir que *la ley tiene fuerza de contrato entre las partes*⁴⁵.

¿Qué queda, pues, de la codificación? La verdad es que muy poco. Entendida como concepto histórico, es decir, en su más pleno significado, cabe decir que el mundo y la cultura que fueron su fundamento resultan hoy irreconocibles. Por supuesto, ha desaparecido aquella confianza en que las luces de la razón nos iluminarían las verdades eternas de la ética y del Derecho e incluso, más aún, ha desaparecido la confianza en que la legislación positiva pueda representar un mero proceso de deducción a partir de aquellas premisas racionales. El objetivismo y el cognoscitivismo moral de la Ilustración se ha transformado en otro tipo de racionalidad, más débil, menos aficionada a las verdades concluyentes; la verdad es más efímera o provisional, también más consensual. Y la fe en el Derecho positivo como artificio al servicio del Derecho natural igualmente se ha desvanecido; ya no hay príncipes ilustrados o voluntades generales habitando en el kantiano reino de los fines, sino intereses públicos y privados, universales y particulares, todos entretnejidos. Por otra parte, el fundamento político o ideológico de la codificación ha quebrado en no menor medida: la concepción liberal de la economía, de las sociedad y de las instituciones pobladas de sujetos como los que contemplaba el Código civil hace tiempo que ha cedido paso a una concepción muy diferente, que tiende a cancelar la separación entre sociedad y Estado, que propicia por ello el protagonismo de éste en todos los entresijos de la economía, de la cultura, etc y, en suma, que parte de la imagen de un individuo *situado* y no de un individuo *abstracto*.

Pero tampoco el concepto formal o teórico de codificación parece haber cosechado mucha mayor fortuna. Los fenómenos que hemos examinado, la inflación legislativa, la fugacidad y provisionalidad del Derecho, la pérdida de claridad y hasta de elegancia en el modo de legislar, la supraestatalidad y la infraestatalidad normativa, el protagonismo del reglamento y la desregulación, las leyes de objeto múltiple que disciplinan materias heterogéneas y que alcanza niveles casi cómicos en la Ley de acompañamiento a los Presupuestos, y tantos otros fenómenos de deterioro se han asentado en los sistemas jurídicos contemporáneos y representan un rotundo desmentido a los valores de la codificación: leyes únicas y sencillas, exhaustivamente comprensivas de una materia, perdurables, abstractas y generales, dotadas de plenitud y de coherencia interna. De la cartografía social hemos pasado a la geografía borrosa.

Pero entonces, en los albores del siglo XXI, ¿cabe vislumbrar algún futuro para los ideales de la codificación y de la racionalidad legislativa? Tal vez lo más realista fuera abrazar el pesimismo, pero, si hubiese que formular, no un diagnóstico sobre la realidad, sino algún modelo prescriptivo, creo que la respuesta más plausible habría de enderezarse a la recuperación de la razón jurídi-

⁴⁵ N. IRTI, *La edad de la descodificación* (1979), trad. de L. Rojo, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 30 s.

ca no sólo en la esfera que ha sido tradicionalmente cultivada en los dos últimos siglos, la de la interpretación y aplicación del Derecho, sino también en la de la producción normativa; lo que supone un nuevo viaje de regreso, ahora desde la interpretación a la creación del Derecho. Y creo que, al igual que sucedió en el marco cultural de la Ilustración, el modelo de racionalidad no puede ser distinto para cada una de las esferas indicadas: si en el siglo XVIII se postulaba un racionalismo cartesiano y una confianza epistemológica en alcanzar verdades objetivas y eternas, así como interpretaciones verdaderas, hoy, seguramente de modo más modesto, parece que sólo se pueden seguir los itinerarios que nos indica la teoría de la argumentación jurídica. Tal vez otras muchas transformaciones que han determinado el declive del espíritu codificador resultan ya irreversibles, y ni siquiera es seguro que fuera deseable recuperar todo lo que representó el mundo y la cultura de la codificación, pero, al menos, la racionalidad del Derecho expresa un anhelo permanente de civilización ante el desnudo voluntarismo del decisionismo jurídico, siempre presente en el Derecho. A mi juicio, y aunque parezca paradójico, esa recuperación de la racionalidad puede encontrar su punto de partida en el constitucionalismo, o en una cierta versión del constitucionalismo; porque desde la perspectiva de la ley y del Código, también el constitucionalismo ha desempeñado y desempeña funciones distintas y hasta contradictorias.

3. CONSTITUCIONALISMO Y CODIFICACIÓN

Que Códigos y Constituciones presentan bastante más que un simple parecido de familia me parece fuera de toda duda; si, como hemos visto, el Código históricamente es algo más que una recopilación de leyes civiles o penales, la Constitución también es algo más que una recopilación de leyes políticas. Ambos documentos reconocen un común origen liberal, ambos son herederos del iusnaturalismo racionalista, los dos parecen dirigirse a un mismo sujeto, el individuo a veces llamado *abstracto*, es decir, jurídicamente igual a los demás individuos, y, en fin, lo que más interesa ahora, tanto uno como otro configuran «la actividad del jurista como una actividad técnico-cognoscitiva (y no práctico-valorativa)»⁴⁶, esto es, científica y no política. Con razón ha podido decirse que «la codificación se corresponde en el campo del derecho privado a lo que fueron las declaraciones de derechos y las constituciones en el ámbito del derecho público... Del mismo modo que éstas se dirigían a garantizar la libertad política de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, las codificaciones se orientaban a asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra las indebidas ingerencias del poder político»⁴⁷. Incluso a propósito del sistema jurídico de nuestros días escribía Tomás y Valiente que sólo la Constitución de 1978 y algunos Estatutos

⁴⁶ G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 28.

⁴⁷ El texto corresponde a G. SOLARI, pero lo tomo de G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 25, nota 7.

de Autonomía han sabido conservar algunos de los rasgos del espíritu codificador, siendo «algo más que meros códigos formales, para encerrar la plasmación normativa de aspiraciones, esperanzas, valores y creencias colectivas»⁴⁸.

Por otra parte, aunque la Constitución se postule como ley suprema y, por tanto, superior a unos Códigos que siempre tuvieron la vocación de ser a su vez leyes supremas en sus respectivas materias, lo cierto es que la versión del constitucionalismo que se asentó en Europa hasta la segunda guerra mundial resultó neutral o no conflictiva frente al Código, de manera que Constituciones y Códigos pudieron coexistir pacíficamente. Expresado de modo muy sintético, creo que concurrieron varias razones para esa neutralidad: de entrada, la siempre discutible fuerza normativa de las Constituciones decimonónicas, concebidas a veces más como proclamas políticas que como textos jurídicos. Asimismo, la frecuente ausencia en las mismas de una tabla de derechos o de un contenido material susceptible de ser invocado por los ciudadanos; aquellas Constituciones presentaban un fuerte carácter formal o de distribución del poder entre los órganos estatales, eran más «fuente de las fuentes» (*norma normarum*) que fuentes ellas mismas. Y, por encima de todo, la rigurosa exclusión de una garantía judicial en defensa de la Constitución, ya fuese difusa o concentrada. En suma, el conflicto entre Constituciones y Códigos resultaba en la práctica inconcebible, ante todo porque hablaban de cosas distintas y, en todo caso, porque los jueces venían obligados a aplicar los segundos, pero tenían prohibido emitir una sentencia *contra legem* basándose en las primeras. El constitucionalismo de la época garantizaba la supremacía de la ley, la autoridad del legislador y la función pasiva del juez, o sea los valores de la codificación.

Un ejemplo sobresaliente de lo que digo puede encontrarse nada menos que en Kelsen, cuya obra por lo demás culmina la historia del *viejo* constitucionalismo europeo. Como es bien conocido, Kelsen diseña por vez primera en Europa un sistema de control de constitucionalidad que se encomienda, no a la justicia ordinaria como en Estados Unidos, sino a un Tribunal de composición y competencias muy peculiares. Ahora bien, como condición del reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y del consiguiente sistema de control de las leyes, resulta sumamente llamativo el modelo de Constitución que nos propone el autor austriaco, un modelo que justamente excluye la presencia de principios sustantivos o de derechos que pudieran entrar en conflicto con la futura legislación ordinaria, porque «podrían interpretarse las disposiciones de la Constitución que invitan al legislador a someterse a la justicia, la equidad, la igualdad, la libertad, la moralidad, etc., como directivas relativas al contenido de las leyes. Esta interpretación sería evidentemente equivocada... Y no es imposible que un tribunal constitucional llamado a decidir sobre la constitucionalidad de una ley la anule por el motivo de ser injusta... Pero en ese caso el poder del tribunal sería tal que habría que considerarlo simplemente insoportable»⁴⁹.

⁴⁸ F. TOMÁS Y VALIENTE, «La codificación, de utopía a técnica vulgarizada», cit., p. 122.

⁴⁹ H. KELSEN, «La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional) (1928)», en *Escritos sobre la democracia y el socialismo*, ed. de J. Ruiz Manero, Debate, Madrid, 1988, p. 142 s.

Este planteamiento es coherente con la tradición del legalismo europeo. Kelsen, que mantenía como *ideal* la concepción «científica» o cognitiva de la interpretación legada precisamente por la Ilustración y por la codificación, pero que estaba persuadido de que *en realidad* la jurisdicción desempeñaba una función creadora de Derecho, propone un modelo de Constitución y de Tribunal Constitucional que resulta fiel a ese *ideal* de absoluto respeto a la ley del Parlamento y que, por tanto, huye todo lo posible de la *realidad* descrita por el entonces pujante *Derecho libre*⁵⁰. En consecuencia, una Constitución formal o procedimental que condicione el modo de hacer las leyes, o sea que distribuya el poder, pero no el contenido de las mismas, una jurisdicción concentrada que en realidad forma parte del legislativo y no del poder judicial, y un control abstracto o de compatibilidad lógica que, excluyendo el conocimiento de hechos, eliminase en la mayor medida posible el momento «creativo» o discrecional de la jurisdicción⁵¹; cabe decir que esta tradición constitucional nació contra el activismo judicial y contra una jurisprudencia valorativa, o lo que es lo mismo, como un modo de fortalecer a la ley y al legislador democrático⁵².

Hay, pues, un constitucionalismo compatible con la codificación y que comparte con ésta un mismo paradigma de racionalidad jurídica, aquel que concibe la interpretación como una labor técnico cognoscitiva y al juez como una boca muda que pronuncia las palabras de la ley. Como vimos, esta es una de las claves de la codificación, diseñar un Derecho capaz de eliminar la discreción judicial y, con ello también, el poder del que los jueces habían gozado en épocas pretéritas: a partir del dogma de la plenitud del sistema jurídico, el juez puede y debe verificar una operación técnica de acuerdo con el modelo silogístico en el que han de estar ausentes elementos valorativos o ideológicos⁵³. Y esta idea es plenamente compatible con la versión comentada del constitucionalismo.

Pero si este *excursus* está justificado es precisamente porque representa el contrapunto a otra versión del constitucionalismo que abre una nueva y grave crisis en la concepción de la ley y de la interpretación que sirvió de impulso a la empresa codificadora. Me refiero precisamente al constitucionalismo de nuestros días, que a veces recibe el nombre de neoconstitucionalismo, y que desde mediados del siglo pasado viene minando la estructura del sistema jurídico continental, sobre todo en lo relativo a las relaciones entre juez y legislador. De

⁵⁰ Por otra parte, Kelsen excluye la legislación del capítulo de la ciencia jurídica: la ley no responde a ninguna «lógica», sino a la voluntad del legislador, y una teoría que pretendiese racionalizar sus fines sería puramente ideológica y engañosa. Vid. J. A. GARCÍA AMADO, «Razón práctica y teoría de la legislación», en *Ensayos de filosofía jurídica*, Temis, Bogotá, 2003, pp. 4 ss.

⁵¹ Vid. M. GASCÓN, «La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 41, 1994, p. 64.

⁵² Sobre los presupuestos teóricos e ideológicos de la jurisdicción constitucional en Kelsen me permito remitir a mi *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, pp. 80 ss.

⁵³ Todavía nuestro Código civil (art. 1,7) impone a los jueces «el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido», lo que sólo se explica si se presume que el Derecho ofrece respuesta para cualquier problema práctico.

entrada, las Constituciones de nuestros días ostentan una fuerza jurídica indiscutible: son normas supremas que postulan su aplicación directa por parte de los operadores jurídicos en todo género de conflictos, de manera que el Código ya no encarna el horizonte primero y último de la interpretación y de la aplicación judicial; es sólo una pieza más en el marco normativo a considerar.

En segundo lugar, y esto es decisivo, los modernos documentos constitucionales ya no son simples normas de organización del poder y de las fuentes, sino que presentan un muy denso contenido material formado por valores, principios y derechos que no sólo condicionan sustancialmente la validez de las leyes, sino que pretenden disciplinar directamente el entero sistema jurídico. Tales normas presentan una fisonomía peculiar, constituyen *incondicionales categóricos* que, al carecer de una precisa condición de aplicación, son potencialmente aplicables a un número no determinado de casos, aunque no siempre que resultan aplicables triunfe o se imponga la consecuencia normativa prevista en las mismas; por eso, se dice que son *normas derrotables*. Esta fisonomía se halla en la base del llamado efecto impregnación o irradiación, que puede resumirse en el siguiente lema: no hay problema jurídico que no encuentre respuesta, y con frecuencia más de una respuesta, en el entramado constitucional de principios y derechos; por ejemplo, cabe decir que el Código civil es el código de la propiedad y de la autonomía de la voluntad, que son sin duda valores con respaldo constitucional, pero frente a los que se yergue la «función social» de la propiedad, el derecho a la vivienda, la protección del medio ambiente o las normas de protección de los trabajadores, elementos que *también* han de ser considerados por el juez y que eventualmente pueden triunfar frente a las prescripciones del Código. Lo que quiero indicar, en suma, es que las Constituciones de nuestros días «hablan de lo mismo» que los Códigos; ley y Constitución comparten el mismo campo de juego y es preciso abandonar la concepción «topográfica» que idealmente dividía el mundo jurídico en dos esferas, la esfera de lo que el legislador podía decidir libérrimamente y el juez obedecer puntualmente, y la esfera de lo que no podía hacer en absoluto por representar el «coto vedado» de la decisión constitucional.

¿Qué ocurre cuando la solución que ofrece la Constitución le parece al juez mejor, más justa o adecuada que la que ofrece la ley? En línea de principio, intentar una *interpretación conforme* de la ley y, si no es viable, formular una *cuestión de inconstitucionalidad*. Pero sólo en línea de principio; a veces se recurre a una operación de ingeniería judicial que básicamente comprende los siguientes pasos: primero, obviamente, no poner en duda la constitucionalidad de la ley, algo que obligaría a plantear la cuestión. Segundo, considerar sin embargo que resulta injusta o inadecuada para enjuiciar el caso al implicar (insisto: en el caso) un sacrificio desproporcionado de algún principio o derecho fundamental también relevante en el caso. Tercero, construir un conflicto de principios o derechos; concretamente, un conflicto entre aquellos que están detrás de la ley, que se ven realizados o satisfechos por ésta, y aquellos otros en pugna que aparecen sacrificados. Cuarto, argumentar a partir de las reglas de la ponderación. Y quinto, por último, aplicar directamente el precepto constitucio-

nal triunfante (en el caso) con la consiguiente desaplicación del precepto derrochado y de la ley dictada a su amparo; o bien, alternativamente, buscar una *concordancia práctica* que en puridad no supone el triunfo de ninguno de los elementos en conflicto, sino el diseño de una respuesta intermedia de matriz genuinamente judicial. Cuando se opera de este modo, la ley y los Códigos quedan postergados.

No procede aquí un análisis detallado de lo que acabamos de exponer de forma tan sintética⁵⁴, pero creo que lo dicho es suficiente para comprender que el constitucionalismo de nuestros días abre una brecha profunda en uno de los valores fundamentales de la cultura de la codificación, la supremacía de la ley y el estricto y exclusivo sometimiento del juez a la misma mediante un modelo de interpretación «mecánico» o cognoscitivo. De un lado, en efecto, «el parámetro constitucional... se ha tornado tan omnipresente y operante que las leyes han sido enviadas a un segundo plano y su validez misma ha sido desplazada a un terreno cercano a la incertidumbre», lo que determina que «la ley esté en permanente interinidad y en posición subalterna»⁵⁵. El Derecho y la justicia ya no se reducen a lo que establece una *ley racional* como la que pretendió encarnar en el Código, sino que «la ley expresa, por el contrario, las combinaciones posibles entre los principios constitucionales» y se configura así como «derecho particular y contingente»⁵⁶. De otra parte, el juicio de ponderación dista de ser una operación subsuntiva, sino que presenta un fuerte componente valorativo, y en todo caso implica sustituir la *lógica* de la ley por la *lógica* del juez⁵⁷.

Sea como fuere, parece que el constitucionalismo de nuestros días invita a la construcción de un nuevo Derecho de juristas o de un Derecho fuertemente jurisprudencial donde el papel de la ley se torna secundario. Y esto no tanto porque la propia validez de la ley dependa en última instancia de una decisión judicial, pues al fin y al cabo el Tribunal Constitucional y el procedimiento de inconstitucionalidad pueden verse más cerca de la esfera legislativa que de la judicial, sino sobre todo porque su aplicabilidad ya no depende de un silogismo subsuntivo, sino de una ponderación de naturaleza judicial y valorativa a partir de los no siempre precisos principios y derechos constitucionales. Visto así, el constitucionalismo proporciona nuevos estímulos a la vieja *interpretatio* que justamente pretendió ser desterrada por el *Derecho de la razón* y añadir un motivo más a la crisis del espíritu legislativo y codificador.

Precisamente por eso, porque la epistemología alentada por el Código se muestra claramente insuficiente para dar cuenta de los actuales problemas de interpretación, el nuevo modelo reclama el desarrollo de una depurada argu-

⁵⁴ Intento hacerlo en «El juicio de ponderación constitucional», en *Constitución: problemas filosóficos*, ed. de F. Laporta, C.E.P.C., Madrid, 2003, pp. 221 ss; y más recientemente en «Neoconstitucionalismos (un catálogo de problemas y argumentos)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, 2010, pp. 462 ss.

⁵⁵ F. LAPORTA, *El imperio de la ley*, Trotta, Madrid, 2007, p. 159.

⁵⁶ G. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil*, cit., p. 97.

⁵⁷ Se discute bastante sobre el grado de objetividad del juicio de ponderación. Una de las críticas más incisivas en J. A. GARCÍA AMADO, *El Derecho y sus circunstancias*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 207 ss.

mentación jurídica que de algún modo compense el déficit de legitimación democrática del juez: no es casual que la teoría de la argumentación haya conocido una extraordinaria revitalización precisamente en el marco del constitucionalismo contemporáneo⁵⁸. Y tampoco es de extrañar que, si en otro tiempo el racionalismo del Código se quiso proyectar sobre la interpretación y sobre la jurisprudencia, hoy el constitucionalismo y las prácticas jurídicas que alienta puedan verse como un estímulo para la ciencia de la legislación y, por tanto, para el diseño de leyes racionales o más racionales de lo que cabe esperar en un puro «modelo Westminster» de absoluta incondicionalidad de la ley. Primero porque, hoy como ayer, parece que la racionalidad interpretativa o judicial ha de tener como presupuesto algún grado de racionalidad en aquello que constituye su premisa normativa⁵⁹; pero también porque si la misma racionalidad representa hoy una condición de la validez y de la aplicabilidad de las leyes, parece lógico que sus requerimientos se extiendan al propio diseño legislativo⁶⁰. Con todos los márgenes de libertad política que derivan de su legitimidad democrática, la razón práctica no debería quedar en suspenso ante el legislador que actúa sometido a una Constitución basada en derechos. Tampoco debería haber una concepción puramente voluntarista o decisionista de la ley allí donde exigimos una interpretación racional de la misma.

4. UNA NUEVA CIENCIA DE LA LEGISLACIÓN

La nueva ciencia de la legislación del siglo XXI no puede pretender en mi opinión reproducir las virtudes de la del siglo XVIII, y esto aunque sólo sea porque, como ya se ha visto, parece faltar hoy ese racionalismo utópico y constructivo de la realidad que representó la Ilustración; si puede decirse así, nos falta aquel optimismo histórico a propósito de la razón y del Derecho. Sin embargo, es un hecho constatable que, tras casi dos siglos de silencio en los que la única racionalidad que pareció preocupar a los juristas fue la suya propia, en las últimas décadas se aprecia una notable preocupación por la calidad de las leyes e incluso una revitalización de la ciencia de la legislación. En líneas generales, dicha preocupación toma una doble dirección: la minimalista o de técnica legislativa y la maximalista o de política legislativa⁶¹. La primera orientación persigue una *mejor* producción normativa, con relativa independencia del contenido de las leyes y de los fines del legislador. La segunda, en cambio, no deja de

⁵⁸ Sobre los estímulos que recibe la teoría de la argumentación *vid.* M. ATIENZA, *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 15 ss.

⁵⁹ M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997, p. 99.

⁶⁰ Que el constitucionalismo puede contribuir a una mayor racionalidad legislativa es subrayado por G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, cit., pp. 313 ss; y por A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 52 ss.

⁶¹ Se puede poner en duda el acierto de estas equivalencias, pero aquí podemos prescindir de la discusión. *Vid.* G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, cit., pp. 286 ss.

plantearse la posibilidad de *otra* producción normativa, por lo que asume una función crítica no ya frente a la forma de las leyes, sino también frente a su contenido y a los fines que persigue. Desde otra perspectiva, la técnica legislativa se mueve en la esfera de la justicia formal que tiene que ver con la certeza y seguridad jurídica, con la previsibilidad de las acciones, incluso también, si se quiere, con la eficacia y efectividad de las leyes; la política legislativa, en cambio, se instala más bien en la esfera de la justicia material que tiene que ver con las razones justificatorias de aquello que el Derecho manda, prohíbe o permite.

La técnica legislativa presenta, pues, un carácter instrumental, en el sentido de que su objetivo es que la ley obtenga éxito. Sin embargo, ese éxito puede cifrarse en aspectos bastante diferentes. Por lo común, cuando los juristas hablan de técnica legislativa se refieren a los valores del que hemos llamado concepto formal de codificación, es decir a aquellos que aseguran que la norma pueda ser entendida del mejor modo posible por parte de los destinatarios, que tenga éxito como forma de comunicación de un mensaje prescriptivo: claridad, sencillez, no contradicción, etc. Sin embargo, desde una óptica más sociológica, el éxito de las normas puede referirse también a la eficacia de su contenido prescriptivo, bien porque éste sea cumplido por los sujetos obligados, bien porque las instituciones reaccionen adecuadamente en caso de incumplimiento. Y aún cabe hablar de éxito en un tercer sentido que pudiéramos llamar teleológico o relativo a la efectividad de la norma para alcanzar los fines que en cada caso se haya propuesto el legislador⁶². Obviamente, aquí se reúnen exigencias de racionalidad muy diferentes, que podemos llamar lingüística y sistemática, pragmática y teleológica.

En relación con el primer y más tradicional nivel de la técnica legislativa, la racionalidad lingüística postula la claridad y precisión en el uso de las palabras y supone eliminar en la mayor medida posible los problemas de vaguedad y ambigüedad; aunque su total superación resulte inalcanzable porque se trata de características propias de todo lenguaje natural como es el que usa el Derecho. A su vez, la racionalidad sistemática tiene que ver con la inserción de la norma en un conjunto o sistema que se postula como pleno, coherente y no reiterativo. Por lo demás, este es un aspecto que no afecta sólo a la calidad de las leyes, sino también a otras dimensiones propiamente institucionales, como la función creadora de los jueces, la validez o la vigencia. Las lagunas, por ejemplo, implican un llamamiento a los principios generales del Derecho o al argumento analógico, que suponen en todo caso una intromisión del razonamiento jurídico en la producción normativa. Por otra parte, las antinomias se saldan con la pérdida de

⁶² Con una u otra terminología, aproximaciones análogas pueden encontrarse en J. WROBLEWSKY, «Propos final» a la *Science de la législation*, P.U.F., París 1988, pp. 105 ss.; M. ATIENZA, *Contribución a una teoría de la legislación*, cit., pp. 87 ss.; J. A. GARCÍA AMADO, «Razón práctica y teoría de la legislación», cit, p. 12 ss.; E. BULYGIN, «Teoría y técnica de la legislación», en C. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, C.E.P.C., Madrid, 1991, p. 411 ss.; R. GUASTINI, «Redazione e interpretazione dei documenti normativi», en *Lezioni di tecnica legislativa*, ed. de S. BARTOLE, CEDAM, Padua, 1988, p. 37; V. ZAPATERO, «De la jurisprudencia a la legislación», *Doxa*, 15-16, II, 1994, pp. 787 ss.; G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, cit., pp. 279 ss.

validez o vigencia de las normas o también, como se ha visto, con su no aplicabilidad. En suma, racionalidad lingüística y sistemática son el fundamento de la certeza del Derecho y, por tanto, de su aplicación uniforme por parte de los operadores jurídicos.

A propósito de la racionalidad pragmática o relativa a la eficacia de las normas, cabe distinguir, siguiendo una propuesta de Ferrajoli⁶³, entre eficacia primaria y secundaria. Una norma es eficaz en vía primaria cuando es cumplida por los sujetos obligados, ya sean poderes públicos o particulares: una norma penal es eficaz cuando resulta espontáneamente obedecida por todos, una norma constitucional relativa a derechos es eficaz cuando los poderes públicos se muestran respetuosos con la misma, etc. En cambio, una norma es eficaz en vía secundaria cuando, ante la ineficacia primaria, se ponen en marcha los mecanismos de anulación de los actos inválidos o de sanción de los actos ilícitos. Tanto la eficacia primaria como secundaria presentan un carácter gradual y dependen de condiciones y circunstancias complejas, que no procede examinar aquí. Pero conviene subrayar que entre ellas existen relaciones tanto de oposición como de interacción: de oposición porque, como bien se comprende, cuanto mayor sea el cumplimiento espontáneo menor será el recurso a los instrumentos que garantizan la eficacia secundaria, y a la inversa, la mayor eficacia secundaria es señal de la ineficacia primaria. De interacción, porque al menos una de las razones que estimulan la obediencia al Derecho es la eficacia (secundaria) del sistema, singularmente la garantía que suponen las sanciones; y, a su vez, la inoperancia de las instituciones de garantía secundaria representa una invitación a la desobediencia en vía primaria.

Finalmente, el último aspecto que cabe incluir en la técnica legislativa, y tal vez el más alejado de la preocupación de los juristas, es el que se expresa en la racionalidad teleológica, relativa al grado de efectividad de las leyes en orden a la consecución de los fines u objetivos asignados en cada caso por el legislador. El aludido descuido puede obedecer quizás al papel de gendarme externo que exhibió el Derecho en el Estado liberal, confiando en que fuera la propia sociedad quien determinase los fines; en ese marco la normatividad jurídica se expresa de ordinario en obligaciones de contenido negativo que se satisfacen con la simple no violación del amplio ámbito de autonomía individual. No ocurre así en el Estado social o intervencionista: de una parte, porque aquí el Derecho sí asume el cumplimiento de fines como la dirección de la economía, la garantía del empleo o la satisfacción de ciertas necesidades; y, de otro, porque las obligaciones que imponen sus normas son con frecuencia de naturaleza positiva, aunque no pocas veces sean normas poco concluyentes que no especifican ni los sujetos obligados ni el preciso contenido obligatorio. El Estado social, que está en el origen de la crisis de la ley y de los valores de la codificación, se muestra hoy como un nuevo desafío a la calidad de las leyes.

La ciencia legislativa, incluso en la versión técnica o minimalista que acabamos de enunciar, no deja de ofrecer una dimensión crítica frente al Derecho

⁶³ L. FERRAJOLI, *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia* (2007), trad. de P. Andrés y otros, Trotta, Madrid, 2011, vol. I, pp. 659 ss.

positivo: mostrar las imprecisiones del lenguaje normativo, constatar antinomias o lagunas, advertir la ineficacia de las normas, denunciar su ineffectividad o, peor aún, denunciar la divergencia entre los fines declarados y los efectivamente perseguidos por el legislador, como es el caso de la llamada legislación simbólica; son todas tareas que implican la asunción de una función crítica y no meramente descriptiva por parte de la ciencia jurídica. Aunque se trate de una crítica *interna* que no pone en cuestión todavía la justicia o rectitud de las normas, sino su adecuación a la lógica del propio sistema, en la línea sugerida por Ferrajoli para el conjunto de la ciencia del Derecho⁶⁴. El Derecho es un universo artificial y lingüístico que supone una interna racionalidad que a la teoría corresponde hacer explícita y reconstruir como *principia iuris tantum*, es decir, no como principios *del* Derecho, sino *sobre* el Derecho. Tal vez la objeción que cabe formular a este programa es el de un cierto sincretismo o falta de homogeneidad metodológica, pues así como el cultivo de la racionalidad lingüística y sistemática ha sido patrimonio de la ciencia del Derecho, las racionalidades pragmática y teleológica suponen una apertura a investigaciones empíricas y sociológicas, así como a evaluaciones políticas, ajenas a las tradicionales preocupaciones del jurista.

Con todo, la ciencia de la legislación que quedó dibujada en el epígrafe primero no incluía sólo una técnica, sino también una política legislativa y fue esa política la que precisamente imprimió su sello al concepto histórico de codificación como empresa llamada a transformar en Derecho positivo los postulados del Derecho racional, llamada en suma a construir un Derecho justo. ¿Cabe hoy pensar en un modelo de política legislativa que rehabilite ese concepto histórico de codificación? A mi juicio, los problemas para articular una respuesta positiva no sólo provienen del lado del Derecho o del legislador, que obviamente puede rehusar cualquier modelo teórico por muy racional que resulte, sino que ante todo vienen del lado de una teoría ética y jurídica que acaso hoy sea incapaz de construir un modelo equivalente al que alumbró la codificación. Si aún cabe hablar de racionalismo en la moral y en el Derecho, ha de hacerse de un modo muy diferente al que proporcionó fundamento al *Derecho de la razón*.

Recordemos que aquel modelo, ético y jurídico a un tiempo, fue el preparado por el iusnaturalismo racionalista sobre premisas objetivistas y cognoscitivistas que se pensaban aptas para descubrir principios morales universales y eternos, considerando la legislación positiva como un mero proceso de deducción a partir de dichos principios. Justo lo contrario de lo que sostiene buena parte del positivismo jurídico, para quien la idea de justicia es un valor irracional⁶⁵, o para quien proclamar la injusticia de una ley es algo tan emotivo como

⁶⁴ Obra citada en nota anterior, en especial la Introducción, II, vol. I, pp. 19 ss.

⁶⁵ Valga como ejemplo KELSEN: «La justicia absoluta es un valor irracional, o, dicho en otras palabras, una ilusión, una de las ilusiones eternas del hombre», *¿Qué es justicia?* (1952), ed. de A. Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1982, p. 59.

dar un puñetazo sobre la mesa⁶⁶. Obviamente, desde el escepticismo no parece posible emprender una ciencia de la legislación en este sentido fuerte que incluye tanto una aproximación crítica a propósito de los fines del legislador como la construcción de un modelo normativo⁶⁷. La política del Derecho de la codificación comprendía una teoría de la justicia inasumible desde un positivismo escéptico en materia ética y fuertemente voluntarista en materia jurídica. Pero ¿hay alternativa?

Ciertamente, entre el objetivismo moral y el escepticismo parece abrirse camino una tercera posibilidad que cuenta con numerosos adeptos y que trata de recuperar la razón práctica, pero de un modo menos solipsista, más comunicativo y consensual, y que desde luego huye de las verdades eternas⁶⁸. Me refiero al constructivismo ético que se halla en la base de dos grandes teorías que hoy dominan buena parte de la reflexión jurídica y política, la teoría de la argumentación jurídica y la teoría de la democracia deliberativa. A la primera ya nos hemos referido: si la interpretación del Derecho pretende responder a las reglas de la argumentación racional parece necesario que parta de premisas racionales, o no irracionales, y por tanto postula una legislación racional. Pero sólo eso, postula y no garantiza. Porque, en realidad, la teoría de la argumentación no parece pensada para gobernar los procesos legislativos, sino la aplicación de las cláusulas materiales de una Constitución que se presume racional precisamente porque cuenta con principios y derechos fundamentales, poniendo así remedio a la insuficiente racionalidad del legislador. La ley es una decisión que se mueve dentro del marco constitucional y, por tanto, se presume también que dentro del marco de la racionalidad, pero donde culmina la argumentación jurídica racional no es en la ley, sino en la interpretación; el centro de gravedad del Derecho ya no es el sistema *estático* expresado en la ley o en el Código, sino el proceso *dinámico* en que consiste la interpretación y que se nutre de la argumentación racional. Por eso, se ha dicho con acierto que la teoría del Derecho hoy dominante, en la que ocupa un lugar de privilegio la teoría de la argumentación jurídica, es menos esencialista y más pragmática, menos general y más particular, menos objetualista y más interpretativa, menos sistemática y más problemática⁶⁹. O sea, justo lo contrario de lo que fue la cultura jurídica de la codificación.

Pero el constructivismo ético no sólo se halla en la base de las teorías de la argumentación llamadas a fundamentar racionalmente la aplicación de principios y derechos constitucionales, sino que se sitúa en el centro mismo de una

⁶⁶ Así lo dice A. ROSS, *Sobre el Derecho y la justicia* (1958), Trad. de G. Carrió, Eudeba, Buenos Aires, 1963, p. 267.

⁶⁷ Vid. G. MARCILLA, *Racionalidad legislativa*, cit., p. 283

⁶⁸ Recordemos que para J. RAWLS, «la idea de aproximarse a la verdad moral no tiene lugar alguno en una doctrina constructivista: las partes en la posición original no reconocen ningún principio de justicia como verdadero o correcto y por ello como previamente dado; su meta es simplemente seleccionar la concepción que para ellos es más racional, dadas las circunstancias», «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en *Justicia como equidad*, ed. de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 1999, p. 213.

⁶⁹ A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad*, cit., pp. 215 ss.

democracia concebida como fuente conjunta de Derecho y de moralidad, o sea, se sitúa no sólo en la *aplicación*, sino también en la *producción* del orden jurídico. Desde esta perspectiva, la democracia se erige en una fábrica de la racionalidad de la ley porque es justamente su procedimiento de formación una suerte de institucionalización del discurso moral. Nino lo dice expresamente: «la conexión intrínseca que hay entre democracia y moralidad está dada por el valor epistemológico de la primera para determinar los alcances de la última» o, lo que es lo mismo, el procedimiento de formación de la ley es un «sucedáneo» del discurso moral que nos propone la ética comunicativa⁷⁰. La racionalidad de la ley ya no viene dada por el ajuste de ésta a un parámetro externo, como pudo ser en su día el Derecho natural o el programa reformista de la Ilustración, sino que se configura como una cualidad inmanente que deriva de las condiciones de su procedimiento de producción; condiciones que, por lo demás, son las mismas que exhibe una moral que se ha desembarazado de las verdades eternas para ser construida por los propios participantes en el discurso.

No es ocasión de discutir las varias objeciones que pudieran formularse a esta versión fuerte de la teoría de la democracia, entre ellas la no pequeña de que conduce irremediamente a un positivismo ético muy poco atractivo donde el Derecho positivo, bien que democrático, se convierte en juez de su propia racionalidad o justicia. Por lo que aquí interesa, el problema es que este planteamiento proporciona sin duda un modelo de racionalidad de la ley, sólo que un modelo que pudiera considerarse en las antípodas de ese otro modelo de racionalidad al que respondió históricamente la codificación⁷¹. Al menos por un motivo: la racionalidad codificadora presentaba un carácter *estático*, tanto en el sentido (kelseniano) de pretender ser una deducción de ciertos principios sustantivos de moralidad, como en el sentido (temporal) de incorporar un designio de normatividad rígida y perdurable, cuando no eviterna; mientras que la racionalidad procedimental o democrática presenta un carácter *dinámico*, tanto en el sentido (kelseniano) de obtener su validez del acto mismo de su producción, como en el sentido (temporal) de encarnar una decisión mudable y pasajera, tanto como la voluntad que está tras ella, democrática o no.

Así pues, no es que la racionalización del Derecho sea una empresa abandonada; no lo está, desde luego, en la esfera de su aplicación donde las teorías de la argumentación jurídica han venido a colmar una clamorosa laguna del positivismo tradicional; según los más optimistas, tampoco lo está en la esfera de su creación, donde la teoría de la democracia deliberativa parece empeñada en la justificación de las democracias realmente existentes, que tienden a ser concebidas como fábricas de leyes justas y racionales. Pero, en el mejor de los casos, se trata de un modelo de racionalidad que muy poco tiene que ver con el

⁷⁰ C. NINO, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 367 s.

⁷¹ Con acierto distingue GARCÍA AMADO entre teorías material-normativas de la legislación, que establecen límites directos al contenido posible de las leyes, y teorías formal-normativas, que establecen sólo modos, formas o procedimientos, «Razón práctica y teoría de la legislación», cit. pp. 14 s.

que inspiró la política legislativa de la codificación: la racionalidad codificadora pretendió ser la plasmación legislativa de un proyecto utópico, universal y largamente perdurable; la racionalidad que nos proporciona el constructivismo es un *hacerse* día a día a través del procedimiento, proceso de resultados más efímeros y en el que, por otra parte, los jueces cuentan al menos tanto como los legisladores. Si puede decirse así, para la filosofía del Código la razón es el impulso o el punto de partida de un Derecho transformador que debe instaurar en la sociedad los principios firmes de la verdad moral y política; hoy la razón más bien aparece sólo como un posible, discutible e inseguro punto de llegada de un Derecho abandonado a su propio procedimiento. Recordemos de nuevo la opinión de Tomás y Valiente: sólo la Constitución y algunos Estatutos de Autonomía parecen haber conservado, no ya la técnica legislativa, sino el espíritu de la política de la codificación.

Pero, a mi juicio, esto último sólo en parte. Las Constituciones han heredado sin duda ese espíritu transformador y de aspiración colectiva que alentó la empresa codificadora. No han heredado, sin embargo, la estructura normativa propia de los Códigos, una estructura que, por usar una terminología corriente en la teoría del Derecho, es la propia de las reglas. La dimensión sustantiva o material de las Constituciones, aquella que forman los llamados valores superiores, los principios y los derechos fundamentales, adoptan más bien la estructura de principios. Y esta circunstancia tiene una consecuencia sobresaliente para otro de los ideales codificadores: así como las reglas aspiran a la subsunción «mecánica» y preservan la figura del jurista técnico y cognoscitivo, los principios aspiran a la ponderación, un ejercicio argumentativo que, como ya se comentó, reclama la figura de un jurista abierto a valoraciones y a realizar, como censuraría Beccaria, más de un silogismo. En resumen, las leyes pretenden responder hoy a un tipo de racionalidad muy distinto al propio de la codificación; y las Constituciones, que aún podrían reclamar para sí esa racionalidad ilustrada, exhiben en cambio una estructura normativa que justamente se aleja de la que fue postulada por los Códigos. Aunque resulte algo simplificada, cabe decir que las leyes todavía pueden aspirar, siempre que mejoren de modo muy notable, a recoger los ideales de la técnica codificadora, pero difícilmente los valores que estuvieron presentes en la política de la codificación; y la Constitución, que bien puede verse como el último legado de esa política, presenta una fisonomía principialista y conflictiva escasamente acorde con los postulados de la técnica de la codificación.

LUIS PRIETO SANCHÍS



ESTUDIOS



Navarra: un reino en la Monarquía Española (1512-1829)

SUMARIO: 1. Algunas consideraciones introductorias y polémicas.–2. El Reino de Navarra en la Corona de Castilla: 2.1 Reflexión crítica sobre la bibliografía. 2.2 Hacia la incorporación. 2.3 Las Bulas, pretexto formal de la incorporación. 2.4 Ojeada a algunos tópicos sobre la anexión de Navarra. 2.5 La incorporación a la Corona de Castilla.–3. Navarra, límite o frontera de la Monarquía: 3.1 Precisiones elementales sobre el concepto de Monarquía y su aplicación a Navarra. 3.2 La frontera exterior de Navarra.–4. La Monarquía y Navarra: el elemento humano: 4.1 El monarca, rey de Navarra. 4.2 Los navarros, súbditos de la Monarquía.–5. La Monarquía y Navarra: las instituciones: 5.1 El Virrey de Navarra. 5.2 El Consejo Real de Navarra. 5.3 Las Cortes de Navarra.–6. La Monarquía y Navarra: los problemas: 6.1 El escrúpulo de conciencia de Carlos I. 6.2 Navarra en los años de crisis de la Monarquía (1640-1648). 6.3 La traslación de las aduanas de Navarra al Pirineo.–7. Orientación bibliográfica posterior.

Nota aclaratoria: El presente trabajo fue encargado por la Real Academia de la Historia conjuntamente con la Fundación Rafael del Pino y expuesto en 2008 en sesión pública. Inicialmente, hubiera debido publicarse en el año 2010, con los demás trabajos relativos a los territorios peninsulares de la Monarquía Española; pero las dificultades financieras han impedido esa publicación de conjunto, por lo que me acojo a la hospitalidad de nuestro Anuario para publicarlo aquí, para lo cual cuento con el oportuno permiso. He de advertir que el trabajo publicado cuenta con actualización bibliográfica al final del mismo, pero aparte de ello, conserva su estructura y contenido originales.

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS Y POLÉMICAS

Navarra es uno de los cuatro cuarteles que desde hace siglos conforman el escudo de España. Esta realidad que –se quiera o no se quiera– la Historia ha

acabado por resolver, sigue levantando alegatos apasionados precisamente en contra de esa misma realidad. Casi cinco siglos después de la incorporación a la Corona de Castilla mediante unión principal, esa misma incorporación sigue siendo discutida, analizada y combatida, en una dirección contraria a la realidad que hoy vivimos. Si fuese posible desandar la Historia, la anexión personal de 1512 por Fernando el Católico y la incorporación de 1515 serían declaradas ilegítimas, al tiempo que se pretendería la vuelta a una situación no muy bien definida, pero en todo caso anterior a 1512.

¿Para qué?, ¿para volver a una quimérica Navarra independiente? Ciertamente no ¿Para hacer triunfar ahora al partido agramontés y colocar al *Viejo Reyno* en la órbita de Francia? Sinceramente creo que tampoco, pues la reivindicación de los agramonteses como los *auténticos* navarros no esconde otra cosa que la estigmatización de los beaumonteses como traidores a su patria y partidarios de Castilla. Además, si mal estaba Navarra en Castilla, la reivindicación de nuestros días no va, ciertamente, por su incorporación a Francia. Pero sí tiene las vista puesta en su incorporación a esa Euzkadi asentada en el panvasquismo, que se ve a sí misma como una nación constituida por una raza –aunque en esto se insiste hoy mucho menos que antes– una lengua –el vascuence o euskera, unificado en el *batúa*, para acabar con su diversidad dialectal– y un territorio, hoy dividido entre dos naciones extrañas que lo usurpan y oprimen: España y Francia. Esto podrá parecer crudo, pero es la realidad que vemos todos los días. Y en esta realidad, una Navarra con trayectoria histórica rectificadora tiene el sentido de la piedra clave de todo el arco de la nación vasca.

Tal es la razón de que si hace cien años ya existían los escritos alineados con la tradición *agramontesa-vasquista* –por llamarla de alguna forma– cuyos ejemplos más señeros son las obras de Boissonnade y Campión, hoy se incrementa la mencionada línea editorial con otros más abundantes y por ello menos conocidos –quizá– pero trasudados de la misma nostalgia agramontesa de los precursores apuntados. Si a ello se añade que Navarra ha sido moneda de cambio en determinadas negociaciones políticas de indudable trascendencia ¹, se estará cerca de comprender que la anexión de Navarra para unos y la incorporación para otros, siga siendo un tema histórico que a nadie deja neutral.

¿Qué debe hacer, en tal trance, un historiador del Derecho que se acerca al problema desde una perspectiva científica? A mi entender, desechar toda aproximación pasional y, por lo tanto, contaminante del resultado de su labor. Tratar de presentar las instituciones jurídicas y su evolución como lo que fueron a juicio de quien historia. Y si tal juicio –puede decirse con razón– siempre es subjetivo, lo será porque nadie, en investigación histórica, puede creerse el único depositario de la verdad objetiva, indiscutible, inconcusa. Pero no porque, *ab initio*, el historiador se haya inficionado de prejuicios históricos invali-

¹ Hago referencia, naturalmente, a la negociación de la extinta UCD con el PNV sobre Navarra, la cual dio origen a la Disposición Transitoria 4.^a de la vigente Constitución de 1978, que establece el mecanismo de la posible incorporación de Navarra a la Comunidad Autónoma Vasca. Igualmente me refiero a la parte pública del proceso de negociación política emprendido por el gobierno socialista con ETA a partir del 2005.

dantes de su labor, al par que deletéeros para la consideración que él mismo merezca ante la comunidad científica.

Sentadas estas afirmaciones, a mi modo de ver imprescindibles como explicación de mi estado de ánimo en lo científico, he de decir algo relativo a la metodología. Y en tal ámbito, debo declarar desde el principio que me considero historiador del Derecho del pasado como lo entendía el venerado maestro don Alfonso García-Gallo, es decir, como cultivador de una ciencia encuadrada dentro de las jurídicas y estudiada con método y perspectiva propias del jurista². Por mi formación tanto directa del magisterio de García-Gallo, como por la de Ismael Sánchez Bella³, siempre me he sentido más jurista que historiador⁴, a lo que no ha sido ajeno el peso de la tradición familiar⁵; por lo tanto, no debe esperarse de estas páginas un relato más o menos pormenorizado, más o menos apasionado, de los hechos históricos que llevaron a Navarra a integrarse en lo que conocemos hoy por *Monarquía Española* en su acepción puramente científica. Antes bien, y aunque ello pueda decepcionar al lector, seguiremos paso a paso los problemas jurídicos de la incorporación, para analizar posteriormente las instituciones jurídicas de Navarra dentro de la Monarquía Española hasta su transformación en provincia foral, hecho acaecido en virtud de la Ley Paccionada de 1841⁶.

² Alfonso GARCÍA-GALLO (1911-1992) tuvo el mérito indudable de reivindicar la naturaleza jurídica de la disciplina cuando ésta corría el peligro de deslizarse hacia la pura Historia, perdiendo sustantividad y diluyéndose entre los pliegues de la Historia general. Cabe citar sus siguientes aportaciones: «Historia, Derecho e Historia del Derecho», *Anuario de Historia del Derecho Español*, en adelante *AHDE*, 23, 1953, pp. 5-36; «Cuestiones y problemas de la Historia de la Administración española», *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1970, pp. 43-59; *Metodología de la Historia del Derecho Indiano*, Santiago de Chile, 1970; «Cuestiones de historiografía jurídica», *AHDE*, 44, 1974, pp. 741-746 y, finalmente, «Notas sobre la dinámica del Derecho», *Liber Amicorum Prof. Ignacio de la Concha*, Oviedo, 1986, pp. 247-251.

³ Profesor en la Universidad de Navarra, donde yo estudié la carrera e hice mi primer Doctorado, fue quien me despertó la vocación por la disciplina. Creo que siempre se sintió más historiador que jurista, pero en su producción científica en el campo del Derecho Indiano, donde siempre ha brillado con luz propia que es lo que realmente cuenta, nunca perdió de vista que el objeto de su estudio era el Derecho del pasado. Es el discípulo más antiguo de GARCÍA-GALLO. De ambos es discípulo el Prof. José Antonio ESCUDERO, y discípulo de éste el prof. Feliciano BARRIOS, ambos catedráticos de Historia del Derecho y miembros numerarios de la Real Academia de la Historia. No obstante, se alinean con la metodología plural de la Historia del Derecho, por entender que la historia de algo siempre es Historia y, en consecuencia, el método a emplear será más histórico o más jurídico según la institución a estudiar, dicho sea de una manera tan rápida como resumida, para no desviarme del objeto de este trabajo.

⁴ El propio GARCÍA-GALLO me lo dijo en una ocasión, y siempre tomé su afirmación como un cumplido y no como un reproche.

⁵ No me resisto a dejar escrito que dicha tradición familiar navarra, ininterrumpida, se remonta hasta 1738 en cuanto fechas comprobadas, aunque sospecho que es muy anterior.

⁶ Si el empleo de esta expresión puede irritar algo a los historiadores liberales de signo no vasquista sino españolista, lo siento, pero la mantengo porque es la pura verdad a la luz de la Historia. Ver la obra excelente de Jaime Ignacio del BURGO, *Ciento veinticinco años de vigencia del Pacto-Ley de 16 de agosto de 1841*, Pamplona, 1966; complementada por la obra del mismo autor *Origen y fundamento del régimen foral de Navarra*, Pamplona, 1967.

Por lo tanto, tras un análisis de la conquista e incorporación del reino de Navarra a la Corona de Castilla, pasaremos a estudiar a Navarra como frontera de la Monarquía, para centrarnos luego en el elemento humano e institucional de la relación de Navarra con aquélla, para acabar tratando algunos de los problemas más interesantes acaecidos entre Navarra y la Monarquía entre el siglo XVI y el cambio de status del reino en el siglo XIX.

2. EL REINO DE NAVARRA EN LA CORONA DE CASTILLA

2.1 REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE LA BIBLIOGRAFÍA

Desde la clásica obra de Prosper Boissonnade, dedicada a la conquista, hasta nuestros días o casi, no ha dejado de aparecer bibliografía de valor desigual que siempre adolece de un cierto apasionamiento cuando menos y de una toma de postura previa cuando más, que obligan al historiador a una paciente –y nada fácil– labor de eliminar la hojarasca de las opiniones viscerales del trigo de los datos asépticos. En este breve apartado se quieren hacer algunas consideraciones que van precisamente en esa dirección.

La mencionada obra⁷ marcó en su día un hito importante por la ingente bibliografía y documentación manejadas. Sin embargo, y hay que decirlo claramente para advertir al lector, la traducción de la misma (1981) que circula en nuestros días, ha sufrido tal proceso de manipulación que la hace inservible para un trabajo científico, dada su poca semejanza con la obra original en francés⁸. Sigo en esto la opinión de Huici. Quizá por tal razón el Gobierno de Navarra, por medio de la Institución Príncipe de Viana, encargó otra traducción para una edición fiable, aparecida en 2005⁹.

Dentro del mismo apasionamiento, pero justamente en el bando contrario debe situarse la conocida aportación de Víctor Pradera¹⁰, en la que legítima absolutamente la conquista¹¹ y estudia con gran minuciosidad el problema de la

⁷ Prosper BOISSONNADE, *Histoire de la réunion de la Navarre à la Castille*, París, 1893.

⁸ Dicha traducción se hizo en los ambientes vasquistas de Buenos Aires, con aportaciones personales a cargo de Tomás YOLDI entre 1956 y 1961. Vió la luz modernamente bajo el título *La conquista de Navarra*, 4 vols., editado por Mintzoa, Pamplona, 1981. Obviamente no basta que, como presentación de ella, se citen las palabras de Arturo Campión: «esta historia debe ser el catecismo de todos los navarros», pues se refieren obviamente a la obra original. Advertamos que Campión era un literato mucho más que un historiador, y de una muy definida orientación vasquista.

⁹ M.^a Puy HUICI GOÑI, *En torno a la conquista de Navarra*, Pamplona, 1993, ver p. 19. La otra traducción a la que se hace referencia en el texto se titula *Historia de la incorporación de Navarra a Castilla, ensayo sobre las relaciones de los príncipes de Foix-Albret con Francia y con España (1479-1521)*, Pamplona 2005. La introducción y notas corren a cargo de Eloisa Rodríguez Vaquero, mientras que la traducción propiamente dicha está a cargo de ésta misma y de Ana María Ramírez Merz.

¹⁰ Víctor PRADERA, *Fernando el Católico y los falsarios de la Historia*, reedición, Bilbao, 2003.

¹¹ *Ibidem*, 173 y 197 ss.

datación de las bulas de Julio II, que ha sido la base para negar su autenticidad. De todas formas, el momento de gestación de esta obra –la segunda década del pasado siglo– influyó decisivamente en ella, ya que se concibe como un alegato frente a las tesis mantenidas por los nacionalistas vascos¹².

En 1993 ve la luz el documentadísimo trabajo de Huici Goñi sobre la conquista de Navarra¹³. Con absoluta ausencia de prejuicios, la autora examina una serie de tópicos, que van desde la presencia francesa en Navarra, las facciones y los gobernantes, hasta la pequeñez del reino, su economía, las bulas y la actitud del rey Fernando. En alguna ocasión¹⁴ lo he definido como un libro *inquietante*, pues se aparta de la historiografía oficial, tanto la que intenta justificar la conquista como la que trata de hacer lo contrario. Es, por lo tanto, una obra no sólo valiente sino muy fiable por la gran cantidad de información en que se apoya.

Desde una perspectiva de síntesis, Luis Suárez ha dedicado al problema una monografía muy útil por la gran cantidad de datos que proporciona¹⁵. Remontándose muy atrás en el tiempo, a mediados del siglo XIV, va examinando las tensiones intranavarras y las apetencias externas que sobre este reino se van forjando a finales de la Baja Edad Media, hasta que estallan en el conflicto que provoca la intervención papal y la legitimación de la conquista, al menos sobre el papel¹⁶.

Por su parte, el prof. Alfredo Floristán ha abordado en un importante trabajo el gobierno de Navarra desde su incorporación hasta 1808. Debe utilizarse tanto por la labor personal del autor como por la documentación que aporta la cual, por decirlo llanamente, habla por sí sola¹⁷.

Desde un ámbito más local y en una perspectiva netamente *agramontesa*, cabe reseñar algún opúsculo circunstancial, aparecido con ocasión del 475 aniversario de lo que se llama abiertamente *conquista*¹⁸. Más entidad tiene la

¹² Así y por citar una muestra, Arturo CAMPION, «Navarra en su vida histórica», I, en sus *Obras completas*, publicadas por la mencionada Editorial Mintzoa, tomo III, pp. 441 a 445, los apartados «Política de esta dinastía», referida a la de Albret, y «La época de los papeles mojados», sobre los tejemanejes de Fernando el Católico.

¹³ Citado en nota 9. Han de añadirse su ya clásica obra sobre las Cortes de Navarra, que será mencionada en su momento y los tres volúmenes definitivos sobre la Cámara de Comptos, que comprenden respectivamente la época bajomedieval (1328-1512), publicado por el Gobierno de Navarra; los siglos XVI y XVIII y finalmente, el período 1700-1836. Estos dos últimos han sido publicados por la autora en 1996 y 1999 respectivamente. El trabajo es muy meritorio, la labor de toda una vida, por lo que recibió la más alta distinción de Navarra: la Medalla de Carlos III el Noble.

¹⁴ Ver mi recensión a estas obras en *AHDE*, 70, 2000, pp. 611-614.

¹⁵ Luis SUÁREZ FERNÁNDEZ, *Fernando el Católico y Navarra*, Madrid, 1985.

¹⁶ El prof. SUÁREZ no es jurista, aunque aborda cuestiones jurídicas en la parte final de su aportación; así, desde la p. 242 examina el parco aparato jurídico de la ocupación y la anexión, que para el autor es más bien *ocupación por contrato*.

¹⁷ Alfredo FLORISTAN IMIZCOZ, *La Monarquía española y el gobierno de Navarra, 1512-1808*, Pamplona, 1991. Este joven pero ya curtido investigador es autor de varios importantes trabajos sobre la problemática navarra en la Monarquía, que serán citados en su momento.

¹⁸ Número extraordinario de Eusko-Ikaskuntza/Sociedad de Estudios Vascos, *Cuadernos de Sección Historia-Geografía*, 11, Pamplona 1989. Recoge las *Jornadas Históricas 475 Aniversario de la conquista de Navarra*, celebradas del 14 al 16 de diciembre de 1987 en Pamplona. José M.^a

reciente obra de Pedro Esarte sobre Navarra entre 1512 y 1530¹⁹. Ha de destacarse que el autor no es historiador de profesión sino de vocación, profundamente sentida y por lo tanto digna de todo respeto dado el trabajo extra que le supone su cultivo. Eso hace pasar por alto algunas deficiencias de sistemática o de detalle en el aparato crítico que serían indisculpables en el historiador de profesión. La obra mencionada se alinea con la mencionada orientación *agramontesa* y, con independencia de que se compartan o no sus aportaciones, proporciona una gran cantidad de información. La primera parte está dedicada a la conquista-anexión, donde obviamente el Rey Católico no goza de las simpatías del autor. Las partes segunda a cuarta están dedicadas a la consolidación de la nueva situación, tanto en su vertiente puramente doméstica como externa, es decir: los intentos de darle la vuelta. De todas formas, su parcialidad se nota demasiado en algún apartado recapitulatorio, como el dedicado a la *unión principal* con la Corona de Castilla, que el autor califica –a mi modo de ver sin base– de *falsedad propalada*²⁰.

Con estas indicaciones, el lector interesado en el tema ya sabe –al menos en sus términos generales– por dónde discurre la bibliografía.

2.2 HACIA LA INCORPORACIÓN

El relato histórico de los hechos que concluyen en la conquista de Navarra por las tropas del duque de Alba es de sobra conocido y, en todo caso, fácilmente accesible. Por otra parte no es misión de estas páginas narrarlos de nuevo, como ya se ha advertido antes. Pero sí conviene esbozar brevemente un *iter* que permita situar el verdadero contexto de los cambios jurídicos que en esos años cruciales afectaron a Navarra. Acontecimientos y cambios que se encuentran entreverados de tópicos, de sentimientos y de medias verdades, al objeto de hacer cuadrar los hechos con la interpretación que más guste o convenga.

Como hay que poner un término *a quo* a este relato sucinto, puede perfectamente elegirse 1504, año de la muerte de Isabel la Católica. Fernando está amparado por el testamento de su esposa, y tiene amplias facultades de disfrute

JIMENO JURIO publica un trabajo titulado «La guerra de 1512 a 1522 y su repercusión sobre los territorios de la Corona de Navarra», pp. 11-32; Manex GOHINETXE el suyo «Goi Nafarroatik behe Nafarroara», pp. 35-36; Tomás URZAINQUI MINA, «Repercusión de la conquista de Navarra en el campo del Derecho y sistema jurídico propios», pp. 39-57; Jon ORIA OSES, «Influencia de la conquista en el pensamiento, la cultura y la literatura», pp.61-78; J.M. SATRUSTEGUI, «Impacto del cambio político en la situación del euskera y posterior evolución» y finalmente, Francisco J. SIERRA URZAIZ, «La conquista de Navarra: estudio bibliográfico desde el siglo XVI al XIX», pp. 91 a 120. De entre todos ellos, solamente el de Urzainqui merece alguna atención para nuestro objeto, si bien no en el texto. Comienza por definir lo que ocurrió en 1512 como una usurpación y presenta el sistema jurídico de Navarra como una involución. Me hace la merced de citarme en su nota 23, al hablar de las Cortes de Navarra, pero probablemente de segunda mano, ya que no especifica el lugar de publicación del trabajo ni la página.

¹⁹ Pedro ESARTE MUNIAIN, *Navarra, 1512-1530. Conquista, ocupación y sometimiento militar, civil y eclesiástico*, Pamplona, 2001.

²⁰ *Ibidem*, pp. 764 s.

de rentas sobre los reinos comunes, así como de gobierno en nombre de la hija de ambos, Juana, si ésta no quisiese o no pudiese reinar²¹. Pues bien, en este momento²² los reyes de Navarra –Juan del Albret y Catalina de Foix– soportan la hostilidad francesa, por lo que apoyan a Fernando en sus problemas con su hija y yerno. Pero el matrimonio del viudo Fernando con Germana de Foix, familia hostil a los Albret, añade un factor de desacuerdo, lo que lleva a los reyes navarros a acercarse a Juana y Felipe. Como es sabido, Navarra estaba dividida en dos facciones: la agramontesa, que generalmente se entiende favorable a Francia y la beamontesa que lo era a Castilla. Por tal razón sorprende que los Albret hostiguen a esta facción, incluso consiguiendo eliminar a su jefe el conde de Lerín en 1507.

En esta situación más confusa que inestable queda vacante la mitra de Pamplona y los Albret se enfadan con Julio II a causa del nombramiento del sucesor. El papa Della Rovere –cuyo mal carácter y poca paciencia han hecho Historia– excomulgó a los reyes y puso al reino en entredicho. Esto ocurría en 1509 y parece que desde entonces Fernando el Católico ya comienza a pensar en sustituir a los Albret; es más, se le incita a asumir la corona de Navarra, para lo cual comenzó a prepararse jurídicamente, al tiempo que daba asilo a los beamonteses y rompía con los Albret para obligarles a negociar, cosa a lo que éstos se negaron preparándose para la guerra. Para Fernando, era prioritaria la reconstrucción del partido beamontés, al objeto de neutralizar Navarra y no verse arrastrado a una guerra continental, que era la guerra de Julio II y no la suya.

En efecto el rey Luis XII, a cien años del fin del cisma de Occidente, tuvo la infortunada idea de volver a desempolvar en cierta medida el *conciliarismo*, provocando lo que se conoce como el *conciliábulo de Pisa*, en el que cuatro cardenales amparados por el duque de Ferrara pretendieron juzgar y destituir al Papa. Entonces Fernando entró en la Liga Santa y se encontró en guerra con Francia. Los reyes de Navarra, neutrales al principio, pidieron a Fernando que respetase su neutralidad, a lo que éste respondió imponiendo condiciones cuyo cumplimiento exigía. Entretanto muere sin hijos Gastón de Foix por lo que su hermana doña Germana, esposa de Fernando, le sucede en virtud de propinquidad. Eso suponía que debía recibir importantes posesiones en Francia, a cuya entrega Luis XII no estaba dispuesto, por lo que inició un acercamiento a los reyes de Navarra que, a la postre, iba a serles fatal.

Estos, en efecto, intentaron jugar a dos bandas pero no consiguieron engañar al sagaz Fernando quien, pensando con acierto que Navarra sería una base militar francesa, pidió a su embajador en Italia que gestionase la promulgación de dos bulas papales a usar alternativamente. La primera autorizaría la ocupación de Navarra durante el tiempo de la guerra y la segunda privaría a los Albret

²¹ No haré más referencia a la situación de Fernando con su hija y su yerno, por otra parte conocida de sobra. Ver mi trabajo «Regencias y Gobernaciones en la tradición jurídica castellana», en Benjamín GONZÁLEZ ALONSO (Coord.), *Las Cortes y las Leyes de Toro de 1505. Actas del Congreso conmemorativo del V Centenario...*, Salamanca, 2006, pp. 243-267.

²² En sus términos generales, sigo la exposición del mencionado prof. SUÁREZ, *Fernando el Católico y Navarra*, pp. 209 ss.

de su corona si se unían a Francia. Aunque Fernando aún intentó un último compromiso con los Albret, éstos ya no tenían ojos más que para Luis XII, cegados por el brillo de lo que éste les había prometido como pago de su alianza, que era todo lo que los monarcas navarros demandaron²³.

Fernando tenía montada en Blois una eficiente red de espionaje que le permitía conocer todos los pasos que se daban a orillas del Loira, de manera que cuando el Tratado se firmó allí el 17 de julio de 1512, pudo publicarlo ese mismo día. Dos días después se producía la invasión de Navarra²⁴.

2.3 LAS BULAS, PRETEXTO FORMAL DE LA INCORPORACIÓN

Como es bien sabido, el Papa Julio II promulgó dos bulas que permitieron a Fernando asentar su legitimidad sobre el trono de Navarra. Se trata de la *Pastor ille caelestis* y la *Exigit contumacium*²⁵. Vamos a analizarlas por separado, para hacer luego una valoración de conjunto.

2.3.1 La primera de las bulas está fechada el 21 de julio de 1512²⁶. Después de advertir que el papa, como vicario de Cristo, tiene obligación de cuidar de su grey, preservando a los buenos de la influencia de los malos, señala que Luis XII *rey de los francos* y el duque de Ferrara conspiraron contra la Sede Apostólica, por lo que el papa se vio obligado a apoyarse en el rey de Aragón, el dux de Venecia y el rey de Inglaterra. Luis trata de arrastrar a su órbita a *vascos, cántabros y gentes circumvecinas* para ponerlos en contra del papa. Por lo tanto, éste se dirige a todos los cristianos y especialmente a los mencionados vascos y cántabros para comunicarles que fulmina la excomunión mayor *latae sententiae* contra quienes –sea cual sea su autoridad– tomasen las armas contra el papa o sus aliados o, si lo hubiesen hecho antes de la promulgación de la bula, no depusiesen su actitud. Quienes persistiesen en ella quedan excomulgados, desposeídos de todos los feudos, concesiones, privilegios, etc., espirituales y temporales e incapacitados, de manera que sus bienes quedan vacantes a merced de quien los ocupe. Esta bula ha sido discutida en su autenticidad, con argumentos variados, expuestos y refutados según el sentir de los escritores²⁷.

²³ Demandas detalladas *ibidem*, pp. 241 s.

²⁴ Ver este Tratado (18 julio 1512) y la versión que de él divulgó Fernando el Católico en FLORISTAN, *La Monarquía y el gobierno de Navarra*, pp. 21 ss.

²⁵ Ambas bulas figuran reproducidas en la obra de VÍCTOR PRADERA mencionada en la nota 10. La *Pastor ille caelestis* se reproduce traducida en pp. 184 s. y se incluye el texto latino a partir de la p. 357. Por lo que respecta a la *Exigit contumacium*, figura en castellano en pp. 189 s. y en latín en 365 s.

²⁶ Concretamente, «Datum Romae apud Sanctum Petrum, anno Incarnationis Domini millesimo quingentesimo duodecimo, duodecimo Kalendas augusti, Pontificatus Nostri anno nono».

²⁷ Así, que presupone una censura contra el rey de Francia, que no fue fulminada hasta el 15 de agosto de 1512, a lo que se contesta que en la bula no se excomulga a Luis XII, sino al duque de Ferrara y a los cuatro cardenales del *conciliábulo de Pisa*. No figuran en ella los reyes de Navarra, aunque sí resultarían comprendidos en las penas de la bula si se uniesen al rey de Francia. No se menciona expresamente a los navarros, sino que se usa una terminología ambigua, pero justamente esa ambigüedad permitiría su inclusión. No hubo notificación, ni trámite de audiencia ni se

2.3.2 La segunda bula está fechada el 18 de febrero de 1512²⁸. El papa –se dice en su texto– debe olvidar su habitual clemencia (!) para vengar las ofensas a Dios. Y así, como Luis XII rey de los Francos, se hubiese vinculado a los autores del conciliábulo cismático, se promulgó otra bula –la *Pastor ille caelestis*– cuyo contenido se resume. Pero los entonces reyes de Navarra Juan y Catalina, abandonando la reverencia hasta entonces profesada a la Sede Apostólica e inspirados por el diablo, se aliaron con el rey francés en apoyo a los cismáticos y contra los aliados de la Santa Sede. En vista de lo cual, para castigar la actitud de los reyes de Navarra y para ejemplo futuro, son excomulgados y desposeídos del título y dignidad reales, quedando vacantes sus bienes a merced de quien los ocupe. Además, son absueltos del juramento de fidelidad y homenaje quienes por razón de cargo estuviesen obligados a respetarlo, y se ordena que no sean reconocidos como reyes, amenazando con el entredicho a las tierras o poblaciones rebeldes. Igualmente se formularon objeciones a la autenticidad de la bula, que fueron respondidas análogamente que en el caso anterior²⁹.

La clave del problema de la datación posterior de esta segunda bula está en el cómputo utilizado, que no coincide con el actual y que es el empleado en la primera bula. La exposición de Pradera sobre el particular³⁰ parece inobjetable, y de ella entresacamos simplemente que al comenzar el año el día de la Encarnación –cómputo florentino– el año décimo del pontificado sería 1513 y no 1512. Sin embargo, está claro que el problema no reside aquí, porque no se trata de negar la autenticidad de las bulas, cosa que hoy no parece posible, sino de mostrar la actitud de Fernando el Católico para hacerse con Navarra mediante el pretexto puramente formal de dos bulas auténticas, que sin embargo no hacían sino legitimar –en apariencia o no, según cada quien– un plan concebido de antemano y ejecutado por sus pasos y con toda minuciosidad.

2.3.3 Pues, en efecto, los entresijos de la expedición de las bulas, que hoy son suficientemente conocidos, no deja lugar a dudas. Veamos. Basta releer el

comunicó a los reyes de Navarra; pero tales requisitos no son exigibles en una excomunión *latae sententiae*, esto es, *ipso facto incurrenda*. Si el Tratado de Blois es del 19 de julio y la bula del 21, ¿cómo podía estar el papa al tanto de todo en sólo dos días? La respuesta es que los manejos de Luis XII contra el papa y el acercamiento de los reyes de Navarra a las tesis francesas era notorios. Por último, se señala que el duque de Alba comenzó la conquista de Navarra antes de la bula, lo cual es cierto, si bien por el Tratado de Blois los reyes Juan y Catalina harían la guerra más fuerte que pudiesen a Fernando de Aragón. PRADERA, *Fernando el Católico*, 197 ss.

²⁸ Concretamente, «Datum Romae apud Santum Petrum, anno Incarnationis Domini millesimo quingentesimo duodecimo, duodecimo kalendas Martii, Pontificatus nostri anno decimo».

²⁹ Así en primer lugar la fecha: si fueron excomulgados los reyes el 18 de febrero, no se les pudo comunicar la bula del 25 de julio, ni tendría sentido que Juan y Catalina fuesen tratados de ilustres hijos en una bula dirigida el 21 de julio al deán de Tudela. Deberían haber sido excomulgados pero después del Tratado de Blois, no 5 meses antes. De haber existido tal bula, el duque de Alba la hubiese mostrado y Fernando mencionado en su manifiesto a los navarros. Además, ¿cómo puede admitirse una excomunión de los reyes de Navarra en febrero de 1512 si la del rey de Francia, de quien aquella trae su causa, no se produciría hasta el 15 de agosto? Por último, la bula dice que se promulgó en el décimo año del pontificado de Julio II, cuando el año 1512 era en realidad el noveno. PRADERA, *Fernando el Católico*, pp. 214 ss.

³⁰ *Ibidem*, pp. 229 ss.

apartado 2.2. para darse cuenta de que, desde mucho tiempo antes de la conquista militar, Fernando ya había planeado hacerse con el trono de Navarra, tanto para acrecentar su poder en la Península como fuera de ella, evitando que recayese en los reyes de Francia, dado que en los comienzos del siglo XVI ya giraba en la órbita de aquéllos. La excelente obra del barón de Terrateig³¹ proporciona información sobre la correspondencia de Fernando con su embajador ante la corte pontificia, al objeto de gestionar los documentos papales que legitimasen la anexión. No olvidemos que en esa época era principio aceptado que el papa tenía poder sobre tierras de infieles. No sobre las de un príncipe cristiano, pero sí si éste era excomulgado por el sumo pontífice, quien en tal caso podía disponer de sus reinos como mejor le pareciese.

Así pues, a mediados de abril de 1512, en un mensaje cifrado al embajador, Fernando descubre cuál es el modelo y objeto de la que en su momento sería la *Pastor ille caelestis*: debía inspirarse en una bula que debía publicarse en Suiza, aunque la impetrada se publicaría en Navarra y Bearne. En ella debía excomulgarse a quienes fuesen pagados por los franceses en servicio de Francia y a quienes atacasen a los ejércitos ingleses y españoles que iban a entrar por Guyena. Así se lograría que los pueblos y los reyes de Navarra, por temor a las censuras, no ayudasen a Francia³².

El papa Della Rovere se tomaba su tiempo y dilataba ayudar a Fernando por las razones que fuesen, hasta el punto de que éste vuelve a escribir a su embajador quejándose —ya en vísperas de la conquista— de que Julio II no quiere proporcionar las ayudas espirituales necesarias, añadiendo con no poco cinismo: *si ello no le cuesta más que papel, tinta y firmar*³³. Basta la referencia a esta carta para deshacer cualquier duda sobre la autenticidad de la *Pastor ille caelestis* y, de paso, abundar en el distinto cómputo datacional de la *Exigit contumacium*. Pero, por si hubiese alguna duda, una nueva carta de Fernando al embajador ante Julio II, fechada el 13 de marzo de 1513, le encarece que obtenga cuanto antes esta segunda bula para darle el uso pertinente³⁴. En realidad la

³¹ Barón de TERRATEIG, *Política del Rey Católico en Italia*, 2 vols., Madrid, 1963.

³² Carta cifrada de Fernando al embajador en Roma. 1512, abril 17: «Y dezid a Su Sidad que yo le suplico me embie luego dos bullas... y la otra bulla que sea otra yal como la que decís que el Papa ha embiado al Cardenal de Sydón para que se publique en Suyça, y esta que embiara ha de ser para que se publique en Navarra y Bearne y en los otros sennorios del Rey y la Reyna de Navarra, descomulgando a todas las personas que tomaren sueldo de los franceses y fuesen en servicio de Françia y a los que directa o indirectamente fizieren danno o estorvo a los exercitos de ingleses y spañoles que entraran por Guiayna, y esta sera para dos efectos, el uno para que los pueblos por temor a las censuras no ayuden a Francia y para que el Rey y la Reyna de Navarra tengan con la dicha bulla mayor color para estorvarlo, y el otro porque si el Rey de Navarra, que es de natural francés, se inclinase a seguir la parte de françia, la dicha bulla ayude para desviarle de tal propósito, porque tiene sus tierras en parte en que la dicha empresa de Guiaina puede mucho aprovechar a la una parte e a la otra». TERRATEIG, *Política del Rey Católico*, II, p. 198.

³³ *Ibidem*, I, p. 340

³⁴ Carta de Fernando al embajador en Roma. 1513, marzo 13: «El despacho de la bulla de Navarra os tenemos mucho en servicio y seria necesario que nos la embiassedes luego, para que con ella se pueda fazer acá la diligencia que combiene». *Ibidem*, II, p. 242, doc. n.º 90.

bula se había firmado, pero Fernando aún no lo sabía y, por supuesto, no obraba aún en su poder.

En síntesis: las bulas sirvieron para legitimar una decisión anexionista tomada *a priori*, que únicamente hubieran podido invalidar actos de los propios reyes de Navarra en un sentido completamente contrario a los que históricamente se produjeron.

2.4 OJEADA A ALGUNOS TÓPICOS SOBRE LA ANEXIÓN DE NAVARRA

Huici, con una sistemática muy personal, alude en su documentado libro sobre la conquista a algunos tópicos que se han utilizado a lo largo de la Historia para justificar aquella³⁵. El primero es la pequeñez del reino, que le invalidaba para ser protagonista de la Historia, lo que no fue obstáculo para que, inmediatamente después de la conquista, se ordenase restaurar cuanto antes las fortificaciones de la ciudad. El segundo es la alianza de Francia con Navarra a través del Tratado de Blois. Aquí incluso Huici cree que es imposible que Fernando conociese el Tratado seis días antes de la invasión. Ya hemos visto que el servicio de espionaje que había montado le permitió divulgar el Tratado el mismo día de su firma. En todo caso, no cabe suponer que Fernando ignoraba su contenido. Otra cosa distinta es que la donación pontificia, como se ha visto, estuviese prevista desde antes.

El tercer tópico es que se trató de un cambio de rey, pues Fernando aceptó a Navarra como era y ésta le juró como rey. Eso no es más que el colofón de todo el proceso de la conquista, tanto militar como jurídico. No veo claro que Fernando pudiese engañar al papa haciéndole creer que iba a ocupar Navarra de manera provisional y que luego la devolvería. Aunque Huici se sienta inclinada a creerlo, esto no cuadra con la situación intemporal que crea la primera bula y la definitiva que es sancionada por la segunda³⁶. Desde este punto de vista, no puede admitirse lo que la propia Huici –tan estimable por la gran documentación que maneja y por su honestidad intelectual, no me cansaré de repetirlo– se atreve a decir: que algunos autores estiman que las bulas no fueron necesarias porque las Cortes de 1513 juraron fidelidad a Fernando. Esto se pone en boca de Luis Suárez³⁷, pero es que este autor no dice lo que se le atribuye, sino que la entronización de Fernando se hizo mediante un pacto sinalagmático muy lentamente elaborado desde las capitulaciones del 24 de julio, pero estaba claro que aquel pacto y aquel cambio de dinastía estaban asentados en las bulas papales, pues de otra manera la aceptación del reino hubiera sido tan ilegítima como la asunción de la corona por Fernando, quien precisamente traía su legitimidad de un documento papal que privaba de su reino a los reyes de Navarra, quedando éste a merced de quien lo ocupase. Es evidente que los navarros no podían

³⁵ HUICI, *En torno a la conquista de Navarra*, pp. 84 s.

³⁶ *Ibidem*, pp. 86 s. No comparto, en absoluto, las apreciaciones que vierte sobre los contrafueros de 1549. Huici no es jurista y tampoco –que yo sepa– está familiarizada con la política, que muchas veces se aparta del Derecho o trata de violentarlo.

³⁷ SUÁREZ, *Fernando el Católico y Navarra*, p. 244.

resistirse y probablemente tampoco les interesaba, desde el momento que el cambio de dinastía no afectaba a su *status* político. Está claro que la presencia de un ejército de ocupación imponía una dialéctica militar que iba paralela a la prosopopeya política: el duque de Alba tenía que asegurar la sumisión de los navarros aunque los reyes hubiesen pasado los Pirineos. La guerra de Fernando fue contra los franceses, desde luego, pero también contra sus aliados, no así contra el pueblo que abandonó la obediencia a los reyes excomulgados, aunque la presencia de tropas de ocupación quitase libertad a esa actitud, claro está.

La presencia de este ejército, a la que Huici se refiere repetidas veces, es algo que no sé si a la autora le duele o le molesta, como ya he dicho en alguna ocasión³⁸. Era inevitable que estuviese allí, dado que el reino había cambiado de manos. Los ánimos estaban inquietos y los reyes exiliados en Pau soñaban con la vuelta imposible. Luego los reyes de Francia, titulándose *reyes de Navarra*, discutirán algún tiempo la soberanía cispirenaica, por lo que la presencia de fuerzas militares era indispensable, como ocurría siempre en Europa en semejantes circunstancias.

Por último, Huici alude a algunos otros tópicos con los cuales se muestra igualmente crítica³⁹: el benéfico gobierno de Fernando el Católico, la aceptación de la conquista por los navarros con relativa facilidad y la mejora de la situación del reino. No vamos a hacer ahora mayor mención de ello, aunque sí que son de sobra conocidos los escrúpulos que Carlos I mantuvo sobre la actitud de su abuelo en relación con Navarra, razón por la cual siempre fue benevolente con este reino. En lo demás, me pareció importante hacer una referencia a esta historia apasionada de la conquista precisamente porque cito a una autora que no dice nada sin documentarse previamente. Pero me parece que permite que su propio estado de ánimo le lleve a justificar o condenar aquello que historia.

No voy yo en esa dirección. Creo que Fernando el Católico conquistó Navarra de acuerdo con un plan. Que los reyes de Navarra, únicos que podían frustrarlo, hicieron justamente lo que más convenía al rey de Aragón. Y que utilizó el arma de las bulas porque era un instrumento cuya legitimidad entonces nadie negaba. A partir de ahí, consolidó su presencia y su dominio sobre Navarra como reino *ganado*⁴⁰. Que esto guste o no guste, que esté bien o mal, que hubiese sido mejor seguir en la órbita francesa o no, son cuestiones subjetivas o de historia-ficción en la que el historiador del Derecho, en cuanto científico, no debe entrar.

2.5 LA INCORPORACIÓN A LA CORONA DE CASTILLA

2.5.1 Una vez entrado en Navarra el ejército del duque de Alba, se firmó una capitulación entre la ciudad de Pamplona y el propio duque⁴¹, que permitió

³⁸ Ver mi recensión citada en nota 14.

³⁹ HUICI, *En torno a la conquista de Navarra*, pp. 99 s.

⁴⁰ Se emplea este adjetivo en su sentido propiamente jurídico, como bienes *de ganancia* contrapuestos a los bienes *de abolengo*.

⁴¹ Lleva fecha de 24 de julio de 1512, y fue confirmada por Fernando el 4 de agosto. Uno de los que la reproduce es SUÁREZ, *Fernando el Católico y Navarra*, pp. 266 s.

a éste proseguir la conquista y la pacificación del reino, y a Pamplona asegurarse de que no sería destruida. El reino, por lo tanto, había sido adquirido por Fernando como bien *ganado* y, en consecuencia, enteramente disponible según la voluntad de su dueño. En 1513 se juntaron Cortes, donde tuvo lugar el doble juramento según la tradición. Primeramente el del nuevo rey, quien se comprometió a guardar y mejorar los privilegios del reino en su conjunto, así como de las ciudades, villas y lugares y de las personas dentro de él, comprometiéndose además a administrar justicia y a no dividir el reino. Inmediatamente después se produjo el juramento de los procuradores, prestando obediencia a Fernando como rey y señor natural, guardando su persona y estado, así como la tierra y pueblos del reino⁴².

No han faltado voces que han negado legitimidad a estas Cortes –incluso desde una perspectiva moderada, como Huici⁴³– por ser únicamente beamontesas y por lo tanto no representativas. Por otra parte, el virrey marqués de Comares se cuidó en ellas de amedrentar a posibles resistentes actuales y futuros –no los que estaban allí, sino seguramente los que no estaban– con todo tipo de penas y de represalias por crimen de lesa majestad. Eso ocurrió así y vuelvo a repetir que no es misión del historiador del Derecho censurarlo o aprobarlo: se acababa de ganar una guerra, incruentamente desde luego, pero guerra al fin. Y las Cortes de 1513 obedecían a ese marco bélico, en el que importaba ante todo consolidar la situación. Así que, tras las bulas, vino el juramento y también la presencia militar, por supuesto.

Una vez solucionado el dominio de Fernando sobre Navarra, éste ejerció plenamente sus facultades dominicales sobre el reino *ganado* uniéndolo a la Corona de Castilla en las Cortes de Burgos de 1515. Veamos cómo se produjo en ellas la incorporación.

Constituidas las Cortes y comprobados los poderes, se leyó un mensaje de Fernando⁴⁴. En él se refiere de manera sucinta la guerra contra el papa del duque de Ferrara y del rey de Francia, que habría culminado con éxito para éstos de no ser por los auxilios que brindó el Rey Católico, quien llegó a declarar la guerra a Luis XII, dado que no cejaba en sus hostilidades contra el papa, uniéndose con el *dux* de Venecia y con el rey de Inglaterra –la Liga Santa– lo que permitió una victoria duradera seguida de treguas sucesivas, prolongadas incluso más allá de la muerte de Luis XII. A partir de este momento, el mensaje pide fondos para hacer frente a las hostilidades que probablemente se desencadenarían al no respetarse las treguas por parte del rey de Francia. Se presentó el duque de Alba ante las Cortes y «*habló sobre la sucesión legítima que el Rey tenía al reyno de Navarra, e que así lo reconociesen los reinos de Castilla*».

⁴² *Ibidem*, pp. 272.

⁴³ HUICI, *En torno a la conquista de Navarra*, pp. 86 s.

⁴⁴ Figura a la letra en el ordenamiento de dichas Cortes. Ver Real Academia de la Historia (Ed.), *Cortes de los antiguos Reinos de León y Castilla*, IV, Madrid, 1882, pp. 247 s.

Algunos días después, es el propio Fernando quien se presenta ante las Cortes⁴⁵ para referir y completar lo que ya había comunicado el duque de Alba: que el papa Julio II le confirió el reino de Navarra porque privó de él a sus reyes, aliados del rey de Francia, con poder de disposición sobre él, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Así pues, por amor a su hija y nieto, y por el acrecentamiento de sus reinos y señoríos, daba a Juana el reino de Navarra para después de sus días, incorporándolo «*en la corona de los dichos reynos de Castilla e de Leon e de Granada*», y que desde ahora el Consejo real conociese de los asuntos de Navarra, tanto de las ciudades y villas como de los vecinos, «*e que guarden los fueros e costumbres de dicho reyno*».

Retengamos, por lo tanto, que en el acto de incorporación Fernando no hace mención de otro título que el de la donación pontificia, sustentada en las bulas, a las que sin embargo no menciona. No cabe, por tanto, relegar estos dos documentos pontificios a algo innecesario: fueron, en realidad, el único título que Fernando esgrimió siempre y probablemente el único en el que confiaba. Hasta tal punto de que en su testamento vuelve a repetir que posee Navarra por donación pontificia, y que lo lega a su hija como reino adquirido⁴⁶.

2.5.2 Al final la Historia, como se ha dicho, acabó resolviendo la cuestión: la Navarra peninsular quedó para siempre anexionada a la Corona de Cas-

⁴⁵ *Ibidem*, IV, pp. 249 s.: «... en siete de Julio el Rey Don Fernando, ante los suso dichos presidente, letrados e procuradores de Cortes dixo, bien sabian como el duque de Alba les habia dicho de su parte estando juntos en Cortes que el Papa Julio, de buena memoria, le proveyó el reyno de Navarra, por privación que del dicho reyno Su Santidad hizo a los reyes Don Iuan de Labrit e Doña Catalina su muger, Rey e Reyna que fueron del dicho reyno de Navarra, que siguieron e ayudaron al dicho Rey Luis de Francia, que perseguia a la Iglesia con armas e con cisma, para que fuese de su Alteza el dicho reyno e pudiese disponer de el en vida y en muerte a su voluntad de su Alteza, e por el mucho amor que tenía a la Reyna Doña Iuana, nuestra soberana señora, su hija, e por la grande obediencia que de ella ha tenido e tiene, e por el acrescentamiento de sus regnos e sennorios, e asi mesmo por el mucho amor que tiene al mismo alto e muy poderoso Principe Don Carlos como hijo y nieto, daba para después de sus días el dicho Reyno de Navarra a la dicha Reyna Doña Iuana, su hija, e los incorporaba e incorporo en la Corona de los dichos reynos de Castilla e de Leon e de Granada, etc. para siempre jamas... e que su Alteza mandaba que las cosas que tocaban a las ciudades e villas e lugares del dicho Reyno de Navarra e a los vecinos dellos conociesen dende agora los del Consejo de la dicha Reyna Doña Iuana nuestra señora, e administrasen justicia a las ciudades e villas e lugares del dicho reyno e a los vecinos de ellas, e alli viniesen a pedir de ella, e que guarden los fueros e costumbres de dicho reyno».

⁴⁶ *Testamento de Fernando el Católico* (Madrigalejo 1516, enero 22): «21. Item, dejamos, instituímos y hacemos heredera nuestra a la Serenísima Reina doña Juana, nuestra muy cara y muy amada hija, y al dicho Ilustrísimo Príncipe don Carlos, nuestro nieto y a sus herederos y sucesores legítimamente, del nuestro Reyno de Navarra y de todas las ciudades, villas y lugares y otros cualesquier derechos y pertenencias de aquel. El cual Reyno, por la notoria cisma conspirada contra la persona del Sumo Pontífice y Sede Apostólica y contra el patrimonio de aquella, que fueron declarados por cismáticos el rey don Juan y la reina doña Catalina, que entonces poseían dicho reyno, y como bienes de cismáticos, requerido por nuestro muy santo padre Julio, de buena memoria, lo hubimos de conquistar y nos fue adjudicado y dado el derecho de aquel, y por ser reino nuevamente adquirido hacemos de él especial mención a la dicha hija y nieto, allende la clausula general infrascrita y siguiente que les hacemos de la herencia universal. El cual dicho Reino, en las Cortes postrimeramente celebradas a estos Reinos de Castilla en la ciudad de Burgos, hubimos incorporado a la Corona de los dichos reynos de Castilla». Alfonso GARCIA-GALLO, *Antología de fuentes del Derecho español*, n.º 1.036, en su *Manual de Historia del Derecho español*, II, Madrid, 1964.

tilla y la Baja Navarra, o Navarra continental, quedó anexionada al trono de Francia⁴⁷. Pero bien es verdad que los franceses nunca aceptaron –al menos nominalmente– haber perdido Navarra, de manera que sus reyes se llamaron *reyes de Francia y de Navarra* y siempre que pudieron contestaron los derechos de Fernando y de sus sucesores.

Tal asociación se produjo en virtud de alianzas matrimoniales que conviene explicar brevemente. Los últimos reyes autóctonos Juan de Albret y Catalina de Foix tuvieron dos hijos: Enrique e Isabel. El primogénito heredó sus derechos al trono de Navarra, y casó con Margarita de Angulema, hermana del rey Francisco I de Francia. De este matrimonio nació Juana de Albret⁴⁸, casada con Antonio de Bourbon-Vendôme, padres, a su vez, de Enrique IV, rey de Francia y de Navarra.

Un siglo después de la división, concretamente en 1615, cuando se planteó la ejecución de las Capitulaciones Reales de 1614, concluidas entre Luis XIII y Felipe III –de las que se hablará en el apartado 3.2.2.– se planteó un problema que parecía de protocolo pero que era mucho más: ambos reyes se intitulaban *de Navarra* en los poderes que dieron a los comisarios que las firmaron. Felipe III añadía a su lista de reinos –práctica usual en la España de la Monarquía absoluta– el de Navarra. Por su parte Luis XIII se intitulaba rey de Francia y de Navarra, lo que era también usual en la Monarquía francesa. Ambas partes se sintieron molestas por que la otra hubiera usurpado la condición de rey de Navarra, pero como ni los comisarios españoles ni los franceses admitían cualquier modificación en sus poderes, se firmó la capitulación insertándolos en su tenor literal⁴⁹.

Al mismo tiempo, debían existir papeles que sirvieron de base a la argumentación en contra de los derechos de Fernando, aunque no pueda precisarse de qué documentos se trataba exactamente, ni si estaban agrupados en cuerpos documentales o bien eran documentos dispersos. Una cosa sí es segura: un conjunto de estos documentos existía en el castillo de Pau sobre 1830. Con tal fecha, un militar francés, el comandante Gleyse ó Gleyzes, dirige una memoria a las autoridades del Quai d'Orsay sobre las negociaciones de la frontera de Navarra, concretamente de la región conocida como *los Alduides*, de las que lleva tiempo encargándose. Pues bien, Gleyse asegura que en el castillo de Pau había documentos que probaban los derechos incontestables de Francia sobre toda Navarra, y que la cesión de tal derecho sería una buena baza en las negociaciones que se avecinaban. Retengamos, pues, la existencia material de tales documentos, que Gleyzes conocía, aunque no los describe. No se sabe lo

⁴⁷ Sobre cómo vieron la conquista los cronistas navarros, véase el trabajo de Alfredo FLO-RISTAN IMIZCOZ, «Examen de la conquista de Navarra. La introspección de los cronistas navarros (siglos XVI-XVIII)», en *Príncipe de Viana*, n.º 219, enero-abril 2000, pp. 79-134.

⁴⁸ Ver su biografía: Nancy LYMAN ROELKER, *Jeanne d'Albret, reine de Navarre (1528-1572)*, París, 1979. El árbol genealógico del que se toman los datos del texto figura en la p. 15.

⁴⁹ Ver mi libro *El conflicto de los Alduides (Pirineo navarro). Estudio institucional de los problemas de pastos, límites y facerías según la documentación inédita de los archivos franceses*, Pamplona, 1992, en particular p. 150.

que ocurrió después con ellos, porque nunca salieron a lo largo de las negociaciones fronterizas⁵⁰.

3. NAVARRA, LÍMITE O FRONTERA DE LA MONARQUÍA

3.1 PRECISIONES ELEMENTALES SOBRE EL CONCEPTO DE MONARQUÍA Y SU APLICACIÓN A NAVARRA

No es propósito de estas líneas innovar nada con respecto a lo que se entiende en Historia del Derecho por *Monarquía Universal* o simplemente *Monarquía Española*. Pero como el objeto del presente trabajo es examinar la situación de Navarra en la *Monarquía*, conviene explicar brevemente su significado⁵¹. Se entiende por tal la evolución del concepto bajomedieval de *Corona*, entendida como una unidad indivisible de reinos y señoríos de los que es titular un único monarca, y que se transmite *iure hereditario*, esto es, como bienes *heredados* de los que no es posible disponer, al contrario que los *adquiridos o ganados*. Pues bien, en la Edad Moderna Carlos V, al objeto de distinguirla del Imperio alemán, acuña el nombre de *Monarquía Española*, entendida como *el gobierno de uno que domina toda la cristiandad o parte de ella*. El concepto es análogo al de Imperio, y por tal razón se denomina también *Imperio español*. Designa una forma política de diversos reinos y territorios que obedecen al mismo rey.

Esta *Monarquía Universal española* comprende tanto los reinos o territorios *heredados* como los *adquiridos* o ganados. Pueden estar unidos con instituciones administrativas comunes o bien separados, de manera que un reino o señorío puede conservar las suyas propias –caso de Navarra– pero esa separación no impide que, por tener un mismo rey, estén unidos desde el punto de vista de la dirección política, ya que aquél dispone de los recursos de todos. Además, el territorio de la Monarquía es frontera con los de otras Monarquías –como ocurre con la frontera exterior de Navarra– si bien dentro de ella se tiende a suprimir las fronteras interiores entre los territorios que la integran, al tiempo que se refuerzan las exteriores.

El poder del monarca no es más que la suma del que tenga sobre cada uno de los reinos, y aunque por comodidad el poder real tiende siempre a ampliarse, a semejanza del que ejerce sobre Castilla, los reinos no castellanos se niegan y resisten, como en el caso de Navarra. De todas formas, la Monarquía tiene instituciones comunes, como los Consejos que residen en la corte, si bien el de Navarra está en Pamplona y constituye un caso singular, como se verá. Los consejos especializados, con atribuciones sobre todos los reinos son precisamente herramientas de ejercicio del poder político sobre toda la

⁵⁰ Ver mi libro *La solución institucional del conflicto fronterizo de los Alduides*, León, 1997, pp. 65 s. y nota 11.

⁵¹ Ver, por ejemplo, las exposiciones de conjunto de GARCIA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho*, I, núms. 1205-1235. José Antonio ESCUDERO, *Curso de Historia del Derecho*, Madrid 1995, pp. 619 ss.

Monarquía, que desde el siglo XVI se convierte en una entidad distinta de los reinos que la integran⁵². Como es sabido, a consecuencia de la Guerra de Sucesión, la unificación política se hará sobre el modelo castellano. Solamente Navarra y los territorios vascongados seguirán teniendo la condición de separados hasta bien entrado el Estado Constitucional. No obstante, se continúa la tradición que arranca de los Reyes Católicos, en el sentido de no intitularse reyes de España, sino reyes o señores de los territorios que integran la Monarquía española, entendida no como unidad sino como universalidad. Pero, al mismo tiempo, se va abriendo paso la idea de que España es *una* y no una mera unión de reinos.

Cuando se focaliza la Monarquía española desde el punto de vista del reino, no cabe pasar por alto que los navarros se transformaron paulatinamente en *españoles*, en cuanto súbditos de esa misma Monarquía. Fue un proceso lento, desde luego, pero que ocasionó cambios en la condición de muchísimos navarros que salieron a trabajar de diversas maneras en los territorios de aquélla. Pero además Navarra, en cuanto límite exterior de la Monarquía –como se verá a continuación– entró en un proceso de redefinición de sus estructuras de gobierno, sus relaciones sociales y su identidad colectiva, que hacen saltar por los aires la versión comúnmente aceptada de que el reino sobrevivió hasta el siglo XIX sin apenas cambios⁵³.

3.2 LA FRONTERA EXTERIOR DE NAVARRA

3.2.1 En cuanto límite exterior de la Monarquía, Navarra limita con Francia. Esta nueva situación del reino no supuso cambios en los años inmediatamente posteriores a la incorporación, aunque siempre estaba presente la precariedad de aquélla y la proximidad de unos reyes destronados que soñaban con volver a ocupar el trono perdido. Lo cual supone una diferencia radical de

⁵² Juan de Palafox y Mendoza, virrey de Nueva España y obispo de la Puebla de los Angeles, escribe en su *Juicio interior y secreto de la Monarquía para mí solo* (1665): <3> «Y así puede decirse que esta Monarquía la zanjó la sabiduría y gran juicio de Fernando el Católico, la formó el valor y celo de Carlos V y la perfeccionó la justicia y prudencia de Felipe II. Las virtudes con que la formó el Católico Rey don Fernando fueron admirables, porque en él florecieron las de prudencia, sagacidad, atención, desvelo y vigilancia; y en su persona y en sus tiempos, la parsimonia, la reputación de las armas, su ejército bien disciplinado, y excusar superfluidades, hacer buenas leyes y ejecutarlas con precisión. Finalmente, hacer a la Justicia temida en la paz y a la Nación española <temida> en la guerra...». En GARCIA GALLO, *Antología*, n.º 890.

⁵³ Ver el excelente trabajo de Alfredo FLORISTAN IMIZCOZ, «Reino de Navarra en España y *Royaume de Navarre* en Francia: evoluciones diferentes (1512-1789/1839)», en *Navarra: Memoria e imagen. Actas del VI Congreso de Historia de Navarra*, III, pp. 121-151. Manejo una separata facilitada amablemente por su autor, en la que no se incluyen lugar ni fecha de impresión. Deseo añadir que a propósito de los cambios o *no cambios* que Navarra sufrió desde 1512, acepto plenamente el juicio de este autor sobre lo desacertado de la hipótesis «degeneracionista» de la historiografía nacionalista vasca, por aferrarse a un pasado mitificado, que lleva a considerar la incorporación como «la última etapa de un proceso de desagregación y desnacionalización de los territorios que, antes de 1200, habrían formado la Euzkalerria plena». Ver p. 122.

Navarra con otros territorios de frontera de la Monarquía Española. A nivel militar, Pamplona se convirtió en la principal plaza de armas del Pirineo occidental y todo el reino en la llave principal de la Corona de Castilla en el ámbito peninsular. Ofreciendo el reino lealtad y recursos militares, muchos navarros pudieron mejorar su situación⁵⁴.

Desde que la Baja Navarra pasó a dominio francés, la frontera natural con Francia eran los Pirineos, pero tal barrera natural es mucho más sencilla de plasmar en un Tratado de Límites que ponerla por obra en una delimitación sobre el terreno. En efecto, el Tratado de los Pirineos, celebrado en la Isla de los Faisanes el 7 de noviembre de 1659⁵⁵ estableció en su artículo 42 que estos montes, tradicionalmente considerados como la división entre *las Galias y las Españas*, serían desde entonces la división entre dichos reinos. Sin embargo y pese a la aparente claridad del texto, los Pirineos se entendían unas veces como la línea divisoria de aguas o máxima vertiente, pero otras como las sinuosidades y ramificaciones que cada reino pensaba que le pertenecían. Así, se respetó el primer principio en la delimitación del Rosellón y la Cerdeña, pero se aplicó otro en el caso del Valle de Arán, situado de manera indudable al otro lado de la divisoria de aguas.

Y ello porque los comisarios encargados de la delimitación se habían topado con la distinción, acertadamente planteada en 1938 por un geógrafo francés llamado Plandé⁵⁶, entre la frontera natural y la frontera jurídica. La frontera natural es aquella de la que el hombre se desentiende por completo, por ser inaccesible o indiferente para sus intereses. La frontera jurídica es la establecida teniendo en cuenta los intereses de ambas partes. A veces, la frontera jurídica coincide con la geográfica o natural, pero otras no: cuando la altura es menor existen pastos, cursos de agua, pasos, etc. cuyo aprovechamiento es vital para una de las partes o para ambas, y entonces de lo que se trata es de establecer una frontera jurídica que coincida con la frontera económica, pues ya no sirve el criterio geográfico de la frontera natural: existen intereses, normalmente muy antiguos, que tienden a fijar la frontera por donde a cada parte conviene.

El principio del Tratado de los Pirineos fue continuado en el Tratado de Elizondo de 1785, más conocido como *Tratado Caro-Ornano*, por ser éstos los nombres de los Comisarios que lo concluyeron, de modo que la línea de frontera a veces discurre por las vertientes y a veces va a media ladera, como ocurre en Navarra en los montes Alduides ya mencionados. El Tratado de Basilea de 1795 volverá al principio de la divisoria de aguas pero con restricciones y, por último, el Tratado de París de 1814 se remite a los límites establecidos en 1792.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 130 s.

⁵⁵ Sigo la exposición de Carlos FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, *La frontera hispano-francesa y las relaciones de vecindad. Especial referencia al sector fronterizo del País Vasco*, San Sebastián, 1989, pp. 134 ss.

⁵⁶ R. PLANDÉ, «La formation politique de la frontière des Pyrénées», en *Revue Géographique des Pyrénées et du Sud-Ouest*, IX, Toulouse, 1938, pp. 221-241.

3.2.2 En lo que concretamente afecta a Navarra, contamos con el estudio excelente del profesor Jean Sermet⁵⁷ y con varios trabajos míos⁵⁸. Como dice aquél, hay que considerar que el trazado favorece en general a los altonavarros, ya que las pendientes son menos abruptas en la vertiente sur que en la norte, por lo que aquéllos pueden aproximarse mejor a la divisoria de aguas que los bajo-navarros o franceses. Sin embargo –añade a continuación– las razones de estas desigualdades son puramente económicas⁵⁹: recuérdese la distinción entre frontera natural y frontera económica.

En todo caso, como prueba el mapa incluido en su trabajo por el doctísimo geógrafo⁶⁰, la frontera de Navarra sigue en general la divisoria de aguas, principio consagrado en el Tratado de los Pirineos antes aludido, salvo en dos partes: los Alduides y el bosque del Iráti ¿Por qué ha ocurrido así? Responder a ello ha costado al autor de estas páginas dieciséis años de investigación y me es difícil resumir en pocas líneas una aportación científica bastante extensa⁶¹, pero en su lugar cabe dejar escritas las ideas centrales que resultan de la existencia de los Alduides, que son el verdadero meollo de la cuestión fronteriza. Suelo decir, con Sermet, que los Alduides constituyen el conflicto más largo, más cruento y más intenso de cuantos han existido en la historia de la frontera pirenaica⁶².

Los Alduides son una extensión montañosa de unas 28.000 hectáreas que limitan al norte –en Francia– con los propios del valle de Baigorri. Por el sur lindan –en la Navarra española– con los propios del valle de Erro –comúnmen-

⁵⁷ J. SERMET, «La délimitation de la frontière de Navarre», en *Mélanges offerts à G. Viers*, Université de Toulouse, 1975, pp. 477-497. El profesor Sermet, recientemente fallecido, fue un geógrafo doctísimo, que conocía mojon por mojon la frontera con Francia, tanto de Navarra como de otras partes. Autor de numerosos trabajos, me unió con él una cordialísima relación científica, dada nuestra común preocupación por los montes Alduides, en Navarra. Yo estudié la problemática de estos montes desde el punto de vista histórico mientras que él, desde los años cuarenta del pasado siglo, lo hizo desde el Derecho positivo. Se dignó prologar mis dos libros citados en notas 49 y 50, pero sus dos prólogos son sendos estudios muy documentados, que enlazan el trabajo histórico con la situación actual. Fue catedrático de la Universidad de Toulouse II y experto ministerial por parte francesa en la Comisión Internacional de los Pirineos. Siempre actuó defendiendo a su país, pero con una gran honestidad intelectual –no en vano era catedrático– y un espíritu verdaderamente constructivo. Por tal razón, mantenida a lo largo de sesenta años de servicio público respecto a los problemas de la frontera, fue condecorado varias veces por España, con la Cruz de Carlos III y con la Gran Cruz del Mérito Militar entre otras condecoraciones.

⁵⁸ Estos son las monografías citadas en notas 49 y 50, que constituyen la parte central de la investigación. A ellas hay que añadir un tercer estudio de síntesis: «Frontera y fronterizos: el caso de los Alduides (Pirineo de Navarra)», *AHDE*, 71, 2001, pp. 9-48. Y otro trabajo más amplio, que cronológicamente abrió esta línea de investigación: «Problemas de límites y facerías entre los valles navarros y franceses del Pirineo», en *Cuadernos de Etnografía y Etnología de Navarra*, 41-42, Pamplona, 1983, pp. 5-38 y 43, y 1984, dedicado al Apéndice documental, pp. 83-136.

⁵⁹ SERMET, «La délimitation de la frontière», cit. p. 479 s.

⁶⁰ *Ibidem*, 480.

⁶¹ Citada en notas 49, 50 y 57.

⁶² Basta recordar que, cuando realicé la consulta de fondos en el Quai d'Orsay para mi segunda monografía, hube de consultar 12 tomos *in folio* de documentos encuadernados, que abarcaban desde 1828 a 1856, en total unos 105 cm. De ellos, los diez primeros estaban dedicados a los Alduides. El XI al Pirineo central y el XII al oriental. Creo que más vale una imagen que mil palabras. Lo dejé dicho en «Frontera y fronterizos», p. 10, nota 2.

te llamado Valderro— y con los de Burguete, que nunca tuvo derecho alguno en los Alduides. Al este con los propios de Roncesvalles y de Valcarlos y al oeste, con los del valle de Baztán. La fuente de conflictos reside en la orografía y en la demografía: por parte francesa, durante la Monarquía absoluta, la presión demográfica era mucho mayor en la baja Navarra que en la alta, mientras que los mejores pastos estaban hacia el sur, a partir del llano de Jaurmendía donde en el siglo xvii se asentaron los segundones de las casas del valle, dando lugar a la actual población francesa de Aldudes. Y ante tal presión demográfica, poco valía la soberanía de los reyes y menos aún los derechos documentados de los valderrianos o de los baztanenses: los baigorrianos incrementaron desde siempre la presión, en forma de ocupación y de prendas de ganado, para consolidar lo logrado en vías de hecho y poder negociar, llegado el caso, desde una posición de fuerza.

Así, el conflicto de los Alduides propiamente dicho se manifiesta en tres niveles: el de soberanía, propio de los reyes, y en el cual la voluntad de arreglo es constante; el intermedio o de las autoridades delegadas, ya comisarios negociadores, ya cargos administrativos de la monarquía. Unos y otros deben hacer obedecer las órdenes reales y, al mismo tiempo, comunicar a éstos las preocupaciones o los intereses de los súbditos baigorrianos, lo cual no hace nada fácil su labor. Y por último el nivel local, propio de las comunidades vecinas, que he denominado *de relaciones directas*, y que prescinde de los otros dos niveles en la medida que puede, tanto para entenderse como para disputarse con los del otro lado de la frontera⁶³.

El nivel que a este trabajo interesa es el de soberanía. Porque Navarra es frontera de las respectivas Monarquías y conviene a la grandeza y dignidad de los reyes delimitar físicamente el territorio sobre el que reinan. Así, cuando después de tres años de infructuosas negociaciones —1611 a 1613— los comisarios reales reunidos en Arnéguy confiesan su fracaso⁶⁴, son los propios soberanos, por medio de sus ministros y embajadores quienes tienen que acabar resolviendo el problema, con el resultado de las Capitulaciones de 1614⁶⁵, de vida efímera porque estaban pensadas para un aprovechamiento pecuario sustentado en el ganado vacuno, cuando poco después Francia intensificó —por iniciativa de Colbert— el aprovechamiento basado en el ovino. En este Tratado —poco importa que se llamen Capitulaciones Reales— la cuestión de la soberanía quedaba reservada a los reyes. Y ello tuvo que ser así porque de haber pretendido unir soberanía y aprovechamiento, las Capitulaciones o mejor, los acuerdos que en ellas se contenían, jamás hubieran podido concluirse.

De lo cual debemos extraer dos consecuencias que van a mantenerse durante la Monarquía absoluta y hasta bien entrado el siglo xix, con el Tratado de Límites de 1856: que la soberanía incumbe a los reyes y no puede ligarse al disfrute de la tierra, que interesa a los lugareños; en segundo lugar, que las

⁶³ Son los capítulos 3, 4 y 5 de *El conflicto de los Alduides*, ya citado.

⁶⁴ Fracaso debido tanto al abandono de las autoridades de las respectivas cortes como a la presión, muchas veces tremenda, de los lugareños, sobre todo baigorrianos.

⁶⁵ Publicadas en *El conflicto de los Alduides*, 343-357.

negociaciones fracasan cuando están demasiado ligadas a las instancias locales, quienes no quieren negociar, sino imponer por completo sus intereses sobre los del adversario apoyándose, eso sí, en la autoridad de sus reyes.

Vista la inobservancia de las Capitulaciones Reales de 1614, hubo una nueva negociación en Arnéguy en 1702, para regular nuevamente el disfrute de los Alduides, sin abordar la cuestión de la soberanía. No sabemos a ciencia cierta si llegó a concluirse o no un acuerdo⁶⁶. Sí que se concluiría en 1717 con idéntica finalidad, es decir, dejando fuera la cuestión de la soberanía⁶⁷, pero el rey Felipe V le negó su aprobación.

Sin embargo, como los incidentes no cesaban, la paciencia de los reyes se colmó y tanto Carlos III como Luis XVI decidieron unir los dos órdenes del conflicto, pero supeditando el disfrute a la soberanía. Tal fue la idea matriz del Tratado de Elizondo, firmado por los comisarios-mariscales de campo D. Ventura Caro por parte española y el conde de Ornano por la francesa. En su artículo 1.º ya se establece su objetivo: el reparto –no el disfrute– de los Alduides, Valcarlos y Quinto Real⁶⁸. Y sabemos que aunque los navarros estaban muy de acuerdo con su comisario negociador, a los baigorrianos les ocurría exactamente lo contrario, esto es, reclamaban conservar la indivisión mientras que su comisario el conde de Ornano tenía órdenes de terminar con ella al precio que fuera⁶⁹. Y así ocurrió. La frontera discurría a media ladera en la vertiente sur de los Alduides, el llamado Quinto Real, pero en las este y oeste seguía la divisoria de aguas, lo cual era indiferente porque los baigorrianos ambicionaban los pastos del sur, precisamente los del Quinto Real. Los acuerdos preexistentes quedaron disueltos y se prohibió en el futuro establecer otros. La reacción de los baigorrianos fue violenta, hasta el punto de que dirigieron memoriales al rey haciéndole ver que morirían de hambre, pero éste permaneció inflexible, incluso mando tachar los libros de actas de la Junta general del valle de Baigorri en los que se protestaba contra el Tratado⁷⁰.

La suerte fue propicia a los baigorrianos, ya que la Revolución Francesa primero y la Guerra de la Independencia después supusieron la inaplicación de hecho de tan perjudicial Tratado, que fue solemnemente ratificado aunque Francia siempre sostendría públicamente lo contrario⁷¹. Pero un incidente –uno más– acaecido en 1827: la tala de unos árboles cerca de Eugui por el concesionario de la forja de Banca, motivó que España exigiese la aplicación del Tratado

⁶⁶ El extenso *compte rendu* que existía hasta hace varias décadas en los Archivos Departamentales de Pau fue llevado a una exposición y jamás volvió. *Ibidem*, nota 31.

⁶⁷ Publicado *ibidem*, 297-302.

⁶⁸ Ver ARVIZU, *El conflicto de los Alduides*, 357-360.

⁶⁹ Casado con una hija menor de los vizcondes de Etchaz, dignatarios del valle de Baigorri, había tenido conflictos con su familia política derivados del pago de la dote de su mujer. Algún periódico de la época achacaba a este personaje su nulo respeto con los intereses de los baigorrianos. En realidad, tenía órdenes terminantes del conde de Vergennes, ministro de Luis XVI.

⁷⁰ Ver *El conflicto de los Alduides*, pp. 176 s., texto, notas y documentos del apéndice documental a los que remite.

⁷¹ En efecto, fue ratificado por Luis XVI el 5 de marzo de 1786 y por Carlos III el 21 de marzo de ese año. Ver *La solución institucional*, cit. p. 57.

y que Francia, sin darse cuenta de lo que suponía, accediese a ello para arrepentirse acto seguido⁷².

Lo que sigue ya sobrepasa el ámbito temporal de la Monarquía absoluta, pero es necesario hacer una enumeración sucinta del problema. España siempre invocó –con plenísimo derecho– la vigencia del Tratado, pero no se negó a concluir otro que salvaguardase sus derechos de soberanía, aunque su texto contemplase otra solución separada para el disfrute de los pastos. Así se dibujaba ya lo que sería la negociación de 1829 y, sobre todo, la de 1853-56. La primera estuvo a cargo de dos militares: el ya mencionado comandante Gleyzes y el coronel Bayona, quienes decidieron autorizar la conclusión de acuerdos sobre pastos, dejando la soberanía separada de ese problema y diferida a instancias superiores. Los arreglos se fueron sucediendo hasta la fracasada negociación de Bayona en 1851; fracasada por la presión de las instancias locales, pues ya se había olvidado la lección de las negociaciones de Arnéguy entre 1611 y 1613. Pero en la comenzada en Bayona en 1853 y culminada en 1856 con el Tratado de Límites, se llevó a rajatabla el alejamiento de las instancias locales en la negociación, así como la separación de los dos órdenes del conflicto: frontera y pastos. La frontera de Navarra fijada en él fue la de 1785, porque España hizo de ello cuestión de principios.

Este conflicto influyó de manera absoluta en toda la frontera de Navarra con Francia, aunque otros valles de Navarra tenían también problemas más localizados, que no dejaban igualmente de ser conflictivos. El valle de Aézcoa con los llamados Puertos Grandes; Roncesvalles, Roncal y Vera de Bidasoa con sus facerías⁷³. Pero en ellos no se detectan problemas de límites sino de convenios de pastos. Solamente a raíz del Tratado de 1785 se harían las demarcaciones correspondientes entre los valles de Aézcoa y el país de Cisa.

Sin embargo, las *cuestiones orientales* iban a tener su importancia en la delimitación de la frontera tanto en la zona de los Alduides como en el bosque del Iráti. No tanto por la negociación sobre los pastos o terrenos que los valles de Aézcoa, Roncal o Salazar tenían en Francia que sostenían su disfrute a duras penas, cuando no los habían abandonado, sino también por los pastos que los suletinos tenían en la parte española y por ciertos cuarteles del bosque o selva del Iráti que interesaban a España para la construcción de navíos de guerra. La negociación pertenece a otro ámbito temporal, pero fue importante y ha sido descrita con todo detalle⁷⁴.

Debe terminarse este apartado con una última consideración. A lo largo de mis investigaciones fronterizas, he comprobado que los altonavarros se quejan con frecuencia que el virrey contiene sus legítimas ansias de venganza o de hacer entrar en razón a los baigorrianos –y también a los otros fronterizos– por la fuerza. Ello no siempre es así, pues a veces se saltan las órdenes del virrey;

⁷² *Ibidem*, pp. 58 s.

⁷³ Ver «Problemas de límites y facerías» ya citado en nota 56, n.º 41-42, pp. 34 a 36.

⁷⁴ En efecto, ver en mi libro *La solución institucional*, el prólogo del prof. Sermet, en la parte dedicada a estas *cuestiones orientales*, pp. 21 a 25, así como la exposición del tema en el cap. III, pp. 95-97.

pero del lado baigorriano las cosas ocurren de modo muy distinto: el recurso a las vías de hecho se ignora deliberadamente por el rey y sus ministros, lo que quiere decir que se tolera, ya que el objetivo político de recuperar la Navarra alta, aunque lejano y utópico, nunca se olvidó. Solamente cuando se pone en tela de juicio la autoridad real, la del propio rey, no la de sus autoridades delegadas en la región, aquél –por medio de sus ministros– corta de raíz su actitud desenvuelta y belicosa, porque se trata de actos de desobediencia a su voluntad, la cual prima sobre los intereses de sus súbditos baigorrianos.

4. LA MONARQUÍA Y NAVARRA: EL ELEMENTO HUMANO

4.1 EL MONARCA, REY DE NAVARRA

Tal como se ha dicho al trazar los rasgos de la Monarquía Española, el rey es rey de los reinos y señoríos sobre los que reina, sin que emplee en los documentos oficiales el título omnicomprendido de *rey de España* o similar. Y el poder que ejerce sobre Navarra está siempre limitado por el juramento que hace –por sí o por medio de representante debidamente apoderado– para ser reconocido como rey y señor natural y que no es, como en Castilla, un juramento genérico sino concreto y bastante detallado. Esto permitirá a Navarra una gran vitalidad política hasta que deja de ser reino.

El juramento real, que desde la incorporación en las Cortes de 1513 se consolida⁷⁵ pronto en su tenor, al menos desde el de Felipe II (príncipe) en las Cortes de Tudela de 1551. Figuran en la *Novísima Recopilación* los de Felipe III (príncipe), en las Cortes de Pamplona de 1586; Felipe V en las Cortes de Pamplona de 1701; Luis I (príncipe) en las de Pamplona de 1716⁷⁶; Fernando VI (príncipe) en las de Estella de 1724; Carlos III en las de Pamplona de 1765-66⁷⁷; Carlos IV en las de Pamplona de 1794-97 y Fernando VII en las de Pamplona de 1817-18⁷⁸.

¿Cómo jura? Lo normal es que apodere al virrey para que efectúe el juramento en su nombre, pero comprometiéndose el rey a prestarlo personalmente si viene al reino y las Cortes se hallan reunidas o son convocadas al efecto. Pero sea por sí o por apoderado, jura a los tres Estados en representación de todo el reino, sobre la Cruz y los Evangelios «*manualmente tocados y reverencialmente adorados*», en primer lugar, respetar los fueros, leyes y ordenanzas, esto es, el Derecho escrito. A continuación jura respetar los usos, costumbres –Dere-

⁷⁵ Este juramento no se inserta en la *Novísima Recopilación de Navarra*, obra de Joaquín de Elizondo. Tanto para ésta como para los *Cuadernos de Cortes* de los siglos XVIII y XIX, se utiliza la edición de la Biblioteca de Derecho Foral, a cargo de la Diputación Foral de Navarra, Pamplona, 1964. Los tomos II* a II*** corresponden a la *Novísima*. Los III* y III** a los *Cuadernos de Cortes*.

⁷⁶ *Novísima Recopilación*, I, I, 1.

⁷⁷ *Cuadernos de Cortes*, vol. I., en los ordenamientos de esas Cortes.

⁷⁸ *Ibidem*, vol. II, en los ordenamientos de esas Cortes.

cho consuetudinario— franquizas, exenciones y libertades —es decir, excepciones al régimen general— y oficios, tal como se tuvieron —por todos los conceptos enumerados— en el pasado.

A continuación, jura que los fueros —término general, que equivale a ordenamiento— sólo se interpretarán en provecho del reino, no obstante su incorporación a Castilla, lo cual no es obstáculo para que «*el reino quede de por sí*», esto es: con su propio régimen jurídico. Los fueros, leyes, costumbres etc. —se jura igualmente— deberán siempre ser modificados para mejor —«*amejorar y no apeorar*»— y, por último en lo que respecta a esta parte referida al Derecho del reino, el rey jura que reparará los agravios o fuerzas que se hicieren al reino o a los particulares por sus propias autoridades. Viene luego un segundo bloque, ya de cosas más concretas: la primera, que no se acuñará moneda sin consentimiento de las Cortes; que solamente se repartirán los bienes del reino y se darán mercedes a los naturales de él, entendiéndose por naturales los que fueren procreados de padre o madre natural habitante del reino, y no los nacidos en Navarra de extranjeros no naturales. Igualmente, que los castillos y fortalezas deberán entregarse siempre a navarros, aunque podrán encomendarse a no navarros en tiempo de guerra⁷⁹. Por último, el rey asegura que si hiciese algo contrario en todo o en parte a lo que ha jurado, «*todo ello sea nulo y de ninguna eficacia y valor*».

El tenor del juramento se mantiene invariable en cada uno de los que se insertan en la Novísima o en los Cuadernos de Cortes, lo que quiere decir que más que un uso diplomático, se trataba de una fórmula considerada suficiente a lo largo del tiempo. No obstante lo cual, el juramento de los reyes anteriores a la incorporación, Juan de Albret y Catalina de Foix, es mucho más extenso que el prestado por los reyes de la Edad Moderna. La razón de esta diferencia no hay que buscarla en la fecha —en efecto, se prestó en las Cortes de Pamplona de 1494— sino en la especial condición del matrimonio, pues Catalina era la titular del reino y convenía regular los poderes del marido y la sucesión en el caso de haber hijos comunes —incluso menores— o de no haberlos, de la regencia del rey consorte y de los efectos de un posible segundo matrimonio de cualquiera de los esposos. Asimismo y dada la exclusión de las hembras en la sucesión al trono según se estableció en Francia, los reyes juraron respetar el derecho de las hembras a suceder en el de Navarra. No obstante, hay un punto de la parte referida al Derecho del reino que no aparece en este juramento medieval y sí en los de Felipe II en adelante: interpretar los fueros en provecho del reino. Por lo que se refiere a la parte más específica o concreta, en el juramento medieval se contienen partes que no están en los de la Edad Moderna: no enajenar el reino, mantener la moneda durante 12 años y la excepción de cinco cargos extranjeros

⁷⁹ La forma de expresarlo es bastante retorcida: se jura mantener y tener todos los castillos y fortalezas del reino en poder de «hijosdalgo naturales, nativos, habitantes y moradores en el dicho Reino de Navarra, conforme a los Fueros y Ordenanzas del, cuando la necesidad de la guerra del dicho reino cessare». Así se incluye en el juramento de Felipe III siendo príncipe en las Cortes de 1586, *Novísima Recopilación I*, 1, 1. La fórmula se mantendrá invariable en el futuro.

que los reyes se reservan proveer como excepción de la regla general de no dar oficios a los no naturales⁸⁰.

A continuación del juramento del rey figura el del reino, representado por los Tres Estados o brazos de las Cortes. El texto, que igualmente se mantiene invariable, contiene los siguientes extremos: ser fieles al rey y servirle como a rey y señor natural; guardar su persona, honor y Estado; ayudarle a mantener los fueros y a defender el reino como buenos y fieles súbditos. Por su parte, el juramento del reino a los reyes Albret, aparte de lo referido a ambos esposos como reyes y señores naturales, especifica que se jura a doña Catalina, además, como reina propietaria del reino. A ello se añade que el reino, representado en Cortes, defenderá a las personas reales, a su Corona y a la tierra, así como les ayudará a defender los fueros. Es decir, que la parte sustantiva del juramento del reino, aunque no es idéntica a los de la Edad Moderna, no contiene variaciones importantes respecto de aquéllos. Sin duda, el juramento a los reyes Albret fue tenido a la vista a la hora de redactar el prestado a los titulares de la Corona de Castilla, pero probablemente se evitó adrede caer en la misma formulación.

¿Qué valor ha de darse al juramento real? Obviamente las Cortes y los órganos del propio reino le dan un valor absoluto, y a él acuden constantemente cuando el rey se niega a reparar los agravios. No obstante, tiene mayor interés lo que dentro de Navarra pueden opinar los partidarios de la corriente regalista, cuya figura más conocida es el Licenciado Armendáriz⁸¹, autor de una Recopilación no oficial y de una glosa a la misma⁸². Pues bien, sobre el juramento es

⁸⁰ El juramento de los reyes Albret, Juan y Catalina, se detalla así por su orden: jurar los fueros, usos, franquezas, libertades y privilegios, mejorarlos y no apeorarlos, deshacer las fuerzas y agravios cometidos, mantener la moneda durante 12 años, repartir los bienes y oficios del reino a los naturales, excepto cinco extranjeros, que no podrán tener más de un oficio cada uno, mantener los castillos y fortalezas en manos de navarros, no enajenar el reino y respetar el derecho de las hembras a suceder en el trono. En el caso de que la reina titular muera sin hijos, el consorte desamparará el reino y serán las Cortes quienes elijan rey. Si la reina muere dejando hijo o hija menores de veinte años, el rey ejercerá la tutela mientras no se case de nuevo. Siguen otros pormenores relativos a la condición de la reina titular si enviudase. *Novísima Recopilación*, I,1,1.

⁸¹ Sobre éste pesa una cierta confusión en cuanto a su personalidad, ya que Gerardus Ernestus de FRANKENAU, en su *Sacra Themidis Hispaniae arcana...*, Hannover, 1783, p. 160, expresa el total desconocimiento de su nombre de pila y de su vida. Lo cierto es que un Armendáriz es citado en la Novísima Recopilación (I,8,33, que es una ley de 1645): el Licenciado Juan de Torres y Armendáriz, natural de la villa de Viana. Pero él mismo nos dice en su Recopilación que era natural de Pamplona, luego en principio no puede ser éste. Incluso en el manuscrito *Anales del Muy Insigne Colegio de Santa Cruz de Valladolid*, ff. 70 v.-71r. se menciona a un Luis de Aux y Armendáriz, vecino de Tafalla y catedrático de Leyes en la Universidad de Huesca en Aragón, que entró en dicho Colegio en 1570. Quizá puede ser él, ya que en dichos *Anales* se menciona la vecindad pero no el nacimiento, pero da la impresión de que todo lo que se refiere al personaje está envuelto por él deliberadamente en el misterio. El manuscrito fue consultado personalmente por mí en la biblioteca del Colegio de Santa Cruz de Valladolid.

⁸² Se intitulan, respectivamente: *Recopilación de todas las leyes del Reyno de Navarra, a suplicación de los Tres Estados de dicho Reyno concedidas*, Pamplona, 1614; y *Additiones sive adnotaciones Licentiatii Armendáriz ad suam Recopilationem legum regni Navarrae*, Pamplona, 1617. Lo fatal para su autor fue que en las Cortes de Pamplona de 1617 se privó de carácter oficial a la recopilación por extractar el contenido de las leyes, prohibiendo llamarla así y dejándola sólo con el nombre de *repertorio*, y como obligando a que se insertase tal prohibición junto con

extremadamente parco. Aparte de dejar sentado que ha de ser cumplido, no se atreve a dar su opinión sobre qué ocurre si el rey no observa las *leges iuratas*, es decir, si incurre en perjurio o no. Cita autores pero sólo nominalmente, sin mencionar doctrina. Solamente añade que el juramento de no enajenar el reino no obliga en donaciones moderadas (sic!)⁸³.

Una vez efectuado el juramento real, por sí o por el virrey debidamente apoderado para ello, el rey lo es efectivamente, de alguna manera, *toma posesión* de su reino. En Navarra no se ciñe la corona, pero en cambio se conserva el rito del alzamiento sobre un pavés ceremonial provisto de asas que levantan los doce ricos-hombres. Este rito es de indudable origen franco y tiene un interesante simbolismo, repetido en imágenes de historicidad más que discutible⁸⁴.

4.2 LOS NAVARROS, SÚBDITOS DE LA MONARQUÍA

Lo primero que importa es definir qué se entiende por natural del reino de Navarra. Una ley de 1692 se cuidó de aclarar la tradición antigua: que por natural se entiende el procreado de padre o de madre que, a su vez, sea natural habitante del reino; pero como se habían suscitado controversias sobre qué debía entenderse por habitante, se estableció que *habitante* debe entenderse como *habitante actual*⁸⁵, esto es habitando en Navarra al tiempo del nacimiento de su hijo.

Pues bien, estos navarros propiamente dichos, los que gozan del beneficio de la *naturaleza*, son los únicos con los que en rey debe repartir los bienes y oficios del reino. Muchas leyes navarras hablan de ello, lo que sugiere que no siempre se respetaba este privilegio⁸⁶. Solamente se respeta el privilegio de los *cinco cargos en baylío*, contenido en el Fuero General, que el rey se reserva para dar a extranjeros⁸⁷. Conviene especificar que esta *exención de los cinco cargos* al principio general proviene de un momento puntual, a saber: el hecho de que Sancho VII el Fuerte muriese en 1234 sin herederos directos, por lo que el trono recayó en un sobrino suyo, Teobaldo I de Champagne. De ahí la previsión foral de que el rey fuese *de extraña tierra, de extraño lugar o de extraño lenguaje*, y pudiese traer con él a extranjeros. Aunque en el juramento real que

el nuevo nombre en cada ejemplar no vendido, lo cual significó, con toda probabilidad, la ruina de su autor. Ver *Novísima Recopilación*, I, 3, 23.

⁸³ ARMENDARIZ, *Additiones*, f. 213 v.

⁸⁴ Sobre él, ver el interesante y curioso trabajo de Alfredo FLORISTAN, «El uso de la imagen como representación jurídica y como profecía política en el siglo XVII», en Juan Lluís PALÓS y Diana CARRIÓ-INVERNIZZI (eds.), *La Historia imaginada: construcciones visuales del pasado en la Edad Moderna*, Madrid, 2008, pp. 307-326.

⁸⁵ *Novísima Recopilación*, I, 8, 6.

⁸⁶ Así *Novísima Recopilación*, I, 9, en las leyes 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 16, 20 y 21.

⁸⁷ *Fuero General*, I, 1, 1: «... et que parta el bien de cada tierra con los ombres de la tierra convenientes... et non con extranios de otra tierra. Et si por aventura aviniesse cosa que fuesse Rey ombre de otra tierra, o de estranio logar o de estranio lengoaje, que non lis adussiese en essa tierra mas de V.º en vayllia nin en servitio de Rey hombres estranios de otra tierra», Biblioteca de Derecho Foral, *cit.* t. I.

antes se ha detallado no se menciona esta exención de los cinco cargos⁸⁸, una ley temprana, de 1514, se cuida de recordar que el rey sigue considerando vigente lo establecido en el Fuero General, aunque el reino, cautamente, no lo menciona en el pedimento⁸⁹.

Ahora bien, los navarros, en cuanto habitantes de un reino incorporado a Castilla, gozan de los mismos privilegios que los castellanos, pudiendo disfrutar en este reino de oficios, beneficios, becas, colegios y demás. Esto merece una más detallada explicación. En una ley de 1645, dada a propósito de la no admisión de un navarro a la oposición para una beca del Colegio de Santa Cruz de Valladolid⁹⁰, se hacen por parte de las Cortes navarras pronunciamientos muy interesantes: 1) que pese a la incorporación de Navarra a Castilla, aquel reino quedó separado de éste, pero no en la comunicación y *promiscua aptitud* <sic> para los oficios reales y beneficios eclesiásticos, ya que en el ordenamiento de las Cortes de Burgos de 1515 se dice que quedaban vigentes todos sus fueros, leyes y costumbres⁹¹; 2) que el reino incorporado no lo fue por modo de supresión, sino por el de *unión principal*, de modo que los naturales de ambos tienen derecho igual y recíproco para *obtener promiscuamente* <sic> los de Navarra en Castilla y los de Castilla en Navarra dignidades, oficios y beneficios, como se ha observado y usado después de la incorporación; 3) una cédula particular de Carlos V, de 28 abril 1553 lo ratificó expresamente⁹².

Sin embargo, el Decreto real no menciona más que el caso de los Colegios, evitando pronunciamientos más generales, por lo que se representó nuevamente al rey Felipe IV, quien en 1647 promulgó una R.C.⁹³ en la que solemnemente declara: 1) los naturales del reino de Navarra lo son de los reinos de la Corona de Castilla, León y Granada y de todos los demás a ella sujetos; 2) deben gozar en ellos de los oficios, beneficios, becas, colegios y lo demás que pueda ser útil y honroso de que puedan gozar en los mencionados reinos; 3) Navarra no será tenido por reino extraño ni sus naturales por extraños, de manera que gocen de las honras, gracias, mercedes, franquezas, libertades, exenciones, preeminen-

⁸⁸ Salvo el de Juan y Catalina. Ver nota 79 y texto correspondiente.

⁸⁹ *Novísima Recopilación*, I, 9, 1: <Decreto>: «Visto el presente agravio y sobre él havida consulta y madura deliberación con las gentes del Real Consejo, me parece que los oficios se deben dar a Naturales y nativos del Reino según el Fuero, y que se quiten los que no lo son, dexando a salvo nuestro derecho para poner cinco en Bailío, según el Fuero (cap. I, tit. I, lib. I del Fuero General y los Juramentos Reales al principio de esta Recopilación). El Alcalde de los Donceles».

⁹⁰ Ver el caso particular en *Novísima Recopilación*, I, 8, 33.

⁹¹ Ver el texto de Burgos en nota 45; nótese que solamente se menciona la conservación de los fueros y costumbres de Navarra.

⁹² Solía decir en clase el Prof. Ismael Sánchez Bella, ya citado en nota 3, una frase que nos impresionó a todos la primera vez que la oímos: «Carlos V tenía tales dudas de la licitud de las maniobras de su abuelo respecto a Navarra, que los navarros consiguieron de Carlos lo que quisieron», explicando así la R.C. de 1553, por la que se concedían a los navarros los privilegios que pudieran gozar los castellanos en Castilla y en las Indias. Sobre los escrúpulos de conciencia de Carlos V, ver el apartado 6.1. de este trabajo y FLORISTÁN, *La Monarquía y el gobierno de Navarra*, 106 ss.

⁹³ *Novísima Recopilación*, I, 8, R.C. sin numeración al no ser ley de Cortes, inserta a continuación de la n.º 34.

cias, prerrogativas e inmunidades como gozan los naturales de los reinos de la Corona de Castilla, León y Granada.

Conviene, además de ello, dejar claro que para Navarra, el concepto de extranjeros no incluye a los naturales de los reinos de la Corona de Castilla, León y Granada, en lo referido a usar cargos y oficios. Al menos así se deduce del pedimento de las Cortes en la primera de las leyes citadas⁹⁴, de modo que los cinco cargos de los que habla el Fuero General quedarían para quienes no fuesen naturales de los reinos de dicha Corona.

En todo caso, pronto se comenzaron a ver los efectos de la disposición de Carlos. Voy a mencionar uno de ellos, pues concierne a un familiar mío, aunque no directo: se trata del Dr. Arvizu, consejero del Real de Navarra desde 1551 hasta 1555⁹⁵. El 15 de agosto de 1558 fue nombrado presidente de la Audiencia de Santa Fe de Bogotá, cargo del que no pudo tomar posesión por haber perecido al naufragar su navío⁹⁶. No sabemos, por lo demás, cuántos navarros salieron de su tierra para buscar su oportunidad en otras de la península y de América. Tampoco sabemos qué oficios o profesiones fueron solicitados por aquéllos. Floristán supone que desde una época más bien temprana los navarros frecuentaron las Universidades castellanas –ya se ha visto el caso de los Colegios y se alistaron en los ejércitos y armada reales⁹⁷.

Por lo que respecta a la nobleza, este autor subraya con acierto la paulatina desaparición de las banderías tradicionales y el ocaso de las grandes casas tituladas, que acabaron reorientando su influencia hacia la milicia, la administración de la Corona o las finanzas, aunque no sepamos aún en qué medida sucedió esto exactamente; de entre ellas, algunas conocieron un ascenso que se correspondió con el ocaso de otras. Por último, desde el reinado de Carlos II en adelante, se produjo lo que se ha llamado *la hora navarra del XVIII*, expresión inventada por Caro Baroja y hoy ya comúnmente utilizada en el campo de la Historia. En efecto, los letrados navarros alcanzaron éxitos profesionales sin precedentes, estableciéndose como colonia en la Corte⁹⁸ y dando lugar a una élite nueva que no se mezcló con la vieja nobleza *palaciana* –propietaria de los palacios o *cabos de armería*– y, aunque los miembros de esta élite nueva lograron pronto hidalguía y título, tal ascenso tuvo mucha relación con el comercio y las finanzas. Quienes lograron éxito y fortuna fuera favorecieron a los parientes que se quedaron en el reino, engrandecieron sus casas y comportándose como benefactores. El gobierno local de Baztán así como las parroquias pasaron a sus manos y se infiltraron en Pamplona, aunque puede que no llegasen mucho más allá.

No está claro –sin embargo– cómo afectó todo esto al gobierno del reino y a su conexión con la Monarquía⁹⁹.

⁹⁴ Ver nota 89.

⁹⁵ Joaquín SALCEDO IZU, *El Consejo Real de Navarra en el siglo XVI*, Pamplona, 1962, p. 277 s.

⁹⁶ Ernesto SCHÄFER, *El Consejo Real y Supremo de las Indias*, II, Sevilla, 1947, pp. 78 y 498. Se utiliza la reedición a cargo de Kraus Reprint, Nendeln-Liechtenstein, 1975.

⁹⁷ FLORISTAN, «Reino de Navarra», pp. 137 s.

⁹⁸ Y, en efecto, se fundó en 1683 la Congregación de San Fermín de los Navarros.

⁹⁹ Sigo aquí el luminoso análisis de FLORISTAN, «Reino de Navarra», pp. 137-144.

5. LA MONARQUÍA Y NAVARRA: LAS INSTITUCIONES

5.1 EL VIRREY DE NAVARRA

El rey no ejerce personalmente su poder en el espacio físico del reino de Navarra, sino que envía allí a un virrey que lo represente, que haga sus veces, que actúe, como propiamente se decía entonces *in vice et in persona*¹⁰⁰. El virrey es siempre un no natural del reino¹⁰¹, nombrado directamente por el rey entre miembros natos de la secretaría de Estado y Guerra, quienes proponían llegado el caso dos ternas de posibles candidatos, una centrada sobre las cualidades políticas y otra sobre las militares. Una vez que el rey tomaba la decisión, se expedía una carta patente con el nombramiento que contenía, además, el encargo del buen gobierno del reino y señalaba sus atribuciones, honores y preeminencias, entre ellas la de Capitán General¹⁰².

Junto al nombramiento recibía una *Instrucción* para el desempeño de su cargo. En ella se menciona el recto ejercicio de la Justicia; guardar y hacer guardar las disposiciones reales que afecten al reino, sin ir contra ellas sin previa consulta con el rey; que no entre en cuestiones de merced por propia iniciativa, sino que lo comunique al rey quien tomará la decisión oportuna; que no perdone rebelión ni homicidio con alevosía, y en los demás delitos lo haga con el parecer del Consejo habiéndose personado la otra parte; que no se saque del reino oro, plata ni cosas vedadas; que provea –como lo han hecho sus antecesores– los oficios de alcaldes ordinarios, prebostes, almirantes y bayles de los pueblos del reino y que en los demás oficios que vacaren consulte con el rey proponiendo candidatos a ocuparlos; que confeccione la nómina de libramientos con el tesorero del reino y la mande al rey; que resuelva los reparos de agravios con el parecer del Consejo o, si las Cortes se celebran donde éste no resida, al menos con el parecer de dos consejeros; que a las Cortes se llamen por el brazo noble a quienes se solían llamar y en el menor número que se pueda; que acuda lo más que pueda al Consejo Real y que los consejeros le consulten al menos un día a la semana los asuntos que no haya podido ver¹⁰³.

¹⁰⁰ Todavía hoy falta una monografía sobre la la institución virreinal en Navarra, como la del fallecido prof. Jesús LALINDE ABADIA, *La institución virreinal en Cataluña (1417-1716)*, Barcelona, 1964. A falta de ello, da algunas indicaciones SALCEDO, *El Consejo*, pp. 66 s. Igualmente en los Apéndices de esa obra figuran un nombramiento de virrey y una instrucción para el cargo, ambos del siglo XVI. Son de señalar los datos que proporciona, aunque desde una perspectiva no institucional, la obra de Javier GALLASTEGUI UCIN, *Navarra a través de la correspondencia de los Virreyes (1598-1648)*, Pamplona, 1990, donde en el capítulo II se mencionan algunos datos interesantes sobre ellos, pp. 34 ss.

¹⁰¹ Aunque SALCEDO, *El Consejo*, p. 67 dice que siempre era extranjero, hay que tener en cuenta lo dicho en el apartado anterior sobre que los castellanos no se consideran extranjeros en Navarra y a la recíproca.

¹⁰² Así el de Diego Fernández de Córdoba, Alcalde de los Donceles, de 17 diciembre 1512. SALCEDO, *El Consejo*, pp. 267 s.

¹⁰³ Así la Instrucción dada al virrey Duque de Alburquerque en 11 junio 1552, *ibidem*. 269.

No conocemos, aunque obviamente debieron existir como ocurría con los virreyes de otros reinos, instrucciones *secretas* para los de Navarra¹⁰⁴. En ellas se incluirían orientaciones sobre los temas políticos más delicados del momento. No podrían ser mostradas a nadie ni tampoco aludir a ellas al tomar una determinada decisión. Pues ser *secretas* tales instrucciones significaba exactamente eso.

Los poderes del virrey eran en teoría iguales a los del rey, aunque siempre estaban limitados por éste en las instrucciones, públicas o secretas. Obviamente, cesaba en el ejercicio de su cargo si el rey entraba en el reino, no pudiendo actuar sin previa orden de éste¹⁰⁵. Al comenzar a ejercer su cargo debía jurar los fueros de manera análoga a como lo hacía el rey al comenzar su reinado, aunque este juramento se hace en el palacio virreinal, estando presente la Diputación¹⁰⁶. El juramento es igualmente pormenorizado: primeramente jura respetar los fueros, leyes, ordenanzas, usos y costumbres, franquezas, libertades, privilegios y oficios, sin que sea necesaria confirmación real; que los fueros serán interpretados en provecho del reino, sin quebrantamiento alguno, *amejorándolos y no apeorándolos en todo ni en parte*. En segundo lugar jura respetar las provisiones y reparos de agravios otorgados en nombre del rey, así como los vínculos usados y acostumbrados que figuran en la patente de nombramiento; que reparará los agravios y contrafueros y que no irá en todo ni en parte contra los privilegios, usos y costumbres del reino. Por último, el virrey añade que si obrare en contra de lo que tiene jurado, las cortes y el pueblo del reino no estarán obligados a cumplir tales mandatos¹⁰⁷.

El reino pretendió en 1652 que, vacante el cargo de virrey, se nombrase a una sola persona interinamente, esto es, que no se dividiese en dos personas el gobierno político y el militar, pero en rey no quiso comprometerse a ello¹⁰⁸. Pero cuando no podía ejercer el cargo por enfermedad o ausencia del reino, nombraba él mismo un teniente o sustituto. Cuando fallecía, el cargo quedaba vacante y era el rey quien proveía interinamente, aunque la tendencia, al menos en el siglo XVI, era que la interinidad recayese en el regente del Consejo¹⁰⁹.

Como capitán general, le correspondía el gobierno de la gente de guerra del reino, así como el cuidado de sus fronteras y comarcas¹¹⁰. Las Cortes obtuvieron por ley que los pueblos no tuviesen que dar dinero ni alimento alguno a tropas más que previo pago. Además, el virrey debe dar su permiso para el paso

¹⁰⁴ LALINDE, *La institución virreinal*, 297 s.

¹⁰⁵ GALLASTEGUI, *Navarra a través...*, 35.

¹⁰⁶ Así se estableció por ley de las Cortes de 1642, aunque el reino pretendía que el juramento se prestase ante la Diputación del Reino en representación de las Cortes y en la Catedral, al día siguiente de la toma de posesión. *Novísima Recopilación*, I, 1, 2.

¹⁰⁷ Figura en la Recopilación el juramento del Marqués de Almazán, prestado ante las Cortes en 1580. *Novísima Recopilación*, I, 2, documento 2.º previo a la ley 1 de este título.

¹⁰⁸ *Novísima Recopilación*, I, 1, 3.

¹⁰⁹ SALCEDO, *El Consejo*, 67 s.

¹¹⁰ En lo referente a las fronteras, muchas veces los navarros se quejan de que el virrey no les deja actuar contundentemente contra los franceses, o que él mismo no hace nada para proteger sus pastos. Ver «Problemas de límites y facerías», *Cuadernos de Etnografía...*, 41-42, desde el apartado b), p. 9 s.

de gente de guerra por Navarra o para hacer levás; además, debe nombrarse un comisario natural del reino para que acompañe a la tropa para evitar que se cometan excesos ¹¹¹. Tampoco podía el virrey hacer bandos ni imponer penas a los naturales con motivo de levás decretadas por las Cortes ¹¹².

Los virreyes tenían un poder normativo siempre limitado por el celo de la Diputación, que representaba el agravio cuando aquél o el Consejo se excedían. Así cuando sin pedimento del reino habían dado leyes decisivas en materia de justicia, se obtuvo su revocación siempre y cuando fuesen contrarias al ordenamiento del reino o lo *apeorasen* ¹¹³. La misma fórmula se adoptará cuando el virrey dicta normas sobre mercaderías ¹¹⁴ que el reino entiende escapan a su competencia. De todas formas, Navarra tenía especial interés en que los virreyes no entrasen a conocer materias de por sí encomendadas a los tribunales ¹¹⁵, razón por la cual el virrey no presidía el Consejo Real. Aunque éste haya sido un asunto discutido, hoy se acepta que, aunque asistiese a sus sesiones, no era para entrometerse en materias propiamente judiciales ¹¹⁶. La única excepción eran las causas civiles y criminales que se ofreciesen entre gentes de guerra que habitasen en Navarra ¹¹⁷.

En cuanto a sus atribuciones en materias legislativas, los virreyes cooperaban con las Cortes en la resolución de los reparos de agravios. Además podían hacer provisiones y autos acordados de carácter general que no fuesen contra las leyes del reino. Por último, al virrey y al Consejo les estaba encomendado el *derecho de sobrecarta*, que consistía en el examen de todas las disposiciones dimanantes de los órganos centrales de la Monarquía, las cuales debían tener su refrendo para hacerse ejecutivas. Además convoca Cortes, concede honores y ejercita la labor de gobierno como si fuese el propio rey ¹¹⁸. Al reino, a través de su Diputación, le toca vigilar que no vaya contra los fueros y privilegios de Navarra.

Los virreyes duran en el cargo lo que quiera el rey, que es quien los nombra. El tiempo de nombramiento no suele aparecer en el título, de manera que hay virreyes que duran cinco o más años, y otros que duran unos pocos meses. Curiosamente, entre 1598, año de la muerte de Felipe II y 1618, comienzo de la guerra de los Treinta Años, hay solamente tres virreyes; mientras que desde este año al de 1659, cuando se concluye la Paz de los Pirineos, hay dieciocho, con

¹¹¹ Ley de 1606, *Novísima Recopilación* I, 6, 46. Ver el reparo de agravios de 1662 sobre los excesos del virrey en materia de alojamiento de tropas, *ibidem*, I, 6, 44.

¹¹² Ley de 1645, *Novísima Recopilación*, I, 8, 22. No obstante, el Consejo de Guerra estimaba que si había urgencia, el virrey podía proceder sin la preceptiva cédula de aquel Consejo. Y podían requerir bastimentos, carretas, animales de guía y carga, e imponer penas a quienes fueran remisos e inobedientes. Obviamente esto ocurrió hasta 1645. GALLASTEGUI, *Navarra a través...*, p. 36.

¹¹³ Ley de 1561, *Novísima Recopilación*, I, 3, 9.

¹¹⁴ Por ejemplo, *ibidem*, I, 3, 11 y 20.

¹¹⁵ Ley de 1632, *ibidem*, I, 8, 19.

¹¹⁶ SALCEDO, *El Consejo*, 68 s.

¹¹⁷ GALLASTEGUI, *Navarra a través...*, p. 37 s.

¹¹⁸ Ver una más detallada enumeración de funciones durante el siglo XVI en SALCEDO, *El Consejo*, pp. 74-84.

una oscilación de dos meses la mínima duración del cargo hasta ocho años la máxima. Parece que las exigencias de hombres y dinero que la Monarquía necesitaba para sus guerras, y la imposibilidad de cumplir con sus apremios por estar el reino esquilado, motivaron frecuentes conflictos con las Cortes que lo representaban. Además, una cosa era participar en el gobierno de la Monarquía desde el Consejo de Estado o el de Guerra y otra muy distinta hacerse obedecer con un reino que no pasaba un solo atentado contra sus fueros ¹¹⁹.

No contamos con un estudio institucional que nos dé datos, debidamente hilvanados, sobre los virreyes del período borbónico. Algunos documentos interesantes existen en la obra de Floristán, pero son insuficientes para permitir tal tarea. Quede simplemente apuntada la existencia de esta documentación, sin perjuicio de volver sobre los problemas de Navarra en esta época, cuando poco a poco se iba preparando un cambio de *status* hacia una modernidad inconcreta, tanto en cuanto al contenido del cambio como al momento concreto de su realización. Simplemente apuntaré que las vías de actuación de los virreyes dieciochescos, como ejecutores de los planes de la Monarquía, eran las contribuciones y el servicio militar por quintas ¹²⁰.

5.2 EL CONSEJO REAL DE NAVARRA

Constituye un caso excepcional en el sistema polisindial de la Edad Moderna: es el único que no reside junto al rey, sino que se encuentra en el propio reino incorporado. La razón para tal excepción puede verse desde más de un aspecto: el deseo de agradar al reino, conservando un órgano que existía ya antes de la incorporación y del que se respetó su antigua estructura y residencia, pero quizá más aún el de proporcionar al virrey un órgano asesor en una parte de la Monarquía especialmente sensible a las apetencias de Francia, cuyos reyes siguen titulándose reyes de Navarra.

Ya se ha señalado al hablar del virrey que la relación de éste con el Consejo era muy estrecha, pero sin que en ningún momento llegase a presidirlo. Tal cometido recaía de pleno derecho en el regente ¹²¹, aunque ocasionalmente se le llamó presidente. Este cargo recayó en los primeros tiempos posteriores a la incorporación en un prelado, pero pronto la regla general fue que recayese en doctores o licenciados en Derecho. El nombramiento correspondía al rey, quien ocasionalmente nombraba a uno de los dos consejeros castellanos o bien a otro de fuera, pues era regla general que este cargo recayese en un no navarro. En cuanto a sus funciones, tenía encomendadas algunas particulares, como la tutela del cumplimiento de las leyes de visita, así como cuidar de la labor ordinaria del Consejo en el ámbito judicial.

¹¹⁹ Me parecen sumamente razonables las opiniones de GALLASTEGUI a este respecto; *Navarra a través...*, p. 38.

¹²⁰ Ver el capítulo III de la mencionada obra de FLORISTAN, *La Monarquía y el gobierno de Navarra*, pp. 193-298.

¹²¹ SALCEDO, *El Consejo*, pp. 84 ss.

Los consejeros eran seis ¹²², aunque obviamente podían actuar menos en caso de producirse vacantes. Eran igualmente doctores o licenciados en Derecho, aunque ocasionalmente hubiese algún bachiller. Eran nombrados sin plazo determinado, por lo que su duración dependía de la voluntad del rey. Algunos llegaron casi a los veinticinco años en el cargo. Su misión genuina era la judicial. Además componían la plantilla del Consejo otros funcionarios subalternos ¹²³.

Aparte de las funciones propiamente judiciales, entre las que cabe destacar los pleitos promovidos por Valderro y Valcarlos contra Roncesvalles por contrabando de dinero y ganado procedentes de Francia, lo cual afectaba a las relaciones entre Monarquías ¹²⁴, tenía atribuciones de gobierno ¹²⁵, en las cuales no podía decidir nada sin previa consulta con el virrey. Se ocupaba de los límites del reino, aunque solo ocasionalmente lo hizo respecto a Francia. Y asesoraba al virrey o incluso al propio rey, sobre contrafueros y sobre asuntos administrativos.

En el aspecto legislativo ¹²⁶, varias leyes de Cortes señalan que ni el virrey ni el Consejo pueden dar mandatos que vayan contra las leyes del reino ¹²⁷, así como disponen la revocación de las leyes decisivas elaboradas por aquéllos sin pedimento del reino y fuera de lo referente al orden de procesar ¹²⁸. Si el Consejo se negaba, las cortes presentaban reparo del agravio ¹²⁹. Pero sí que podía confeccionar ordenanzas profesionales, administrativas y de justicia. Asimismo tenía la obligación de dar el visto bueno o *sobrecartear* todas las disposiciones reales o virreinales que debieren aplicarse en Navarra. No podían recibir *sobre carta* del Consejo las disposiciones reales de cualquier rango que fuesen contra las leyes y fueros del reino, tanto si se referían a cuestiones generales ¹³⁰ como a particulares ¹³¹. De estimar el virrey y Consejo que se producía vulneración del ordenamiento jurídico del reino, en 1580 se ordenó que diesen traslado de ellas a los síndicos, aunque esto no siempre ocurría, como vino a denunciarse en 1692. En las Cortes de Estella celebradas ese año, el reino obtuvo que no se sobrecartearan cédulas ni despachos reales sin dar *precisamente* <sic> traslado a la Diputación del reino, y que aquéllos no se ejecutasen sin dar opción a que la parte perjudicada pudiese defender su derecho ¹³².

La disposición normativa más importante del Consejo es el *auto acordado*, esto es: una norma acordada por el regente y los consejeros sin intervención del virrey, aunque alguna vez fuese éste consultado. El virrey podía promulgar pro-

¹²² *Ibidem*, pp. 89 ss.

¹²³ *Ibidem*, pp. 103 ss.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 151 ss.

¹²⁵ *Ibidem*, pp. 160 ss.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 176 ss.

¹²⁷ Leyes de 1569 y 1678, *Novísima Recopilación*, I, 3, 5 y 6.

¹²⁸ Ley de 1561, *Novísima Recopilación*, I, 3, 9.

¹²⁹ Así las referentes a autos acordados del Consejo, en 1652, 1678, 1701, y 1695 respectivamente, *Novísima Recopilación*, I, 3, 14-15-16-17-18 y 20.

¹³⁰ Leyes de 1561 y 1632, *Novísima Recopilación*, I, 4, 7 y 8.

¹³¹ Leyes de 1580, *Novísima Recopilación*, I, 4, 3 y 4.

¹³² *Novísima Recopilación*, I, 4, 6 y 11 respectivamente.

visiones junto con el Consejo o no, y éste dictaba provisiones en materia de justicia. Cuando el virrey proveía a petición de las Cortes, los consejeros firmaban también la provisión, que incluso podía llamarse *carta real*.

El Consejo mantuvo frecuentes conflictos con las Cortes a causa de intromisiones recíprocas en las funciones de cada organismo¹³³. De entre ellos y en lo que afecta al objeto de este trabajo, conviene destacar que las Cortes nunca toleraron la intromisión de aquél en la sanción de las leyes generales ni en la modificación de los reparos de agravios. Por otra parte, las Cortes tenían mucho interés en que el Consejo no se quedase en la órbita del rey, para lo cual se enzarzaron en una batalla por los cargos dados a extranjeros, que sería perdida por el reino en los primeros años posteriores a la incorporación. Por ejemplo, en 1517 el virrey ordenó salir de la ciudad y del reino a un oidor del Consejo que además era procurador en las cortes por Pamplona, precisamente porque se negó a acatar como regente a un extranjero. En las siguientes Cortes de Tafalla de 1519-20 volvieron a la carga, pero igualmente sin resultado. El virrey dio largas anunciando la venida de Carlos a Navarra, y que entretanto tolerase *por merced* la situación presente: argucias de político. Y aún se llegó más lejos en 1546 cuando el virrey marqués de Mondéjar, en una carta reservada, se pregunta con razón si, siendo los navarros admitidos a oficios y dignidades en Castilla, los castellanos debían ser considerados extranjeros en Navarra¹³⁴. Ya se ha tratado antes esta cuestión, resuelta por las propias Cortes –bien es verdad que un siglo más tarde– en el sentido que el virrey apunta. Pero las cosas eran diferentes en los primeros años de la incorporación a Castilla, y aún no se había llegado a ese convencimiento, ni se había establecido que los navarros fuesen admitidos a oficios y dignidades en Castilla y en Indias. De todas formas, no desaparece la sensación de que se emplean unos argumentos cuando benefician y, esos mismos, se ignoran cuando perjudican.

Es más, el Consejo tuvo roces con el virrey o incluso con el propio rey, pese a que aquél era un órgano adecuado para aplicar en Navarra la política del rey, y los consejeros lo eran por nombramiento real. Tales conflictos con el rey se refieren a nombramientos de oficiales o a temas propiamente judiciales –caso de litispendencias– en los que el Consejo no tolera abuso de poder. En cuanto a los roces con el virrey, el Consejo le planta cara si aquél se entromete en temas de justicia¹³⁵.

En resumen, el Consejo Real fue, un órgano asesor del virrey en materia política y sin duda hubo sintonía entre ambos en este ámbito; pero era celoso de sus prerrogativas y no dudó en enfrentarse al virrey si éste invadía su terreno propio, que era el judicial. En cuanto al respeto a los derechos del reino en su más amplio sentido, se observa –en lo que conocemos– una tendencia a la

¹³³ SALCEDO, *El Consejo*, pp. 212 ss.

¹³⁴ Fernando de ARVIZU, «Las Cortes de Navarra en la Edad Moderna (estudio desde la perspectiva de la Corona)», en *Las Cortes de Castilla y León en la Edad Moderna*, Cortes de Castilla y León, Valladolid, 1989, pp. 595-632, en especial 615 s.

¹³⁵ SALCEDO, *El Consejo*, pp. 217 s.

extralimitación propia de todo órgano de la Monarquía, prontamente contestada por el reino mediante la vía del reparo de agravios.

5.3 LAS CORTES DE NAVARRA

A primera vista puede parecer extraño que se incluya esta institución propia del reino e identificativa de su personalidad y de la defensa de su *status* jurídico-público dentro de las de la Monarquía. En realidad no hay lugar para la sorpresa. La Monarquía no es concebible si se separa de los reinos y territorios sobre los cuales el monarca ejerce su poder. Y en el caso de Navarra, las Cortes son lo verdaderamente representativo del reino. Por otra parte, no debe pensarse en ellas *únicamente* como instrumento de resistencia a un poder real con tendencia al cesarismo, sino también como instrumento de colaboración con los planes de la Monarquía. Navarra pide y recibe leyes, así como exige que se reparen los agravios cometidos contra sus fueros y libertades; pero también ofrece al rey el servicio que aquél le pide, además de tropas u otro tipo de colaboración con sus planes. No cabe, pues considerar a las Cortes un órgano político desvinculado de la Monarquía u opuesto a ella, simplemente porque no ocurrió tal cosa. Hubo intentos del rey por manejarlas o dominarlas como ocurría con las de Castilla, pero dichos intentos no pasaron de ahí. Por otra parte, algunos autores, los de la perspectiva que elegantemente hemos denominado *agramontesa*, tratan de poner el acento únicamente en el conflicto y en la discrepancia rey-reino, olvidando el papel de Navarra dentro de la Monarquía española¹³⁶.

5.3.1 Para empezar, echemos un vistazo a la bibliografía. Sobre las cortes contamos con la obra de Huici, algo antigua pero que ha sido de obligada referencia durante décadas, dada la ingente documentación que ha manejado¹³⁷. En todo caso, cabe formular dos reparos sin que ello menoscabe el mérito de la obra, reparos que –por otra parte– he dejado ya escritos. El primero es que la autora no es historiadora del Derecho y por ello se echa de menos una visión jurídica de las Cortes navarras. Aunque cumple con las exigencias del método institucional, hay cuestiones que a veces se le escapan y, en otras, no aprecia la parcialidad de los testimonios que aduce y reproduce. El segundo reproche es que, al no haber consultado más que fuentes conservadas en Navarra, solamente de manera muy limitada se ofrece el modo de pensar de los órganos de la Monarquía –centrales o periféricos– en relación con las Cortes.

Dejo deliberadamente de lado obras decimonónicas, que traslucían un apasionamiento que corre paralelo al que se mencionaba a propósito de la incorporación: las de Zuaznívar y su contestación por Yanguas y Miranda¹³⁸. Ya en el

¹³⁶ Justamente en la existencia o el empleo de ese adjetivo es el que molesta especialmente a la historiografía nacionalista vasca.

¹³⁷ M.^a Puy HUICI GOÑI, *Las Cortes de Navarra en la Edad Moderna*, Pamplona, 1963.

¹³⁸ En mi trabajo citado en nota 134 les dedico un comentario. Ver el título completo de ambas obras en notas 4 y 6 de dicho trabajo.

siglo pasado, el fallecido profesor Lalinde¹³⁹ les dedicó un artículo que traslucía también cierto apasionamiento, por lo que igualmente me parece necesario dejarlo de lado, aunque advierto que también le he dedicado comentarios, esta vez más extensos¹⁴⁰.

En 1993 ha visto la luz una importante obra de tipo documental dirigida por el prof. Valentín Vázquez de Prada¹⁴¹. La relevancia de esta aportación descansa en los Cuadernos de Leyes, verdadero reflejo de los resultados de las reuniones de Cortes, impresos a partir de 1556. Los anteriores tuvieron que ser reconstruidos. De esta manera, se publican las 3.139 leyes emanadas de la labor de las Cortes navarras en la forma propia de este reino: petición de los Tres Estados y decreto aprobatorio, indicando en su caso las réplicas de las Cortes en caso de negativa y la respuesta del monarca. En la obra se incluye cada *servicio o donativo* que las Cortes aprueban para los gastos de la Monarquía, así como las instrucciones que se dejan a la Diputación que comenzará a actuar, una vez cerradas las Cortes, en representación de éstas. Por último se incluye una lista de asistentes a cada reunión¹⁴². Obviamente el propósito de la obra no es trazar un estudio institucional, sino proporcionar todos los materiales necesarios para futuras investigaciones sobre el particular.

Muy recientemente, el Prof. Floristán ha publicado un nuevo trabajo¹⁴³ en el que examina de forma paralela las Cortes de la Alta Navarra y los Estados de la Baja, poniendo la atención precisamente en las diferencias institucionales que vienen motivadas por la diferente situación política y administrativa de ambos territorios.

Existe una monografía específica sobre las últimas Cortes de Navarra, celebradas en los años 1828-29¹⁴⁴. Movié al autor, inicialmente, el estudio de los problemas que sobre la crisis del Antiguo Régimen iban a llegar a estas últimas cortes estamentales. En el libro trata ampliamente la reunión, la visión que sobre el período 1820-1828 ofrecen las propias cortes, el problema del contrabando y las aduanas y el donativo o servicio de las últimas Cortes, que el autor entiende como freno a una reforma. Las cuestiones económicas le preocupan mucho, hasta el punto de que, para él, lo verdaderamente decisivo en la época de estas Cortes son las estructuras de poder que controlan las instituciones de Navarra y que agudizan la crisis institucional por negarse a una necesaria refor-

¹³⁹ Jesús LALINDE ABADIA, «El sistema normativo navarro», en *AHDE*, 40, 1970, pp. 85-108.

¹⁴⁰ Estos figuran en parte en ARVIZU, «Cortes de Navarra», 596 s.; pero sobre todo en otro trabajo mío: «Las Cortes de Navarra en la Edad Moderna (aspectos políticos y legislativos)», en *Jornadas sobre Cortes, Juntas y Parlamentos del pueblo vasco*, Eusko-Ikaskuntza, Cuadernos de la Sección Derecho, 6, 1989, pp. 31-53., en particular 44-50.

¹⁴¹ Valentín VAZQUEZ DE PRADA (Dir.) y Jesús M.^º USUNÁRIZ GARAYOA, *Las Cortes de Navarra desde su incorporación a la Corona de Castilla. Tres siglos de actividad legislativa*, tomo I (1513-1621) y II (1621-1829), Pamplona, 1993.

¹⁴² *Ibidem*, páginas de presentación XIII a XVII.

¹⁴³ Alfredo FLORISTAN, «Adaptaciones divergentes: las Cortes de Navarra y los *Etats de Navarre* (siglos XV-XVIII)», en *AHDE*, 77, 2007, pp. 177-253.

¹⁴⁴ Ramón del RIO ALDAZ, *Las últimas Cortes del Reino de Navarra (1828-1829)*, San Sebastián, 1985.

ma de la estructura económica del reino. He de decir, sobre este libro, que su perspectiva es necesaria porque –como en él se reconoce– la visión navarro-fuerista de defensa a ultranza de las libertades del reino puede ocultar los problemas económicos que subyacen bajo ella. Pero también que no puede atribuirse como única causa de las actitudes defensivas la bajada de precios agrícolas o el temor al fin del contrabando.

Trataremos algunas cuestiones de índole económica en el último apartado de este trabajo, pero ahora lo más importante es señalar que en las últimas Cortes de Navarra no se detecta cambio institucional alguno respecto a las de siglos anteriores: se celebran como se habían celebrado hasta ahora, y los roces con el virrey –en definitiva con el rey y su gobierno– no son de naturaleza diferente.

Por último, quiero recordar dos trabajos míos que ya han sido mencionados¹⁴⁵. En el primero de ellos se traza un estudio de las Cortes navarras intentando una visión novedosa: la de la propia Corona, lo que le hace especialmente interesante al objeto de estas páginas. El estudio se basa, ante todo, en lo que aportan documentos inéditos del Archivo General de Simancas. El segundo de los trabajos complementa al primero en lo referente a la potestad legislativa de las Cortes, al objeto de hacer algunas puntualizaciones a los juicios del prof. Lalinde, que me parecieron extremosos y necesitados de contestación.

5.3.2 La convocatoria de Cortes es una regalía, lo que equivale a decir que depende únicamente de la voluntad del rey, por lo que aquéllas siempre protestaron porque el virrey se arrogase tal derecho. De todas formas, es imposible de concebir una convocatoria decidida de *motu proprio* por el virrey y a la que el rey permanezca ajeno. Otra cosa es que la convocatoria efectivamente lo pareciese, pero ello no puede deberse más que a una estrategia deliberada de la Corona.

En todo caso, el la libertad del rey para convocar choca con el deseo del reino de que no se espacien demasiado las convocatorias. Así una ley de 1527, luego reiterada en 1565 y en 1572, establece que las reuniones de cortes sean anuales¹⁴⁶. Pero ya en 1576 se admitió por el reino que, si no podían celebrarse cada año, fuesen al menos cada dos. Y a principios el siglo xvii el reino se queja de que han dejado pasar cinco años y se estableció que no pasasen de tres¹⁴⁷. En tal sentido, el reino pidió en 1652 reparación del agravio por haber dejado pasar más de seis años desde la última convocatoria de cortes¹⁴⁸. De todas formas en 1695 se pidió al rey que no se celebrasen Cortes en los seis años siguientes al objeto de que no se incrementase el servicio, todo ello sin perjuicio del plazo máximo legal de tres años entre cada convocatoria¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Ver notas 134 y 140.

¹⁴⁶ *Novísima Recopilación*, I, 2, 2.

¹⁴⁷ *Ibidem*, I, 2, 3 y 4.

¹⁴⁸ *Ibidem*, I, 2, 5. A ello se respondió que se respetaría la ley precitada que establecía el plazo máximo de tres años, y que este último plazo, objeto del agravio, no sentaría precedente.

¹⁴⁹ *Ibidem*, I, 2, 6.

Es interesante observar que el número de reuniones desciende a medida que avanzan los reyes y los años, a razón de un 50% en cada siglo respecto del anterior, como puede verse en el cuadro adjunto ¹⁵⁰:

Siglo XVI		Siglo XVII		Siglo XVIII		Siglo XIX	
Fernando el Cat. ^o	3	Felipe III	5	Felipe V	6	Fernando VII	2
Carlos I	26	Felipe IV	10	Fernando VI	1		
Felipe II	14	Carlos II	5	Carlos III	2		
Felipe III	1			Carlos IV	2		
Total	44	Total	20	Total	11	Total	2

El virrey recibía del rey un poder que se mantuvo invariable a lo largo de todo el período, inspirado en el concedido al duque de Albuquerque en 1522. Provisto de aquél y de acuerdo con el Monarca o con su Consejo de la Cámara, se indicaba el lugar y fecha de celebración, siempre tratando de que las sesiones no se alargasen al objeto de no retrasar la resolución de la cuantía del servicio y su posterior entrega. A tal objeto, en 1764 se desaconsejaba Pamplona, pues allí vivía la mayoría de los concurrentes y los de fuera, por cuestión de dignidad eran bien tratados, de modo que las sesiones tendían a alargarse.

El ejercicio de esta regalía no depende del capricho del rey, sino que está sujeta a una razón económica y a otra política: la primera es que con cada convocatoria hay nuevo servicio, y puede ocurrir que el reino no esté en condiciones de afrontarlo, como ocurrió en 1789 ¹⁵¹. La razón política es que el reino, si bien no desea que se convoquen las Cortes cuando su situación económica es mala –lo que según sus propias expresiones siempre ocurre, pero no siempre es verdad– sí que necesita reparar agravios y que se promulguen nuevas leyes. De manera que siempre hay un contrapeso de ambas necesidades y de la forma de ver las cosas por la Monarquía y por Navarra.

En 1828 la convocatoria venía retrasándose desde cuatro años atrás: el gobierno temía una reacción ultra dados los últimos acontecimientos que se estaban viviendo en España, el más importante de los cuales era la *Guerra de los Agraviados*, pero finalmente se decidió convocarlas, vista la penuria económica en que se hallaba el erario público ¹⁵².

El deseo de que las sesiones duren lo menos posible es una constante en todo el Antiguo Régimen. Pero si bien en el siglo XVI ello fue posible por la gran cantidad de reuniones celebradas, a medida que se convocaban cada vez menos –siglos XVIII y XIX– los asuntos se acumulaban y por lo mismo se alarga su duración, de manera que era una verdadera obsesión del virrey el terminarlas. Así, bajo los Austrias se recomendaba que se *cerrase el Solio*, según la expresión propia, sin esperar a los agravios particulares. En 1765 se sugiere al

¹⁵⁰ Ver la obra dirigida por VAZQUEZ DE PRADA, ya citada, en los índices del principio de cada tomo.

¹⁵¹ Se hace una amplia referencia a este caso en ARVIZU, «Cortes de Navarra», pp. 602 s.

¹⁵² RIO ALDAZ, *Las últimas Cortes*, pp. 46 s.

virrey que evacue todos los asuntos en 45 días, a razón de cada 15 para contra-fueros, leyes nuevas y deliberación sobre el servicio. Estas Cortes durarían medio año largo. En las de 1828/29 el virrey conminó perentoriamente a concluir las sesiones entregando el donativo, pero se llegó a la componenda de prolongar unos días más la reunión al objeto de presionar, por cada parte, con el posible traslado de aduanas y la entrega del donativo ¹⁵³.

5.3.3 Las leyes del reino recogen varias disposiciones relativas a la condición jurídica de los miembros de las Cortes ¹⁵⁴, e incluso hay dos reparos de agravios porque el virrey ha prohibido la entrada en las Cortes o expulsado de ellas a uno de sus miembros ¹⁵⁵. En el primer caso, ocurrido en fecha muy temprana –1519– el reino pidió reparación porque el virrey, mediante auto acordado del Consejo, prohibió la entrada en las cortes que entonces se celebraban en Tafalla a los procuradores de Pamplona, ordenando al secretario y ujieres que hiciesen respetar la prohibición. No conozco las razones de la decisión virreinal, pero ésta tuvo que ser rectificada en sentido contrario. El segundo caso tuvo lugar en las Cortes de Estella de 1692, cuando el virrey expulsó de la ciudad al prior de Roncesvalles y a otras personas –que no se citan– todos ellos debidamente convocados. En las siguientes, que en 1695 se celebraron en Corella, se pidió reparación del agravio, lo que se consiguió declarando nulo lo actuado, y que no sentase precedente ni supusiese perjuicio a los fueros y leyes del reino.

Con ello se pone de relieve que, al ser las Cortes una institución política, se daba el juego sucio por parte del virrey al objeto de excluir a miembros no deseables. El rey, además, cuenta con un servicio de información independientemente del virrey, a quien se advierte –por ejemplo en 1576– sobre la actitud de un noble y de un procurador. Al objeto de protegerse de filtraciones, los procuradores juraban guardar secreto de lo tratado en las sesiones desde 1603. En 1744 volvió a repetirse el problema pero entre el virrey y el Consejo Real, ya que aquél pretendió eliminar a los procuradores elegidos por la villa de Lumbier y ordenó inhibirse al Consejo, quien reclamó en vano ¹⁵⁶.

Con el asunto del traslado de las aduanas del Ebro a los Pirineos, que comienza a mediados del siglo XVIII, se descubren igualmente maniobras de la administración de la Monarquía y del virrey para disponer en favor de los intereses de aquélla el ánimo de algunos procuradores, a cuyo efecto éstos recibirían cartas de personas proclives al gobierno ¹⁵⁷. La práctica no parece anormal

¹⁵³ ARVIZU, «Cortes de Navarra», pp. 599 ss. RIO ALDAZ, *Las últimas Cortes*. pp 323 s. y 374 s.

¹⁵⁴ Así *Novísima Recopilación*, I, 2, 7 a 13. Se refieren a quiénes deben ser llamados a Cortes, quiénes pueden estar presentes en las sesiones, y que sus miembros no puedan ser arrestados durante las mismas.

¹⁵⁵ *Ibidem*, I, 2, 10 y 14.

¹⁵⁶ El noble era el señor de Orcoyen, de quien se dice que en las últimas Cortes «no andubo tan derechamente en las cosas que en ella se trataron como conviniera al servicio de su magestat». El procurador por Estella era Martín de San Cristóbal, de quien se dice: «paró en las Cortes y algunas cosas, viniendo a ellas, por la dicha ciudad, no convinientes al bien de los negocios». Doc. citado en ARVIZU, «Cortes de Navarra», pp. 605 s. El caso de Lumbier, *ibidem*, pp. 607 s.

¹⁵⁷ Ver la lista *ibidem*, nota 48.

ni deshonrosa. También se comprueba que sigue existiendo la red de información ajena al virrey ¹⁵⁸.

Obviamente el traslado era algo que convenía mucho a la Corona, y ésta tenía todo el interés en convencer a las Cortes de que no iba en perjuicio del reino ni atentaba contra sus fueros, pero nada se logró. En 1780 aún se seguía discutiendo, pero la estrategia había cambiado: ya no se trataba de un remedio conveniente, sino de un mal necesario. En estas fechas había miembros del brazo noble plegados al virrey, alguno de los cuales daba consejos maquiavélicos al abad de Irache para ganarse a otros miembros del brazo noble y del estado llano. Tales manejos daban resultado unas veces sí y otras no. Para ello estaban las instrucciones secretas, de las que ya he dado cuenta y precisamente en relación con el asunto de las aduanas ¹⁵⁹. Cabe destacar de ellas que incluso llegan a detallar medios de presión, como no aceptar la reparación de contrafueros, hacer saber que si se acepta el traslado se concederá *ipso facto* la reparación todos los agravios pendientes; e incluso amenazar con permitir el libre paso del oro y la plata por el reino y dejar sin efecto todos los agravios concedidos anteriormente.

5.3.4 Como es sabido, toda orden o mandato de las autoridades de la Monarquía que atente contra los fueros y libertades del reino es un contrafuero o al menos un agravio que debe ser reparado. Reviste la forma de ley, con el *pedimento* del reparo y el *decreto* resolutorio, aunque no sea propiamente ley ni se llame jamás así. Se trata de un eficazísimo instrumento político en manos del reino, puesto que el trabajo de cada Cortes que se convocan comienza precisamente por el reparo de los agravios, antes de pasar a los pedimentos de leyes y al servicio o donativo a entregar al rey. Este pretende que se trate primero de éste e incluso como se ha visto, que se cierre el Solio sin esperar a que se hayan reparado los agravios particulares, pero el reino no lo admitió jamás, pues perdería la mejor baza para defender su autonomía ¹⁶⁰.

El reparo de los agravios corresponde al virrey si había recibido del rey tal potestad, pues en teoría es el propio rey quien debe reparar y el virrey actúa en virtud de delegación. Normalmente consulta el asunto con los órganos centrales de la Monarquía, aunque si la dilación era excesiva el reino podía parar las sesiones con el consiguiente perjuicio de los intereses del gobierno. Incluso en las últimas Cortes de 1828/29 se sigue utilizando este expediente ¹⁶¹.

¹⁵⁸ En efecto, el 23 de abril de 1757 Isidoro Gil de Jaz comunica al virrey *que el confidente de la Instrucción reservada* le ha escrito. Este no puede ser otro que el oidor del Consejo Agustín de Leiza y Heraso, que es el único que ha recibido una instrucción reservada sobre ese asunto y por esas fechas. Ver ARVIZU, «Cortes de Navarra», p. 609.

¹⁵⁹ *Ibidem*, 609 s. Sobre el problema de las Aduanas en las últimas Cortes el siglo XIX, cabe decir que éstas estuvieron siempre mediatizadas por el asunto, que al final no pudo conseguir la Corona. Ver RIO ALDAZ, *Las últimas Cortes*, pp. 302 s.

¹⁶⁰ Sobre las clases de agravios y su distinta naturaleza a través de los siglos, ver ARVIZU, «Cortes de Navarra», pp. 618 s.

¹⁶¹ El 31 de diciembre de 1828 el reino —es decir las cortes— ofician al virrey, quien les apremia a que decidan el donativo, comunicándole que hasta que se resuelvan por el rey las peticiones presentadas, existe un insuperable obstáculo para tratar del donativo, ya que se ignora en qué estado quedará el reino, su crédito y el de sus naturales. RIO ALDAZ, *Las últimas Cortes*, pp. 325.

Los agravios pueden denegarse por falta de prueba del derecho del reino, pero esto es así en teoría, ya que el rey no tiene interés en denegar lo que no vaya contra sus propias prerrogativas. Y naturalmente que en la batalla entre poderes –del rey y del reino– éste puede hallar agravios por doquier e impedir o dificultar con ellos la labor de gobierno; a la recíproca, el virrey puede denegarlos en serie, pero todo esto no es otra cosa que el juego de la política. En todo caso, sí que debe aducirse la norma infringida, ya que no hay *contrafuero* sin fuero que resulte vulnerado.

En el siglo XVIII se da un salto cualitativo, al reconocer el agravio con tal de que no se pretenda la revocación de lo hecho, ya que como se dice en 1764, «*jamás se comete contrafuero que no sea por la razón superior de que media el Estado, la conveniencia del Público o la subsistencia de las regalías de la Corona, y en semejantes casos queda la soberanía con el derecho de repetirlos*»¹⁶², con lo cual se queda en nada la reparación del agravio, ya que no se consigue más que el reconocimiento del contrafuero, que se puede repetir cuantas veces lo demande la razón de Estado. En realidad, se trata del pleno florecimiento de la mentalidad absolutista, al aceptar que el reino puede oponerse a la voluntad del rey, que se identifica con el bien público y del Estado, lo cual se vio con los primeros intentos del traslado de las Aduanas¹⁶³; e incluso cuando el asunto se debatió en las últimas Cortes, se entendía por parte del Consejo de Hacienda que el rey podía libremente modificar los fueros cuando así lo aconsejase el bien público¹⁶⁴. Porque para la Monarquía las Cortes no pasan de ser un mero cuerpo consultivo, y así se vio hasta estas últimas, ya que el sistema absolutista sigue perdurando. En este sentido no puedo sino compartir las apreciaciones de Río Aldaz¹⁶⁵ ya que, aunque se hubiese promulgado la Constitución de Cádiz, y se avanzase tímidamente hacia la instauración del Estado Constitucional en los últimos años de Fernando VII, las cosas no parecen haber cambiado en lo más mínimo –al menos desde el planteamiento institucional– en estas últimas Cortes y, obviamente, tampoco habían cambiado la mentalidad de los ministros absolutistas de la época.

5.3.5 En las Cortes se legisla, siendo ésta su misión más importante y más conforme con la naturaleza de aquéllas. Sin embargo, creo ha de superarse la vieja disputa sobre si las Cortes tenían potestad legislativa o no la tenían, siendo ésta compartida. Y digo que se debe superar porque es algo con sabor decimonónico¹⁶⁶, pero no que tiene sentido plantearse hoy. En las Cortes de Navarra,

¹⁶² Carta de Isidoro Gil de Jaz al marqués de Esquilache de 19 marzo 1764, cit. en ARVIZU, «Cortes de Navarra», nota 87.

¹⁶³ *Ibidem*, pp. 620 s. y notas correspondientes.

¹⁶⁴ Así en el informe de los fiscales de 14 de enero de 1829, reproducido por RÍO ALDAZ, *Las últimas Cortes*, pp. 224.

¹⁶⁵ RÍO ALDAZ, *Las últimas Cortes*, pp. 334.

¹⁶⁶ No me resisto a dejar escrito que la *Teoría de las Cortes*, de Martínez Marina era un alegato a favor de la reunión de Cortes a principios de cada reinado aunque no mediase convocatoria del rey, teniendo valor pleno lo que en ella se legislase. De aquí arranca la polémica, porque había que hacer digerir a Fernando VII la obra legislativa de las cortes de Cádiz: la Constitución de 1812. Nótese asimismo que en la exposición de Sáinz de Andino sobre la traslación de las aduanas de Navarra de 12 febrero 1829, recomienda pactar con las Cortes de Navarra una

una ley constaba de dos elementos: el pedimento de aquéllas y el decreto del rey o del virrey concediendo lo pedido. Mientras esos dos elementos no existiesen sucesivamente no había ley posible, aunque el reino siempre pretendió que las leyes se hiciesen siempre en las Cortes, según consta en una ley de las de Sangüesa de 1561¹⁶⁷; pero de ahí a inferir que tenían potestad legislativa plena media un abismo que ni ellas mismas franquearon, como se desprende de la ley citada en nota. Incluso podría decirse lo mismo en los parlamentos modernos hoy en día¹⁶⁸.

Ahora bien, que las leyes se hagan con *parecer, consejo y otorgamiento* de las Cortes y no resulten tales hasta que se produzca el decreto real estimatorio, no relega su potestad a la mera y respetuosa petición al monarca, porque si éste se niega, los tres Estados representan una y otra vez hasta llegar a un acuerdo, al menos parcial. Y por otra parte, les asiste el llamado *derecho de publicación*, por el cual el reino se reserva el derecho a incluir pedimentos concedidos en los *roldes* o documentos previos a la formación de la patente general, que permitía la publicación de las leyes sancionadas¹⁶⁹. Esto suponía un importante recorte a la autoridad del rey y por ende, a su dignidad, y la Monarquía resistió siempre al ejercicio de tal potestad por parte del reino.

Pero llegados a este punto, debe formularse otra pregunta crucial: ¿qué pensaba la propia Monarquía respecto a la potestad legislativa en el reino de Navarra? Aunque en el siglo XVIII –y naturalmente en el XIX, como ya se ha dicho– entendía que la potestad legislativa residía privativamente en el rey, ya en el anterior se defendía lo mismo por el Licenciado Armendáriz, conocido por sus tesis regalistas, el cual deja sentado que tal potestad es privativa y personal del rey, que no necesita del consejo ni consentimiento de los próceres o consejeros del reino para legislar¹⁷⁰. Claro está que choca con el precepto foral que cita la ley ya aducida¹⁷¹ en el sentido de que el rey *no haga granado fecho* sin consejo

llamada *ley contractual* que las mismas habían propuesto porque «sería reconocer en las Cortes de Navarra una potestad legislativa de que carecen según sus mismos fueros», citado por RIO ALDÁZ, *Las últimas Cortes*, 312.

¹⁶⁷ «... Y porque por Fuero del dicho Reyno el Rey de Navarra no ha de hacer hecho granado ni leyes (porque hacerlas es hecho granado) y cuando los Reyes de Navarra hacían Leyes ante que la sucesión deste Reyno viniessen en su Majestad Cesarea, se hacian con parecer y consejo y otorgamiento de los tres Estados de este Reyno, y no se hallan Leyes algunas en Navarra después de el que no se hayan hecho de esta manera». *Novísima Recopilación* I, 3, 7, principio.

¹⁶⁸ En efecto, aparte de que los proyectos de ley son presentados en su inmensa mayoría por el gobierno al parlamento, ninguna ley se convierte en tal sin la sanción del Jefe del Estado, a veces, como en el caso de los reyes, acompañada de la firma del ministro correspondiente. Y eso es la teoría, porque en la práctica, aunque los parlamentos puedan tomar en consideración sus propias proposiciones de ley, siempre existe un grupo mayoritario que sustenta al gobierno, y sin el acuerdo de éste, el parlamento no toma en consideración iniciativa alguna.

¹⁶⁹ Ver mi trabajo «Sanción y publicación de leyes en el reino de Navarra», *AHDE* 42, 1972, pp. 733-744, así como el tratamiento del tema en «Cortes de Navarra», 623-626.

¹⁷⁰ ARMENDARIZ, *Additiones*, regla 1, *principio*: «Loquendo de rigore iuris communis, Princeps potest condere leges in suo regino, si ille non recognoscit superiorem... et in tantum hoc procedit quod potest condere leges dictus Princeps, etiam sine consensu vel consilio Procerum vel consiliariorum suorum».

¹⁷¹ Ver nota 167.

de los ricos-hombres y de los sabios de la tierra. Aunque quienes tratan de limitar la potestad legislativa real encuentran asidero en tales palabras y sostienen que el rey no puede legislar sin consentimiento de los tres Estados, el Licenciado se reafirma en lo dicho, aunque reconoce que obrará más humanamente si pide tal consejo. Pero como es el propio rey quien interpreta las disposiciones del fuero, es muy libre de decidir que tal precepto no es una ley a la que él mismo esté sujeto y, en todo caso, se refiere a acciones políticas del rey en el exterior, en las cuales necesitaría la asistencia de los ricos-hombres y sabios, pero no en el interior del reino, donde su voluntad es ley y su poder, por tanto, absoluto. Las Cortes son mencionadas, pero no suponen limitación alguna a dicho poder¹⁷². Basta la lectura pausada del texto que se cita en esta nota para comprender por qué Armendáriz era muy mal visto por las Cortes de Navarra y por qué prohibieron éstas que su obra se llamase *Recopilación* ni pudiese ser citada en los tribunales del reino, lo que significó la ruina del autor.

Pues bien, en 1780 el Consejo de la Cámara no sólo pensaba que la potestad legislativa era exclusiva del rey, sino que un año más tarde pretendía –en relación con el derecho de publicación– que en la patente se incluyesen incluso los pedimentos denegados y, por supuesto, todos los concedidos para que pudiesen servir de precedente. De esta manera y para la Cámara, las Cortes tienen únicamente el derecho de petición al rey, pero no pueden impedir la publicación íntegra de las leyes concedidas y denegadas, pues esto, de concederse, dejaría la autoridad real al arbitrio de las Cortes de Navarra¹⁷³.

Tal era el planteamiento teórico, pero el rey no podía descontentar a las Cortes si quería obtener el servicio, y obtenerlo en un plazo y cuantía razonables. De modo que hubo que negociar. Y es que los navarros tenían armas para negociar y además sabían usarlas, porque nunca las ha faltado talento político.

5.3.6 En cuanto dinero que el reino da a los gastos de la Monarquía a través de sus Cortes –el *donativo o servicio*– es un excelente instrumento de negociación política. Es voluntario, como las Cortes gustaban de advertir desde

¹⁷² ARMENDARIZ, *Additiones*, regla 3: «Dubium est in hoc nostro Regno Navarrae, in quo quidam tenent: quod dominus huius Rex non possit hic condere leges sine consensu trium Staum dicti Regni Navarrae, fundantur in vervis cap. I de Reyes in foris dicti regni. Ibi et nin con otro Rey o Reyna et paz nin tregua non faga ni otro granado fecho ni embargamiento de Reyno sin conseyllo de doze ricos homes e doze de los mas ancianos sabios de la tierra.

«Ob illa verba *ni otro granado fecho* praetendunt quod sub his verbis venit lex, et quod sic non possit Dominus noster Rex Navarrae condere hic leges sine consensu dictorum trium Statuum. Sed meo videri falluntur, et nihilominus dico quod potest dominus noster Rex Navarrae condere leges in hoc nostro Regno Navarrae ipse solus, sine consensu, vel consilio procerum vel consiliariorum dicti regni.

«Habeo pro me textus scilicet l. I de constitut.<ione> Princip.<is> et part.<iculariter> quod principi placuit, de iure natur.<ale> bene verum est, quod humanius faciet si condat illas cum illorum consilio... Ad illa verba *ni otro granado fecho* respondeo et relinquo Domini nostri Regi an sub illis verbis veniat lex, Fori enim interpretatio pertinet ad Regem. Burgos de Paz in leges Tauri in relectione legis n. 422 folio mihi 122. Secundo respondeo quod illa verba *ni otro granado fecho* referuntur ad Reges, ita quod contra Reges vel cum Regibus exteris non possit Dominus noster Rex Navarrae facere hoc factum mágnum, sed non prohibent quod respectu dicti Regni non possit in eo facere id factum sine consensu procerum dicti Regni».

¹⁷³ ARVIZU, «Cortes de Navarra», pp. 626 s.

fecha bien temprana¹⁷⁴, pero no se discutía –salvo alguna puntualísima excepción– hasta que se habían examinado los agravios a reparar y las leyes a promulgar. Una vez acordada su cuantía, se incluía en la patente como una ley más, en la que figuraban los plazos y modo de su cobranza.

Naturalmente que –como se viene constatando– en el siglo XVIII eso de posponer el servicio era algo inconcebible para los ministros de la Monarquía, de manera que se rechazaba cualquier costumbre contraria. Sin embargo, el caso ocurrido en 1780 es tan ilustrativo que merece ser comentado. El conde de Campomanes, gobernador del Consejo de la Cámara escribe al secretario de Hacienda¹⁷⁵ aconsejándole que transija y escriba al virrey para que, sin parecer enojado, haga saber a las Cortes que por esa vez se transige en respetar el ceremonial y dejar para el final el servicio. Pero para el Consejo, aquél no es voluntario sino obligatorio: solamente el rey es libre de pedirlo o no, pero si lo pide, las Cortes no pueden negarse a otorgarlo, por lo que no existe esa pretendida libertad de conceder o denegar el donativo. La voluntad del reino sólo se refiere a la cuantía según las disponibilidades de éste y las necesidades del Estado y a la cobranza del servicio. Por ello –concluye el dictamen– el agradecimiento del monarca es algo importante, pues debe quedar claro que el rey agradece la cortesía –nunca la liberalidad– y ello sin perjuicio de sus derechos y regalías.

Por lo que se refiere a la cuantía y cobranza del servicio, no estará de más decir que es constante la preocupación de la Monarquía por lograr la máxima cifra y que, aunque haya de entregarse en los plazos que se estableciesen, se lograse la entrega al contado de la mayor cantidad posible.

La influencia castellana del *servicio de millones* ofrecido por las ciudades con voto en Cortes, que se prorrogaba de seis en seis años pesaba mucho sobre la Secretaría de Hacienda: era mucho más cómodo disponer de una cantidad anual si no fija, al menos lo más cierta posible, en vez de tener que batallar con las Cortes navarras para lograr un servicio ofrecido durante unos años predeterminados, pero que no podía prorrogarse¹⁷⁶. Por esa razón, desde finales del siglo XVIII y aún en las últimas Cortes del XIX, se pretendía incluir a Navarra dentro del sistema general impositivo de la Monarquía, y hacerla contribuir con una cantidad anual¹⁷⁷. Porque, efectivamente, los donativos habían ido incrementándose paulatinamente durante todo el siglo XVIII, aunque hubiese algunos altibajos. En 1817 se intentó una reforma que obligaba a la nobleza a pagar el donativo como lo habían venido haciendo las ciudades, pero el clero se negó en redondo y acabó por imponer sus tesis en las siguientes de 1828, lo que frustró la reforma, todo ello a cambio de no trasladar las aduanas al Pirineo¹⁷⁸. De

¹⁷⁴ Carta de las cortes de Tafalla al virrey, de 23 noviembre 1520: «... si los estados oviesen de vinclar el servicio que sus altezas hazen, no seria libre servicio...», cit. en ARVIZU, «Cortes de Navarra», 628. Ver, asimismo, el tratamiento de este tema *ibidem*, pp. 628-631.

¹⁷⁵ Carta de 12 febrero 1780, *ibidem*, 629.

¹⁷⁶ En efecto, si se pretendía más dinero había que convocar nuevas Cortes. Era otra de las virtualidades del servicio en el reino de Navarra.

¹⁷⁷ Ver la exposición del sistema fiscal de Navarra en RÍO ALDAZ, *Las últimas Cortes*, pp. 337 s.

¹⁷⁸ *Ibidem*, pp. 374 s.

manera que puede decirse que el servicio perduró sin variaciones hasta las últimas Cortes de Navarra.

6. LA MONARQUÍA Y NAVARRA: LOS PROBLEMAS

Una vez visto el entramado institucional de Navarra dentro de la Monarquía española, parece conveniente terminar este trabajo examinando en la medida necesaria los problemas que, a lo largo de los siglos, surgieron justamente a propósito de esa misma imbricación de Navarra en la Monarquía. Obviamente no es posible pasar revista a todos y cada uno de los acaecidos a lo largo de los tres siglos largos que aquélla duró: es preciso seleccionar para presentar, al menos, los más ilustrativos. Asumiendo por tanto la subjetividad que comporta toda elección, en el siglo XVI se examinará el escrúpulo de conciencia que asaltó a Carlos I por la licitud de la posesión de Navarra. En el XVII, la actitud de Navarra ante los movimientos secesionistas que sacudieron la Monarquía bajo el reinado de Felipe IV. Y en el XVIII, sin dudar, el problema de las aduanas, que se trasladó también al XIX.

6.1 EL ESCRÚPULO DE CONCIENCIA DE CARLOS I Y SUS CONSECUENCIAS

Sobre él se sabe a ciencia cierta que existió, aunque no conocemos los detalles por haberse perdido la documentación. Como se ha visto, Fernando el Católico en su testamento destinó el reino de Navarra, en tanto que reino *adquirido o ganado* por él, a su hija Juana y a su nieto Carlos, pero aludió solamente a la concesión pontificia como título jurídico suficiente, al igual que había hecho un año antes al integrar el reino en la Corona de Castilla. Pero Carlos siempre estuvo abierto a una solución de compromiso con los Albret. No para retornar a Navarra a la condición de reino independiente e integrarlo en la órbita de Francia, como estaba antes de la incorporación; pero sí para acallar las reivindicaciones de los Albret y cimentar su posición en el mapa europeo.

En un momento incierto, pero posterior a la redacción de su testamento, Carlos redactó un papel secreto, que debía unirse a él pero que hoy se ha perdido¹⁷⁹, en el que probablemente encomendaba a su hijo Felipe II el examen de la suficiencia de los títulos jurídicos de la conquista. Evidentemente jugó el escrúpulo de conciencia, especialmente manifiesto en los últimos años de la vida del monarca, pero probablemente menos de lo que pretende la historiografía agramontesa de la época y aún la de corte vasquista de los siglos XIX y XX. Lo prue-

¹⁷⁹ Sigo en esta cuestión la exposición de FLORISTAN, *La Monarquía y el gobierno de Navarra*, pp. 106 ss. No debe pasarse por alto que estos papeles secretos, añadidos al testamento, son hoy día lícitos en la legislación civil de Navarra, con el nombre de *memorias testamentarias*. Aunque no se corresponde con lo firmado por Carlos I, no olvidemos que éste era rey de Navarra.

ba el hecho de las negociaciones para entroncar con la casa de Albret mediante alianzas matrimoniales: de su hijo Felipe, viudo de su primera esposa, a quien recomienda que, si no puede desposar a la hija del rey de Francia, lo intente con Juana de Albret, la madre de quien sería andando el tiempo Enrique IV, rey de Francia. Pero en tal deseo advierte expresamente que es por eliminar la pretensión de los Albret y no por reparar un escrúpulo de conciencia. Además, sabía que el rey de Francia se opondría resueltamente a toda pretensión que significase sacar a los Albret de su órbita, como ya había ocurrido¹⁸⁰. Y en efecto Enrique de Albret, padre de Juana, la casó con Antonio de Bourbon-Vendôme, en cuanto Felipe II inició los contactos que había sugerido su padre. A partir de entonces subsistieron los contactos, pero fueron –como se dice en francés– *pour les formes*, sin nada real debajo.

Ahora bien, en sus últimos años, Felipe II reconoció que por sus muchas ocupaciones no había podido cumplir el encargo de su padre¹⁸¹. No se hace una referencia directa en el testamento, pero sí indirecta: la cláusula 11.^a indicaba que se cumpliesen los encargos de sus padres y abuelos que no se hubiesen atendido durante su reinado; y la 45.^a avisaba de la validez de cualquier papel suelto añadido al testamento: volvía a usarse el papel secreto. Felipe III convocó de inmediato una junta de testamentarios, reunida en 1598, quien dio por buenos los títulos jurídicos de la conquista, pero sin hacer referencia a las bulas: se reivindicó la guerra justa derivada de la actitud de Juan y Catalina al impedir el paso por Navarra a las tropas de Fernando, así como la autoridad real. A ello se añadió la potestad soberana del rey que no *reconoce superior*, así como la *pacífica posesión* de más de cuarenta años¹⁸², aunque no todos los miembros de la junta estuvieron conformes con el argumento. Por ello recurrieron a otras consideraciones políticas: conjurar el peligro de la herejía calvinista, la seguridad de Castilla y Aragón, el avance que supuso la unión de Navarra a Castilla en el proyecto de reconstrucción de la *gran Hispania* de los godos y la propia voluntad de los navarros. La junta, en definitiva, concluyó desechando cualquier escrúpulo¹⁸³.

¹⁸⁰ Así el matrimonio de Enrique II Albret de con Margarita de Angulema, hermana de Francisco I, para impedir el matrimonio de aquél con Leonor, hermana de Carlos.

¹⁸¹ FLORISTAN, *La Monarquía*, p. 142 y doc. reproducido en p. 147.

¹⁸² La posesión pacífica – *pacifice et quiete possidere*– no se refiere solamente a la ausencia de acciones armadas para arrebatarla, sino a la *quietud* –o ausencia de controversia– con la que se ejerce, la cual no se dio en Navarra, dadas las reivindicaciones de los Albret.

¹⁸³ El final del dictamen fue: «Que se quemem los papeles sueltos de Sus Majestades o pongan donde no aparezcan y, si quedasen en pie, se ponga a la margen de ellos que, habiendo hecho mirar Vuestra Majestad por personas graves de ciencia y conciencia este caso, pareció que no había ahora ni en ningún tiempo para qué hacer escrúpulo de lo que contienen». Felipe III, al margen, anotó: «He visto este papel y esta muy bueno y así se deberá hacer lo que en él se dice». FLORISTAN, *La Monarquía*, p. 143. El dictamen de la Junta de testamentarios figura a partir de la p. 147.

6.2 NAVARRA EN LOS AÑOS DE CRISIS DE LA MONARQUÍA (1640-1648)

Como es sabido, la sublevación comenzada en Cataluña en 1640 supuso un trance delicado para la Monarquía por el peligro de desmembración de sus reinos, peligro no totalmente conjurado puesto que Portugal se desgajó de la Monarquía española, continuando hasta hoy su vida independiente. La pregunta que surge acerca de tales sucesos es: ¿qué papel jugó Navarra en los acontecimientos durante aquellos años decisivos?, ¿hubo un peligro real de sublevación del reino? Por fortuna contamos con dos exposiciones sobre la cuestión, una del prof. Floristán, más sucinta y orientada a la síntesis¹⁸⁴ y otra de Gallastegui¹⁸⁵ muy detallada, minuciosa casi hasta el día a día; ambas permiten trazar un cuadro fiable de lo que entonces ocurrió.

Naturalmente que hubo rumores inquietantes sobre una posible sublevación de Navarra y casi desde el principio, porque aunque ninguno de los dos autores lo dice expresamente, funcionó la guerra psicológica, de manera que a la alarma natural de la sublevación catalana se añadiese el peligro de otra posible sublevación de Navarra que la integrase de nuevo en la órbita de Francia. No hace falta ir muy lejos para comprender a quién aprovechaba y probablemente de quién partían los rumores que tanto inquietaron en Madrid: la Francia de Richelieu –enemigo acérrimo de Olivares– y luego de Mazarino, quienes eran perfectamente conscientes de la utilidad de la propaganda en una empresa bélica¹⁸⁶. Supieron aprovechar perfectamente una situación de descontento en el reino y de tensión con sus autoridades.

Navarra, por su situación de frontera con Francia tenía sus propias necesidades defensivas. Por ello no puede extrañar la resistencia que, desde 1640, manifestó el reino a la leva forzosa de soldados que van a luchar a Cataluña, toda vez que si Navarra ha jurado ayudar al rey a defender el reino, no ha jurado darle soldados para que vayan a luchar fuera de él. Corresponde a las Cortes decidir si se dan o no y, cuando no se hallan reunidas, a la Diputación del Reino. Pero los virreyes, por razón de la urgencia, imponen las levadas desde octubre de 1640, lo que da lugar a un número importante de prófugos y de desertores. Además, una vez comenzado el reclutamiento con destino a Cataluña, éste no se detiene sino que se mantiene y a veces se incrementa, sin renunciar por ello a mantener al reino lo suficientemente defendido¹⁸⁷. Para ello hay que negociar con las Cortes, a lo que los virreyes se niegan siguiendo órdenes del rey, que no desea someterse a tal negociación en materia de levadas, pues corre el peligro de que otros territorios sigan el ejemplo y el rey tenga que contemporizar allí también¹⁸⁸.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 172-181.

¹⁸⁵ GALLASTEGUI, *Navarra a través...*, pp. 295-344.

¹⁸⁶ Es una afirmación que me atrevo a sustentar basado en el sentido común y en mi propia experiencia política. Por supuesto que para documentarla es preceptivo el examen de la documentación francesa, que indudablemente debe existir.

¹⁸⁷ GALLASTEGUI, *Navarra a través...*, pp. 302 s.

¹⁸⁸ Esto debe entenderse en el sentido de que hay gente en las Cortes que no se aviene a los deseos del rey sino mediante compensaciones en forma de mercedes y otras distinciones. El pro-

A partir de 1643, con ocasión de la derrota de Rocroi y de la caída de Olivares, las cosas se crisparán más en vez de calmarse, no sólo porque llega a Navarra gran cantidad de soldados procedentes de Cataluña, que deben ser atendidos en parte a cargo del reino aunque no contribuyan a su defensa, sino también por la insatisfacción que se genera en Navarra por la presión de los virreyes para obtener más levas, que ya se prolongaban desde hacía diez años. Este es el momento en se detectan rumores –más bien vagos– de serio descontento, que comienzan con la actuación de un regidor de Pamplona y ex diputado del reino llamado Miguel de Iturbide, quien en 1645 se quejó públicamente de que no se había cumplido lo pactado en materia de soldadas con el tercio navarro que combatió en Balaguer, por lo que la Diputación ordenó su vuelta. Además, el virrey conde de Oropesa había impuesto una pena infamante a algunos soldados desertores. La enemistad de éste con el reino en general y con Iturbide en particular fue creciendo hasta que el rey tuvo que cesarlo ese mismo año, nombrándole virrey de Valencia. Si ello fue tomado como un éxito por el reino, sus sucesores asumieron el cargo con prevención cuando no hostilidad hacia este¹⁸⁹.

Se celebraron Cortes, finalmente, en 1646, en las que el virrey Guzmán y Ponce de León pidió más hombres, sin que la visita del propio Felipe IV sirviese para cambiar las cosas según los intereses del reino. El virrey se quejaba de que la Diputación estorbaba el reclutamiento y la situación siguió tensándose hasta 1647, cuando aquél quiso seguir con la leva sin reunir Cortes y cuando el reino aceptaba que se levantasen cuatro tercios para su defensa y no que se sacasen para la guerra de Cataluña. En el verano de ese año es cuando comienzan a surgir habladurías sobre la fidelidad del reino¹⁹⁰.

A ello viene a unirse la prohibición del comercio con el exterior, que había comenzado en 1646. Dos años más tarde, a consecuencia del Tratado de Münster que trae la paz con Holanda, se permite a los barcos holandeses recalar en los puertos del norte, e incluso que sus mercancías lleguen a Navarra, pero el comercio con Francia seguía cerrado en razón de la guerra, aunque se corrió la voz de que, como los regidores de Pamplona habían expresado quejas del virrey, éste se negaba a autorizarlo. Otros rumores surgieron, en el sentido de que el reino estaba soliviantado y diciendo cosas *en deservicio del rey*, enrareciendo más el ambiente de aquel verano de 1648. Entretanto, Iturbide –que había sido convocado a Madrid sin aclararle los motivos de la orden– parece que iba a ser enviado preso a San Marcos de León. Y, sorprendentemente, la Diputación se declara muy complacida de tal medida¹⁹¹, lo que no puede significar otra cosa

pio Felipe IV lo comunica así en las instrucciones que da al virrey conde de Oropesa el 7 de enero de 1644: celebrar cortes sí, pero sin menoscabo la regalía de reclutar gente sin permiso de ellas. Y terminan: «Ya se ve el perjuicio que de esto puede seguirse, pues si se ejecutase por pacto lo que han pedido los Tres Estados, me expongo a que sigan la misma consecuencia los otros mis reinos y provincias, y que todos querrán igualmente, en los servicios que se les pidieren y en que deben contribuir, satisfacción con puestos, plazas y oficios...». Cit. por FLORISTAN, *La Monarquía*, 178 s.

¹⁸⁹ GALLASTEGUI, *Navarra a través...*, 317-321.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pp. 329 s.

¹⁹¹ No constan los cargos contra Iturbide, ni siquiera sabemos hoy que hubiese sido juzgado. GALLASTEGUI, *ibidem*, p. 338, se declara sorprendido de la reacción de la Diputación, ya que Itur-

que esto: si no existía una verdadera conspiración para sublevar a Navarra, sí que había descontentos revoltosos que contribuían a enrarecer el ambiente y a hacer aún más difíciles las relaciones entre Navarra y la Monarquía¹⁹². Lo cierto es que a partir del verano de 1648 hay un silencio total sobre el *asunto Iturbide*, que ha muerto preso sin que conozcamos los detalles. Silencio, pues, tanto en Madrid donde la sensibilidad de la corte estaba tan a flor de piel que hacía parecer sospechoso a cualquier extranjero o persona con independencia de criterio, como en Pamplona, donde nada se dice sobre ello en las actas oficiales de la Diputación ni del Ayuntamiento.

Este convulso verano de 1648 aporta otro ingrediente más al panorama de confusión que se viene describiendo: la elección de los regidores había traído tales problemas que algunos barrios de Pamplona parecían dispuestos a sublevarse¹⁹³, pero lo curioso es que la correspondencia virreinal de ese mismo verano no alude para nada a la cuestión de los regidores ni a la situación de los barrios, e incluso hay quien hace responsable al mismo virrey de los rumores de sublevación. Ello parece bastante lejos de la realidad, ya que en su correspondencia del mes de octubre, el mismo virrey Guzmán y Ponce de León alude, en una carta al rey, a los esfuerzos de Francia y Portugal por sublevar a Navarra. La respuesta del rey es que el virrey trate de congraciarse con Pamplona y que se esfuerce en serenar los ánimos. En la carta siguiente, el virrey dice textualmente que *los navarros son muy leales*, aunque tratará de averiguar lo que pueda acerca de los rumores de sublevación. No obstante, el Consejo de Guerra, en carta de 3 de diciembre, los considera sin fundamento alguno y opta por desecharlos. Por su parte, el día 23 del mismo mes el Consejo de Estado comunica al rey que *no ha podido encontrar el más leve apoyo real al rumor de sublevación*¹⁹⁴. Por su parte, el propio virrey¹⁹⁵ comunica al soberano que no ha podido contrastar nada que sea en deservicio de la Corona y que, si hubiese algo real, se sabría de inmediato. Se apoya en la *cortedad*¹⁹⁶ de los navarros, en la desunión que tienen unos respecto de otros y en la escasez de recursos. Eso sí,

bide había sido llamado a Madrid hacía un año y se habían hecho instancias para que fuese devuelto al reino. Se pregunta igualmente si era un gesto ejemplarizante para posibles soliviantadores, o bien la Administración central se estaba protegiendo ante las insidias de los conjurados, o si se trataba de una conjuración llevada a cabo por gente a sueldo. ¿A sueldo de quién? Este autor no da una respuesta, y por su parte FLORISTAN, *La Monarquía*, p. 173, dice que Iturbide murió en prisión en circunstancias poco claras, y lo relaciona con la conspiración contra Felipe IV, que acabó con la prisión y tormento del duque de Híjar y con la ejecución de Pedro de Silva y Carlos Padilla.

¹⁹² Es más, GALLASTEGUI, *Navarra a través...*, pp. 338 s.— cita una extensa carta al duque de Híjar, escrita desde Madrid y en la hostería en que vivía Carlos Padilla —aunque no se dice que fuese éste el autor de la misma, probablemente por ser la carta anónima— en la que se menciona de pasada a «un caballero navarro, llamado Miguel de Iturbide, muerto hace unos días por una llamada conjuración de Navarra».

¹⁹³ Ver el detalle *ibidem*, pp. 340 s.

¹⁹⁴ GALLASTEGUI, *Navarra a través...*, pp. 341, part. 343.

¹⁹⁵ Carta de 25 diciembre 1648, *ibidem*, pp. 343 s.

¹⁹⁶ Por *cortedad* se entiende, en la correspondencia de la época, la dificultad de la mayoría de la gente para expresarse correctamente en castellano. Téngase en cuenta que entonces había amplias zonas de Navarra que no conocían otra lengua que el vascuence. Tan sólo las autoridades hablaban un castellano medianamente correcto. Ver FLORISTAN, *La Monarquía*, pp. 174.

alude a los *quejumbrosos de Pamplona de siempre*, que durante todo el año no han podido formular sobre él una sola queja.

Resumamos esta vidriosa cuestión. Toda situación de descontento tiene una base real que la gente conoce, lo que no quiere decir que sea proporcional a una reacción tan extrema como la sublevación de todo o parte de un reino. Pero ahí reside, precisamente, la pericia en el manejo de la propaganda, en conseguir que la reacción supere cuanto más mejor a la magnitud de los motivos que la generan. Dicho esto, es evidente que el malestar debido a un período muy prolongado de levas, para luchar fuera de los confines del reino, genera inquietud por los que se van, que tienen familia y que viven en pueblos en los que todo el mundo se conoce. Pero si la presión del reclutamiento se mantiene o se incrementa, de la inquietud se pasa pronto a la oposición, lo que explica la reacción del reino y el papel poco simpático que hubieron de asumir los virreyes, obligados a cumplir *–por el bien de la Monarquía–* unas órdenes que forzosamente les hacen impopulares ante los súbditos, como *–aunque no se atrevan a decirlo–* harán impopular al propio rey. Mientras Olivares pudiese personificar el objeto de la inquina popular, la Monarquía tenía una especie de parapeto; pero caído el Conde-Duque y comprobado que las cosas no cambian a mejor, los ánimos se desbordan, las nostalgias de otros tiempos se reavivan, las facciones se recuerdan y los rumores se generan o, si ya existen, se disparan. Francia, ciertamente no los originó, pero probablemente los explotó hasta hacer cundir la alarma en la corte y el descontento sobre todo en Pamplona. Pero, como tantas veces ocurre, detrás de los rumores no había otra cosa que descontento popular azuzado por la intoxicación propagandística. O sea, pura política y no *ruido de armas*.

6.3 LA TRASLACIÓN DE LAS ADUANAS DE NAVARRA AL PIRINEO

El siglo XVIII¹⁹⁷ es un siglo de confrontación entre la administración de la Monarquía y el reino de Navarra. Pese a la lealtad mostrada a Felipe V en la Guerra de Sucesión, la defensa de los fueros, que no es otra cosa que la defensa de la autonomía del reino, era algo cada día más extraño a los ojos de los que se ocupaban del gobierno de la Monarquía. Que un reino, alegando el juramento del rey antes sus Cortes y su incorporación a la Corona de Castilla como reino separado, pudiera resistir a la voluntad del Monarca, identificada con el bien público, era algo que no cabía en la cabeza de los espíritus ilustrados del XVIII.

Y precisamente el problema de las aduanas es muy ilustrativo de esta rivalidad entre reino y Monarquía, así como de la perplejidad de los ministros de ésta: en realidad, el traslado de las aduanas es un *paradigma*, ya que en el estu-

¹⁹⁷ Y aunque este apartado llegue hasta las Cortes de 1829, la verdad es que entran dentro del mismo período absolutista que comienza con el siglo anterior. Precisamente con ellas se cierra el ciclo histórico jurídico que pudiéramos llamar *–aunque impropriamente– dieciochesco*. Como síntesis de conjunto, me remito a la de Rafael OLAECHEA, *El reino de Navarra en el siglo XVIII*, Pamplona, 1980. Se trata de una ponencia del Seminario de Profesores organizado por la Dirección de Educación de la Diputación Foral de Navarra. De las hace aduanas un resumen en p. 62 s.

dio del problema se detectan perfectamente todos los elementos de esta rivalidad: el deseo de modernizar *versus* la defensa a ultranza de los fueros, el bien general de los súbditos y territorios de la Monarquía *versus* la defensa de los intereses concretos de ciertos sectores de la sociedad navarra.

Las aduanas de Navarra estaban en el Ebro al acabar la Guerra de Sucesión. Para Felipe V, que no conocía otra forma de administrar que la francesa, por tanto fuertemente centralizada, que un reino tuviese sus propias aduanas y no estuviesen éstas en el confín de la Monarquía era algo anacrónico, inconcebible. Así que para 1717 se registra el primer intento de traslado, pero el rey se negó a ello sin el consentimiento de los navarros. Después lo intentarían Fernando VI y Carlos III, proponiéndolo sin éxito a las Cortes de 1757 y 1780/81 respectivamente, y Fernando VII a las de 1817/18 y 1828/29. Cierto es que a cada intento aumentaban los partidarios del traslado, pero el sistema de votación de las Cortes, que exigía la unanimidad de los tres brazos impidió materializarlo. Veamos, pues, el problema en su desarrollo a lo largo de este período¹⁹⁸.

6.3.1 Fernando VI había recabado para la Administración central la del Estanco del Tabaco mediante una llamada *ley contractual*, que lo transfería con condiciones y por cierto tiempo¹⁹⁹ por lo que, para las aduanas, propuso el mismo expediente a las Cortes de Navarra. Yo mismo he dado cuenta de la intriga urdida por Isidoro Gil de Jaz, antiguo oidor del Consejo Real de Navarra, para lograr la aquiescencia de las Cortes²⁰⁰. Esta se complementaba con otra del virrey, a quien en una *instrucción secreta* se autorizaba a manejar al brazo noble, así como a estudiar las compensaciones que se otorgarían a Navarra de acceder al traslado, todo ello adobado con promesas vagas de ventajas y amenazas de rigor fiscal. En todo caso, Gil de Jaz está convencido de que las gestiones iban a fracasar por la defensa que el reino haría de sus propios fueros, a la que tilda de *nacionalista*. Se muestra contrario al uso de la fuerza, aunque sí aconseja endurecer la mano en los asuntos de Navarra, de manera que reciban *lo justo pero no lo gracioso*.

¹⁹⁸ Contamos, para ello, con las exposiciones siguientes: la de FLORISTAN, *La Monarquía*, 252 ss., muy sucinta; la de Rodrigo RODRIGUEZ GARRAZA, *Tensiones de Navarra con la Administración Central (1778-1808)*, Pamplona, 1974. Dedicó a las Aduanas el capítulo V, pp. 97-131. Este mismo autor vuelve a ocuparse del tema recientemente, en una ponencia titulada «El tratamiento de la Libertad de Comercio y las Aduanas en Navarra (1717-1841)», publicado en *las Actas del II Symposium: Libertad de Comercio y Aduanas en los territorios de Vasconia*, en la revista *Notitiae Vasconiae*, 2, 2003, pp. 129-190. Sobre el intento de Felipe V, ver p. 139 s. En este mismo Symposium presentó igualmente una ponencia Juan Cruz ALLI ARANGUREN, «El debate sobre el traslado de las Aduanas en las Cortes de Navarra», pp. 279-340 de la misma publicación. Y finalmente, contamos con la obra ya citada de RIO ALDAZ, quien dedica el capítulo III a este problema, ya en el XIX, pp. 167-334. Para este autor, como ya se ha señalado, la defensa de la personalidad del reino queda difuminada por la importancia que da a los intereses económicos de la clase comerciante, la más poderosa de Navarra, que siempre fue contraria al traslado. A ella se unió circunstancialmente la nobleza; además, los valles fronterizos, que vivían del comercio y del contrabando con Francia, no querían oír hablar del traslado de las aduanas al Pirineo.

¹⁹⁹ FLORISTAN, *La Monarquía*, 253 s. También RODRIGUEZ GARRAZA, «Libertad de comercio», cit. en nota anterior, 152 s.

²⁰⁰ Ver mi trabajo ya citado *Las Cortes de Navarra en la Edad Moderna*, pp. 610-614, tanto en texto como en notas.

Las Cortes de 1757 rechazaron la propuesta de traslado por mayoría, aunque hubo voces disconformes. Las razones dadas son principalmente de índole económica y reflejan una disparidad total en las respectivas apreciaciones sobre las consecuencias del traslado: éste no daría más dinero al rey y al mismo tiempo el contrabando sería imposible de evitar; los productos que se compraban a Francia eran más baratos que en Castilla; finalmente la exportación de vino, aguardiente y lana, de la que vivía toda la *Montaña*²⁰¹, era más rentable hacerla a Francia que a Castilla. Además, se esgrimieron otras razones de tipo político: el interés del reino residía en no variar el *status* ni los límites de éste, aunque no coincidiese con los intereses de la Monarquía.

6.3.2 Bajo el reinado de Carlos III²⁰² volvieron las discusiones sobre el asunto, ya que se había prohibido a los navarros el comercio directo con América y, además, una regulación de aranceles de 24 de julio de 1779 consideraba extranjeros a los productos de Navarra que se pusieren a la venta en Castilla y Aragón, con lo que sufrirían un arancel del 15%. El reino se encontró nuevamente en una encrucijada: no era lógico pretender ser iguales a los castellanos mientras se mantenían las aduanas en el Ebro. Si querían igualdad de trato, había que trasladarlas al Pirineo.

Tal era el planteamiento de la cuestión en las Cortes de 1780/81. En definitiva, para Navarra se trataba de elegir entre dos males: el traslado de las aduanas y la integración de Navarra en el sistema nacional de comercio y aranceles o la marginación de los productos navarros. El traslado reportaba un pequeño beneficio a la industria textil, a la exportación de vino, aguardiente y grano, e incluso se llegó a pensar en la posibilidad de compensar a los valles navarros que comerciaban con Francia por la pérdida de sus beneficios. Pero tampoco esta vez se dio en las Cortes la unanimidad requerida: el temor a perder autonomía, el miedo al futuro y la defensa de los intereses presentes en ese momento conjuraron nuevamente el traslado.

Sin embargo después de cerrarse el solio, el asunto volvió a moverse: un memorial de la ciudad de Corella de 1789²⁰³ volvía a solicitar el traslado, exigiendo la convocatoria de Cortes a tal objeto, pero evitando la ciudad de Pamplona, muy poco proclive al mismo. Asimismo, un informe de la Dirección General de Rentas de 20 de junio de 1789, muy breve, es contrario al traslado por los perjuicios incalculables que se derivarían para los intereses del reino y de la Monarquía²⁰⁴. Por último, una carta de Francisco Cabarrús a Jovellanos²⁰⁵ justifica la resistencia de los navarros en los malos aranceles. Pero también hay que admitir que esa misma resistencia dificultó la

²⁰¹ Nombre que, aún hoy, se da a la parte septentrional de Navarra, colindante con Francia.

²⁰² FLORISTAN, *La Monarquía*, pp. 255 s.

²⁰³ RODRIGUEZ GARRAZA, *Tensiones*, 128 s.

²⁰⁴ El informe insiste en que es más fácil vigilar el Ebro que el Pirineo y en que sobrevendría la ruina de Navarra, cuyas gentes conseguían subsistir a base de mucho trabajo y algunas exenciones. Tal informe, desde luego, no es imparcial: llega incluso a afirmar que abolir los fueros sin el consentimiento de los navarros no traería provecho alguno para la Monarquía. RODRIGUEZ GARRAZA, *Tensiones*, p. 129.

²⁰⁵ Citada por este autor, *ibidem*, p. 130 nota 43.

circulación monetaria en el reino y la exportación de productos a Castilla. La peculiaridad navarra no favorecía el dinamismo del comercio único, aunque esto sólo lo veían los espíritus ilustrados. Navarra optó por no trasladar, superando la época del absolutismo sin someterse a él, otra cosa es si con acierto o no ²⁰⁶.

6.3.3 Tras la Guerra de la Independencia ²⁰⁷ volvió a discutirse el asunto persiguiendo el objetivo de intensificar el comercio interior, con el apoyo de razones ciertamente poderosas: crisis de la Real Hacienda, haber terminado la situación convulsa de Francia con el consiguiente peligro para la Monarquía y la pérdida de las posesiones americanas. El gobierno pretendía el traslado, por lo que decidió incrementar la presión para evitar el contrabando, al tiempo que decretó medidas de control para el comercio navarro.

Las Cortes reunidas en Pamplona en 1817 formaron una comisión para estudiar el asunto, pero aunque el dictamen de ésta fue favorable al traslado con condiciones, la votación fue adversa. En efecto, se proponían al gobierno compensaciones en materia tributaria –a las que se sabía estaba dispuesto a acceder– y la exención del servicio militar, a lo que se negó en redondo. Entonces la nobleza hizo causa común con los intereses de los comerciantes y el traslado fue nuevamente rechazado. Sin embargo el asunto estaba lejos de zanjarse: aunque Navarra se regía por sus propias tarifas de Tablas, tuvo que admitir la larga lista de productos prohibidos que figuraba en el Arancel de 1826, lo que incrementó el contrabando ²⁰⁸.

6.3.4 Las últimas Cortes de Navarra se reunieron en Pamplona en 1828 y 1829. En ellas volvería a discutirse –por última vez– el traslado de las aduanas al Pirineo. Lo planteó el virrey ²⁰⁹ en el mes de septiembre de 1828, con el resultado de tres meses de tensión y de discusiones. La oferta inicial no dejaba de tener su atractivo: el traslado afectaría solamente al comercio con el extranjero, no al interprovincial, que era libre. Además insistía en lo inapropiado de que aún existiesen aduanas dentro del Estado. Las Cortes, persuadidas de la importancia del asunto, procedieron a llamar a los miembros ausentes y comenzaron su estudio con todo detenimiento y por todos los sectores implicados.

²⁰⁶ RODRIGUEZ GARRAZA, *Tensiones*, p. 131, piensa que la decisión fue acertada, pero creo que debe matizarse la posición demasiado fuerista que este autor mantiene en su obra. En política, las decisiones nunca están claras del todo, siempre hay matices en forma de ventajas y desventajas, cualquiera que sea la decisión que se adopte. Ver en la negativa al traslado una victoria de la *navarritud* frente al centralismo opresor creo que es una postura idealista y romántica. No cabe ignorar, como veremos enseguida, el peso de los intereses económicos en la decisión, aunque tampoco quepa atribuirle únicamente a estos intereses, como hace RIO ALDAZ, a mi juicio equivocadamente. Mantener un sistema comercial claramente desfasado ante una realidad económica cambiante no es la decisión más acertada en términos económicos. Pero es que la defensa de Navarra como reino tampoco pudo mantenerse indefinidamente: si la guerra carlista propició que se abandonase la idea del traslado, su fin obligó a Navarra a una negociación para adaptar su *status*; negociación ciertamente inteligente como el tiempo ha venido a demostrar.

²⁰⁷ RIO ALDAZ, *Las últimas Cortes*, pp. 180 s.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 202.

²⁰⁹ *Ibidem*, pp. 247 s.

Las circunstancias, por otra parte, habían cambiado respecto al final del siglo anterior: Francia ya no quería los productos que Navarra era capaz de exportar, mientras que en España aquéllos eran considerados extranjeros. Parecía, por tanto, que el traslado podía lograrse, pero se opusieron a él –como anteriormente– quienes se beneficiaban de tal estado de cosas y también quienes no iban a mejorar con el cambio²¹⁰.

A principios de noviembre volvió a resurgir la vieja idea de la *ley contractual*, que sería un pacto entre la Monarquía y el reino, en forma de ley de Cortes –de Navarra, claro– en la que se exteriorizasen el pedimento de éste y la conformidad de aquélla para un traslado sometido nada menos que a catorce condiciones, en su mayor parte inaceptables²¹¹, aunque se comunicó al virrey el 24 de noviembre que el traslado no sería aceptado por el reino más que con las condiciones antedichas. Pero el gobierno, sin esperar más, decretó el traslado en diciembre y de forma unilateral²¹², mientras que el virrey, siguiendo órdenes de Madrid, urgía a acordar la entrega del donativo y a cerrar el solio, esto es, a concluir las sesiones.

Los procuradores entonces volvieron a usar el instrumento que tan buenos resultados daba siempre en situaciones límite: se negaron a tratar de la entrega

²¹⁰ Para RIO ALDAZ, *Las últimas Cortes*, p. 267, la defensa fuerista no escondía más que la de los intereses de la clase dominante en Navarra: los comerciantes, quienes elevaron a valor absoluto fórmulas del pasado. Para él, los fueros estaban en contradicción con la realidad. Ver nota 206 de este trabajo y el texto a ella referido.

²¹¹ Las condiciones aprobadas por las Cortes el 20 de noviembre de 1828 fueron las siguientes: «1.^a Su traslación será temporal, por seis años. 2.^a Al quinto año deberán reunirse las Cortes para tratar de su cesación o prorrogación. 3.^a Que se pida por indemnización de los expedientes que deven cesar y se cobran para el Vínculo, Caminos e Inclusa los productos del Noveno y Excusado de todo este Reyno, y el importe de la Bula de la Santa Cruzada de la Receptoría de Pamplona, compuesta de los mismos pueblos que hoy tiene. 4.^a Durante seis años no habrá Donativo. 5.^a Las causas de Hacienda y Contravando se incoharán <sic> y finalizarán en Navarra sin atender la naturaleza de los Interesados en ellas. 6.^a Para reconocer las mismas será el Tribunal de Cámara de Comptos Reales el de 1.^a instancia y el de 2.^a el Real Consejo. 7.^a Se pedirá puerto habilitado y de depósito. 8.^a El arriendo del Tabaco continuará sin alteración aunque espire la escritura, con la sola diferencia contenida en la Condición sexta. 9.^a Que verificada la traslación, haya de quedar libre de todo gravamen de Aduanas y Tablas el Comercio Universal del Reyno con todo el resto de la Monarquía, y por consiguiente cesar la prohibición de introducir en Navarra oro, plata y demás que prohíbe la Ley de Castilla. 10.^a Que trasladadas las Aduanas no pueda hacerse registro alguno de las casas de todo este Reyno por el Resguardo, a pretexto de haber en ellas contravando, sin que preceda información y las demás diligencias que prescriben las leyes del mismo. 11.^a Que en caso de traslación quedarán libres y sin que puedan estancarse ninguno de los artículos que hoy no se hallan estancados en este Reyno. 12.^a Que los pueblos de este Reyno situados en la frontera de Francia que tienen facerías y concordias aprobadas para el goce promiscuo de los pastos y aguas con varios pueblos de Francia, han de continuar en estos derechos, sin que se les impida el goze, ni el entrar y sacar sus ganados del territorio francés con toda libertad. 13.^a Que si quedasen algunos varrios y caseríos fuera de la línea de las Aduanas, puedan introducir libremente al interior del Reyno los productos de las fábricas, industria, agricultura y ganado, con la certificación del alcalde de que son productos del mismo. 14.^a Reserva acostumbrada sobre los fueros, leyes, franquicias y libertades». RIO ALDAZ, *ibidem*, pp. 277 s., piensa que la influencia de los que se dedicaban al contrabando consiguió introducir en el documento las condiciones 5.^a, 6.^a, 10.^a, 12.^a y 13.^a

²¹² A tal efecto se nombró al intendente D. Félix Bergado para que entendiese del asunto del traslado trasladándose a Navarra de inmediato. *Ibidem*, pp. 288 s.

del donativo o servicio hasta ver en qué terminaba el asunto del traslado, para cuya gestión en Madrid enviaron a unos comisionados²¹³.

Eso sentó al gobierno todo lo mal que cabe suponer. Este, en efecto, pensaba²¹⁴ que el traslado era necesario para acabar con el contrabando y que además era beneficioso para los navarros. Si acaso se originase algún tipo de impedimento por atentar contra los Fueros de Navarra, debía prevalecer el bien público de la Monarquía y, finalmente, que el rey podía decretar el traslado *motu proprio*, esto es: sin consultarlo y que debía hacerlo así. Además, el gobierno había comprendido que las Cortes no eran el medio adecuado para explorar la verdadera voluntad de los navarros, por estar dominadas por gente hostil al traslado. Por último y lo que es más importante, si el gobierno consentía en aceptar las bases propuestas por las Cortes y pactar la ley contractual, reconocería a éstas una facultad legislativa de la que carecen según los propios fueros. Además, se indicaba toda una serie de medidas represivas contra los díscolos, incluido el confinamiento²¹⁵.

La comisión enviada a Madrid consiguió entrevistarse con el rey, quien sagazmente les pidió que expusiesen qué es lo que convenía al bien de Navarra, pero los comisionados –que también sabían algo de política– respondieron que no podían hacerlo pues sólo habían recibido poderes para entregar la representación que portaban, pero que comunicarían la petición al reino y esperarían su respuesta para acudir nuevamente ante el rey. Esto fue tomado por los ministros como un desaire, por lo que indicaron a Fernando VII que no debía recibir nuevamente a la comisión. Así las cosas, el 1 de febrero de 1829²¹⁶ se envió a los comisionados –a los que las Cortes habían prohibido volver a Navarra– una nueva representación con las catorce condiciones, a sabiendas de que no serían aceptadas. Nuevamente por parte del virrey se pedía el dinero y se conminaba a los tres Estados a concluir sus deliberaciones; y nuevamente éstos respondieron que, hasta no acabar el asunto del traslado, no cabía pensar en el servicio.

Y volvieron, en principio, a ganar la batalla: el 5 de marzo una Real Orden reiteraba la necesidad de cerrar el solio y comunicaba, al mismo tiempo, que el rey no quería trasladar las aduanas por el momento, así que las sesiones terminaron y el donativo fue concedido. Pero el gobierno ya había decidido –según se ha expuesto– obrar al margen de las cortes, de manera que otra R.O. de 14 de mayo de 1829²¹⁷ anunciaba al reino que el Consejo de Ministros iba a empre-

²¹³ La respuesta al virrey le fue comunicada el 31 de diciembre de 1828. RIO ALDAZ, *Las últimas Cortes*, pp. 292 s.

²¹⁴ Ver la postura gubernamental, mucho más detallada *ibidem*, pp. 302 s.

²¹⁵ Ya se ha expuesto en el apartado 5.3.5 lo que procede acerca de la actividad legislativa de las Cortes de Navarra, de manera que no es necesario abundar ahora en lo dicho antes. Tan sólo debo dejar constancia de que para los ministros de Fernando VII la idea que tenían de cualesquiera cortes no era otra que la de las castellanas, en las que no cabía otra cosa en el campo legislativo que la mera propuesta al rey. Estaban evidentemente errados. Lo de Navarra no lo entendían en absoluto y además les molestaba, por lo que no hacían el menor esfuerzo para entenderlo. Sobre tan peregrina opinión ministerial, y las medidas represivas proyectadas, ver RIO ALDAZ, *Las últimas Cortes*, pp. 312 s.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 322 s.

²¹⁷ *Ibidem*, pp. 330 s.

der una revisión de los Fueros de Navarra y que, entretanto, se diese puntual cumplimiento a las disposiciones del propio gobierno o de sus departamentos.

Parecía, pues, que el traslado iba a efectuarse finalmente, pero los problemas dinásticos acaecidos desde 1830, con la firma de la *Pragmática Sanción* y la *I.ª Guerra Carlista* que estalló a la muerte de Fernando VII²¹⁸ hicieron embarrancar el proyecto, de manera que el *statu quo* permaneció inalterado hasta el cambio de Navarra de reino a provincia. Este cambio, sin embargo, queda fuera de los límites del presente trabajo²¹⁹.

7. ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA POSTERIOR

Tal como se ha advertido al principio de este trabajo, entre el año 2008 (cuando se finalizó su redacción) y el 2012, en que se publica, la bibliografía ha seguido incrementándose, *máxime* con la cercanía al D aniversario de la conquista. Intentaremos dar un elenco de las nuevas aportaciones agrupándolas por materias

7.1 Sobre el hecho mismo de la conquista, contamos con un DVD aparecido en 2009, bajo la coordinación de Rubén Marcilla, donde se reúnen varias aportaciones bajo el título *1512: la conquista de Navarra. La historia que nos han ocultado*. Los autores son Floren Aoiz, Pedro Esarte y Mikel Sorauren; el artículo de Angel Kubelos Perez, «La polémica en torno a la conquista de Navarra», *Sancho el Sabio-Revista de Cultura e Investigación*, 21, 2009, 195-234; la monografía de Peio Monteano, *La guerra de Navarra (1512-1529): crónica de la conquista española*, Pamplona 2010 y otra de Pedro Esarte Muniain, *Juan Rena, clave en la conquista de Navarra*, Pamplona 2010. Estas obras pueden encuadrarse en la historiografía agramontesa-vasquista aludida al principio. El artículo de Hugo Vazquez Bravo, «Los condicionantes de la política interna en la expansión de los reinos de Castilla y Aragón. Un año clave: 1512», en *Cuadernos de Estudios Borjanos*, 54, 2011, 91-125, obedece a otra perspectiva. Finalmente, debe citarse el de Aitor Pescador, «La conquista de Navarra a la luz de las Mercedes Reales», estudio introductorio a la obra (en CD-rom) de Alfonso Etayo Perez, *Catálogo de los Libros de Mercedes Reales del Reino de Navarra: 1336-1859*, Pamplona 2011. En 2012, editada por el Gobierno de Navarra, ha visto la luz la obra coordinada por Alfredo FLORISTÁN, *1512: conquista e incorporación de Navarra. Historiografía, derecho y otros procesos de integración en la Europa renacentista*, que contiene las ponencias de un congreso internacional celebrado sobre estos temas en Pamplona, marzo de 2011.

²¹⁸ Considero estos dos factores de mucha mayor relevancia que el miedo a los efectos de la revolución que estalló en Francia en julio de 1830, que destronó a Carlos X y puso en su lugar a Luis Felipe de Orleans. Pues en España existían ya suficientes problemas dinásticos como para fijarse en los de Francia. No concuerdo, por tanto, con RIO ALDAZ, *ob. cit.*, p. 331.

²¹⁹ Sobre dicho cambio me remito a la obra de Rodrigo RODRIGUEZ GARRAZA, *Navarra de reino a provincia (1828-1841)*, Pamplona, 1968. Sobre el nuevo régimen foral, me remito igualmente a los trabajos de DEL BURGO, citados en nota 6.

7.2 Sobre la Monarquía en sus diferentes facetas relacionadas con el tema de este trabajo, citaremos en primer lugar lo que versa sobre el territorio: Máximo Diago Hernando, «Las regiones castellanas fronterizas con Navarra ante la conquista del Reino en 1512», en *Príncipe de Viana*, 68-242, 2007, 917-946. Sobre la incorporación de Navarra a Castilla, debe citarse la monografía de Iñigo Bolinaga, *El testamento: cómo zanjó Castilla la cuestión sobre la legitimidad de la conquista de Navarra*, Andoain-Txerbia 2010. Los reyes titulares de aquella han sido tratados en el artículo de Isabel Ostolaza Elizondo, «Fernando el Católico y Navarra», en *Aragón en la Edad Media*, 20, 2008, 559-578 y en otro de Alfredo Floristan Imizcoz, «Cambio dinástico y cambio político. De los Trastámara a los Habsburgo», en *Estudis-Revista de Historia Moderna*, 31, 2005, 7-36. Sobre instituciones concretas ha de citarse otro estudio de Isabel Ostolaza, «La Cámara de Castilla y Navarra», en *Huarte de San Juan-Geografía e Historia*, 17, 2010, 241-255.

Justamente al enviar este trabajo al Anuario, acaba de aparecer la excelente obra documental, de Gregorio Monreal Zia y Roldán Jimeno Aranguren, *Textos histórico-jurídico navarros: II. Historia Moderna*, Pamplona 2011, donde se aporta un gran número de textos, brevemente introducidos, relativos a la conquista en sentido amplio, las fuentes del Derecho y el Estado. Agradezco desde aquí el envío al Prof. Monreal.

7.3 Acerca del devenir de Navarra en la Monarquía hasta sus etapas finales como Reino, pueden consultarse: Juan María Sánchez Prieto, «Escritura y relectura de la Historia: el problema del *continuum de identidad* en Navarra», en *Sancho el Sabio* (cit.), 29, 2008, 115-134; el estudio de Mercedes Galan Lorda, «Navarra ante el nuevo fenómeno constitucional: el gobierno del último reino peninsular entre 1808 y 1814», en *Iura Vasconiae*, 8, 2011, 281-324; Tres estudios de Fernando Mikelarena Peña: «Acerca de la compatibilidad entre la Constitución de 1812 y los Fueros: el caso de Navarra», en *Sancho el Sabio* (cit.), 17, 2010, 35-53; «Discursos en torno a la Constitución Histórica de Navarra hasta 1813. Origen del concepto y adaptaciones a un concepto cambiante», en *Iura Vasconiae*, 8, 2011, 63-167 y «Sobre un documento de descripción de la Constitución de Navarra en 1808. Un intento de marketing político-institucional», en *Príncipe de Viana*, 252, enero-abril 2011, 253-294. Para finalizar, se reseña el de Juan Cruz Alli Aranguren, «Las instituciones del Reino de Navarra en el primer Constitucionalismo español (1808-1814). Navarra en el debate sobre la Constitución histórica española», en *Iura Vasconiae*, 8, 2011, 325-384.

FERNANDO DE ARVIZU



La Administración Civil Penitenciaria: militarismo y administrativismo en los orígenes del Estado de Derecho

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La administración de presidios y cárceles en la primera época liberal.–3. La centralización de las prisiones y la creación del Cuerpo Especial de Empleados Civiles de Establecimientos Penales.–4. La consolidación del Cuerpo civil y la Escuela de Criminología.–5. La administración de las cárceles de mujeres.–6. Las principales reformas de la Dictadura de Primo de Rivera y la Segunda República.–7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La competencia penitenciaria se presenta al investigador como un elemento de gran interés para conocer la formación de la Administración contemporánea a principios del siglo XIX, su importancia en el desenvolvimiento del Estado liberal de Derecho, y la función que los nuevos órganos de la Administración civil ejercieron realmente desde la práctica para superar las férreas estructuras heredadas del Antiguo Régimen.

Durante la Edad Moderna, esta competencia penitenciaria había estado atribuida al Ejército, y su asunción por la Administración civil del Estado, a lo largo de todo el siglo XIX y parte del siglo XX, partió de un interesante debate ideológico y jurídico del que no debemos permanecer ajenos para entender, sumando otro interesante eslabón a la cadena, los cimientos sobre los que se asentó nuestro Estado de Derecho contemporáneo.

En el Antiguo Régimen, la pena de presidio en el norte de África era una pena secundaria, aunque cada vez de mayor importancia, y las cárceles se utilizaban fundamentalmente como lugares de custodia hasta la ejecución de la sentencia. Además, las cárceles que existían no siempre pertenecían a los concejos, sino que también las había eclesiásticas o nobiliarias, y se caracterizaban por su ambiente insalubre y malsano, así como por los numerosos vicios y corruptelas denunciados a finales del siglo XVIII por hombres como Manuel de Lardizábal o José Marcos Gutiérrez¹.

El movimiento de reforma de las cárceles y presidios (todavía realidades separadas) que impulsaron en España los hombres de la Ilustración², comenzó siguiendo una tendencia humanitaria europea que había promovido el filántropo inglés John Howard³; y fue asumido también como uno de sus objetivos programáticos básicos por los filósofos franceses de la Revolución, sobre todo Montesquieu, Voltaire, y el italiano Marqués de Beccaria⁴.

Frente a los ilustrados del Despotismo, que basaban la reforma en motivos puramente humanitarios (humanismo jurídico), éstos aportaron al movimiento los principios filosóficos del racionalismo jurídico que, a la preponderancia del Estado absolutista, oponía la primacía del hombre (humanitarismo jurídico), siendo decisiva la filosofía utilitarista del inglés Bentham para el impulso de la reforma penitenciaria⁵.

La reforma de las cárceles y presidios se convirtió así en un tema de principal importancia en el tránsito del Antiguo Régimen al Estado liberal de Derecho, coincidiendo además con un momento en el que la pena de privación de libertad en establecimientos penitenciarios estaba empezando a despuntar como pena principal del ordenamiento jurídico debido al desarrollo del movimiento utilitarista.

El utilitarismo penal se desarrolló especialmente en el siglo XVIII (aunque contaba en España con el antecedente de la pena de galeras), y propugnaba la

¹ Aunque la obra que gozó de mayor difusión fue la de LARDIZÁBAL y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782, pueden señalarse también las de GUTIÉRREZ, Joseph Marcos, *Práctica Criminal de España*, Madrid, 1804, o VILANOVA MAÑÉS, Senén, *Materia criminal forense*, 4 vols., Madrid, 1807.

² Véase TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los Borbones», *Historia 16*, extra 2, octubre, Madrid, 1978, pp. 69-88, CORONAS GONZALEZ, Santos, «El pensamiento jurídico de la Ilustración en España», *Història del pensament jurídic*, Barcelona, 1999, pp. 153-166, o ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio, «La crítica de los ilustrados a la Administración de Justicia del Antiguo Régimen», *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, Madrid, 1993, pp. 425-451.

³ HOWARD, John, *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales (1789)*, primera edición en español, Fondo de Cultura económica, México, 2003.

⁴ CASAS FERNÁNDEZ, Manuel, *Voltaire criminalista*, Madrid, 1931, y MAESTRO, Marcelo T., *Voltaire and Beccaria as reformers of criminal law*, New York, 1972.

⁵ SÁNCHEZ RIVERA, Juan, *El utilitarismo: Estudios de las doctrinas de Jeremías Bentham*, Madrid, 1922, RODRÍGUEZ GIL, Magdalena, «Introducción», *Tratados de legislación civil y penal*, Madrid, 1981, o más específicamente MONTEVERDE, Alessandro, «Las cárceles y prisiones en la segunda mitad del siglo XVIII y comienzos del XIX. Aportes teóricos y penales de Jeremías BENTHAM», *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Universidad de Valparaíso*, 1998, núm. 20, pp. 211-221.

imposición de penas al servicio del Estado para obtener algún rendimiento o provecho del trabajo del delincuente. Cuando la pena de galeras estuvo agotada en la segunda mitad del siglo XVIII⁶, Carlos III decidió sustituirla definitivamente por la pena de presidios en el norte de África para los delincuentes menos cualificados, o una nueva pena de arsenales para los delincuentes más peligrosos o cualificados en el año 1771⁷.

La pena de presidios había nacido como pena típica del fuero militar para la defensa de los nuevos enclaves estratégicos conquistados en el norte de África. Probablemente, el primer presidio militar se formó en Melilla tras su conquista en 1497, y allí se enviarían en principio sólo aquellos soldados que tuvieran que expiar alguna culpa para custodiar el lugar. A Melilla le seguirían otros enclaves conquistados con posterioridad, como Mazarquivir, el Peñón de Vélez de la Gomera, Orán, Bugía, el Peñón de Argel, Trípoli, la Goleta, Túnez, Ceuta, Tánger, el Peñón de Alhucemas, Larache y la Marmota⁸, y junto a los soldados comenzaron a ser enviados también a ellos, con carácter muy excepcional, algunos penados civiles a partir del siglo XVII⁹. En el siglo XVIII, la pena comenzaría a extenderse a número cada vez mayor de delitos y delincuentes civiles, tanto en la legislación, como en la práctica jurisprudencial, imponiéndose a otras penas que ya habían quedado obsoletas, como la castración u otra serie de mutilaciones, o la quema de los sodomitas¹⁰.

⁶ SEVILLA, Félix, *Historia penitenciaria española: La Galera*, Segovia, 1917, ALEJANDRE, Juan Antonio, «La función penitenciaria de las galeras». *Historia 16*, extra 2, octubre, Madrid, 1978, pp. 48-49; RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, «La pena de galeras en la España moderna». *Estudios Penales*, Salamanca, 1982; o ZYSBERG, André, y BURLET, René, *Gloria y miseria de las galeras*, Madrid, 1989.

⁷ Sobre la importancia de esta pragmática en el origen de la pena de prisión, véase SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria de España*, Madrid, 1918, ed. facsímil en Pamplona, 1999, tomo II, pp. 8 ss, CADALSO, Fernando, *Instituciones penitenciarias y similares en España*, Madrid, 1922, pp. 97 ss, y más recientemente GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Del presidio a la prisión modular*, Madrid, 1998, pp. 10-15, o sus discípulos HERRERO HERRERO, Carlos, *España penal y penitenciaria (Historia y actualidad)*, Madrid, 1985, pp. 135-136, o SANZ DELGADO, Enrique, *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, 2003, pp. 118-121.

⁸ PIKE, Ruth, *Penal servitude in Early Modern Spain*, London, 1983, ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Historia de la prisión en Espanya*, Barcelona, 1988, pp. 16 ss, FRAILE, Pedro, *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España (siglos XVIII-XIX)*, Barcelona, 1987, TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro, *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Madrid, 1991, y BURILLO ALBACETE, Fernando J., *El nacimiento de la pena privativa de libertad. siglos XVI-XX*, Madrid, 1999.

⁹ Según Cerdán de Tallada, Tomás, *Visita de la cárcel y de los presos*, Valencia, 1547, p. 40, hay antecedentes desde el siglo XVI, pero serían los Autos de 1692 y 1695 los que adoptaron esta medida. Dichos autos han sido reproducidos por SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria en España*, 2 vols., vol. I, Madrid, 1918, p. 65.

¹⁰ Véanse especialmente BERNÍ, Joseph, *Práctica criminal*, Valencia, 1749, p. 8, 37-38, y 55; ÁLVAREZ POSADILLA, Juan, *Práctica criminal por principios*, 1797, III, pp. 197-198, y *Comentarios a las leyes de Toro*, Madrid, 1826, p. 44; y LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel de, *Discurso sobre las penas*, Madrid, 1782, ed. facsímil México, 1982, pp. 152 ss. De la documentación de la época se infieren las mismas conclusiones, según un estudio de TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVIII)*, Madrid, 1968, pp. 230 y 376 ss.

La pena de presidios quedó definitivamente consagrada a finales del siglo XVIII, y con el tiempo se impuso incluso a la pena de arsenales, cuya vigencia fue muy efímera porque la capacidad de los arsenales era limitada, y porque la crisis de la industria naval le afectó de lleno, dejando de aplicarse definitivamente en el año 1818¹¹.

Junto a los presidios coloniales comenzaron a fundarse además otros en la península para «desahogar los presidios» norteafricanos, empleando a los reos, especialmente en obras públicas. El primero que se inauguró en Madrid fue el llamado presidio del Prado, y también se crearon presidios civiles en Málaga, Cartagena y Cádiz¹², para destinar allí en obras públicas a los numerosos delinquentes que esperaban hacinados para ser enviados a su destino en África sin encontrar salida.

Todos ellos dependían de la Secretaría o Ministerio de la Guerra y eran dirigidos por miembros del ejército, lo que permitió que la jurisdicción militar se involucrara de forma creciente en la administración de justicia criminal de finales del Antiguo Régimen. No solo se utilizaban sus presidios como manifestación principal de la nueva penalidad utilitarista, sino que también se recurría a sus Depósitos militares o Cajas para custodiar a los reos hasta ser enviados a cumplir la condena¹³. Lo penitenciario comenzó así siendo un asunto exclusivamente militar, aún cuando en los presidios hubiera una población cada vez más abundante de carácter civil.

Para gestionar desde el ejército este novedoso ramo de prisiones se creó, incluso, un tribunal militar, que resolvía cualquier incidencia de los penados en presidios al margen de la justicia civil; y los propios militares dotaron de reglamentos internos a los presidios¹⁴, donde por supuesto se seguía una disciplina militar. El más importante de estos Reglamentos publicados en el Antiguo Régimen, fue el Reglamento General de los Presidios peninsulares de 12 de septiembre de 1807, publicado tan solo un año antes de la invasión napoleónica¹⁵.

El Capitán General Morla fue el principal artífice del Reglamento de 1807, refundiendo en él lo mejor de los proyectos presentados por el Teniente-Coronel Francisco Javier de Abadía, y el Capitán del Regimiento de Infantería de

¹¹ Tan solo subsistió el arsenal de San Fernando, en Cádiz, pero afectado exclusivamente a la jurisdicción de marina, según nos informa LASALA NAVARRO, Gregorio, «Condena a obras y presidios de arsenales». *Revista de Estudios Penitenciarios*, 119 (1955), pp. 28-29.

¹² Este presidio de Cádiz ha sido calificado como el primer «presidio industrial» de España por lo avanzado del proyecto. Véase SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria de España...*, vol. 2, pp. 179 ss.

¹³ Véase MARTÍNEZ RUIZ, Enrique, *La seguridad pública en el Madrid de la Ilustración*, Madrid, 1988, GIMÉNEZ LÓPEZ, Enrique, *Militares en Valencia (1707-1808). Los instrumentos del poder borbónico entre la Nueva Planta y la crisis del Antiguo Régimen*, Alicante, 1990, y CONTRERAS GAY, Juan, *Las milicias provinciales en el siglo XVIII. Estudio sobre los regimientos de Andalucía*, Almería-Granada, 1993.

¹⁴ Véase PORTUGUÉS, J. A., *Colección general de las Ordenanzas militares*, Madrid, 1765, y GARCÍA VALDÉZ, Carlos, «Derecho penitenciario militar: una aproximación histórica», en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIX, fascículo III, septiembre-diciembre 1986.

¹⁵ SALILLAS, R., *Evolución penitenciaria de España...*, vol. 2, pp. 435-585.

Jaén, Miguel de Haro. En él se mantenían los presidios africanos para las condenas más graves, y se preveía la creación de otros presidios correccionales en las ciudades más grandes del reino, previendo por primera vez una administración centralizada de los mismos. Este Reglamento, sin embargo, nunca llegó a aplicarse por los acontecimientos que precipitaron la Guerra de la Independencia.

2. LA ADMINISTRACIÓN DE PRESIDIOS Y CÁRCELES EN LA PRIMERA ÉPOCA LIBERAL

En los orígenes del Estado Constitucional, el ejército continuó siendo el principal garante de la seguridad interior, y de él dependía todo lo concerniente al traslado y custodia de reos en los presidios¹⁶. La Constitución de 1812 así lo establecía, y como única novedad preveía a partir de su título VIII la organización de un cuerpo especial del ejército dedicado a la persecución criminal, la Milicia nacional, cuyo Reglamento se desarrolló en 1814, y que había tenido su origen en las excepcionales circunstancias del periodo de guerra¹⁷.

La dificultad para afrontar cualquier otra forma de administrar la seguridad interior y la custodia de los reos en los presidios, no sólo era de orden ideológico, sino principalmente material. Faltaban los medios económicos. Hasta entonces el mantenimiento de los reos en los presidios dependía del propio ejército, y el mantenimiento de los custodiados en las cárceles, de los aranceles carcelarios que pagaban ellos mismos (el llamado «carcelaje»), o de la caridad privada, a pesar de las numerosas quejas que sobre ese aspecto plantearon los autores de la Ilustración recomendando al Estado que se hiciera cargo económicamente del ramo¹⁸.

Por eso, el proyecto de ley sobre cárceles que se formuló el 28 de septiembre de 1820, se inspiraba en las propuestas de la Real Asociación de Caridad que dejaban la gestión de las mismas en las Juntas de Caridad de cada provincia, aunque introducía la novedad de que éstas tuvieran que dar cuenta de su gestión a las recién creadas Diputaciones provinciales. La Diputación provincial, surgida en la Constitución de 1812 como pieza clave para el gobierno de las nuevas circunscripciones territoriales, venía así a asumir ciertas competen-

¹⁶ Como obra básica de consulta, véase BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo en la España*, Madrid, 1983. También GÓMEZ MARTÍNEZ, Ramón, *El Estatuto jurídico-constitucional del militar de carrera en España. Antecedentes, fundamento y situación actual*, tesis doctoral, Granada, 2008, pp. 24-26.

¹⁷ Véase CARREÑO, Dionisio, «Constitución política de la Nación española por lo tocante a la parte militar», Biblioteca virtual de la *Revista de Historia Constitucional*, Madrid 1820, y más recientemente GARZÓN, Sisinio, *Milicia nacional y revolución burguesa*, Madrid, 1978, pp. 71-84.

¹⁸ DOU Y BASSOLS, Ramón Lázaro de, *Instituciones del Derecho público general de España, con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno en qualquier estado*, vol. 8, Madrid, 1803, ed. facsímil en Barcelona, 1975, pp. 165-166, y GUTIÉRREZ, Joseph Marcos, *Práctica criminal de España*, Madrid, 1804, tomo I, pp. 226-229.

cias sobre la administración de las cárceles de su jurisdicción. Pero, ¿qué ocurriría con los antiguos presidios militares, reconvertidos con la nueva penalidad, y con las casas de corrección que finalmente quedaron previstas en el primer Código Penal español de 1822?

Al objeto de poner en marcha las disposiciones del Código Penal, la comisión de Diputaciones provinciales comenzó a elaborar un plan de arreglo para las cárceles y la manutención de los presos¹⁹, y el 29 de junio de 1822, las Cortes dictaron finalmente un Decreto para que se erigieran en edificios públicos cárceles, casas de corrección, casas de reclusión y presidios en los que se pudieran cumplir adecuadamente las distintas penas clasificadas en el Código, siguiendo las recomendaciones que desde el propio gobierno se estaban haciendo a la comisión de salud pública parlamentaria²⁰.

De forma paralela, una comisión encabezada por el Teniente-Coronel Abadía, siguió trabajando durante la época del Trienio en la elaboración de una Ordenanza General de presidios que tampoco pudo ver la luz por la vuelta del Absolutismo, pero que mantenía una férrea adscripción militar de los mismos. Se entendía, en consecuencia, que los presidios coloniales y peninsulares que entonces existían, continuarían estando bajo dependencia militar, mientras que los nuevos establecimientos penitenciarios que resultarían ser las cárceles y casas de corrección se adscribirían a la Administración civil del Estado a través de las Diputaciones provinciales²¹.

Transcurrido el último periodo absolutista, la cuestión continuaba en jaque. Los breves periodos de vigencia de la Constitución de 1812, en su promulgación inicial y después durante el Trienio, había dejado entrever como uno de los objetivos prioritarios del liberalismo la creación de una poderosa Administración civil del Estado que acabara definitivamente con la influencia de la Administración militar. Pero durante las reacciones absolutistas, los militares habían recuperado su protagonismo, y a finales del reinado de Fernando VII existían dos tendencias muy polarizadas: de un lado los «militaristas» conservadores, y, de otro lado, los «administrativistas», generalmente afrancesados, como López Ballesteros, Sáinz de Andino o Javier de Burgos.

En principio, se impusieron los criterios conservadores, porque la transición política en España se hizo desde arriba, y porque el estamento militar mantuvo una enorme importancia debido a las guerras carlistas²². Pero aún así la tendencia administrativista comenzó a abrirse camino, y ya durante el gobierno de Cea Bermúdez, en el año 1832, consiguió su primer logro al adscribir a la

¹⁹ El plan de arreglo de las cárceles partía de un proyecto presentado por la Diputación provincial de Sevilla. Véase el *Diario de Sesiones de Cortes* (en adelante, *DSC*), núm. 100, 19-V-1822, pp. 1417-1419.

²⁰ *DSC*, núm. 116, 30-V-1822, pp. 1618-1619.

²¹ Véase el artículo 1 del Capítulo Primero de Decreto XLV, de 3 de febrero de 1823, de Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias, en FERNÁNDEZ, Tomás R., y SANTAMARÍA, Juan A., *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Madrid, 1977, p. 703.

²² BALLBÉ, Manuel, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, 1983, p. 117.

Secretaría de Estado y de Fomento algunas cuestiones relacionadas con la seguridad pública, y entre ellas el control de las cárceles y los presidios.

La institución elegida para ello en el organigrama territorial, sería la de los Subdelegados de Fomento en las provincias, que más tarde se denominarían Jefes políticos y, finalmente, Gobernadores civiles. La Instrucción de 20 de noviembre de 1833, dirigida a estos Subdelegados de Fomento, abordaba problemas penitenciarios de gran interés, conectados con edificios y recursos financieros de las nuevas provincias, y dejaba claro que la administración de las cárceles y el resto de establecimientos penitenciarios dependía de las autoridades administrativas provinciales:

«La policía de las prisiones debe excitar la solicitud paternal de la administración. Hay pueblos en que los presos no viven sino de los dones eventuales é inciertos de la compasión; otros en que no pueden sostenerse sin gravar al vecindario con un suplemento de impuesto; otros en cuyas cárceles no hay separación para el delincuente á quien aguarda el suplicio, y el aturdido que expía por unos pocos días de encierro una falta ligerísima; hay prisiones en fin donde viven mezcladas las personas de sexos diferentes, con daño de las costumbres y mengua de la civilización. Todos estos inconvenientes pueden remediarse con pequeños esfuerzos. A los Subdelegados de Fomento incumben hacer los que sean necesarios, y proporcionar recursos para cubrir los gastos á que antes no se haya provisto (...). Para ello los gefes de la administración empezarán por examinar detenidamente cada una de las casas destinadas á este objeto, y cuidarán de introducir en su gobierno todas las mejoras de que sean susceptibles (...). Estas reglas son aplicables en proporción a los depósitos de condenados á obras públicas y á los presidios correccionales (...).»²³.

A) LA CENTRALIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL RAMO DE PRESIDIOS

La posterior Ordenanza General de Presidios de 1834, realizada por el Teniente-Coronel Abadía y la Junta mayoritariamente militar formada en 1831, respetó la adscripción civil de los presidios al Ministerio de Fomento indicada ya en la Instrucción de 1833, y de él hizo depender una novedosa Dirección General de presidios, consiguiendo de esta forma la tan ansiada centralización²⁴.

Como apuntara Salillas, el único precedente de esta Dirección General había sido la Inspección General diseñada asimismo por el Capitán General Morla en la frustrada Ordenanza de 1807²⁵. Pero aquella institución, dependía exclusivamente de la autoridad militar (la Secretaría de Guerra), mientras que

²³ FERNÁNDEZ, Tomás R., y SANTAMARÍA, Juan A., *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Madrid, 1977, pp. 501-502.

²⁴ Puede consultarse la Ordenanza General de Presidios del Reino, de 14 de abril de 1834, en la *Colección legislativa de presidios y casas de corrección de mujeres*, Dirección General de Establecimientos penales, 2 vols, Madrid, 1861, pp. 1 ss.

²⁵ SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria...*, tomo II, pp. 435 ss.

esta se adscribía al nuevo Ministerio de Fomento en consonancia con las teorías de la nueva ciencia jurídico-administrativa que comenzaba a forjarse²⁶.

Ahora bien, a pesar de que el ramo de presidios se adscribió definitivamente a la Administración civil del Estado, hay que tener en cuenta que tanto el personal como el régimen interno de los mismos continuaron teniendo naturaleza militar, manteniéndose al frente de cada presidio un Comandante-director. Esta estructura interna de carácter militar (el Comandante y el Mayor en la cúspide, los capataces, furrieles y ayudantes, e incluso el antiguo «cabo de vara» que se elegía entre los propios presos para controlarlos desde abajo), trataba de encontrar el equilibrio entre «militaristas» y «administrativistas», y venía a resolver el problema de la continuidad de los establecimientos. Pero, por otro lado, produjo una serie nada desdeñable de conflictos competenciales entre ambas jurisdicciones, que no lograría resolverse definitivamente hasta la creación del cuerpo de funcionarios civiles de prisiones a finales del siglo XIX.

La Dirección General debía ser la máxima autoridad para resolver los conflictos. Sin embargo, durante sus primeros años esta institución sirvió de poco, por quedar en manos de personas con escasa preparación penitenciaria²⁷, y los problemas se trasladaron en la práctica a la administración territorial. Ya en 1834, los militares consiguieron aplazar por dos años la entrada en vigor de la Circular que les ordenaba trasladar toda la documentación de los presidios y ponerse bajo las órdenes de sus respectivos Gobernadores civiles²⁸; y en estos primeros años fueron muchos los conflictos competenciales que se produjeron entre ellos, debiéndose redactar un gran número de disposiciones adicionales a la Ordenanza para ir concretando, poco a poco, su aplicación efectiva²⁹.

Una de las más controversias más significativas fue la relativa a los tribunales militares que se habían creado durante el Antiguo Régimen para resolver todas las cuestiones relativas a los reos condenados. La reina trató de restringir sus atribuciones a lo meramente contencioso, otorgando a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de cualquier otro aspecto³⁰, hasta que finalmente los Juzgados de Rematados fueron suprimidos en agosto de 1836, pasando sus atribuciones a los Gobernadores civiles³¹.

Para resolver otros conflictos entre los Gobernadores civiles y los Comandantes de presidios, se creó además un nuevo órgano en 1841, el de Inspector General de presidios, que fue asignado personalmente al que fuera Comandante

²⁶ SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria...*, vol. 2, pp. 581-582; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los Borbones...*, p. 78; BURILLO ALBACETE, Fernando J., *El nacimiento...*, p. 89; o FIGUEROA NAVARRO, M.^a Carmen, *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, 2000, pp. 19-22.

²⁷ SALILLAS, Rafael, *Evolución penitenciaria...*, tomo II, p. 583.

²⁸ Véase la Orden Circular de 28 de julio de 1834, la Real Orden de 25 de agosto de 1834, y las Reales Ordenes de 27 de enero de 1835 y de 4 de octubre de 1836, en *Colección legislativa de presidios...*, pp. 72-74, p. 75, p. 90 y pp. 129-130, respectivamente.

²⁹ *Colección legislativa de presidios...*, p. 71 ss.

³⁰ Véanse las Reales Ordenes de 9 de marzo de 1835, 13 de agosto de 1835, y 12 de noviembre de 1835, en *Colección legislativa de presidios...*, pp. 91-92, pp. 97-98 y 107-108.

³¹ Real Orden de 3 de agosto de 1836, en *Colección legislativa de presidios...*, p. 125.

del presidio de Valencia: el Coronel Montesinos³². Desde esta posición de preeminencia, Montesinos no sólo favoreció en todo momento a los militares frente a los Gobernadores civiles, sino que denunció públicamente hasta la saciedad que todos los problemas de los presidios se debían fundamentalmente a la intervención en ellos de órganos civiles. En su opinión, los presidios debían volver a pertenecer exclusivamente a órganos militares, desde donde se incorporarían las reformas del liberalismo, pero siempre dentro de la disciplina castrense³³.

Por su parte, los presidios del norte de África, encabezados por el principal presidio de Ceuta, consiguieron mantener un régimen peculiar en la Ordenanza de 1834. Teniendo en cuenta su origen militar, y el hecho de que allí se iban a enviar a los delincuentes más cualificados, se estableció que excepcionalmente en estos presidios el Gobernador militar fuera a su vez Gobernador civil en funciones, y que el Ministerio de Guerra se ocupara directamente de su gestión y el trabajo de los reos.

El presidio de Cádiz, de gran trayectoria militar y en la frontera con los norteafricanos, quedó en una situación comprometida, y tras una larga contienda sostenida entre la Dirección General de Presidios y el Capitán General de la región, finalmente fue separado también del resto de los presidios civiles peninsulares y adscrito al ejército como destino para los condenados por los tribunales de Marina³⁴. Y, de la misma manera, el presidio de Mahón quedó adscrito a los condenados por tribunales de Guerra.

En atención a estas consideraciones, el único control efectivo que los Gobernadores civiles pudieron ejercer de hecho sobre los presidios de sus respectivas provincias, fue el que les atribuía su condición de presidentes de las Juntas Económicas. Según la Ordenanza de 1834, a cada establecimiento penal se le asignaría un fondo económico, del que habría que rendir cuenta mensualmente ante una «Junta económica» que estaría presidida por el Subdelegado de Fomento o Gobernador en África, y compuesta por el Comandante, el Comisario y el Mayor de cada establecimiento.

Dos consecutivas Reales Órdenes, de 20 y 30 de enero de 1836³⁵, mandaron finalmente la instalación de las Juntas Económicas en cada provincia, esta-

³² El nombramiento se contiene en la Real Orden de 11 de enero de 1841, del Ministerio de Gobernación, en *Colección legislativa de presidios...*, p. 188. Montesinos fue un importante adalid de la reforma penitenciaria desde su nombramiento como Comandante del presidio de Valencia en 1834. A él se dedicó, por su importancia, un número monográfico de la *Revista de Estudios Penitenciarios*, núm. 159 (oct-dic.1962). También puede consultarse RICO DE ESTASEN, José, *El coronel Montesinos. Un español de prestigio europeo*, Alcalá de Henares, 1948, y, por supuesto, su biografía escrita por Boix, Vicente, *Sistema penitenciario del presidio correccional de Valencia*; Valencia, 1850.

³³ MONTESINOS, Manuel, «Reflexiones sobre el presidio de Valencia, reforma de la dirección general del ramo, y sistema económico del mismo» (1846), reeditado por la *Revista de Estudios Penales*, 1962, núm. 159.

³⁴ Véase la Real Orden de 5 de marzo de 1835 en *Colección legislativa de presidios...*, pp. 90-91.

³⁵ *Colección legislativa de presidios...*, pp. 112-115.

bleciendo todo lo relativo a su personal y funcionamiento³⁶. Desde su instalación, el Ministerio de Fomento endosaba a la Dirección General la libranza para presidios del Real Tesoro³⁷, y esta a su vez las repartía entre los distintos establecimientos por medio de las Juntas Económicas, siendo los Gobernadores civiles los que podían proceder a su cobranza a través de los habilitados. La presidencia de las Juntas Económicas fue lo que permitió, por tanto, ejercer un control real sobre los presidios por parte de los Gobernadores civiles³⁸.

Las Juntas Económicas recibieron un nuevo impulso a través de la Real Orden de 28 de enero de 1840³⁹. Pero con posterioridad trataron de limitarse las amplias atribuciones que estaban desarrollando⁴⁰, con el propósito de situar a la Dirección General de presidios en el lugar de preeminencia que le correspondía, centralizando en ella, a través de los Jefes políticos o Gobernadores civiles, todas las decisiones de importancia⁴¹.

La centralización administrativa del ramo no solo se proyectó en el protagonismo ganado finalmente por la Dirección General de presidios frente a la dispersión de las Juntas económicas, sino también en la mayor presencia del

³⁶ Las Reales Órdenes de 21 y 29 de agosto de 1834, habían establecido que, mientras que pudiera cumplirse lo dispuesto en la Ordenanza de 1834, la Dirección del Tesoro continuaría encargándose de la administración económica de los presidios, satisfaciéndose por las oficinas de Hacienda los haberes de los empleados del ramo. Véanse en *Colección legislativa de presidios...*, pp. 74-76.

³⁷ Hasta el 31 de agosto de 1838 existió una Contaduría general del ramo de presidios, con la que se comunicaba la Dirección General, pero en esa fecha fue suprimida pasando sus funciones a la Comisión general de clasificación de empleados civiles. Véase la Real Orden de 31 de agosto de 1838 en *Colección legislativa de presidios...*, pp. 157-158.

³⁸ El Gobernador civil no solo detentaba una posición de preeminencia por presidir las Juntas Económicas, sino que también elegía a los dos nuevos vocales de las mismas que se previeron en 1836, y, a pesar de las quejas, fueron confirmados por la Reina Gobernadora en 1839 «para fortalecer la acción administrativa de las Juntas económicas, dando mayor prestigio á las resoluciones de las mismas», en el Real Orden de 16 de julio de 1839, en *Colección legislativa de presidios...*, p. 171.

³⁹ Véase la Exposición de Motivos de la Real Orden de 28 de enero de 1840, determinando la organización, forma y atribuciones de las Juntas económicas de los presidios, en *Colección legislativa de presidios...*, pp. 176-179.

⁴⁰ Véase la Real Orden de 10 de marzo de 1843, que declaraba secretarios natos de las Juntas económicas a los Mayores en los presidios peninsulares, los Ayudantes en los correccionales de primera clase, y los Oficiales de los Gobiernos políticos, sin percibir gratificación ni sueldo por el cargo, en *Colección legislativa de presidios...*, p. 229-230; la Real Orden de 11 de septiembre de 1843, sobre la sustitución del Jefe político por el Intendente, en *Colección legislativa de presidios...*, pp. 235-236; o la Real Orden de 3 de octubre de 1843, en *Colección legislativa de presidios...*, pp. 237-238.

⁴¹ Véanse la Real Orden de 10 de marzo de 1844, que autorizó a la Dirección general para disponer del fondo económico de los presidios, y la Circular de 28 de marzo de 1844, que ordenó a las Juntas económicas no disponer de ninguna cantidad del fondo económico sin la autorización de la Dirección general, en *Colección legislativa de presidios...*, pp. 249-257. También en este sentido, la Real Orden de 30 de abril de 1844, restableciendo el artículo 83 de la Ordenanza, y Real Orden de igual fecha, disponiendo que los Contadores de provincia sean Comisarios de revista de los presidios, y que los Secretarios de los Gobiernos dejen de ser vocales de las Juntas económicas, ambas en *Colección legislativa de presidios...*, pp. 272-273. Con todo, las Juntas económicas continuaron su labor hasta que, por Real Decreto de 27 de agosto de 1888, fueran sustituidas por las Juntas Locales de Prisiones.

Jefe político frente al Comandante militar, sobre todo tras el nuevo acceso de los moderados al poder en 1844. A los primeros administrativistas del liberalismo, Sáinz de Andino, López Ballesteros o Javier de Burgos⁴², se unieron entonces hombres como Francisco Agustín Silvela⁴³, Alejandro Oliván⁴⁴, José Posada Herrera⁴⁵ o, más tardíamente, Manuel Colmeiro⁴⁶, que fundaron en puridad la ciencia administrativa moderna, y permitieron culminar la obra de la Administración pública centralizada⁴⁷.

En esta nueva vuelta centralizadora del moderantismo, los Gobernadores provinciales se convirtieron en una pieza clave, a imagen y semejanza del prefecto francés en el que se inspiraban⁴⁸, también en el ramo penitenciario⁴⁹; y aunque la norma marco seguía siendo la Ordenanza General de 1834, a ella se fueron añadiendo sucesivas normas de desarrollo para corregir su excesivo militarismo, como el Reglamento de 15 de abril de 1844, que volvía a pronunciarse sobre las atribuciones de los Jefes políticos en los presidios⁵⁰.

La más importante de todas ellas fue, sin embargo, el Reglamento para el orden interior de los presidios del Reino de 5 de septiembre de 1844⁵¹, que trataba exhaustivamente de todos los oficiales de los presidios (comandantes, capataces, furrieles, ayudantes y cabos de vara), potenciando las atribuciones de los Gobernadores civiles frente a los Comandantes de presidios. Además, la norma reconoció por primera vez de forma expresa la contradicción de que una institución civil estuviera gestionada por empleados militares, apostando porque el personal de presidios perteneciera íntegramente al cuerpo administrativo. Por ello, estableció que los destinos que conformaban su plana mayor debían considerarse en lo sucesivo «como empleos civiles efectivos, cesando por lo

⁴² Véase BURGOS, Javier de, «Ideas de Administración», INAP, Madrid, 1987.

⁴³ SILVELA, Francisco Agustín, *Colección de Proyectos, dictámenes y Leyes orgánicas o Estudios prácticos de Administración*, Imprenta Nacional, Madrid, 1839.

⁴⁴ OLIVÁN, Antonio, *De la Administración Pública con relación a España*, Madrid, 1843, ed. de Madrid, 1954.

⁴⁵ POSADA HERRERA, José, *Lecciones de Administración*, Madrid, 1843.

⁴⁶ COLMEIRO, Manuel, *Elementos de derecho administrativo español*, Madrid, 1850, y *Derecho administrativo español*, Madrid, 1858.

⁴⁷ Véase sobre esta cuestión SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973, y más recientemente JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, «La Administración pública en los orígenes del Estado Constitucional». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 52, enero-abril 1998, pp. 305-328.

⁴⁸ SILVELA, Francisco Agustín, *Estudios prácticos de Administración*, Ed. Imprenta Nacional, Madrid, 1839, p. 240.

⁴⁹ COLMEIRO, Manuel, *Derecho administrativo español*, Madrid, 1858, tomo I, p. 387: «La base de toda reforma carcelaria, es la centralización conveniente de la acción administrativa en punto á prisiones en manos del Gobierno bajo la inmediata vigilancia de sus delegados en cada provincia ó pueblo».

⁵⁰ En *Colección legislativa de presidios...*, pp. 257-271. Otras disposiciones menores en esta dirección, también pueden consultarse en la *Colección legislativa de presidios...*, pp. 272-280.

⁵¹ En *Colección legislativa de presidios...*, pp. 281-319. Este Reglamento se publicó junto a un Real Decreto, de igual fecha, que reducía a 13 los 29 presidios que entonces existían en el país y refundía también su plana mayor, tratando agilizar su administración centralizada. El Real Decreto de 5 de septiembre de 1844, puede consultarse en *Colección legislativa de presidios...*, pp. 280-281.

mismo el concepto de comisiones con que son desempeñados en la actualidad. Sus sueldos, hecha que sea la reducción ordenada en el presente decreto, serán satisfechos por el Ministerio de la Gobernación de la Península, y con cargo á su presupuesto (...). Los empleados correspondientes á las planas mayores no gozarán de fuero militar en ningún acto ni caso en que se interese el servicio presidial» (arts. 8 y 10).

Ahora bien, la dificultad de separar de las prisiones al personal militar, estribaba en encontrar a un personal civil capacitado para hacerse cargo de sus funciones. Para superarla, el Reglamento abogaba por la construcción de un presidio-modelo en Madrid en el que se formaran «empleados inteligentes, celosos y versados en el ramo». Pero este proyecto aún tendría que esperar muchos años para llevarse a cabo, y el personal de las prisiones continuó siendo de origen militar, por más que se les considerase a todos los efectos como «empleos civiles efectivos».

Un año después, en 1845, Montesinos fue obligado a compartir su cargo de Inspector General de presidios con un civil, Ildefonso Abellán⁵². Y en 1846 volvía a insistirse en la necesaria condición civil de los empleados de este ramo, y en la conversión de las comisiones militares que entonces estaban en el servicio de prisiones en empleos civiles. Es decir, para ingresar en el oficio aún era necesario pertenecer al ejército, puesto que no se había habilitado todavía una formación o vía de acceso civil. Pero la toma de posesión en el cargo conllevaba la inmediata pérdida de la condición y el fuero militar, a cambio de una mayor estabilidad en el empleo.

B) LA REFORMA DE LAS CÁRCELES

Las cárceles no se sumarían a este nuevo organigrama administrativo hasta que se promulgara la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849. Pero con anterioridad, también sufrieron importantes cambios. Desde que se suprimieron las jurisdiccionales especiales en la Constitución de 1812, las cárceles adscritas a los distintos tribunales de primera instancia pasaron a depender de los Ayuntamientos constitucionales. Las provincias en las que se situaron las nuevas Diputaciones, según la división que finalmente culminara Javier de Burgos en 1833, se dividieron a su vez en partidos judiciales por Real Decreto de 21 de abril de 1834, y al frente de cada partido se impuso un juez de primera instancia, que tenía adscrita bajo su jurisdicción una cárcel de partido⁵³.

El resto de las cárceles del Antiguo Régimen que no estuvieran situadas en las cabezas de partido, no se suprimieron, sino que quedaron reconvertidas en

⁵² Véase BURILLO ALBACETE, Fernando J., *El nacimiento de la pena privativa de libertad...*, p. 105.

⁵³ Así lo dispuso el Reglamento provisional para la administración de justicia de 26 de septiembre de 1835. Sobre estas cárceles de partido, desde el funcionamiento concreto de la cárcel del partido de Alcañiz, ha realizado un magnífico estudio documental BURILLO ALBACETE, Fernando, «Las cárceles de partido judicial (1834-1854)». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIV, enero 2001, pp. 323-399.

meros depósitos o calabozos municipales, en los que se custodiaba al reo el tiempo suficiente para hacer las primeras diligencias y enviarlo a la cárcel del partido judicial correspondiente. No había gran novedad en ello, más allá de la que suponía la nueva nomenclatura administrativa (depósitos municipales, cárceles de partido y cárceles de las Audiencias, dependientes de Ayuntamientos, Diputaciones, y el recién creado Ministerio de Fomento, jerárquicamente), puesto que las cárceles siempre habían pertenecido a la Administración civil.

Los cambios más importantes se dirigieron en adelante a poner fin a la privatización del oficio de alcaide de las mismas, y en lo posible asegurar su financiación pública como medio efectivo de control. Estos objetivos se señalaron ya por la Comisión para la mejora de las cárceles fundada en 1838⁵⁴, y la Sociedad Filantrópica para la mejora del sistema carcelario, correccional y penal de España creada en 1839 por Ramón de la Sagra⁵⁵, que se refundieron oficialmente a través de una Real Orden de 13 de diciembre de 1840 en la que se anunciaban la claves de la reforma⁵⁶.

En cuanto al tanteo de las alcaldías, una temprana Real Orden de 26 de enero de 1840 prohibió la privatización del oficio de alcaide de las cárceles, y ordenó que todos aquellos particulares que hubieran recibido en el pasado el oficio en propiedad o arrendamiento lo devolvieran a la Administración pública, determinándose el modo de indemnizarlos⁵⁷.

La cuestión no era nueva. Ya en 1816 se había dictado una ley declarando tanteables todos los oficios enajenados de la Corona, incluidas las alcaldías. Pero la norma fue suspendida «por diversas reclamaciones» el 10 de febrero de 1818, sin conseguir los efectos deseados⁵⁸. Por eso, según Castejón, «las alcaldías de cárceles, oficios enajenados de la corona (¡vergüenza da decirlo!), se empezaron a tantear y revertir en 1838 (Real Orden de 9 junio)»⁵⁹; y lo harían presumiblemente en virtud de dos disposiciones del Ministerio de la Gobernación de 1838 y 1839⁶⁰ que en la práctica tampoco se cumplieron, porque los fondos con los que los Ayuntamientos quedaron obligados a atender a las mismas, previa aprobación de sus respectivas Diputaciones provinciales, y sin perjuicio de que estas se les

⁵⁴ Real Orden de 5 de marzo de 1838, en *Colección legislativa de cárceles*, Dirección General de Establecimientos Penales, Madrid, 1860, p. 86.

⁵⁵ Véase SAGRA, Ramón de la, *Discurso leído por Don Ramón de la Sagra al terminarse la sesión pública de instalación de la Sociedad para la mejora del sistema carcelario, correccional y penal de España*, Madrid, 1840.

⁵⁶ En *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 106-108.

⁵⁷ En *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 100-103.

⁵⁸ Véanse la Real Cédula de 11 de noviembre de 1816, declarando tanteables todos los oficios enajenados de la Corona, la Real Cédula de 13 de noviembre de 1817, disponiendo que los dueños de oficios enajenados de la Corona puedan durante tres meses impetrar y obtener cédula para que no se les tanteen mientras vivan, y la Real Orden de 10 de febrero de 1818, suspendiendo los efectos de la Real Cédula de 13 de noviembre anterior sobre tanteo de oficios enajenados de la Corona, en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 40-43.

⁵⁹ CASTEJÓN, Federico, *Legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización*, Madrid, 1911, p. 56.

⁶⁰ Son palabras literales de la Real Orden de 9 de junio de 1838, en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 90-92. Véase también la Real Orden de 12 de enero de 1839, en *Colección legislativa de cárceles...*, p. 93.

reintegraran el dinero cuando fuere posible, dieron ocasión a numerosas «dilaciones y consultas, fundadas algunas y evidentemente dirigidas otras á entorpecer la ejecución de las disposiciones adoptadas».

La Ley de 26 de enero de 1840, venía a poner fin a esta situación de «resistencias y obstáculos» que había entorpecido la aplicación de sus predecesoras, resolviendo que los fondos necesarios para el tanteo debían seguir corriendo a cargo de las castigadas haciendas municipales, a pesar de las numerosas quejas de los Ayuntamientos. Con anterioridad, y al objeto de satisfacer las «justas aspiraciones» a desembarazarse de dichos gastos expresadas por los municipios, el Ministerio de Gobernación había llegado a prever que se cubrieran estos gastos desde sus propios presupuestos generales, a través de distintas disposiciones dictadas en 1838 y 1839. Pero en realidad nunca se llegó a enviar el dinero a los municipios, y la medida quedó en suspenso en 1839, señalándose que resultaba necesario aplicar «todos los ingresos del Tesoro al pago de los suministros del ejército y de las demás atenciones militares»⁶¹.

A partir de ese momento, y hasta que se habilitara otra vía pública de acceso a finales del siglo XIX, el Jefe político de cada provincia quedó encargado de atribuir las alcaldías de las cárceles a personas de su confianza que cumplieran ciertos requisitos, como tener arraigo en la zona, ser mayor de treinta y cinco años, poseer una moralidad acreditada, y saber «por lo menos leer, escribir y contar»⁶². En la norma se establecía la necesidad de pagar sus servicios con un sueldo público, aunque quedaba por determinar el modo de cubrir ese sueldo más allá del tradicional cobro de aranceles y tasas carcelarias.

La supresión de los aranceles carcelarios era otro de los principales objetivos de la citada ley de 1840⁶³. Pero la financiación pública de las cárceles era muy problemática y, aunque desde fecha temprana se dictaron numerosas medidas para asegurar la manutención de los presos pobres al margen de la caridad⁶⁴, y limitar en lo posible los numerosos aranceles carcelarios que se les venían cobrando desde el Antiguo Régimen⁶⁵, hubo que esperar hasta 1847

⁶¹ Véanse las Reales Órdenes de 10 de julio de 1838, 20 de noviembre de 1838, 8 de marzo de 1839, y 26 de julio de 1839, en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 92-94 y 96-97.

⁶² Para terminar la ejecución de las normas antes citadas, se dicta la Real Orden de 3 de octubre de 1843, mandando que en las vacantes de alcaldías revertidas á la Corona y tanteadas por los Ayuntamientos, los Jefes políticos nombren á los más dignos de entre los que las soliciten, en *Colección legislativa de cárceles...*, p. 118.

⁶³ LASTRES, Francisco, *Estudios penitenciarios*, Madrid, 1887, edición facsímil en Pamplona, 1999, p. 15.

⁶⁴ En este sentido fueron muy numerosas las disposiciones dictadas desde principios de siglo para que las instituciones públicas mantuvieran a los presos pobres con parte de sus recursos económicos. Véanse, por ejemplo, las Reales Órdenes de 26 y 27 de octubre de 1826, 15 de marzo de 1828, 15 de noviembre de 1833, 15 de enero de 1836, 23 de enero de 1837, 3 y 18 de mayo de 1837, 20 y 24 de abril de 1839, 29 de mayo y 3 de julio de 1841, 7 de enero, 19 de marzo y 10 de junio de 1842, 10 y 26 de mayo, 19 de septiembre, 23 de octubre y 7 de noviembre de 1842, y 29 de septiembre de 1846, en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 52-53, 62, 75, 78-79, 80, 83, 95-96, 110-111, 113, 115-116, 122-123, 127 y 141.

⁶⁵ Véase el esfuerzo que hace en este sentido el Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia del Reino de 1 de mayo de 1844, artículos 67 y 72, en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 120-122.

para que, finalmente, se prohibiera el cobro de tasas o derechos carcelarios de cualquier tipo a la presos civiles⁶⁶.

El Real Decreto de 25 de agosto de 1847, fue finalmente la norma que atribuyó al Estado la obligación de financiar públicamente las cárceles⁶⁷. Pero la ruinoso situación económica por la que atravesaba este, volvió a cargar de hecho los cada vez más abultados gastos carcelarios en las depauperadas haciendas municipales y provinciales. Para despejar cualquier duda en este sentido, una Real Orden de 31 de diciembre de 1847 vino a reiterar lo que ya se había establecido: que los gastos de los presos en las cárceles de Audiencia debían correr a cargo de las Diputaciones; los de los presos en cárceles de partido a prorrata entre los pueblos del cada partido judicial; y los de los detenidos en los depósitos y su conducción, a cargo de los respectivos municipios, hasta que pudieran ser asumidos por el Estado⁶⁸.

3. LA CENTRALIZACIÓN DE LAS PRISIONES Y LA CREACIÓN DEL CUERPO ESPECIAL DE EMPLEADOS CIVILES DE ESTABLECIMIENTOS PENALES

Un año después de publicarse el nuevo Código Penal de 1848, se promulgaba la Ley de Prisiones de 26 de julio de 1849, firmada por el Ministro Sartorius, que, a pesar de ser un texto muy breve, acometió una importante reorganización administrativa del ramo⁶⁹. De un lado, porque confirmó definitivamente la separación entre las prisiones civiles dependientes del Ministerio de la Gobernación, y la de las prisiones militares dependientes del Ministerio de la Guerra (el de Marina siguió con la competencia de los presidios navales y de los de arsenales⁷⁰). Y, de otro, porque unificó definitivamente en nuestro país la problemática de las cárceles y la de los presidios, hasta entonces por caminos dife-

⁶⁶ El artículo 184 de la Ordenanza de las Audiencias de 20 de diciembre de 1835, sobre visita de cárceles y obligaciones de los alcaides, en *Colección legislativa de cárceles...*, p. 74, aun tuvo que reconocer la necesidad del cobro de los aranceles, prescribiendo solamente en garantía del reo que estuviera «siempre puesto el arancel de sus derechos en sitio donde todos lo puedan leer, y nunca llevarán (los alcaides) más de lo que en él se prescriba; debiendo ser muy estrechamente responsables si se excedieren en esto, o por algún medio indiscreto estafasen a los presos, o trataran que lo haga algún dependiente de la cárcel. A los pobres de solemnidad no se les exigirá derecho alguno».

⁶⁷ Artículos 76-81 del Real Decreto de 25 de agosto de 1847, en *Colección legislativa de cárceles...*, p. 154, donde se prohibía expresamente el cobro de tasas o aranceles, la recepción de dádivas o regalos, la realización de negocios y el abuso del trabajo de los reos para fines particulares. En este mismo sentido se pronunciaron en adelante las distintas normas dictadas sobre régimen carcelario.

⁶⁸ Real Orden de 31 de diciembre de 1847, en *Colección legislativa de cárceles...*, p. 159.

⁶⁹ En *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 170-176.

⁷⁰ La Real Orden de 5 de diciembre de 1857 declaraba que los presidios de los arsenales dependían del Ministerio de Marina, en TEJÓN, Víctor, *Cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciarios*, Madrid, 1886, p. 587. Sobre esta cuestión, véase también GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Del presidio a la prisión modular*, 2.^a ed. Madrid, 1998, p. 19.

rentes, consolidando el término «prisión» para designar genéricamente a cualquiera de ellos, y ocupándose de forma conjunta tanto de los presidios y prisiones, como de las cárceles de Audiencia, cárceles de partido y depósitos municipales⁷¹.

Todos ellos se hicieron depender de la finalmente llamada Dirección General de Establecimientos Penales⁷², que se ocupaba principalmente de dictar las disposiciones convenientes para la ejecución de las órdenes y reglamentos administrativos, de velar por su cumplimiento, proponer mejoras, instruir todos los expedientes del ramo, examinar y aprobar los presupuestos de su dependencia, y nombrar o suspender a los empleados de forma centralizada.

Los principales empleados de prisiones que debía nombrar el gobierno a través de esta Dirección General de Establecimientos Penales, eran los Alcaldes. Cada cárcel o prisión pasaba en la nueva ley a ser dirigida por un Alcalde, quedando solo para el resto de presidios superiores la influencia castrense de los Comandantes de presidios (presidios africanos o de penas superiores)⁷³. Las prisiones de partido judicial, provinciales o de los pueblos (depósitos), se regirían por dicho Alcalde, que se proponía en terna por el Jefe político o por el respectivo Alcalde de cada pueblo⁷⁴. Habría, en consecuencia, tres tipos de alcaldes: alcaldes de los depósitos municipales, con dependencia de los Alcaldes, y nombramiento del Jefe político de la provincia; alcaldes de las cárceles

⁷¹ ZAPATERO SAGRADO, Ricardo, «Los presidios, las cárceles y las prisiones». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIX, fascículo II (mayo-agosto 1986), p. 561.

⁷² En la reordenación del Ministerio de Gobernación de 1847, se suprimiría la Dirección General de presidios, creándose en su lugar una más amplia Dirección de Beneficencia, Corrección y Sanidad, en el Real Decreto de 20 de octubre de 1847 y la Real Orden de 25 de octubre de 1847, ambas en la *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 154-155 y 156-157. Tras la publicación de la Ley de Prisiones de 1849, fue constituida una Dirección General de Beneficencia y Corrección, de la que se escindió la Dirección de Establecimientos Penales por Real Decreto de 10 de julio de 1853, en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 206-212. Unos meses después ambas direcciones generales se unificaron nuevamente en la llamada Dirección General de Establecimientos Penales, Beneficencia y Sanidad por Real Decreto de 21 de octubre de 1853, en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 213-214. En 1856 volvieron a separarse bajo los nombres de Dirección General del sistema carcelario y penitenciario y Dirección General de Beneficencia y policía sanitaria, y pocos meses después se restablecía nuevamente la denominación de Dirección General de Establecimientos Penales, que continuó desde entonces sus labores segregada de la de Beneficencia. Véanse el Real Decreto de 11 de junio de 1856 y el Real Decreto de 4 de agosto de 1856, ambos en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 228-235. También el Real Decreto de 6 de noviembre de 1857 y la Orden de 1 de abril de 1860, en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 237 y 243-244, donde se reorganizan los negociados de la Dirección General de Establecimientos Penales. Los Directores Generales en la época en estudio (hasta el fin de la Segunda República), pueden consultarse en el anexo.

⁷³ Para los presidios africanos se dictó, a través de la Real Orden de 4 de marzo de 1852, una especial instrucción para su sistema gubernativo y económico, en TEIJÓN, Víctor, *Cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciarios...*, pp. 586-587.

⁷⁴ Véase la Real Orden de 13 de septiembre de 1849, dictando reglas para la ejecución de la Ley de Prisiones, y la Real Orden de 12 de febrero de 1850, determinado la manera de instruir los expedientes para la provisión de Alcaldías, en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 177-179 y 185-186. También la Real Orden de 1 de noviembre de 1866, recomendando el cumplimiento de las anteriores en la provisión de alcaldías, en TEIJÓN, Víctor, *Cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciarios...*, p. 4.

de capitales, con dependencia de los Jefes políticos provinciales y nombramiento del Gobierno; y alcaldes de los presidios, dependientes de la Dirección General de Presidios y nombramiento del Gobierno⁷⁵.

No se exigía ningún tipo de preparación técnica específica para el cargo, lo que pudo determinar, en palabras de Burillo Albacete, un cierto clientelismo a la hora de conceder las alcaldías⁷⁶, cuya provisión no siempre siguió con transparencia el procedimiento determinado en las leyes⁷⁷.

Otra de las reformas de importancia acometida por la Ley de prisiones de 1849, fue la sustitución de las antiguas Juntas Económicas de los Presidios por unas novedosas Juntas de Cárceles. Si aquellas habían visto reducir paulatinamente sus competencias en orden a una mayor centralización administrativa; estas, por el contrario, volverían a aumentarlas y verían cambiar su composición. Serían miembros natos de dichas Juntas el propio Gobernador civil, que las presidiría en cada provincia, un magistrado de la Audiencia como vicepresidente, designado por su Sala de Gobierno, un Consejero provincial designado por el jefe político, y un eclesiástico de la capital a elección del Diocesano. Las Juntas de Cárceles ampliarían su composición poco después para formar Juntas auxiliares de Cárceles⁷⁸.

Pero el problema estaba en llevar a la práctica la compleja red de establecimientos penales previstos por la Ley de prisiones de 1849. «El punto culminante de ataque que se ha presentado al dictamen de la comisión es que se creen 49 casas correccionales», reconocería el Ministro de la Gobernación al discutirse el proyecto de ley⁷⁹, afirmándose que el mismo resultaría «de un inmenso costo para nuestras provincias»⁸⁰.

Según la Ley de 1849, el gasto de personal, material y manutención de los detenidos pobres en los depósitos sería de los respectivos Ayuntamientos⁸¹; el de las cárceles de partido y de capitales de Audiencia se repartiría entre el par-

⁷⁵ ZAPATERO SAGRADO, Ricardo, «Los presidios, las cárceles y las prisiones». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XXXIX, fascículo II (mayo-agosto 1986), p. 562.

⁷⁶ BURILLO ALBACETE, Fernando, «Las cárceles de partido judicial (1834-1854)». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LIV, enero 2001, p. 387.

⁷⁷ Así lo indica la Circular de la Dirección General de Establecimientos penales de 8 de mayo de 1854, recomendando el cumplimiento puntual de las anteriores Reales Órdenes sobre nombramiento de alcaldes, lo que nos indica que este no era fielmente respetado en algunos casos, en *Colección legislativa de cárceles...*, p. 216.

⁷⁸ Real Orden de 13 de septiembre de 1849, dictando reglas para la ejecución de la Ley de Prisiones, en *Colección legislativa de cárceles...*, p. 178. Aunque hubo que esperar hasta 1852 para que un Reglamento provisional de la Junta auxiliar de cárceles de Madrid, fuera clarificando en cierta medida sus atribuciones «hasta tanto que se publiquen los reglamentos generales en conformidad á lo prevenido en la Ley de Prisiones de 26 de Julio de 1849». Véase la Real Orden de 23 de marzo de 1852, en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 198-200.

⁷⁹ DSC, núm. 42, 26 de febrero de 1849, p. 889.

⁸⁰ Diputado Coria en DSC, núm. 42, 26 de febrero de 1849, p. 880.

⁸¹ Tan solo unos días después de dictarse la Ley de Prisiones, se daba la Real Orden de 31 de julio de 1849, de Ministerio de la Gobernación, mandando que los jefes políticos señalasen a los pueblos la cuota que les correspondía para la manutención de presos pobres, estableciendo que serían administradores de estos fondos los Alcaldes de las cabezas de partido, en *Colección legislativa de cárceles...*, p. 176.

tido judicial (manutención de presos pobres) y el Estado (personal y material); y el del resto de establecimientos penales correspondería íntegramente al Estado. Los gastos de construcción de prisiones correccionales en cada capital, especialmente en las que no tuvieran Audiencia, debían ser sufragados por las Diputaciones provinciales.

Sin embargo, este planteamiento apenas se mantuvo un par de meses. Una Real Orden de 23 de septiembre de 1849 volvía a adscribir todo el gasto de las cárceles a los presupuestos municipales y provinciales⁸², manteniéndose para el Estado solo el de los establecimientos penales superiores; y esta tendencia continuó consolidándose en normas de desarrollo posteriores, en las que los antiguos repartimientos vecinales se sustituyeron, además, por la integración global del gasto en los presupuestos de los Ayuntamientos⁸³.

Aunque se adujo que dichos gastos municipales y provinciales se harían «en concepto de anticipos reintegrables», lo cierto es que a partir de ese momento el presupuesto destinado a las mismas por el Estado fue puramente «extraordinario». Así lo reconoció la propia Reina en mayo 1853⁸⁴, y cuatro años después se mantenía la «provisionalidad», ordenándose a los pueblos que arbitraran los fondos necesarios para hacer obras en las cárceles de partido (bajo la promesa, nuevamente, de que tales gastos les serían reintegrados en un futuro por el Tesoro Público), y a los Ayuntamientos y Diputaciones que aumentaran el máximo de la ración de presos pobres de sus propios fondos cuando fuera necesario⁸⁵.

Por ello, en la práctica, los cambios fueron mucho más lentos de lo que hubiera cabido esperar, y bajo el amparo de las cláusulas transitorias se mantuvieron los mismos establecimientos penitenciarios que ya se tenían, con enorme confusión de penados. Las cárceles de partido no solo albergaron así a simples detenidos y sentenciados a arresto mayor, sino que también se destinaron a recibir a algunos condenados a prisión correccional en grado bajo (hasta dos años), para evitar los gastos de sus traslados a los presidios⁸⁶.

Todo ello provocó un generalizado sentimiento de frustración en la opinión pública, en el que se acusaba cada día más el retraso español con respecto a la

⁸² Real Orden de 23 de septiembre de 1849, en *Colección legislativa de cárceles...*, p. 180.

⁸³ Así, por ejemplo, la Real Orden de 28 de febrero de 1850, mandando que a los penados con arresto mayor que cumplan en las cárceles se les socorra de los fondos municipales; la Real Orden de 15 de julio de 1850, mandando que los Ayuntamientos costeen las obras de cárceles «a calidad de reintegro», o la Circular de 27 de abril de 1853, mandando a los gobernadores provinciales remitir los presupuestos de las cárceles, todas ellas en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 186, 187-189 y 203, respectivamente. Más adelante, insistirían en estos términos las Reales Ordenes de 10 de marzo de 1863 y 10 de enero de 1867, ambas en TEIJÓN, V., *Cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciarios*, Madrid, 1886, pp. 42-43.

⁸⁴ Real Orden de 8 de mayo de 1853, en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 204-205.

⁸⁵ Respectivamente, en Real Orden de 5 de diciembre de 1856 y Real Orden de 12 de febrero de 1857, en *Colección legislativa de cárceles...*, pp. 235-236, aunque esta última Orden se mantiene solo hasta la Real Orden de 31 de agosto de 1857, en *Colección legislativa de cárceles...*, p. 237.

⁸⁶ BURILLO ALBACETE, Fernando, «Las cárceles de partido judicial (1834-1854)». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LIV, enero 2001, p. 383.

evolución penitenciaria de otros países. Francisco Murube y Galán⁸⁷, y Francisco Borja Téllez-Girón Fernández de Velasco, así lo reconocieron respectivamente en sus obras, señalando éste último a la altura del año 1866 que aunque «en estos últimos años se han formulado algunos programas para la construcción de cárceles provinciales y depósitos correccionales (...), faltan los cuantiosos recursos que en este servicio público son necesarios para que no sean letra muerta todas las teorías»⁸⁸.

Tras la Revolución Gloriosa de septiembre de 1868, se aprobaron con cierta rapidez algunas normas para la mejora de la administración civil penitenciaria, como el Decreto de 25 de mayo de 1869, que descentralizaba las competencias de la Dirección General y confería a los gobernadores provinciales la facultad de proveer los empleos de las cárceles⁸⁹; la Ley de 11 de octubre de 1869 que, a vueltas con el tema de personal y la anhelada desmilitarización de las prisiones, exigía por primera vez en nuestro país la condición civil para acceder al cuerpo de empleados de establecimientos penales (pero que, lamentablemente, no pasó de ser una mera declaración de intenciones); y, sobre todo, la Ley de Bases para la reforma penitenciaria de 21 de octubre 1869, que surgía antes incluso de que se aprobara un nuevo Código Penal y, en opinión de Arenal, de forma bastante precipitada⁹⁰.

El objetivo de la Ley de Bases era la reforma y mejora de todas las cárceles de partido y de Audiencia, ordenando financiar nuevamente las obras a los Ayuntamientos y Diputaciones en un plazo máximo de tres años; así como la de los presidios y casas de corrección, que correspondería a la Dirección General del ramo, para procurar la implantación en España del mejor sistema penitenciario. Sin embargo, la Ley de Bases fue derogada a menos de diez años de su publicación sin haber cumplido sus objetivos, en virtud de la Ley de 23 de julio de 1878⁹¹.

⁸⁷ MURUBE Y GALÁN, Francisco, *Tratado de las prisiones y sistemas penales de Inglaterra y Francia, con observaciones generales sobre lo que conviene saber para la reforma de las de España*, Santiago de Compostela, 1860, pp. 220 ss.

⁸⁸ TELLEZ-GIRÓN FERNÁNDEZ DE VELÁZQUEZ, Francisco B., *Examen crítico de los diversos sistemas carcelarios y juicio crítico de nuestras leyes sobre cárceles y presidios*, Madrid, 1866, p. 47.

⁸⁹ TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa sobre cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciarios*, Madrid, 1886, p. 5.

⁹⁰ ARENAL, Concepción, «Concurso especial para la construcción de la cárcel y presidio correccional de Madrid», en Artículos sobre beneficencia y prisiones, *Obras Completas*, vol. I: «Hay una Ley de 11 de octubre de 1869 que contiene las bases para una Ley de Prisiones; bases presentadas a última hora, cuando las Cortes Constituyentes estaban para suspender sus sesiones, rendidas, puede decirse, por el largo trabajo y el calor sofocante de julio; bases aprobadas en algunas horas, con la protesta de muchos señores diputados de que no se procedía en tan grave asunto con la debida meditación; bases, puede decirse con verdad, no discutidas; bases, en fin, inadmisibles para la razón y la justicia, como creemos haberlo probado en el examen que de ellas hicimos». Dicho examen más exhaustivo se publicó en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* de octubre de 1896.

⁹¹ Ley de 23 de julio de 1878, artículo 4, publicada en la *Gaceta de Madrid* de 11 de agosto de 1878, y también por TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa sobre cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciario*, Madrid, 1886, pp. 177-178. La ley de base de 1869 se

El confusionismo que ya se denunciara al dictarse el Código de 1848, se acució con la promulgación de la Ley de Bases de 1869⁹², y se mantuvo aún en el Código Penal de 1870. El problema seguía siendo económico, como no se cansaba de denunciar la doctrina y reconocería, un par de años después de la publicación del Código, la Comisión designada en 1872 para la redacción de un proyecto de Reglamento para las cárceles de Madrid⁹³.

Durante el efímero periodo de la I República, un Decreto de 16 de julio de 1873 volvía a clasificar nuevamente los establecimientos penales a los efectos de la Administración⁹⁴, recibiendo numerosas críticas⁹⁵. De este periodo, son reseñables también el Decreto de 25 de junio de 1873, por el que se suprimían las plazas de capellanes de los establecimientos penales y se creaban en su lugar las de maestro de escuela, en consonancia con «el saludable principio de la libertad religiosa, establecido por la Constitución actual»⁹⁶; o el frustrado intento de reformar la provisión y organización del personal de empleados de los establecimientos penales acometido entre diciembre de 1873 y enero de 1874⁹⁷.

En este sentido, se dictó un Decreto de 20 de diciembre de 1873, que, siguiendo el mismo espíritu con el que el primer gobierno del Sexenio Democrático dictara el Decreto de 11 de octubre de 1869, pretendía desmilitarizar el personal de los presidios, exigiendo como requisito necesario para el acceso al

invocaría aún, no obstante, en el artículo 273 del Real Decreto de 5 de mayo de 1913, en lo referente a la admisión de detenidos o presos en las cárceles de partido donde se halle establecido el Depósito municipal.

⁹² Véase SANZ DELGADO, Enrique, «Las viejas cárceles: evolución de las garantías regimentales», en el *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LVI (2004), pp. 343 ss.

⁹³ El problema de clasificación de las cárceles de Audiencia y de partido, así como de sus gastos, ya había sido tratado de solucionar, en vano, antes de la Ley de Base de 1869, por la Real Orden de 10 de enero de 1867, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa sobre cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciarios*, Madrid, 1886, pp. 43-44.

⁹⁴ TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa sobre cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciarios*, Madrid, 1886, p. 588.

⁹⁵ COLMEIRO, Manuel, *Derecho administrativo español*, 4.ª Ed., Madrid, 1876, libro IV, p. 403.

⁹⁶ TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa sobre cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciario*, Madrid, 1886, pp. 29-30.

⁹⁷ Tras el ya citado Decreto de 25 de mayo de 1869, que confería a los gobernadores provinciales la facultad de proveer los empleos de las cárceles públicas, se publicaron también el Decreto de 25 de junio de 1873, dictando disposiciones para la provisión de los empleos de cárceles de Audiencia y de partido a cargo de Diputaciones y Ayuntamientos; la Orden de 23 de agosto de 1873, recordando el cumplimiento del anterior Decreto; y un nuevo Decreto de 22 de enero de 1874, que dejaba sin efecto el de 25 de junio de 1873 y restablecía el de 25 de mayo de 1869. Todos ellos relacionados por TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativo sobre cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciario*, Madrid, 1886, p. 5. Véanse también el Decreto de 20 de diciembre de 1873, el Reglamento de 23 de diciembre de 1873, señalando los derechos y obligaciones de los empleados de Establecimientos penales, y el Decreto de 16 de enero de 1874, dejando sin efecto el de 20 de diciembre último relativo al personal de Establecimientos penales y restableciendo la legislación anterior, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa sobre cárceles, presidios, arsenales y demás establecimientos penitenciario*, Madrid, 1886, p. 179.

cuerpo la condición civil. Este Decreto marcó, además, un hito en cuanto a la denominación de los oficiales de prisiones, proponiendo nuevos nombres ajenos al mundo militar⁹⁸. Pero lamentablemente, como ocurriera con la de 1869, la norma no pudo llevarse a la práctica en el panorama penitenciario español, todavía acaparado, a pesar de las insistentes críticas, por los militares.

Finalmente, tras inaugurarse el régimen de la Restauración monárquica en 1874, el consenso alcanzado a ritmo de turno de partidos pareció imponerse también en la reforma penitenciaria y se lograron importantes avances. Los modelos seguían siendo los sistemas penitenciarios norteamericanos (celular o filadélfico, y de Auburn), y ya en mayor medida los europeos (fundamentalmente el sistema progresivo que se adaptaba mejor a la tradición española); y desde el punto de vista doctrinal los intensos debates que sucedieron al desarrollo de positivismo habían fraguado principalmente en España una nueva tendencia correccionalista, impulsada desde la filosofía krausista de la Institución Libre de Enseñanza, de la que fueron exponentes principales Félix de Aramburu, Luis Silvela, Pedro Dorado Montero o Concepción Arenal⁹⁹.

Desde estas premisas ideológicas se acometieron las reformas de la Restauración, que fundamentalmente desde el punto de vista de la administración penitenciaria se pueden resumir en la nueva adscripción de los asuntos penitenciarios, hasta entonces en manos del Ministerio de Fomento o de la Gobernación, al Ministerio de Justicia; la creación de un Consejo Penitenciario para impulsar la reforma; y la ansiada formación de un Cuerpo Civil de Funcionarios de Prisiones.

Durante los primeros años, La Dirección General de Establecimientos Penales siguió adscrita al Ministerio de Gobernación¹⁰⁰. Pero en atención a las exigencias de los administrativistas de la época, pasaría al Ministerio de Justicia a partir de Ley de Presupuestos generales del Estado de 29 de junio de 1887¹⁰¹; y, aunque en 1888 se suprimió el cargo de Director General de Esta-

⁹⁸ Véase GARCÍA VALDÉS, Carlos, *La idea correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Madrid, 2006, p. 56, donde se explica como este Decreto pone fin a los cargos típicamente militares de Comandante, Mayor, Ayudante, Furriel y Capataz, y distribuye los nuevos cargos en tres secciones: disciplinaria (Inspector, Subinspectos y Celador), económica (Contador, Oficial de contaduría y Escribiente); y facultativa (Médicos y Profesores de Instrucción primaria).

⁹⁹ UREÑA SMENJAUD, Rafael, *Antigua filiación de la moderna teoría correccionalista y origen de la ciencia jurídico-penal*. «Discurso leído en el solemne acto de la apertura del curso académico de 1881 a 1882» en la *Universidad Literaria de Oviedo*, Oviedo, 1881; ANTÓN ONECA, José, «La teoría de la pena en los correccionalistas españoles» (1960), en *Obras*, tomo I, Buenos Aires, 2000, pp. 157-170; RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Manuel, *Krausismo y Derecho*, Santa Fé (Argentina), 1963, y *El correccionalismo penal*, Córdoba (Argentina), 1989; y SILVA MELERO, Valentín, «En torno a la escuela penal española». *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1954, pp. 439-450.

¹⁰⁰ La Dirección General de Beneficencia, Sanidad y Establecimientos Penales, suprimida durante la I República por un Decreto de 28 de marzo de 1873 que integraba todos sus servicios en la Secretaría General del Ministerio de la Gobernación, se restableció con el nombre de Dirección General de Establecimientos Penales. Véase CASTEJÓN, Federico, *La legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización*, Madrid, 1911, pp. 33-37.

¹⁰¹ COLMEIRO, Manuel, *Derecho administrativo español*, 4.ª Ed., Madrid, 1876, libro IV, p. 367, y LASTRES, Francisco, *Estudios penitenciarios...*, pp. 18 y 19.

blecimientos Penales, confiriendo sus competencias al Subsecretario de Gracia y Justicia (Decreto de 10 de julio de 1888), por Real Decreto de 12 de agosto de 1889 se restableció nuevamente dentro del organigrama del Ministerio de Justicia, donde permanecería en adelante ¹⁰².

El Consejo Penitenciario surgió a partir de la Junta de Reforma penitenciaria e institución de Patronatos que el Ministro de Gobernación Francisco Romero y Robledo planteó a Alfonso XII en el año 1877 ¹⁰³. La institución estaba formada por vocales natos y electivos, siendo sus funciones las de crear y fomentar asociaciones patronales en beneficio de penados cumplidos y niños abandonados, proponer al Gobierno mejoras penitenciarias, informar al Ministro de la Gobernación de las cuestiones relativas al régimen penitenciario, etc.

En 1881, el Ministro Venancio González Rodríguez decidió aumentar las competencias de esta Junta, que pasó a denominarse Consejo Penitenciario ¹⁰⁴, y su composición quedó conformada por el Ministro del ramo como presidente; el Director General de Establecimientos Penales como Vicepresidente; y como vocales natos un Ministro del Tribunal Supremo, un Teniente o Abogado Fiscal del mismo Tribunal, un Ministro togado del Consejo Supremo de Guerra, y un Presidente de la Sala de Audiencia de Madrid. Eran vocales electivos un Académico de la de Ciencias Morales y Políticas, uno de la matritense de Jurisprudencia y Legislación, un socio de la Económica matritense, un catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, un Abogado del Ilustre Colegio de Madrid, un Académico de la de Medicina y Cirugía, un Académico de la de San Fernando de la clase de Arquitectos y doce más elegidos libremente por el Ministro. Rafael Salillas fue nombrado, desde su inicio, Secretario permanente, influyendo decisivamente en dicho órgano ¹⁰⁵.

Cinco años después de crearse el Consejo Penitenciario, se aumentaban nuevamente sus competencias y número de consejeros, haciéndose un somero repaso de los principales éxitos que había alcanzado hasta la fecha como principal órgano de apoyo de la Dirección General de Establecimientos Penales, a la que se vinculó ¹⁰⁶.

Por su parte, la reforma del personal de prisiones en la época de la Restauración hubo de plantearse a partir de la derogación o modificación de algunos de los criterios alcanzados durante el anterior periodo de la I República, que,

¹⁰² Ver CASTEJÓN, Federico, *La legislación penitenciaria...*, p. 15. También resume esta cuestión GARCÍA VALDÉS, Carlos, *La idea correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Madrid, 2006, pp. 52-53.

¹⁰³ Real Decreto de 31 de enero de 1877, creando una Junta de reforma penitenciaria e institución de patronatos en beneficio de los penados cumplidos y de los niños abandonados, en TEJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, pp. 94-97.

¹⁰⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1881, disponiendo que la Junta de reforma penitenciaria e institución de patronatos en beneficio de los penados cumplidos y de los niños abandonados, creada por Real Decreto de 31 de enero de 1877, tome el nombre de Consejo penitenciario, sujetándose á las reglas que se determinan, en TEJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, pp. 97-101.

¹⁰⁵ ZAPATERO SAGRADO, Ricardo, «Apuntes para un estudio sobre la obra y figura de don Venancio González». *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.ºs 232-235, 1981, p. 226.

¹⁰⁶ Real Decreto de 5 de febrero de 1886, sobre modificación de atribuciones del Consejo penitenciario y aumento de Consejeros, en TEJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, pp. 101-103.

lejos de coadyuvar al fin, entorpecían aún más el organigrama del personal, como la supresión de las plazas de capellanes, o el nombramiento de los empleados de cárceles, que había pasado a depender del Gobernador de cada provincia en 1869 y volvió a recuperarse como competencia centralizada de los Directores Generales en 1875¹⁰⁷.

Otras disposiciones dictadas entre 1877 y 1880 por el Ministro Silvela, trataron de introducir también cambios significativos en el personal de prisiones, imponiendo algunas condiciones para ingresar en el ramo¹⁰⁸, y fueron muy bien recibidas por la doctrina de la época, que vio en ellas el efectivo comienzo de la desmilitarización¹⁰⁹. Sin embargo, no llegaron a ser ejecutadas y se derogaron en poco tiempo, haciendo afirmar a Castejón que desde el intento republicano de 1873 hasta el Decreto de 1881, en la historia penitenciaria española «cada reforma en la organización del personal va seguida de otra disposición que la deroga o deja sin efecto»¹¹⁰.

La verdadera reforma relativa al personal no se produjo, por consiguiente, hasta la promulgación del Real Decreto de 23 de junio de 1881, firmado por el Ministro de la Gobernación Venancio González¹¹¹, que creaba por fin un Cuerpo Especial de Empleados Civiles de Establecimientos penales, refundiendo los cargos que existían en los presidios y en las cárceles, y derogando todas las disposiciones anteriores.

¹⁰⁷ Real Decreto de 28 de diciembre 1875, del Ministerio de la Gobernación, derogando el Decreto de 25 de mayo de 1869, y quedando en vigor las disposiciones que anteriormente regían para el nombramiento de los empleados de cárceles, publicado en la *Gaceta* del 8 de enero de 1876, y recogido asimismo por TEIJÓN, V., *Colección legislativa...*, pp. 5-6.

¹⁰⁸ Véanse la Orden de 20 de julio de 1877, de la Dirección General de Establecimientos penales, señalando el número de Ayudante y Capataces que debe haber en cada presidio, en TEIJÓN, V., *Colección legislativa...*, p. 16; el Real Decreto de 1 de septiembre de 1879, estableciendo las bases para el nombramiento de los empleados de cárceles, la Instrucción de 3 de octubre de 1879 para el nombramiento de los empleados de cárceles, y el Real Decreto de 17 de mayo de 1880 suprimiendo los anteriores para el nombramiento de empleados de presidio y cárceles, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, p. 6; y el Real Decreto de 12 de agosto de 1879, reformando el cuerpo de empleados de Establecimientos penales, la Instrucción de 12 de agosto de 1879 para la organización del personal de penitenciarias, la Real Orden de 3 de octubre de 1879, aprobando la instrucción para la organización del personal de penitenciarías, y el Real Decreto de 17 de marzo de 1880, suspendiendo los actos de las anteriores sobre el nombramiento de empleados de presidios y de cárceles, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, p. 179.

¹⁰⁹ En ARENAL, Concepción, «Al señor Director de Establecimientos Penales», en *Artículos sobre beneficencia y prisiones*, vol. V, en Obras Completas, tomo 22, Concepción Arenal se lamentaba de la anulación de los Decretos con los que el señor Silvela imponía algunas condiciones para entrar en el ramo de presidios, iniciando la reforma del personal, sin lo que en su opinión era imposible mejorar las prisiones; y más adelante, en ARENAL, Concepción, «Reforma penitenciaria», en *Artículos sobre beneficencia y prisiones*, vol. V, en Obras Completas, tomo 22, afirmaba como volvía a ver con satisfacción que se volvía a emprender la obra, iniciada por el Sr. Silvela, de reformar las cárceles y presidios, organizando un Cuerpo especial de funcionarios, el Cuerpo Especial de Establecimientos Penales.

¹¹⁰ CASTEJÓN, Federico, *La legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización*, Madrid, 1914, p. 58.

¹¹¹ Publicado en la *Gaceta de Madrid* de 24 de junio de 1881, también fue íntegramente reproducido por TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, pp. 179-187.

Aunque la ley se encontró con algunos escollos durante sus primeros años ¹¹², y en 1884 dejaba de aplicarse por un breve periodo de tiempo en favor del antiguo sistema de conceder los destinos por libre designación ¹¹³. Finalmente se recuperó a partir de 1886, y, desde entonces, el cuerpo civil de funcionarios de prisiones se fue imponiendo poco a poco en el sistema penitenciario español, logrando apartar la influencia militar ¹¹⁴.

La base de la reforma era el establecimiento de un sistema de oposiciones civiles para el acceso al oficio, que acabara «paulatinamente» con el carácter militar que hasta entonces había tenido el personal de los presidios. La transición debía ser progresiva y periódica para que no perjudicara a los entonces detentadores de los oficios. En consecuencia, se proponía comenzar solamente seleccionando el personal que haría falta para la nueva Cárcel Modelo que se estaba construyendo en Madrid ¹¹⁵, dejando para más adelante la convocatoria de oposiciones a otras plazas vacantes.

También se modificaba de forma definitiva la denominación de los empleados, de reminiscencia castrense. De modo que, en el nuevo Cuerpo especial de empleados de Establecimientos penales, los antiguos Comandantes y Alcaldes recibían el nombre de «Directores», y el resto de oficios se dividían en dos Secciones, la de *Dirección y Vigilancia* (que comprendía los antiguos cargos de comandantes, ayudantes, alcaldes, sota-alcaldes, capataces, celadores, porteros y llaveros), y la de *Administración y Contabilidad* (que comprendía los antiguos cargos de mayores, furrieles, escribientes y demás empleados que ejercen funciones administrativas y de contabilidad). Los oficiales del primer grupo que no fueran «directores», eran denominados simplemente «vigilantes», mientras que los mayores recibían el nombre de «administradores» y los furrieles el de

¹¹² Atiéndase, por ejemplo, Decreto de 2 de enero de 1883, disponiendo que los empleados de cárceles y presidios sean considerados individuos del cuerpo de establecimientos penales siempre que reúnan las condiciones señaladas en el Decreto de 28 de julio de 1881, que se dicta en respuesta a reclamaciones de los oficiales preexistentes, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, pp. 6-7.

¹¹³ Véase la Real Orden de 3 de diciembre de 1884, suspendiendo los efectos del artículo 16 del Real Decreto de 23 de junio de 1881 en lo relativo a la convocatoria para cubrir plazas, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, p. 191, y la Exposición de Motivos del Real Decreto de 13 de junio de 1886, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, p. 193, en la que se afirmaba que el Real Decreto de 23 de junio de 1881 no fue «abrogado ni suspenso por otro precepto legal alguno, y si sólo sujeto a una preterición y eclipse en la práctica durante los dos últimos años».

¹¹⁴ El Real Decreto de 13 de junio de 1886, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, pp. 191-202, restableció la convocatoria de oposiciones prevista por el Real Decreto de 23 de junio de 1881, manteniendo los oficios previstos por aquel y regulando exhaustivamente los ejercicios y todo lo relativo al acceso y progresión dentro de la carrera penitenciaria, incluidos los sueldos y otras cuestiones propias del estatuto de este tipo de funcionarios públicos. Poco después, la Real Orden de 4 de agosto de 1886, volvía convocar oposiciones, adjuntando los programas para las pruebas, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, pp. 207-236.

¹¹⁵ El ansiado proyecto de la Cárcel Modelo se puso finalmente en marcha con la Ley de 8 de julio de 1876, publicada por TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, pp. 344-347. Véase CUESTA y SÁNCHEZ, FRANCISCO, *La cárcel de Madrid*, Madrid, 1884, o SOLER y LABERNIA, JOSÉ, *Nuestras cárceles, presidios y casas de corrección*, Madrid, 1906, pp. 23 ss.

«oficiales de contabilidad»¹¹⁶. Los empleados con sueldos inferiores a 1.250 no pertenecían al Cuerpo y recibían la denominación de «subalternos»¹¹⁷.

Los «capellanes» y «maestros de instrucción primaria» también pasaban a ser nombrados por concurso en virtud de este Real Decreto. Mientras que los «médicos» serían nombrados libremente por el Gobierno o por la Dirección hasta que se organizase el personal de los distintos ramos de Sanidad civil (ya en 1886 se les exigiría también el acceso por concurso).

¿Y los antiguos «cabos de vara»? El Real Decreto de 1881 no hacía ninguna mención específica a los mismos, y pocos días después de su promulgación, el 7 de julio, se dictaba una Real Orden disponiendo simplemente que los nombramientos de los cabos de vara en los establecimientos penales se haría en lo sucesivo por la Dirección general y no por los antiguos Comandantes de los presidios¹¹⁸. En 1885, la figura del cabo de vara cambió su nombre por el de «celadores»¹¹⁹, pero coincidió con García Valdés en que en la práctica no dejó de existir¹²⁰.

Ya fueran designados por la Dirección General (1881), los Gobernadores (1885), la Junta correccional de los presidios (Real Decreto de 18 de mayo de 1903), o nuevamente los Directores de las prisiones (Real Orden de 21 de enero de 1908), lo cierto es que los nuevos «celadores» continuaron siendo elegidos de entre los reclusos de mejor conducta y graduación penitenciaria más aventajada, denunciándose constantemente la confusión administrativa que producía el cargo, y la incongruencia de que tales reclusos recibieran el carácter de autoridad pública. A pesar de ello, el Real Decreto de 5 de mayo de 1913,

¹¹⁶ Para un conocimiento exhaustivo del régimen jurídico y funciones de todos estos órganos, véase GARCÍA VALDÉS, Carlos, *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Madrid, 2006, pp. 65 ss. Téngase también en cuenta que en 1889, en un exceso de simpatía hacia el correccionalismo, José Canalejas Méndez intentó «dignificar» la carrera penitenciaria, haciendo designar a los funcionarios de prisiones «tutores». Pero dos años más tarde se suprimió ese nombre y volvieron a reducirse las excesivas condiciones impuestas para acceder al empleo.

¹¹⁷ El Real Decreto de 23 de julio de 1882 introdujo posteriormente algunas modificaciones en cuanto a la categoría y sueldo de los oficiales de establecimientos penales. En TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, pp. 187-189.

¹¹⁸ Real Orden de 7 de julio de 1881 disponiendo que los nombramientos de cabos de vara en los establecimientos penales se hagan en lo sucesivo por la Dirección general, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, pp. 22-23: «3. Para cumplir estos preceptos, los Comandantes de los presidios pondrán en conocimiento de la Dirección general sin demora y especificadas las causas que ocasionan las vacantes que ocurran en los respectivos presidios». Dicha Real Orden se completó con la Circular de la Dirección General de 26 de febrero de 1884, sobre nombramiento de cabos, para corregir los vicios detectados en el procedimiento establecido en la Real Orden de 7 de julio de 1881, por ejemplo, estableciendo que en la lista trimestral enviada a la Dirección para el nombramiento solo aparezcan los nombres y apellidos de los penados que teniendo extinguidas las dos terceras partes de su condena no sean reincidentes, etc... Véase en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa*, pp. 23-24.

¹¹⁹ Real Orden de 30 de diciembre de 1885, suprimiendo los cabos de vara y creando los celadores, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, pp. 63-64.

¹²⁰ GARCÍA VALDÉS, Carlos, *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española del siglo XIX*, Madrid, 2006, pp. 101-106.

aún reconocía el cargo de celadores «como auxiliares del régimen interior», debiendo ser elegidos «por el Director de cada Prisión entre los penados del cuarto período»¹²¹.

4. LA CONSOLIDACIÓN DEL CUERPO CIVIL Y LA ESCUELA DE CRIMINOLOGÍA

A pesar de haber sido creado en 1881, y restablecido tras su supresión temporal en 1886, habría que esperar todavía algunos años para que efectivamente el Cuerpo Civil de Establecimientos Penales se fuera imponiendo en la práctica a través del sistema de oposición¹²². En primer lugar, por las dificultades de apartar a los antiguos titulares de sus puestos, y, en segundo lugar, por la necesidad de formar previamente a los nuevos oficiales civiles en materia penitenciaria para desterrar completamente los hábitos militares de las prisiones.

Al iniciarse el siglo xx, un nuevo movimiento reformista pareció abrirse camino, impulsado sobre todo por los Congresos Penitenciarios Internacionales¹²³ y los estudios de derecho penitenciario comparado¹²⁴, que ponían en evidencia el lamentable estado del sistema penitenciario español frente a los logros europeos. Acuciado por el mismo, se promulgaba un trascendental Real Decreto de 3 de junio de 1901, que derogó formalmente la obsoleta Ordenanza Gene-

¹²¹ Reglamento publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 131, 11 de mayo de 1913, pp. 398-403.

¹²² Son muy numerosas las disposiciones que durante estos primeros años tratan de organizar el cuerpo de prisiones y sus secciones. Véase un resumen de las mismas en CASTEJÓN, Federico, *La legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización*, Madrid, 1914, pp. 58-63.

¹²³ Véase, en general, RADZINOWICZ, Leon, *International collaboration in criminal science*, en RADZINOWICZ, Leon y TURNER, L.W.C. (eds.), *The modern approach to criminal law. Collected essays*, London, 1945, pp. 467-497.

¹²⁴ Este particular género de los estudios penitenciarios comparados, fue iniciado en España por LÓPEZ, Marcial Antonio, *Descripción de los más célebres establecimientos penales de Europa y Estados Unidos, seguida de la aplicación práctica de sus principios y régimen interior a las Casas de Corrección, Fuerza y Reconciliación que pudieran plantearse en España*, 2 vols., Valencia, 1832; SAGRA, Ramón de la, *Atlas carcelario, o colección de láminas de las principales cárceles de Europa y de América*, Madrid, 1843, y *Relación de los viajes hechos en Europa, bajo el punto de vista de Institución y Beneficencia pública, la represión, el castigo y la reforma de los delinquentes*, Madrid, 1844, 2 vols.; y MURUBE Y GALÁN, Fernando, *Tratado de las prisiones y sistemas penales de Inglaterra y Francia, con observaciones generales sobre lo que conviene saber para la reforma de los de España*, Santiago de Compostela, 1860. Continuarían con la labor BORREGO, Andrés, *Visita de los principales establecimientos penales de Europa, ejecutada de orden del Gobierno, seguida de la exposición de un sistema aplicable a la reforma de las cárceles y presidios de España*, Madrid, 1873; CABRERIZO GARCÍA, Francisco, *Las prisiones de Londres y las nuestras*, Madrid, 1911; CADALSO, Fernando, *Instituciones penitenciarias en Estados Unidos*, Madrid, 1914; NAVARRO DE PALENCIA, Álvaro, *Las prisiones extranjeras (Francia, Bélgica e Italia)*, Madrid, 1918; ROMERO DE AGUILAR, Diego, *Historia y organización de las instituciones penitenciarias en Francia y Bélgica: trabajo de pensionado*, Madrid, 1935; y de forma mucho más tardía TOMÉ RUIZ, Amancio, *Las prisiones y el sistema penitenciario de los Estados Unidos de América*, Madrid, 1957.

ral de Presidios de 1834, tratando de acabar por fin con los últimos resquicios militaristas y utilitaristas ¹²⁵.

Un año después, un nuevo Real Decreto de 10 de mayo de 1902, resumía los cambios acontecidos hasta la fecha, volviendo a clasificar unitariamente los establecimientos penales en atención a las penas bajo el genérico nombre de prisiones («prisiones de Estado») ¹²⁶. Y, por último, el Real Decreto de 18 de mayo de 1903 vino a zanjar terminantemente la influencia castrense, impulsando de forma definitiva la administración civil penitenciaria: «Queda terminantemente proscrito el sistema de organización militar prevenido en la Ordenanza de 1834, y que se practica todavía, desapareciendo, por lo tanto, la organización en brigadas y los toques de corneta para transmitir órdenes generales» (art. 5) ¹²⁷.

Con todo, la verdadera desmilitarización del ramo no se alcanzó solamente en la letra de la ley, sino que vino de la mano de los dos principales proyectos impulsados por el nuevo gobierno regeneracionista de Silvela: el cierre de los presidios norteafricanos, y la creación de la Escuela de Criminología.

A) EL CIERRE DE LOS PRESIDIOS NORTEAFRICANOS

En 1889, el presidio ceutí y los cuatro presidios menores que aún quedaban bajo su influencia (Peñón de la Gomera, Alhucemas, Melilla, Chafarinas y Ceuta), habían quedado convertidos en colonias penitenciarias ¹²⁸, sin que por ello dejaran de arreciar las críticas contra ellos y su estructura castrense ¹²⁹. El

¹²⁵ Desde el punto de vista de la historia social, se han pronunciado sobre él ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988, pp. 117-118, ya que TRINIDAD FERNÁNDEZ, Pedro, *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Madrid, 1991, no se pronuncia específicamente sobre esta cuestión. Desde el punto de vista de la ciencia jurídico penal, véase BUENO ARÚS, Francisco, «Cien años de legislación penitenciaria (1881-1981)», en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 232-235 (1981), pp. 64-65; GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Régimen penitenciario de España (investigación histórica y sistemática)*, Madrid, 1975, p. 32, *Del presidio a la prisión modular*, Madrid, 1998, pp. 40-42, o *La ideología correccional de la reforma penitenciaria española*, Madrid, 2006, p. 118, entre otras de sus obras; o sus discípulos HERRERO HERRERO, César, *España penal y penitenciaria (Historia y actualidad)*, Madrid, 1985, p. 251, o SANZ DELGADO, Enrique, *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, 2003, pp. 268-274. También en este sentido FIGUEROA NAVARRO, M.^a Carmen, *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, 2000, pp. 78-79.

¹²⁶ Las prisiones de penas afflictivas pasaron a denominarse genéricamente «prisiones de Estado» en 1911, en virtud de la Real Orden de 30 de mayo de 1911, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 155, de 4 de junio de 1911, p. 667.

¹²⁷ *Gaceta de Madrid*, núm. 139, de 19 de mayo de 1903, pp. 642-643.

¹²⁸ Decreto de 23 de diciembre de 1889, en la *Gaceta de Madrid*, de 28 de enero de 1889.

¹²⁹ Según ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988, p. 102: «Lejos de ser los presidios africanos lugares de disciplina para los penados más depravados, se habían convertido, ante la permisividad ofrecida por el sistema progresivo, en destinos codiciados por el hampa». Sobre ello escribieron RELOSILLAS, Juan José, *Catorce meses en Ceuta*, Málaga, 1886, PEZZI, Rafael, *Los presidios menores de África y la influencia española en el Rif*, Madrid, 1893, o LAGUNA AZORÍN, José María, *El presidio de Melilla visto por dentro*, Valencia, 1907.

espejo volvía a ser Europa, en la que no existían experiencias como las de nuestros viejos presidios africanos, y sin embargo se estaba apostando cada vez con mayor firmeza por la fundación de colonias agrícolas interiores para la corrección de delincuentes.

Los propios militares, que todavía gestionaban los presidios africanos al margen del moderno organigrama administrativo, también mostraron su disconformidad con el nuevo sistema de colonia penal que dejaba en sus manos a una creciente población civil al margen de la disciplina militar. Y, por ello, de acuerdo con el gobierno regeneracionista de Silvela, por Reales Órdenes de 25 de septiembre, 6 y 11 de noviembre de 1902, el Ministerio de Guerra decidió nombrar una comisión mixta civil-militar para estudiar el régimen de la colonia penitenciaria de Ceuta, que finalmente propuso su paulatina desarticulación¹³⁰.

El contingente total de los presidios africanos que se acordó ir disminuyendo era de unos 2.200 penados, según indicaba la Memoria de la citada Comisión mixta, o unos 3.000 según el Informe preparado por Francisco Cadalso en 1904¹³¹. Su reducción comenzó en la práctica mediante la promulgación de un primer Real Decreto de 22 de octubre de 1906¹³², por el que se proveyó una «concesión de residencia» en Ceuta y Melilla a los penados de los presidios menores norteafricanos que se encontraran en el cuarto período de condena o período de circulación libre, o a los que se encontraran en el tercer período «de naturaleza intermedia» y reunieran ciertas condiciones.

El resto de los penados en los presidios menores norteafricanos, tendrían que ser enviados a la Península cuando se decretara su supresión definitiva, lo cual aconteció casi un año después en virtud de un Real Decreto de 6 de mayo de 1907¹³³.

Entre tanto, se había venido debatiendo cuál sería la mejor solución para acomodar a tales reclusos en la Península, imponiéndose la idea de la colonización interior¹³⁴. A tal fin se creó una Comisión Mixta del Ministerio de Agricultura y Obras Públicas y de la Dirección General de Prisiones, cuya función era buscar las mejores alternativas en las que situar las nuevas colonias penitenciarias interiores. Se barajaron lugares tan desolados como las Hurdes o el valle de las Batuecas. Pero finalmente se eligió el Dueso (en Santoña, provincia de Santander), y, con una rapidez asombrosa allí se ordenó construir la que sería la única colonia penitenciaria interior de España, por el mismo Real Decreto de 6 de mayo de 1907 que suprimía definitivamente los presidios menores africanos.

¹³⁰ Véase la Memoria relativa al régimen de la colonia penitenciaria de Ceuta, presentada a la Superioridad por la Comisión nombrada al efecto. *Revista de las Prisiones*, núm. 4, de 24 de abril de 1903, pp. 30-34.

¹³¹ CADALSO, Fernando, *Informe al expediente general para promover la reforma de nuestros servicios penitenciarios*, Madrid, 1904, p. 57-60.

¹³² El Real Decreto de 22 de octubre de 1906 se publicó en la *Gaceta de Madrid*, núm. 296, de 23 de octubre de 1906, pp. 292-293.

¹³³ *Gaceta de Madrid*, núm. 127, de 7 de mayo de 1907, pp. 515-516.

¹³⁴ CADALSO, Fernando, *Informe al expediente general...*, Madrid, 1904, pp. 308 ss; ROLDÁN BARBERO, Horacio, *Historia de la prisión...*, pp. 162-165; o SANZ DELGADO, Enrique, *El humanitarismo penitenciario...*, pp. 288-293.

El redactor de la norma fue el propio Salillas, quien advertía en la Exposición de motivos la «urgencia» de resolver el traslado de los reclusos de los presidios norteafricanos a la península, y basaba la ley en una anterior Real Orden de 10 de mayo de 1904 que ya establecía la colonización interior. El objetivo es que este tipo de reclusos pasaran a ingresar en el futuro la citada colonia penitenciaria creada en el lugar denominado «Frente y Plaza de Armas del Dueso», que también integraría la población del viejo penal de Santoña, suprimido poco después. Pero mientras que se realizaban las obras, los presidiarios que cumplían en los presidios menores africanos penas de cadena perpetua y temporal, y que no habían obtenido el beneficio de la «concesión de residencia», se trasladarían inmediatamente a otros establecimientos de la península, «atendiendo con preferencia á la preparación del de Figueras, transformación del de Ocaña y mejora del de San Miguel de los Reyes y del ampliado reformatorio de Alcalá de Henares»¹³⁵.

Tras la supresión de los presidios menores norteafricanos, aún quedaba por resolver la problemática de la colonia penitenciaria de Ceuta, que finalmente sería cerrada en el año 1911¹³⁶. El proceso de desmantelamiento de la misma dio comienzo mediante la concesión del indulto a los penados libertos que gozaran en Ceuta de la «concesión de residencia» al tiempo de publicarse el decreto, o a quienes la hubieran obtenido al llevarse a cabo la efectiva supresión de la colonia¹³⁷. Los libertos que aún existían en la plaza de Melilla se equipararían a los de Ceuta a estos efectos.

En la fortaleza del Hacho de Ceuta, se constituiría una prisión provincial, para los sentenciados por los Consejos de Guerra de África o por la Audiencia de Tetuán a la pena de prisión correccional por Real Orden de 2 de agosto de 1918¹³⁸. Y finalmente Santoña sería completamente desmantelada y clausu-

¹³⁵ *Gaceta de Madrid*, núm. 127, de 7 de mayo de 1907, pp. 515-516.

¹³⁶ Todos los autores que se pronuncian sobre esta cuestión, siguen para ello las noticias que en su día dio CADALSO, Fernando, *Instituciones penitenciarias...*, pp. 308-312, aunque en la *Gaceta de Madrid* se puede seguir de forma más detallada el proceso. Véase el Real Decreto de 7 de julio de 1911 en la *Gaceta de Madrid*, núm. 190, de 9 de julio de 1911, pp. 120-121, el Real Decreto de 14 de julio de 1911 en la *Gaceta de Madrid*, núm. 200, de 19 de julio de 1911, pp. 247-248, el Real Decreto de 31 de agosto de 1911 en la *Gaceta de Madrid*, núm. 246, de 3 de septiembre de 1911, pp. 245-246, el Real Decreto de 14 de septiembre de 1911 en la *Gaceta de Madrid*, núm. 263, de 20 de septiembre de 1911, p. 152, o la Real Orden de 1 de diciembre de 1911 en la *Gaceta de Madrid*, núm. 339, de 5 de diciembre de 1911, pp. 548-549.

¹³⁷ Para solucionar los problemas de hacinamiento que se derivaron de llegada masiva de reclusos a la Península, poco después de que entrara en vigor la Ley de Libertad Condicional de 23 de julio de 1914, muchos de estos antiguos reclusos de Ceuta recibieron asimismo la libertad condicional por Real Decreto de 2 de agosto de 1914. Véase el Real Decreto de 2 de agosto de 1914, así como la Real Orden de 16 de septiembre de 1914 aprobando su reglamento de desarrollo, en ABRIL Y OCHOA, José L., *Leyes penitenciarias de España*, Madrid, 1920, pp. 353-357. Por si hubiera alguna duda, un Real Decreto de 1917, publicado en *Gaceta de Madrid*, núm. 139, de 19 de mayo de 1917, p. 451, venía a confirmar que dicho beneficio de la libertad condicional también se hacía extensivo «a los penados transferidos de Ceuta para trabajar en las obras del Dueso».

¹³⁸ En la *Gaceta de Madrid*, núm. 392, de 7 de agosto de 1918, p. 392. Véase también el Real Decreto de 5 de noviembre de 1918, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 310, de 6 de noviembre de 1918, p. 479, y el Real Decreto de 28 de noviembre de 1918 creando en la población de Ceuta una Comisión de Libertad condicional, en ABRIL Y OCHOA, José L., *Leyes penitenciarias de España*, Madrid, 1920, pp. 365-366.

rada por Orden de 27 de noviembre de 1922, determinándose en su lugar para la extinción de las penas de cadena, junto a la prisión central de Figueras, la Colonia Penitenciaria del Dueso, «sita en la misma plaza de Santoña»¹³⁹.

B) LA ESCUELA DE CRIMINOLOGÍA

Como venía siendo denunciado desde antiguo, la formación de un cuerpo civil de funcionarios de prisiones, requería necesariamente la previa creación de alguna institución pública que pudiera instruirles de forma adecuada en materia penitenciaria para desterrar completamente los hábitos militares de las prisiones. Con este propósito se puso en marcha en 1906 la Escuela de Criminología, que surgió de la mano de Rafael Salillas a partir de la experiencia del Seminario o «Laboratorio» de Criminología fundado en 1899 en la cátedra de Filosofía del Derecho de Francisco Giner de los Ríos en la Universidad Central de Madrid¹⁴⁰.

En puridad, la Escuela de Criminología fue aprobada por el Ministro de Gracia y Justicia Eduardo Dato, a instancia de Rafael Salillas, en marzo de 1903¹⁴¹. Pero su norma constitutiva preveía que esta no empezara a funcionar hasta que «en los presupuestos generales del Estado se autoricen las consignaciones necesarias para su implantación», y para ello hubo que esperar hasta 1906, coincidiendo su puesta en funcionamiento con el nombramiento de Rafael Salillas como Director de la prisión celular de Madrid, donde la Escuela se instituyó¹⁴².

Su objetivo era «la enseñanza y educación del personal de la Sección directiva del Cuerpo de Prisiones, de la Dirección general de este ramo y de los establecimientos de educación correccional que se instituyan»; siendo algunos de sus primeros profesores Félix de Aramburu, Federico Olóriz, Manuel Antón, Luis Simarro, Manuel Bartolomé Cossio o el propio Rafael Salillas.

Las enseñanzas debían estar «ligadas a la práctica», para lo que se previeron laboratorios, así como la creación de una biblioteca y un museo, y su plan de estudios debía comprender derecho penal español y comparado, y legislación penitenciaria comparada, así como ciencia penitenciaria, comprendiendo sistemas penitenciarios en todas sus manifestaciones; instituciones preventivas de todo género, la tutela y el sentido moderno de la función penal en sus varios aspectos; el Patronato de los delincuentes y formas que reviste en los pueblos cultos; instituciones penitenciarias, reformatorios de niños y adultos; colonias; Patronato de presos y cumplidos; organización y resultados en los varios países por informes de detalle y estadística; Antropología ó estudio del hombre físico

¹³⁹ En la *Gaceta de Madrid*, núm. 332, de 28 de noviembre de 1922, p. 846.

¹⁴⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista*, 2.º serie, tomo VII, 1966, p. 14. También FERNÁNDEZ, Manuel D., *El pensamiento penitenciario y criminológico de Rafael Salillas*, Santiago de Compostela, 1976.

¹⁴¹ Véase este Real Decreto de 12 de marzo de 1903 en la *Gaceta de Madrid*, núm. 72, de 13 de marzo de 1903, p. 1071, así como la rectificación de su artículo 36 publicada en la *Gaceta de Madrid*, núm. 74, de 15 de marzo de 1903, p. 1107.

¹⁴² El nombramiento de Salillas puede consultarse en la *Gaceta de Madrid*, núm. 317, de 13 de noviembre de 1906, p. 590.

y Antropometría; Antropología criminal; Psicología general y correccional; y Criminología con estadísticas de la criminalidad comparada.

El programa completo para los primeros ejercicios de oposición se publicó el 28 de junio de 1906¹⁴³, y a partir de esa fecha se hicieron convocatorias de exámenes casi todos los años hasta 1911¹⁴⁴. Dos años después, se publicaba el Reglamento de Servicio de Prisiones de 5 de mayo de 1913¹⁴⁵, que entre otros importantes aciertos, tuvo el de volver dibujar el mapa de prisiones españolas, y el fijar las principales normas del nuevo cuerpo civil de prisiones.

Al amparo de esta norma se volvieron a hacer nuevas convocatorias para el cuerpo civil de establecimientos penales¹⁴⁶, hasta que se publicara el Real Decreto de 4 de octubre de 1917, reorganizando la Escuela de Criminología¹⁴⁷. Con dicho Decreto se pretendía modificar el ingreso en las Secciones Técnica y Auxiliar del cuerpo de prisiones, que junto a la Sección Facultativa reorganizarían asimismo todo el cuerpo de prisiones a partir de un posterior Real Decreto de 20 de octubre de 1918. La Escuela de Criminología se reformaba para poder reformar a su vez desde el origen todo el cuerpo de prisiones, y fijar reglas para la progresión automática dentro de las escalas.

Frente a la regulación anterior, la nueva norma establecía sólo dos clases de alumnos para la Escuela: los que aspirasen a plazas de Vigilantes y los que aspirasen a plazas de Ayudantes. Es decir, quienes quisieran ingresar, desde abajo, o bien en la Sección Auxiliar o bien en la Sección Técnica. Para el resto de las plazas se preveía un régimen de ascensos internos.

El resto de cuestiones relativas al personal, quedaron reguladas por Real Decreto de 20 de octubre de 1918, que fijaba la planta general del Cuerpo de Prisiones en sus tres secciones Técnica, Auxiliar y Facultativa¹⁴⁸.

Sección Técnica:

1. Jefes superiores: de primera, segunda o tercera.
2. Directores: de primera, segunda o tercera.

¹⁴³ *Gaceta de Madrid*, núm. 179, de 28 de junio de 1906, pp. 1258-1260.

¹⁴⁴ Véase la *Gaceta de Madrid*, núm. 15, de 15 de enero de 1907, pp. 167-168, *Gaceta de Madrid*, núm. 190, de 8 de julio de 1908, p. 190, la *Gaceta de Madrid*, núm. 238, de 26 de agosto de 1909, p. 407, y la *Gaceta de Madrid*, núm. 153, de 2 de junio de 1911, p. 622.

¹⁴⁵ *Gaceta de Madrid*, núm. 131, de 11 de mayo de 1913, pp. 397-441. La importancia de esta norma ha sido señalada por GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Régimen penitenciario de España*, Madrid, 1975, p. 37, y TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, «Las cárceles y el sistema penitenciario bajo los Borbones». *Las cárceles en España: cinco siglos de horror: Historia 16*, extra VII (octubre 1978), pp. 82-83. Véase también FIGUEROA NAVARRO, M.^a Carmen, *Los orígenes del penitenciarismo español*, Madrid, 2000, pp. 49-50, o SANZ DELGADO, Enrique, *El humanitarismo penitenciario español del siglo XIX*, Madrid, 2003, pp. 293-296.

¹⁴⁶ Véase la *Gaceta de Madrid*, núm. 15, de 15 de enero de 1907, pp. 167-168, *Gaceta de Madrid*, núm. 190, de 8 de julio de 1908, p. 190, la *Gaceta de Madrid*, núm. 238, de 26 de agosto de 1909, p. 7, la *Gaceta de Madrid*, núm. 153, de 2 de junio de 1911, p. 622, o la *Gaceta de Madrid*, núm. 27, de 27 de enero de 1915, p. 259.

¹⁴⁷ En la *Gaceta de Madrid*, núm. 281, de 8 de octubre de 1917, pp. 53-56, y publicado también por ABRIL Y OCHOA, José L., *Leyes penitenciarias de España*, Madrid, 1920, pp. 235-241.

¹⁴⁸ Publicado íntegramente por ABRIL Y OCHOA, José L., *Leyes penitenciarias de España*, Madrid, 1920, pp. 232-235.

3. Subdirectores: de primera o segunda.
4. Ayudantes.

Sección Auxiliar:

1. Jefes de prisión de partido: de primera o de segunda.
2. Vigilantes u Oficiales de prisiones ¹⁴⁹.

Sección Facultativa:

1. Médicos: jefes, de primera, de segunda, de tercera o de cuarta.
2. Capellanes: de primera, de segunda o de tercera.
3. Profesores de instrucción primaria: jefes, de primera, de segunda, de tercera, de cuarta y Profesora de instrucción primaria.

5. LA ADMINISTRACIÓN DE LAS CÁRCELES DE MUJERES

Las primeras leyes de reforma penitenciaria en España, incluido el primer Código Penal de 1822, no hacían ninguna referencia a la problemática específica de las mujeres presas, que seguían en esta época constreñidas en las antiguas Casas-Galeras, creadas para ellas a principios del siglo xvii y dirigidas por órdenes religiosas ¹⁵⁰. Habrá que esperar hasta el año 1846 para que, frente a la obsoleta expresión de Galeras de Mujeres, se impusiera la novedosa denominación de Casas de Corrección de mujeres ¹⁵¹, publicándose su primer Reglamento por Real Decreto de 9 de junio de 1847.

Con anterioridad a esta fecha, hubo una enorme confusión hasta decidir si las Casas Galeras debían verse sometidas o no al mismo régimen que los presidios. Así, la Instrucción de 30 de noviembre de 1833 para los Subdelegados de Fomento en las provincias, puso la administración de todos los establecimientos penales, entre los que se entendían incluidas las Casas-Galeras, bajo la dependencia directa de la Administración civil del Estado. Sin embargo, la posterior Ordenanza

¹⁴⁹ Véase el Real Decreto de 28 de noviembre de 1918, cambiando la denominación de Vigilantes por la de Oficiales de Prisiones, en ABRIL Y OCHOA, José L., *Leyes penitenciarias de España*, Madrid, 1920, p. 245.

¹⁵⁰ Sobre la fundación y evolución de las Casas-Galeras, véase SAN GERÓNIMO, Magdalena, *Razón y forma de la Galera y Casa Real, que el rey nuestro Señor manda hazer en estos Reynos para el castigo de las mujeres vagantes, ladronas, alcahuetas y otras semejantes*, Valladolid, 1608, editada por SEVILLA Y SOLANA, Félix, *Historia penitenciaria española (La Galera)*, Segovia, 1917, pp. 237 ss; FIESTAS LOZA, Alicia, Las cárceles de mujeres. *Las cárceles en España: cinco siglos de horror. Historia 16*, extra VII (1978), pp. 91 ss; BERISTAIN IPIÑA, Antonio, y CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la, *Cárcel de mujeres. Ayer y hoy de la mujer delincuente y víctima*, Bilbao, 1989, pp. 191 ss; BARBEITO CARNEIRO, M^a Isabel, *Cárceles y mujeres en el siglo xvii*, Madrid, 1991, pp. 61 ss; o MARTÍNEZ GALINDO, Gema, *Galerianas, corrigendas y presas. Nacimiento y consolidación de las cárceles de mujeres en España (1608-1913)*, Madrid, 2002, pp. 45 ss.

¹⁵¹ Lo ha comprobado GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Del presidio a la prisión modular*, Madrid, 1998, pp. 23-24.

General de Presidios del Reino de 1834, no se pronunciaba en absoluto acerca de las Casas-Galeras, sino exclusivamente sobre los presidios de los hombres, planteándose la duda de su adscripción administrativa y económica.

En principio, y a consulta de autoridades concretas, se estableció que las Casas Galeras debían ser financiadas también por los Gobernadores Civiles, que en cada provincia presidían las Juntas Económicas creadas por la Ordenanza General de 1834 para repartir las ayudas del Ministerio entre los presidios¹⁵². Pero poco después, en ese mismo año de 1836, se modificaba el criterio, estableciéndose que las condenadas pagasen con sus propios bienes los alimentos establecidos en los reglamentos de las Casas-Galeras hasta que se determinaran los fondos públicos que se destinarían a ello¹⁵³.

La propia Reina Gobernadora especificaba entonces que las Casas-Galeras no tenían nada que ver con los presidios, ni estaban bajo la dependencia de la Dirección General, estableciéndose que se daría orden al Ministerio de Hacienda para que previera determinadas ayudas a fin de que este tipo de establecimientos para mujeres «no se vean expuestos a perecer de miseria». Dicha Resolución general del Ministerio de Hacienda se hacía pública el día 5 de julio de 1836, resolviéndose que «estando comprendidos en el presupuesto del Ministerio de la Gobernación del Reino las casas de corrección, la Pagaduría de dicho Ministerio atienda á las mencionadas casas (...), mientras las Cortes con conocimiento de todas las casas de corrección fijan lo conveniente»¹⁵⁴.

Al margen de estas ayudas económicas devengadas excepcionalmente por el Estado para las Casas-Galeras, tanto su gestión como su financiación siguió dependiendo, mayoritariamente, de la caridad o iniciativa privada. Por eso, pocos años después de que Ramón de la Sagra fundara en 1839 la Sociedad Filantrópica para la mejora del sistema carcelario, correccional y penal de España¹⁵⁵, su Junta directiva acudió al gobierno para pedir la dirección de la Casa-Galera de Madrid, ciudad de Corte, confundándose nuevamente la gestión pública o privada de este tipo de establecimientos, y la penalidad con la beneficencia¹⁵⁶.

¹⁵² Real Orden del Ministerio de Hacienda de 2 de enero de 1836, mandando que por el Ministerio de la Gobernación se eviten los entorpecimientos que se notan para la manutención de mujeres penadas por delitos de contrabando, en *Colección legislativa de presidios y casas de corrección de mujeres...*, pp. 109-110.

¹⁵³ Véase la Real Orden del Ministerio de Hacienda de 26 de abril de 1836, declarando qué destino debe darse á las mujeres condenadas á galeras por delito de contrabando, y con qué fondos se han de alimentar, en *Colección legislativa de presidios y casas de corrección de mujeres...*, pp. 117-118.

¹⁵⁴ Real Orden del Ministerio de Hacienda de 5 de julio de 1836, en *Colección legislativa de presidios y casas de corrección de mujeres...*, p. 122.

¹⁵⁵ La principal obra de esta importante impulsor de la reforma penitenciaria en España es SAGRA, Ramón de la, *Atlas carcelario*, Madrid, 1843, y *Relación de los viajes hechos en Europa, bajo el punto de vista de Institución y Beneficencia pública, la represión, el castigo y la reforma de los delincuentes*, Madrid, 1844, 2 vols., aunque también resulta de singular interés sus *Lecciones de economía social*, Madrid, 1840. En cuanto a su vida LEGAZ Y LACAMBRA, Luis, «Ramón de la Sagra, sociólogo español», en *Revista Internacional de Sociología*, núm. 13, 1946, pp. 160 ss.

¹⁵⁶ Véase la Real Orden del Ministerio de la Gobernación, de 31 de mayo de 1842, poniendo la Casa-Galera de esta corte bajo la dirección de la Junta directiva de la Sociedad para la mejora

Tras estos primeros momentos de vacilación, la Administración pública se decidió definitivamente a tomar las riendas de las cárceles de mujeres y centralizarlas en la administración del ramo. El proceso fue inaugurado por Javier de Burgos a través del Real Decreto de 1 de abril de 1846, por el que la administración de las cárceles de mujeres se adscribía expresamente a la Dirección General de Presidios, «cualquiera que haya sido hasta el día su denominación», refiriéndose al continuado uso de la antigua expresión de Casa-Galera frente a la más moderna denominación de Casa de Corrección que se impondría en adelante¹⁵⁷.

Tan solo un año después de tan importante avance, aparecía el Reglamento para las Casas de Corrección de mujeres del Reino, de 9 de junio de 1847¹⁵⁸, presentado a la reina por el nuevo ministro don Antonio Benavides, y que en opinión de García Valdés «marca una nueva y definitiva época»¹⁵⁹. En él no solo se modificaba la denominación de estos establecimientos, indicándonos con claridad la finalidad a la que se dirigían como «Casas de Corrección», sino que también se confirmaba definitivamente la adscripción de los mismos a la Dirección General de Presidios, previéndose el mismo sistema mixto de gobierno militar-civil que tenían los presidios: dependerían del Ministerio de la Gobernación, estando bajo la autoridad de los Gobernadores Civiles, aunque en la práctica la dirección inmediata de las mismas quedaba en manos de los Comandantes de los respectivos presidios de la provincia.

Como autoridades internas, cada casa de corrección de mujeres tendría, además, un Rector de la clase sacerdotal para ocuparse de la educación moral de las «corrigendas»; y una o dos Inspectoras, dependiendo del número de internas, que debían ser «de edad madura, soltera ó viuda, de conducta irreprochable, que sepa leer, escribir y contar, y de instrucción en las labores propias de su sexo»¹⁶⁰.

Para armonizar la administración de las casas de corrección de mujeres con la de los presidios, se dictó seguidamente, por el Subsecretario de la Gobernación, don Vicente Vázquez Queipo, la Real Orden de 15 de diciembre de 1847, estableciendo atribuciones de los Jefes Políticos, proveyendo reformas y edificios y ordenando cerrar algunos establecimientos¹⁶¹. El trabajo en los talleres y la forma de financiación seguirían las mismas normas previstas para los presi-

del sistema carcelario, correccional y penal de España, en *Colección legislativa de presidios y casas de corrección de mujeres...*, pp. 202-203.

¹⁵⁷ Real Decreto de 1 de abril de 1846, encargando a la Dirección General de presidios la administración de las casas de corrección de mujeres, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, p. 78.

¹⁵⁸ En *Colección legislativa de España*, tomo 41, Madrid, 1849, pp. 140-151.

¹⁵⁹ GARCÍA VALDÉS, Carlos, «Las Casas de corrección de mujeres», un apunte histórico. Cerezo Mir/Suárez Montes/Beristain Ipiña/Romeo Casabona (eds.), *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*. Granada, 1999, p. 590.

¹⁶⁰ Artículo 6 del Reglamento de 9 de junio de 1847, en *Colección legislativa de España*, tomo 41, Madrid, 1849, p. 141.

¹⁶¹ Reglamento de 9 de junio de 1847, en *Colección legislativa de España*, tomo 41, Madrid, 1849, pp. 145-148.

dios, estableciéndose que la Ordenanza General de 1834 sería de aplicación subsidiaria en todas aquellas cuestiones no previstas específicamente en el Reglamento. Ninguna mejor prueba de que la intención era, definitivamente, unificar los criterios en los presidios de hombres y mujeres.

Pero, con todo, las diferencias seguían siendo notables. Especialmente en lo relativo a la organización personal de ambos establecimientos, y ello a pesar de que, tratando de unificarla aún más, el Ministro de la Gobernación, don Manuel Beltrán de Lis, dictó la Real Orden de 22 de diciembre de 1851, ordenando en su artículo 1 que los Comandantes de los presidios lo fueran «a la vez también de las casas de corrección», y dando otras disposiciones acerca del personal, como las que disociaron las funciones del rector en la figura del alcalde y el capellán¹⁶².

Las casas de corrección de mujeres fueron paulatinamente desapareciendo a partir de la creación y puesta en funcionamiento, en la segunda mitad del siglo XIX, de la Penitenciaría de mujeres de Alcalá de Henares, que respondía al principio de centralización administrativa defendido por los principales administrativistas del liberalismo, entendiéndose que en el ramo de prisiones el principio de la centralización era más fácil de aplicar a la población reclusa femenina, mucho menos numerosa.

El lugar elegido fue Alcalá de Henares, y en 1851 ya fueron enviadas a aquella Casa de Corrección las mujeres reclusas en la Galera de Madrid. En 1863 se terminaron las obras de ampliación, realizadas por los propios presos de aquella localidad¹⁶³, y a partir de 1869 fueron enviadas allí las reclusas de las últimas Casas de Corrección que aún quedaban en La Coruña, Zaragoza, Sevilla, Valladolid, Granada, Valencia y Barcelona, centralizándose en ella el envío de todas las condenadas a penas superiores de prisión mayor y reclusión en todos los tribunales de la Nación por su primer Reglamento o Instrucción de 21 de mayo de 1877¹⁶⁴. El resto de las condenadas por penas inferiores debían ser enviadas a las cárceles de partido.

Este primer Reglamento de la todavía denominada Casa-Galera de Alcalá de Henares, fue agriamente criticado, entre otros, por Concepción Arenal¹⁶⁵, que sin embargo se mostró muy satisfecha con el convenio firmado el 28 de

¹⁶² TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, p. 78. También la Circular de la Dirección, de 16 de septiembre de 1852, determinando el modo de proveer las vacantes de los empleados en las Casas de Corrección de mujeres, y la Circular de la Dirección, de 18 de enero de 1854, mandando que los Comandantes de los presidios nombren interinamente los empleados para las vacantes que ocurran en las casas de corrección de mujeres, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, pp. 78-79.

¹⁶³ SALILLAS, Rafael, *La vida penal en España*, Madrid, 1888, edición facsímil en Pamplona, 1999, p. 271 ss.

¹⁶⁴ Instrucción de 21 de mayo de 1877, en TEIJÓN, Víctor, *Colección legislativa...*, p. 79.

¹⁶⁵ ARENAL, Concepción, «Reglamento de la prisión de mujeres». *Artículos sobre beneficencia y prisiones*, vol. IV, en edición digital de sus *Obras Completas*, según la edición de Madrid, Victoriano Suárez, 1900, en www.cervantesvirtual.com. Otras críticas al régimen interno del establecimiento en sus primeros años, pueden consultarse en ARENAL, Concepción, «Los niños cautivos de Alcalá (5 febrero de 1879)». *Artículos sobre beneficencia y prisiones*, vol. IV, o «El penal de mujeres de Alcalá de Henares (Gijón, 6 octubre 1880)». *Artículos sobre beneficencia y*

septiembre de 1880 para la instalación en la penitenciaría de Mujeres de las Hijas de la Caridad¹⁶⁶, quienes a su juicio harían una mejor labor en la dirección correccional de las reclusas¹⁶⁷.

Según el convenio, las religiosas se harían cargo del régimen interior de la penitenciaría observando «exactamente las órdenes y reglamentos del Establecimiento». El Director de las Hijas de la Caridad era el encargado de nombrar a la Superiora y demás Hermanas que debían componer la comunidad enviada a la penitenciaría, dependiendo estas únicamente de los Jefes superiores del lugar, y nunca de los oficiales subalternos. Allí, la Superiora distribuía las labores o empleos de las Hermanas, entre los que se contaban la educación moral de las internas, la dirección de la escuela creada en el establecimiento para su enseñanza, y la enfermería¹⁶⁸.

A finales de 1881 comenzó a debatirse el nuevo Reglamento para el régimen interior de la penitenciaría de mujeres de Alcalá de Henares, publicado el 31 de enero de 1882¹⁶⁹, que en general fue bien recibido por la doctrina de la época, y se convirtió en la norma reguladora del establecimiento hasta su desmantelamiento definitivo en 1933. El Reglamento mantenía la vinculación de la penitenciaría con el Ministerio de la Gobernación, la Dirección General de Establecimientos penales, y el Gobernador de la provincia, dentro de las atribuciones que respectivamente les conferían las leyes.

Por lo que respecta a su régimen interno, el nuevo Reglamento modificaba toda la estructura del personal, fijando los cargos de un primer Jefe, un segundo Jefe, atribuido a la Superiora de las Hijas de la Caridad, un administrador, un capellán, un médico cirujano, un portero, y el número necesario de Hijas de la Caridad para las atenciones que se requieran. En principio, podía entenderse que con ello desaparecerían los órganos militares del presidio, pero lamentablemente el artículo tercero terminaba diciendo que «los cargos de primer Jefe y Administrador serán desempeñados, por ahora, por el Comandante y Mayor del presidio de hombres establecido en Alcalá». También se mantenía la obsoleta figura de las celadoras, elegidas de entre las propias presas para ayudar a las labores de vigilancia y orden, al igual que los antiguos cabo de vara y posteriores celadores de los hombres.

prisiones, vol. V, en edición digital de sus Obras Completas, según la edición de Madrid, Victoriano Suárez, 1900, en www.cervantesvirtual.com.

¹⁶⁶ Publicado por ABRIL Y OCHOA, José, *Leyes penitenciarias de España*, Madrid, 1920, pp. 241-245.

¹⁶⁷ ARENAL, Concepción, «El penal de mujeres de Alcalá de Henares (Gijón, 6 octubre 1880)». *Artículos sobre beneficencia y prisiones*, vol. V en edición digital de sus *Obras Completas*, según la edición de Madrid, Victoriano Suárez, 1900, en www.cervantesvirtual.com

¹⁶⁸ De acuerdo con Concepción Arenal, Castejón opinaría que la llegada de las Hijas de la Caridad a la prisión central de mujeres supuso ya, sin ninguna duda, «el planteamiento implícito del tratamiento correccional», en CASTEJÓN, Federico, *La legislación penitenciaria española. Ensayo de sistematización*, Madrid, 1911, p. 340. Sobre esta cuestión, también GÓMEZ BRAVO, Gutmaro, *Crimen y castigo. Cárceles, justicia y violencia en la España del siglo XIX*, Madrid, 2005, pp. 156-157.

¹⁶⁹ En TEJÓN, Víctor, *Colección legislativa...* pp. 79-94.

Sorprendentemente, antes de que se publicara este Reglamento ya se había creado el Cuerpo de Funcionarios Civiles de Establecimientos Penales, por Real Decreto de 23 de junio de 1881, del que la prisión de mujeres quedó al margen. Al margen permanecería también en las posteriores normas que trataron de impulsar el Cuerpo, particularmente desde la instauración de la Escuela de Criminología.

Solo el ya citado Real Decreto de 5 de mayo de 1913, reguló de forma conjunta la nueva estructura del personal de las prisiones de los hombres y la prisión central de mujeres de Alcalá de Henares, que, tal y como la propia ley reconocía, era la única que existía de su clase, y estaba destinada al cumplimiento de todas las penas de prisión mayor y reclusión, y a las de prisión correccional impuestas por los tribunales de la provincia de Madrid (hasta que 1918 se abriera la nueva prisión provincial de la capital).

Pero, junto a la nueva estructura del personal, permanecieron las Hijas de la Caridad para ocuparse «del régimen interior de las Prisiones de mujeres y de los servicios que se les encomienden en las de hombres», regulándose un sistema de colaboración muy similar al establecido en el antiguo convenio de 1880¹⁷⁰. La labor penitenciaria de las Hijas de la Caridad no sólo se mantuvo, sino que se extendió a otros presidios, también masculinos, en atención a distintos contratos que se celebraron con la administración hasta la llegada de la Segunda República¹⁷¹.

6. LAS PRINCIPALES REFORMAS DE LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA Y LA SEGUNDA REPÚBLICA

Durante el periodo de la Dictadura de Miguel Primo de Rivera, que comenzó con el golpe de Estado de 13 de septiembre de 1923, la reforma penitenciaria debe situarse en el mismo clima de «modernización autoritaria» que se impuso en otros sectores¹⁷². El Director General de Prisiones Fernando Cadalso sería el principal responsable de las decisiones adoptadas en este ramo¹⁷³, incluidas las que modificaron la estructura institucional o personal del mismo.

¹⁷⁰ Real Decreto de 5 de mayo de 1913, en ABRIL Y OCHOA, José, *Leyes penitenciarias de España*, Madrid, 1920, pp. 269-270.

¹⁷¹ SOLER Y LABERNIA, José, *Nuestras cárceles, presidios y casas de corrección*, Madrid, 1906.

¹⁷² GONZÁLEZ CALLEJA, Eduardo, *La España de Primo de Rivera. La modernización autoritaria (1923-1930)*, Madrid, 2005, o TAMAMES, Ramón, *Ni Mussolini ni Franco: la Dictadura de Primo de Rivera y su tiempo*, Madrid, 2008.

¹⁷³ Suprimido el Ministerio de Gracia y Justicia el 15 de septiembre, el Inspector General de Prisiones Fernando Cadalso fue encargado del despacho ordinario de todos los asuntos del Departamento de Gracia y Justicia de la Dictadura hasta el nombramiento de un Subsecretario (*Gaceta de Madrid*, núm. 261, de 18 de septiembre de 1923, p. 1132); y, aunque en principio se nombró interinamente al Marqués de Belzunce, Don José García San Miguel, para encargarse de los asuntos correspondientes a la Dirección General de Prisiones (*Gaceta de Madrid*, núm. 264, de 21 de septiembre de 1923, p. 1164), tras su muerte en diciembre de 1923, Fernando Cadalso fue confirmado también en el cargo de Director General del ramo. Véase la *Gaceta de Madrid*, núm. 337, de 3 de diciembre de 1923, p. 1026, *Gaceta de Madrid*, núm. 338, de 4 de diciembre de 1923, p. 1043, y *Gaceta de Madrid*, núm. 358, de 24 de diciembre de 1923, p. 1390.

En este sentido, la primera medida adoptada fue la reorganización y el fortalecimiento de la Inspección penitenciaria en diciembre de 1923¹⁷⁴, dotándola de mayores atribuciones¹⁷⁵. El cargo de Inspector General de Prisiones siguió siendo ejercido por Fernando Cadalso¹⁷⁶, quien a su vez ejercía como Director General de Prisiones desde el mes de diciembre, y también asumía las funciones del Subsecretario de Gracia y Justicia en caso de enfermedad o ausencia de este¹⁷⁷. En enero de 1924 se decidió refundir los cargos de Director e Inspector General del ramo¹⁷⁸, habida cuenta de que ambos estaban en manos de la misma persona, eliminándose la Dirección General de Prisiones.

La obra centralizadora culminó con la supresión del Consejo Superior Penitenciario¹⁷⁹ por medio del Real Decreto de 5 de abril de 1924¹⁸⁰. Y, durante los primeros años de gobierno del Directorio Militar, también se adoptaron algunas medidas dirigidas a regular las actuaciones de las autoridades de los distintos órdenes en las prisiones para evitar conflictos competenciales¹⁸¹; y a la ordenación de los servicios religioso y sanitario en las prisiones donde no hubiera capellán ni médico del cuerpo penitenciario, habiéndose prohibido, por motivos económicos, hacer nuevos nombramientos de personal¹⁸².

¹⁷⁴ Real Decreto de 7 de diciembre de 1923, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 343, de 9 de diciembre de 1923, pp. 1122-1123. Normas anteriores sobre la reforma de la Inspección penitenciaria, desde 1901 a 1918, pueden consultarse en ABRIL Y OCHOA, José L., *Leyes penitenciarias de España*, Madrid, 1920, pp. 53-73. Es necesario reparar también en la reforma acometida por el Real Decreto de 14 de febrero de 1921, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 46, de 15 de febrero de 1921, pp. 486-488.

¹⁷⁵ Véase también la Real Orden de 14 de diciembre de 1923, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 349, de 15 de diciembre de 1923, pp. 1208-1209.

¹⁷⁶ La confirmación de su cargo se encuentra en la *Gaceta de Madrid*, núm. 186, de 5 de julio de 1925, p. 147.

¹⁷⁷ Fernando Cadalso ejercía asimismo las funciones del Subsecretario del Ministerio de Gracia y Justicia por sustitución en caso de enfermedad, véase la *Gaceta de Madrid*, núm. 18, de 18 de enero de 1924, pp. 279-280, o ausencia del mismo, véase la *Gaceta de Madrid*, núm. 133, de 13 de mayo de 1925, p. 869, la *Gaceta de Madrid*, núm. 134, de 14 de mayo de 1925, p. 884, y la *Gaceta de Madrid*, núm. 148, de 28 de mayo de 1925, p. 1091.

¹⁷⁸ Real Decreto de 24 de enero de 1924, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 26, de 26 de enero de 1924, pp. 442-443: «(...) Art. 1. Queda suprimida la denominación de Dirección general de prisiones. El organismo así titulado hasta el presente se denominará en lo sucesivo Inspección general de Prisiones y se organizará en la forma que mejor responda a los progresos de la ciencia y a las demandas de los sistemas penitenciarios modernos».

¹⁷⁹ El Consejo penitenciario había sido sustituido, al pasar el ramo de prisiones al Ministerio de Gracia y Justicia, por una Junta Superior de Prisiones creada por Real Decreto de 22 de mayo de 1899. Aquella se derogaría el 5 de abril de 1904, volviéndose a restablecer el Consejo Penitenciario, que en 1915 fue sustituido de nuevo por dos Comisiones asesoras. Estas serían disueltas, restableciéndose y reorganizándose otra vez el Consejo Superior Penitenciario en virtud del Real Decreto de 6 de abril de 1923, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 97, de 7 de abril de 1923, pp. 135-138, y el Real Decreto por el que se nombraban los Consejeros titulares del Consejo Superior Penitenciario, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 97, de 7 de abril de 1923, p. 138.

¹⁸⁰ *Gaceta de Madrid*, núm. 97, de 6 de abril de 1924, p. 146.

¹⁸¹ Véase la Real Orden de 20 de septiembre de 1924, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 265, de 21 de septiembre de 1924, pp. 1451-1452.

¹⁸² Véase la Real Orden de 21 de noviembre de 1924, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 327, de 22 de noviembre de 1924, p. 863.

La formación de un Directorio Civil, a partir del 3 de diciembre de 1925, influyó en nuevos cambios estructurales. El recuperado Ministerio de Gracia y Justicia volvió a dividirse en tres Direcciones Generales, siendo una de ellas la Dirección General de Prisiones, y volviéndose a habilitar con ello el cargo de Director General (Constante Miquélez de Mendiluce), frente al de Inspector General (todavía Fernando Cadalso)¹⁸³.

En cuanto al personal de prisiones, tras la anterior amortización de plazas y otros arreglos temporales realizados, la reforma de la plantilla se impuso como una de las reformas más necesarias para armonizar el servicio. A tal fin, un primer Real Decreto de 14 de junio de 1926, reorganizó el personal de las Secciones Técnicas y Auxiliar del Cuerpo de prisiones, refundiendo los cargos de Administradores de primera y segunda en una sola clase de Subdirectores-Administradores, y los de Jefes de primera y segunda clase en Jefes de prisión de partido¹⁸⁴.

Posteriormente, otro Real Decreto de 17 de diciembre de 1926, creó específicamente el cuerpo de Guardines de prisiones (la Guardia penitenciaria), diferenciado del de Oficiales, y refundió en una sola clase los funcionarios de la Sección Auxiliar del Cuerpo de prisiones (hasta entonces Jefes y Oficiales de prisión)¹⁸⁵. Con ello se obtenían, según la ley, «tres mejoras positivas: un aumento en el personal de vigilancia de 141 funcionarios; una economía muy superior á un millón de pesetas, y sin causar el menor perjuicio a ninguno de los funcionarios actuales ni a los que tienen ganado derecho a serlo, otorgar a los Oficiales que no podían pasar jamás de la categoría administrativa de terceros (...) el logro de su aspiración». «El error estuvo», proseguía la norma «en convertir en Oficiales a todos los Vigilantes, sometiéndolos así a los Oficiales a servicios determinados que no responden a la cultura que se les exige, y privándose de subalternos para quienes tales servicios, que no requieren estudios, resultan

¹⁸³ Real Decreto de 17 de diciembre de 1925, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 352, de 18 de diciembre de 1925, pp. 1509-1510. Véanse también el Real Decreto de 14 de junio de 1926, reorganizando los servicios de la Inspección General de prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 166, de 15 de junio de 1926, pp. 1558-1560, y el Reglamento de organización interior y distribución de servicios en la Dirección General de Prisiones, de 20 de julio de 1926, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 217, de 5 de agosto de 1926, pp. 853-854. La Orden de aplicación y observancia del Reglamento orgánico del Centro Oficial de la Administración penitenciaria, no publicada en la *Gaceta de Madrid*, y ratificada en Madrid, el 27 de agosto de 1926, por El Director general Constante Miquélez de Mendiluce, y el Señor Subdirector General interino, don José Luis Escolar, nombró a su vez a los funcionarios encargados de las distintas secciones en las que quedó dividida la Sección de Obligaciones de la Dirección General, entre ellos el Subdirector e Inspector General Fernando Cadalso, que se encargaría a su vez de la sección de Intervención y Contabilidad, o el Inspector Central Álvaro de Palencia, encargado de la sección de Clasificación.

¹⁸⁴ *Gaceta de Madrid*, núm. 166, de 15 de junio de 1926, p. 1560.

¹⁸⁵ También comenzó a modificarse, con respecto al cuerpo de funcionarios de prisiones, el procedimiento para su recompensa y corrección entre los años 1926 y 1927, por medio del Real Decreto de 4 de noviembre de 1926, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 309, de 5 de noviembre de 1926, pp. 734-735, Real Decreto sobre correctivos a los penitenciaros de 12 de diciembre de 1926, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 348, de 14 de diciembre de 1926, p. 1420; o Real Orden distando las reglas que se indican sobre concesión de recompensas a los funcionarios del Cuerpo de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 214, de 2 de agosto de 1927, p. 704.

más adecuados. Esto es lo que se trata de subsanar ahora y se subsanará sin mengua de los progresos penitenciarios y sin que la reforma influya en el régimen ni en el tratamiento de los reclusos en ningún aspecto»¹⁸⁶.

Este mismo Real Decreto de 17 de diciembre ya anunciaba, de otro lado, la «supresión accidental de la Escuela de Criminología», que según el artículo octavo de la norma quedaba suprimida a fecha de 31 de diciembre de 1926. Se preveía que la Dirección general de Prisiones estudiara la reorganización de dicho Centro de enseñanza y la reglamentación de su nuevo funcionamiento, pero esto no llegó a ocurrir en los años de la Dictadura, debiendo esperar su recuperación al advenimiento del posterior régimen republicano¹⁸⁷.

Finalmente, se publicó durante la Dictadura un importante Reglamento orgánico de servicios penitenciarios de 1930¹⁸⁸, que venía a sustituir al antiguo Reglamento de 1913 adaptándose a las nuevas prescripciones del Código Penal de 1928¹⁸⁹, y que resumía las principales novedades relativas al personal. Aunque su vigencia no fue muy extensa bajo el ámbito de influencia del código de la Dictadura, curiosamente se mantuvo como norma básica del régimen interno de las prisiones durante todo el posterior periodo republicano, sufriendo sólo durante el mismo algunas reformas parciales.

El régimen penitenciario de la Segunda República ha sido exhaustivamente estudiado¹⁹⁰, distinguiéndose el periodo en el que Victoria Kent fue Directora

¹⁸⁶ *Gaceta de Madrid*, núm. 352, de 18 de diciembre de 1926, pp. 1528-1530. Véanse también la Real Orden disponiendo que sea la de cincuenta y cinco años la edad máxima para el ingreso en el personal subalterno de Guardianes de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 131, de 10 de mayo de 1928, pp. 792-793, el Real Decreto aprobando el Reglamento provisional del personal subalterno de Guardianes de prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 143, de 22 de mayo de 1928, pp. 1036-1039, y la Real Orden aprobando y publicando la «Cartilla penitenciaria» para ingreso en el personal auxiliar de Guardianes de prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 151, de 30 de mayo de 1928, pp. 1172-1179.

¹⁸⁷ Véanse también la Real Orden de gracias al profesorado de la suprimida Escuela de Criminología y de conservación y uso de sus enseres y biblioteca, de 29 de diciembre de 1926, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 364, de 30 de diciembre de 1926, p. 1790, y la Real Orden dando instrucciones para la elección de Habilitado del personal en cada provincia, de 29 de diciembre de 1926, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 364, de 30 de diciembre de 1926, pp. 1790-1791.

¹⁸⁸ Real Decreto aprobando el Reglamento Orgánico de los servicios de Prisiones, que se inserta, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 325, de 21 de noviembre de 1930, pp. 1029-1086. Analiza este Reglamento HERRERO HERRERO, Carlos, *España penal y penitenciaria (historia y actualidad)*, Madrid, 1985, pp. 352-354.

¹⁸⁹ Los principios penitenciarios de este Código, que en opinión de Jiménez de Asúa «no sabe a qué dirección se afilia», han sido estudiados por HERRERO HERRERO, Carlos, *España penal y penitenciaria (historia y actualidad)*, Madrid, 1985, pp. 304-323.

¹⁹⁰ GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Régimen penitenciario de España (Investigación histórica y sistemática)*, Madrid, 1975, pp. 46-50; HERRERO HERRERO, Carlos, *España penal y penitenciaria (historia y actualidad)*, Madrid, 1985, pp. 361-395; TELO NÚÑEZ, María, *Concepción Arenal y Victoria Kent: las prisiones*, Madrid, 1995; QUADRA SALCEDO, Tomás de la, Seguridad pública y política penitenciaria. *Las reformas administrativas de la II República. V Seminario de Historia de la Administración*, Madrid, 2009, pp. 63-88; o GARGALLO VAAMONDE, Luis, *El sistema penitenciario de la Segunda República. Antes y después de Victoria Kent (1931-1936)*, Madrid, 2011. Existe también una colección legislativa de la mayor parte de este periodo, publicada por CAMPILLO, Adolfo M., *Legislación penitenciaria (1931-1935)*, Alcalá de Henares, 1935.

General, en el que se acometieron las reformas más avanzadas en beneficio del reo y en cuanto al régimen del personal ¹⁹¹; y todo el periodo posterior, en el que los otros ocho Directores que le sucedieron, y el Subdirector que se hizo cargo de este ramo al desaparecer la Dirección General desde el 17 de octubre de 1935 hasta el 22 de febrero de 1936, apenas introdujeron cambios en el régimen penitenciario, limitándose a legislar sobre cuestiones materiales y de seguridad o disciplina dentro de las prisiones.

De las primeras medidas de reforma acometidas por Victoria Kent, pueden señalarse las dirigidas a acabar con la influencia religiosa en los presidios, en coherencia con el principio de aconfesionalidad religiosa reconocido en la nueva Constitución de 1931. En su cumplimiento, la Orden de 4 de agosto de 1931 disolvió todo el personal de capellanes del cuerpo de prisiones ¹⁹²; y el Decreto de 23 de octubre de 1931 puso fin a la labor de las Hijas de la Caridad en las prisiones de mujeres, sustituyendo a las religiosas por un nuevo cuerpo civil especializado: la Sección Femenina Auxiliar del Cuerpo de Prisiones ¹⁹³.

A la nueva «Sección femenina auxiliar del Cuerpo de Prisiones», se le encomendaba «el servicio de vigilancia y custodia de las reclusas en la Prisión Central de Mujeres de Alcalá de Henares, Reformatorio de Mujeres de Segovia y Prisiones provinciales de Mujeres, de Madrid, Barcelona y Valencia, así como la instrucción y educación de las mismas, bajo la dependencia de los funcionarios del Cuerpo de Prisiones encargado de la dirección y administración de tales Establecimientos». También serían las funcionarias destinadas a la nueva Cárcel-Modelo de mujeres de las Ventas que comenzó a construirse en 1932 y se inauguró en agosto de 1933 ¹⁹⁴.

¹⁹¹ Sobre la figura de esta insigne mujer, puede consultarse LÁZARO, Ángel, «Victoria Kent y la cárcel de mujeres», *Cronica*, Madrid, 3 de septiembre de 1933; RAMOS, M.^a Dolores, El informe del Congreso Internacional de Estudiantes de Praga o la huella de la Institución Libre de Enseñanza en Victoria Kent (1921). *Arenal: Revista de Historia de mujeres*, vol. 5, núm. 2, 1998, pp. 413-431; RAMOS, M.^a Dolores, *Victoria Kent (1892-1987)*, Madrid, 1999, GUTIÉRREZ VEGA, Zenaida, *Victoria Kent: una vida al servicio del humanismo liberal*, Málaga, 2001, CAPEL MARTÍNEZ, ROSA M.^a *Victoria Kent Siano. Progresistas: biografías de reformistas españoles (1808-1939)*, Madrid, 2006, o VILLENNA, Miguel Ángel, *Victoria Kent; una pasión republicana*, Barcelona, 2007.

¹⁹² *Gaceta de Madrid*, núm. 217, de 5 de agosto de 1931, p. 978, y CAMPILLO, Adolfo M., *Legislación penitenciaria (1931-1935)*, Alcalá de Henares, 1935, pp. 187-188.

¹⁹³ Decreto de 23 de octubre de 1931, creando una Sección especial en el Cuerpo de Prisiones denominada «Sección femenina auxiliar del Cuerpo de Prisiones», en la *Gaceta de Madrid*, núm. 297, de 24 de octubre de 1931, p. 469; Orden abriendo un concurso para proveer 34 plazas de la Sección femenina auxiliar del Cuerpo de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 300, de 27 de octubre de 1931, p. 528; Orden dictando reglas relativas a la creación de la Sección femenina auxiliar del Cuerpo de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 317, de 13 de noviembre de 1931, pp. 966-967; y Lista de los concursantes admitidas y excluidas del concurso para la provisión de 31 plazas de Sección femenina auxiliar del Cuerpo de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 320, de 16 de noviembre de 1931, pp. 1020-1023. También en CAMPILLO, Adolfo M., *Legislación penitenciaria (1931-1935)*, Alcalá de Henares, 1935, pp. 97-100.

¹⁹⁴ Sobre esta cárcel existe un magnífico estudio monográfico de HERNÁNDEZ HOLGADO, Fernando, *Mujeres encarceladas: La prisión de Ventas, de la República al franquismo, 1931-1941*, Madrid, 2003.

El acceso a la Sección femenina sería por concurso público, al igual que en el resto de los oficios del cuerpo de prisiones, y a él podrían presentarse mujeres de entre 27 y 45 años con ciertos conocimientos previos determinados en la ley. Tras aprobar la oposición tendrían que realizar, además, un curso de especialización en el Instituto de Estudios penales que se formaría en poco tiempo, como antecedente de la nuevamente recuperada Escuela de Criminología¹⁹⁵.

Victoria Kent trató de impulsar también otras reformas en el cuerpo de funcionarios de prisiones, porque en su opinión este problema aún «era grave», el principal causante de la mayoría de los perjuicios que sufrían los reos en las cárceles. Por eso, según ella misma relata, desde un principio los cambios en el cuerpo de prisiones «los veníamos estudiando con el profesor de la Universidad de Madrid, don Luis Jiménez de Asúa», y «la necesidad de la reforma vino a robustecerla un fichero, confeccionado por honestos y leales funcionarios que me entregaron personalmente en mi despacho del Ministerio»¹⁹⁶.

En aquel fichero constarían, evidentemente, las faltas más importantes de determinados miembros del personal, a los que había que depurar. Pero, «antes de aplicar drásticas medidas», se comenzaron a aplicar reformas parciales, como la que prohibía a los funcionarios ausentarse de su residencia en el lugar de trabajo sin permiso, o la reestructuración del servicio de Inspección, para procurar un mayor control de los funcionarios y evitar los abusos. A tal fin, por Orden de 9 de junio de 1931 se suprimieron las inspecciones regionales y se centralizó el servicio en la Dirección General¹⁹⁷, acabando con la influencia de los inspectores locales que solían ocultar o no castigar las acciones desmedidas o injustificadas de los funcionarios de prisiones. La Dirección debía coordinar a partir de entonces todos los asuntos de la Inspección, de los que se daría cuenta mensualmente a una Junta Central Inspector, aunque lamentablemente esta medida no se mantuvo por mucho tiempo¹⁹⁸.

¹⁹⁵ El primer concurso público para la sección femenina quedó abierto pocos días después de la publicación de este Decreto, por Orden de 26 de octubre de 1931, y hacia marzo de 1935 la Sección Femenina Auxiliar contaba con 90 mujeres, de las cuales 6 eran jefes de servicio, y el resto oficiales y celadoras. Véase la Orden de 16 de septiembre de 1932, declarando con la categoría administrativa de Oficiales de Administración civil a las funcionarias que constituyen la Sección femenina de Prisiones, en CAMPILLO, Adolfo M., *Legislación penitenciaria (1931-1935)*, Alcalá de Henares, 1935, pp. 100-101.

¹⁹⁶ KENT, Victoria, «Las reformas del sistema penitenciario durante la Segunda República». *Historia 16*, Madrid, extra VII, octubre de 1978, p. 107.

¹⁹⁷ Véase el Decreto suprimiendo la Inspección regional de Prisiones en la *Gaceta de Madrid*, núm. 161, de 10 de junio de 1931, pp. 1279-1280, y las Órdenes nombrando Inspectores centrales de Prisiones a don Anastasio Martín Nieto, don Antonio Fernández Moreno y don Alfonso Díaz de Cevallos y Soldevilla, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 192, de 11 de julio de 1931, p. 317.

¹⁹⁸ La Inspección de Prisiones volvió a ser objeto de reformas como las publicadas en la *Gaceta de Madrid*, núm. 307, de 12 de noviembre de 1932, p. 748; *Gaceta de Madrid*, núm. 336, de 2 de diciembre de 1933, pp. 1434-1435; *Gaceta de Madrid*, núm. 66, de 7 de marzo de 1934, p. 1837; *Gaceta de Madrid*, núm. 169, de 17 de junio de 1936, pp. 2411-2412, y *Gaceta de Madrid*, núm. 173, de 21 de junio de 1936, pp. 2546-2547. De ellas nos informa GARGALLO VAAMONDE, Luis, *El sistema penitenciario de la Segunda República. Antes y después de Victoria Kent (1931-1936)*, Madrid, 2011, p. 56.

Además, «era necesario preparar el camino para la formación del nuevo personal de prisiones», y para ello se creó el Instituto de Estudios Penales en marzo de 1932¹⁹⁹. Este Instituto, que recuperaría más adelante el nombre de Escuela de Criminología, fue dirigido por el profesor Luis Jiménez de Asúa, y su finalidad era la formación del personal de prisiones con estudios especializados de penología, criminología, psicopatología, pedagogía correccional, derecho penal y penitenciario, sistemas de identificación judicial, administración o contabilidad de prisiones, etc.

La depuración del Cuerpo de funcionarios de prisiones, aplazada pero no olvidada por Victoria Kent, era el siguiente paso, y a tal fin se encaminó tras la creación del Instituto de Estudios Penales, presentando un proyecto ante el nuevo ministro de Justicia don Álvaro de Albornoz. Como ella misma cuenta, el proyecto en líneas generales consistía en la «separación de aquellos funcionarios de conducta irregular, que ignoraban, además, los principios básicos del tratamiento de los detenidos», y su sustitución por los reclusos de mejor conducta hasta que llegaran los nuevos funcionarios formados en el Instituto de Estudios Penales.

La propuesta, al parecer, «asustó al señor Albornoz y la presentó al Consejo de Ministros», sin que finalmente fuera aprobada, probablemente por la presión de los funcionarios de prisiones, y porque las críticas a la gestión de Victoria Kent habían arreciado por parte de la oposición y de la opinión pública, culpándosele de fugas de presos y otros desmanes que ponían en tela de juicio su política correccional.

Tras el fracaso de su proyecto de depuración del cuerpo de funcionarios de prisiones, Kent presentó su dimisión el 4 de junio de 1932²⁰⁰, nombrándose Director General de Prisiones a Vicente Sol Sánchez²⁰¹. Con él comenzaría una nueva etapa en la que predominaría la ideología de la defensa social frente al correccionalismo²⁰², y en la que la Dirección General se reconciliaría con los funcionarios de prisiones, atendiendo la mayoría de sus demandas corporativas.

Algunas de ellas fueron de carácter meramente económico²⁰³. Pero otras, más interesantes, supusieron una sensible mejora de sus condiciones laborales,

¹⁹⁹ Orden de 29 de marzo de 1932, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 91, de 31 de marzo de 1932, p. 2258. En CAMPILLO, Adolfo M., *Legislación penitenciaria (1931-1935)*, Alcalá de Henares, 1935, pp. 69-77.

²⁰⁰ *Gaceta de Madrid*, núm. 160, de 8 de junio de 1932, p. 1755.

²⁰¹ Decreto nombrando Director general de Prisiones a don Vicente Sol Sánchez, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 60, de 8 de junio de 1932, p. 1755. Su dimisión consta en la *Gaceta de Madrid*, núm. 60, de 8 de junio de 1932, p. 1755.

²⁰² GARGALLO VAAMONDE, Luis, *El sistema penitenciario de la Segunda República. Antes y después de Victoria Kent (1931-1936)*, Madrid, 2011, pp. 63-66.

²⁰³ Son ejemplos de ello el temprano Decreto para presentar a las Cortes un Proyecto de Ley sobre concesión de un crédito extraordinario de 529.125 pesetas con destino a satisfacer a los funcionarios del Cuerpo de Prisiones (Sección técnico-auxiliar) el 20 por 100 sobre sus haberes, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 170, de 18 de junio de 1932, p. 1996; el Decreto para presentar a las Cortes un proyecto de un suplemento de crédito de 234.750 pesetas, con destino a satisfacer durante el segundo semestre del año actual los haberes de 150 oficiales de Prisiones que, hallándose en situación de excedentes forzosos, habrán de pasar al servicio activo, en la *Gaceta de Madrid*,

como, por ejemplo, la modificación del sistema de selección de los Jefes de servicio, que se amplió frente al procedimiento previsto en el Reglamento de 1930, permitiendo que fuera un sistema de oposición y no la elección de la Dirección General la que determinara dichos ascensos²⁰⁴; o la elevación a la categoría de «Oficiales», frente a la anterior denominación de «Auxiliares», a las funcionarias de la Sección femenina del Cuerpo de Prisiones²⁰⁵.

Otras evidentes mejoras laborales fueron la suspensión de la exigencia de prestar fianza que se le hacía a los administradores de prisiones antes de ocupar su cargo, la aprobación del Estatuto de la Mutualidad Benéfica de Funcionarios del Cuerpo de Prisiones, la ampliación de sus permisos, la concesión de vacaciones a los maestros de prisiones, el establecimiento de tres turnos diarios de ocho horas para todo el personal, la fijación de nuevos méritos para el ascenso interno en el Cuerpo, o recompensas especiales a su trabajo²⁰⁶.

Mención aparte requieren los cambios que se produjeron en cuanto su régimen disciplinario, disponiéndose que las autoridades gubernativas y judiciales se abstuvieran en adelante de actuaciones que afectasen al régimen o disciplina de los funcionarios de prisiones²⁰⁷, y permitiéndose que formaran parte de las Juntas de Disciplina de las mismas, con carácter de vocales, un Jefe de Servicios y un Oficial de Prisiones²⁰⁸. Incluso se presentó a las Cortes un proyecto de ley para atribuir a los funcionarios del servicio de Prisiones el carácter de Autoridad o Agente²⁰⁹.

núm. 196, de 14 de julio de 1932, p. 338; el Decreto disponiendo que los funcionarios encargados del manejo y custodia de fondos y efectos públicos en las Prisiones Centrales o provinciales, no tendrán obligación de prestar fianza como garantía del desempleo de su cargo, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 307, de 2 de noviembre de 1932, p. 748; el Decreto autorizando la presentación a las Cortes un Proyecto de Ley sobre concesión de un suplemento de crédito con destino a satisfacer los haberes de 150 oficiales de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 154, de 3 de junio de 1933, pp. 1654-1655; la Ley concediendo un suplemento de crédito de 407.000 pesetas para satisfacer los haberes de los oficiales del Cuerpo de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 195, de 14 de julio de 1933, p. 307.

²⁰⁴ *Gaceta de Madrid*, núm. 238, de 25 de agosto de 1932, p. 1454. Sobre esta modificación, también se pronuncia más extensamente GARGALLO VAAMONDE, Luis, *El sistema penitenciario de la Segunda República. Antes y después de Victoria Kent (1931-1936)*, Madrid, 2011, pp. 66-67.

²⁰⁵ *Gaceta de Madrid*, núm. 261, de 17 de septiembre de 1932, p. 2010.

²⁰⁶ Respectivamente, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 307, de 2 de noviembre de 1932, p. 748, *Gaceta de Madrid*, núm. 3, de 3 de enero de 1933, pp. 44-47, *Gaceta de Madrid*, núm. 152, de 1 de junio de 1933, p. 1602, *Gaceta de Madrid*, núm. 222, de 10 de agosto de 1933, pp. 976-977, *Gaceta de Madrid*, núm. 235, de 23 de agosto de 1933, p. 1252, *Gaceta de Madrid*, núm. 171, de 20 de junio de 1934, p. 1839, y la *Gaceta de Madrid*, núm. 314, de 10 de noviembre de 1934, pp. 1188-1189. Algunas de ellas, aunque no todas, también fueron publicadas por CAMPILLO, Adolfo M., *Legislación penitenciaria (1931-1935)*, Alcalá de Henares, 1935, pp. 185 ss.

²⁰⁷ *Gaceta de Madrid*, núm. 250, de 7 de septiembre de 1933, p. 1579.

²⁰⁸ *Gaceta de Madrid*, núm. 128, de 7 de mayo de 1936, p. 1262.

²⁰⁹ Véase el proyecto publicado en la *Gaceta de Madrid*, núm. 324, de 20 de noviembre de 1935, y el Decreto declarando que los funcionarios del Servicio de Prisiones afectos a los Establecimientos o a la Inspección Central, tengan el carácter de Autoridad si sus funciones son inspectoras o directivas, y el de Agentes de la Autoridad, si son subalternos, tanto dentro de las Prisiones como fuera de ellas, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 268, de 25 de septiembre de 1934,

En beneficio de los funcionarios, también hubo reformas institucionales de cierta relevancia, como las acometidas en el servicio de Inspección²¹⁰, que fue objeto de continuos cambios durante la República en busca de una eficacia que no lograba alcanzar²¹¹; o incluso las que se produjeron en la Dirección General de prisiones entre octubre de 1935 y febrero de 1936, en pleno apogeo del gobierno radical cedista, cuando este fue suprimido en pro de la centralización, incorporándose sus funciones a la Dirección General de Justicia²¹². Bajo su dependencia, se creó para ello una Subdirección de Prisiones, que dirigió José Luis Escolar, no volviéndose a recuperar la Dirección General hasta el nuevo triunfo de la izquierda, unida en el Frente Popular, y la formación de un nuevo gobierno por parte de Manuel Azaña a comienzos de 1936²¹³.

pp. 2595-2596. También en CAMPILLO, Adolfo M., *Legislación penitenciaria (1931-1935)*, Alcalá de Henares, 1935, pp. 189-190.

²¹⁰ Véase el Decreto dictando reglas para el desempeño del cargo de Inspector Central de Prisiones, que podría desempeñar el puesto de Vocal de la Junta Inspectora del Ramo, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 307, de 2 de noviembre de 1932, p. 748; la Orden dictando normas para el mejor servicio de inspección de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 50, de 19 de febrero de 1933, p. 1384; el Decreto creando el cargo de Subinspector general de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 336, de 2 de diciembre de 1933, pp. 1434-1435; la Orden Circular suprimiendo el cargo de Inspector general de Prisiones, y disponiendo pasen a depender directamente las Prisiones militares de los Generales de las Divisiones en cuyo territorio se hallen enclavadas, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 341, de 7 de diciembre de 1933, p. 1560; o la Orden disponiendo que el territorio nacional se divida, a los efectos de la Inspección de Prisiones, en las cinco Zonas que se indican, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 66, de 7 de marzo de 1934, p. 1837.

²¹¹ Véase GARGALLO VAAMONDE, Luis, *El sistema penitenciario de la Segunda República. Antes y después de Victoria Kent (1931-1936)*, Madrid, 2011, p. 93.

²¹² Véase el Decreto incorporando a la Dirección general de Justicia todos los servicios que correspondían con anterioridad a las suprimidas Subsecretarías de Justicia, Dirección general de Prisiones y Dirección general de los Registros y del Notariado, agrupándolos, por razón de su distinta naturaleza, en tres Subdirecciones, que se denominarán: de Justicia, de los Registros y del Notariado y de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 286, de 13 de octubre de 1935, p. 280; la Orden confirmando en el cargo de Subdirector de Prisiones a don José Luis Escolar y Aragón, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 290, de 17 de octubre de 1935, p. 425; la Orden distribuyendo los asuntos entre las tres Subdirecciones que se denominarán de Justicia, de Registro y del Notariado y de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 300, de 27 de octubre de 1935, pp. 763-764.

²¹³ Decreto restableciendo la Subsecretaría y las dos Direcciones generales de los Registros y del Notariado y de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 53, de 22 de febrero de 1936, p. 1522. A partir de este momento, se iniciará una frenética labor legislativa para reformar la organización y competencias tanto de la Dirección como de la Inspección de prisiones, como se comprueba en Decreto declarando nulo desde su origen el Decreto de 30 de noviembre de 1933, que creó el cargo de Subinspector general de Prisiones, que, en su virtud, queda suprimido, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 169, de 17 de junio de 1936; el Decreto autorizando al Ministro de este Departamento para presentar a las Cortes un proyecto de ley reformando la organización de la Dirección e Inspección de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 173, de 21 de junio de 1936, pp. 2546-2547; Ley relativa a los servicios de la Dirección general de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 196, de 14 de julio de 1936, p. 418; Orden disponiendo que los servicios de la Dirección general de Prisiones se ajusten a la nomenclatura y cuadro de asuntos que se detallan, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 197, de 15 de julio de 1936, pp. 568-569; Orden relativa a la reorganización de la Dirección e Inspección general de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 200, de 18 de julio de 1936; la Orden creando el cargo de Delegado especial de la Dirección general de Prisiones, y designando para el mismo a D. Melchor Rodríguez García, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 338, de 3 de diciembre de 1936, pp. 859-860; o la Orden suprimiendo el cargo de Secretario técnico de la Dirección general de Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 364, de 29 de diciembre de 1936, p. 1142.

Antes de la supresión de la Dirección General, al iniciarse el gobierno cedista de Gil Robles, el Director General de Prisiones Hipólito Jiménez acometió asimismo la creación de un nuevo Cuerpo de Seguridad de Prisiones, frente al de los antiguos Guardianes, en condiciones muy favorables para los aspirantes (que debían haber pertenecido anteriormente a algún cuerpo armado, como el Ejército, la Marina, la Guardia Civil...) ²¹⁴. Los puestos ofertados trataban de hacerse atractivos por la peligrosidad que conllevaban en los difíciles momentos socio-políticos que se atravesaban. Pero con ello no sólo se fomentó el corporativismo o la protección del funcionariado frente al reo en las prisiones, sino también el regreso a un militarismo que sin duda retrotraía los avances correccionistas a tiempos del pasado ²¹⁵.

En contra de la primera política penitenciaria de la República, dirigida por Victoria Kent, encontramos finalmente la Orden de 5 de junio de 1933 que declaraba subsistente el artículo del Reglamento de Prisiones que prohibía la libertad de opinión en la prensa, permitida a los funcionarios de prisiones por la anterior Orden de 13 de julio de 1931 ²¹⁶. La prohibición para hacer cualquier crítica interna, o airear públicamente los problemas administrativos o las inquietudes morales de los funcionarios, venía a coadyuvar en definitiva la nueva visión que se quería proyectar de las prisiones, como instituciones técnicas para la aplicación de las penas, ajenas a cualquier nuevo debate moral o científico ²¹⁷.

7. CONCLUSIONES

En el intenso debate que acompañó a la llamada «reforma penitencia» desde finales del siglo XVIII hasta mediados del siglo XX, destacó sin duda la cuestión de su administración civil. Si uno de los pilares del Estado de Derecho contemporáneo fue la consagración de la pena privativa de libertad en las prisiones, frente a la preponderancia de las antiguas penas corporales, era necesario un aparato administrativo centralizado, fuerte y bien dotado, por el que el Estado fuera capaz de ejecutar la nueva pena que se había erigido en la pena principal del ordenamiento jurídico por ser la más igualitaria, la más humana, la más útil y la más racional.

²¹⁴ Véanse el Decreto creando el Cuerpo de Seguridad interior de las Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 12, de 12 de enero de 1934, pp. 378-379; la convocatoria del concurso para la formación de un grupo de 300 aspirantes al Cuerpo de Seguridad interior de las Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 17, de 17 de enero de 1934, pp. 470-471; y la relación de los individuos que finalmente constituyeron el Cuerpo de Aspirantes al de Seguridad interior de las Prisiones, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 89, de 30 de marzo de 1934, pp. 2421-2424. También la dotación de otras 200 plazas de Guardianes de Prisiones para las nuevas cárceles rehabilitadas, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 348, de 4 de diciembre de 1934, p. 2139.

²¹⁵ En esta etapa, se verificó también el traspaso al gobierno catalán de las competencias en materia de prisiones, tras haberse aprobado su Estatuto, en virtud del Decreto implantando el acuerdo sobre adaptación del servicio de Prisiones a la Generalidad de Cataluña, en la *Gaceta de Madrid*, núm. 132, de 12 de mayo de 1934, pp. 1010-1011.

²¹⁶ *Gaceta de Madrid*, núm. 158, de 7 de junio de 1933, pp. 1765-1766, y CAMPILLO, Adolfo M., *Legislación penitenciaria (1931-1935)*, Alcalá de Henares, 1935, pp. 141-144.

²¹⁷ QUADRA SALCEDO, Tomás de, «Seguridad pública y política penitenciaria». *Las reformas administrativas de la II República. V Seminario de Historia de la Administración*, Madrid, 2009, p. 69.

Esta idea, que desde el punto de vista de la teoría jurídica liberal seguía un razonamiento impecable, tropezó sin embargo en la práctica con dos importantes dificultades: de un lado, la tradicional adscripción militar de los primeros presidios españoles; y, de otro, la falta de medios económicos. Se apostó así, en un primer momento, por la decisión más comedida, atribuyéndose la Administración civil del Estado la adscripción de los presidios a título meramente competencial, a través de la creación de una novedosa Dirección General de Presidios dependiente del Ministerio de Fomento, mientras que de hecho se mantuvo su dirección en manos del ejército. Los conflictos durante buena parte del siglo XIX entre los Comandantes-directores, encargados del régimen interno de los presidios, y los Gobernadores civiles que controlaban desde la distancia su gestión, son el mejor ejemplo de la confusa y polémica transición administrativa que comenzaba así a plantearse.

La cuestión se hizo aún más compleja al sumar, a la problemática administrativa de los presidios, la de los simples depósitos municipales de detenidos o cárceles de custodia. El paradigma de la centralización administrativa impuso la necesidad de unificar el organigrama de todas las cárceles y presidios de la Nación a partir de la Ley de Prisiones de 1849, que las trató por primera vez de forma unitaria y consolidó finalmente el término «prisiones» para referirse a cualquiera de ellas (cárceles de partido, cárceles de Audiencia, depósitos municipales, prisiones o presidios).

Sin embargo, aunque dependieran jurídicamente de la Dirección General de Establecimientos Penales, que dictaba las disposiciones, en la práctica las cárceles y depósitos debieron seguir sustentándose principalmente a partir de fondos municipales o provinciales, o bien de la caridad; mientras que las prisiones o presidios siguieron sin poder zafarse aún de la influencia castrense. Habría que esperar hasta finales del siglo XIX para que, gracias a la paz social que consiguió imponer el régimen de la Restauración monárquica, se acometieran los avances más importantes de la llamada «reforma oficial penitenciaria». Entre ellos, la nueva adscripción del ramo de prisiones al Ministerio de Justicia, la creación del Consejo Penitenciario, o la formación de un Cuerpo Civil de Funcionarios de Prisiones por el que, paulatinamente, se fue apartando a los militares de su gestión.

A principios del siglo XX, sendos Decretos de 1901 y 1903 pusieron fin definitivamente a la influencia castrense en los presidios, amparada hasta entonces por la Ordenanza General de Presidios de 1834 que fue derogada. Frente al utilitarismo penal y la disciplina militar que prevalecieron en las prisiones españolas durante todo el siglo XIX, comenzaría a imponerse desde principios del siglo XX un nuevo régimen tutelar inspirado, principalmente, en las ideas correccionalistas del krausismo español, aunque también en el positivismo y otras corrientes penales largamente desarrolladas y debatidas en este tiempo. Se trataba, en definitiva, de dar prevalencia a la finalidad correctiva del delincuente frente la utilidad del Estado; a la prevención especial frente a la prevención general.

Desde estas premisas ideológicas se acometieron las últimas grandes reformas que permitieron la desmilitarización de las prisiones. En primer lugar, a través del cierre de los presidios norteafricanos, donde en mayor medida se había mantenido la organización presidial militar; y, en segundo lugar, a través

del desarrollo del Cuerpo Civil de Funcionarios de Prisiones, para cuya formación se creó específicamente la llamada Escuela de Criminología.

La aparición de este Cuerpo Civil de funcionarios de prisiones fue, sin duda, un elemento clave para la desmilitarización de las mismas, no sólo en el caso de las de los hombres, sino también en el de las mujeres, para las que se creó asimismo, ya bajo el gobierno de la Segunda República española, una Sección Femenina auxiliar. Las cárceles de mujeres siguieron, de hecho, su propia evolución jurídica, como se ha visto, hasta convertirse en una prioridad de la política penitencia de Victoria Kent, principal impulsora de la Cárcel-Modelo de mujeres de las Ventas.

Probablemente éste fue el último gran hito de la reforma penitenciaria, porque tras la dimisión de Victoria Kent de su cargo de Directora General de Prisiones en 1932, se consolidó un mero racionalismo mecanicista en la aplicación del derecho penitenciario español, perdiéndose todo interés por una reforma que ya se consideraba acabada. El impulso vital de la cuestión penitenciaria, de raíces filantrópicas y humanitaristas, se había perdido, y la Historia zanjó un capítulo que todavía hoy día permanece olvidado en un cajón.

ANEXO²¹⁸

CUADRO DE LOS DIRECTORES GENERALES A CARGO DEL RAMO DE PRESIDIOS DESDE 1834 HASTA 1936

Director General	Alta	Cese
José Virués (Mariscal de campo de los Reales ejércitos -1.º Director General)	14-04-1834	
Zenón Asuero	11-05-1840	
José Puidullés	25-07-1841	
Dionisio Valdés		
Pascual Marín Cuenca	20-10-1842	
Eugenio Moreno López	31-03-1844	
Diego Martínez de la Rosa		
Pascual M.ª Cuenca		
Dionisio Gainza	24-01-1857	
Sr. García Jove		
Joaquín Bañon y Algarra (Director General de Beneficencia, Sanidad y Establecimientos Penales)	26-11-1871	18-06-1872
José Peris y Valero	18-06-1872	24-11-1872
Juan Antonio Corcuera (Subsecretario del Ministerio de la Gobernación, se hace cargo de la Dir. Gral de Admón Local, Benef, Sanidad y Est. Penales)	24-11-1872	03-03-1873
José Carvajal (Subsecretario del Ministerio de la Gobernación - interinamente se hace cargo de la Dirección General)	03-03-1873	10-01-1874

²¹⁸ Fuente: la *Gaceta de Madrid*. Elaboración propia.

Director General	Alta	Cese
Julián García San Miguel (Dir. Gral. Benef. Sanidad y Establ. Penales)	10-01-1874	20-05-1874
Pedro Manuel de Acuña		03-01-1875
Salvador López Guijarro	03-01-1875	30-09-1875
Federico Villalba	30-09-1875	28-10-1875
Ramón de Campoamor (Interino - Dir. Gral. Beneficiencia y Sanidad)	28-10-1875	01-02-1876
Federico Villalba	01-02-1876	23-10-1878
Francisco Santa Cruz y Gómez	23-10-1878	10-03-1880
Alberto Bosch y Fustigueras	10-03-1880	20-01-1884
Gabriel Fernández Cadórniga (Director General de Administración local)	13-08-1880	17-09-1880
Francisco Martínez Corbalán (Director General de Beneficiencia y Sanidad)	01-11-1880	13-11-1880
Alberto Bosch y Fustigueras		
Angel Mansí y Bonilla	14-02-1881	21-01-1884
Gabriel Fernández Cadórniga	21-01-1884	29-07-1885
Javier Los Arcos y Miranda	28-07-1885	10-12-1885
Alberto Aguilera y Velasco	10-12-1885	08-08-1886
Emilio Sánchez Pastor (Interino - Subsecretario de Gobernación)	10-08-1886	18-08-1886
Emilio Nieto y Pérez	12-08-1886	
Pasa la Dirección general a depender del Ministerio de Gracia y Justicia por Ley de 29 de junio de 1887. Se lleva a cabo el 1.º de julio de 1887.		
Fermín Calbetón (Subsecretario de Gracia y Justicia por supresión Dirección General)	10-07-1888	31-10-1889
Emilio Nieto y Pérez	29-10-1889	02-02-1890
Diego Arias de Miranda y Goitia (Interino. Subsecretario de Gracia y Justicia)		
Diego Arias de Miranda	08-01-1889	07-06-1890
Federico Laviña y Laviña	08-06-1890	08-07-1890
Antonio Hernández y López	08-07-1890	22-12-1892
Antonio Barroso y Castillo	22-12-1892	28-11-1894
Manuel Grande de Vargas	28-11-1894	30-03-1895
José María de Eulate y Moreda	13-07-1895	09-10-1897
Eduardo García Díaz (Jefe de la Sección Penitenciaria de la D. G. de Est. penales)	10-10-1897	23-10-1897
Adolfo Merelles Caula (1)	22-10-1897	08-03-1899
Manuel de Burgos y Mazo	11-03-1899	14-01-1899
Pascual Domenech y Tomás	20-06-1899	01-10-1899
Antonio Hernández y López	08-07-1890	
Mariano Arrazola y Guerrero	20-01-1900	02-04-1901
Adolfo Merelles Caula (2)	02-04-1901	10-12-1902
Rafael Andrade y Navarrete	10-12-1902	14-04-1903
Luis San Simón y Ortega, Conde de San Simón	14-04-1903	18-01-1903
Manuel Grande de Vargas	28-11-1894	

Director General	Alta	Cese
Jorge Loring y Heredia, Marqués de Casa Loring	20-01-1905	28-04-1905
José Guijuelmo Aguado	29-04-1905	01-07-1905
Vicente Pérez y Pérez	01-07-1905	30-06-1906
Joaquín María Gastón y Elizondo	30-06-1906	18-07-1906
Juan Navarro Reverter y Gomis	18-07-1906	29-01-1907
Angel García Rendueles y González Llanos	29-01-1907	04-11-1909
Carlos Testor y Pascual	04-11-1909	06-02-1910
Leopoldo Serrano y Domínguez	06-02-1910	11-02-1910
Juan Navarro Reverter y Gomis	11-02-1910	08-07-1911
Antonio Pérez Crespo	08-07-1911	22-06-1913
Santos Arias de Miranda y Berdugo	22-06-1913	31-10-1913
Andrés Gutierrez de la Vega	31-10-1913	15-12-1915
Isidoro Rodrigañez y Sanchez-Guerra	15-12-1915	16-06-1917
Francisco Marín y Beltrán de Lis, Marqués de la Frontera	16-06-1917	21-10-1917
Joaquín Sagnier Villavechia	21-10-1917	14-11-1917
Fernando Cadalso y Manzano (1) (Director general interino)	13-11-1917	17-11-1917
Eduardo Ortega Gasset	14-11-1917	09-12-1918
José Abril y Ochoa	11-12-1918	20-04-1919
Adolfo Pidal y Chico de Guzmán, Marqués de Pidal	20-04-1919	05-08-1919
José Díaz Cordobés y Gómez	05-08-1919	15-09-1920
José María Cervantes y Sanz de Andino	15-09-1920	19-03-1921
Carlos Hernández Lázaro	19-03-1921	12-07-1921
Gonzalo Fernández de Córdoba y Morales	12-07-1921	18-08-1921
Alfonso de Rojas y P. de Bonanza	18-08-1921	17-03-1922
Ramón Albó y Martí	17-03-1922	13-04-1922
Leopoldo García Durán	13-04-1922	12-12-1922
Juan Izquierdo Alcayde	12-12-1922	21-09-1923
José García San Miguel y Tamargo, Marqués de Belzunce	21-09-1923	20-03-1924
Fernando Cadalso y Manzano	02-12-1923	
Fernando Cadalso y Manzano (Pasa a Subsecretario del Ministerio interinamente)		18-01-1924
Constante Miquélez de Mendiluce y Peciña		17-02-1930
José Betancort y Cabrera	17-02-1930	19-04-1931
Victoria Kent Siano	19-04-1931	08-06-1932
Vicente Sol Sánchez	08-06-1932	29-04-1933
Manuel Ruiz Maya	07-05-1933	14-09-1933
José Estelles Salarich	14-09-1933	03-12-1933
Arturo Martín de Nicolás y García	03-12-1933	24-12-1933
Hipólito Jiménez y Jimenez Coronado	24-12-1933	24-06-1934
Elviro Ordiales Oroz	24-05-1934	23-11-1934
Francisco Delgado e Iribarren	23-11-1934	05-04-1935
Francisco Vega de la Iglesia y Manteca	05-04-1935	12-05-1935
Francisco Delgado e Iribarren	12-05-1935	04-10-1935
Pedro Villar Gómez	25-02-1936	07-09-1936
Manuel López-Rey Arrojo	07-09-1936	10-11-1936

ISABEL RAMOS VÁZQUEZ

Consideraciones acerca de la supresión de los casos de Corte*

SUMARIO: 1. Prefacio.–2. Apuntes para la historia de los casos de Corte: 2.1 Origen y evolución. 2.2 Competencia y contenido.–3. El *iter* legislativo para la derogación de los casos de Corte: 3.1 La supresión fallida. 3.2 La abolición definitiva.–4. Valoración final.–5. Apéndice documental.

1. PREFACIO

En la España del Antiguo Régimen se configuró una administración de justicia, asentada en la autoridad soberana del monarca, que se desenvolvía en una sociedad dividida por estamentos y privilegios, mediante un complejo mosaico de jurisdicciones que, con frecuentes conflictos de competencia, coexistía con la justicia real ordinaria¹. A consecuencia de ello, en la práctica forense logra-

* Este trabajo tiene su origen en parte de los estudios que elaboré en el marco del proyecto de investigación CCG08-URJC/HUM-3550 (BOCM 29 de mayo de 2008), bajo el patrocinio de la Comunidad Autónoma de Madrid y la Universidad Rey Juan Carlos.

¹ Eduardo GARRIGÓS PICÓ («Organización territorial a fines del Antiguo Régimen», en Miguel Artola (dir.), *La economía española al final del Antiguo Régimen*, apud IV Instituciones. Alianza Editorial-Banco de España, Madrid, 1982, pp. 1-105, cita p. 45), tomando los datos obrantes en el Nomenclátor de Floridablanca, señala que a finales del Antiguo Régimen la división jurisdiccional de España presentaba los porcentajes que siguen: «realengo, 47,14 por 100; señorío secular, 34,53 por 100; señorío eclesiástico, 15,61 por 100; órdenes militares, 2,73 por 100». Por su parte, Francisco TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*, Tecnos, 4.^a ed., 3.^a reimp., Madrid, 1988, pp. 524-525, comenta que, junto a la jurisdicción ordinaria, se desarrolló un conjunto de jurisdicciones especiales nacidas bien del privilegio, por razón de las perso-

ron pervivir instituciones jurídicas de origen medieval, como eran los denominados casos de Corte, esto es, según la definición contenida en el Diccionario de Autoridades, «La caufa civil o criminal que por fu entidad y gravedad fe puede radicar desde la primera infancia en el Confejo, Sala de Alcaldes de Corte, Chancillerías y Audiencias, avocándola à si, y quitando fu conocimiento à las Justicias ordinárias»².

Asimismo, a la vista de los datos que nos proporciona la literatura jurídica española del siglo XIX, la expresada definición se puede completar añadiendo que los asuntos litigiosos que gozaban de la consideración de caso de Corte y, por ende, eran resueltos en primer grado ante los tribunales que ejercían la suprema jurisdicción real, estuvieron vigentes con profusión hasta que, con fundamento en las reformas concebidas por los constituyentes de Cádiz, las circunstancias políticas permitieron abolirlos definitivamente de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835³.

Transcurridas dos décadas desde la citada derogación, con ocasión de un debate parlamentario celebrado en el seno de las Cortes, el jurista y político progresista Gómez de la Serna⁴, alzó su voz afirmando que «Los casos de

nas, bien de la especialización para reprimir determinadas conductas punibles; y, sin ánimo de ser exhaustivo, cita «la jurisdicción eclesiástica ordinaria, la eclesiástica castrense, la de las Órdenes militares, la de la Cruzada, la de espolios, vacantes y anualidades eclesiásticas, la militar ordinaria, la de marina, la de artillería, la de ingenieros, la de las milicias provinciales, la jurisdicción de hacienda militar, la de Hacienda pública, la de minas, la de correos y caminos y la de comercio».

² *Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con frases o modos de hablar, los proverbios o refranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua [...] compuesto por la Real Academia Española*, voz: «Caso de Corte». Imp. de Francisco del Hierro, t. II, Madrid, 1729, p. 217 (ed. facsímil de Editorial Gredos, t. I, Madrid, 1979).

³ «El uso de los casos de corte fue constante [...] hasta que las reformas introducidas en la administración de justicia los hicieron incompatibles con los nuevos principios adoptados en materia de procedimientos y organización judicial. Así fue que la Constitución de 1812 estableció [...] que pertenecería á las Audiencias conocer de todas las causas civiles de los juzgados inferiores de su demarcacion en segunda y tercera instancia, y lo mismo de las criminales [...]. Era consiguiente al órden gerárquico que se establecía en el conocimiento de los negocios judiciales, que los tribunales superiores no conociesen en primera instancia, si no de los casos en que espresamente les reservaba este conocimiento la ley fundamental del Estado [...]. Siguiendo [...] estos mismos principios el reglamento provisional [...] de 1835, ordena [...] que los jueces letrados de primera instancia son, cada uno en el partido ó distrito que le esté asignado, los únicos á quienes compete conocer en la instancia sobredicha de todas las causas civiles y criminales que en él ocurren [...] incluso las que hasta ahora han sido casos de corte [...]. Por consiguiente, en ningun caso pueden tener hoy lugar en nuestros tribunales los casos de corte»; véase, LORENZO ARRAZOLA, *Enciclopedia española de Derecho y Administración, ó Nuevo Teatro Universal de la Legislación de España é Indias*. Voz: «Caso de Corte», Imp. de Díaz y Compañía, t. VII, Madrid, 1853, pp. 832-833.

⁴ Pedro Gómez de la Serna (1806-1871) inicia su carrera política en 1836, logrando acta de diputado en varias legislaturas. Su filiación al partido progresista le llevará a ocupar la cartera de Gobernación en 1843 y la de Gracia y Justicia en 1854. Pero, sin lugar a dudas, sus mayores éxitos los alcanzó en el ámbito del Derecho, al punto de ser considerado en su tiempo uno de los mejores juristas españoles; *vid.* Juan Francisco LASSO GAITE, «Centenario de Gómez de la Serna. Miscelánea de la codificación», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. LXIV (232 de la Colección), 1972, pp. 149-163.

cóрте [...] concluyeron por desacreditarse [...] cayeron, y cayeron con razon, porque desde el momento que vino á introducirse [...] la igualdad de todos ante la ley [...] sobran»⁵. A mayor abundamiento, años más tarde y desde la misma tribuna, otro activo diputado, pero de talante conservador, Ortiz de Zárate⁶, era aún más categórico al sentenciar, sin ambages, que «Los casos de cóрте existieron en su tiempo; los mató la ciencia, y bien muertos están»⁷.

Aunque los mentados repúblicos militaban en distintas y distantes filas ideológicas, como se puede colegir de sus palabras, ambos coincidían en el descrédito jurídico que había alcanzado dicha institución; y ello, a pesar de reconocer las bondades que jalonaron su instauración y, posterior, vigencia. Así, no obstante lo predicho, para Gómez de la Serna no podía «citarse una cosa mas piadosa ni mas humana que los antiguos casos de cóрте»⁸. Y en idéntico sentido se pronunciaba Ortiz de Zárate, al señalar que «nuestros antiguos casos de cóрте» tuvieron como «razon de ser, una razon de justicia, de equidad y de patronato»⁹.

La discordancia que se evidencia al comparar los elogios que suscitó su implantación con las descalificaciones recibidas tras su supresión, llama poderosamente nuestra atención, al punto que ello constituye, en última instancia, la razón que ha motivado el presente trabajo; pues, al no existir un estudio histórico-jurídico que nos ilustre sobre la evolución del contenido y funcionamiento de los casos de Corte, nos hemos visto privados de encontrar una respuesta suficientemente rigurosa que explique las causas reales que justificaron su erradicación del ordenamiento jurídico¹⁰.

Para intentar paliar dicha laguna y, en consecuencia, dar contenido histórico a las razones que fundamentaron la decisión de eliminar los casos de Corte, hemos recurrido a la información ofrecida por los prácticos del Derecho de los siglos XVI a XIX, así como al estudio de las fuentes normativas y legislativas que se ocuparon del instituto jurídico en cuestión y, por último, también hemos acudido a distintos archivos judiciales para intentar enriquecer con testimonios rea-

⁵ Cfr. *Diario de las Sesiones de las Cortes constituyentes*, núm. 336, de 13 de marzo de 1856, pp. 7299-7300.

⁶ El abogado y escritor alavés, Ramón Ortiz de Zárate (1817-1883), entre 1858 y 1881 fue elegido Diputado a Cortes en nueve ocasiones y, aunque nació en el seno de una familia próxima a la causa liberal, ideológicamente transitó desde la órbita del foralismo puro a la del ultramontano; *vid.*, Eulogio SERDÁN Y AGUIRREGAVIRIA, *Biografía de Ramón Ortiz de Zárate*, s.n. (imp. de la Ilustración de Álava), Vitoria, 1888.

⁷ Cfr. *Diario de las Sesiones de las Cortes. Congreso de los Diputados*, núm. 85, de 17 de marzo de 1864, p. 1193.

⁸ Cfr. *Diario de las Sesiones de las Cortes constituyentes*, núm. 336, de 13 de marzo de 1856, p. 7300.

⁹ Cfr. *Diario de las Sesiones de las Cortes. Congreso de los Diputados*, núm. 88, de 22 de marzo de 1864, p. 1246.

¹⁰ La conveniencia de contar con una investigación monográfica sobre los casos de Corte, viene siendo demandada desde hace tiempo por la historiografía jurídica española; así, entre otros, Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, «Notas sobre las relaciones del Estado con la administración señorial en la Castilla Moderna», en *AHDE*, t. LIII, 1983, pp. 366-394: cita en p. 383 y María LÓPEZ DÍAZ, «La Administración de la justicia señorial en el antiguo régimen», en *AHDE*, t. LXXXVI, 2006, pp. 587-588: cita en p. 572.

les nuestra investigación; fruto de lo cual, unimos al final de este trabajo, como Apéndice documental, una selección de litigios inéditos librados por caso de Corte ante el Consejo y las Chancillerías de Valladolid y Granada. Asimismo, tras el detenido análisis del anterior material, hemos procedido a abordar este trabajo, ofreciendo previamente una breve aproximación histórica, a fin de descifrar la verdadera naturaleza jurídica de los casos de Corte, pues entendimos que, para comprender mejor los motivos de su derogación, antes debíamos determinar la tipología de los asuntos litigiosos que a finales del Antiguo Régimen tenían tal consideración. Así, una vez identificado su perfil jurídico, hemos indagado en el curso que siguió el proceso legislativo que, a la postre, concluyó con su derogación; y todo ello, con el propósito de averiguar cómo y por qué germinó la idea que puso fin a esta vetusta institución procesal.

2. APUNTES PARA LA HISTORIA DE LOS CASOS DE CORTE

El contexto histórico-jurídico en el que se originan los llamados casos de Corte coincide con el proceso de afianzamiento del poder regio que, al amparo de la Recepción del *Ius Commune*¹¹, se inicia en la Castilla medieval y desemboca a principios del siglo XVI con el carácter absoluto que definirá a la Monarquía hispana hasta las primeras décadas del siglo XIX¹².

2.1 ORIGEN Y EVOLUCIÓN

Las noticias más remotas sobre la existencia de disposiciones legales acordando reservar al rey o a los jueces de su Corte el enjuiciamiento de determinados pleitos¹³, las localizamos en plena Edad Media en el ámbito del derecho

¹¹ El poder regio, apoyado en los nuevos principios que consagra el Derecho romano-justiniano, paulatinamente detrae del ámbito privado el enjuiciamiento de determinados asuntos litigiosos. Por su parte, los monarcas castellanos dieron muestra de dicha voluntad, como quedó patente en las Cortes de Toro que el rey Enrique II mandó celebrar en 1371 (Cortes de Toro de 1371, pet. 5, en *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, ed. Real Academia de la Historia, t. II, Madrid 1863, pp. 205-206) y, más tarde, es recogido en la legislación recopiladora: «Jurisdicción suprema civil y criminal pertenece á Nos, fundada por Derecho comun, en todas las ciudades y villas y lugares de nuestros Reynos y Señoríos; y por esto mandamos, que ninguno sea osado de estorbar ni impedir en los lugares de Señorío la Jurisdicción suprema que tenemos en defecto de los Jueces inferiores, para que nos la hagamos y cumplamos como convenga á nuestro servicio y guarda de tales lugares [...]»; *Cfr.* Novísima Recopilación, IV, 1, 1 (Novísima Recopilación de las Leyes de España, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*. Imp. Rivadeneyra, Madrid 1850).

¹² «Es en este proceso, primero de afirmación del poder real, y después de institucionalización del mismo, donde se engarza el desarrollo de los casos de corte»; *vid.* María Francisca GÁMEZ MONTALVO, «De los pleytos del rey a los casos de corte», en *La aplicación del derecho a lo largo de la historia* (Actas de las II Jornadas de Historia del Derecho de la Universidad de Jaén, 13-14 diciembre 1996). Universidad de Jaén, Jaén 1997, pp. 231-238: cita en p. 233.

¹³ Este tipo de litigios surge por la necesidad de distinguir los llamados pleitos foreros, a sustanciar conforme al Fuero local tanto por los jueces nombrados por los Concejos como por el

municipal¹⁴ y de la costumbre territorial de Castilla¹⁵. Igualmente, vestigios de esta clase de litigios los hallamos también en el derecho territorial castellano, como se puede observar en la relación de hechos punibles, de exclusivo conocimiento regio, que el monarca Alfonso VII fija en las Cortes de Nájera¹⁶.

No obstante esto, será en el marco de la obra legislativa de Alfonso X donde el perfil de esta clase de litigios comience a adquirir su verdadera configuración. En efecto, en la misma línea que los citados precedentes legales, el Fuero Real incluye un precepto ordenando que el riepto de los hidalgos por traición o aleve sea siempre sustanciado ante el rey por corte¹⁷. Pero será en la inconclusa obra del Espéculo donde el mentado rey castellano mande reseñar con más precisión los pleitos privativos de la justicia real, cuyo conocimiento se reservaba al propio soberano o los adelantados mayores con su consentimiento¹⁸. Asimismo, en las Ordenanzas de Valladolid de 1258, otorgadas por Alfonso X a fin de aclarar el alcance de los anteriores cuerpos legales, se reproduce la enumera-

propio rey y sus jueces, de los pleitos del rey, resueltos de acuerdo con el Derecho regio y según el proceso seguido en la Corte; véase, Alfonso GARCÍA-GALLO DE DIEGO, *Manual de Historia del Derecho Español. I El origen y la evolución del derecho*, 6.ª ed., Madrid, 1975, p. 397. Por su parte, María Paz ALONSO ROMERO, *El proceso penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 66-70, precisa que, generalmente, se trataba de supuestos especialmente graves para la estabilidad y seguridad del Reino y solían coincidir con los tradicionales casos reservados al monarca en las concesiones de inmunidad altomedievales.

¹⁴ En el Fuero de Zorita, 15, se establecen los juicios reservados a Palacio en los términos siguientes: «Palacio non tome calonna si non de omicidio, et de quebrantamiento de casa, et de fuerça de muger. Palacio non pendra parte si non daquestas calonnas tasola ment quando uiniere [...]»; *vid.*, Rafael de UREÑA Y SMENJAUD, *El Fuero de Zorita de los Canes según el Códice 247 de la Biblioteca Nacional (siglo XIII al XIV)*. Establecimiento Tipográfico de Fortanet, Madrid 1911, p. 54.

¹⁵ Galo SÁNCHEZ SÁNCHEZ, *Libro de los Fueros de Castiella*. Imp. de A. Ortega, Barcelona 1924, p. 59, reproduce el contenido de la fazaña señalada con el n.º 117, de la que destacamos el párrafo que sigue: «Estas tres cosas deue el rey perquerir auyendo querellosos: de muger forçada et de omne muerto sobre salva, et de quebrantamiento de camino [...]».

¹⁶ Cortes de Nájera, ley 7: «Estas son las cosas porque el rei debe mandar fazer pesquisa por fuero de Castiella haviendo querellosos, de ome muerto sobre salvo, ó quebrantamiento de Iglesia, et por palacio quebrantado, et por conduncho tomado, por quebrantamiento de camino, ó si alguna villa de realengo demanda algún término que dicen que es suyo»; véase, Alfonso GARCÍA-GALLO DE DIEGO, «Textos de Derecho Territorial castellano», en *AHDE*, t. XIII, 1936-1941, pp. 332-369: ley 7 citada en pp. 333-334.

¹⁷ Fuero Real, IV, 21, 5: «Fidalgo que otro quisiere robar, rieptelo ante el Rey, é no ante rico home, ni ante Merino, ni ante otro home ninguno, ni de Orden, ni de Religión: ca no ha otro home poder sino el Rey, de dar fidalgo por alevoso, ni de quitarle de riepto [...] ca tan grande es el poder del Rey, que todas las cosas, é todos los derechos tiene so si, y el poder no le ha de los homes, mas de Dios [...]»; *Cfr.* Fuero Real, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*. Imp. Rivadeneyra, t. I, Madrid 1847.

¹⁸ Espéculo IV, 2, 12: «[...] E deven judgar de los pleitos de justicia, fueras ende pleito de riepto, que sea sobre fecho de traycion o de aleve. Ca esto non lo pueden otro ninguno judgar sinon rey o adelantados mayores, mandando gelo el [...].E otrosi pleito de tregua quebrantada, e de seguridad de rey, o pleito de ome que feziere falsidat en moneda de rey, o en su seello, o en su carta, non lo pueden esto judgar los adelantados nin de las comarcas de las tierras. Ca estas cosas pertenescen a juicio del rey. E por ende non las puede otro ninguno librar si el rey non, o aquel que lo feziere por su mandado señaladamiente [...]»; *Cfr.* Espéculo, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*. Imp. de la Publicidad a cargo de Rivadeneyra, t. I, Madrid, 1847.

ción que recoge el Espéculo¹⁹ y, además, como novedad también se reconoce la competencia de los alcaldes de Corte para despachar dichos juicios²⁰.

Posteriormente, las expresadas reformas son revisadas con ocasión de la reorganización judicial que, al amparo de lo acordado en las Cortes de Zamora de 1274, lleva a efecto el Rey Sabio con el fin de separar las funciones judiciales de la Curia Regia²¹. En su mérito, las Ordenanzas allí aprobadas prevén la creación de un tribunal con el cometido específico de asumir toda la actividad judicial de la Corte. Así, entre las novedades que incorpora el instituido órgano jurisdiccional está la del nombramiento de un conjunto de alcaldes o jueces de Corte a los que, además de otras funciones, se les atribuye el conocimiento en primera instancia de una serie de casos de naturaleza criminal que por su especial gravedad quedaban exclusivamente reservados al enjuiciamiento y fallo del Tribunal de la Corte²², a saber: «Estas son las cosas que fueron siempre usadas de librar por corte del Rey: Muerte segura. Muger forzada. Tregua quebrantada. Salvo quebrantado. Casa quemada. Camino quebrantado. Traycion. Aleve. Riepto» (C. Zamora, pet. 46)²³.

En concordancia con la predicha línea reformadora, en el código más relevante de la política legislativa alfonsina, es decir, las Partidas, también encon-

¹⁹ Ordenamiento de Valladolid de 1258, ley 4: «Los alcaldes deben judgar [...] todos los pleitos en que quepa justicia, fueras ende pleito de riepto sobre fecho de traicion, ó de aleve, ca esto non lo puede otro alguno judgar si non Rey, ó los adelantados mayores, demandandogelo el. Et otrosi, pleito de treguas quebrantadas ó de aseguranza de Rey, ó de ome qu hiciere falsedad de moneda, ó de sello, ó en carta de Rey, ca estas cosas pertenecen a juicio de Rey, é por ende non las puede otro ninguno judgar si non el Rey, ó los adelantados, ó los alcaldes de la corte [...]»; véase, Alfonso GARCÍA-GALLO DE DIEGO, «El “Libro de las Leyes” de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas», en *AHDE*, t. XXI-XXII, 1951-1952, pp. 354-528: ley 4 citada en pp. 519-520.

²⁰ Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Las Cortes de Zamora de 1274 y los casos de corte», *AHDE*, t. XLI, 1971, pp. 945-971: cita en p. 958, subraya que, tras esta reforma, «parece evidente una distinción: casos que corresponden al rey, o al adelantado, si aquél se lo concede y casos que también pueden conocer por concesión los alcaldes de Corte».

²¹ Cortes de Zamora de 1274, en *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, Real Academia de la Historia, t. I, Madrid, 1861, pp. 87-94.

²² David TORRES SANZ, *La administración central castellana en la Baja Edad Media*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1982, pp. 126-134.

²³ Luis GARCÍA DE VALDEAVELLANO Y ARCIMIS, *Curso de Historia de las Instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 1968, pp. 562-563, con terminología actual, apostilla cada uno de estos supuestos penales en los términos siguientes: «1.º, “Muerte segura”, es decir, cuando se había dado muerte a alguien durante tregua o habiendo asegurado previamente a la víctima, mediante una fianza o “fiaduría de salvo” o de “seguranza”, de que no se le haría ningún daño; 2.º, “Muger forzada”; 3.º, “Tregua quebrantada”; 4.º, “Salvo quebrantado”, o sea, la violación en alguna forma de la fianza “de salvo” o garantía prestada de no causar a alguien daño o perjuicio; 5.º, “Casa quemada” o incendio intencionado de la casa ajena; 6.º, “Camino quebrantado”, esto es, la violación de la “paz” especial que protegía los caminos públicos; 7.º, “Traición”, o infracción de los deberes de fidelidad al Rey, al “Señor” o a la comunidad política; 8.º, “Aleve” o alevosía, delito que apenas se distinguía de la “traición” y que, en realidad, era esta misma, pero al parecer cuando el quebrantamiento de deberes de fidelidad afectaba a los debidos a particulares; y, por último, 9.º, el caso de “Riepto” o reto, es decir, cuando un noble acudía al tribunal regio para retar a otro noble, acusándole de alevosía por haberle dañado o injuriado faltando a la fe y hermandad que unía a la clase nobiliaria».

tramos testimonios que avalan la activa influencia del monarca castellano en el proceso formativo de la institución jurídica en estudio²⁴. Así dicho texto legal, además de aumentar los supuestos punibles enumerados en el Ordenamiento de 1274, con fundamento en una constitución imperial signada en el año 334 por el emperador Constantino²⁵, como novedad otorga a los pobres, y demás personas desvalidas, un privilegio procesal consistente en que sus pleitos, con independencia de la jurisdicción competente, pudieran sustanciarse desde el inicio de la litis ante los jueces de la Corte²⁶; y todo ello, con el fin de ser amparados de los abusos a los que estaban sujetos por mor de su manifiesta inferioridad social²⁷.

²⁴ IGLESIA, *Las Cortes...*, cit., p. 969, llama la atención sobre la aparente contradicción que existe entre los casos de Corte enunciados en las Cortes de Zamora y los previstos en las Partidas, sobre todo considerando que ambos cuerpos jurídicos se encuadran dentro de la obra legislativa de Alfonso X. Sin embargo, el citado autor resuelve esa aparente disconformidad apuntando, con sagaz criterio, que la relación de asuntos penales que establece las Cortes de Zamora vino a completar la regulación de los casos de Corte del Rey. De ahí que la falta de mención a huérfanos y pobres, no obstante estar contemplada en Partidas, se justifique «por no ser pleito criminal».

²⁵ «El Emperador Constantino, Augusto, á Andrónico. Si contra pupilos, viudas, atacados de enfermedad incurable, y débiles, se hubiere impetrado el juicio de nuestra lenidad, no sean compeldas dichas personas por ninguno de nuestros jueces á presentarse á nuestra comitiva. Por el contrario, prueben su fortuna en el litigio en la provincia en que se hallan el litigante y los testigos ó los instrumentos, y procurese con todo cuidado, que no se vean forzados á salir de los limites de sus provincias. Mas si los pupilos, ó las viudas, ú otras personas miserables por injuria de la fortuna hubieren suplicado el juicio de nuestra serenidad, principalmente cuando tienen gran temor al poder de alguien, sean obligados sus adversarios á presentarse á nuestro exámen. Dada en Constantinopla las Calendas de Julio, bajo el consulado de Optato y de Paulino. (334)»; *vid.* Código de Justiniano, III, 14, ley única, en Ildefonso GARCIA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano a doble texto, traducido al castellano del latín*, t. I. Jaime Molinas, editor, Barcelona 1894, p. 337.

²⁶ Partidas, III, 3, 5: «Contiendas e pleytos [...] son de tal natura [...] que son tenudos los demandados de responder antel rey [...] E son estos: quebrantamiento de camino, ó de tregua, riepto de muerte segura, muger forçada, ladron conocido, o ome dado por encartado de algund Concejo, o por mandamiento de los juezes que an de judgar las tierras; o por sello del Rey, que alguno ouiese falsado, ó su moneda, ó oro, ó plata, ó algund metal, ó por razón de otro grand yerro de traycion, que quisiessen fazer al Rey o al Reyno; ó por pleyto que demandasse huerfano, o ome pobre, o muy cuytado, contra algund poderoso, de que non podiesse tambien alcançar derecho por el fuero de la tierra. Ca sobre qualquier destas razones, tenuto es el demandado, de responder ante el Rey, do quier que lo emplazassen. E non se podria escusar, por ninguna razon, porque estos pleytos tañen al Rey principalmente por razon del Señorío [...]». También cabe citar Partidas, III, 18, 41 y III, 23, 20; *Cfr.* Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*. Imp. Rivadeneyra, t. I, II y IV, Madrid 1848.

²⁷ El evidente propósito nivelador buscado con este excepcional aforamiento nos lo pone de manifiesto el CONDE DE LA CAÑADA (Juan Acedo Rico), *Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios*, t. I. Impresor Benito Cano, 2.^a ed., Madrid, 1794, pp. 496-497, cuando señala que la razón de este privilegio a favor de las «personas miserables [...] se reduce á que estan expuestos á ser oprimidos y fatigados por violencia y engaño con riesgo de perder sus derechos; y comparando este perjuicio con el que pueden sufrir las demas personas, que saliendo de su fuero vayan á litigar á los tribunales superiores, es incomparablemente mayor aquel, y mas digno de ser atendido, especialmente quando se compensa el mayor gasto, que hagan en estos tribunales, con la seguridad en la administracion de justicia, conciliándose por estos medios en los casos referidos el interes de la causa pública, que hace cesar el de la regla general y comun». En cuanto al origen y evolución de este privilegio procesal, puede consultarse, José Ramón ROBLES

Tanto las referidas causas penales como los pleitos de las personas desamparadas, que ahora se reservaba la jurisdicción real, fueron designados en los textos legales medievales bajo distintas expresiones²⁸. Dicha variación perduró hasta que en las Cortes de Madrid de 1435, ante la petición de que los litigantes se dirigieran a las justicias de las ciudades y villas antes que a las del Consejo o la Audiencia, el rey Juan II identificara expresamente a estos asuntos litigiosos con el nombre definitivo de casos de Corte²⁹.

Por último, procede señalar que los examinados casos de Corte constituyeron un instrumento útil para consolidar la potestad jurisdiccional del monarca³⁰ en detrimento de la justicia señorial y municipal³¹; tal y como lo evidencia, por un lado, su arraigo en el ordenamiento jurídico que se irá conformando a lo largo de los siglos bajomedievales y modernos³² y, por otro, el constante incre-

REYES, *La competencia jurisdiccional y judicial en Roma*. Universidad de Murcia, Murcia, 2003, pp. 102-105; M.^a Teresa BOUZADA GIL, «El privilegio de las viudas en el Derecho Castellano», *Cuadernos de Historia del Derecho*, n.º 4, (1997), pp. 203-242; y ANTONIO BÁDENAS ZAMORA, *El patrocinio del justiciable pobre en la España liberal (1833-1868)*, Dykinson, Madrid, 2005.

²⁸ Una relación bastante completa de las diferentes denominaciones empleadas en la legislación medieval para designar esta clase de asuntos litigiosos puede verse en GÁMEZ, *op. cit.*, pp. 234-236.

²⁹ «Aesto vos respondo que mi merced es que se guarde e cumpla asy segund que me lo pediste por merced salvo en los casos de corte»; *Cfr.* Cortes de Madrid de 1435, pet. 36, en *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, Real Academia de la Historia, t. III, Madrid, 1866, p. 234.

³⁰ El carácter excluyente de los casos de Corte en beneficio de los jueces del rey, en la práctica, permitió la progresiva expansión del Derecho regio; véase, FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*. Tecnos, Madrid, 1969, pp. 24-25. Por su parte, ALFONSO MARÍA GUILARTE, *El régimen señorial en el siglo XVI*, Universidad de Valladolid, Valladolid, 1987, p. 209, con buen criterio, añade que la atribución de esta competencia a favor de los Tribunales de la Corona entrañaba, además, un interés fiscal al ser «los casos de corte fuente de penas pecuniarias».

³¹ «Estos tribunales, que fueron importantes durante los últimos años de la Edad Media cuando el gobierno monárquico se encontraba todavía en su infancia, se habían debilitado por la política real de procurar fácil acceso a la justicia del rey, servicios legales gratuitos a los pobres, y unos procedimientos jurídicos, como el caso de corte que permitían apelar directamente a las audiencias del rey»; *vid.*, RICHARD L. KAGAN, *Pleitos y pleiteantes en Castilla, 1500-1700*. Junta de Castilla y León, Salamanca, 1991, p. 215.

³² El listado de esta clase de asuntos litigiosos lo encontramos reproducido, e incluso, aumentado en las Leyes del Estilo, XCI: «[...] Estas son las cosas que fueron siempre usadas de librarse por corte del rey; muerte segura, e muger forzada, e tregua quebrantada, salvo quebrantado, casa quemada, camino quebrantado, traicion, aleve, riepto [...] Et eso mismo los pleytos de viudas, e de huerfanos, et de cuitadas personas»; *Cfr.* Leyes del Estilo, en *Opúsculos Legales del Rey Don Alfonso el Sabio*. Real Academia de la Historia, Madrid, 1836. Y, asimismo, en la legislación recopiladora: Ordenanzas Reales de Castilla, III, 2, 14 (Ordenanzas Reales de Castilla, en *Los Códigos españoles concordados y anotados*. Imp. Rivadeneyra, t. VI, Madrid, 1849); Nueva Recopilación, IV, 3, 8 (Recopilación de las Leyes destos Reynos, hecha por mandado de la Mageftad Católica del Rey Don Felipe Segundo nuestro feñor, que fe ha mandado imprimir, con las leyes que depues de la vltima imprefcion fe han publicado, por la Mageftad Católica del Rey don Felipe Quarto el Grande nuestro feñor. Por Catalina de Barrio y Angulo y Diego Díaz de la Carrera, Madrid, 1640, ed. facsímil Lex Nova, Valladolid 1982); y Novísima Recopilación XI, 4, 9. A mayor abundamiento, hay que recordar que, si bien los casos de Corte se configuran en el ámbito del Derecho castellano, también encontramos similitudes con este instituto jurídico en otros derechos peninsulares. Así, en el Fuero de Teruel, 54, se enumeran las «colonias» a las que tenía

mento de su nómina original, generado a través de la praxis forense y de la aprobación de sucesivas disposiciones reales y preceptos de gobierno³³.

2.2 COMPETENCIA Y CONTENIDO

En principio, la competencia sobre esta clase de pleitos fue atribuida a determinados jueces que actuaban en nombre y representación del monarca³⁴ y, tras las subsiguientes reformas, en especial las producidas durante el fecundo reinado de los Reyes Católicos, a las Chancillerías y Audiencias, en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones, o al Consejo Real³⁵, si el hecho a juzgar había acaecido en la Corte o en el radio de acción que comprendía el rastro del rey³⁶.

derecho Palacio (de homizilio, de muger corronpida o forçada, de casa quebrantada, etc.); Cfr. Max GOROSCH, *El Fuero de Teruel*. Almqvist & Wiksells, Stockholm, 1950, pp.115-116. Y, por su parte, en el Derecho catalán los casos de Corte eran asimilados a las «avocaciones de causas» (de pobres, de viudas, de pupilos, de monasterios, etc.); Cfr. Pablo Nolasco VIVES Y CEBRIÁ, *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña*. Librerías de Emilio Font y del Plus Ultra, 2.ª ed., Madrid y Barcelona, 1861-1867, t. I, pp. 193-196.

³³ «Aunque las leyes [...] limitaron constantemente [...] los casos de corte, la jurisprudencia los amplió, extendiendo la disposición de aquellas á algunos otros negocios en que concurrían análogas circunstancias»; véase, ARRAZOLA, *Enciclopedia...*, cit., voz: «Caso de Corte» (1853) t. VII, p. 831. Asimismo, Miguel Ángel PÉREZ DE LA CANAL, «La Justicia de la Corte de Castilla durante los siglos XII al XV», en *Historia, Instituciones, Documentos*, (1975), n.º 2, p. 398, constata esta realidad, aunque el número de veintiuno que fija, a falta de los pertinentes estudios, se nos antoja especialmente corto.

³⁴ Sobre este particular, Gustavo VILLAPALOS SALAS, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. Su evolución histórica en el reino castellano (1252-1504)*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1978, p. 252, señala que, tras las reformas de Alfonso X, la justicia real es administrada por «un tribunal integrado en un primer momento por un número indeterminado de alcaldes que libran con carácter general todas las querellas y apelaciones que han de verse en la Corte [...] Son estos jueces «los alcalldes de casa del rey» a los que alude el Espéculo, señalando que deben ser respetados porque toman al juzgar «el logar del rey». Se parte así de la ficción de que el rey debe juzgar todos los pleitos, nombrándose jueces para los casos en que no pudiera hacerlo; excepción que a lo largo de dos siglos y medio constituyó la verdadera regla».

³⁵ Josef FEBRERO, *Librería de escribanos, é instrucción jurídico theórico práctica de Principiantes*. Imp. de Pedro Marín, Madrid, 1786, III, p. 47, comenta que estos asuntos litigiosos recibían la denominación de casos de Corte «porque su conocimiento toca principalmente al Rey, y por legales disposiciones à su Consejo, Chancillerías, y Audiencias, para lo qual se saca à los reos de su propio domicilio, y se les obliga à contestar las demandas en dichos Tribunales con inhibición de los Jueces de su fuero».

³⁶ Según refiere José María PUYOL MONTERO, *El Consejo Real en el reinado de Fernando VII*, t. I. Universidad Complutense de Madrid (Tesis Doctoral), Madrid, 1991, pp. 506, 542 y 544, aunque el Consejo, como órgano supremo de la Administración de Justicia, estaba legitimado en primera instancia para avocar para sí «cualquier asunto planteado en todo el Reino», en concreto, su Sala de Alcaldes de Casa y Corte, era competente para «juzgar casos de corte», tanto en el ámbito civil como en el criminal; y ello, dentro del denominado Rastro del Rey, lo que originariamente equivalía a cinco leguas en torno al lugar donde se hallaba ubicada la Corte. Pero como habían surgido muchos problemas de competencia con aquella «estrecha delimitación territorial», previa consulta al monarca, por «Real Cédula de 13 de junio de 1803 se amplió [...] la jurisdicción exclusiva de la Sala a diez leguas alrededor de la Corte».

Conforme explican los prácticos del Derecho que actuaban ante la jurisdicción real, el contenido de los casos de Corte podía ser de naturaleza civil o criminal³⁷, y su sustanciación correspondía desde el inicio del pleito a alguno de los expresados tribunales regios superiores; y ello, con independencia del fuero o domicilio del justiciable. En materia criminal, su implantación permitió el enjuiciamiento en exclusiva, por parte de la suprema jurisdicción real, de las conductas punibles más graves para la estabilidad y seguridad del reino³⁸ y, además, de las causas penales que enfrentaban a un poderoso con una persona conceptualmente pobre³⁹ o miserable⁴⁰, esto es, viudas⁴¹, huérfa-

³⁷ En realidad, dicha dualidad hay que entenderla en términos amplios, pues en la práctica también eran considerados casos de Corte asuntos que, actualmente, serían encuadrables dentro del ámbito jurídico-administrativo; *vid.* Apéndice documental 11.º

³⁸ *Vid.* Apéndice documental 1.º Si bien este pleito criminal se enjuició por caso de Corte, parece que para ello pesó más la condición de los acusados (un escribano de número de ayuntamiento y dos regidores municipales) que la gravedad del hecho denunciado (un delito de asesinato no consumado).

³⁹ A la vista de lo expresado por la doctrina jurídica, aunque desde el medievo el legislador hispano había procurado aportar elementos para facilitar la graduación de la pobreza, lo cierto es que hasta las primeras décadas del siglo XIX, en la práctica, predominó el arbitrio judicial sobre cualquier otro criterio valorativo. Así, Gregorio López, al glosar la Partida, VII, 1, 2 (donde se equipara al hombre «muy pobre» con quien «non ha la valia de cincuenta maravedis») comenta que la pobreza se gradúa «segun el prudente arbitrio del juez, por lo mucho que ha variado el valor de la moneda despues que se hicieron las leyes de Partida»; *vid. Los Códigos Españoles concordados y anotados*, t. IV, 2.ª ed., Madrid, 1872, p. 257. Por su parte, Jerónimo CASTILLO DE BOBADILLA, *Politica para Corregidores, y señores, en tiempo de paz y guerra*. Imp. Juan Bautista Verdussen, Amberes 1704 (ed. facsímil Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1978), t. 2, lib. III, cap. 25, núm. 64, p. 279, al referirse a los presos pobres señala «quales fe diran pobres para efto, y otras cofas, es arbitrario al juez». Con más detalle, Francisco Antonio de ELIZONDO, *Práctica universal forense de los Tribunales de España, y de las Indias*. Imp. de D. Pedro Marin, Madrid, 1788, t. VI, p. 8, explica que «se llama pobre aquel, cuyos bienes no ascienden a cierta cantidad; pero ésta, que en otros tiempos llevo á fixarse, como suficiente para no llamarse un hombre persona miserable, es en nuestros dias tan tenue, que la practica inconcusa de los tribunales ha admitido, no ser suficiente para excluir el privilegio, quedando por lo mismo en el prudente arbitrio judicial la regulacion, así de las pruebas de pobreza, como de la declaracion de esta, para la qual basta la fama publica en las causas tenues, teniendo en consideracion los magistrados á las personas, que litigan, su estado, y constitucion en los pueblos; y lo que necesitan los hombres de igual clase para mantenerse sin mendicidad». Y, por último, en el mismo sentido, José de VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*. Imp. de Gaspar y Roig, Editores, t. I, Madrid, 1856, p. 429, nos recuerda que «Antiguamente conforme á la ley 20, tit. 23, Part. 3, se consideraba pobres para disfrutar de los beneficios que se concedia á esta clase en los negocios judiciales, á los que no tenian valia de 20 maravedis; mas adelante se consideró pobre á toda persona cuyo caudal no llegaba á tres mil maravedis; despues se dejó la calificacion de la pobreza [...] al arbitrio del juez, quien para hacerla tomaba en consideracion la clase de personas, y lo que cada una necesitaba para su manutencion».

⁴⁰ «Afsifte el privilegio de intentar el cafo de Corte a los pobres, y miserables, que litigan con perfonas poderosas, de quien por ferlo no pueden, niefperan alcanzar justicia [...] El mismo privilegio tiene el menor de veinte y cinco años huertano de padre [...] Y le tiene tambien la viuda, ó muger honesta, aunque no aya fido cafada, y la que tiene el marido cautiuo, pobre, ò inútil, desterrado, ò en galeras, y el privilegio de viudas, menores, huertanos, y perfonas miserables, gozan dël para los cafos de Corte, ò fean actores, ò reos»; *vid.* Jerónimo FERNÁNDEZ DE HERRERA VILLARROEL, *Práctica criminal*. Imp. Real, Madrid, 1672, p. 153.

⁴¹ *Vid.* Apéndice documental 2.º

nos, menores⁴², etc.; lo que en la práctica significó la reafirmación de la supremacía de la justicia regia frente a la señorial y municipal⁴³. Por ello, no resulta extraño que las infracciones penales relacionadas en los primeros textos legales (muerte segura, mujer forzada, tregua quebrantada, salvo quebrantado, casa quemada, camino quebrantado, traición, alevé y riepto)⁴⁴, con el transcurso del tiempo, fueran paulatinamente aumentadas⁴⁵, como lo atestiguan los prácticos en sus obras, al añadir al listado original nuevos hechos criminales a juzgar por caso de Corte (latrocinio, robo, falsificación de sello o moneda real, encubrimiento de prófugos, etc.)⁴⁶ o, incluso, al extender esta calificación a otras conductas punibles indeterminadas pero afines por razón de la pena a imponer⁴⁷.

⁴² Vid. Apéndice documental 10.º

⁴³ Francisco de CÁRDENAS, *Ensayo sobre la Historia de la propiedad territorial en España*. Imp. de J. Noguera á cargo de M. Martínez, t. I, Madrid, 1873, p. 353, corrobora dicha consolidación, al afirmar que «era doctrina corriente entre los juriconsultos del siglo XIII, que debían librarse por los tribunales del rey las causas» prevenidas por «las Córtes de Zamora de 1274. También se había considerado necesaria una protección especial en sus causas, á las viudas, los pobres y los huérfanos, fundada en la incapacidad de defenderse cumplidamente estas personas, que el derecho llamaba miserables, y en la suposición de que los tribunales del rey podían hacerles justicia más fácilmente contra los poderosos, que los jueces de las villas. Pero á favor de esta doctrina, se fue apoderando la jurisdicción real del conocimiento de muchas causas que por las personas interesadas en ellas correspondían á los señores».

⁴⁴ Remedios MORÁN MARTÍN, «De la difusión cultural de la “virtud” caballeresca a la defensa del honor», en *Espacio, tiempo y forma. Serie III. Historia medieval*, n.º 13, 2000, pp. 271-290: cita en p. 282, especifica que en el Ordenamiento de Zamora de 1274 se recogían «los delitos incluidos en el concepto de traición y alevosía» y «además, todos los que suponían delitos contra la vida, el honor y todos los cometidos por infracción de una paz especialmente pactada».

⁴⁵ ALONSO, *El proceso...*, cit., p. 68, constata el pronto crecimiento de los casos de Corte penales; lo cual, según precisa, unas veces «se refleja en los propios Ordenamientos de Cortes; otras, se hizo por vía indirecta, como por ejemplo aumentando el número de delitos que se consideraban incluidos dentro de la noción de alevé». Asimismo, y con fundamento en lo expresado por Cerda Ruiz-Funes, argumenta que la razón de dicho incremento era de «carácter puramente económico: la monarquía necesitaba recursos y una de las formas de obtenerlos era ir aumentando el número de delitos que llevaban aparejada una pena pecuniaria para la cámara».

⁴⁶ En el siglo XVI, el Escribano de la Chancillería de Valladolid, Gabriel de MONTERROSO Y ALVARADO, *Pratica [sic] civil y criminal, y instrucción de escrivanos: dividida en nueve tratados...*, Pedro Madrigal, Madrid, 1591, p. 60, a la inicial relación de casos de Corte penales, le suma otros tales como «ladron conocido, hombre dado por encartado, falfear fello real, o moneda, oro, plata, metal [...] Receptacion de malhechores, o deudores en fortaleza, o caftillo, o cafa fuerte, o en lugar de feñorio, o abadengo, no lo queriendo entregar a la justicia [...] el qu haze reprefaria de bienes, y prende hombres de algun lugar fobre paga de maravedis. Si concejo o perfona poderla reffle alguna execucio q fe haze por prouifion Real, por deuda de rentas reales, pechos y derechos». Asimismo, dos siglos más tarde el Abogado de los Reales Consejos y Fiscal de la Audiencia de Galicia, Bernardo HERBELLA DE PUGA, *Derecho practico, i estilos de la Real Audiencia de Galicia*. Imp. de Ignacio Aguayo, Santiago 1768, pp. 2-4, añade a dicho listado los casos «Sobre tumultos, heridas hechas a Cavallero, i cafos semejantes [...] Robos, Latrocinios, i Armas prohibidas [...] Sobre injurias hechas a Clerigo, o perfona Religiofa».

⁴⁷ «Según nuestras leyes eran casos de córte [...] Los crímenes gravísimos [...] y otros semejantes, que merecían pena corporal ó destino á presidio ó á las armas»; véase, José Gonzalo de las CASAS, *Diccionario General del Notariado de España y Ultramar*. Imp. de la Biblioteca del Notariado, voz: «Caso de Corte», t. II, Madrid, 1853, p. 341.

Asimismo, en el ámbito civil dicho aforamiento tenía, en todo caso, la consideración de privilegio, pues permitía a determinadas personas e instituciones invocarlo para que sus litigios fueran dirimidos en primera instancia por los tribunales superiores, sin sujeción, por tanto, a la jurisdicción del alcalde o corregidor territorialmente competente⁴⁸. A su vez, los casos de Corte civiles podían tener o no la consideración de notorios⁴⁹. Los así calificados, bastaba con alegarlos y, entre otros, eran las causas sobre mayorazgos⁵⁰, concejos, cabildos, iglesias, monasterios⁵¹, hospitales, cofradías, universidades, colegios, grandes de España, títulos de Castilla⁵², oficiales y criados del Rey. Por el contrario, adolecían de notoriedad, los pleitos de pobres, menores, huérfanos, viudas y demás personas desvalidas o miserables⁵³; quienes, para hacer valer dicha

⁴⁸ «Por lo que toca a lo civil, son casos de Corte la causa sobre bienes de mayorazgos vinculados, los pleitos y demandas que contra cualquier personas o Concejos en cualquier manera quieran poner o mover los del Concejo, oidores, canciller mayor, mayordomo mayor, contadores mayores, tesoreros, notarios y oficiales de la Casa Real, Corte, Cancillerías, alcaldes de ellas, y de los hijos-dalgo, escribanos de la Audiencia y demás oficiales que lleven salario y quitación real, en el ínterin que usaren los dichos oficios, y los criados del Príncipe heredero; los pleitos que trataren contra corregidor, alcalde ordinario, regidor u otro oficial de Cabildo o de pueblo que tenga jurisdicción sobre casos en que puedan ser convenidos durante su oficio; contra grandes, duques, condes, marqueses, personas poderosas y señores de vasallos, y contra Concejos, tienen caso de Corte los cabildos, monasterios, iglesias, hospitales, universidades, cofradías y colegios, y los relatores, abogados y procuradores, y oficiales de la Audiencia en cuanto a la cobranza de sus derechos y salarios. El pobre y persona miserable litigando con poderoso, el menor de 25 años siendo huérfano de padre, la viuda y la mujer soltera que vive honesta y recogidamente, la casada que tiene el marido inútil, pobre o desterrado o cautivo, como actores y reos, gozan del caso de Corte»; *vid.* LORENZO SANTAYANA BUSTILLO, *Gobierno político de los pueblos de España y el corregidor, alcalde y juez en ellos*. Estudio preliminar por Francisco Tomás y Valiente. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1979, pp. 154-155.

⁴⁹ «Los casos de Corte, unos son notorios; de modo que basta alegarlos, quales son las causas de Concejos, Universidades, Monasterios, Grandes, Titulados, Ministros, Alcaldes, y Corregidores»; véase, Ignacio JORDAN DE ASSO Y DEL RIO y Miguel de MANUEL Y RODRIGUEZ, *Instituciones del derecho civil de Castilla*. Imprenta de Ramón Ruiz, 5.ª ed., Madrid, 1792, pp. 281-282.

⁵⁰ El Letrado de los Reales Consejos, Eugenio de TAPIA, *Manual de práctica forense, en forma de dialogo, con el correspondiente formulario de pedimentos*. Imp. de los hijos de doña Catalina Piñuela, 4.ª ed., Madrid, 1832, pp. 429-430, facilita el formulario de demanda que recomendaba emplear en esta clase de caso de Corte: «F., en nombre de N., vecino de tal ciudad, ante V. A. como mas haya lugar en derecho, pongo demanda de propiedad del mayorazgo que fundó P. á S. su poseedor, y digo: que según acredita la escritura de fundacion que presento, llamo P. á su sucesion á B. y D., mediante lo cual, y á que por muerte de J. su último poseedor recayó en poderante como su hijo primogénito, V. A. en justicia se ha de servir declarar que le pertenece, condenando al referido S. en las costas, y á la restitucion de los frutos producidos desde el dia que le está detentado, pues debe hacerse así por lo que se va á exponer. (Se alega). Por tanto A V. A. suplico me admita esta demanda, y á su consecuencia, teniendo por presentada la escritura de fundacion, se sirva proveer, como se ha espresado en este escrito [...] Otrosi: mediante á que este pleito por su naturaleza es caso de corte notorio, A V. A. suplico, que declarándole por tal, se sirva expedir vuestra real provision de emplazamiento para que se le haga saber esta demanda. Pido como antes».

⁵¹ *Vid.* Apéndice documental 6.º

⁵² *Vid.* Apéndice documental 4.º

⁵³ «A la segunda especie de casos de Corte se ciñen los pleytos de pobres, que no tienen bienes muebles, ó raíces de valor de trescientos maravedís: las causas de menores de veinte y cinco años huérfanos de padres: las instancias de viuda honesta, cuya qualidad no necesitan justificar las Señoras ilustres, compitiendo á unas, y otros el caso de Corte, así demandando, conmo defendien-

prerrogativa, previamente precisaban justificar sumariamente⁵⁴ y en un plazo determinado⁵⁵, su condición ante el alto tribunal competente, sin que para ello fuese preciso citar a la parte contraria⁵⁶; o, en su defecto, acreditar tenerla reconocida en un juzgado inferior, en cuyo supuesto, para su validez, era necesario que un testigo llamado de «ordenanza» reconfirmara, en presencia del escribano del tribunal, que la cualidad esgrimida era cierta⁵⁷.

do sus derechos; las controversias de muger, que tiene á su marido desterrado, en presidio, ó inútil; los juicios de ciegos, mudos, encarcelados, peregrinos, é impedidos [...] los negocios de Mercaderes, que andan de Provincia en Provincia por el Reyno; las disputas contra vagabundos, ó personas, que no tienen domicilio fixo»; *vid.* ELIZONDO, *Práctica...*, cit., pp. 5-6. A mayor abundamiento, véanse Apéndices documentales 5.º, 7.º y 9.º

⁵⁴ Nueva Recopilación, IV, 2, 1: «Ordenamos y mandamos, que antes que el actor que viene al nuestro Consejo, o a qualquier de nuestras Audiencias, a mover pleito fe le de carta de emplaçamiento, fi viniere en perфона aya de prefentar fu demanda, y poner su cafo de Corte; y fi entiendo que puede provar fu demanda por efcrituras, las prefente luego con la informacion de cafo de Corte [...]». Asimismo, el Abogado de los Reales Consejos Alonso de VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, *Instrucción política, y práctica judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte y otros ordinarios del Reyno*. Impresor Antonio Pérez, Madrid, 1747, p. 26, da cuenta de esta exigencia al afirmar que «Los [...] cafos que no fon notorios, no bafta alegarlos, fino que es neceffario dár informaçion por la calidad de ellos».

⁵⁵ Nueva Recopilación, IV, 5, 1: «Otrofi, ordenamos y mandamos, que fi el reo quifiere poner excepciones [...] que la ponga y pruebe dentro de nueve dias, contados del fin del termino de la carta del emplaçamiento a que avia de venir [...] y que en efte mifmo termino el actor fea obligado a provar el cafo de Corte, falvo fi fuere notorio [...]». El citado término fue ampliado por la ley recopiladora, pues la misma se remitía al Ordenamiento de Alcalá, IV, ley única (Ordenamiento de Alcalá, en Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos antiguos de España*. Administración, Madrid, 1885, pp. 685-714), en donde se expresaba que el plazo de probanza era «fasta ocho dias». Esta misma prescripción pasó sin variación a la Novísima Recopilación, XI, 7, 1.

⁵⁶ «Quando se intenta el caso de Corte, no se puede proceder en la causa sin que primero conste serlo específicamente por informaçion, y prueba plena, y no semiplena, por resultar de ello perjuicio irreparable, sin que para ello sea necesario citar á la Parte, pues quando parezca á responder, puede alegar, y probar no ser el caso de Corte, y pedir se declare por no tal»; *vid.*, Juan de HEBIA BOLAÑOS, *Curia Philipica*. Imp. Ramón Ruiz, Madrid, 1797 (ed. facsímil Lex Nova, Valladolid 1989), t. I, 1.ª Parte, ep. 9, núm. 17, p. 51.

⁵⁷ Nueva Recopilación, I, 12, 25: «Mandamos, que quando alguno fe dize pobre, para fe efcufar de pagar derechos a los oficiales de las Audiencias, que bafta la informacion que de fu pobreza truxere de fuera parte, dando un testigo en la Audiencia, que concluya: con tanto, que le tome el efcrivano de la caufa». Idéntico mandato en Novísima Recopilación, XI, 7, 1. Asimismo, TAPIA, *Manual...*, cit., p. 54, confirma la pertinencia de ambas formas para acogerse a este privilegio, explicando que el interesado que pretenda «entablarle en los tribunales superiores, bastará que haga una prueba sumaria de la calidad porque lo solicita, aunque sea sin citacion de la parte contraria, siempre que preceda mandato del tribunal superior. Tambien puede presentarse en este con prueba sumaria hecha ante el juez inferior de su territorio, con tal que ante los jueces del tribunal superior sea examinado otro testigo diferente de los que depusieron en la informacion sumaria»; «el cual, –según Joaquín ESCRICHE, *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*. Imp. del Colegio Nacional de sordomudos y ciegos, voz: «Caso de Corte», 2.ª ed., t. I, Madrid, 1838, p. 665–se llama testigo de ordenanza». Por su parte, Francisco de Paula Miguel SÁNCHEZ, *El Foro Español, ó sea Nuevo Tratado teorico-practico del orden, modo y forma de proceder en los Tribunales de España*. Imp. de Don Tomás Jordán, Madrid, 1834, t. I, pp. 345-347, tomando como modelo la práctica seguida en la Chancillería de Granada, ofrece los distintos formularios que al expresado fin se usaban: «En las audiencias y chancillerías el que reclama á ellas [...] si son pobres solicitan se les ayude como tales, fundándose en que estan declarados por pobres [...] ante el inferior, ó desde luego presentan la justificacion practicada en la justicia, ó la ofrecen [...] Justificacion de testigos.

Asimismo, el ejercicio de este derecho estaba gravado con una serie de impedimentos. Unos atendían al objeto y naturaleza de la contienda judicial. Así, por estos conceptos, estaban excluidos los pleitos cuyo valor de la cosa controvertida fuera menor a una cierta cantidad, hasta alcanzar en el siglo XVI la cifra definitiva de diez mil maravedíes⁵⁸, o afectasen al fisco real⁵⁹ o fuesen juicios

En la ciudad de Granada, en tantos, el señor don F..., del consejo de S. M., oidor de esta corte, siendo señor semanero para esta informacion recibió juramento a don G..., teniente de capitán de la compañía de inválidos (ú otra) de esta ciudad, vecino de ella, y natural de..., quien lo hizo como se requiere puesta la mano sobre la cruz de su espada, y prometió decir verdad; y preguntado si conoce á H..., y sabe qué bienes disfruta, y cuánto le pueden redituár, dijo (se pone todo lo que declare concerniente, y concluye:) y por ello le conceptúa pobre de solemnidad, y que es la verdad bajo del juramento fecho, y que es de edad de tantos años. Lo firmó y rubricó su señoría, de que yo el escribano de cámara certifico (ó doy fé) [...]. Así se estienden las demas declaraciones de los otros testigos, haciendo el juramento segun su clase, y aun ante solo el escribano de cámara. Y el señor juez semanero en vista de ellas provee el auto siguiente: AUTO. Incontinenti el señor semanero, habiendo visto la informacion que antecede, mandó que por ahora, y sin perjuicio de los interesados, se ayude y defienda por pobre de solemnidad al presbítero B..., despachándole en el papel correspondiente; y lo rubricó su señoría, de que certifico. F... de tal... Cuando se decreta la informacion de solemnidad (que es de un solo testigo) [...] es así: Auto de sala. Entréguese á esta parte los autos que solicita por tantos dias; y haciendo la solemnidad, se le ayude y defienda por pobre por ahora. Proveido por los señores oidores de la audiencia y chancillería de S. M., que lo rubricamos. Granada tantos... El auto anterior se notifica á los procuradores; y el que pide la pobreza presenta un solo testigo ante el señor semanero, y se le toma la declaracion con el juramento de su clase conforme ya se ha hecho; y el señor semanero provee el auto igual al de la otra justificacion que vá sentado».

⁵⁸ El emperador Carlos I y su madre la reina Juana, en las Cortes de Madrid de 1534, elevaron de cuatro mil a seis mil maravedíes el límite cuantitativo mínimo para librar los pleitos por caso de Corte, disponiendo al efecto: «Otrosí, porque somos informados que a causa de llevar a las nuestras audiencias por caso de corte muchos pleytos de pequeña cantidad son vexados y fatigados nuestros súbditos, haziendo en seguimiento dellos muchas costas y gastos, por ende, por lo obviar en alguna manera, mandamos que como hasta aquí no podían yr a las dichas nuestras audiencias, pleytos de quantía de quatro mil maravedis abaxo, de aquí adelante dicha cantidad sea y se estienda de seis mil maravedis y dende arriba»; *vid.* Cortes de Madrid de 1534, pet. 128, en *Cortes de los antiguos reinos de León y Castilla*, Real Academia de la Historia, t. IV, Madrid, 1882, p. 624. Más tarde, el indicado mínimo fue revisado al alza en la Nueva Recopilación, V, 3, 11: «[...] que como antes de agora no podían ir a las dichas Audiencias pleitos de feis mil maravedis, y dende abaxo por nueva demanda, de aquí adelante no puedan ponerfe demandas de diez mil maravedis y dende abaxo, fino de diez mil maravedis arriba». A su vez, dicho límite de 10.000 mrs. es confirmado casi tres siglos más tarde, tal y como figura en la Novísima Recopilación, XI, 3, 5: «Porque somos informados, que á causa de llevar á las nuestras Audiencias por caso de Corte muchos pleytos de pequeña cantidad, son vexados y fatigados nuestros súbditos, faciendo en seguimiento dellos muchas costas y gastos; por ende, por lo obviar en alguna manera, mandamos, que como ántes de agora no podían ir á las dichas Audiencias pleytos de seis mil maravedís y dende abaxo por nueva demanda, de aquí adelante no puedan ponerse demandas de diez mil maravedís y dende abaxo, sino de diez mil maravedis arriba». Todo lo cual, provocó el rechazo de los prácticos, como se infiere de las palabras de José Marcos GUTIÉRREZ, *Librería de escribanos, abogados y jueces*. Imp. de D. Fermín Villalpando, 6.ª ed., t. IV, Madrid, 1825, p. 146, al advertir que «Esta cantidad debiera ser en el día bastante mayor, pues la ley cit. que la señala, es de los emperadores Don Carlos y Doña Juana, y se estableció en Madrid en el año de 1535; esto es, ha 268 años: desde cuyo tiempo acá por el incesante aumento de la moneda ha perdido mucho de su valor, de suerte que para poner demanda por caso de corte en la actualidad debería señalarse una cantidad equivalente á lo que valian 10 mil maravedis en el reinado de dichos emperadores».

⁵⁹ «Son muchos los casos, en que el de Corte no tiene lugar [...] como por exemplo, sobre pleytos de deudas á la Real Hacienda»; *vid.* ELIZONDO, *op. cit.*, p. 9.

ejecutivos, feudales o causas criminales⁶⁰. Otras excepciones eran de tipo personal, de tal suerte que quedaba vedada la sustanciación de la litis por caso de Corte cuando ambos colitigantes eran acreedores de este beneficio⁶¹ o cuando el que demandaba contra un privilegiado, que no había hecho valer su situación, no gozaba de ese derecho⁶²; sin embargo, el no beneficiado podía disfrutar de él si litigaba conjuntamente con uno que sí lo era⁶³, al prevalecer siempre el fuero privilegiado⁶⁴. Igualmente, también era aplicable dicha exceptuación cuando el potencial privilegiado, en lugar de interesar la declinación de jurisdicción en favor del tribunal superior, contestaba la demanda presentada ante el juez inferior⁶⁵. Por último, tampoco procedía la tramitación por caso de Corte en los supuestos de pobreza sobrevenida, ni cuando el litigante debía rendir cuentas de su administración ante el juez ordinario que se las había encomendado⁶⁶.

Finalmente, también fueron calificados de casos de Corte los pleitos civiles y criminales que, en el ejercicio de su cargo, instaban los magistrados de los órganos superiores de la justicia regia, notarios, escribanos y demás oficiales al servicio de la Corona⁶⁷. Igualmente, gozaban de la misma consideración proce-

⁶⁰ «No gozan del privilegio referido las personas expresadas [...] en las causas [...] ejecutivas, feudales, y criminales»; véase, FEBRERO, *Librería...*, cit., p. 46.

⁶¹ El CONDE DE LA CAÑADA, *op. cit.*, p. 496, con fundamento en la doctrina, confirma dicha exceptuación, indicando que los pupilos, en cuya clase se cuentan las personas miserables, «no pueden ser obligados á litigar fuera de su domicilio, aunque se intente en los casos de Corte por los que tengan este privilegio: porque no pueden usar de él contra los que le tienen igual, añadiéndose que el que gozan los unos, para no ser extraídos de su fuero, es negativo y prohibitivo, que influye con mayor eficacia que el positivo». Por su parte, ESCRICHE, *Diccionario...*, cit., voz: «Caso de Corte», p. 664, añade que este privilegio no tiene lugar «cuando el privilegiado quiere litigar con otro que tiene el mismo privilegio, segun aquel famoso axioma: El privilegiado no goza de su privilegio contra otro privilegiado cuando es uno mismo el privilegio». Por último, GUTIÉRREZ, *Librería...*, cit., t. IV, p. 146, matiza esta salvedad, indicando que no procede «en caso de que el actor sea mas misero é infeliz que el reo, pues entonces aquel será atendido».

⁶² Así lo recoge HEBIA, *Curia...*, cit., t. I, 1.ª Parte, ep. 9, núm. 16, p. 51, cuando, apoyándose en las Partidas, III, 4, 18, sostiene que «no goza de este privilegio el que no es privilegiado contra el que lo es, porque no se ha de convertir en su daño lo que fué introducido en su favor».

⁶³ «Si el negocio es individuo, y comun á dos, uno que goza del privilegio, y otro no, gozará éste tambien de él, v. g. quando es mayor de 25 años, y el otro huerfano menor, y ambos possen pro in diviso alguna cosa, ó les compete alguna accion, pues el mayor puede usar de ella en la Corte, al modo del menor»; véase, FEBRERO, *op. cit.*, t. I, 2.ª Parte, p. 47.

⁶⁴ «Si el negocio es individuo y comun á dos, esto es, á uno que goza del privilegio y á otro que no, gozará éste tambien de él, porque como ambos poseen pro indiviso les compete la misma accion, ademas que en este caso se ha de seguir el fuero del mas privilegiado»; *vid.* Pedro CARRILLO Y SÁNCHEZ, *Prontuario alfabético de legislación y práctica*, voz: «Caso de Corte». Boix, editor, Madrid, 1840, p. 48.

⁶⁵ «Ni tampoco gozan de dicho privilegio –comenta HEBIA, *op. cit.*, t. I, 1.ª Parte, ep. 9, núm. 15, p. 51– si se contexta la demanda ante el Juez inferior, sin declinar jurisdiccion».

⁶⁶ «No gozan del privilegio [...] cuando la persona miserable llega á serlo despues de contestado el pleito ante el juez ordinario, ni cuando tienen que dar cuenta pública ó privada; pues deben darla en donde y ante el juez que les encargó la administración»; *vid.* GUTIÉRREZ, *Librería...*, cit., t. IV, p. 146.

⁶⁷ FEBRERO, *op. cit.*, t. I, 2.ª Parte, pp. 44-45, explica que son casos de Corte las demandas «civiles, y criminales, que contra cualquiera personas, ò Concejos intentan los Señores del Consejo, Oidores, y Chancillería mayor, Mayordomo mayor del Rey, sus Contadores mayores (que oy llaman Ministros del Tribunal de la Contaduría mayor) Tesoreros, Notarios, y Oficiales de la Real Casa,

sal los pleitos dirigidos contra los oficiales reales de ámbito local, como corregidores, regidores, alcaldes⁶⁸, etc.; así como los interpuestos contra los miembros de la nobleza⁶⁹ y concejos, aunque el demandante también tuviera reconocido dicho privilegio⁷⁰. Con todo lo cual, el espíritu protector que inicialmente motivó el otorgamiento de esta prerrogativa procesal, a la postre, quedó desvirtuado, al agregarse otros beneficiarios procedentes de estamentos sociales superiores⁷¹.

En suma, a la vista de este breve recorrido histórico, se puede afirmar que, en los albores de la España Contemporánea, las reglas sobre competencia jurisdiccional eran sistemáticamente alteradas en beneficio de la justicia real, como consecuencia del gran número de litigios que, bien por la naturaleza del asunto a enjuiciar o bien por la condición del pleiteante, habían logrado la calificación de caso de Corte.

3. EL ITER LEGISLATIVO PARA LA DEROGACIÓN DE LOS CASOS DE CORTE

En España, el primer tercio del siglo XIX dejó tras de sí una estela de acentuada crisis general, especialmente alimentada por los devastadores efectos de la Guerra de Independencia y por el enconado enfrentamiento entre los partida-

Corte, y Chancillerías, Alcaldes de ésta, y de Hijosdalgo, Escribanos, y demás Oficiales, que en aquellas gozan sueldo del Rey, mientras ejercen sus oficios solamente, mas no sus Tenientes, y entre los referidos se comprenden los criados del Principe, que oy lo son del Rey, con destino de servidumbre à su quarto. Pero en quanto à los que gozan sueldo, y son criados del Rey, está mandado lo contrario por la ley 66, tit. 4. lib. 2 Recop. Cuyo cap. 4. dice al fin : Y asimismo revocamos lo dispuesto en la ley 9. tit. 3. lib. 4. por la qual nuestros criados pueden poner demandas en esta Corte, y mandamos las pongan en las partes donde conforme à Derecho se debiere, para que con ocasión de los pleitos no desamparen sus estados, ni continúen la asistencia en esta Corte». Respecto a este particular, Emilio BENITO, «La Real Junta del Bureo», en *Cuadernos de Historia del Derecho*, n.º 1, (1994), pp. 49-124: cita en p. 51, comenta que «desde el siglo XIII [...] se observa que los oficiales de la Casa Real se beneficiaban de una serie de privilegios en materia jurisdiccional, gozan de un fuero particular, reciben sus pleitos las consideración de casos de Corte [...] Con la consolidación del Tribunal de la Corte y la configuración de la sala de alcaldes del rey, se le fue atribuyendo el conocimiento privativo de las causas de los oficiales, lo que debió suscitar limitaciones y reservas».

⁶⁸ Vid. Apéndices documentales 3.º y 8.º

⁶⁹ «Privilegio VI. Que los Duques, Grandes, Condes, y Marqueses, tienen caso de Corte, para ser reconvenidos en los Tribunales Superiores, y no ante las Justicias Ordinarias»; vid. Joseph BERNI Y CATALÁ, *Creacion, antigüedad y privilegios de los Titulos de Cafilla*. Imp. del Autor, Valencia 1769, p. 102.

⁷⁰ «Asimismo son casos de corte los pleitos contra el corregidor, alcalde ordinario, regidor ú otro oficial del concejo del pueblo en que ejercen sus oficios, sobre los casos en que según derecho pueden ser reconvenidos durante ellos; y contra grandes, duques, condes, marqueses, señores poderosos que nombran jueces, y tambien contra concejo, aunque el demandante sea otro, ó persona a quien compete el privilegio de caso de corte»; vid. GUTIÉRREZ, *Librería...*, cit., t. IV, p. 145.

⁷¹ BOUZADA, *El privilegio...*, cit., p. 230, comenta que con el fin de «reafirmar la potestad del monarca [...] se incluyen entre los privilegiados personajes nuevos, muy ajenos al espíritu de misericordia cristiana que había determinado el nacimiento de los privilegios de las viudas, huérfanos y otras personas desamparadas».

rios de la monarquía absoluta, liderados por Fernando VII, y los defensores del nuevo ideario liberal que proclamaba la Constitución de Cádiz. Aunque en su transcurso, salvo los malogrados conatos de 1812 y del Trienio Constitucional, predominó la política de corte absolutista, lo cierto es que a su término quedaron irreversiblemente sentadas las bases que acabarían quebrando el orden jurídico del Antiguo Régimen; lo cual facilitó la posterior y definitiva incorporación de nuestra Nación al tren de la contemporaneidad⁷².

Debido a dicha azarosa coyuntura, los juicios librados por caso de Corte se mantuvieron vigentes en los foros judiciales de España⁷³ hasta que, una vez concluso el reinado de Fernando VII, el liberalismo español consigue dar curso efectivo a la implantación del nuevo sistema judicial⁷⁴. No obstante esto, la idea de suprimir del ordenamiento jurídico los casos de Corte había sido concebida, previamente, en el contexto reformista surgido en el seno de las Cortes de Cádiz. En efecto, entre los cambios que fueron proyectados por los liberales gaditanos estaba el de configurar una nueva organización judicial; para lo cual era preciso desactivar el régimen preexistente, estructurado conforme a la voluntad real; y, en su lugar, instituir otro fundado en el nuevo principio de separación de poderes y en la exclusividad del Estado sobre la función jurisdiccional⁷⁵; y ello, orientado, entre otros fines, al logro de la igualdad ante el Derecho mediante el establecimiento de la unidad de fuero, en sustitución de la multiplicidad de jurisdicciones, y de la uniformidad legal, a fin de proscribir las situaciones de privilegio y las viciadas prácticas judiciales del Antiguo Régimen⁷⁶.

⁷² Rafael SÁNCHEZ MANTERO, *Fernando VII*. Alianza Ediciones, Madrid 2001, pp. 219-222.

⁷³ A fin de mejorar el estado de la legislación, Carlos IV mandó promulgar, por Real Cédula de 15 de julio de 1805, la Novísima Recopilación de las leyes de España; en cuyo texto se reitera la vigencia de los casos de Corte, en los términos siguientes: «Defendemos, que ninguno de los vecinos de las nuestras ciudades, villas y lugares puedan ser emplazados para ante los nuestros Alcaldes de Corte y Chancillería fuera de las cinco leguas en las causas civiles, sin que primeramente sean demandados ante los Alcaldes de su fuero, y oídos y vencidos por Derecho; y que no valan nuestras cartas que en contrario fueren dadas, salvo en aquellos casos que se deben librar en nuestra Corte y Chancillería, que son segun estilo antiguo: muerte segura; muger forzada; tregua quebrantada; casa quemada; camino quebrantado; traicion, alevé; riego; pleyto de viudas, y huérfanos, y personas miserables; ó contra Corregidor ó Alcalde ordinario, ó otro Oficial del tal lugar, y sobre caso en que pueda ser convenido durante el tiempo de su oficio»; Cfr: Novísima Recopilación, XI, 4, 9.

⁷⁴ El esquema originario que marcaría la nueva organización judicial fue concebido en las Cortes de Cádiz, con el claro afán de erradicar el vigente modelo absolutista, al punto que, como advierte Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, «La Justicia», en M. ARTOLA (dir.), *Enciclopedia de Historia de España, II. Instituciones políticas. Imperio*. Actas Editorial, Madrid, 1995, p. 401, «la concepción de la justicia forjada por los primeros liberales devino el eje al que en último término hay que referir [...] las reformas judiciales que se sucedieron en el curso del siglo XIX». No obstante, los avatares políticos que caracterizaron el primer tercio del siglo XIX español, impidieron que el proyecto gaditano se hiciera realidad. Y ello, hasta que, tras el fallecimiento de Fernando VII, comenzaran a consolidarse los fundamentos del Nuevo Régimen. Para más detalle, véase, Miguel A. APARICIO, *El status del Poder judicial en el constitucionalismo español (1808-1936)*. Universidad de Barcelona, Barcelona, 1995, y en especial pp. 45-59.

⁷⁵ Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, «Administración de Justicia», en Javier FERNÁNDEZ Sebastián y Juan Francisco FUENTES (dirs.), *Diccionario político y social del siglo XIX español*. Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 67-74.

⁷⁶ GONZÁLEZ ALONSO, *op. cit.*, pp. 402-404.

En concordancia con los expresados principios rectores, los defensores de la imperante ideología liberal entendieron que el nuevo orden judicial era incompatible con el mantenimiento de los casos de Corte⁷⁷; pues, según argumentaba la literatura jurídica decimonónica, esa clase de pleitos era propia de épocas anteriores donde la influencia de los poderosos solía poner en peligro la independencia de los jueces inferiores y, por lo tanto, los derechos de los litigantes más desvalidos⁷⁸.

Aquí, pues, vemos esbozada la primera explicación sobre las causas de su derogación. Para comprobar si se esgrimieron otras, seguidamente, nos adentraremos en el recorrido legislativo que desembocó en su total abolición.

3.1 LA SUPRESIÓN FALLIDA

Ante el vacío de poder acaecido tras la invasión napoleónica, en España cristaliza la formación de unas Juntas Provinciales que se organizan para detener el avance francés. El éxito obtenido en la batalla de Bailén y la subsiguiente liberación de una gran parte de la Península, propició la idea de formar un órgano central, superior y coordinador. A tal fin, el 25 de septiembre de 1808 se constituye en Aranjuez la Junta Central Suprema Gubernativa del Reino⁷⁹. Sin embargo, los avatares de la Guerra recomendaron el posterior traslado de la Junta a Sevilla. En esta ciudad la Junta Central, en fecha 22 de mayo de 1809, publica el Decreto sobre restablecimiento y convocatoria de Cortes, acordando tres decisiones, a saber: proceder a la citada convocatoria de Cortes; nombrar una Comisión encargada de preparar los trabajos de la Junta; y efectuar una consulta a las principales personalidades e instituciones del país sobre una serie de cuestiones y, entre ellas, respecto a los «Medios de mejorar nuestra legislación, desterrando los abusos introducidos y facilitando su perfección»⁸⁰.

En desarrollo del segundo acuerdo, el 8 de junio de 1809, se instaure la Comisión de Cortes, la cual solicita permiso de la Junta Central para crear

⁷⁷ Así lo confirma Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pp. 340 y 407, al señalar que la base de la reforma del sistema judicial que diseñó el primer liberalismo se asentó en «la extinción de los casos de Corte y la finalización de todos los pleitos en el territorio de las Audiencias», para ello, «el sistema constitucional introdujo importantes cambios...se abolieron los casos de Corte, dando con ello un voto de confianza a los jueces de primera instancia y permitiendo, además, la finalización de todos los negocios en el territorio de los tribunales territoriales».

⁷⁸ ESCRICHE, *Diccionario...* cit., voz: «Caso de Corte», (1838), t. I, p. 665, comenta que este privilegio se estableció «en un tiempo en que los jueces de primera instancia estaban sujetos á la influencia de los señores de los pueblos, y era de temer que no administrasen la justicia con imparcialidad á favor de los desvalidos». Idéntica explicación se encuentra en Bernardo HERBELLA DE PUGA, *Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia*. Imp. de la Viuda é Hijos de Compañel, 2.ª edición, Santiago, 1844, pp. 5-6.

⁷⁹ Para más detalle, véase Miguel ARTOLA, *Los orígenes de la España Contemporánea*, t. I. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 149-256.

⁸⁰ Cfr. Manuel FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario español*, t. II. Imp. de los Hijos de J. A. García, Madrid, 1885, pp. 559-561.

varias comisiones auxiliares. Al amparo de la autorización que obtiene, en septiembre del mismo año se forma la denominada Junta de Legislación con la colosal misión de revisar la totalidad del ordenamiento jurídico, a fin de proponer las reformas que considerase necesarias⁸¹. Para llevar a cabo este trabajo, concebido desde la óptica del reformismo ilustrado, se dicta una Instrucción donde se fijaban los términos del encargo. Así, entre las directrices dadas, se ordenaba a la Junta de Legislación que pusiera «particular cuidado en el examen de las Leyes que pertenecen a la autoridad judicial y a su ejercicio así como a la forma y orden de los juicios, en lo cual no menos que en la observancia de las Leyes deben hallar protección y seguridad los ciudadanos» y, además, se le instaba a buscar «los medios de restablecer esta unidad de jurisdicción y los de abolir de una vez todos los fueros privilegiados que la destruyen»⁸².

La Junta comienza sus sesiones el 4 de octubre de 1809, y es concretamente al mes siguiente, esto es, en la reunión del día 5 de noviembre, cuando pone de manifiesto su decisión de abandonar el plan de trabajo original y, en su lugar, de conformidad con los principios inspiradores del liberalismo radical, centrar su atención en la elaboración de las bases de un proyecto de Constitución⁸³.

Disuelta la Junta Central en enero de 1810, el Consejo de Regencia que le sucedió ordenó en junio, después de estudiar los dictámenes en respuesta a las consultas realizadas, la celebración de las elecciones pertinentes con el fin de activar la reunión de las Cortes⁸⁴. El 24 de septiembre de 1810 se congregan en la Isla de León los diputados electos y, entre las primeras medidas que se adoptaron, se propuso que la elaboración de una Constitución era uno de los objetos fundamentales del Congreso. En su cumplimiento, en la sesión del día 23 de diciembre del mismo año se aprobó la Comisión de las Cortes que debía encargarse de la formación del Proyecto de Constitución⁸⁵.

La Comisión de Constitución tomando como base los trabajos que, bajo la dirección e impulso del vocal Ranz Romanillos⁸⁶, se habían elaborado en el seno de la Junta de Legislación, comienza oficialmente sus sesiones en marzo de 1811⁸⁷. Transcurridos cuatro meses de provechosas deliberaciones, la

⁸¹ FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, «Génesis de la Constitución de 1812», *AHDE*, t. LXV, 1995, pp. 11-125, realiza en este trabajo un pormenorizado estudio sobre la labor que desempeñó la Junta de Legislación como paso previo a la formación de la Constitución de Cádiz.

⁸² *Ibidem*, p. 105.

⁸³ *Ibidem*, pp. 88-90.

⁸⁴ MANUEL MORÁN ORTI, «La formación de las Cortes (1808-1810)», en Miguel ARTOLA (ed.), *Las Cortes de Cádiz*. Marcial Pons, Madrid, 1991, pp. 13-36.

⁸⁵ FEDERICO SUÁREZ, *Las Cortes de Cádiz*. Ediciones Rialp, 2.ª ed., Madrid 2002, pp. 94-102.

⁸⁶ Antonio Ranz Romanillos, a pesar de su pasado al servicio de José Bonaparte, fue un destacado miembro de la Junta de Legislación, a quien se le viene atribuyendo la redacción de gran parte del proyecto constitucional. Para más datos sobre este singular personaje, consúltese José Antonio PÉREZ-RIOJA, *El helenista Ranz Romanillos y la España de su tiempo (1759-1830)*. Centro de Estudios Sorianos, Madrid, 1962.

⁸⁷ María Cristina DIZ-LOIS, «Estudio preliminar» a *Actas de la Comisión de Constitución (1811-1813)*; Seminario de Historia Moderna (Universidad de Navarra), Federico SUÁREZ (coord.). Ediciones del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, pp. 9-68. Tras un enjundioso análisis previo, en esta obra se transcribe el contenido de las actas que recogen las deliberaciones de la Comisión de Constitución.

Comisión en su reunión de 22 de julio decide que debía acompañar al Proyecto un Discurso o Preámbulo razonado que fuera digno de tan importante obra. Dicha labor, seguidamente, es encomendada a los vocales Espiga y Argüelles⁸⁸. Si bien la opinión generalizada señala al secretario de la extinta Junta de Legislación, esto es, el diputado Agustín de Argüelles, como el autor del encargo⁸⁹, lo cierto es que el Discurso Preliminar fue concebido como una obra colectiva de la Comisión, en cuya redacción, sin duda, tuvo un papel predominante Argüelles⁹⁰.

El texto del Discurso en cuestión fue elaborado y aprobado en tres partes, a medida que el articulado del Proyecto de Constitución iba avanzando. En concreto, a nuestro estudio le interesa indagar en la segunda parte, dedicada a las deliberaciones del Título V, relativo al poder judicial, que se inicia el 23 de agosto y finaliza el 5 de noviembre de 1811, con la lectura y aprobación del mentado título y de la parte correspondiente del Discurso Preliminar⁹¹. Así, entre ambas fechas es destacable la sesión del día 13 de septiembre, en la que, además de otros preceptos, se aprueban dos perfilando el nuevo ámbito de la competencia jurisdiccional de las Audiencias⁹². Sin embargo, el tenor dado a esos artículos no debió satisfacer a la Comisión, ya que en la junta del día 27 del mismo mes vuelve a incidir sobre dicho particular, encargando al señor Romanillos una nueva redacción en la que quedara claro «que toda primera instancia tendrá lugar en un juzgado inferior, y por consiguiente la apelación y súplica podrán siempre verificarse en las Audiencias territoriales, de modo que allí se fenezcan todos los pleitos»⁹³. En su cumplimiento, en la siguiente reunión, celebrada el 30 de septiembre, quedan concretadas las facultades de las Audiencias en los términos que siguen:

«Artículo 263. Todas las causas civiles y criminales se terminarán dentro del territorio de cada Audiencia.

⁸⁸ Cfr. *Actas...*, cit., p. 146.

⁸⁹ Alberto GIL NOVALES, *Diccionario biográfico de España (1808-1833): de los orígenes del liberalismo a la reacción absolutista*. Fundación Mapfre, voz: «Argüelles Álvarez, Agustín», vol. 1, Madrid, 2010, pp. 233-235, indica expresamente que fue «uno de los principales redactores de la Constitución de 1812, y autor de su Discurso Preliminar, aunque se publicó anónimo».

⁹⁰ Agustín de ARGÜELLES, *Discurso preliminar de la Constitución de 1812*; con una introducción de Luis Sánchez Agesta. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 19-35.

⁹¹ SUÁREZ, *Las Cortes...*, cit., p. 100.

⁹² Cfr. *Actas...*, cit., p. 182.

⁹³ «Incidentalmente se tocó en la discusión un punto ya considerado por la Comisión en otras ocasiones, a saber, que los jueces inferiores de letras administrarán sólo la justicia en sus partidos [...] De este sistema se deduce otra consecuencia, a saber, que toda primera instancia tendrá lugar en un juzgado inferior, y por consiguiente la apelación y súplica podrán siempre verificarse en las Audiencias territoriales, de modo que allí se fenezcan todos los pleitos [...] puesto que siempre han de empezar los pleitos en los juzgados subalternos y pasar de allí, por la apelación y súplica, a las Audiencias [...] se acordó [...] poner, cuando se habla de las Audiencias, un artículo en que se exprese que sus facultades son conocer por apelación y súplica de las causas que haya sentenciado el inferior y sean apelables. El señor Romanillos quedó encargado de traer este artículo extendido»; *vid. ibidem*, p. 188.

Artículo 264. Pertenecerá a las Audiencias conocer de todas las causas civiles de los juzgados inferiores de su demarcación en segunda y tercera instancia; y lo mismo de las criminales según determinen las leyes»⁹⁴.

Aunque estos preceptos no hacían mención alguna a los casos de Corte, en realidad estaban estrechamente relacionados con su futuro, pues su aprobación trajo como consecuencia su posterior eliminación del ordenamiento jurídico. En efecto, el 29 de octubre de 1811 se da por concluida la revisión del Título V (*De los tribunales y de la administración de justicia*) y se ordena redactar la parte correspondiente del Discurso Preliminar, y el día 5 del siguiente mes son leídos y aprobados ambos textos por la Comisión⁹⁵. Así, como resultado de las expresadas deliberaciones, quedaron fijadas, a través del Discurso Preliminar, las explicaciones oficiales que fundamentaron la decisión de su derogación, a saber:

«La Comisión establece que todas las causas asi civiles, como criminales, hayan de terminarse dentro del territorio de cada Audiencia [...] La primera alteración que resulta de este sistema es la supresión de todos los casos de corte. Si se examina con atención el origen de este privilegio, no puede menos de hallarse que el principal motivo de su establecimiento fué muy laudable. El poderoso influxo de los señores territoriales, de las jurisdicciones exentas, y el riesgo de ser atropelladas las personas desvalidas por su edad, ú otras circunstancias, siempre que tuviesen que litigar con tan temibles adversarios ante los jueces ó alcaldes ordinarios, hizo indispensable que se las protegiese, concediéndoseles el derecho de no poder ser reconvenidas sino en los tribunales superiores. La liberalidad de los reyes, la ambicion y vanidad de cuerpos y particulares, hizo extensivo este privilegio á los que no necesitaban de aquella protección. La nueva ley fundamental que se establece sentando por principio la igualdad legal de los españoles, la imparcial proteccion que á todos dispensa la Constitución, y los medios que sanciona para afianzar la observancia de las leyes, hace inútil é inoportuno el privilegio de caso de corte»⁹⁶.

Como es evidente, este pasaje del Discurso constituye un fiel testimonio de los fundamentos empleados por los diputados gaditanos para justificar la derogación de los casos de Corte. Así, conforme se infiere de su tenor, la Comisión, obviando cualquier otra explicación, centra la razón de su creación sólo en su faceta tuteladora de los derechos de los litigantes desfavorecidos; para, seguidamente, argumentar que la generalización de esta prerrogativa procesal acabó por desnaturalizar el noble origen de la institución. Lo cual colisionaba con el principio de igualdad jurídica que, en concordancia con el ideario liberal, con-

⁹⁴ *Ibidem*, p. 189.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 199.

⁹⁶ *Cfr. Continuación del Proyecto de Constitución Política de la Monarquía española, presentado a las Cortes Generales y Extraordinarias por su Comisión de Constitución. Contiene la parte relativa a la potestad judicial*. Imprenta Real, Cádiz, 1811, pp. 8-9.

sagraba la Constitución⁹⁷, así como con la nueva planta que se había diseñado para el ejercicio de la potestad judicial⁹⁸.

Prosiguiendo con su curso legislativo, señalar que, en fecha 6 de noviembre de 1811, los referidos textos fueron leídos ante el pleno de las Cortes; acordándose, a continuación, su inmediata impresión para proceder luego a su discusión⁹⁹. También en este trámite parlamentario los casos de Corte fueron objeto de atención por parte de los constituyentes de Cádiz. La primera vez que ello ocurre es en la sesión del día 28 de noviembre, con ocasión del examen del art. 261 del proyecto de Constitución¹⁰⁰ (antiguo 263 de las actas de la Comisión y definitivo 262 del texto final), al entender el diputado por Valencia, José Martínez¹⁰¹, que la referencia a la supresión de los casos de Corte, que figuraba en el Discurso Preliminar, debía completarse incluyendo en el texto de la Constitución su expresa derogación; para lo cual, proponía agregar a este precepto la frase «quedando suprimidos los casos de córte». Contra esta proposición replicó Argüelles, manifestando que la adición era innecesaria, ya que al disponer dicho artículo que los pleitos terminaban en el territorio de cada Audiencia, implícitamente se presuponía que los casos de Corte quedaban abolidos¹⁰². Esta

⁹⁷ Uno de los principios fundamentales en los que descansó la Constitución de 1812 fue en el de igualdad ante la ley. Sin duda, a ello contribuyó la difusión del «*Discurso sobre el origen de la desigualdad humana*» de Rousseau, como lo evidencia el hecho de que una de las primeras medidas que adoptó el legislador gaditano fuera la promulgación del Decreto de 6 de agosto de 1811, acordando la supresión del régimen señorial y, por ende, el cese de todos los jueces señoriales. De esta opinión participan Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Historia del constitucionalismo español*. Instituto de Estudios Políticos, 2.ª ed., Madrid, 1964, p. 70, y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas. (Un análisis histórico-jurídico)*, Civitas, 4.ª ed., Madrid, 1992, pp. 86-87.

⁹⁸ La nueva estructura judicial doceañista estaba organizada jerárquicamente. De tal suerte que en el nivel inferior figuraría, en cada partido judicial (previa demarcación), un juez de letras «acreditado por su ciencia», con competencia para dirimir en primer grado todos los pleitos civiles y criminales que se entablaran en el territorio de su partido; en el escalón superior estarían las Audiencias (desapareciendo como tales las Chancillerías), concebidas como tribunales superiores territoriales, con idénticas facultades todas ellas para enjuiciar en segunda y tercera instancia los litigios civiles y criminales resueltos por los jueces letrados; y en el vértice superior, se situaría el Supremo Tribunal de Justicia, competente para conocer los recursos de nulidad interpuestos contra los fallos dictados en última instancia. Una síntesis completa sobre la planta judicial gaditana puede verse en Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, «La constitucionalización de la justicia (1810-1823)», *apud* Marta LORENTE SARIÑENA (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 169-207.

⁹⁹ *Cfr.* *Diario de las Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, núm. 400, de 6 de noviembre de 1811, p. 2219.

¹⁰⁰ «Art. 261. Todas las causas civiles y criminales se fenecerán dentro del territorio de cada Audiencia»; *vid.* *Continuación del Proyecto...*, *cit.*, p. 20.

¹⁰¹ El Auditor general de Departamento, Asesor de Alzadas y Suplicaciones de las causas del Consulado de Valencia y su Reino, don José Martínez García, había sido elegido diputado en las Cortes de Cádiz por el reino de Valencia; *vid.* SUÁREZ, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰² «El Sr. Argüelles: La reflexion del Sr. Martínez es muy buena para un decreto, no para un artículo de la Constitution. Ya se entiende que no habrá casos de corte, supuestas las tres instancias [...] y que éstas se han de terminar dentro del territorio de cada Audiencia. Decir en la Constitution que no habrá casos de córte, seria poner un articulo que, dentro de pocos años, seria puramente histórico. La Constitution realmente debe contener lo que se ha de observar en todos tiempos; lo

argumentación fue suficiente para que, en la sesión del día siguiente, las Cortes aprobaran el precepto debatido sin introducir la pretendida añadidura¹⁰³.

No obstante esto, el debate más intenso y enriquecedor sobre la conveniencia de erradicar los casos de Corte se produjo con la deliberación del art. 262 del proyecto de Constitución¹⁰⁴ (antiguo 264 de las actas de la Comisión y definitivo 263 del texto final). En concreto, dicha discusión se desarrolló durante las sesiones de los días 1 y 2 de diciembre de 1811, y participaron en ella cuatro diputados. Así, en defensa de la persistencia de los casos de Corte lo hicieron, por el Principado de Cataluña, el Maestre Escuela de la Catedral de Lérida y Canciller de la Universidad de Cervera, Ramón Lázaro de Dou y, por el reino de Sevilla, el Abogado Francisco Gómez Fernández; y en apoyo de su derogación intervinieron, por la provincia de Granada, el Oidor de la Real Audiencia de Cataluña y agregado de la de Sevilla, Domingo Dueñas y Castro y, por la Junta Superior de Sevilla, el Fiscal togado del Tribunal extraordinario de Seguridad pública de Sevilla, José Morales Gallego¹⁰⁵.

La reseñada discusión parlamentaria comenzó el día 1 de diciembre con la lectura del precepto a aprobar. Seguidamente intervino el diputado Dou, quien, en defensa del mantenimiento de los casos de Corte, argumentó su postura, alegando que el artículo a debatir iba «contra las ideas liberales que se pretenden adoptar», pues esta antigua institución se había creado para defender a las «personas miserables» de «la prepotencia del poderoso» y, por tanto, de su influencia sobre los jueces inferiores. Asimismo, en apoyo de su tesis, puso de manifiesto sus dudas respecto a la independencia de los nuevos jueces de partido, dado que para administrar justicia, además de «virtud y sabiduría», se precisaba contar con la «autoridad y poder» que tenían las Audiencias. Para concluir su alegato, tras advertir que el nuevo sistema dilataría más la sustanciación de los juicios, ya «que autorizado el caso de córte se ahorra una instancia», reiteró su «parecer de que no dejen de admitirse los casos de córte», sin perjuicio de las reformas que fuesen precisas hacer para evitar los abusos en su tramitación. A continuación, y en la misma línea, el diputado Gómez Fernández expuso sus razonamientos a favor de la pertinencia de los casos de Corte, cuando menos, para los litigios que enfrentasen «pobres [...] con poderosos», puesto que este privilegio no infringía el principio de igualdad jurídica que proclamaba la Constitución, al no constituir «parcialidad reprobada», sino el «auxilio y socorro que se debe al pobre y desvalido». Gómez Fernández puso fin a la sesión poniendo en tela de juicio la capacidad de los jueces del lugar para conocer los pleitos de las personas miserables; y ello, porque los tribunales superiores gozaban «del estudio especulativo y práctico» que los hacían «recomendables en todas materias» y, además, porque «en ellos es donde

que dispone supone la derogación de todo lo que es contrario»; véase, *Diario de las Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, núm. 422, de 28 de noviembre de 1811, p. 2343.

¹⁰³ Cfr. *Diario de las Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, núm. 423, de 29 de noviembre de 1811, p. 2352.

¹⁰⁴ «Art. 262. Pertenece a las Audiencias conocer de todas las causas civiles de los juzgados inferiores de su demarcación en segunda y tercera instancia, y lo mismo de las criminales, según lo determinen las leyes»; *vid. Continuación del Proyecto...*, cit., p. 20.

¹⁰⁵ SUÁREZ, *op. cit.*, pp. 32-33 y 39.

están los abogados de nota, y procuradores que pueden despachar dichas causas y negocios como corresponde». Sin embargo, en los juzgados inferiores no hay «nada de esto» y predominan «muchos enlaces é ignorancias» que acaban por oscurecer «la verdad en dichos asuntos»¹⁰⁶.

La discusión parlamentaria se reanudó el día siguiente, esto es, el 2 de diciembre de 1811, tomando la palabra el diputado Dueñas, quien, en apoyo de la supresión de los casos de Corte, alegó que para dilucidar en debida forma esta cuestión era preciso recordar que, además de las personas miserables, «Gozan de caso de córte los grandes, títulos, barones y personas poderosas que ponen de su mano

¹⁰⁶ «Continuándose la discusión sobre el proyecto de Constitución [...] Leyóse en seguida el art. 262 [...] El Sr. Dou: [...] este artículo [...] es contra las ideas liberales que se pretenden adoptar. Los Emperadores romanos, y á su imitación los Reyes y Príncipes, dijeron: si un pobre [...] tiene que litigar con un poderoso, yo mismo con los de mi Consejo Supremo quiero conocer de la causa, á fin que [...] no quede la parte pobre perjudicada [...] Estos son los que se llaman casos de córte; y en cuanto á los mismos, voy á probar lo que he indicado. La avocacion de causas de personas miserables favorece conocidamente á la humanidad, y contribuye á contener la prepotencia del poderoso: en todos los pueblos hay caciques y personas de particular influjo y predominio, que de muchos modos pueden oprimir y oprimen, aliándose con el magistrado, ó con los que pueden tener influjo. Ayer oí á algunos señores que no debía ser mayor la presuncion de virtud y sabiduria del tribunal de la Audiencia, que la del juez ordinario [...] No solo se necesita para el fin de lo que se trata virtud y sabiduria [...] es menester autoridad y poder: ¿y cómo puede dudarse que uno y otro se halla, ó es mucho mayor en una Audiencia que en el alcalde de la cabeza de partido? [...] Mucho más manifiesto es que el derecho que se pretende introducir favorece más las largas del pleito: bien claro es que autorizado el caso de córte se ahorra una instancia, y que con dos estaria concluido [...] con lo mismo es patente el ahorro de costas, que siempre son mayores, cuanto mayor sea el número de las instancias [...] por esto [...] soy de parecer de que no dejen de admitirse los casos de córte, sin oponerme á alguna modificación en cuanto al título de pobreza, de que se ha abusado para la avocacion de las causas. El Sr. Gómez Fernández: Señor, si en el día se tratase solo de suprimir [...] algunos casos de corte [...] no molestaria yo la superior atencion de V.M [...] Pero extendiéndose generalmente á todos los casos de córte, y por consiguiente hasta los pertenecientes [...] á los pobres [...] aun litigando con poderosos [...] entiendo que faltaria [...] al cumplimiento de la [...] obligacion que ha puesto sobre [...] mis cortos talentos la Nacion española [...] si callara, y [...] no manifestara mi dictámen en una materia tan importante [...] contra el bien comun del Reino [...] ni los casos de córte contienen cosa que se oponga á la ley de Dios [...] ni últimamente contra bondad conocida [...] las razones de que se vale la comision de Constitución en su citado prólogo [...] hacen ver su equivocación [...] la razon primera de la ley fundamental de igualdad legal [...] con esta [...] han sido siempre compatibles los casos de córte [...] porque [...] no constituyen parcialidad reprobada, sino es auxilio y socorro que se debe al pobre y desvalido [...] En vano se recurre á que los jueces inferiores sean tan sabios y prudentes como los de los tribunales superiores, porque aunque tengan el mismo talento que estos, carecen del estudio especulativo y práctico [...] que los hacen recomendables en todas materias [...] En todos tiempos han mirado estos con tanta atencion los casos de córte; tanto por razon de la gravedad de las causas y arduidad de los negocios, como por la de personas miserables, que habiéndolos reservado á sus Consejos por el bien de ellos y de todo el Reino, atendiendo á que esto podia tener alguna retardacion, para evitarla [...] se mandó [...] se conociese de ellos en las Audiencias y Chancillerias, donde verdaderamente pueden ser despachados como corresponden, no solo por ser tribunales colegiados [...] sino es tambien porque en ellos es donde están los abogados de nota, y procuradores que pueden despachar dichas causas y negocios como corresponde, y no puede suceder ante el juez del lugar, donde por no haber nada de esto, y sí muchos enlaces é ignorancias, se oscurece la verdad en dichos asuntos [...] De que resulta el que tales fechos como estos no sean escarmentados, y se conviertan en daño del Rey, y comunalmente de todo el pueblo de la tierra, que fué lo que trató de evitar la ley de Partida que estableció los casos de córte»; véase, *Diario de las Sesiones de las Cortes generales y extraordinarias*, núm. 425, de 1 de diciembre de 1811, pp. 2358-2360.

justicia; los corregidores, alcaldes ordinarios, regidores y oficiales del cabildo que tengan jurisdicción por su oficio; los relatores, abogados, procuradores y oficiales de las Audiencias cuando demandasen sus honorarios ó derechos; los cabildos, monasterios, iglesias, hospitales, cofradías, universidades y colegios, los criados del Rey [...] Tambien á las cosas se concedió caso de córte, pues la tienen los bienes de mayorazgo ó vinculados, y las causas en que se trata sobre haber del Rey, sean civiles ó criminales». Por todo lo cual, estaba conforme con la derogación pero, como lo importante era garantizar la protección de las personas miserables, había que buscar, en su lugar, algún remedio eficaz para «defenderlas de la opresión de las poderosas». Finalmente el diputado Morales Gallego cerró el turno de intervenciones, dando su aprobación al precepto debatido y, por tanto, alineándose a favor de la derogación de los casos de Corte, porque «quererlos sostener por nuestro antiguo régimen [...] es volver al vómito, y descuidar lo principal», esto es, la implantación de un sistema judicial «con mejor orden y método», en donde un juez de letras sería competente, en primera instancia, para conocer todos los pleitos que se dirimieran en su partido, incluidos los de las personas miserables; lo cual, no perjudicaría a esta clase de litigantes, pues «Todo juez por obligación debe proteger la inocencia y la pobreza»¹⁰⁷.

¹⁰⁷ «Siguió la discusión del art. 262 del proyecto de Constitución. El Sr. Dueñas: [...] ayer [...] se introdujo la cuestion de si deberian subsistir ó derogarse los casos de córte [...] Deroga el artículo todos los casos de córte, que es la [...] cuestion; y para deducirla se hace preciso nombrar las personas á quien competen, pues ayer no se hizo mencion sino de las miserables, y debe hablarse de todas. Gozan de caso de córte los grandes, títulos, barones y personas poderosas que ponen de su mano justicia; los corregidores, alcaldes ordinarios, regidores y oficiales del cabildo que tengan jurisdicción por su oficio; los relatores, abogados, procuradores y oficiales de las Audiencias cuando demandasen sus honorarios ó derechos; los cabildos, monasterios, iglesias, hospitales, cofradías, universidades y colegios, los criados del Rey, los pobres y personas miserables litigando con alguna poderosa, el menor de 25 años siendo huérfano de padre, la viuda y doncella honestas, y tambien la muger casada, cuyo marido esté pobre ó inútil, desterrado ó cautivo. Tambien á las cosas se concedió caso de córte, pues la tienen los bienes de mayorazgo ó vinculados, y las causas en que se trata sobre haber del Rey, sean civiles ó criminales. Resulta, pues [...] que á dos clases de personas estan concedidos por las leyes los caso de córte; á las muy poderosas y á las muy miserables: para los primeros es distincion y honra, y para los segundos se cree amparo y proteccion: ¿pero les es de alguna utilidad esta proteccion? Este es el punto que podrá ilustrar mejor que yo alguno de los señores de la comision, ó de los más experimentados en esta clase de negocios; entre tanto, yo me contento con aprobar el artículo como se halla, rogando que cuando se trate del gobierno de los pueblos, se de á alguno de los magistrados políticos la atribucion especial de amparar á las personas miserables, y defenderlas de la opresion de las poderosas, para que puedan gozar real y efectivamente del beneficio que se les quiso dar con el caso de córte que por parecer inútil deroga la Constitución. El Sr. Morales Gallego: [...] Es de mucha utilidad que no queden los casos de córte. El quererlos sostener por nuestro antiguo régimen [...] es volver al vómito, y descuidar lo principal. Se ha sentado que este es un sistema nuevo; y querer impugnar un artículo de este proyecto con una práctica antigua, es dar por fundamento lo que se quiere destruir [...] Si la comision ha dicho que va á poner un sistema nuevo, y con mejor orden y método el plan del Poder judicial, ¿no es una cosa importuna venir con lo que las leyes mandaban y decian en contra? [...] los privilegios de esta clase solo sirven para aumentar la soberbia de los que los gozan. Debe mirarse si traerán más ventajas ó no. Yo no sé que los tribunales distantes puedan entender mejor de las causas distantes que presencia otro. Aun en las personas miserables se verá, si se contempla bien, que les tiene más cuenta el ser juzgados por jueces de primera instancia, pues lo demás es acarrearles gastos y atrasos de su justicia. Todo juez por obligación debe proteger la inocencia y la pobreza. En cada cabeza de partido habrá un juez de letras, y eso evi-

Tras este último alegato, el pleno de las Cortes aprueba el artículo; dándose, en consecuencia, por concluido el debate parlamentario sobre la conveniencia de erradicar los casos de Corte del ordenamiento jurídico. A partir de este momento su derogación efectiva corre igual suerte que el conjunto de las disposiciones aprobadas en las Cortes de Cádiz. Así, una vez concluida la discusión del Proyecto constitucional, el 19 de marzo 1812 la Constitución es jurada y proclamada; y con ello sancionadas todas las consideraciones que, sobre la supresión de los casos de Corte, habían quedado plasmadas en el Discurso Preliminar que precedía al texto constitucional. Asimismo, en concordancia con dichos postulados, el artículo 262 de la Constitución dispuso que «todas las causas civiles, y criminales se fenecerán dentro del territorio de cada Audiencia»¹⁰⁸. Y, en desarrollo de este mandato constitucional, el Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia de 9 de octubre de 1812 determinó que la labor jurisdiccional en primer grado correspondía a los jueces letrados de partido, limitando a las Audiencias el conocimiento en segunda y tercera instancia de todos los pleitos civiles y criminales que les remitieran los jueces de 1.ª instancia de cada distrito¹⁰⁹.

No obstante todo lo expuesto, lo cierto es que los casos de Corte continuaron en vigor en España durante el primer tercio del siglo XIX. Dos son las razones que explican esta circunstancia. En primer término, en la España bajo el control francés la continuidad se entiende, fundamentalmente, porque José I confirmó la vigencia de los casos de Corte¹¹⁰ dentro de su efímera organización judicial¹¹¹. Y, en segundo lugar, dicha persistencia también se comprende porque, acabada la guerra, Fernando VII retorna a España en 1814 y, tras anular la obra de las Cortes de Cádiz, restaura la legalidad absolutista. Igualmente, la experiencia del Trienio liberal tampoco aportó un cambio significativo, pues, aunque en este período la Constitución de 1812 estuvo en vigor, no hubo el

tará muchos inconvenientes. Señor, es necesario ver el nuevo sistema que se propone. Yo creo que por él se administrará mejor la justicia [...] Quedó aprobado el artículo»; véase, *Diario de las Sesiones de las Cortes generales y extraordinarias*, núm. 426, de 2 de diciembre de 1811, pp. 2361-2362.

¹⁰⁸ *Constitucion politica de la Monarquia Española. Promulgada en Cadiz á 19 de Marzo de 1812 (Precedida de un Discurso preliminar leído en las Cortes al presentar la Comision de Constitucion el proyecto de ella)*. Imprenta que fue de Garcia; Imprenta Nacional, Madrid, 1820 (ed. facsímil Biblioteca Nacional, Madrid, 2004).

¹⁰⁹ Decreto de 9 de octubre de 1812, *Reglamento de las Audiencias y Juzgados de primera instancia*; Cfr. Colección de los Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de mayo de 1812 hasta 24 de febrero de 1813, t. 3, pp. 98-121.

¹¹⁰ El esquema bonapartista preveía el establecimiento de nuevos órganos judiciales con una redistribución de competencias territoriales y funcionales también novedosa respecto al sistema vigente. Así, se dispuso que en cada subprefectura habría un tribunal de primera instancia, al que, entre otras competencias, se le asignaba el conocimiento en primer grado de «todas las demandas civiles [...] sin exceptuar los llamados casos de corte en nuestras leyes» (art. 49 del Real Decreto de 21 de junio de 1812); Cfr. Juan Miguel DE LOS RÍOS, *Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte*. Imp. de Ignacio Boix, Madrid, 1845.

¹¹¹ Para más detalle, véase José María PUYOL MONTERO, *La reforma judicial de José Bonaparte*, en *e-Legal History Review*, n.º 7, enero 2009 (disponible en <http://www.iustel.com/v2/revistas>).

suficiente tiempo para su desarrollo legislativo y, por tanto, cuando en 1823 los absolutistas regresan al poder, sin mayores dificultades, recuperan la legislación judicial del Antiguo Régimen ¹¹².

3.2 LA ABOLICIÓN DEFINITIVA

Habría que esperar al fallecimiento de Fernando VII, para que el liberalismo moderado se instalara en el gobierno y diera comienzo de forma efectiva a su ideario reformista ¹¹³. Así, fruto de este programa, en enero de 1834 se sanciona la nueva distribución territorial de las Audiencias ¹¹⁴, en abril del mismo año se crean los partidos judiciales ¹¹⁵ y, en septiembre del año siguiente, es promulgado el Reglamento provisional para la Administración de Justicia ¹¹⁶, en cuyo mérito, tras el anterior intento frustrado de los liberales gaditanos ¹¹⁷, los

¹¹² Mariano NOUGUÉS SECALL, *Tratado de práctica forense novísima, según la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 5 de octubre de 1855*. Imp de M. Sanz y Gómez, t. I, Madrid, 1856, p. 98, dibuja con palabras harto elocuentes el balance reformista habido en esta etapa: «Estas innovaciones fueron de muy corta duración, como que desaparecieron al regreso del señor Fernando VII a España, desde Valencay, a impulso del decreto de 4 de mayo de 1814, y aunque resucitaron en mayo de 1820 y se ampliaron en el trienio constitucional, (que fué un paréntesis entre lo pasado y lo futuro), volvieron a hundirse en octubre de 1823, restituyéndose a su pristino estado todo lo antiguo».

¹¹³ A fin de adecuar las demarcaciones judiciales al nuevo mapa provincial, aprobado por R. D. de 30 de noviembre de 1833, el gobierno promulga el R. D. de 26 de enero de 1834, disponiendo que todos los tribunales superiores pasasen a denominarse Reales Audiencias, salvo el Consejo Real de Navarra y las Audiencias de Canarias y Mallorca; y, en su complemento, por R. D. de 21 de abril de 1834, mandaba aprobar la subdivisión de las provincias en partidos judiciales. Al tiempo que los liberales creaban la citada estructura judicial, en fecha 24 de marzo de 1834, dictan seis decretos ordenando la supresión de los Consejos que hasta entonces habían regido las supremas jurisdicciones de la Monarquía (Consejo de Castilla, Consejo de Indias, Consejo de Guerra y Consejo de Hacienda), acordando, a su vez, sus respectivas sustituciones por el Tribunal Supremo de España e Indias, el Tribunal Supremo de Guerra y Marina y de extranjería y el Tribunal Supremo de Hacienda; *vid.* Juan SAINZ GUERRA, *La Administración de justicia en España (1810-1870)*. Eudema, Madrid, 1992, pp. 187-220.

¹¹⁴ Real Decreto de 26 de enero de 1834, *uniformando los Tribunales Superiores y mandando observar la nueva distribución del territorio de los mismos con la creación de las Audiencias de Burgos y Albacete*; *Cfr.* Decretos de la Reina nuestra señora Doña Isabel II, dados en su nombre por su augusta madre la Reina Gobernadora, t. 19, pp. 32-35. Procede recordar que en el referido decreto se disponía que «Las Audiencias serán todas iguales en autoridad y facultades, de manera que no ha de haber recurso de las unas para ante las otras; y todos los negocios civiles y criminales [...] han de quedar definitivamente terminados y concluidos en los respectivos Tribunales superiores del territorio [...] Sin embargo de lo dispuesto en el artículo anterior el Consejo Real y los Tribunales superiores respectivamente conocerán hasta su terminación definitiva de los recursos que en ellos hubiere pendientes en grado de apelación o de súplica, ó por caso de Corte».

¹¹⁵ Real Decreto de 21 de abril de 1834, *subdividiendo las provincias en partidos judiciales*; *Cfr.* Decretos de la Reina nuestra señora Doña Isabel II..., cit., t. 19, pp. 207-209.

¹¹⁶ Real Decreto de 26 de septiembre de 1835, *que contiene el Reglamento para la administración de justicia en lo respectivo a la jurisdicción ordinaria*; *Cfr.* Decretos de la Reina nuestra señora Doña Isabel II..., cit., t. 20, pp. 396-437.

¹¹⁷ «El Reglamento provisional de 1835 fue deudor directo de la normativa doceañista sobre administración de justicia»; *vid.* Marta, LORENTE SARIÑERA, «Reglamento provisional y adminis-

casos de Corte son de forma definitiva desterrados del ordenamiento jurídico¹¹⁸, tal y como quedó expresado en su art. 36:

«Los jueces letrados de primera instancia son, cada uno en el partido ó distrito que le esté asignado, los únicos á quienes compete conocer en la instancia sobredicha de todas las causas civiles y criminales que en él ocurran correspondientes á la Real jurisdiccion ordinaria, incluidas las que hasta ahora han sido casos de corte [...]»¹¹⁹.

4. VALORACIÓN FINAL

Los datos históricos que hemos ido consignando a lo largo de este trabajo, nos conducen a pensar que la institucionalización de los casos de Corte, en parte, bien pudo estar justificada por la voluntad regia de difundir el Derecho Real, en su doble vertiente material y ritual.

También en este recorrido por la historia de esta antigua institución procesal, hemos podido constatar que el progresivo aumento de asuntos litigiosos

tración de justicia (1833-1838). Reflexiones para una historia de la justicia decimonónica», en Johannes-Michel SCHOLZ (ed.), *El tercer poder: hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*. Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1992, pp. 215-296: cita p. 251.

¹¹⁸ «Con efecto, en la Constitución de 1812 se estableció, en su art. 263, que pertenecería á las Audiencias conocer de todas las causas civiles de los juzgados inferiores de su demarcacion en segunda y tercera instancia, y lo mismo de las criminales, segun lo determinaran las leyes [...] En su consecuencia, en el reglamento provisional para la administracion de justicia de 26 de Setiembre de 1835, se dispuso en el artículo 36, que los jueces letrados de primera instancia fueran, cada uno en el distrito que le estaba asignado, los únicos á quienes competiera conocer en la instancia sobredicha, de todas las causas civiles y criminales que en él ocurriesen correspondientes á la real jurisdiccion ordinaria, incluidas las que hasta la sazón habian sido casos de corte»; véase, ESCRICHE, *Diccionario...* cit., voz: «Caso de Corte», (1874), t. II, p. 228.

¹¹⁹ Este precepto proseguía con el tenor siguiente: «[...] salvo lo dispuesto en el artículo 31: exceptuándose solamente, á mas de los negocios que pertenecen á las jurisdicciones eclesiástica, de Real Hacienda y militar de Guerra y Marina, los que corresponden á los Estamentos de las Cortes, á los juzgados especiales de comercio ó de minería, y á aquellos de cuyas apelaciones conoce la Real y suprema Junta patrimonial, las causas en que primera instancia se reservan por este reglamento al Tribunal supremo de España é Indias, y á las Audiencias, y las que en lo sucesivo atribuyere la ley á jueces ó tribunales especiales». Por ello, al poco tiempo de promulgarse la referida disposición, Manuel ORTÍZ DE ZÚÑIGA, *Biblioteca judicial ó tratado original y metódico de la organización y atribuciones de los juzgados de primera instancia, de las Audiencias y del Tribunal Supremo de Justicia*. Imp. de la Vda. de Jordán é hijos, t. I, 2.^a ed., Madrid, 1840, pp. 19-20, hacía el enjundioso comentario que sigue: «El reglamento de justicia de 26 de septiembre de 1835 sanciona el principio de que los jueces de primera instancia son, cada uno en el partido de que les está asignado, los únicos á quienes compete conocer en la espresada instancia en todas las causas civiles y criminales correspondientes á la real jurisdicción ordinaria, incluidas las que antes correspondían á las audiencias por caso de corte. Pero faltan aun códigos y leyes que den una aplicación oportuna á tan saludables principios, y que restrinjan aun mas que lo estan en el día, estos fueros privativos, que aun se conservan para ciertas personas y ciertos asuntos que debieran estar sometidos á la jurisdicción ordinaria».

que, con el paso del tiempo, fueron considerados casos de Corte y, por tanto, sometidos en primer grado al conocimiento excluyente de los tribunales regios superiores, a la postre, contribuyó a afianzar el poder del monarca; pues, con esta política expansiva, la Corona, además de garantizarse la competencia judicial sobre las causas criminales más graves y los pleitos civiles más granados, en la práctica vaciaba de contenido o, cuanto menos, debilitaba a las restantes jurisdicciones que coexistían junto a la jurisdicción real. Con lo cual, se puede colegir que los casos de Corte fueron un instrumento eficaz para consolidar la potestad jurisdiccional del monarca durante el transcurso de la España Moderna.

Asimismo, la intensa vinculación de este instituto jurídico con el Antiguo Régimen, como hemos visto, imposibilitó su acomodo en la nueva estructura judicial liberal. En efecto, según los testimonios que hemos podido recabar para dar respuesta a las cuestiones que planteábamos al principio de esta investigación, el legislador gaditano, obviando toda referencia a la expuesta función instrumental que tuvieron los casos de Corte, fundamentalmente, centró la explicación de su descrédito en la desnaturalización de su origen tuitivo, al extenderse su vigencia a una injustificada pluralidad de pleitos.

Así, pues, desvelado su verdadero perfil, los constituyentes de Cádiz no tuvieron empacho en proyectar su derogación, al entender que su esencia colisionaba frontalmente con el nuevo principio de igualdad jurídica que proclamaba la Constitución de 1812. No obstante esto, la opinión sobre su supresión no fue unánime, pues parte de los diputados gaditanos pusieron de relieve su preocupación por los efectos perniciosos que la desaparición de este aforamiento ocasionaría a los litigantes desvalidos. Sin embargo, esta inquietud no fue acogida al estimarse que el nuevo modelo judicial, a introducir en cada cabeza de partido, garantizaría suficientemente los derechos de los justiciables de dicha condición. Con lo cual, el liberalismo hizo descansar el éxito de la acordada derogación en la confianza que le merecían las capacidades de los nuevos jueces de primera instancia. Equiparando con ello, de forma un tanto ingenua, la solvencia técnica con la independencia.

Para concluir procede reseñar que, transcurridos dos siglos desde que en las Cortes de Cádiz germinara la idea de suprimir los casos de Corte, por considerar que este obsoleto aforamiento conculcaba el principio de igualdad ante la ley, nos sorprende cómo nuestros actuales legisladores, lejos de compartir esa sensibilidad, sistemáticamente vengán favoreciendo la generalización de los aforamientos procesales¹²⁰.

¹²⁰ «Y es que la institución del aforamiento en España no tiene ni disculpa ni perdón alguno. Somos el país que más aforamientos contempla. Sólo en los cargos de origen político podríamos estar hablando de más de 2.000 posibilidades, si añadimos otros campos como el judicial o fiscal, podríamos llegar a más de 10.000, y si contamos los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, que también están aforados, la cifra es realmente escandalosa. Esto es, sencillamente, un auténtico despropósito, que no ocurre en ningún país de nuestro entorno cultural y jurídico»; véase, Juan Luis GÓMEZ COLOMER e Iñaki ESPARZA LEIBAR, *Tratado jurisprudencial de aforamientos procesales*. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p. 25.

5. APÉNDICE DOCUMENTAL*

1.º

Pleito de Benito García Abella Villademoros, hijodalgo, vecino de Bembibre (León) y residente en Astorga (León) como estudiante de la clase de medianos, contra Juan López Ibarreta, casado, su cuñado, escribano de Número y ayuntamiento de la citada villa, Marcelo López, José de Matachana, Manuel Pérez y consortes, sus convecinos, sobre palabras injuriosas, malos tratos y amenazas en el curso de una pendencia.

Archivo de la Real Chancillería de Valladolid
PLEITOS CRIMINALES. CAJA 0136.0004

«Juan Antonio Bracho en nombre de D. Benito Abella Villademoros natural de la villa de Bembibre cuio poder presento ante V. A. en la via y forma que mas aia lugar en derecho me querello y acuso grave y criminalmente de Juan Lopez Ibarreta Escribano de Numero del aiuntamiento de dcha V.^a, Dn Marzelo Lopez, Josph de Matachana vecinos y Regidores de ella y Manuel Perez vecino asimismo de ella y demas personas que resultaren culpados. Y contando el caso con relacion cierta [...] Digo siendo como es mi parte buen chrystiano temeroso de Dios [...] hijodalgo notorio de sangre enemigo de ruidos y pencias [...] y bien ablado con todo genero de personas. Y hallándose el dicho Juan Lopez Ibarreta casado con una hermana de mi parte, y siendo curador de su persona y bienes es asi que el dia dos de este presente mes y año yendo mi parte con toda paz y quietud por la plaza maior de dcha V.^a [...] y sin hacer ni decir cosa alguna por donde pudiese ofender ni agraviar a persona alguna el dcho Juan Lopez Ibarreta acompañado y auxiliado de los otros [...] acusados [...] salieron al encuentro a mi parte [...] con ánimo de darle muerte y habiendo alcanzado a mi parte [...] dixo con voces altas y desentonadas y con animo provocativo que era un perro billano y que [...] le havia de matar y al mismo tiempo disparo contra el una pistola [...] cargada con postas [...] un vecino [...] lo impidio y le [...] enzerro en su casa cerrando las puertas [...] y haviendose subido a lo alto de dcha casa se quiso arrojar por una de sus ventanas para poner en ejecución su depravada intencion como lo ubiera echo a no haverse impedido diferentes personas que concurrieron [...] Independencia a todo lo cual concurrieron los dchos Dn Marzelo Lopez, Josph de Matachana y Manuel Perez [...] auxiliandole [...] y conociendo estos que [...] no havia conseguido su intento [...] el dcho Manuel Perez saco un puñal [...] y le amenazo con el diciendo le havia de quitar la vida [...] Y lo ubiera conseguido a no haverse impedido las personas que se hallaban presentes [...] Por tanto a V. A. pido y suplico que havida la relacion de esta querella por cierta [...] en quanto baste por su sentencia o auto definitivo que en este caso lugar aia condenando dchos reos acusados en las mayores y mas graves penas en que an incurrido establecidas en derecho y vuestras leies [...] que se ejecuten en sus personas y bienes para que les sirban de [...] ejemplo y en las costas y daños que se an seguido [...] a mi parte [...] El conocimiento de esta causa toca y pertenece a V. A. por ser el dcho Juan Lopez Ibarreta Escribano de Numero del aiuntamiento de dcha V.^a Y los otros Dn Marzelo Lopez y Joseph de Matachana Regidores de ella [...] a V. A. suplico declare el caso de Corte por notorio y mande [...] Receptor de esta corte a recibir sumaria información que [...] a el tenor de esta querella [...] mandelos apreender y traer presos a la Carcel Real de ella a los acusados y embargueles sus bienes que asi es de Justicia que pido [...]».

* Todos los pleitos que componen este Apéndice documental van precedidos del título literal que figura en el archivo judicial de origen.

«[...] que en la [...] Chancillería y ante el nuestro Gobernador y Alcaldes del Crimen de ella [...] por parte de Juan Antonio Bracho procurador de Numero de ella, en nombre de D. Benito Abella Villademoros [...] se dio [...] querrela [...] que [...] por dchos nuestro Gobernador y Alcaldes del Crimen se dio el auto del tenor siguiente: Dase el caso de Corte por bastante admitase esta querrela quanto ha lugar de derecho [...] y antes de comenzar reziva la fianza de calumnia [...] Valladolid a dos de marzo de mil setecientos y beinte y por ahora el Receptor cobre los salarios de esta parte [...].»

2.º

Pleito de Ana González de Isla, viuda de Matías Molón, vecino de Ataquines (Valladolid), contra Diego Nieto González, vecino y Procurador del Común de dicha villa, sobre acusarle de palabras injuriosas (llamarla en su casa puta, ladrona y borracha y decirle que su marido había sido capón), cuando trataba de exponer las razones de por qué no tenía alojado en su casa ningún soldado de los que habían llegado a la villa.

Archivo de la Real Chancillería de Valladolid
PLEITOS CRIMINALES. CAJA 0286.0001

«Mui Poderoso Señor, Fernando Salvador y Olmedilla, en nombre de Ana Gonzalez de Isla, Viuda de Matias Molon, y vecina de la Villa de Ataquines; aquí ante V. A. en la via y forma que mas aia lugar en derecho, acuso y me querello grabe y criminalmente de Diego Nieto Gonzalez vecino y Procurador del Comun de la expresada villa; y contando el caso con relacion verdadera [...] Digo asi que en la noche del día catorce de octubre de este presente año [...] allandose mi parte en su casa quieta y pacifica, y sin dar motivo, ni causa alguna para que la molestare, ni ultrajare, llegó dcho acusado y con voces descompuestas, y muy colerico la dijo [...] que dcho Matias Molon havia sido Capon y que dcha mi parte era una puta borracha y ladrona [...] dcho. acusado la dio un golpe [...] y la hirió tan gravemente que [...] aun oy no se alla restablecida de las molestias y malos tratamientos que la hizo [...] por consiguiente ha incurrido dcho acusado en las mayores y mas graves penas establecidas por dcho [...] a V. A. pido y suplico que havida la relacion de esta querrela por verdadera [...] por auto o sentencia [...] condene a dcho acusado en las maiores y mas graves penas en que ha incurrido para que le sirva de castigo [...] y a la satisfazion de las costas y daños que se le han seguido [...] Otrosi el conocimiento de la causa toca y pertenece a V. A. por ser mi parte Viuda onesta y recogida, la contraria persona poderosa Procurador del comun en dcha Villa y cuñado del Alcalde actual de ella, con que el caso de Corte es bastante a V. A. pido y suplico que declarandole por tal admita esta querrela y [...] embargue los bienes a dcho acusado y le reduzca a la Carcel Real de esta Corte, y [...] que durante la sumaria salga de la villa seis leguas en contorno [...].»

«[...] que ante el nuestro Presidente y Alcaldes del Crimen de ella se presentó [...] querrela por parte de Ana Gonzalez de Isla [...] contra Diego Nieto Gonzalez [...] la cual havindose bisto en la Sala por los dchos Señores [...] se dio auto del tenor siguiente: Dese el caso de Corte por bastante se admite la querrela quanto há lugar en dcho [...] antes de empezar afiancese de Calumnia, y [...] notifiquese a el acusado salga de aquella villa y dos leguas en contorno por el termino que durase la Sumaria [...] en [...] Valladolid y Noviembre veinte de mil setecientos y quarenta y dos [...].»

«En la Villa de Ataquines a veinte y tres dias del mes de Noviembre de mil setecientos y quarenta y dos, ante mi el escribano [...] parecio Ana Gonzalez de la Isla [...] y dijo que [...] el enunziado acusado reconociendo el grave daño [...] con arrepentimiento de [...] lo echo como buen cristiano [...] vino a mi casa para el efecto de que le perdonase en lo mucho que la avia ofendido [...] por lo qual [...] desisto y aparto [...] de la expresada querella y demanda que ize ante dchos señores Gobernador y Alcaldes del Crimen a quienes pido y suplico manden admitir y admitan esta escritura de apartamiento [...]».

3.º

Pleito de la justicia de Borox (Toledo) contra Custodio Alguacil, alcalde ordinario por el estado general de dicha villa, y Francisco Riaño, vocal de la misma, sobre acusarles de palabras injuriosas pronunciadas contra él en el ayuntamiento.

Archivo de la Real Chancillería de Valladolid
PLEITOS CRIMINALES. CAJA 0271.0003

«Isidoro Lozano en nombre de Dn Miguel de Olivares Alcalde ordinario por el estado noble de la Villa de Borox ante V. A. en la mejor [...] forma que aia lugar en dcho [...] me querello y acuso grave y criminalmente á Custodio Alguacil igual Alcalde por su estado general en esta villa y demas que resulten reos en la question, y alboroto suscitado contra mi parte en el dia nueve de Febrero de este año y contando el caso con relacion verdadera Digo que aviendose juntado los vocales de esta villa en el relacionado dia nueve para celebrar cierto Acuerdo correspondiente á el buen gobierno de esta villa [...] suscitaron todos los vocales contra mi parte cierta cuestion y alboroto y con particularidad el espresado Custodio Alguacil y Dn Francisco Riaño espresando este que alli todos eran iguales y que cuando se llamase á Ayuntamiento se habia de espresar el fin de el para que fuesen prebenidos lo que profirio con mucha alteración y descompostura [...] suplico que avida esta queja y querella por verdadera se sirva mandar que el Receptor que [...] tocace por turno pase a esta villa y reziba la competente sumaria información de su contenido y conduzca presos a los que resulten culpados en los ultrajes y agravios cometidos al espresado Dn Miguel Olivares Alcalde de esta Villa y a su tiempo por el auto o sentencia que en derecho lugar aia condenar asi a el espresado Custodio Alguacil como a los demas que resulten reos en las mayores y mas graves penas en que an incurrido [...] con imposición de una buena multa y todas las costas [...] Otrosi Digo que el conocimiento de esta Causa toca y pertenece a V. A. por ser Caso de Corte mediante dirigirse contra el Alcalde ordinario de una Villa, cuia cualidad reside igualmente en la mia, como resulta del testimonio que presento y Juro a V. A. Suplico que declarándole por bastante, se sirba acer y estimar como llevo pedido [...]».

«Afianzandose por esta parte hasta en cantidad de doscientos ducados admitase esta querella por Caso de Corte para cuya Justificacion (que no pasara de ocho testigos) se da comision a Francisco Quintero Receptor de esta Corte [...] y Marzo onze de 1777».

«En estos autos por los Sres Gobernador y Alcaldes del Crimen de esta Corte en Valladolid á siete de abril de mil setecientos setenta y siete: Dixeron se previene á Custodio Alguacil respete como es devido á su Alcalde compañero Dn Miguel de Olivares abstenien-

dose de palabras, y acciones no dignas a su carácter, y virtud, Causando el mejor ejemplo a todos los de Conz.º, y a estos se les previene igualmente usen de la correspondiente moderación en sus concurrencias, con lo que se da por fenecida, y acabada esta causa, y se condena en las costas á dcho. Custodio Alguacil: Asi lo mandaron [...] y rubricaron [...]».

4.º

La marquesa de Villatoya, vecina de Madrid, sobre admisión de un caso de Corte y que el Alcalde Mayor de Talavera de la Reina (Toledo) remita al Consejo ciertos autos.

Archivo Histórico Nacional
CONSEJOS, 27211. Exp. 11

«Josef Antonio Sanz, en nombre y con Poder de D.ª Juana del Hierro y Castañeda, viuda Marquesa de Villatoya, como [...] tutora y cuidadora de Dn Rafael Simon de Rojas Ramirez de Arellano, su hijo menor, Marques del propio titulo, ante V. A [...] Digo: Que por fallecimiento de D. Alonso Ramirez de Arellano, Marques de Villatoya Padre de mi menor, ha entrado este como unico hijo varon legitimo en la posesion [...] de todos los vinculos y mayorazgos correspondientes, con cuio motivo Dn Juan Christobal Maria Justiniani, Marques de Peñafiorida, vecino de esta Corte, ocurrió ante el Corregidor de Talavera, en donde accidentalmente reside [...] la Marquesa mi pte [...] solicitando que como inmediato subcesor que és el dicho Marques de Peñafiorida a los Mayorazgos que posehe el menor de Villatoya, reconociendole por tal, se le asignen los alimentos correspondientes [...] agregandose el caso espreso de Corte, así por la pupilariedad del menor, como por la viudedad de su madre, clase de su Persona, de la Demanda propuesta, sobre vienes vinculados con la dignidad de titulo de Castilla [...] a V. A. pido y suplico que [...] en atención á lo expuesto, se sirva admitiendo por caso de corte la Demanda de [...] alimentos propuesta por el Marques de Peñafiorida, mandar expedir el despacho conveniente para que por el Corregidor de Talavera se remitan a esta superioridad integros y originales los autos mencionados a fin de que las partes puedan ynstruirse mas en forma sus acciones y defensas [...] con las demas ordenes y providencias mas conformes en Justicia que pido [...] 6 de julio de 1779 [...]».

«Admitase por caso de Corte este Despacho, para que el Alcalde mayor de Talavera remita al Consejo los Autos originales de este asunto [...]».

«A Vos el Alcalde maior de la V.ª de Talavera [...] Vista la referida petición, los del nuestro Consejo por Decreto [...] admitieron por Caso de Corte el recurso que interponia la expresada Marquesa viuda de Villatoya, y se acuerdo expedir esta [...] Carta: Por la que os mandamos que [...] remitaís al Esmo. Consejo [...] los autos originales hechos en el mencionado asunto [...] Dado en Madrid a once de Julio de 1779 [...]».

5.º

Francisco Javier Martelo, Comisario de Marina, vecino de Cádiz, poseedor del Patronato y Obras Pías que fundó el Capitán Gaspar de los Reyes Porriño, sobre un caso de Corte.

Archivo de la Real Chancillería de Granada
SIG.: 5496/5

«Manuel Leonardo Diaz, en nombre de Dn Francisco Javier Martelo, Comisario de Marina, vecino de la ciudad de Cadiz: ante V. A. como mejor proceda en Derecho [...] Digo: Que como Poseedor del Patronato, y Obras Pias que fundo el Capitan Gaspar de los Reyes Porriño, solicito la entrega de los Autos correspondientes a dicho Patronato y Executorias de su Posesion en la familia de mi parte, con el fin de hacer ver la yntromisión que se havia hecho de otra familia por medio de Justificación de testigos [...] Y considerando lo perjudicial que esto es a mi Parte y los suyos [...] mandar se recoxa la justificación original [...] que dio el Francisco Lorenzo [...] se Archive en la escribanía de Camara, para que no surta efecto alguno, y en su consecuencia se declare que el Francisco Lorenzo, ni el Dn Joaquin Francisco Ruiz de Alcalde, como su descendiente [...] imponiendo perpetuo silencio [...] para que ahora ni en ningun tiempo usen de la citada Justificación, haciendo se recoxan los testimonios que de ella se hubiesen dado, con las demas declaraciones y condenaciones correspondientes a el Casso del dia; para lo qual, á maior abundamiento, propongo el de Corte [...]».

«[...] por Auto proveido por los dichos nuestro Presidente y Oidores en el dia veinte y ocho de Noviembre [...] de mil setecientos ochenta y ocho se mando conferir traslado a el nominado Don Joaquin Francisco Ruiz de Alcalde [...]».

«Miguel Rodriguez Montero, en nombre de Dn Francisco Ruiz Alcaide, como Padre y legitimo Administrador de la Persona y vienes de Dn Joaquin Francisco Ruiz, su menor hixo [...] ante V. A. en la forma que mas haia lugar en Derecho [...] Digo: Se le ha conferido traslado de la Demanda que por Casso de Corte se ha instaurado por Don Francisco Javier Martelo [...] en que solicita se recoja la Justificacion original [...] que dio Francisco Lorenzo, Ascendiente de mi Parte [...] para que no surta efecto alguno [...] y evacuandolo devo hacer presente que la expuesta solicitud es ilegal, maliciosa, y dirixida á molestar, y como tal se debe denegar, declarando no haver lugar a el caso de Corte que intenta, y condenandole en las costas; pues [...] la demanda que propone es terminante á poner en cuestion la filiación de mi Parte [...] y por consiguiente no es materia Privilegiada, tampoco goza de Casso de Corte por su Persona y mucho menos podria concederse contra un Privilegiado, como lo es el menor, luego [...] dicha Solicitud es contra Derecho y [...] Por tanto: Suplico a V. A. se sirva con consideración de lo expuesto, declarar no haver lugar a el Casso de Corte [...] condenandole en Costas [...]».

«[...] Há lugar a el Casso de Corte que solicita la Parte de Dn Francisco Javier Martelo; y hagase saber a Dn Francisco Ruiz Alcaide, que dentro del termino de treinta dias proponga y deduzca la correspondiente Demanda, en orden a el Derecho que estime tener a el Patronato, Obras Pias y Disposiciones de el Capitan Gaspar de los Reies Porriño, librandose la correspondiente Real Provision. Proveido de su señoria el Señor Presidente y Señores Oidores de la Audiencia y Chancilleria de su Magestad [...] Granada treinta de Agosto, de mil setecientos noventa y dos [...]».

6.º

La abadesa y religiosas del convento de Nuestra Señora de la Concepción, órden de San Francisco de la villa de Hinojosa del Duque (Córdoba), sobre que se les admita cierta pretensión por caso de Corte.

Archivo Histórico Nacional
CONSEJOS, 27341. Exp. 24

«Pedro de Sedano en nombre y virtud del Poder que en devida forma presento de la Abadesa y religiosas del convento de Nuestra Señora de la Concepcion, orden de San Francisco, de la villa de Hinojosa del Duque ante V. A [...] Digo [...] Por otra parte el Duque [...] en su jurisdiccion es persona poderosa, y el monasterio pobre, y con privilegios [...] lo cual inclina a que por caso de Corte se conozca en sus causas en Tribunal Superior, y que este sea el Consejo, ya por que se trata de una renta vinculada ó ya de dejar indotado a un monasterio de religiosas contra las poderosas excepciones que le asisten [...] y por tanto a V. A. Supco que [...] en vista de lo expuesto admitiendo este recurso por caso de corte notorio con las demas circunstancias que le hacen digno de su superior conocimiento, mandar librar la correspondiente Real Provision para que [...] la Justicia de Hinojosa [...] remita al Consejo los autos originales que haya obrado á consecuencia de la Demanda del Duque de Osuna á quien se emplace para que en esta superioridad use de lo que crea asistirle, pues para ello hago el voto que mas util sea a la equidad y Justicia que pido, imploro la superior proteccion y autoridad al Consejo [...] 2 de Mayo de 1793 [...]».

7.º

Manuela Izquierdo, soltera, menor y vecina de Madrid, sobre que se conceda comision a cualquiera de los alcaldes de corte o teniente de villa para el conocimiento del juicio instaurado en el lugar de Hinojosos en razón de haberla despojado de una casa por corresponderla el privilegio de caso de Corte.

Archivo Histórico Nacional
CONSEJOS, 27350. Exp. 9

«Blas Antonio de Alcolado, Curador ad litem de D.^a Manuela Izquierdo de estado soltera, menor de 25 años, ante V. A. como mas haya lugar en dcho Digo que habiendo sido despojada la citada mi Menor, y otras quatro hermanas mas de una Casa que poseian en el lugar de Hinojosos, y que les competia exclusivamente por la dote de su Madre [...] difunta, se vió en la precision de recurrir al amparo de V. A. solicitando se sirviese comisionar un Alcalde de Corte para proseguir ante el la competente Demanda de Desaucio, por corresponderles por reunir los titulos el privilegio de tal caso de Corte [...] ofreciendo á su superior justificación las consideraciones siguientes: La primera que aunque el asunto parece y es con efecto de corta cantidad no lo es respectivamente á las personas perjudicadas, pues siendo cinco Mujeres infelices, que no tenian mas asilo, ni mas bienes que la casa que vivian habiendoles desalojado de ella y puestos los pocos trastos que tenian en la calle, causa el maior dolor, que semejante atentado é injusticia no haia de remediarse. La segunda por que no cave el menor arbitrio ni remedio, ni recurriendo al mismo Juez inferior que causo el despojo; y habiendo de litigarse contra Persona poderosa, forzosamente iban á complicarse estas menores en un juicio tan dilatado, y gravoso, que nunca verian terminado, ni lograrian se les administrase justicia con imparcialidad.

Lo tercero porque si hubiesen de recurrir á la Chancilleria del Territorio donde corresponde carecen absolutamente de medios ni arbitrios para acudir á tan larga distancia á reclamar sus ofendidos dichos. Y lo quarto que este medio y arbitrio lo tienen unicamente logrando seguirse el juicio en esta Corte [...] a V. A. Supco que en merito de las razones expuestas, y por un efecto de su acostumbrada beneficencia, y proteccion para con las personas desvalidas, se digne disponer á la comision que tengo solicitada [...] justicia que pido [...].

«A diez y seis de septiembre de 1794 [...] No ha lugar. Guardese lo mandado, y se libre Provision a la justicia que huviere conocido de los autos que se expresan para que oiga y se la administre a estas ptes sin dar lugar á quejas ni dilaciones [...] otorgando las apelaciones para donde corresponda [...].»

8.º

Pleito de Francisca Javiera Fontagud Gargollo, soltera, vecina del valle de Meruelo, junta de Siete Villas (Cantabria) contra Dámaso Gracedo, soltero, abogado de los Reales Consejos, natural de Isla (Cantabria) y alcalde mayor de la junta de Ribamontán (Cantabria), sobre estupro y embarazo.

Archivo de la Real Chancillería de Valladolid
PLEITOS CRIMINALES. CAJA 0061.0002

«Manuel Antonio Esgueba en nombre de D.^a Francisca Javiera de Fontagud Gargollo, de estado soltera, muxer de veinte y cinco años [...] Digo que [...] viviendo con la honestidad y recato correspondientes a su estado, calidad de noble Hija Dalgo [...] se introdujo en su casa y tomó entrada en ella Dn Damaso de Gracedo tambien mozo soltero [...] y actual Alcalde mayor de la Ribamontan; quien manifestó mostrar a dicha mi parte el mayor afecto y pasion, que le dieron motibo a declararla el animo deliberado que tenia de casarse con ella; y en efecto, llegó a hacerla creer que procedia con la sencillez y buena fe que aparentaba; vajo de este aspecto y del prometido matrimonio [...] pretendió gozarla, y lo consiguió a pasar de la resistencia, y christianas amonestaciones de esta [...] posteriormente [...] tubo varios actos carnales de cuyas resultas, se sintió embarazada, lo que puso en noticia de aquél para que acelerase el matrimonio antes que se dibujase la devilidad de los dos; pero la entretuvo con frívolos pretestos hasta [...] que [...] le recombinó seriamente para que cumpliera su palabra; pero no produjo otro efecto que el desentenderse de su estrecha obligación, y revistiendo de la autoridad de Juez, la propuso, que se contentase con una decente Dote, y desistiese de la respectiva palabra de casamiento [...] pero divulgada su fragilidad [...] y estando en el caso critico de proponer contra el susodicho correspondiente Demanda sobre el cumplimiento de sus promesas y obligaciones, reintegro de su honor y demas que sea correspondiente según el caso, y sus circunstancias; haya no poderlo hacer en el Junta de Rivamontan, por estar egerciendo el Dn Damaso en ella la Jurisdiccion Ordinaria como tal Alcalde mayor [...] y no siendo justo que por este motibo quede mi parte perjudicada en sus derechos y justicia, ni el contrario triunfante de su extraño e irregular modo de procede a V. A [...] Suplico que sirva mandar librar su Real Provision con comision en forma a la Justicia Realenga mas inmediata, para que ante ella pueda mi parte usar de sus derechos [...], previniéndola que se la ohiga y administre [...] sin dar logar a quejas, ni dilaciones [...].»

«Se admite por caso de corte; se da comision en forma a la justicia realenga mas cercana para que tomando a esta parte su declaración y haciendosela reconocer por matronas inteligentes la reciva la competente justificación y resultando reo Dn Damaso Gracedo, le ponga en prision le tome su confesion y estando evacuado el sumario le remita a la sala [...] Valladolid y Octubre veinte y seis de 1797 [...]».

«En el Pleito que es entre D.^a Francisca Xaviera de Fontagud y Gargollo [...] y Dn Damaso Gracedo [...] Fallamos [...] que devemos de condenar y condenamos al Lzdo. Dn Damaso de Gracedo a que dote a D.^a Francisca Xaviera Fontagud y Gargollo en ochocientos Ducados vellon, al Reconocimiento de la criatura que esta dio a luz y a que la eduque y mantenga pasados los tres años de su lactancia lo que evitara casandose con la dicha Dn Francisca Xaviera; y le condenamos asi tambien en todas las costas [...] y por esta nuestra Sentencia definitiva asi lo pronunciamos y mandamos [...] en Valladolid a siete de Septiembre de mil setecientos noventa y nueve [...]».

9.º

El curador ad litem de los hijos menores de Lorenzo Siruela y Paula Vázquez sobre caso de Corte. Fuente el Fresno (Madrid).

Archivo Histórico Nacional
CONSEJOS, 27443. Exp. 34

«Vicente Trancho Gutierrez en nombre del curador ad litem de Julian [...] y demas hijos menores que quedaron por fallecimiento de Lorenzo Siruela y Paula Bazquez, vecinos que fueron del lugar de Fuente el Fresno, uno de los comprendidos en la Jurisdiccion de Madrid [...] ante V. A. Digo: Que ocurrido el fallecimiento de ambos Lorenzo y Paula [...] se halla el obstaculo de tener que demandarle (a Gabriel de Valdemoro vecino de la Villa de Alcovendas) ante la Justicia de su domicilio, y de hacerlo es visible el gravisimo perjuicio que ha de seguirse a los menores, sin tener estos en dicha villa persona que mire por sus intereses, y por consiguiente se han de causar muchos gastos y demoras. Teniendo notorio, que como personas miserables les compete el caso de Corte, por esto, y por relebarlos de los visibles perjuicios para la cobranza a V. A. suplico que habiendo por presentado el testimonio, se sirba declarar competir a los cinco hijos menores de Lorenzo Siruela y Paula Bazquez, el caso de Corte, y en su consecuencia dar Comision a Vuestro Teniente D. Manuel de Torres, como Juez de la Testamentaria de los mismos Lorenzo y Paula, y sus incidencias, para conocer y entender en la demanda contra Gabriel Valdemoro, mandatario de las tierras para que les pague las anualidades que le está deviendo por razon del mismo arriendo, librandoseme á este fin el Despacho competente, que así procede de Justicia a 25 Julio de 1802 [...]».

«A Vos Manuel de Torres, Tte. del Consejo [...] Habiendose dado cuenta a los del nuestro Consejo de la petición [...] declararon competir a los cinco hijos menores de los difuntos Lorenzo Siruela y Paula Bazquez, el caso de Corte [...] Por lo cual os damos

comision en forma como Juez de la Testamentaria y demas incidencias, para conocer y entender en la demanda [...] contra Gabriel Valdemoro [...] Dado en Madrid a Julio de 1802 [...]».

10.º

Pleito de Casilda Porras González, natural de Barbadillo de Herreros (Burgos) y residente en Covarrubias (Burgos), ama de gobierno en casa de Francisco Javier Panlin, chantre en la iglesia colegial de esta villa y su curador en su nombre, contra Rafael Ramón Sáenz de Tejada y Cabezón, natural y vecino de Viguera (La Rioja), y su curador en su nombre, sobre acusarle de estupro y embarazo.

Archivo de la Real Chancillería de Valladolid
PLEITOS CRIMINALES. CAJA 0149.0002

«Julian de Bedoya en nombre de Dn. Pedro de Salazar [...] como Curador ad litem de D.^a Casilda de Porras Gonzalez soltera natural de la villa de Covarrubias, ante V. A. como mas haya lugar en dcho parezco y digo: que habiendo quedado huerfana la D.^a Casilda, y hallandose [...] de ama de gobierno en casa de Dn Francisco Javier Panlin dignidad de chantre en la Iglesia Colegial de la referida Villa de Covarrubias, donde vivia, como hasta entonces lo habia ejecutado siempre, con todo pudor modestia y recogimiento, llegó a la misma villa y casa de Dn Gregorio de Cabezon [...] Prior de dcha Colegial, un sobrino suyo llamado Dn Rafael Saenz de Tejada tambien soltero y natural de la villa de Viguera; y como entre el Prior y Chantre mediasen algunas relaciones de parentesco, el Dn Rafael concurrió á casa del segundo donde vio y conocio á la D.^a Casilda [...] y [...] á la sombra del parentesco del Chantre [...] declaró abiertamente su pasion a mi parte prometiendola un amor eterno y unirse con ella en [...] matrimonio. Estas promesas no eran en realidad tan puras y desinteresadas como al principio creyo la D.^a Casilda [...] Pero tantos y tan repetidos ataques [...] sufría su honestidad, no podian tardar en debilitar poco á poco su fortaleza, y en este estado llego el día ocho ó diez de Octubre en cuya tarde entre tres y cuatro fue a visitarla el Dn Rafael, y prevaliendose de la oportunidad de hallarse á solas [...] llevandola a [...] una habitación [...] en la que habia una cama [...] la habló en el lenguaje mas tierno y apasionado, reitero sus palabras seductoras, y hecho el mas solemne juramento de casarse con ella [...] la llevo hacia la cama y arrojandola repentinamente a ella, logro por fin triunfar de su virginal pudor y porfiada resistencia. En seguida de lo qual [...] sintio mi parte [...] muestra de embarazo [...] descubriendole su estado la D.^a Casilda, y reafirmandose el en la palabra y juramento de enlazarse en matrimonio con ella la mantubo en esta confianza [...] y como en este tiempo haya llegado a sus manos una carta escrita a su tio Dn Tomas Gonzalez Prebendado en la Catedral de Sto. Domingo de la Calzada [...] de cuyo contexto [...] se infiere claramente que este se retrae del cumplimiento de su obligación por temor a los suyos, los cuales confiados en su mucho poder y facultades y en tener de su parte a la justicia [...] se preparan á burlar las reclamaciones de mi parte y a dejarla cubierta de deshonor y oprobio, para evitar estos nuevos males y conseguir la reparacion debida a los anteriores mediante corresponder a dcha mi parte el beneficio de la ley y caso de corte por menor y por huerfana [...] acogiendo desde luego al amparo y proteccion de este superior tribunal a V. A. suplica y yo en su nombre, se sirva mandar librarla su Real Privision con comision en forma al Juez de Letras mas cercano [...] o al vuestro Relator de lo Civil de esta Chancilleria [...] para que reci-

biendo a mi parte su declaracion jurada y haciendola reconocer por matronas o facultativos que depongan de su actual estado, la deposite en forma [...]».

«Admitese por caso de corte; se da comision a la Justicia de Letras mas cercana [...] para que prebia la declaracion y reconocimiento por matronas o facultativos, de D.^a Casilda de Porras, proceda a su formal deposito y a recibir la información que se ofrece a el tenor de este pedimento y resultando cierto requiera, a Dn Rafael Saenz de Tejada comparezca en esta ciudad a disposición de la Sala para las providencias que hubiere lugar [...] Valladolid y Agosto 6 de 1806 [...]».

«En el Pleyto [...] entre Dn Pedro Salazar [...] en concepto de curador ad litem de D.^a Casilda de Porras y [...] Johaquin Cano Moro Procurador del Numero de esta Real Chancilleria, como curador ad litem de Dn Rafael Ramón Saenz de Tejada [...] Fallamos [...] que [...] debemos de condenar y condenamos a el referido Dn Rafael Ramón Saenz de Tejada a que reconozca por su hija natural la criatura que dio a luz la citada D.^a Casilda de Porras, la crie, eduque y alimente como tal pasado el tiempo de la lactancia, y a que pague y satisfaga por razon de dote a la misma D.^a Casilda de Porras la cantidad de seiscientos ducados vellon, todo lo qual podra evitar el referido Dn Rafael casandose con la expresada D.^a Casilda, y ademas condenamos a el susodicho en todo caso en todas las costas de esta causa; y por esta nuestra sentencia definitiva en grado de bista asi lo pronunciamos y mandamos [...] a primero de octubre de mil ochocientos y siete [...]».

11.º

Recurso del alcalde mayor de Azuaga, por caso de Corte, contra la Junta Patriótica de Llerena por el expediente que le ha abierto por la recaudación del voto de Santiago, excediendo sus atribuciones que deben limitarse a comunicar las órdenes de la Junta Superior de la provincia.

Archivo Histórico Nacional
CONSEJOS, 11992. Exp. 39

«El Alcalde mayor Dn Carlos Gutierrez [...] Por caso de Corte recurre al Consejo exponiendo con testimonio: que habiendo decretado la Junta patriótica de Llerena se pusiere á su disposición lo que se recaudara por el voto de Santiago, libró dos despachos para el cobro [...] cuya entrega resistian varios Labradores, negando la legitimidad de la deuda; y aunque acuerdo fuese el Recaudador para hacer la liquidación, no se verificó; y dio cuenta á dicha Junta; la cual [...] ha despachado audiencia con Juez y Escribano para que á costa de este Alcalde mayor se ponga en Tesoreria el todo del valor en que se remató en Granada la renta del voto [...] Que esto es un absurdo, un atentado [...] sin proporcion en la pena [...] Y perteneciendo al Consejo contener el depotismo de los Pueblos, y de las Juntas subalternas [...] Pide se le releve de dicha responsabilidad, declarandose que la Junta subalterna de Llerena no tiene facultades mas que para comunicar las ordenes de la Superior de la Provincia; distinguiendo siempre á los Magistrados de los Alcaldes pedaneos [...] con las demas advertencias oportunas á que en lo sucesivo no perturbe el orden establecido, ni se exceda de las limitadas facultades que la cometen [...]».

«Haviendo visto en el Supremo Consejo de España é Indias una representación de Dn Carlos Gutierrez Alcalde maior de la villa de Azuaga [...] sobre recaudación [...] ha acordado dcho Tribunal [...] que con suspensión de la providencias de esa Junta subalterna, informe lo que se le ofreciere y pareciere [...] Sevilla 12 de Diciembre de 1809 [...]».

ANTONIO BÁDENAS ZAMORA

El proceso de elaboración del Código penal de 1928

SUMARIO: I. Introducción.–II. Estado de la cuestión.–III. El proceso de elaboración del Código penal de 1928: III.1 La creación legislativa bajo la Dictadura de Primo de Rivera: continuidad y nuevas iniciativas. a) La continuidad en la creación legislativa. b) Iniciativas en el proceso codificador en materia penal. III.2 De la inicial parcial reforma a la nueva codificación penal: la Real Orden de 12 de marzo de 1926. a) El proyecto de reforma penal y la nueva codificación. b) La reacción de la doctrina: el visceral rechazo de la nueva codificación. III.3 La elaboración del Código penal de 1928. a) Los responsables de la nueva codificación: continuidad, apertura y rechazo en la Comisión general de Codificación (1923-1930). b) La intervención de la Asamblea Nacional: aceptación general por la Sección Quinta y por el Pleno. c) La divulgación del Proyecto de 1927: público rechazo de la doctrina. d) La última fase del proceso legislativo: las modificaciones del ministerio de Gracia y Justicia. e) Consideraciones sobre la entrada en vigor del Código y el reiterado rechazo doctrinal. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Las siguientes páginas proponen un análisis del proceso técnico por el que se llevó cabo la elaboración del Código penal de 1928. El interés del tema radica, en primer lugar, por la sorprendente preterición que, en buena medida, la Historia del Derecho ha hecho del periodo de la Dictadura de Miguel Primo de Rivera. Si bien es cierto que su duración en el tiempo fue breve, también lo fue la del Trienio Liberal y no por ello ha caído en el olvido. No se trata con esta afirmación de comparar las consecuencias que, desde el punto de vista jurídico ambos períodos produjeron, sino de recordar que nuestro pasado jurídico existió en toda su dimensión y en concreto el período de la Dictadura desde 1923 a 1930 fue una realidad histórica con importantes consecuencias jurídicas.

En segundo lugar, cabe decir además, que el Código penal de 1928 constituye uno de los más importantes textos legislativos elaborados y promulgado durante la Dictadura de Miguel Primo de Rivera. Corresponde además al sector del ordenamiento jurídico que, como se sabe, es el más sensible para medir y manifestar el grado de libertad ciudadana, aunque en este caso solo se pretende atender a la novedad o continuidad con que la Dictadura se enfrentó a un proceso legislativo en este sensible tema.

Parece que en este caso, puede tener especial interés recoger la respuesta que tuvo su publicación y posterior promulgación, pues de ello no solo se puede deducir el grado de receptividad o rechazo, si no también hasta qué punto puede ser significativo del grado de represión de la libertad de expresión y opinión.

Por tanto, el objeto formal de estas líneas ha de ser el Código penal de 1928 desde una perspectiva puramente técnica: su producción en el sistema de las fuentes del Derecho. Así, analizamos el proceso de elaboración hasta su promulgación y proceso de vigencia con el objeto principal de dar a conocer dicho procedimiento. Dicha aproximación responde a varias razones siendo respuesta en primer lugar, a una razón metódica pues al ser la primera vez que con perspectiva histórico jurídica y de forma exclusiva nos aproximamos a éste Código parece acertado hacerlo partiendo desde el conocimiento del origen de la Ley y del cauce que le dio vida.

Si bien el objetivo fundamental es ofrecer un análisis detenido de pura técnica jurídica acerca del proceso por el que se promulga dicho Código, por otra parte, resulta inevitable extraer ciertas conclusiones al ponerlo en el contexto de la restante codificación penal española. Aunque sea someramente parece oportuno establecer ciertas posibles diferencias o semejanzas entre dicho proceso y el proceso legislativo propio de los un regímenes constitucionales que precedieron y aún siguieron al que alentó este Código¹.

Si bien Estado Liberal, como es sabido, entra en profunda revisión en el siglo xx, y ello, sin lugar a duda, debería haber afectado de forma considerable en lo tocante a los mecanismos de creación normativa, no parece que efectivamente esto se produjera, o, al menos si lo hizo, no fue en la manera o en la forma esperada.

Por otra parte, conviene situar este texto en un contexto histórico público más amplio. Y es que, entendidos los mecanismos de creación normativa dentro de la dogmática de la división de poderes planteada por Montesquieu, cabría

¹ Adelantamos que nos hemos ocupado ya de estudiar las conclusiones acerca del grado de participación del poder ejecutivo en la elaboración de los Códigos penales anteriores y posteriores al Código penal de 1928. En el primero de los casos, *Vid.* «Los mecanismos de creación normativa en la España del siglo xix a través de la codificación penal», *Anuario de Historia del Derecho*, 2011, pp. 921-969, especialmente pp. 967-969 y MASFERRER, A., *Estado de Derecho y Derechos Fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar*, Aranzadi, S.A., Navarra, 2011, pp. 333-341. Las conclusiones acerca del grado de participación del poder ejecutivo en la elaboración de los Códigos penales posteriores al Código penal de 1928, *Vid.* «Los mecanismos de creación legislativa tras la derogación del Código penal de 1928: Tres Códigos penales entre 1931-1932», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 80, Segundo Cuatrimestre, Madrid, 2011, pp. 181-223.

esperarse que el cambio tan sustancial planteado por los regímenes autoritarios europeos tras la Primera Guerra Mundial, debería haberse visto reflejado de forma manifiesta en los cauces o mecanismos de creación normativa. Es decir, debería haber afectado a un aspecto tan esencial y tan definidor del grado de estructuración de un Estado como localizar dónde reside el Poder legislativo, o dicho de otro modo, localizar quién es el encargado de la creación normativa.

En efecto, desde el punto de vista de la historia jurídica, el régimen del General Primo de Rivera no puede entenderse fuera del contexto de la historia constitucional europea de la época. Es preciso recordar que, un año antes habría subido al poder, tras la marcha sobre Roma, Benito Mussolini, en virtud de una manifestación de fuerza que no llegó a golpe de Estado, pues el rey le ofreció una jefatura del gobierno, sancionada pocos días después por abrumadora mayoría en una Asamblea Legislativa en la que los diputados fascistas eran una ínfima minoría². Poco después, el mismo año 1923 fracasaba el «putsch de Munich» con el que Lüdendorf y Hitler pretendían acabar con el régimen de Weimar, excesivamente «complaciente con el vergonzante «diktat» de Versalles³. En buena parte del resto de Europa también había corrientes que empezaban a poner en tela de juicio el sistema liberal de la democracia por su inoperatividad para hacer frente a la acuciante cuestión social. Sabido es que los totalitarismos nacionalistas eran aupados por el temor de la clase media a sucumbir entre dos frentes: el del capitalismo liberal y el del colectivismo bolchevique.

Concretamente en España no fueron las secuelas de la Primera Guerra Mundial sino el desastre de Annual lo que precipitó la concienciación de la inoperatividad del régimen de la Restauración. Por eso, Primo de Rivera inicialmente fue bien aceptado por toda la opinión pública incluidos sectores de izquierdas, como demuestra que el propio Largo Caballero aceptase el cargo de Consejero de Estado en su Dictadura⁴.

La Dictadura de Primo de Rivera, a pesar de su espíritu profundamente antiliberal, pretendía modernizar el Estado español y su Derecho criminal siguiendo

² Un estudio completo lo ofrece PAYNE, S., *Historia del fascismo, 1941-1945*, Planeta, Barcelona, 1995. Es significativo que como subraya S. BEN AMÍ, «Para los fascistas italianos el primorriverismo se hundió porque no era una dictadura coherente o, en otras palabras, porque no llegó a constituir un sistema verdaderamente fascista», *La Dictadura de Primo de Rivera, 1923-1930*, Planeta, Barcelona, 1984, p. 254.

³ Lo cual resulta hasta cierto punto paradójico, porque el régimen de Weimar tenía en sí el germen de la dictadura. Concretamente, en su artículo 48 en el que se disponía que, «Cuando el Reich alemán, el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, puede el presidente del Reich tomar aquellas medidas que sean necesarias para su establecimiento, apelando a la fuerza armada si el caso lo requiere. A este objeto, puede suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los artículos 114, 115, 117, 123, 124 y 153». Texto recogido en M. ARTOLA M. y PÉREZ LEDESMA, M., *La historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005 p. 317.

⁴ No en vano el Ministro Eduardo Aunós no tenía reparos en afirmar públicamente que «aquí se practica un verdadero socialismo oficial». Primo de Rivera por su parte llegó a afirmar que entre el Partido Socialista y la Unión Patriótica no había ninguna divergencia fundamental. Recogido por S. BEN AMÍ, *La Dictadura de Primo de Rivera* cit. pp. 187 y 188.

aquella apelación de Joaquín Costa al «cirujano de hierro». En ello no era diferente a las demás dictaduras del siglo xx europeo. En este contexto constitucional, cabría pensarse que los mecanismos de creación legislativa iban a quedar más que nunca en manos del poder político, en consonancia con la política de un militar como Primo de Rivera. Sin embargo, es preciso advertir que, el presidente del Directorio extremó, como no había ocurrido en todo el siglo xix, el cuidado por reunir a técnicos a la hora de elaborar reformas legislativas impuestas por las circunstancias. Ello probablemente buscando fortalecer una legitimidad de la que incuestionablemente siempre adolecería.

Este recurso a «especialistas» se hizo patente cuando juristas de prestigio se incorporan al Gabinete Civil, que sucedió al Directorio militar. Técnicos como José Calvo Sotelo o en sus respectivos ámbitos el Conde de Guadalhorce, Yanguas Messía o el propio Galo Ponte. Todo ello, sin duda, porque la falta de legitimidad democrática, de la cual no puede presumirse que estuvieran sobrados los gobiernos del turno de partidos, trataba de compensarse con una exclusión de los políticos a favor de los técnicos. En estas condiciones el estudio de los mecanismos de creación legislativos en la Dictadura de Primo de Rivera constituye un instrumento extraordinariamente eficaz para entender los entresijos del Estado contemporáneo.

Conviene destacar finalmente que en estas páginas se excluye por completo una valoración objetiva del contenido del Código, así como un estudio comparado del proceso de elaboración del Código y de su contenido en el marco de la crisis del Estado liberal que golpeaba Europa, que sin embargo, se presenta como una exigencia.

II. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Para el estudio de los antecedentes más inmediatos del Código de 1928, es preciso partir del estudio de José Antón Oneca, única monografía que ofrece una visión de conjunto de los distintos Proyectos previos. Resulta imprescindible arrancar con ella para analizar las fuentes en las que se inspiraron los autores del Código penal de 1928⁵.

En otra publicación del mismo autor, dedicada esta vez a los antecedentes más directos del Código penal de 1928, nos ofrece una exposición de los aspectos esenciales de la Codificación penal hasta la promulgación del Código de 1870, para posteriormente comentar el estado de la ciencia penal española contemporánea a través de la legislación penal complementaria al Código. Finalmente, analiza los Proyectos más influyentes en el Código de 1928, así como el propio Proyecto de 1927, núcleo básico que serviría de base al Código de 1928. Llegado a dicho punto Oneca somete el mencionado cuerpo legislativo a un análisis, afortunadamente más pormenorizado que lo que el propio autor pretendía inicialmente⁶.

⁵ ANTÓN ONECA, J., «Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español», *Anuario de Derecho Penal*, (25), 1972, pp. 249-287.

⁶ ANTÓN ONECA, J., «Los antecedentes del nuevo Código penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (154), Reus, Madrid, 1929, pp. 30-61.

El precitado recorrido a lo largo de las tendencias de la legislación penal durante el siglo XIX se articula en torno a dos líneas esenciales de la política legislativa decimonónica que encuentran en la Dictadura de Primo de Rivera su punto de inflexión. La primera se corresponde, según Oneca, con una tendencia mitigadora de la represión que, a grandes rasgos, se produciría hasta 1923⁷, como demuestran algunas leyes de la Dictadura como el Real Decreto de 15 de julio de 1925 que mejora la Ley de Tribunales para niños o el Real Decreto de 14 de noviembre de 1925 por el que se eleva el límite de la menor edad penal, aunque fuera censurable en su nuevo concepto de la reincidencia.

En términos generales, a partir del Gobierno de la Dictadura Oneca entiende que comienza en cambio a proliferar una legislación obediente a empíricas exigencias «defendistas» que buscan ante todo la eficacia, lo que supone interpretar sistemáticamente la defensa social como defensa política o de clase aunque algunas de ellas proviniesen de años atrás como la Ley de 23 de marzo de 1906 que castigaba los delitos contra la Patria y el Ejército⁸.

Por lo que concierne a la elaboración del Código penal de 1928, el tema es inédito pues apenas ha sido mencionado, salvo en el caso de autores que lo tocan sólo tangencialmente en obras cuyo objeto principal es valorar el contenido del mismo.

Son de agradecer las tareas de Juan Francisco Lasso y Gaité quien ordenó en el Archivo de la Comisión General de Codificación gran parte de la información que hemos necesitado y que parcialmente aparece publicada en su obra.

También de manera tangencial estudia el proceso de elaboración del Código el juez Antonio Jaramillo en una obra dedicada al estudio global del Código⁹.

Resultan útiles las publicaciones del propio Ministro de Gracia y Justicia que promoviera dicha Codificación penal, Galo Ponte Escartín, quien al hilo de la última revisión ministerial por la que pasó el texto del Proyecto, da cuenta en un discurso de apertura de Tribunales de todos los avatares que precedieron al Dictamen definitivo¹⁰.

Además, dicho Ministro suscribió una extensa Exposición de Motivos con fecha de 5 de septiembre de 1928 y dirigida al rey, en la que le narra las diferentes vicisitudes y procesos por los que hubo de pasar el Proyecto de Código penal de 1928 antes de poder entrar en vigor. Un itinerario que corroboran las fuentes directas que hemos consultado acerca de la participación que tuvieron en la elaboración del Código penal de Primo de Rivera diferentes personalidades de la época¹¹.

⁷ *Ibid.*, pp. 41-42.

⁸ *Ibid.*, pp. 42-43.

⁹ Se trata, de un estudio cargado de ideología pero útil pues ofrece una visión ordenada de las distintas etapas por las que pasara el Anteproyecto desde que salió de la Comisión hasta que recibió su sanción oficial. JARAMILLO GARCÍA, A. *Novísimo Código penal comentado y cotejado con el de 1870*, Imprenta de Silvestre Ferreira, Salamanca, 1928-1928 (dos volúmenes), t. I, pp. 7-23.

¹⁰ PONTE ESCARTÍN, G., «Discurso de apertura de Tribunales en 1928; El arbitrio judicial en el nuevo Código penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (153), pp. 219 y 235.

¹¹ En dicha exposición recoge de forma detallada todas las novedades que en materia penal plantea el Código.

En relación con este tema, nos remitimos otra vez a las investigaciones de Oneca, discípulo del máximo detractor del Código, Jiménez de Asúa, especialmente interesantes por provenir de alguien ideológicamente opuesto a la Dictadura, circunstancia que explica realice una valoración casi siempre negativa del Código de la Dictadura¹².

La falta de monografías específicas acerca del objeto de nuestra investigación nos ha obligado a trabajar directamente con fuentes inéditas. Ello ha supuesto el manejo de una ingente documentación, buena parte de ella todavía inédita y, por lo general, dispersa de tal manera, que ha sido necesaria su ordenación y revisión de forma completa y conjunta. Dicha revisión nos ha llevado mucho tiempo pero a la postre ha sido de gran utilidad para facilitar una mejor comprensión de la materia, así como para poder establecer un estudio comparado de la elaboración de los Códigos penales que precedieron al de 1928, porque como escribía Sánchez Agesta «el enriquecimiento de la historia no estriba muchas veces en la aportación de nuevos datos, sino en una nueva ordenación de los conocidos»¹³.

III. EL PROCESO DE ELABORACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1928

1. LA CREACIÓN LEGISLATIVA BAJO LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA: CONTINUIDAD Y NUEVAS INICIATIVAS

a) La continuidad en los mecanismos de creación legislativa

Sorprende la continuidad que se observa en los procedimientos legislativos respecto de las etapas anteriores del reinado de Isabel II, del sexenio y de la Restauración¹⁴.

Una Real Orden del 12 de marzo de 1926 que posteriormente estudiaremos impulsó de manera oficial la Codificación penal del periodo de la Dictadura¹⁵.

¹² A pesar de lo cual, el último estudio mencionado resulta especialmente interesante para la presente investigación porque además de dedicar unas breves páginas a los prolegómenos que precedieron a la promulgación del citado cuerpo legislativo, establece una enjundiosa comparación con la Italia fascista, cuya situación política, según Oneca, presenta innegables analogías sin duda útil para estudiar de forma comparativa el Código de 1928. Cabe adelantar ya que de la comparación se deduce que el proceso Codificador penal italiano, en aquel entonces todavía no concluido, se realizó con una mayor participación de la opinión pública, que contrastaba con lo que ocurría en España donde, en opinión de Oneca, el proceso estaba siendo más rápido pero menos público y transparente. Razón por la que asegura que, como texto legislativo preparado por la Comisión general de Codificación y aceptado y corregido por el Gobierno, no puede ser en ningún caso atribuida su paternidad a los representantes coetáneos de la ciencia criminal en España, ANTON ONECA, J., «Los antecedentes...», cit., *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, pp. 60-61.

¹³ SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia del Constitucionalismo español*, 3.ª ed. revisada, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, p. 53.

¹⁴ Acerca de esta continuidad MASFERRER, A., *op. cit.*, especialmente pp. 333-341.

¹⁵ Esta disposición regulará fundamentalmente el sistema de dietas y pagos de los comisionados junto al de todos los funcionarios. Las principales preocupaciones de la regulación

Muy pronto, por un Real Decreto de 14 de junio de 1926 el Gobierno dictatorial propone, una modernización con carácter general de nuestra legislación¹⁶.

En su Exposición, el Ministro de Gracia y de Justicia, Galo Ponte Escartín, elogiaría la falta de adhesión política de los miembros integrantes de la ya envejecida Comisión General de Codificación, agradeciéndoles su trabajo desinteresado y no remunerado¹⁷. La única aportación por parte del gobierno de la Dictadura a este organismo esencial en aquel momento en la elaboración de las tareas legislativas será el dotarle de una cierta infraestructura al instalar a la Comisión en el Palacio de Justicia, y al dotarle de una asignación económica pretendiendo, de tal manera, contribuir a una mayor continuidad y eficacia en las futuras tareas codificadoras o prelegislativas¹⁸.

La labor de la Comisión general de Codificación de la Dictadura de Primo de Rivera fue muy fructífera en comparación con otros periodos gubernamentales. Así lo demuestra el que, además de promulgar el Código penal en 1928, viese la luz también el Código de Trabajo de 1926, que constituía el primer Código que en España regulaba en conjunto el Derecho laboral¹⁹.

de 14 de junio de 1926 fueron las de dotar de un presupuesto especial a dicho instituto y la de agradecer a sus miembros su tareas, volviéndose a remunerar a sus integrantes las tareas que, desde el Decreto de 31 de julio de 1846, llevaban ejerciendo gratuitamente, con la salvedad de una exigua asignación anual a los Vocales de la Comisión permanente.

¹⁶ Real Decreto de 14 de junio de 1926, *Gaceta de Madrid* de 15 de junio de 1926.

¹⁷ «[...] Y es de justicia hacer resaltar el altruismo de esta Comisión, que no sintió jamás desaliento cuando vio inéditos los frutos de su esfuerzo, y que, apartando la mirada de las encrucijadas políticas, siguió laborando sin más estímulo que el amor a la Patria y el anhelo de perfeccionamiento de nuestras instituciones jurídicas, ya que en el orden económico no ha percibido ninguno de sus miembros remuneración, dieta o emolumento alguno, y en cambio han experimentado gastos en la adquisición de libros y revistas, hechos venir en ocasiones de otros países, como instrumentos necesarios de su trabajo, y hasta en cimientos auxiliares, puesto que hace más de doce años la cantidad de material y remuneración de auxiliares quedó reducida a la que en el último presupuesto figura», Real Decreto de 14 de junio de 1926, *Gaceta de Madrid* de 15 de junio de 1926.

¹⁸ «[...] pues siempre anduvo de prestado y la hidalga morada de sus Presidentes fue su refugio, es propósito del Gobierno, en debida correspondencia a su patriótico desinterés, dotar a la Comisión general de Codificación de los elementos necesarios para su trabajo, a cuyo fin consignará en el presupuesto una cantidad destinada a gastos de material, biblioteca, personal auxiliar y retribuciones personales, que si no es la que la labor de sus miembros merece, porque no puede apartarse el Gobierno de su política de restricción en los gastos, sirva por lo menos para compensar en parte sus molestias y resarcirles de los dispendios que se les origine [...]», Real Decreto de 14 de junio de 1926, *Gaceta de Madrid* de 15 de junio de 1926.

¹⁹ MONTOYA MELGAR, A., *Derecho del trabajo*, 17.^a ed., Tecnos, Madrid, 1996, p. 16. Una Real Orden de la Presidencia del Directorio, de fecha de 22 de febrero de 1924, creó una comisión especial. El alcance de las funciones asignadas a tal comisión era limitado ya que no se le asignaba una verdadera misión codificadora, sino una misión compiladora o a lo sumo de refundición. Debemos señalar que la Codificación quedaba expresamente excluida, por estimarse que la tal obra requería «mediata preparación, largo lapso y análisis y contraste de las normas». Esta limitación dejaba muy recortados sus posibles resultados. En este sentido, ALONSO GARCÍA, M., *La Codificación del Derecho del trabajo*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1957, p. 286.

El nuevo espíritu de la tarea legislativa que emprendía el régimen de Primo de Rivera queda patente en la propia Exposición de Motivos que precede al texto del Código de trabajo donde se afirma que:

«No es un Código total ni siquiera de carácter didáctico, como aquellos que, a ejemplo de las Instituciones de Justiniano, (...) queremos que, en su núcleo consagrado, sea un Código de aplicación inmediata para los tribunales y de mayor esclarecimiento para los ciudadanos, un texto que deje vigente todos los demás del Derecho obrero que no le afecten ni contradigan, por el momento más propicios, por sus heterogeneidades y variantes, para la suma de una compilación, ya también en preparación, que para la orgánica fusión de un Código. Quizá este Derecho, aunque destinado, por de pronto, a vagar fuera de nuestro cuerpo legal, puede venir depurado, en su día, al círculo más dilatado de otra sistematización más codificada. Hoy por hoy, estimamos un serio progreso la presente».

La Comisión que elaboró el Código de trabajo siguiendo las directrices marcadas por su orden creadora procurando respetar la idea de que no se intentaba realizar un Código sino, más modestamente, acometer una obra de «carácter eminentemente práctico, cual es la recopilación o refundición de las disposiciones vigentes, bien en un texto único y general bien en varios, por materias». Por ello se recogieron disposiciones diversas respetando el tenor de las mismas en cuanto le fue posible hacerlo y refundiéndolas cuando fue necesario²⁰. De opinión distinta será Pérez Botija quien consideró que dicha Comisión no llevó a cabo su labor con estricta fidelidad, ya que no recogió todas las disposiciones laborales promulgadas con anterioridad.

Por lo que se refiere a la entrada en vigor del Código de trabajo el inspirador de la reforma laboral producida durante el régimen de 1923-1930, Eduardo Aunós Pérez, Ministro de Trabajo Comercio e Industria, refrendó el Real Decreto-Ley de 23 de agosto de 1926 que aprobaría el Código laboral. Su artículo segundo disponía que un ejemplar del Código debía ser colocado en sitio visible en toda clase de fábricas, industrias, empresas o trabajos en que fuera aplicable.

Tras la publicación del Código, la precitada Comisión recopiladora fue disuelta y sustituida por una Comisión coordinadora de disposiciones relativas a la reglamentación del trabajo.

En cuanto a la valoración que merece el Código de 1926, éste fue duramente criticado. Para algunos, nació prematuramente, lo que explica muchos de los errores que acompañaron a su redacción. También influyeron negativamente las propias limitaciones que se impusieron a la Comisión reconocidos en la propia Exposición de Motivos: el que no se quería redactar un Código sino una compilación de disposiciones anteriores y, que no se debían acoger todos los preceptos existentes, sino solamente los predominantemente substantivos, relativos a materias homogéneas, y con carácter de permanencia²¹.

²⁰ PÉREZ BOTIJA, E., *Código de trabajo*, *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, T. IV, p. 333. También ALONSO GARCÍA M., echa de menos abundante legislación que recoge en *op. cit.*, pp. 286 y 187.

²¹ Exposición de Motivos que precede al Código de Trabajo de 1926 y ALONSO GARCÍA, M., *op. cit.*, pp. 292-294. En BAYÓN G. y PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, 4.ª ed.,

Frente a estas críticas es preciso reconocer los aciertos del Código laboral. Y es que el propio hecho de su mera promulgación y de su entrada en vigor, por vez primera, ya son dignos de cierta benevolencia en cuanto a la valoración de su contenido, cosa que supieron valorar incluso sus máximos detractores²².

El Código de Trabajo tuvo una vida efímera, como la mayor parte de las normas promulgadas bajo la Dictadura. Quedaría larga vigencia para una mínima parte del Código de Trabajo de 1926, concretamente su Libro Cuarto que se correspondía con la parte menos sustantiva del mismo que se prolongaría en el tiempo «como modesto símbolo de todo aquel cuerpo legal»²³.

b) Iniciativas en el profesorado codificador en materia penal

El Código de trabajo fue el precedente sobre el que el régimen se basó para forzar el producto técnicamente más elaborado de su producción legislativa: el Código penal.

Durante el tiempo que media entre el Código penal de 1870 y el de 1928 la legislación penal no sufrió ninguna modificación global. Hay que citar, sin embargo, que durante un tiempo estuvo vigente el Código penal de 1875 dado por el pretendiente Carlos VII, que se había sublevado contra Alfonso XIII sembrando el desconcierto general. Dicho Código penal se promulgó el 2 de marzo de 1875 y fue publicado en Tolosa.

Se trataba, según entiende la doctrina, de una copia del de 1850 que incluía como variantes, el uso de la palabra «súbdito» en lugar de «ciudadano», aumentaba las penas de los delitos contra el rey y la religión²⁴.

También cabe mencionar como precedente y con mayor motivo por su posterior influencia en el Código de 1928, el Código penal de la Zona del Protectorado de Marruecos de 1914 estudiado a fondo por el Catedrático de Historia del Derecho Javier Alvarado²⁵.

Como reformas parciales caben citarse la Ley de bases de 15 de junio de 1882 de Martínez Campos que desarrolló el Código penal del Ejército de 17

2 vols, Marcial Pons, Madrid, 1963, entienden que se trató de intento precoz de Codificación de una materia aún poco desarrollada considerándolo como una «mera yuxtaposición de leyes existentes y preceptos nuevos sin unidad sistemática ni clara directriz científica», Vol. I, p. 155. También PÉREZ BOTIJA, E., *Código de trabajo...* cit., p. 335 y MARTÍN GRANIZO L. y GONZÁLEZ-ROTHVOSS, M., *Derecho social*, Madrid, 1935, p. 42.

²² «[...] se nos ha dado un Código que no es un Código y cuyo mérito mayor será –si lo consigue– tener una vida efímera, por haber excitado el deseo de un verdadero Código más completo, más audaz y más sensible a las inquietudes de nuestro tiempo», DE BUENO, *Prólogo a los Comentarios al Código de trabajo*.

²³ PÉREZ BOTIJA, E., *Código de trabajo...* cit., p. 335. De la posterior legislación así como de los anteproyectos hasta 1951 dará cuenta ALONSO GARCÍA, M., *op. cit.*, pp. 295-323.

²⁴ Parece ser que fue redactado por Clemente fiscal del Tribunal Supremo. GONZÁLEZ MIRANDA y PIZARRO, J., «Historia de la Codificación penal española y ligera crítica del Código vigente», Discurso leído y mantenido en la Universidad Central el día 2 de julio de 1902, para obtener el grado de Doctor, Madrid, 1907, p. 28; RODRÍGUEZ DEVESA J. M. y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español. Parte general*, 17.ª ed., Madrid, 1994, p. 108.

²⁵ ALVARADO, J., *Constitucionalismo y Codificación en las provincias de Ultramar*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 287-337.

de noviembre de 1884 y el Código penal de la Marina de guerra de 19 de agosto de 1888 que entró en vigor el 1 de enero de 1889. El primero no fue muy duradero y fue rápidamente sustituido por el Código de Justicia Militar, promulgado por el Decreto de 27 de septiembre de 1890 cuya vigencia se prolongaría hasta 1945. Dichos Códigos fueron completados para el Ejército por la Ley de Organización y atribuciones de los Tribunales de Guerra de 10 de marzo de 1884 y una Ley de Enjuiciamiento Militar de 29 de septiembre de 1886, y para la Armada con las Leyes de organización y atribuciones de los Tribunales de Marina y de Enjuiciamiento militar de Marina de 10 de noviembre de 1894²⁶.

Durante el periodo de la Dictadura de 1923 hasta la promulgación del Código penal de 1928, se procedió a modificar parcialmente el Código penal vigente de 1870 mediante numerosas disposiciones legales, la mayor parte de las cuales continuaron en vigor durante la Dictadura²⁷.

Así, antes de proceder a la reforma global del Código penal, el régimen habría ido adaptando, vía Decreto, parte de la legislación decimonónica a las nuevas circunstancias que imperaban en la España de los años veinte. Ello no fue algo original en España pues se hizo en consonancia con el marco de transformación constitucional y jurídica que afectaba a toda Europa tras la primera Guerra Mundial.

Se seguía en España la vieja técnica inaugurada por los Gobiernos conservadores, prácticamente desde la etapa tecnocrática del reinado de Fernando VII, en la era de los gabinetes de González Salmón, que permitieron construir el Estado liberal acudiendo de forma un tanto abusiva al Reglamento²⁸.

Se prescindía así en cierta medida de la superestructura constitucional y de un parlamentarismo estéril que nunca se adentró verdaderamente y de forma duradera en la senda del régimen parlamentario. Una manifestación más del

²⁶ RODRÍGUEZ DEVESA J. M., y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal...* cit., pp. 107-108.

²⁷ Recogidas todas ellas por CUELLO CALÓN, E., *Derecho Penal*, Parte General, Barcelona, t. 1.º, 1929, pp. 156-158 y pp. 114 y ss.

²⁸ Es el caso, por ejemplo, de la Real Orden del Regente Espartero sobre apeos, deslindes y amojonamientos de terrenos del Estado que regula los límites de los bienes del Estado, que sería desarrollada más tarde por el gobierno conservador de Narváez por el Real Decreto de 1 de abril de 1846 relativo a los bienes de propios y comunes de los municipios y establecimientos públicos. O el caso de la importantísima Real Orden de 19 de septiembre de 1845 de carácter jurisdiccional, que prohibía pudieran interponerse interdictos civiles en caminos y vías públicas, convirtiéndose en el instrumento jurídico que permitiría la expansión y desarrollo de los ferrocarriles. O las normas administrativas que desarrollan por vez primera la importantísima materia de los contratos de las Administraciones Públicas como la Real Orden de 16 de abril de 1846 sobre condiciones generales para los contratos de obras públicas, desarrollada por un Real Decreto de 27 de febrero de 1852 en el que se establecen las reglas para celebrar toda clase de contratos sobre servicios públicos. De todo lo cual se desprende la impresión de que el Gobierno, asentado en la legitimidad que le proporciona la Corona –en la medida en que la soberanía, principio expresamente recogido por las constituciones conservadoras de 1845 y 1876, las de más larga vigencia, descansa expresamente en el rey– evita dejar en manos de las mayorías parlamentarias, aún formadas artificialmente, la adopción de las grandes decisiones normativas. Acerca de la publicidad de las leyes emanadas con anterioridad a la promulgación del Código civil de LORENTE SARIÑENA, M., *La voz del Estado, la publicación de las normas (1810-1889)*, Boletín Oficial del Estado/Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

rechazo generalizado en la Europa de entonces a la que se consideraba decadente democracia parlamentaria de Corte liberal. Desde el punto de vista técnico, sin embargo, la avalancha de Decretos sentaba las bases de una reforma penal de mayor calado.

2. DE LA INICIAL PARCIAL REFORMA A LA NUEVA CODIFICACIÓN PENAL: LA REAL ORDEN DE 12 DE MARZO DE 1926

a) El proyecto de reforma penal y la nueva codificación

El punto de partida de la reforma del Código vigente de 1870 lo fue la Real Orden de 12 de marzo de 1926²⁹ a través de la cual se encargó a la Sección Tercera de la Comisión general de Codificación, dedicada a los asuntos penales, que, en un término «que no exceda de seis meses» redactara un Proyecto de «nueva edición del Código», en el que;

«[...] se refundan todos los preceptos legales que han ido modificando, supliendo y adicionando los de aquel por diversas leyes especiales con las reformas que la experiencia haya aconsejado en éstas, aprovechando la ocasión para introducir otras reformas claramente indicadas, de no difícil aplicación, que reconocen el actual Código y le hagan adaptable al tiempo en que vivimos, mientras con el *reposo necesario* se prepare, discuta y confeccione un nuevo Código tan científico como deba serlo [...]»³⁰.

Parece preciso hacer aquí un breve comentario al contextualizar este Código en el marco de la codificación penal española en su totalidad. Y es que parece que ni el legislador decimonónico de espíritu liberal, ni el del siglo xx, de un signo u otro, serán capaces de encontrar este «reposo necesario» al que la Ley hace alusión. Nuestros Códigos penales se promulgaron excusándose por la velocidad en que se elaboró, anunciando en su mayoría una pronta revisión. La pauta en nuestra Codificación penal estará marcada por la urgencia, sus errores disculpados por la falta de tiempo, y ambos serán la coartada perfecta para saltarse un legítimo debate en Cortes largo, minuciosos y extenso, en el que artículo por artículo su contenido sea revisado. Así, y con la salvedad que ofrece el proceso de elaboración del Código penal de 1822, los demás gobiernos irán progresivamente y cada vez más, eludiendo un legítimo debate parlamentario amparados en una urgencia que ninguno hasta la fecha ha sabido salvar.

Así, puede decirse que el caso del Código penal de Primo de Rivera en este sentido encuadrará en el marco de nuestra siempre apurada codificación penal.

²⁹ El verdadero impulso codificador que culminaría en el Código de 1928 viene de parte de esta Real Orden de 12 de marzo de 1926. Anteriormente esta reforma fue solicitada en las Memorias que elevó Galo Ponte Escartín cuando ejerció el puesto de Fiscal en 1924 para adecuar el Código penal a la vida moderna como lo narra en la Exposición de Motivos de dicha Real Orden, PONTE ESCARTÍN, G., «Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la apertura de Tribunales del 15 de septiembre de 1924», *Revista de Tribunales*, Reus, Madrid, 1925, p. 12.

³⁰ Real Orden de 12 de marzo de 1926, *Gaceta de Madrid* de 13 de marzo de 1926.

El breve plazo concedido pues por esta Real Orden de 1826 parece indicar que el gobierno renunciaba a elaborar un nuevo Código penal y que sólo pretendía una reforma, más o menos amplia o profunda, del entonces vigente Código de 1870. Prueba de ello la encontramos en el propio texto de la Real Orden en el que se afirma que;

«Para lograr el acierto en esa nueva edición, el Gobierno no vacila en acudir a la Comisión, tan dignamente presidida por V. E., en demanda del proyecto. Harto sabe el Gobierno que, por la pericia y autoridad científica de los miembros de la Comisión, podría demandarles el proyecto definitivo de aquel Código, más complejo y adelantado, a que antes aludía; pero no se le oculta que el plazo para realizarlo habría de ser largo y siempre ha sido su criterio no dejar de ultimar lo menos, cuando es necesario, por esperar lo más. De ahí y de la conveniencia de concluir con la mayor *urgencia* posible la obra de que se trata, que se limite a demandar el proyecto de la refundición y reformas susodichas, y que haya de fijar el plazo dentro del cual desea recibirlo, contando de antemano con la actividad y buen celo de esa Comisión»³¹.

No deja de resultar sorprendente que, después de un quinquenio, aún no hubiera un intento verdaderamente serio de modificación del venerable Código provisional de 1870. Sobre todo tras el aluvión de leyes penales especiales que habían convertido nuestro sistema penal en un conjunto normativo fragmentario y caótico. Por todo ello, la Real Orden de 12 de marzo de 1926 acabaría cobrando el carácter de una genuina Ley de bases³².

La Orden Regia recogía una pormenorizada enumeración de los contenidos que debían constituir la base principal objeto de la revisión, de la que conviene destacar el muy amplio contenido del último apartado «o)» que, dejaba la puerta abierta a la posibilidad de que la Comisión general de Codificación adoptase: «o) Cualquier otra reforma cuyo estudio y realización considere conveniente la Comisión a la cual se confía la redacción del proyecto»³³.

Este último apartado dejaba expedita la configuración y redacción de un verdadero nuevo Código penal. Es preciso hacer hincapié en el procedimiento, ya que era a través de una disposición con rango de Real Orden³⁴ que se proponía una reforma total del Código de 1870. Un reglamento abrió la posibilidad de modificar una norma formalmente aprobada en Cortes³⁵. Lo que explica que formalmente se adoptase la vía de la «refundición» para realizar una nueva edición del Código penal en la que «se reúnan cuantos preceptos son convenientes,

³¹ Real Orden de 12 de marzo de 1926, *Gaceta de Madrid* de 13 de marzo de 1926.

³² En este sentido JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, T. 1, ed. Losada, S. A., Buenos Aires, 1950, p. 591.

³³ Real Orden de 12 de marzo de 1926, *Gaceta de Madrid* de 13 de marzo de 1926.

³⁴ Del rango jerárquico normativo vigente *Vid.*, SANTA MARÍA PASTOR, J. A., *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 1914.

³⁵ El Decreto por el que se forma el Directorio Militar dirigido ahora por Miguel Primo de Rivera será promovido por el propio rey, Real Decreto de 15 de septiembre de 1923, *Gaceta de Madrid* de 16 de septiembre de 1923. Sobre la forma en la que debían expedirse estas Reales Órdenes, *Vid.* Reglamento sobre organización y procedimiento administrativo de la Subsecretaría del Ministerio de Gracia y Justicia de 9 de Julio de 1917, artículos 249-250.

evitando las dificultades que en la aplicación de las leyes ofrece el manejo de múltiples disposiciones, precisa tener en cuenta, refundiendo unos en determinados artículos del Código y armonizando con ellos otros, los preceptos de la Constitución vigente, a los cuales han de referirse los del Código penal»³⁶.

La Dictadura no tenía Constitución y carecía de una Asamblea legislativa, así, desde el punto de vista de los mecanismos de creación legislativa se veía obligada a recurrir a la vía reglamentaria para modificar una norma con rango de Ley³⁷. Ello no fue obstáculo para que el Gobierno procediese a elaborar un Código penal «de nueva planta», «de nuevo cuño», y que «rompe con la tradición jurídica española».

Se trataba de legislar de forma solapada aunque eso sí, recurriendo en dicha Real Orden expresamente a un órgano técnico: la Comisión general de Codificación. Se recuperaba pues el procedimiento legislativo técnico que dejaba en manos de los expertos la elaboración de nuevas normas al margen de toda consideración política.

La Comisión dejó transcurrir el exiguo plazo de seis meses, pues la reforma del Código de Comercio absorbía todas sus actividades³⁸. Por ello tuvo que solicitar una prórroga, en cierto modo extralimitándose en la que fuera su misión de rectificación y corrección de la anterior legislación penal. Gracias a ello lograría elaborar el Proyecto que acabaría siendo el futuro Código penal de 1928.

b) La reacción de la doctrina: el visceral rechazo de la nueva codificación

La iniciativa gubernamental realizada al margen de la Constitución y sin la posibilidad de ser discutida por una legítima Asamblea legislativa, sin embargo, era la respuesta a una doctrina penalista que reclamaba insistentemente una modificación del viejo Código penal de 1870³⁹.

³⁶ Real Orden de 12 de marzo de 1926, *Gaceta de Madrid* de 13 de marzo de 1926.

³⁷ Del intento fallido de dar a la Dictadura una Constitución dan cuenta entre otros, GÓMEZ NAVARRO, J. L., GONZÁLEZ CALVET M. T., y PORTUONDO, E., «La Asamblea Nacional Consultiva: poder económico y poder político en la dictadura de Primo de Rivera», *Estudios de Historia Social*, núm. 14, Madrid, 1980, pp. 157-188, las pp. 180-188 ofrecen un estudio de la proyección constitucional de la Asamblea a través de su Sección primera llamada de «Leyes constituyentes», y se asegura que tal fracaso se debió a la falta de un fórmula política organizada y al desprestigio acumulado en el intento de ampliación, a través del Real Decreto-ley publicado en la *Gaceta de Madrid* el 26 de julio de 1929, de un organismo ayuno de credibilidad política y representatividad del que dirá que «El fracaso de la Asamblea condicionará de este modo el poco airoso final de la Dictadura», *Ibid.*, p. 188; MORODO, R., «La proyección constitucional de la Dictadura: Asamblea Nacional Consultiva», *Boletín Informativo de Ciencia Política*, (13-14), agosto-diciembre de 1973; GARCÍA CANALES, M., *El problema constitucional de la Dictadura*, Estudios Constitucionales, Madrid, 1980; DE RUIG IBÁÑEZ, V., *La Constitución que precisa España*, Imprenta de Juan Pueyo-Madrid, Madrid, 1929.

³⁸ A la luz de la Real Orden de 15 de febrero de 1926, *Gaceta de Madrid* de 16 de febrero de 1926, se disponía que en el término de tres meses la Sección segunda de la Comisión General de Codificación redactara un Proyecto de reforma del Libro segundo del Código de Comercio que se publicaría en la *Gaceta de Madrid* el 4 y 5 de septiembre de 1926, siendo este el escopetazo de salida para la revisión que efectuaría la Dictadura del Código de Comercio.

³⁹ Del debate doctrinal y de la evolución del mismo hasta que se verificó su reforma en 1928 dará cuenta ANTÓN ONECA, J., «El Código penal de 1870», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias*

Dichas propuestas por parte de la doctrina no prosperarían en un Código penal y sólo darían lugar a una larga lista de Anteproyectos y Proyectos de Código penal⁴⁰.

Antón Oneca dará una valoración de estos Proyectos optimista en una valiente publicación que verá la luz en plena Dictadura y cuando el Proyecto del 27 se estaba redactando. En ella, al hilo de una defensa a ultranza del debate parlamentario y de la publicidad de los debates, dirá que;

«La eficacia de las Cámaras legisladoras en relación con las iniciativas de los Gobiernos se demuestra tanto en las leyes aprobadas como en los proyectos obstaculizados, en ser cauce y dique de la obra del Gobierno. [...] La multiplicidad de tentativas no supone fracaso, pues el éxito de un proyecto no está precisamente en llegar a ser ley, sino también en lanzar el germen de otros que no le superen. Todos los países han preparado despacio su reforma, siendo notable el ejemplo de Alemania, registrado por cierto en notabilísimos trabajos por el técnico de la Comisión Cuello Calón».

Y denunciará que;

«El mal estuvo en que los más de los proyectos españoles, engendrados en el misterio de covachuela y cuartos de aseo, apenas fueron accesibles, por lo cual el sistema de publicidad y amplio debate apenas si ha sido ensayado entre nosotros. No ha debido ser esto nunca. Un Código penal es obra tanto política como técnica; es ley de base constitucional, sobre la cual debe pronunciarse la opinión pública. En las constituciones modernas se abordan multitud de cuestiones, desde las relativas a la Ley Penal hasta la de la pena de muerte, y por otra parte, el Código sanciona los delitos contra la Constitución. Es sabido que nuestro viejo cuerpo legal del año 1870 se inspira en la liberal Constitución de 1869. Durante cincuenta y un años han vivido en desavenencias el Código penal del 70 y la Constitución del 76, y ahora que se piensa en la reforma de ésta, no debe acuciamos el deseo de reconciliación precipitada»⁴¹.

Es preciso destacar que, frente a la hasta entonces urgente necesidad de reformar el Código de 1870, la doctrina adoptará una actitud mucho menos beligerante que en el pasado. Así, los penalistas más destacados del momento hasta entonces a favor de la reforma, reaccionarán ahora con ciertos reparos por tratarse de una situación política controvertida. Por ello, cuando comenzaba a redactarse el Proyecto y oficialmente aún nada se sabía de la dirección que estaban tomando los debates de la Sección Tercera, surgirán algunos breves comentarios que tratarán de influir directamente en las tareas de los comisionados.

Penales, (23), 1970, pp. 229-251.

⁴⁰ De todos los Proyectos «adoptados por los Gobiernos y presentados ante las Cortes», realizará un encomiable estudio ANTÓN ONECA, J., «Los proyectos decimonónicos para la reforma del Código penal español», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (25), 1972, pp. 249-287, p. 249.

⁴¹ ANTÓN ONECA, J., «La reforma del Código, el Parlamento y la voluntad nacional», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, (61), Góngora, Madrid, 1927, pp. 564-565, p.564.

Es preciso resaltar a este respecto, que dichos comentarios, muchos de los cuales fueron totalmente contrarios al *modus operandi* en lo que se refiere a los mecanismos de creación legislativa de la Dictadura, se realizaban públicamente en medios de divulgación popular durante una Dictadura en la que contrariamente a lo que cabría pensarse, permitió la publicidad de los mismos.

De entre ellos, debemos destacar las dos principales posturas ante el Proyecto y enfrentadas entre sí. Ellas quedaban representadas a través de las aportaciones del Catedrático de Derecho penal, Eugenio Cuello Calón, y de su discípulo, el Fiscal César Camargo, así como las de Luis Jiménez de Asúa su discípulo José Antón Oneca, que ofrecen dos planteamientos opuestos, en la medida en que los dos primeros pertenecían ideológicamente a la derecha conservadora, mientras que Jiménez de Asúa era un relevante miembro del P.S.O.E.

Ello sin contar con que, por lo que se refiere a la concreción penal de sus pensamientos, Cuello Calón era retribucionista, lo que le llevó a fomentar el llamado «Derecho penal juvenil»⁴², en tanto que el segundo estaba influenciado por el positivismo criminológico italiano y por la escuela sociológica de Franz Von Liszt, su maestro.

Eugenio Cuello Calón, plantea en aquel entonces ya las reformas, que en su opinión, consideraba debían introducirse en un posible nuevo Código⁴³. Considera imprescindible una reforma penal radical que afecte tanto a su parte general como a la especial⁴⁴. Y dada la complejidad de la tarea requería ésta, según Cuello Calón, la intervención de numerosos colaboradores, desde los científicos, atendidos los progresos de las ciencias penales, hasta los jueces, los magistrados, los funcionarios del Ministerio fiscal y los abogados criminalistas que aportarán la valiosa contribución de su experiencia profesional.

También recomendaba la justificación de los médicos, particularmente los psiquiatras, de los funcionarios de la administración penitenciaria, así como de otros grupos profesionales o sociales y hasta de los simples ciudadanos, en la medida en que el Código penal contenía restricciones o privaciones de los bienes más preciados como la libertad y derechos individuales como la propiedad o la vida⁴⁵.

El 16 de junio 1927, César Camargo, miembro de la carrera fiscal y discípulo de Cuello Calón, en un breve artículo también propuso las que, en su opinión, debían ser las líneas rectoras de una reforma del Código penal⁴⁶.

⁴² Ofrece una muy concreta explicación acerca de la superada teoría de la retribución como teoría de la justicia y expiación ROXIN, C., *Derecho penal Parte General*, Fundamentos, la Teoría general del delito, T. I., Trad. y notas de la 2.ª ed. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conllego, Javier de Vicente Remesal, Thomson. Civitas, Madrid, 1999, pp. 81-85.

⁴³ En coherencia con otras que publicó anteriormente como «Sobre la reforma del Código penal», *El Sol*, 21 de diciembre de 1918 y 4 de enero de 1919.

⁴⁴ Concienzudamente explica lo conveniente de esta reforma radical, en CUELLO CALÓN, E., «La reforma del Código Penal español», Conferencia leída en la Asociación de Estudios Penitenciarios y Rehabilitación del Delincuente, Barcelona, 1927, pp. 3-21, p. 4.

⁴⁵ *Ibid.* p. 21.

⁴⁶ La publicación tenía por objeto analizar el delito del duelo. Tras una dura crítica acerca de la manera en que aparecían redactados los artículos dedicados a tal figura así como el rigor con que se castigaban otros delitos sexuales o la impunidad de ciertas conductas relacionadas,

Poco tiempo tardó en hacer pública su opinión sobre la reforma su máximo detractor Luis Jiménez de Asúa a través de una publicación periodística en un momento en el que, oficialmente, aún nada se sabía del resultado de dichas tareas legislativas.

Cabe decirse que el ilustre penalista, expresamente hubo de renunciar a formar parte de la Sección Tercera de la Comisión general de Codificación par-tía de recordar, que el mandato de la Real Orden de 12 de marzo de 1926 solici-taba, simplemente, una nueva edición del Código mientras que, en su opinión, había que acometer una reforma que no se limitase a leves retoques sino que sacase para siempre a la legislación penal española del arcaísmo.

Aboga por ello Jiménez Asúa, por una Ley moderna; que no fuera obra personal de una única persona y que tampoco se inspirara en una única escuela; que huyera de un excesivo tecnicismo. Recuerda que para que la reforma no fuera ineficaz, era imprescindible la mejora de nuestra magistratura y de los establecimientos penitenciarios y considera que el cambio de Código debía ir precedido o acompañado de una reforma judicial y penitenciaria⁴⁷.

En una breve publicación, Oneca, deja ver sus esperanzas puestas en la reforma:

«El Derecho penal, debe ser, en efecto, defensa de la sociedad [...]. Por eso cuando el ilustre Profesor Saldaña, técnico de la Comisión general de Codificación, decía [...] que el Proyecto de nuevo Código penal, pendiente de la aprobación ministerial se inspira en la doctrina de la defensa social, supusi-mos [...] que el nuevo cuerpo legal no significaría una reacción en el sentido del rigor y de la arbitrariedad. Esperamos confirmarlo así el día que se publi-que el proyecto para que la opinión pueda manifestarse a tiempo y el Código penal no abandone su misión tradicional de baluarte de públicas libertades»⁴⁸.

Sin embargo, la desconfianza que inspiraba al autor la redacción de un Código elaborado bajo la Dictadura llevaba a Oneca a oponerse a la urgencia de la reforma porque, según él mismo;

«Son precisas más largas meditaciones y el pronunciamiento decisivo de la opinión pública. Ni estamos ante un caso de extremada urgencia ni nos satisface la información somera»⁴⁹.

Lo más interesante del artículo, es la descripción que hace de las tendencias de la legislación penal durante el siglo XIX que al entender de Oneca, encuen-

aprovecha para tratar el tema de la reforma que ya se debatía en la Comisión y de la que aún nada se sabía, *Vid.*, CAMARGO, C., «El artículo 438 y otros del Código penal», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal* (49), Góngora, Madrid, 1927, pp. 365-366 y 395-398.

⁴⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «Reflexiones penales», *El Código penal, La Libertad*, 6 de febrero de 1927.

⁴⁸ ANTÓN ONECA, J., «Libertad y defensa social», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, (51), Góngora, Madrid, 1927, pp. 429-430. Ya promulgado el Código penal ANTÓN ONECA pretenderá enjuiciar con toda imparcialidad el procedimiento seguido para la reforma, en «Los antecedentes...», *cit.*, p. 32.

⁴⁹ ANTÓN ONECA, J., «La reforma del Código...», *cit.*, pp. 564.

tran en la Dictadura de Primo de Rivera su punto de inflexión y se concretan en una tendencia mitigadora de la represión que, a grandes rasgos, se produciría hasta 1923⁵⁰ con normas como el Real Decreto de 15 de julio de 1925 que mejora la Ley de Tribunales para niños o el Real Decreto de 14 de noviembre de 1925 en el que se elevó el límite de la menor edad penal, aunque la norma fuera censurable en su nuevo concepto de la reincidencia.

En términos generales, entiende Oneca que, a partir del Gobierno de la Dictadura, surge una legislación obediente a empíricas exigencias defendistas que, buscando la sola eficacia, interpretan la defensa social como defensa política o de clase, en la línea de viejas normas como la Ley de 23 de marzo de 1906 que castigaba los delitos contra la Patria y el Ejército⁵¹.

3. LA ELABORACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1928

a) **Los responsables de la nueva codificación: continuidad, apertura y rechazo en la Comisión general de Codificación (1923-1930)**

Uno de los rasgos característicos de la reforma penal que conduciría a la aprobación del Código penal de 1928, fue que se realizó en el seno de la Comisión general de Codificación por juristas de gran experiencia.

Puede deducirse lo que parece ya una obviedad como que el Código penal de la Dictadura de Primo de Rivera es un producto político y técnico.

A tal exacto y al hilo de su estudio dentro del contexto de la codificación penal histórica de España, cabe decir que si bien es cierto que se trató de un producto político, pero no exclusivamente por tratarse de un régimen dictatorial carente de legitimidad. Por el contrario entronca con la línea ya marcada por los Códigos anteriores y sorprendentemente también por los posteriores. Y es que cada cambio constitucional en España conlleva aneja la promulgación de un Código penal nuevo. Así, el Derecho penal español aparece como la contraparte de los movimientos que alteran o modifican la estructura del Estado.

El hecho de ser un producto técnico tampoco resulta una especial aportación pues esta había sido la tendencia pues era ya tradición en nuestra Codificación penal que los Gobiernos progresistas optaran por un sistema de comisiones «ad hoc», y los gabinetes conservadores lo hicieran por un criterio más técnico donde primara una comisión codificadora específica como la Comisión General de Codificación.

Parece significativo a este respecto el hecho ya mencionado de que el Real Decreto de 14 de junio de 1926, introdujo como única novedad en la Comisión general de Codificación el dotarle de un presupuesto con objeto de poder remunerar a sus integrantes⁵². Y es que cabe observar una manifiesta continuidad en

⁵⁰ ANTÓN ONECA, J., «Los antecedentes...», cit., pp. 41-42.

⁵¹ *Ibid.*, pp. 42-43.

⁵² Alterando una situación vigente desde el Decreto de 31 de julio de 1846 que instituyó que los miembros de la Comisión debían ejercer sus funciones de modo gratuito.

la composición de la Comisión ya que permaneció su régimen intacto. Ni siquiera necesitó cambiar a sus integrantes permaneciendo en su mayoría como miembros de la misma los que ya lo eran con anterioridad al Golpe de Primo de Rivera.

Por lo que respecta a la composición de la Comisión General de Codificación, tras la muerte de su Presidente, Antonio Maura Montaner, asumiría el cargo Juan de la Cierva y Peñafiel, el 1 de febrero de 1926⁵³. Eugenio Cuello Calón e Inocencio Jiménez Vicente fueron los principales involucrados en su redacción, siendo la voz cantante la llevaría Eugenio Cuello Calón⁵⁴.

De la composición de esta Sección debemos decir que César Silió y Quintiliano Saldaña, con también notable participación en la elaboración del Código,

⁵³ En cuanto a la Sección Tercera, destinada a la reforma del Derecho penal, a partir de la Real Orden de 12 de marzo de 1926 tenía como presidente a Andrés Tornos y Alonso desde el 13 de febrero de 1926 hasta que por fallecimiento fue sustituida por Francisco García Goyena y Alzugaray el 7 de diciembre de 1926. Para más información sobre los mismos *Vid.*, LASSO Y GAITE, J. F., «Aportación a la historia del Tribunal Supremo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Editorial Reus, Diciembre, Madrid, 1969, pp. 566-636, especialmente pp. 631- 632. Los Vocales de dicha Sección Tercera eran los siguientes: Francisco de Asís Fernández de Henestrosa, abogado nombrado miembro de la Sección tercera por el Real Decreto de 1 de febrero de 1926, *Gaceta de Madrid* de 2 de febrero de 1926; Diego Arias de Miranda, dos veces Ministro una de Marina en el Gobierno presidido por José Canalejas formado el 9 de febrero de 1910 en cuyo Gobierno propuso una reforma parcial del Código penal sobre el juego en 1912 y, la segunda vez que volvería a ser Ministro lo haría en la cartera de Gracia y Justicia en el siguiente Gobierno presidido por el Conde de Romanones, formado el 15 de noviembre de 1912. Por defunción le sucedió a partir del 9 de julio de 1929 Inocencio Jiménez Vicente, nombrado Vocal por el Real Decreto de 9 de julio de 1929, *Gaceta de Madrid* de 13 de julio de 1929. Curiosamente, y a pesar de lo tardío que fue su ingreso en la Comisión, participaría activamente en el cierre final del Código, antes de formar parte de la misma; César Silió Cortes, formaba parte ya de la Sección tercera desde que lo nombrara el Real Decreto de 21 de noviembre de 1914. Este solo asistió a la sesión inaugural celebrada el 13 de febrero de 1926; Quintiliano Saldaña García-Rubio quien formaba parte ya de la Sección tercera con anterioridad a la Dictadura desde que se le nombrara a través del Real Decreto de 28 de abril de 1920. Catedrático de Derecho penal y Antropología criminal en el doctorado de la Universidad Central, más información en DOMINGO, R., *Juristas Universales*, t. IV, *Juristas del Siglo XX*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid-Barcelona, 2004, p. 787 y RICO DE ESTASEN, J., «Un sabio español. Relieve científico y humano del profesor Saldaña», *Revista de la Escuela de Estudios Penitenciarios*, Madrid, 1956 a partir de la p. 358; Manuel Antolín y Becerro de Bengoa, Auditor de brigada pasó a formar parte de la Sección tercera por el Real Decreto de 20 de febrero de 1924, *Gaceta de Madrid* de 21 de febrero de 1924, en la vacante producida por fallecimiento de Avelino Montero y Villegas; Juan Maluquer y Villadot, quien dimitió inmediatamente alegando motivos de salud y fue sustituido el 23 de marzo de 1926 por Bernardo Longué Mariátegui, Magistrado de la Sala segunda Tribunal Supremo, pasó a formar parte como Vocal de la Sección tercera el 23 de marzo por el Real Decreto de 23 de marzo de 1926, *Gaceta de Madrid*, 24 de marzo de 1926 y Eugenio Cuello Calón, principal promotor de la reforma, Nombrado Vocal en la vacante de Francisco García Goyena al ser promovido este a Presidente de la Sección, el 5 de diciembre de 1926 y tras la negativa de Jiménez de Asúa de formar parte de la Sección. Más información en DOMINGO, R., *Juristas Universales* cit., pp. 747-748.

⁵⁴ Como afirmaría el Ministro PONTE ESCARTÍN, G., «Discurso de apertura de Tribunales en 1928: El arbitrio judicial en el nuevo Código penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (153), pp. 219 y 235.

pertenecían con anterioridad al golpe de Estado a la Comisión general de Codificación⁵⁵.

Únicamente dimitió de su cargo Juan Maluquer y Villadot. Las ulteriores incorporaciones se hicieron exclusivamente por el fallecimiento sucesivo de algunos miembros, que, en casi todos los casos, también pertenecían a la Comisión con anterioridad al golpe de Primo Rivera.

Cabe destacar que la incorporación de Cuello Calón, se produjo tras la renuncia de Jiménez de Asúa, máximo detractor del Código de 1928.

Cuando Francisco García Goyena fue promovido a la Presidencia de dicha tercera Sección⁵⁶, se propuso cubrir la vacante como Vocal de la Comisión General de Codificación a Luis Jiménez de Asúa. Este rehusó al ofrecimiento por medio de una valiente carta en la que denunciaba la falta de legitimidad del nuevo Código penal. Bien vale la pena transcribir en su totalidad esta carta del insigne penalista:

«Excmo. Señor Ministro de Gracia y Justicia.

Por el comunicado que me traslada V. E. conozco mi nombramiento de Vocal de la Sección Tercera de la Comisión general de Codificación, contenido en la Real Orden del 7 de los corrientes.

Debo, ante todo, rendir a V. E. las más finas gracias por la distinción que se me ha hecho, atribuyéndola al cargo universitario que desempeño mas que

⁵⁵ Su participación en la elaboración del mismo nos la cuenta el propio Saldaña al instar la promulgación del Código penal, «He pedido la palabra para dirigir un ruego al Sr. Presidente del Consejo de Ministros, que nos honra con su asistencia. Simplemente, brevemente y en pocas palabras, para decir que me intereso por la promulgación lo más pronto que sea posible, del Código penal, pero de la promulgación del Código penal con las correcciones y modificaciones introducidas por la Sección 5.^a de esta Asamblea. Me intereso [...] porque he dedicado modestamente diez años a preparar esa labor y luego año y medio a colaborar en su redacción. En 1920 publiqué un libro, donde incluía un proyecto de Código penal, que es en esencia todo lo que abarca la parte general del proyecto aprobado por la Asamblea. En 1921 fui honrado con el encargo de un Ministro de preparar unas bases, bases que luego han sido leídas después en la Comisión de Códigos, en la primera sesión que se celebró el año pasado para incoar el trabajo de redacción del proyecto de Código penal y que recibieron el segundo honor, acaso inmerecido, de ser aprobadas, y que el Código sería redactado según esas bases [...]» y que inspiraron al Proyecto de Código penal de Fernando Ortíz, luego Proyecto oficial de La Habana considerándolo uno de los Proyecto más perfectos de toda Europa, «De ese Proyecto de la Comisión he redactado íntegramente el Título preliminar y casi todo el Libro I, excepto los artículos relativos a las penas que redactó otro compañero después de orientarle yo. Además tuve el honor de hacer tres Títulos del Libro III». *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión plenaria de 21 de mayo de 1928, pp. 791-792.

⁵⁶ Real Decreto de 7 de diciembre de 1826, *Gaceta de Madrid* de 8 de diciembre de 1926. Destacamos otros significativos casos de renuncia de importantes miembros de la Comisión que formaban parte de otras Secciones. Así, especialmente relevantes lo fueron las dimisiones de L. Silvela y Manuel García Prieto. L. Silvela y Casado, diputado a Cortes y Subsecretario que fue del Ministerio de Gracia y Justicia, fue Vocal de la Comisión General de Codificación, con destino a la Sección segunda, en la vacante producida por fallecimiento de L. Díaz Cobeña. Real Decreto de 1 de septiembre de 1915, *Gaceta de Madrid* de 5 de septiembre de 1915 y el Real Decreto de 6 de septiembre de 1927, *Gaceta de Madrid* de 8 de septiembre de 1927 admitiría su renuncia. A través del Real Decreto de 6 de septiembre de 1927, *Gaceta de Madrid* de 8 de septiembre de 1927 se admitía igualmente la renuncia del cargo de Presidente de la Sección cuarta de la Comisión General de Codificación de Manuel García Prieto, Marqués de Alhucemas.

a motivos personales, y cumplido este indispensable trámite de cortesía suplico encarecidamente a V. E. me admita la renuncia del expresado nombramiento motivada por las siguientes razones que sucintamente expongo:

A) La Comisión general de Codificación fue un organismo técnico encargado de preparar los trabajos que después habían de someterse al Parlamento y discutirse en ambas Cámaras. La Constitución vigente establece que la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey. Solo, pues, de la cooperación de esos factores legislativos puede originarse constitucionalmente una Ley penal. Disueltas las Cámaras y atribuida tácitamente al Rey y al Poder ejecutivo la potestad de hacer las leyes, toma la Comisión codificadora un papel más trascendental que el que hasta el 13 de Septiembre de 1927 había tenido. Las leyes y Códigos compuestos por esa Comisión pasan directamente a la Gaceta, después de aprobados por el Gobierno y por el Rey, sin que las Cámaras debatan y refrenden la faena de los técnicos.

Sin juzgar los principios del Gobierno, deseo dejar constancia de mi disconformidad, oriunda del respeto a la Ley fundamental del Estado español. Convencido de las excelencias del Parlamento deseo apartarme de un sistema que legisla a espaldas de las Cortes y no puedo cooperar en empresas legislativas que van a ser sustraídas al conocimiento de las Cámaras.

B) Repetidamente he escrito en diarios y Revistas nacionales y extranjeros, que la tarea de componer el Anteproyecto de Código penal debe ser confiada, no a la Comisión codificadora existente, sino a un Comité de Profesores de Derecho penal, magistrados, pedagogos y psiquiatras. Aceptar ahora un cargo en la Comisión de Códigos sería una incongruencia y una claudicación.

C) Con la misma insistencia, he postulado en mis trabajos impresos en España y en el Extranjero, que la reforma del Código debe condicionarse a la formación de una nueva magistratura más técnica y científica y, sobre todo, a un sistema penitenciario más moderno y reformador. Estoy convencido que la cultura de nuestros jueces va dilatándose; pero en orden al progreso carcelario este momento es de franca regresión. La Escuela de Criminología, en la que con ejemplar desinterés desempeñábamos cargos algunos Profesores universitarios, expira con el año, por supresión del modestísimo presupuesto que la sustentaba. Todo el camino penosamente recorrido se pierde, y otra vez el cabo de vara mandará en nuestros presidios. Un Código moderno que no tenga aplicación fiel por los magistrados y una práctica inteligente en los establecimientos penales, será letra muerta. Y los que, como yo, proclaman que es preferible una Ley vieja y retrógrada con avanzados sistemas penitenciarios, a un Código moderno y de perfecto tipo con presidios anacrónicos y empleados ayunos de vocación y formación, harán mal en aceptar puestos en Comisiones codificadoras de las que saldrá una ley acaso de correcto perfil, pero de vigencia facticia y nula eficacia.

Estoy cierto que V. E. estima como una de las cualidades más recomendables en los nombres, la continuidad de la conducta y que, por ello, se servirá admitir la renuncia del cargo que tan insospechadamente me ha sido conferido. Dios guarde a V. E. muchos años. Madrid 11 de Diciembre de 1926»⁵⁷.

⁵⁷ El original se conserva en el A. C. G. C., Legajo 7, Carpeta 2, Documento 10 que él mismo reproduciría años más tarde en su *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires 1956, I, p. 725, núm. 9 y la publicación el propio autor posteriormente en JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, T. 1, ed. Losada, S. A., Buenos Aires, 1950, p. 725 y 591.

A dicha carta de Luis Jiménez de Asúa respondía rápidamente el gobierno afirmando que tal invitación se debió «al deseo del Gobierno de S. M. de que en las labores de la Comisión expresada y, especialmente, en la redacción del proyecto de nueva edición del Código penal, intervengan los Profesores de mayor reputación especializados en estudios penales, prescindiendo, como lo hace siempre que de constitución de Comisiones técnicas se trata, de ideas y conductas favorables o adversas a la acción del Gobierno», pero que, «negado el concurso por el Catedrático nombrado no hay motivos para obligarle a prestarlo, ni es procedente hacerlo siquiera entre los razonamientos expuestos como fundamento de su negativa los haya de notoria extemporaneidad y aún de evidente inexactitud»⁵⁸.

Cabe añadir que también grandes penalistas de ideología contraria al régimen no fueron invitados, como el caso de Mariano Ruiz Funes, Constancio Bernaldo de Quirós, José Antón Oneca, Manuel López Rey y Arrojo o José Arturo Rodríguez Muñoz, por citar los más relevantes. Tampoco fueron invitados otros no menos grandes penalistas simpatizantes de la derecha como Antonio Mesa-Moles, el del Padre Jerónimo Montes, Valentín Silva Meredo o el Padre Julián Pereda entre otros.

En este sentido, son interesantes las palabras del Ministro de Gracia y Justicia, quien aludía expresamente al carácter apolítico de la Comisión, aduciendo que: «(...) el Gobierno, en realidad, sólo ha intervenido en la formación del proyecto para coordinar las propuestas de los técnicos con las de todos los sectores del país representados en la Asamblea Nacional y con las realidades que la vida presenta y el Gobierno recoge procurando apreciarlas tales como son y en tanto cuanto valen (...)»⁵⁹.

Si bien es cierto que hablamos de un Régimen completamente ilegítimo y que por ello las palabras del citado Ministro carecen de una total credibilidad, también lo es que dicha falta de credibilidad debe ser sin embargo valorada en su medida, ya que podrían haberse ahorrado la citada invitación a Jiménez de Asúa.

b) La intervención de la Asamblea Nacional: aceptación general por la Sección Quinta y por el Pleno

El Anteproyecto estuvo en manos del Ministro de Gracia y Justicia desde el 12 de julio hasta el 7 de noviembre de 1927, en que firmaría su presentación y lo remitiría a la Asamblea Nacional. El 18 de octubre de 1927 Ponte Escartín remitió al Consejo de Ministros para su informe el Proyecto de Código penal revisado por él mismo⁶⁰.

⁵⁸ A. C. G. C., Leg. 7, Carpeta 2, Doc. 10. Real Decreto de 14 de diciembre de 1926, *Gaceta de Madrid* de 16 de diciembre de 1926.

⁵⁹ Exposición de Motivos de 5 de septiembre de 1928, *Gaceta de Madrid* de 13 de septiembre de 1928.

⁶⁰ El único cambio por parte del Ministro sería la inclusión de la disposición adicional contenida en el artículo 1072 relativa a la motivación de las sentencias en que el Tribunal debía hacer uso del arbitrio judicial. Con ello, pasaron a ser 1074 los artículos del Proyecto. Actas del

Dada la simplicidad de los trámites legislativos de que gozaba la Dictadura, hubiera podido entonces el gobierno confeccionar definitivamente el Código. Sin embargo, la creación de la Asamblea Nacional por el Real Decreto-Ley de 12 de septiembre de 1927⁶¹, que pretendía ser el «supremo Cuerpo consultivo en la que habían de estar representado, además de las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos de toda la Nación, la Ciencia, el Comercio, la Industria, la Economía, el Trabajo y todos cuantos elementos integran el país y laboran por su prosperidad»⁶².

Galo Ponte de acuerdo con el Gobierno en Consejo de Ministros, entendió que debía llevarse ante la Asamblea Nacional todo el Proyecto⁶³ y en la Sesión del día 8 de febrero de 1928 se acordó tomar en consideración para enviar a la Asamblea Nacional el Proyecto del citado Libro I del Código penal, a pesar de que éste había ya sido aprobado por el Gobierno⁶⁴. La Sección quinta⁶⁵, denominada de «Codificación civil, penal y mercantil», fue la que se encargó del Proyecto del Código penal.

Consejo de Ministros, Alfonso XIII, Presidencia del General Primo de Rivera, Directorio Civil (1925-1930), Madrid, 1992. Acta 142, Sesión del día 18 de octubre de 1927.

⁶¹ Real Decreto-ley de 12 de septiembre de 1927 creando y convocando la Asamblea Nacional, y que fue también publicado en el *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión plenaria de 10 de octubre de 1927, núm. 1 en la Sesión de apertura de la misma, pp. 1-15, Apéndice 1 al núm. 1, pp. 1-3, Apéndice 3 al núm. 1, pp. 1-3, y Sesión de 29 de octubre de 1927, núm. 2, pp. 1-4, donde se recogen las renunciaciones. De la nueva institución el Ministro esperaba: «asesoramiento, orientación y expresión de opiniones altruistas respecto a los problemas de mayor interés; debía el Gobierno oír a la Asamblea sobre los proyectos legislativos que por su importancia afectasen a todos los españoles; y dicho queda con esto que no debía prescindir de oír a la Asamblea Nacional sobre lo que la nueva ley sustantiva penal debía ser. Así lo acordó y no tuvo por qué lamentarlo el Gobierno, pues el dictamen emitido por la Sección quinta de la Asamblea, presidida por el eminente profesor don Felipe Clemente de Diego, fue precedido de minucioso análisis del proyecto de la Comisión y la discusión de aquél en las sesiones plenarias permitió conocer sobre diferentes e importantes cuestiones diversas opiniones, todas respetables y todas dignas de ser tenidas en cuenta, que facilitaron posteriormente la labor del Gobierno». Nota Preámbulo del Real Decreto de 8 de septiembre de 1928, *Gaceta de Madrid* de 13 de septiembre de 1928. Son las palabras de Galo Ponte dadas el 7 de noviembre de 1927, *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 23 de noviembre de 1927, Apéndice 1 al núm. 2, en el que se publicará el Proyecto de Código penal.

⁶² Exposición de motivos del Real Decreto aprobando el Código penal que regirá desde el primero de enero de 1929.

⁶³ En la Exposición que dirige el Ministro a la Asamblea Nacional dirá que «[...] estudiaba el proyecto de la Comisión General de Codificación para proponer al Gobierno el acuerdo precedente, cuando fue creada y se constituyó la Asamblea Nacional; y ante tal acontecimiento, ha estimado, y el Gobierno con él, que debía suspenderlo para continuarlo en su día con el asesoramiento de la Asamblea [...]», *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, ap. 1.º al núm. 3 del 23 de noviembre de 1927, p. 1.

⁶⁴ Actas del Consejo de Ministros, Alfonso XIII, Presidencia del General Primo de Rivera, Directorio Civil (1925-1930), Madrid, 1992. Acta 167, Sesión del día 8 de febrero de 1928.

⁶⁵ Integrada por Gaspar Buforn, Carlos Cañal y Migolia, Felipe Clemente de Diego, Ángel Díaz Benito, Justiniano Fernández Campa, Remigio Gandásegui, Ramón García del Valle, J. María López Cepero, Quintiliano Saldaña, Julio Senador, Ángel Traval y Rodríguez de Lacín, *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión plenaria de 10 de octubre de 1927, núm. 1, Sesión de apertura de la misma Presidida por el Profesor Felipe Clemente de Diego.

El 7 de noviembre de 1927 el Ministro de Gracia y Justicia presentó el Proyecto revisado por la Comisión permanente ante la Asamblea.

En el Acta de la Sesión plenaria celebrada el miércoles 23 de noviembre de 1927 se publica el Proyecto de Código penal. Su Exposición de Motivos contenía una introducción en la que, entre otras cosas, se recogía el carácter urgente de la reforma penal; se aplaudía la extralimitación de la Comisión a la hora de interpretar el mandato contenido en la Real Orden de 12 de marzo de 1926⁶⁶ y donde además explicaba las razones por las que el público debate del Proyecto debía restringirse⁶⁷.

A través de dicha presentación ante la Cámara legislativa del Directorio ya Civilde la Dictadura, se solicitaba el estudio y debate del resultado de los trabajos de la Comisión general de Codificación. Así, de igual manera que su predecesor el Código de 1870 y que su sucesor el de 1932, no se solicitaría por parte del gobierno un debate artículo por artículo, sino un estudio general del mismo⁶⁸.

Como puede observarse, no se pretendía exclusivamente una nueva revisión del Proyecto sino también fortalecer la legitimidad del Código penal con la sanción oficial de la recién creada supuesta Cámara legislativa. El trámite siguiente correspondía a la Sección quinta de la Asamblea Nacional que elaboró un Dictamen sobre el Proyecto de Código penal. En realidad ésta elaboró dos.

⁶⁶ «[...] El Ministro que suscribe [...] llamó apropiadamente al trabajo que encargó nueva edición del Código Penal. Pero la Comisión que realizó el trabajo, integrada por Magistrados, Catedráticos, Abogados y publicistas ilustres de talento, cultura, competencia y serenidad de juicio notorios, laboró en tales términos que sin pretender salir de los moldes a los cuales se le había interesado que ajustasen su trabajo, fruto de éste no merece ser considerado como una edición reformada del Código Penal vigente, sino como un Proyecto de nuevo Código Penal positivamente digno [...]». Presentación del Proyecto de la Comisión permanente por Galo Ponte ante la Asamblea Nacional 7 de noviembre de 1927, *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 23 de noviembre de 1927, Apéndice 1 al núm. 3, p. 1.

⁶⁷ «[...] por entender que una obra que, por su índole, necesita ser promulgada con garantías de autoridad técnica, redactada por personas prestigiosas y peritas que han estudiado concienzudamente todos sus preceptos, no debía ser expuesta a los peligros de una crítica inconsciente o egoísta interesada en el fracaso del proyecto que pudiera surgir, aunque a tal crítica se uniese la desapasionada y recta de personas y entidades que con alteza de miras hubiesen acudido indudablemente también a la información. Pero deseoso el Gobierno de oír, antes de discutir en su seno el proyecto de la Comisión de Codificación, juicios serenos que expresen el parecer de todos los sectores de la opinión nacional, aprovecha el comienzo del funcionamiento de esa respetable Asamblea para demandarle su dictamen, ya que ninguna otra colectividad existe actualmente en que mejor y más proporcionalmente estén representados los sectores aludidos [...]». Presentación del Proyecto de la Comisión permanente por Galo Ponte ante la Asamblea Nacional 7 de noviembre de 1927, *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 23 de noviembre de 1927, apéndice 1 al núm. 3, p. 1.

⁶⁸ De la siguiente manera: «[...] no pide el Gobierno a la Asamblea, ni sería conveniente pedirlo, un dictamen analítico y minucioso que implique la disección de cada uno de los artículos que integran el Proyecto de Código Penal [...]», Presentación del Proyecto de la Comisión permanente por Galo Ponte ante la Asamblea Nacional 7 de noviembre de 1927, *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 23 de noviembre de 1927, Apéndice 1 al núm. 3, pp. 1-2.

El primer Dictamen de la Sección quinta de «Codificación civil, penal y mercantil» sobre el Título Preliminar y Libro primero del Proyecto de Código penal⁶⁹ se haría público en el Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional el 14 de febrero de 1928 junto a un Anexo en el que se recogieron ciertas modificaciones.

Sin romper con la tradicional prisa que se erige como el motor de nuestra codificación penal el Dictamen empezaba justificando la parquedad de la revisión realizada por la falta de tiempo que obligaba a limitar este primer Dictamen al Título Preliminar y al Libro I del Proyecto⁷⁰.

En términos generales el Dictamen fue favorable. Lo consideró no un Proyecto de escuela «sino franca empresa de patriotismo jurídico; donde, de espaldas a todo prejuicio ideológico, se propusieron sus redactores llevar a cabo una obra nacional»⁷¹. Ofrece un verdadero «elogio del plan» del Proyecto que considera como «una pieza legislativa de tipo nuevo, perfectamente diferenciado, que poco o nada recuerda, por su estructura interna, al Código penal de 1870»⁷².

Siguiendo la tradición legislativa en materia penal, la Sección quinta encontrará en la premura con que se confeccionó el Proyecto y en su carácter de obra colectiva, las razones para justificar la defectuosa redacción de algunos artículos, la frecuencia de ciertas repeticiones así como algunas incoherencias⁷³.

Un mes más tarde aparece el segundo Dictamen emitido por la Sección quinta, el 15 de marzo de 1928. Tocaba ahora la revisión de los Libros II y III del Proyecto de Código penal⁷⁴, es decir, la Parte especial del Proyecto.

⁶⁹ Dedicaría la Sección 5.ª de la Asamblea Nacional varios meses a redactar el Dictamen que el Gobierno le había encomendado sobre el Proyecto de Código penal confeccionado por la Comisión General de Codificación y más especialmente por su Sección tercera. *Vid.* SAN MARTÍN LOSADA, L., *El Código penal de 1928. Su estudio y comparación con el de 1870*, Madrid, 1928.

⁷⁰ «[...] razones de urgencia, exigida por las necesidades del trabajo en las próximas sesiones plenarias, hayan limitado el objetivo de la Sección, en este dictamen, al Libro I del Proyecto», *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 14 de febrero de 1928, Apéndice 4.º al núm. 13, p. 1.

⁷¹ Para más información acerca de este argumento en torno la pluralidad de escuelas que recoge el mismo *vid.* *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 14 de febrero de 1928, apéndice 4.º al núm. 13, Sesión de 8 de febrero de 1928, p. 1.

⁷² A este respecto basta parangonar los índices respectivos para descubrir la disparidad, y sería injusto decir que se trata del mismo Código. «[...] el Proyecto ofrece la novedad de un título preliminar, de que carecía el Código; nuevo por materia, en la tradición de nuestros Códigos penales, y de original estructura, dividido en cuatro Capítulos [...]», *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 14 de febrero de 1928, apéndice 4.º al núm. 13, pp. 2-3.

⁷³ Así propone correcciones en el texto de algunos artículos, alteraciones de lugar y supresión de otros, y en caso excepcional, recomienda añadir un artículo nuevo. *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 14 de febrero de 1928, apéndice 4.º al núm. 13, pp. 2-3. Finalmente, el primer Dictamen recoge un Anexo en el que recopila las modificaciones que, además de las consignadas, proponía la Sección al Título preliminar y Libro Primero del Proyecto de Código penal. Ofrece una síntesis LASSO Y GAITE, J. F., *Crónica...*, cit., pp. 682-684.

⁷⁴ *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 15 de marzo de 1928, ap. 1.º al núm. 17, pp. 1-10. Actas del Consejo de Ministros, Alfonso XIII, Presidencia del General Primo de Rivera, Directorio Civil (1925-1930), Madrid, 1992. Acta 176, Sesión del día 21 de marzo de 1928.

En cierto sentido, el segundo Dictamen resulta crítico con el Libro I al enunciar principios generales que se centran en el llamado nuevo eclecticismo; permisibilidad del delincuente y peligro social.

En el Libro II y III predominan las críticas de los de mayor severidad como señala la propia Sección quinta de donde en términos más actuales entiende que propone una política «prevención general». Finalmente critica la amplia extensión del Proyecto que con sus 1074 artículos resulta ser el Proyecto de Código penal más amplio de la historia de la codificación penal.

Con respecto a las leyes penales especiales, según la Comisión, el Código penal no las incorpora a su articulado sino que siguen teniendo un valor complementario. Además en cuanto a la aplicación de las penas de libertad, el Dictamen destaca que el Proyecto careció de escalas graduales lo que dificultaba la medición de las penas.

El segundo Dictamen concluye con el apartado VI expresivamente titulado de «lo que hay de más y de menos en el Libro II del Proyecto»⁷⁵.

Ambos Dictámenes suscritos por el Presidente Clemente de Diego y el Secretario Quintiliano Saldaña pasarían seguidamente al pleno de la Asamblea.

Los debates en el pleno de la Asamblea Nacional gozan de un elevado grado de calidad técnica y, con carácter general, trataron de rebajar la dureza del Código. El pleno de la Asamblea Nacional dedicó cuatro Sesiones a discutir el Proyecto de Código penal. En ellas intervinieron juristas, magistrados, catedráticos y publicistas⁷⁶.

Sus observaciones y enmiendas debían remitirse con posterioridad a la Sección quinta para que, unidas a los Dictámenes, el Gobierno concretase el tenor definitivo del Código penal⁷⁷.

En la primera Sesión que tuvo lugar el 15 de febrero de 1928 se leyó el primer Dictamen emitido de la Asamblea, anunciándose que se señalaría día

⁷⁵ Se realiza por último un Anexo en el que se incorporan las novedades que proponen de manera muy detallada y pormenorizada. En algunos casos línea por línea, sobre todo en el Libro II y también algunos artículos del Libro III de las faltas.

⁷⁶ Dichos debates fueron seguidos en el Consejo de Ministros que se reunió para cambiar impresiones y estudiar algunas posibles incidencias, Actas del Consejo de Ministros, Alfonso XIII, Presidencia del General Primo de Rivera, Directorio Civil (1925-1930), Madrid, 1992. Acta 178, Sesión del día 27 de marzo de 1928. Estos debates se publicarán de forma parcial a través de un extracto que realizó DE LA CIERVA, J., en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, pp. 192-200 y 209-215. También dan cuenta de estos debates de la Asamblea Nacional el Boletín Analítico creado por Eduardo Dato en 1910 publicado por la Secretaría de Cortes que continuó la Asamblea Nacional en 1928. JARAMILLO ofrece en la Introducción de su libro un extracto de los discursos pronunciados por la Asamblea Nacional, JARAMILLO GARCÍA, A., *op. cit.*, pp. 8-21. Una visión crítica la da ANTÓN ONECA, J., «Los antecedentes...» *cit.*, pp. 47-48, que incluye de manera su valoración acerca del Dictamen y de los debates. especialmente p. 49. Por lo que respecta estudios actuales *vid.* LASSO Y GAITE, J. F., *Crónica...*, *cit.*, t. 5, I, pp. 680-690.

⁷⁷ Las enmiendas se leyeron por primera vez en la Sesión del 29 de marzo de 1928. Otras dos enmiendas más se incluirían la primera en el *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 30 de febrero de 1928, Apéndice 1 al núm. 20, *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 27 de marzo de 1928, núm. 17. *Vid.* también la Sesión plenaria de 30 de octubre de 1928. De todas las enmiendas y adiciones al Código también da cuenta LASSO Y GAITE, J. F., *Crónica...*, *cit.*, T. 5, I., pp. 686-687.

para su discusión⁷⁸. Tal discusión transcurrió en los días 27, 28, 29 y 30 de marzo de 1928 como reflejan las Actas del Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional.

Por lo que se refiere a los debates en sí, nos centraremos en lo relativo a la gestación del Código, objeto de las presentes páginas. En este sentido, nos centraremos fundamentalmente las valientes declaraciones de Pérez Bueno⁷⁹, cuyo discurso destaca tanto en lo que se refiere a la gestación del mismo como a su valoración del contenido.

Fernando Pérez Bueno, Catedrático de Derecho natural, en tono burlesco, ridiculizó el Proyecto en una extensa interlocución, sólo interrumpida por las risas que se producían entre los Asambleístas y que bien vale la pena recoger al menos de forma sintética a continuación. Utilizará las palabras de la intervención anterior de Maura para denunciar la falta de representatividad de la Asamblea Nacional y elogiar la fiscalización por el legislativo de la labor del Ejecutivo:

«Se puede fiscalizar, y se ha fiscalizado siempre, en la historia, a los dictadores, y éstos no han atentado nunca contra las instituciones en que se ejercía el poder soberano del Estado. El más grande dictador del mundo, Sila, mantuvo abiertas las Cortes romanas, y cuando fueron a decirle que las cerrase contestó que no tenía para nada que cerrar los comicios y el Senado, donde se ejercía la soberanía nacional. De manera que fueron siempre fiscalizados los dictadores, y ellos mantuvieron siempre abiertas las Cortes. [...] De modo que el Sr. Maura me permitirá que le diga que es una cándida equivocación suponer que en todos los centros donde se habla y en todos los que hablan hay Parlamento y hay parlamentarismo, porque acaba de morir, hace pocos días, el hombre más antiparlamentario del mundo, y que quizá era el más grande de los oradores de España, y muchos de los que venimos aquí y en la vida hemos estado en ningún Parlamento, no venimos a hablar como parlamentarios, porque al Parlamento se viene a hacer política y a hacer carrera, y algunos no venimos a eso, ni somos nada, ni necesitamos nada, ni queremos nada [...] (Risas) [...] De manera que yo me voy a permitir intervenir en la discusión de la totalidad contra el proyecto de reforma del Código penal, por amor al arte (Risas), por amor a la justicia, que tengo la misión de enseñar [...] Nada tan desagradable para mí como verme hoy en este duro trance de tener que hacer una crítica despiadada del Proyecto de reforma del Código penal» y, posteriormente, pasará a calificarla de funesta y asegura que «este primer turno en

⁷⁸ *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión del 15 de febrero de 1928, núm. 14, p. 497. Se trazaron además las pautas y el método a seguir en la discusión así como el «tono» en que la Presidencia esperaba que se pronunciasen los oradores intervinientes. Se estimó que el examen técnico de éste, había tenido su lugar adecuado en la Sección, a pesar de lo cual, se estableció que aquellos miembros de la Asamblea Nacional que desearan expresar su pensamiento en forma de enmiendas, observaciones, adiciones o supresiones, podían tener su cauce adecuado a través de la forma escrita para acelerar los debates así como «para la mejor precisión del concepto que ellos pretendan llevar o incorporar al dictamen», *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 27 de marzo de 1928, núm. 17, pp. 648-669.

⁷⁹ Fernando Pérez Bueno formaba parte de la Asamblea Nacional como representante de las actividades de la vida nacional, *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 10 de octubre de 1927, núm. 1, p. 7.

contra de la totalidad del dictamen va a ser un turno en defensa del Gobierno, porque ese proyecto no es obra suya y porque si ese proyecto se aprobase escribiríais una página negra en la historia de la dictadura»⁸⁰.

En lo relativo a la gestación del Proyecto, Pérez Bueno denuncia el hecho de que fuera redactado en secreto, rompiendo con la tradición legislativa española y sin cumplir con la obligada consulta a los cuerpos Colegisladores⁸¹. En este extremo es preciso colegir que esto no había sido así, es cierto que esa fue la sana primera intención del legislador del Trienio liberal y de hecho así procedió a la hora de promulgar su Código penal en 1822. Sin embargo, los restantes Códigos penales tanto los anteriores como los posteriores al Código de 1928 obviarán trámite.

Así que en este sentido, no resultan del todo fundadas sus acusaciones, pues el Proyecto ni fue redactado en un silencio mayor que el que obligaba a los Comisionados a guardar secreto en torno a los debates y acuerdos por los que se redactaran los anteriores Códigos, ni rompía verdaderamente con una tradición legislativa, que era en gran medida inexistente; tampoco había obviado en mayor grado el llamamiento a los Cuerpos Colegisladores pues procedió, en este sentido, exactamente igual que lo hicieran los conservadores en la elaboración del Código de 1848, los progresistas en relación con el de 1870.

Pérez de Bueno concluyó su intervención denunciando el carácter represivo del Proyecto y rogando al Gobierno retirase el Proyecto. Su elocuencia podemos sintetizarla con sus propias palabras: «¡Con ese Código vamos a ir a presidio todo el mundo! (Grandes risas)»⁸².

La segunda Sesión del pleno estuvo determinada por las crudas precitadas afirmaciones de Pérez Bueno y por la genérica respuesta de los participantes que defendieron a capa y espada el Proyecto de Código.

De la tercera Sesión destacamos la valiente intervención de Cuartero, que realizó una defensa encomiable de la abolición de la pena capital⁸³ y la de Beltramí, abogado que, tras afirmar que el Proyecto era una «obra perfecta», pasa-

⁸⁰ *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 27 de marzo de 1928, núm. 17, pp. 660-661, su discurso completo en pp. 660-667.

⁸¹ «Redactado casi en sigilo y en silencio, aprovechando los beneficios de un régimen de excepción, que en nada le eran aplicables, rompe con la tradición legislativa de España y con la de todos los pueblos cultos que han acometido análogas empresas. Con la obligada consulta a los Colegios de Abogados, a las Facultades de Derecho, a los Tribunales de Justicia y la publicidad y el debate abiertos en las columnas de la Prensa periódica, así ha hecho su reforma penal al pueblo italiano bajo el régimen del fascismo». *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 27 de marzo de 1928, núm. 17, p. 661.

⁸² Su lectura es de especial utilidad para un estudio de su contenido. *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 27 de marzo de 1928, núm. 17, pp. 660-667. En contestación a sus palabras intervendrá Clemente de Diego, pp. 666-669. En la Sesión celebrada el día siguiente responderán a las duras críticas de Pérez Bueno, Juan de la Cierva, pp. 688-697, Clemente de Diego, pp. 697-700, Rodríguez Jurado que, en todo caso, aplaudirán el Proyecto, pp. 700-704 y García del Valle, pp. 703-704. Todos en *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión del 28 de marzo de 1928, núm. 18.

⁸³ *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión del 29 de marzo de 1928, núm. 19, pp. 730-732.

ría, a censurar algunos aspectos del mismo, ambos de gran utilidad para una aproximación a la valoración del contenido del Código⁸⁴.

El resto de los participantes se limitan a apoyar en general el Proyecto haciendo escasas aportaciones o críticas. Caben destacarse las palabras de Saldaña defendiendo la omisión del público debate al entender que una consulta al país sobre el Código penal hubiera sido inútil, y destaca que:

«[...] en vano hemos convocado en la Sección quinta a todos nuestros compañeros de Asamblea, para que acudieran con sus informaciones, que nos hubieran sido de gran auxilio y no han llegado y hay que hacer el progreso un poco a la fuerza, porque no existen los estímulos individuales, y mucho menos los colectivos, sobre todo organizados adecuadamente para el progreso español; fácilmente se comprende que si hubiéramos hecho esta consulta, el país no habría contestado, y si hubiese contestado algún sector de opinión, hubiese dicho que este no era el momento oportuno, retrasándose la ocasión para dotar a España de un Código penal»⁸⁵.

La cuarta Sesión del pleno se abrió el 30 de marzo de 1928 con la intervención del Catedrático Sainz Rodríguez, quien recordaría que el propósito del gobierno fue hacer sólo una «nueva edición del Código penal» para incorporar algunas leyes particulares, y que, en su opinión, la elaboración de un Código penal requería de la colaboración de psiquiatras y pedagogos, que junto a los técnicos de todas las tendencias que trabajasen sin precipitación alguna⁸⁶.

En esta última Sesión intervendría nuevamente Pérez Bueno, a quien nuevamente cabe elogiar la valentía de sus palabras que bien vale la pena recoger en el texto:

«[...] sin ofensa para nadie, soy yo mucho hombre para servir de satélite ni de asistente a ningún dictador, aunque ciña espada, y, por lo mismo, para decir amén o hacer mutis a todo lo que diga S. S. No sabe el Sr. Cierva cuántos años de estudio, cuántos miles de libros, cuántas observaciones me ha costado a mí ese discurso, con humorismo que pronuncié el otro día contra el proyecto de reforma del Código penal! Porque he sido el único que ha tratado el problema de la delincuencia en toda su magnitud, siendo el más incapaz de todos; porque he considerado la delincuencia en los gérmenes, en las causas que la producen, en el acto del juicio, que determina dónde está la culpabilidad, y después en las instituciones penitenciarias y en la totalidad en relación con el delito. Con más o menos acierto, pero así lo he hecho. Y he empezado diciendo que la Comisión, todos los elementos que la integran, cómo no lo he de

⁸⁴ *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión del 29 de marzo de 1928, núm. 19, p. 733. En esta Sesión además se leyeron por vez primera para que pasaran a la Sección correspondiente, las enmiendas al Proyecto del Código penal propuestas por Salgado Biempica, al artículo 219, la de Carlos Vergara a los artículos 484 y 487 y la de Juan L. Peralta a los artículos 630-632 y la de Rodríguez Muñoz al artículo 699.

⁸⁵ pp. 735-745, especialmente p. 742.

⁸⁶ Resulta muy útil su conferencia para el estudio del contenido del mismo. A sus críticas La Cierva responderá en su defensa. *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión del 30 de marzo de 1928, pp. 770-773.

decir! Eran eminentes Jurisconsultos, ilustres Profesores, Ingenieros insignes, Abogados, maestros en las disciplinas jurídicas y en las artes del Foro, y que comprendía muy bien las dificultades con que habrían luchado para llegar a una conciencia ecléctica, que no podía ser otra, dada su heterogénea ideología. Pero quite su Señoría el humorismo y las frases de ingenio, si benévolutamente las consideráis así, y todos los argumentos están en pie y están incontestados por el Sr. Presidente de la Comisión Codificadora. El Código se ha hecho sin consultar a la Universidad; sin consultar a los Colegios de Abogados no a los Tribunales de Justicia, sin discutirse, no se podía discutir, por un Parlamentos; pero, ¿por qué tanto miedo a que viniera a los Plenos? En pleno régimen fascista –que no es dictadura, por lo menos es dictadura a la romana, dictadura popular–, en pleno régimen fascista, el Código penal italiano se ha compuesto y discutido así, y en la Prensa periódica, se han publicado artículos de Stofato, de Ferri, etc.»⁸⁷.

Finalmente, Pérez Bueno no faltó de esperanza dirá que si se corrigen todos los errores que señala el Dictamen y los apuntados en la Asamblea, puede resultar un Código superior al vigente.

Para terminar intervendrá el Ministro de Gracia y Justicia que hablará de su difícil situación:

«porque claro es que por el carácter informativo de esta Asamblea y por la necesidad que tengo de estudiar el dictamen (que todavía en definitiva no ha formulado la Comisión, puesto que ha de estudiar, según dijo el Presidente, las enmiendas que luego se presente), no puedo formar juicio sobre lo que aún no conozco plenamente: pero diré lo suficiente para que conste a todos que aquí no se ha dicho nada, en serio, desde luego, pero ni con humorismo ni sin él, no se ha dicho nada que el Ministro de Gracia y Justicia no haya de estudiar, que no recoja cuidadosamente para formar juicio y proponer en su día al Gobierno lo que ha de hacer respecto al Proyecto». Así, ofrecerá un resumen de los debates en la que dedica su más extensas explicaciones a contestar a Pérez Bueno por tratarse del ataque más duro al Proyecto al que responde detalladamente para finalmente dar las gracias a todos y ceder la palabra al Presidente del Consejo de Ministros, el General Primo de Rivera»⁸⁸.

Entre otras cosas, denunciará el grave desorden y la enorme mole de 1074 artículos, infinidad de los cuales consideraba que tenían un carácter reglamentario, sobre todo, las disposiciones acerca de las prisiones. También criticó el aumento de las agravantes y la dureza de las penas con carácter general. Finalmente, dirá que si se corrigen todos los errores que señala el Dictamen y los apuntados en la Asamblea, puede resultar un Código superior al vigente».

⁸⁷ *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, núm. 20, Sesión del 30 de marzo de 1928, pp. 773-774.

⁸⁸ *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión del 30 de marzo de 1928, el discurso del Ministro en pp. 777-784 y el de Primo de Rivera en pp. 784-786.

Para terminar intervendrá el Ministro quien contestará a Pérez Bueno⁸⁹ quien cederá al final de su exposición la palabra al Dictador.

La intervención de Miguel Primo de Rivera con gran dosis de demagogia provocará la interrupción por grandes aplausos⁹⁰.

Salvada la falta de representatividad de la Asamblea Nacional, hay que subrayar que la manera en que se desarrollaron los debates no dista en líneas generales en nada de la que se utilizó en los anteriores Proyectos de Códigos penales de 1848 y 1870.

Con visión de conjunto, tras revisar los debates que precedieron a la promulgación de todos los Códigos penales españoles, puede decirse que en el caso del Código del 28, no contó con la misma agilidad que los que le precedieron en el uso de los turnos a favor y en contra del Dictamen, consecuencia tanto del propio régimen autoritario como de las eternas prisas que han impulsado siempre nuestra Codificación penal⁹¹. Ello se constata en el hecho de que en el siguiente Código, el de 1932 ni si quiera habrá debate en Cortes, salvo que por tal debate quiera entenderse la única Sesión que el Congreso dedicó a su aprobación en tan solo un par de horas.

El Proyecto de Código penal de 1927 se publicó en el Diario de Sesiones de la Asamblea Consultiva⁹², y la opinión pública pudo manifestarse a través de la prensa, «aunque de un modo incompletísimo por la falta de tiempo para un estudio más sosegado y por las limitaciones impuestas por la censura»⁹³.

Jiménez de Asúa llegaría a decir que «se discutió con tal ramplonería y ausencia de criterio científico, que se da el caso sorprendente, de que los menos mal orientados fueron los no penalistas, quedando el Proyecto maltrecho y con esperanzas de su fracaso»⁹⁴.

Tras el debate, el Proyecto fue sometido a una revisión verificada por el Ministro de Gracia y Justicia en la que, «respetando sus líneas fundamentales, introdujo numerosas modificaciones»⁹⁵. Finalmente, fue revisada la tarea ministerial por el Gobierno para su definitiva entrada en vigor.

⁸⁹ Ofrecerá un resumen de los debates en la que dedica su más extensas explicaciones a contestar a Pérez Bueno por tratarse del ataque más duro al Proyecto al que responde detalladamente. *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión del 30 de marzo de 1928, el discurso del Ministro en pp. 777-784 y el de Primo de Rivera en pp. 784-786.

⁹⁰ *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión del 30 de marzo de 1928, pp. 785-786.

⁹¹ En este sentido, y no únicamente aludiendo a la Codificación penal LASSO Y GAITE, quien ha revisado estos prolegómenos previos a la promulgación de todos los Código en su *Crónica...*, cit., t. 5., I., p. 700.

⁹² «[...] y por ende, no pudo ser objeto de crítica», asegura asimismo que «cuando se imprimió para los asambleístas, algunos ejemplares llegaron a manos técnicas; pero el intento de crítica fue yugulado por la censura de prensa.», JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal* cit., p. 592.

⁹³ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, L., *Derecho penal conforme al Código de 1928*, T. I, Madrid, 1929, p. 53.

⁹⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal...* cit., t. I, p. 725.

⁹⁵ CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, cit., t. I., p. 116.

c) **La divulgación del Proyecto de 1927: público rechazo de la doctrina y de la opinión pública**

Algunos diarios madrileños como *El Sol*, *El Liberal*, y *El Heraldo* de Madrid, solicitaron la información pública del Proyecto, pero no aceptó el Gobierno aduciendo que «[...] cuando se pide con riesgo de que sólo acudan quienes quieren obstaculizar una obra, no son convenientes [...]»⁹⁶.

Sin embargo, el Proyecto de Código de 1927 no fue publicado y su difusión se limitó a su publicación en el Diario de Sesiones de la Asamblea Nacional, donde los interesados pudieron hacerse con un ejemplar⁹⁷. Fueron por ello pocos los estudios que de dicho Proyecto se realizaron en el periodo que medió hasta su promulgación. No obstante, los existentes tienen un interés considerable para entender la naturaleza del proceso legislativo en este caso⁹⁸.

En una extensa exposición el Ministro de Gracia y Justicia describió los pasos por los que había pasado el Proyecto hasta su Debate en el Pleno de la Asamblea y justificaba su negativa a abrir una información pública como algunos pedían «porque las informaciones públicas, cuando se piden con riesgo de que a ellas acudan sólo o principalmente quienes quieren obstaculizar una obra, no son convenientes»⁹⁹.

El Ministro aludió al cambio de criterio de la doctrina que ahora comenzaba a ver con recelo la reforma y se extrañaba que la hasta entonces añorada reforma penal, no fuera ahora tan urgente. Lamentó además que al Pleno de la Asamblea convocado para revisar la labor realizada por la Sección quinta, únicamente acudiera como jurista, un Magistrado jubilado del Tribunal Supremo. Además, comentó algunos aspectos del Proyecto destacando como principales novedades la ampliación del arbitrio judicial, y la adopción de las medidas de seguridad, resaltando el carácter ecléctico del Código que no pertenecía a ninguna escuela. Finalmente, anunció el compromiso del Gobierno de estudiar el Dictamen junto con el Proyecto, antes de concretar, con arreglo a su propio

⁹⁶ De ello da cuenta, ANTÓN ONECA, J., cit., *Tribunales*, cit., p. 46.

⁹⁷ A pesar de que en periódicos como *El Liberal* y *El Heraldo de Madrid* se solicitó su publicación. El Ministro contestaría en nota oficiosa que no lo publicaría «para evitar que los ansiosos de censuras y fracasos lo desfloren». Comenta Oneca dicha publicación en el Diario de Sesiones de la Asamblea Consultiva y cómo los interesados en las cuestiones pudieron hacerse con un ejemplar en ANTÓN ONECA, J., «Los antecedentes...», cit., pp. 46.

⁹⁸ Entre las otras publicaciones que estudiaron este asunto cabe citar las más importantes; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *El nuevo Proyecto de Código Penal español*, en *La Prensa*, de Buenos Aires, el día 1.º de junio de 1928; RUÍZ FUNES, M., «La reforma del Código Penal español», *La Nación*, de Buenos Aires, de 20 y 28 de diciembre de 1927; UBIERNA, J. A., «La reforma del Código penal en la Real Academia de Jurisprudencia», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, (52), 1928, Editorial Góngora, Madrid, pp. 249-254; VIDAL Y MOYA, A., «La Comisión General de Codificación, sección 3.ª, ha terminado la reforma del Código penal», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, (51), 1927, Editorial Góngora, Madrid, pp. 460-462 y 467-468 y «El Magistrado D. Javier Elola se pronuncia en contra del Código de la Dictadura», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, (55), Editorial Góngora, Madrid, 1931, pp. 228-229.

⁹⁹ *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión de 27 de marzo de 1928, núm. 17, p. 651. En esta Sesión intervendrá también Miguel Primo de Rivera en apoyo a las palabras de su Ministro.

juicio, y bajo su propia y exclusiva responsabilidad, el Código penal que haya de implantarse¹⁰⁰.

El principal detractor del Proyecto fue Jiménez de Asúa quien comenzó a criticarlo con dos artículos periodísticos. Uno lo dedica a la «Suspensión y supresión de periódicos»¹⁰¹ y en días sucesivos, continuará con otra tanda de críticas hacia el Proyecto de Código que posteriormente calificaría de «gubernativo». Así, y tras una breve pero dura introducción en la que anuncia sus observaciones acerca de los delitos de prensa del reciente proyecto de Código penal «que amenaza con transformarse en ley», de forma concisa y casuística, los tacha de ostentar una «equivocada finalidad» y, sin añadir más comentario, los cita uno por uno¹⁰².

Junto a Jiménez de Asúa, el otro gran bloque de críticas a la reforma penal de la Dictadura procede de su discípulo, José Antón Oneca, en una publicación aparecida cuando el Código penal ya estaba en vigor¹⁰³.

Oneca ofrece en ella un estudio en torno al Proyecto de 1927 que tacha de duro y autoritario. Lo más interesante en lo que a nuestro análisis concierne, es que aporta una síntesis de los escasísimos estudios que lo analizaron, dadas las dificultades opuestas a su publicación, y expone los distintos puntos de vista adoptados por la crítica, que, en su mayoría, coincidían en sus censuras¹⁰⁴.

Oneca en otro artículo periodístico titulado «El viejo Código y el Proyecto nuevo», tras agradecer que se publicara el Proyecto en el Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional, acomete una dura crítica contra el mismo que parte de contundente estudio comparado entre el viejo Código de 1870 y el Proyecto nuevo, muy útil para un estudio en cuanto a una valoración del contenido del mismo¹⁰⁵.

¹⁰⁰ En general el Proyecto fue muy criticado desde su divulgación y posteriormente por la doctrina por aumentar las agravantes, crear nuevas figuras de delitos y por una agravación genérica de las penas, donde se añadían en la punición de muchos delitos, a las penas privativas de libertad otras pecuniarias. También llamó la atención el número de artículos 1.074, como decíamos, consecuencia principalmente de la incorporación indebida al texto del Código de preceptos de leyes especiales, «cuya especialidad tiene razón de ser por obedecer a necesidades históricas variables», especialmente *vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L., y ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme al Código penal de 1928*, vol. 1, Madrid, 1929, pp. 53-54.

¹⁰¹ *El Sol*, el 28 de marzo de 1928.

¹⁰² Simplemente enumerará los artículos que el citado Catedrático de Derecho penal entendía que ostentaban de tal «equivocada finalidad», JIMÉNEZ DE ASÚA, L., «Los delitos de prensa en el nuevo Código Penal», *El Sol*, de Madrid, 18 de abril de 1928.

¹⁰³ «Los antecedentes del nuevo Código penal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t. 154, Reus, Madrid, 1929, pp. 30-61, p. 32.

¹⁰⁴ Esto es; su extenso articulado (1.074 artículos), contrario a la tendencia simplificadora de las leyes penales, que dio lugar a un conjunto abigarrado e inarmónico; su severidad, que si bien ya se censuraba en el Código de 1870, «la disminución de la criminalidad más grave» y «el afinamiento de la sensibilidad española» no podían compasarse con la dureza punitiva propuesta a por el Proyecto de 1927, *vid.* ANTÓN ONECA, J., «Los antecedentes...», *cit.*, pp. 47-48.

¹⁰⁵ Censura aquí cuatro aspectos que, a su entender, proponían un retorno a un pasado penal ya superado; 1.º El retorno a la punición de los actos preparatorios del delito; 2.º El regreso a la aplicación de la vieja pena de vigilancia de autoridad ya superada ya en el Código de 1870; 3.º La nueva regulación penal más severa y estricta para los delitos de prensa que atentan ahora a la misma libertad de prensa; 4.º La desprotección de la libertad de culto al no igualarse todos

Antón Oneca, volvería a la carga en una publicación también de divulgación popular titulada, «Defensa Social y Medidas de Seguridad»¹⁰⁶. En ella denunciaba el carácter represivo del Proyecto concretado en su regulación de las medidas de seguridad. Una semana después, en otra publicación periodística Oneca criticaría los planteamientos del Proyecto en el ámbito del «arbitrio judicial y las circunstancias modificativas de responsabilidad»¹⁰⁷. También lo hará en otro artículo titulado, «La importancia de los errores judiciales»¹⁰⁸, y se manifiesta contrario a las teorías de Saldaña favorables al pragmatismo penal concretadas en la pena de resultado.

Con motivo del indulto general concedido por el gobierno a los reos de delitos cometidos por medio de la Prensa, Oneca publicó otro artículo titulado «Los delitos privados y la gracia de indulto»¹⁰⁹.

Sus críticas más sistemáticas y fundadas las haría Oneca en un artículo científico dedicado a la reforma del Código publicado en 1927. En él, denuncia la falta de publicidad con la que se estaba procediendo a redactar el Proyecto y ofrece una muy profunda reflexión y defensa del debate parlamentario.

Contestaba así a quienes desde el periódico la *Nación*, se habían pronunciado en contra del debate parlamentario porque la intervención de las Cortes había sido decisiva para que no llegaran a buen término ninguno de los Proyectos que desde la promulgación del Código de 1870 se fueron sucediendo.

A tal respecto, Oneca alega que con ese argumento se olvidaba que los gobiernos de la Restauración habían aprobado importantes normas especiales con debate parlamentario, incluyendo importantes reformas en materia penal, de las que el autor da cuenta pormenorizada¹¹⁰.

los cultos en la represión de los delitos contra la religión. ANTÓN ONECA, J., *El Liberal*, 21 de enero de 1928.

¹⁰⁶ *El Liberal*, 1 de febrero de 1928.

¹⁰⁷ Del arbitrio judicial que «En el proyecto se ha ampliado el arbitrio judicial con moderación; pero a decir verdad, se extendieron sus dominios por el lado del rigor más que por el de la benignidad» y en torno a las agravantes, asegura que «Evidentemente, a los redactores del proyecto se les ha ido la mano en las agravantes y en sus consecuencias» y de las que asegura que en su mayoría son reprochables, *El Liberal* del 11 de febrero de 1928.

¹⁰⁸ Dicha pena es censurada por Oneca por considerar que en la práctica provocaba resultados contradictorios con los estratos más fundamentales de la conciencia moral por entender que el pragmatismo penal es por sus consecuencias pragmáticas inaceptable. «La pena de resultado es estación terminal de una línea que arrancando de un concepto amoral del Estado, pasa por la defensa social positivista y por el finalismo de Listz. Al Sr. Saldaña estaba reservado el mérito de completar el recorrido». En todo caso, la polémica estaba servida, pues como sabemos, Saldaña era uno de los comisionados que integraban la Sección tercera que redactaría el Proyecto, *El Liberal*, 31 de agosto de 1927.

¹⁰⁹ Con motivo del citado Real Decreto del 6 de septiembre de 1927 se deshace en elogios sobre dicho Derecho en relación con que ya no hace falta el perdón de la parte ofendida para que el Estado conceda la Gracia del indulto. En realidad, no se trata de comentario alguno al Código penal. Oneca termina su breve articulito periodístico clamando por la «urgente organización de las instituciones del Derecho de Gracia». *El Liberal*, 16 de septiembre de 1927. Acerca del cual debemos precisar, antes de nada, sobre dos consideraciones. El profesor Oneca utiliza la impropia terminología de «delitos privados» que no existen ni han existido en Código penal alguno.

¹¹⁰ ANTÓN ONECA, J., «La reforma del Código, el Parlamento y la voluntad nacional», *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, t. LXI, 1927, Góngora, Madrid, pp. 564-565.

Por otra parte, la defensa doctrinal del Proyecto de Código penal correría a cargo del Catedrático Eugenio Cuello Calón, miembro importante de la Sección Tercera de la Comisión General de Codificación ¹¹¹.

De entrada, Cuello reconoce que el Proyecto se presenta como la propuesta de un verdadero nuevo Código penal y no como una mera reforma, a pesar de mantener casi intacta, según él, su estructura anterior. No lo inscribe en ninguna orientación científica en concreto sino como «una obra de transición entre direcciones y escuelas doctrinales opuestas» en la que «junto a los más típicos principios del Derecho penal clásico conviven instituciones nacidas de radicalísimas tendencias de la ciencia criminal moderna».

Junto a Cuello Calón, defenderían el Proyecto de Código penal Fernando Cadalso y el juez José Boronat. El primero publicará un artículo que contiene una defensa ultranza de la aplicación de la pena de deportación por las ventajas que ésta plantea ¹¹².

Por su parte el juez José Boronat antes de que el Consejo de Ministros diera su visto bueno al Libro II del Código, escribió un artículo titulado, «El delito de estupro y la reforma del Código penal de 1928 ¹¹³». En él sin grandes intenciones doctrinales ni científicas destaca los defectos que encuentra en el artículo 458 del Código de 1870 sin abrigar la que considera «ridícula pretensión» de que sean tendidos en cuenta. A lo largo de la publicación solicita la derogación de la vieja regulación del delito de estupro para la que el propio juez redacta una propuesta de nueva regulación que suponía en definitiva una ampliación total del arbitrio judicial ¹¹⁴.

d) **La última fase del proceso legislativo: las modificaciones del Ministerio de Gracia y Justicia**

Tras una última intervención del Ministro resumiendo los debates y después del discurso final del General Miguel Primo de Rivera en calidad de Presi-

¹¹¹ CUELLO CALÓN, E., «El proyecto de Código penal español preparado por la Sección 3.^a de la Comisión General de Codificación», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (152), núm. 3, marzo de 1928, pp. 255-278. Lo más interesante de su trabajo es, sin embargo, la relación de novedades y la descripción de las causas que llevaron a los comisionados a plantear el Proyecto de Código Penal.

¹¹² CADALSO, F., «La deportación en el nuevo Código penal», *Revista de Tribunales* (62), Góngora, Madrid, 1928, p. 161.

¹¹³ BORONAT, J., «El delito de estupro y la reforma del Código penal de 1928», *Revista de los Tribunales y legislación Universal* (62), Góngora, Madrid, 1928, pp. 371-372

¹¹⁴ Donde considera que «Urge, pues, su derogación (de la anterior regulación) y la concesión al juzgador de verdadero arbitrio sino el absoluto y total de indeterminación de la pena, que sería lo justo y racional». Destacamos otras publicaciones que se publicaron de parte de la redacción de ciertos periódicos de tirada nacional, que aunque no entran a comentar directamente el Proyecto, por ser de fecha tan próxima a la redacción del mismo y por tratar temas importantes de política criminal citamos a continuación; *El Heraldo* de Madrid: «Una campaña mundial contra la pena de muerte», de septiembre de 1927; *El Socialista*: «En la reforma del Código. La abolición de la pena de muerte», 1 de septiembre de 1927, y en el mismo: «Los errores judiciales», 2 de septiembre de 1927; *El Imparcial*: «Circunferencias secantes. El Poder judicial», 6 de septiembre de 1927; *Informaciones*: «Para combatir la criminalidad. La crueldad de las leyes penales norteamericanas», 3 de septiembre de 1927.

dente del Consejo de Ministros, todas las enmiendas más los dos Dictámenes de la Sección quinta de la Asamblea Nacional pasaron al Ministro Galo Ponte quien, en julio de 1928 emitiría su Dictamen definitivo¹¹⁵.

De cómo se fraguó este Dictamen tenemos noticia gracias a un discurso que pronunció el propio Ministro de Gracia y Justicia con ocasión de la apertura del año judicial. Reconoce que colaboraron con él, Eugenio Cuello Calón y otro profesor de la misma asignatura en la Universidad de Zaragoza, Inocencio Jiménez. Así como ya hemos apuntado con anterioridad, ambos serían los responsables directos de la redacción definitiva del Código penal de 1928¹¹⁶.

El proceso final de elaboración del Código penal se desarrolló entre abril y julio de 1928. Terminado éste, el Ministro comunicó el texto resultante a los demás Ministros que, reunidos en Consejo de Gobierno de 25 de agosto de 1928, formularon las últimas observaciones que obligaron a hacer alguna modificación según contaba el propio Galo Ponte a la salida del Consejo de Ministros¹¹⁷.

Se abrió así la última fase del proceso legislativo que corrió directamente a cargo del Consejo de Ministros. Estos se reunieron en el Ministerio de la Guerra bajo la Presidencia del Marqués de Estella con el propósito de no interrumpir la Sesión hasta la total aprobación del Código penal. El Consejo discutió el Proyecto que leía el Ministro de Gracia artículo por artículo. Las ideas del Gobierno se recogieron en un nuevo Dictamen que se sometió a la sanción regia, y en el que se incluyeron las observaciones formuladas por diversos Ministros. Recogidas dichas observaciones, se procedió a la redacción definiti-

¹¹⁵ Sobre las modificaciones aportadas por el Dictamen del Ministro, *vid.*, LASSO Y GAITE, J. F., *Crónica...* cit., t. 5, I., pp. 702-716. CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal...*, cit., t. I, p. 116.

¹¹⁶ PONTE ESCARTÍN, G., «Discurso de apertura de Tribunales en 1928, *El arbitrio judicial en el nuevo Código penal*», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (153), pp. 219 y 235. Lasso considera razonable suponer que dicho texto fechado en su cubierta con «Julio de 1928» fuera el resultado de esa colaboración doctrinal, y tal vez, cuando alude a la correspondencia no interrumpida, se refiera a las últimas rectificaciones del texto aprobado por el Gobierno y publicado en la Gaceta el 13 de septiembre, fecha del Decreto con las reformas procesales a que alude el discurso del Ministro, LASSO Y GAITE, J. F., *Crónica...*, cit., t. 5, I., p. 702. Ante la espera, Saldaña instará la pronta elaboración del Dictamen ministerial en la Asamblea Nacional del 21 de mayo de 1928. Lo haría de la siguiente manera: «A tales prisas contestaría directamente el Dictador en su condición de Presidente del Consejo de Ministros el mismo día y sin importarle la veracidad de las palabras de Saldaña que, efectivamente, si miramos los debates de la Sección tercera, corroboran la autoría por él reivindicada». Primo de Rivera dirá que «Yo siento que no haya sido la concurrencia en estos momentos más numerosa, para que los propósitos de enaltecimiento y autobombo, que sin duda han guiado al Sr. Saldaña al atribuirse la paternidad de una obra de colaboración en una Comisión, se hubieran logrado en mayor escala. Por lo demás, ya que tanto quiere el Sr. Saldaña al Código, lo menos que querrá es que el Gobierno lo examine con toda la calma y detenimiento de una obra de esta naturaleza», *Diario de las Sesiones de la Asamblea Nacional*, Sesión plenaria de 21 de mayo de 1928, p. 792.

¹¹⁷ «[...] que luego habría de desarrollar para la redacción definitiva del Código. Estimó el Ministro muy justificado que en la reunión ministerial se formularan diversas observaciones por su amplitud, por las diversas teorías existentes y la índole de la materia opinable», *Revista de Tribunales*, 1928, (35-36), p. 533.

va del Código penal que quedó listo para ser promulgado como la expresión de la opinión gubernamental¹¹⁸.

e) **Consideraciones sobre la entrada en vigor del Código y el reiterado rechazo doctrinal**

Tras el largo y complejo proceso de elaboración, el Código penal fue aprobado a través de un Real Decreto firmado por el rey y por el entonces Ministro de Gracia y Justicia, Galo Ponte Escartín, el 8 de septiembre de 1928¹¹⁹.

Dicho Ministro suscribió una extensa Exposición de Motivos citada ya en el Estado de la Cuestión, que con fecha de 5 de septiembre de 1928, va dirigida al rey, donde le narra las vicisitudes y procesos por los que pasó el Proyecto de Código penal de 1928 antes de su entrada en vigor¹²⁰.

Es interesante que el propio Ministro subraya que el Código, es ante todo, un producto técnico cuando al afirmar que el Gobierno, «sólo ha intervenido en la formación del proyecto para coordinar las propuestas de los técnicos con las de todos los sectores del país representados en la Asamblea Nacional y con las realidades que la vida presenta y el Gobierno recoge procurando apreciarlas tales como son y en tanto cuanto valen [...]»¹²¹.

A pesar de que la Comisión fuera nombrada por el Gobierno de la Dictadura, el Proyecto fuese revisado por el Ministro del Directorio Civil y pasara luego por una Asamblea Nacional consultiva nombrada por el Gobierno presidida por

¹¹⁸ Actas del Consejo de Ministros, Alfonso XIII, Presidencia del General Primo de Rivera, Directorio Civil (1925-1930), Madrid, 1992. Acta 198, Sesión del día 25 de agosto de 1928. Del contenido de su revisión harían balance Cuello Calón y Jiménez de Asúa que esta vez, y para variar, estarían de acuerdo. Así, un apasionado y elocuente balance del profesor Jiménez de Asúa dirá que «El Ministro Ponte llevó el Proyecto a su solaz veraniego, y allí, en reducida compañía de dos profesores de Derecho penal y de otro par de funcionarios del Ministerio, retoca el texto con enmiendas que le humanizan considerablemente. El Proyecto de 1927 era, en ciertos puntos, de peor técnica y de mayor dureza que el Código de 1928. El propio Cuello Calón, que fue de los comisionados, dice que «otra consecuencia de dicha revisión fue una considerable atenuación de las penas en general». Sobre las modificaciones introducidas por el Ministro hablaría claramente JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado...*, cit., t. I, p. 726; A este respecto también diría Oneca que «Como nuestra mayor preocupación fue atacar este defecto –severidad del Proyecto–, anotamos con gusto el progreso obtenido gracias a la corta e indirecta participación que ha tenido la opinión pública a través de la crítica y a la colaboración con el Gobierno, en el trabajo de corrección, de los catedráticos D. Eugenio Cuello Calón y D. Inocencio Jiménez Vicente», ANTÓN ONECA, J., *op. cit.*, p. 55.

¹¹⁹ *Gaceta de Madrid* de 13 de septiembre de 1928.

¹²⁰ En ella dirá que «el Gobierno ha realizado un minucioso estudio comparativo y analítico entre la labor de la Comisión General de Codificación y la Asamblea Nacional, y con los datos de su propia observación ultimó el proyecto que somete a la sanción de V. M.», Exposición de Motivos de 5 de septiembre de 1928, *Gaceta de Madrid* de 13 de septiembre de 1928. Su lectura resulta por lo demás interesante para corroborar lo que recogen las fuentes directas que hemos consultado acerca de la participación que tuvieron en su elaboración diferentes personalidades de la época. Además en dicha exposición recoge de forma detallada todas las novedades que, en materia penal, plantea el Código. Dichas novedades al hilo de esta Exposición de Motivos son sintetizadas por LASSO Y GAITE, J. F., *Crónica...*, cit., t. 5., I, pp. 717-730.

¹²¹ Exposición de Motivos de 5 de septiembre de 1928, *Gaceta de Madrid* de 13 de septiembre de 1928.

Primo de Rivera y finalmente por el Gobierno para su final revisión y promulgación, no supone en realidad una intervención fáctica mayor en el proceso codificador que la de los Gobiernos que elaboraron los anteriores Códigos penales, de 1848 o 1870 que fueron considerablemente políticos, sobre todo el segundo.

El citado Real Decreto por el que se promulgó el Código penal de 1928, recogía la fecha prevista para su entrada en vigor el día 1 de enero de 1929¹²². En su artículo segundo facultaba al Ministro, previo acuerdo del Consejo, para otorgar las disposiciones necesarias sobre la ejecución de las penas y exacto cumplimiento del nuevo Código penal¹²³.

Hay que decir al respecto, que con carácter previo a la entrada en vigor del Código y con el pretexto de la conmemoración del quinto aniversario de la proclamación del Gobierno de la Dictadura, se publicó un Real Decreto-Ley de indulto el 13 de septiembre de 1928, cuya Exposición de Motivos data de tres días antes¹²⁴. A través de dicha disposición, no sólo se ejercitaba el Derecho de Gracia sino que se aprovechaba para establecer algunas disposiciones de Derecho transitorio destinadas a facilitar la entrada en vigor del nuevo Código, en favor de los penados por delitos de prensa, lesiones menos graves y penas menores, así como a los condenados por delitos no comprendidos en el nuevo Código. Además, se contemplaba una reducción de la décima parte de las penas de cadena perpetua y reclusión por los demás delitos. Este indulto exceptuaba a los comprendidos en los tres Títulos primeros del Libro II, esto es, los delitos contra la seguridad exterior del Estado, los delitos contra los Poderes públicos y contra la Constitución y los delitos contra el orden público. No comprendía tampoco a los responsables de delitos comprendidos en el Título primero y en la Sección primera del Capítulo primero del Título segundo del Código penal, porque esos delitos al mismo tiempo que los comprendidos en la Ley de 10 de junio de 1894, pasaron a ser de la exclusiva competencia de la jurisdicción militar¹²⁵.

¹²² Dicha previsión por parte del Código penal acerca de la fecha de su entrada en vigor, y por tanto, de la conclusión de la *vacatio legis*, también la recogería el Código de 1848 que, en su Real Decreto promulgador de 19 de marzo de 1848, dispondrá que «Vengo en decretar que el Código referido y la ley provisional que dicta las reglas oportunas para la aplicación de sus disposiciones, se observen como Ley en la Península e Islas adyacentes desde el día primero de julio del corriente año». De manera tácita el Código de 1870 y el de 1932, se remiten ambos a la legislación vigente que trataba el asunto como lo era la Ley de 28 de noviembre de 1837, que disponía la entrada en vigor tras la publicación oficial. El Código de 1944 dispondrá expresamente en el artículo 2.º que entrará éste en vigor a los veinte días de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, dado el 23 de diciembre de 1944.

¹²³ Real Decreto de 8 de septiembre de 1928, *Gaceta* del 13 de septiembre de 1928. Es de mencionar que sin embargo, quedaban pendientes de regulación los delitos contra la forma de Gobierno, las Cortes y el ejercicio de los derechos y deberes derivados de la Constitución que, en definitiva, recordaban la ausencia de una Constitución lo que sería el gran talón de aquiles de la Dictadura.

¹²⁴ Resulta muy interesante la lectura de esta Exposición de Motivos en cuanto al contenido y tendencias de política legislativa del Código penal de 1928. Exposición de Motivos de 5 de septiembre de 1928, *Gaceta de Madrid* de 13 de septiembre de 1928.

¹²⁵ Exposición de Motivos del Real Decreto-ley de 5 de septiembre de 1928, *Gaceta de Madrid* de 13 de septiembre de 1928.

En la víspera de la publicación del Código, el Ministro en Unión Radio explicó su contenido y alcance, así como las novedades de la nueva norma¹²⁶. Aludió concretamente a que atendía al requerimiento de todas las prisiones de España y de multitud de Corporaciones respetables, que solicitaban del Gobierno que pidiera al rey, «el ejercicio de la prerrogativa de indulto a favor de todos los penados, de los procesados y aun de los rebeldes que, huyendo de fallos de los Tribunales, se refugiaron en el extranjero»¹²⁷.

Para concluir cabe decir de este indulto, en cuanto al protocolo de vigencia del Código del 28 no se diferencia del Código del 32 ni del 44. Y es que ambos Códigos se promulgaron junto a un Decreto de indulto anejo. En este sentido el Código de Primo de Rivera constituyó un valioso precedente.

La edición oficial del Código penal confeccionada por la Editorial Reus, encargada de la Colección Legislativa y de la Biblioteca Oficial se puso a la venta el 23 de septiembre de 1928.

La publicación del nuevo Código no se vio exenta de errores. Así, el 30 de octubre de 1928 el Ministerio de Justicia sancionaba una Real Orden publicada en la Gaceta de Madrid el 27 de noviembre de 1928, que subsanaba 132 erratas, algunas de las cuales, como la propia disposición regia reconocería de positiva trascendencia, y otras que, a pesar de que eran subsanables con el buen juicio del lector, debían corregirse, ya que el propio día de la promulgación del Código de 1928, esto es, el 13 de septiembre, se había puesto a la venta su edición oficial con tales erratas¹²⁸. En la norma rectificadora se disponía que dichas

¹²⁶ *Revista de Tribunales*, 1928, p. 544.

¹²⁷ Ello a pesar de que, como reconoce el texto de la Ley, «en los últimos años no han escaseado los indultos y amnistías de carácter general». Además, reconocía el indulto con la salvedad anteriormente mentada y la aclara el propio texto así: «[...] hay otros delitos comprendidos en las restantes disposiciones del título segundo, y en las del tercero del susodicho libro segundo, como los que se realizan contra el Consejo de Ministros, contra la forma de Gobierno, de rebelión y de sedición, a cuyos responsables, cualquiera que sea el grado en que lo sean, no debe alcanzar la gracia que a Vuestra Majestad se propone, por la necesidad antes expuesta de afianzar la tranquilidad pública lograda. Son muy pocos los reos, exceptuados y tiene que serlo. Así y todo, no se excluye en absoluto de la aplicación de la gracia a los que ya están condenados, pero tendrán que ser objeto de un expediente individual para cada caso. Estos son señor, los motivos del Decreto-ley que, de conformidad con lo acordado por el Consejo de Ministros, tiene el Ministro que suscribe el honor de presentar a la Real sanción de Vuestra Majestad [...]». Exposición de Motivos del Real Decreto-ley de 5 de septiembre de 1928, *Gaceta de Madrid* de 13 de septiembre de 1928.

¹²⁸ Impresa por la Editorial Reus, que tiene contratada la publicación de la Colección Legislativa y las ediciones oficiales de las leyes, cuyos ejemplares sellados por este Ministerio han de ser considerados como texto auténtico. Las ediciones oficiales del Código penal de 1928 hasta la fecha han sido las siguientes; Código penal de 1928 con las rectificaciones acordadas por la Real Orden de 30 de octubre y por el Decreto-ley de 10 de diciembre de 1928, Saturnino Calleja, Madrid, 1929; Código penal de 8 de septiembre de 1928: con las aclaraciones ordenadas por el Real decreto de 10 de diciembre siguiente/ anotado y concordado e ilustrado con jurisprudencia pertinente del Tribunal Supremo, por la redacción de la Revista de los Tribunales. Precedido por un prólogo del Excmo. Sr. D. Diego María Crehuet, Góngora, S. A., Madrid; Código penal de 8 de septiembre: con las correcciones y aclaraciones oficiales y algunas notas y referencias, Madrid, Góngora, 1929, precede al título: Ediciones económicas de la revista de los Tribunales; Código penal de 8 de septiembre de 1928, Anotado y concordado por la Redacción de El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Municipales, 2.ª ed., Imp. El Consultor, Madrid, 1929; Código

correcciones tenían fuerza retroactiva y que, en consecuencia, debían pasar íntegras a las posteriores ediciones oficiales, incluida la Gaceta de Madrid si reimprimiera el número correspondiente.

El 10 de diciembre otro Real Decreto ¹²⁹ que vio la luz al día siguiente en la citada Gaceta, subsanó los «defectos de forma» e incluso «las confusiones de conceptos» exprimiendo al máximo la *ultima ratio* de la *vacatio legis* pues, como el propio Decreto recogía: «Ningún momento antes de que empiece a regir un Código es inadecuado para corregir un error o aclarar un concepto».

El saneamiento propuesto afectaba a nueve artículos y en su segundo artículo ordenaba la publicación de una segunda edición oficial del Código penal, antes de su prevista entrada en vigor el primero del siguiente año. A dicha segunda publicación le confería el citado Decreto el carácter de texto legal auténtico para su aplicación por los tribunales. Por ello, los ejemplares ya impresos, debían estar acompañados de un apéndice con las dos citadas disposiciones ¹³⁰.

penal de 8 de septiembre de 1928, Eugenio Cuello Calón, Barcelona, 1929; Código penal de 8 de septiembre de 1928: ajustado a las rectificaciones publicadas por Real Orden de 30 de octubre y Real Decreto-ley de 10 de diciembre de 1928: con notas y concordancias y un minucioso y razonado repertorio alfabético, Madrid, Boletín Jurídico-Administrativo, 1928; Código penal de 8 de septiembre de 1928 anotado y concordado por la Redacción de El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados municipales, Imp. El Consultor, Madrid, 1928; Código penal español: ajustado a la edición oficial con las variantes del Real-decreto-ley de 10 de diciembre de 1928 anotado y seguido de los artículos del Código penal de 1870 declarados vigentes, del Reglamento para la aplicación del Código penal y de un repertorio alfabético de materias, Reus, Madrid, 1929 (De la Biblioteca Reus del Estudiante); Real decreto-ley número 1596, de 8 de septiembre de 1928 publicando el Código penal: Complementado con un repertorio alfabético del mismo, Madrid, Juan Pueyo, 1928 (Precede al título Ramón Escobar Huerta el *Código de Justicia Militar al día*. Esta obra se ha publicado como apéndice adicional a *El Código de Justicia Militar al día*, 4.ª ed. corregida y aumentada por Ramón Escobar Huerta; Real decreto-ley de 8 de septiembre de 1928 publicando el Código penal, Reus, Madrid, 1928, Colección Biblioteca Oficial Legislativa; Código penal, publicado por Real decreto-ley de 8 de septiembre de 1928, Edición oficial, Reus, Madrid, 1928; Código penal, de 8 de septiembre. Prólogo del Excmo. Sr. D. Marcelino González Ruiz. Cotejado por la Redacción de Justicia, con arreglo a las rectificaciones acordadas por Real Orden de 30 de Diciembre de 1928 y disposiciones contenidas en el Real decreto-ley de 10 de Diciembre del mismo año; *Códigos penales españoles: recopilación y concordancia*, Jacobo López Barja de Quiroga, L. Rodríguez Ramos, Lourdes Ruíz de Gordejuela López. Torrejón de Ardoz, Akal, D. L., Madrid, 1987, Colección Iure; *Código penal de 1928*, edición oficial, Reus (editada con las modificaciones introducidas por el Real Decreto ley de 10 de diciembre de 1928).

¹²⁹ Real Decreto-ley de 10 de diciembre de 1928 aclarando los conceptos expresados en algunos artículos del Código penal que ha de empezar a regir en 1.º de enero de 1929. Publicado en la *Gaceta de Madrid* el 11 de diciembre de 1928.

¹³⁰ Así, el Ministerio de Justicia y Culto quedaba comprometido a publicar una segunda edición oficial del Código penal, que habría de empezar a regir el primero de enero de 1929, en la que se incorporaría la subsanación de errores materiales acordada por Real Orden número 1.136 de este Ministerio, de 30 de Octubre último, publicada en la *Gaceta* del 27 de Noviembre, y que se ajustaría, además, a lo dispuesto por el precitado Decreto. Dicha segunda edición oficial, cuyos ejemplares llevarían sello del Ministerio, tendría carácter de texto legal auténtico para su aplicación por los Tribunales. Por lo que respecta a las autorizaciones concedidas por este Ministerio para la impresión y publicación del nuevo Código penal, se entenderían otorgadas refiriéndose al texto mismo, con las rectificaciones acordadas por la Real orden de 30 de Octubre citada y por el presente Decreto-ley. Los ejemplares ya impresos a la publicación del presente Decreto, deberían

El Código de 1928 como ya venía siendo tradición en la Codificación penal española, contenía la correspondiente disposición final y derogatoria de la legislación anterior, en este caso recogida en el artículo 858.

Todo ello, con la salvedad de lo dispuesto en el artículo 856, una norma de Derecho transitorio destinada a favorecer la aplicación del nuevo Código penal por jueces y tribunales. De entrada, la norma se refiere a las infracciones cometidas en el periodo comprendido antes de la publicación del mismo en la Gaceta en relación con las cuales establece que, aunque el fallo sea posterior a su entrada en vigor, a instancia de parte se podrá aplicar el Código de 1870 adecuando las penas del viejo Código a las del nuevo conforme a Derecho¹³¹.

Por lo que se refiere a las infracciones cometidas desde su completa publicación en la Gaceta hasta la fecha de su entrada en vigor, el 1 de enero de 1929, se dispone la aplicación del Código de 1928, si se celebrase el juicio o se hubiera resuelto el sobreseimiento, después del 31 de diciembre. De celebrarse el mismo con anterioridad al 31 de diciembre, se establecía la posibilidad de solicitar el aplazamiento del juicio a instancia de parte, *pro reo*. En el caso de que el delito no estuviera penado en el Código de 1870, dicho aplazamiento se produciría de oficio.

Las infracciones cometidas desde la publicación del Código hasta la fecha de su vigencia debían ser juzgadas conforme a los preceptos del nuevo Código, siempre que el juicio o la resolución de sobreseimiento se celebrase o se dictara después del 31 de diciembre de 1928. En caso de que ello ocurriese antes de la expresada fecha, la celebración del juicio debía aplazarse hasta después de dicho día si lo solicitaba la defensa. Este aplazamiento, debía acordarse siempre de oficio, cuando la infracción no resultara penada en el nuevo Código».

Por lo que se refiere a la legislación penal especial, quedaba derogada por la citada disposición final del artículo 858 con las salvedades por él mismo recogidas, lo cual resultaba lógico en la medida en que en gran parte aparecía ya incorporada al nuevo Código¹³². Esta incorporación no fue más completa para evitar que el Código fuera excesivamente extenso. Por ello, tras la entrada en vigor volvió a completarse él mismo por la vía de la legislación especial¹³³.

ser expedidos inexcusablemente con un apéndice que contuviera las expresadas disposiciones, quedando sujetos quienes así no lo hicieran a las sanciones que fija la ley de Propiedad intelectual de 10 de enero de 1879. Real Decreto-ley de 10 de diciembre de 1928 aclarando los conceptos expresados en algunos artículos del Código penal que ha de empezar a regir en 1.º de enero de 1929. Publicado en la Gaceta de Madrid el 11 de diciembre de 1928.

¹³¹ Esto es, conforme a las reglas dictadas en el artículo 856 del Código penal de 1928.

¹³² Vid. CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal...*, cit., t. I, pp. 133, 134.

¹³³ Hay que añadir además tres Decretos posteriores a la publicación del mismo, como lo fueran el Real Decreto-ley de contrabando y defraudación de 14 de enero de 1929, el Real Decreto-Ley de 26 de julio de 1929 (vigente desde el 15 de septiembre del mismo año) sobre propiedad industrial y el Real Decreto-ley de 3 de febrero de 1929 sobre Tribunales tutelares para niños. Como decíamos una Real Orden de 30 de octubre de 1928 dadas las numerosas erratas dispuso la publicación de una fe de erratas materiales. El Real Decreto-ley de 10 de diciembre de 1928 modificó la redacción de algunos artículos del Código (69.3.º; 91.3.º; 92.3.º; 159.2.º; 542, párrafo primero; 104.5.º y 857) a fin de subsanar defectos de forma y confusiones de conceptos. Otro Real Decreto ley de 10 de diciembre de 1928 aprobó el reglamento para la ejecución de la pena de

CONCLUSIONES

La Codificación puede decirse que es en la historia jurídica del siglo XIX el núcleo medular de todo el proceso de creación legislativa. Motivo por el que constituye una referencia básica para comprender la esencia del sistema jurídico de esta etapa crucial de nuestro pasado jurídico más inmediato.

El estudio del proceso codificador es especialmente útil para comprender el funcionamiento y la esencia de los mecanismos de producción normativa en la fase de creación del Estado español contemporáneo. Y es que, la Codificación, como base del sistema jurídico del Estado-nación, debería en principio, ser esencialmente el resultado de la labor del Poder Legislativo, por ser el único que, con arreglo al ideario del Estado Liberal, ostenta la legitimidad necesaria para concretar las normas que constituyen la expresión de la voluntad general.

No obstante, si analizamos las diversas etapas de la Codificación española, cabe concluir que la mayor parte de nuestros Códigos no sólo no fueron elaborados por las Cortes, sino que, por lo general, escaparon al control fiscalizador de la Asamblea legislativa. Y es que fueron promovidos, elaborados y promulgados por un Poder Ejecutivo cuya legitimidad descansaba por lo general en la Corona.

La mayor parte de los Códigos españoles escaparon a la fiscalización y, más aún, a la génesis por el órgano de representación nacional, las Cortes. Este fenómeno se observa con particular claridad en el caso de la Codificación Penal. De entre todos los Códigos penales españoles resulta especialmente interesante el de 1928 por cuanto su elaboración y su promulgación tienen lugar en un momento teóricamente de ruptura en la historia jurídica contemporánea. Desde este punto de vista puede considerarse que la Dictadura de Primo de Rivera pretende poner a España en la misma línea de actuación de las reformas jurídicas que empezaban a cuajar en toda Europa en esa época.

El Código Penal de 1928 sería desde esta perspectiva un botón de muestra especialmente porque el estudio pormenorizado de su proceso de su formación y entrada en vigor, elaboración y promulgación da la medida de hasta qué punto la tradición estatalista española permanece de forma notable en el primer tercio del siglo XX por adaptarse perfectamente a las necesidades del nuevo modelo de Estado decisionista imperante en la Europa de entreguerras.

muerte (art. 170 del nuevo Código), al que se llevaron los preceptos relativos del Código de 1870. El Reglamento para la aplicación del Código penal al servicio de prisiones se publicaría el 24 de diciembre de 1928, que adaptó la ejecución de estas penas a las disposiciones contenidas en el nuevo texto legal en materia de penas de privación de libertad. La Real Orden de 14 de febrero de 1929 reglamentó la cancelación de la inscripción de las condenas en los Registros de antecedentes penales. Las modificaciones planteadas por el nuevo Código obligaron a la modificación de aspectos concretos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Real Decreto-ley de 8 de septiembre de 1928 modificó sus artículos 741, 849, 912 y 973 en razón del mayor arbitrio judicial que concedía el Código de 1928; El Real Decreto ley de 17 de noviembre de 1928 modificó los artículos 503, 504 y 529 de la misma relativos a la prisión provisional y a la fianza para obtenerla adaptándolos a la penalidad contenida en el nuevo texto legal.

El análisis detenido del proceso de elaboración y promulgación del Código de 1928 realizado en la perspectiva del estudio de la historia de los mecanismos de creación legislativa en España, nos ha permitido constatar cómo existe una sorprendente continuidad en el ámbito de los mecanismos de producción normativa.

El Código penal es el resultado de la iniciativa gubernamental con una participación muy superficial y limitada del órgano legislativo. Así había ocurrido desde el Código de 1848 hasta el de 1870, y así ocurriría con el Código republicano de 1932, cuya Ley de bases fue discutida en tan solo un par de horas.

De esta forma, el Código de 1928, tras un largo proceso administrativo, no pasó por las Cortes pero sí por la Asamblea Nacional donde el texto fue ampliamente debatido.

Por ello, si situamos el Código Penal de 1928 en una perspectiva temporal amplia, cabría entender que no llama especialmente la atención en lo que se refiere a su proceso de elaboración, a pesar de que se realiza en una situación dictatorial, con plena suspensión de las garantías constitucionales.

Podría incluso observarse que, desde un punto de vista técnico, el Código Penal de 1928 fue elaborado con más detenimiento que el de 1870, no sólo en la fase de la Comisión General de Codificación, sino en la de los amplios y crudos debates que tuvieron lugar ante la Asamblea Nacional.

También en este sentido se pueden mencionar las reacciones adversas, manifestadas abiertamente por la doctrina en contra del texto preparado por la Dictadura que, sin embargo, en este punto no parece que obstaculizara la libre manifestación de acerbas críticas.

El régimen autoritario de Primo de Rivera impuso importantes reformas legislativas para adaptar el anquilosado aparato normativo de la Restauración a las nuevas circunstancias que se imponían en toda Europa tras el fin de la Primera Guerra Mundial.

Lo anteriormente dicho permite sugerir que, salvando la etapa de las Cortes gaditanas y la del Trienio liberal, existe en España una asombrosa continuidad en lo que se refiere a la estructuración de los mecanismos de creación normativa. Y que ni siquiera en circunstancias excepcionales como las que concurren en el régimen de Primo de Rivera se rompa la tendencia estatalista de nuestro siglo XIX que ya se había practicado en etapas anteriores, ora conservadoras, ora progresistas. De alguna forma podría incluso considerarse que el principio representativo continúa siendo escasamente operante a la hora de redactar una Ley tan importante como es un Código penal.

GABRIELA COBO DEL ROSAL

De la etapa liberal a la era social. Las transformaciones jurídicas del Estado español entre 1923 y 1939

SUMARIO: 1. Introducción.–2. La crisis del Estado liberal y los orígenes del «Estado social»: A) La reacción contra el modelo soviético. La Italia fascista. La Alemania hitleriana. B) La reacción antibolchevique en Portugal, Austria y Francia.–3. La crisis del Estado liberal en España: A) La dictadura de Primo de Rivera o la primera fractura del sistema constitucional de la Restauración. B) El intervencionismo defensivo de la Segunda República. Una reforma electoral para reforzar las mayorías. El sometimiento del ejército a la legalidad. El reformismo como prioridad. La lucha política contra las derechas. La revolución de octubre de 1934 y el fin de la normalidad constitucional. Victoria del Frente Popular y persistencia de la restricción de garantías constitucionales.–4. La Guerra civil y el fin de la Segunda República: A) España entre dictadura y revolución. B) El Frente Popular sustituye a la República. C) La no declaración del «estado de guerra».–5. La Guerra civil y la organización jurídica del bando rebelde: El fracaso del golpe de Estado y la necesidad de construir una nueva legalidad: A) Un proceso improvisado. B) La fase de la sublevación (17 y 18 de julio de 1936). Manifiestos y bandos (17 de julio de 1936). Un bando general con efecto retardado (18 a 30 de julio de 1936). C) El primer núcleo político de los rebeldes: la «Junta de Defensa Nacional de España» (24 de julio a 1 de octubre de 1936). Franco recibe el mando único con todos los poderes (28 de septiembre de 1936). La creación de un nuevo Estado por Decreto (30 de septiembre de 1936). D) De la Junta de Defensa Nacional a la Junta Técnica del Estado (1 de octubre de 1936 a 30 de enero de 1938). La primera ley de los rebeldes (1 de octubre de 1936). ¿Jefe del Gobierno o Jefe del Estado? El reconocimiento internacional del Nuevo Estado. E) La Ley de la Administración Central del Estado y la consolidación del «Nuevo Estado» (30 de enero de 1938).–6. La configuración del nuevo Estado: A) El proceso de estructuración administrativa. El esbozo organizativo de la Junta de Defensa. Las secciones y comisiones de la Junta Técnica del Estado. La Administración Central del Nuevo Estado y la aparición de los Ministerios. B) Estado *versus* Gobierno. C) La atribución de la soberanía mediante la definición de la tipología normativa.–7. En busca de la legitimidad perdida: A) Los sublevados declaran ilegalmente el estado de guerra. B) La Junta de Defensa o el recurso a la legitimación histórica. C) La legitimación «campamental» de la Junta Técnica del Estado. D) La difusa legitimidad del nuevo Estado. La utilidad jurídica del término

«nación». El «Alzamiento» como punto de partida. Serrano Suñer y la «revolución nacional».—8. Un nuevo régimen para un nuevo Estado: A) ¿La ideología al poder? Franco frente a las banderías políticas. Un partido único al servicio del «Caudillo». Franco y el fascismo. El anticomunismo como premisa. B) La caracterización del nuevo Estado. Un Estado autoritario y antiliberal. Un Estado tradicionalista. ¿Un Estado social? Un Estado unitario *sui generis*. ¿Un Estado confesional?—9. La proyección del nuevo Estado: ¿Hacia la monarquía?

1. INTRODUCCIÓN

Muchas son las investigaciones realizadas sobre la Guerra civil pero relativamente pocas ahondan en la dimensión jurídica de la contienda¹, en gran parte porque una opinión excesivamente generalizada considera todavía que la historia del derecho de la España del siglo xx debe construirse sin tener en cuenta lo ocurrido entre julio de 1936 y noviembre de 1975. Se trata, sin embargo, de una visión irreal por cuanto ni la historia ni el derecho avanzan a intervalos y cada época deja huellas en los tiempos posteriores, del mismo modo que queda modelada en gran parte, por la herencia que recibe de las etapas previas. Desde este punto de vista, la Guerra civil española es sin duda un momento clave en el *iter* de nuestra historia constitucional, en la medida en que, como consecuencia del estallido del conflicto, desapareció el Estado de la Segunda República surgido en 1931, y apareció en 1936 el Nuevo Estado franquista, que formalmente estuvo vigente hasta las Cortes constituyentes surgidas de las elecciones del 15 de junio de 1977. Analizar desde un punto de vista jurídico las transformaciones esenciales que experimenta el Estado español tras la crisis del Estado liberal y el accidentado camino hacia el modelo social de Estado, es el objeto del presente estudio.

Es cierto que no resulta fácil seguir el proceso que se inicia con la Dictadura de Primo de Rivera, en la medida en que existen tres rupturas seguidas de la legalidad, y tras el estallido de la Guerra civil, aparecen dos Estados y dos realidades jurídicas que conviven simultáneamente durante toda la contienda. A lo que hay que añadir que un estudio de estas características solo puede entenderse plenamente desde una perspectiva comparada, pues para captar el sentido de las importantes transformaciones que experimenta el Estado español entre 1923 y 1939, es preciso abordarlo en el complejo contexto europeo y mundial de la etapa de entre-

¹ Hay que señalar sin embargo algunos intentos de estudiar ámbitos jurídicos concretos del conflicto. Así: BELTRÁN DE FELIPE, M., «El Derecho y la guerra civil española: la colectivización del campo en La Mancha 1936-1939», en *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, núm. 127, 2005, pp. 179-193. FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R., «La guerra civil española y el Derecho internacional», en *Revista española de derecho internacional*, ISSN 0034-9380, Vol. 61, núm. 1, 2009, pp. 75-97. LÓPEZ MEDEL BASCONES, J., «Justicia y Derecho como punto de vista ante la Guerra Civil española», en *Torre de los Lujanes: Boletín de la Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País*, ISSN 1136-4343, núm. 64, 2009, pp. 285-292 (número dedicado *In memoriam* Jesús López Cancio). RIVAYA GARCÍA, B., «La filosofía jurídica en los comienzos del nuevo Estado español: (1939-1945)» en *Sistema: Revista de Ciencias Sociales*, ISSN 0210-0223, núm. 131, 1996, pp. 87-103.

guerras. Cuando entra en crisis el modelo jurídico concreto del Estado liberal, que inicia en Europa su decadencia tras el estallido de la Primera Guerra Mundial. Una hecatombe bélica que provoca la aparición de un nuevo modelo estatal en el que el viejo principio del «*laissez faire*» es sustituido por el de un Estado más intervencionista; sobre todo a partir del triunfo de la Revolución soviética que Lenin trata de propagar fuera de Rusia tras la fundación en 1919, del *Komintern*.

2. LA CRISIS DEL ESTADO LIBERAL Y LOS ORÍGENES DEL «ESTADO SOCIAL»

Lenin buscaba encauzar los primeros intentos revolucionarios que habían sacudido la Europa de la posguerra. Como la república soviética que trata de instaurar en Baviera Kurt Eisner entre noviembre de 1918 y mayo de 1919, el gobierno revolucionario húngaro de Béla Kun, o el más famoso de estos movimientos: la insurrección espartaquista protagonizada en enero de 1919 por Karl Liebknecht y Rosa Luxemburg, que fue reprimida con dificultad pero sin contemplaciones por el Gobierno socialista de Friedrich Ebert, primer presidente de la recién surgida República de Weimar.

Esta internacionalización de la revolución obrera provocó un sentimiento de pánico en las clases medias de los distintos Estados europeos, y muy particularmente en las dirigentes, que no dudaron en apoyar a líderes populistas, dispuestos a defender una política social en el ámbito nacional que permitiese encauzar el movimiento obrero al margen del internacionalismo revolucionario de origen soviético². Su actitud, sin embargo, propició la aparición de regímenes autoritarios, ciertamente opuestos al bolchevismo pero no menos totalitarios. Es en este sentido que Mark Mazower afirma que, hacia los años treinta, la mayoría de los europeos prefirieron optar por otras alternativas no democráticas para hacer frente a los retos de la modernidad³.

A) LA REACCIÓN CONTRA EL MODELO SOVIÉTICO

La Italia fascista

La primera reacción autoritaria antibolchevique se inicia el 28 de octubre de 1922, cuando Víctor Manuel III de Saboya, tras la «Marcha sobre Roma», cede ante la intimidación fascista y nombra al frente del Gobierno italiano a

² Como subraya Richard Vinen después de la Revolución rusa y el establecimiento del Estado bolchevique, no hubo burgués europeo que no mirara con nerviosismo a la izquierda de su país como una fuente potencial de revolución. VINEN, R., *Europa en fragmentos: Historia del viejo continente en el siglo XX*, Península, Barcelona, 2002, pp. 227-228.

³ «Europa halló otras formas de orden político, autoritarias, no más extrañas a sus tradiciones y no menos eficaces como organizadoras de la sociedad, la industria y la tecnología» MAZOWER, M., *La Europa negra: Desde la Gran Guerra hasta la caída del comunismo*, Ediciones B, Barcelona, 2001, p. 20.

Benito Mussolini, al margen de la aritmética parlamentaria⁴. Un golpe de Estado sin embargo relativo, por cuanto a la postre, la Cámara de los Diputados italiana, donde sólo había 35 diputados fascistas sobre un total de 579, acabó legalizando el «golpe de fuerza». No solo porque votó a favor de su investidura –por 306 votos a favor, 116 en contra y 150 abstenciones–, sino porque pocos días después, otorgó a Mussolini los plenos poderes⁵. Un año más tarde la misma asamblea accedió a reformar el sistema electoral mediante la *Ley Acerbo*, de 3 de febrero de 1923, por la que se otorgaban dos tercios de los escaños al partido que obtuviese el 35 por 100 de los votos⁶. Ello permitió al líder fascista ganar de forma arrolladora las elecciones de 1924⁷. Siguió veinte años de régimen fascista⁸ en los que se avanzó hacia la dictadura de modo progresivo, respetan-

⁴ Sobre la evolución constitucional en Italia entre finales del siglo XIX y el acceso del régimen de Mussolini, *vid.* GHISALBERTI, C., «Evoluzione del sistema costituzionale italiano dalla fine del secolo XIX al regime fascista», en GARCÍA SANZ, F. (ed.), *España e Italia en la Europa contemporánea: desde finales del siglo XIX a las dictaduras*, CSIC, Madrid, 2002, pp. 41-50.

⁵ La sorprendente actitud del Parlamento italiano respondía sin duda a que, como pone de relieve Stefano Merlini, el modelo parlamentario italiano era «*più politico che giuridico*» y que las bases legales del régimen «*non stavano nel parlamentarismo ma altrove: nella prerrogativa regia*», lo que Mussolini comprendió inmediatamente. Véase MERLINI, Stefano, «Il Governo costituzionale: Le riforme costituzionali del regime fascista», en ROMANELLI, Raffaele (coord.), *Storia dello Stato italiano: dall'unità a oggi*, Donzelli, Roma, 1995, pp. 41-42.

⁶ La ley, redactada por el diputado y economista Giacomo Acerbo (Calificada como la primera *Legge Truffa* = Ley Estafa, a la que siguieron varias más que la modificaban) que con el 25 por 100 de los votos otorgaba el 66 por 100 de los escaños y repartía el 33 por 100 restante entre los otros partidos en función del número de votos obtenido, fue aprobada por 305 votos contra 140 y 7 abstenciones. Lo que permitió a Mussolini obtener 355 escaños frente a 150 de la oposición en las elecciones de 1924. Como subraya Ghisalberti, la *Ley Acerbo*, a pesar de su carácter «excesivamente mayoritario», y en consecuencia vejatorio para las minorías, no supuso por sí misma la ruptura del sistema parlamentario. Véase GHISALBERTI, C., *Storia costituzionale d'Italia: 1848-1948*, 5.ª ed., Laterza, Roma, 2006, p. 350.

⁷ Gracias a esta reforma electoral, el Partido Fascista pudo obtener en las elecciones del 6 de abril de 1924 nada menos que 275 escaños con 4.400.000 votos, mientras la oposición con tres millones de votos solo lograba 144 escaños. El único en reaccionar fue el diputado socialista Giacomo Matteotti (1885-1924) quien el 30 de mayo siguiente, tras denunciar públicamente en la Cámara Legislativa el fraude electoral al que había conducido la actuación de las milicias fascistas que violentaban a los electores ante las urnas, llegó a amenazar al Jefe del Gobierno con aportar pruebas de la impostura fascista. Matteotti desapareció y su cadáver fue encontrado el 10 de junio de 1924, tras ser asesinado por los camisas negras. Se detuvo a cinco hombres, uno de ellos miembro de la policía secreta fascista, pero sólo fueron acusados y condenados tres de ellos, aunque fueron rápidamente indultados por el rey Vittorio Emanuele III. Matteotti había publicado poco antes de su asesinato, *Un anno di dominazione fascista*. Ufficio stampa del Partito Socialista Unitario, Roma, 1924. Traducido al inglés y al francés en el mismo año: *The fascists exposed: a year of fascist domination*, Independent Labour Party Publication Dept., London, 1924. *Une Année de domination fasciste*, L'Églantine, Bruxelles, 1924. Este libro, unido a los dos discursos incendiarios que pronunció en el Parlamento, fue el detonante del crimen. Hay un debate historiográfico sobre la implicación directa o indirecta de Mussolini, porque Matteotti quería denunciar también la venta ilegal de las reservas de petróleo italianas a una compañía norteamericana: Sinclair Oil Corporation. *Vid.* CANALI, M., *Il delitto Matteotti: Affarismo e politica nel primo governo Mussolini*, Il Mulino, Bologna, 2004.

⁸ El asesinato de Matteotti determinó que la oposición abandonase el Parlamento; fue lo que se denominó «retirada al Aventino» en recuerdo de la protagonizada en el 494 a. C, en la citada colina romana por la plebe en su protesta contra los privilegios de la clase patricia. La espanta-

do formalmente, al menos al principio, el régimen constitucional⁹, pues Mussolini reforzó paulatinamente su autoritarismo sin renunciar a mantener en apariencia la legalidad del Estatuto Albertino de 1848¹⁰.

El paso decisivo hacia la dictadura legal se dio el 9 de noviembre de 1924, cuando el Gobierno destituyó a 123 diputados de la oposición y disolvió el Partido Popular Italiano. Gracias a ello en enero de 1925, Mussolini pudo autonombrarse Jefe del Gobierno (*Capo di Governo*) y *Duce* del fascismo. Un año más tarde, concretamente el 31 de enero de 1926, una ley autorizaba al Gobierno a legislar sin contar con el Parlamento. El paso siguiente fue abolir el sistema tradicional de elecciones, lo que Mussolini hizo con la ley electoral de 17 de mayo de 1928, que sólo permitía votar a una única lista nacional elaborada por el Gran Consejo Nacional del Fascismo, que era a continuación sometida a la «aprobación» del cuerpo electoral en una consulta de tipo plebiscitario. Un sistema que se aplicó en las elecciones de 1929 y de 1934. A partir del 25 de mayo de 1928, se suprimieron las elecciones provinciales y las locales, de forma que no hubo desde entonces en Italia más elecciones que el simulacro de las generales. El siguiente escalón hacia el autoritarismo se franqueó al instaurarse el régimen de Partido único. Para ello el 9 de diciembre de 1928, Mussolini promulgó la ley de creación del Gran Consejo del Fascismo, organismo colegiado presidido por el Presidente del Gobierno que consolidó la estructuración jerárquica del Partido Fascista como una «milicia civil» al servicio del Estado¹¹. El desmantelamiento del régimen parlamentario se remató con la Ley de 19 de enero de 1939, por la que se creó la Cámara de los Fascios y Corporaciones, enteramente nombrada por el Gobierno y destinada a sustituir a la Cámara de los Diputados. Con ello concluía el proceso iniciado con la Ley *Acerbo* dieciséis años antes¹².

da, además de la amenaza de una huelga general, provocó que el 1 de julio Mussolini presentara su dimisión ante el rey. Esta sin embargo fue rechazada por el monarca, lo que permitiría al líder fascista consumar la labor de destrucción de la democracia parlamentaria en Italia. Para una visión general del proceso, GHISALBERTI, C., *Storia costituzionale d'Italia*, cit. pp. 341-351.

⁹ Sobre la instauración del fascismo en Italia GENTILE, E. *Fascismo storia e interpretazione*, Laterza, Roma, 2005, y LYTTELTON, A., *The seizure of power: fascism in Italy 1919-1929*, 3.ª ed., rev., Routledge, London, 2004, TANNENBAUM, E. R., *The Fascist Experience: Italian Society and Culture, 1922-1945*. Basic Books, New York, 1972. En e-libro hay una ed. de 2003. Hay también una edición española: *Experiencia fascista: sociedad y cultura en Italia, 1922-1945*. Alianza Editorial, Madrid, 1975, y SARTI, R., *The Ax within: Italian Fascism in Action*, New Points, New York, 1973.

¹⁰ «Non sembra facile d'altronde, per la gradualità estrema con la quale il fascismo costruisce il proprio edificio giuridico, stabilire in quale momento successivo all'affermarsi del regime si sarebbe prodotta la pretesa frattura», PALADIN, L., en el fino y preciso análisis jurídico que hace en su clásica voz «Fascismo», en SANTORO PASSARELLI, G. (dir.), *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano, 1958-2004, 46 vols. VXXVI, p. 888.

¹¹ *El Duce* contaba además con un ejército privado: la «Milicia Voluntaria para la Seguridad Nacional» (MVSN). Sobre la articulación jurídica que permitió la integración del Gran Consejo del Fascismo en el sistema constitucional, PALADIN, L., *op. cit.*, pp. 890-891.

¹² Sobre el mantenimiento formal por el régimen fascista del marco constitucional del Estatuto Albertino y el asentamiento gradual del Estado fascista, AQUARONE, A., *L'organizzazione dello Stato totalitario: (Studi e documenti del tempo facista)*, Einaudi, Torino, 2003.

La Alemania hitleriana

En Alemania, el camino hacia la dictadura se vio en principio ralentizado porque el resentimiento de la opinión pública alemana a causa del *Diktat* de Versalles, logró ser encauzado por los sucesivos gobiernos socialdemócratas que rigieron inicialmente los destinos de la flamante República de Weimar. Así lo demuestra tanto el fracaso de la Revolución espartaquista, en noviembre de 1918¹³, como el del intento de golpe de Estado conservador del 8 de noviembre de 1923, más conocido como «*Putsch* de Munich», protagonizado por un héroe de la Primera Guerra Mundial, el mariscal Erich von Lüttendorf, y un don nadie llamado Adolf Hitler, un ciudadano austriaco que lideraba un minúsculo partido radical, el Partido Nacional Socialista de los Trabajadores Alemanes (*Nationalsozialistische Deutsche Arbeiters Partei*: NSDAP). Hitler, sin embargo, supo aprovechar la repercusión mediática de su proceso y posterior encarcelamiento, para erigirse en mártir y convertirse en el símbolo de quienes pretendían vengar la afrenta de Versalles. Gracias a ello, pudo iniciar una vertiginosa carrera electoral, ayudado por la habilidad propagandística de Paul Joseph Goebbels. Así conseguiría alcanzar «democráticamente» el poder diez años más tarde a la cabeza de un gobierno de coalición¹⁴.

El triunfo de Hitler fue en gran parte posible porque el sistema parlamentario de Weimar resultaba a los ojos de la opinión pública alemana ineficaz e inoperante para resolver la profunda crisis en la que estaba sumido el país. Tras el estallido de la crisis de 1929, el pueblo alemán asistía impotente al triste espectáculo que ofrecía por aquel entonces una República de Weimar en la que el sistema electoral vigente imposibilitaba la obtención de una mayoría suficiente para gobernar¹⁵. Ello había provocado en marzo de 1930 la salida de la cancillería de Hermann Müller, quien hasta entonces había gobernado en alianza con los partidos moderados. Su sucesor, el canciller Heinrich Brüning no

¹³ Sobre este proceso revolucionario, el mejor estudio es la monumental obra del historiador trotskista BROUÉ, P., *Révolution en Allemagne: (1917-1923)*, Les éditions de Minuit, Paris, 1972. (Existe una traducción reciente al inglés: *The german revolution: 1917-1923*. Brill, Leiden, 2005.) Es coautor con, É. TÉMIME, de *La Révolution et la guerre d'Espagne* Minuit, Paris, 1961, reeditado en 1996. Ed. en español, F.C.E., 1977, en dos tomos.

¹⁴ Como pone de relieve KERSHAW, la clave del triunfo de Hitler estuvo en cómo logró hábilmente explotar en su beneficio el fracaso del *putsch* de Munich. *Vid.* al respecto las reveladoras páginas que sobre el particular recoge en el primer volumen de su monumental biografía: KERSHAW, I., *Hitler: 1889-1936*. 8.ª ed., Península, Barcelona, 2007, pp. 223-230. También, *Hitler: una biografía*. Barcelona: Península, 2010. Para el proceso de la toma del poder por Hitler y la liquidación de la República de Weimar sigue siendo esencial el libro de NEUMANN, F., *Behe-moth: pensamiento y acción en el nacional-socialismo*. 1.ª ed., 1.ª reimp. Fondo de Cultura Económica, México, 2005. Publicado por vez primera en 1942 ofrece un testimonio directo, fundamental e inmediato.

¹⁵ R. Rürup achaca esta inestabilidad política estructural al hecho de que no se incluyese en la Constitución de Weimar ninguna disposición sobre situación y funciones de los partidos, pese a que para cualquiera estaba claro que para el funcionamiento de todo el mecanismo constitucional los partidos eran absolutamente imprescindibles. *Vid.* RÜRUP, R., «Génesis y fundamentos de la Constitución de Weimar», en CARRERAS ARES, J. J. (ed.), *El Estado Alemán: (1870-1992)*, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 151.

dudó en imponer el principio de la «dictadura constitucional», que le permitía gobernar por Decreto en aplicación del artículo 48 de la Constitución de Weimar, que en caso de emergencia, autorizaba al Presidente de la República a adoptar medidas excepcionales con rango de ley¹⁶. La actitud gubernamental no dejó de provocar un duro enfrentamiento con el Legislativo, ya que la mayoría de los diputados del *Reichstag* siguieron manteniendo una oposición sistemática al Gobierno. Para contrarrestarla, Brüning cometió el error fatal de disolver de nuevo la Asamblea Legislativa, lo que posibilitó que en las elecciones de septiembre de 1930, el Partido Nacional socialista de los Trabajadores Alemanes (NSDAP) pasara de 12 a 107 escaños, gracias a que obtuvo 6.400.000 votos; una cifra que lo convirtió en el segundo grupo político de Alemania, después del Partido Socialdemócrata. Con su iniciativa, Brüning se encontró pues, en peores condiciones que antes de la disolución, y no tuvo más alternativa que seguir gobernando por Decreto, lo que incrementó sensiblemente el número de leyes presidenciales. Así, de las cinco promulgadas en 1930, se pasó a las cuarenta y cinco de 1931, para llegar a sesenta en 1932.

El autoritarismo gubernamental fue terreno abonado para el NSDAP de Hitler, que se dedicó a hacer una oposición sistemática al Gobierno en el *Reichstag*, en la prensa y en asambleas y concentraciones de masas admirablemente organizadas. De este modo, logró consolidar eficazmente su base electoral hasta el punto de convertirse en el primer partido de Alemania en intención de voto. Fue a partir de entonces cuando la oligarquía financiera e industrial alemana se volcó –como en su día hiciera la italiana con Mussolini– en el sostenimiento del Partido nazi. Gracias a ello en las elecciones presidenciales de abril de 1932, Hitler pudo forzar una segunda vuelta y aunque al final perdió las elecciones, obtuvo frente a Hindenburg un 47% de los votos, lo que suponía la cifra nada desdeñable de 13.600.000 sufragios. Consecuentemente con esta dinámica, en las elecciones de julio de 1932, los nazis obtuvieron el doble de escaños que en septiembre de 1930 y se consolidaron como primera fuerza política del país, aunque sin tener aún la mayoría suficiente para gobernar en solitario. La inestabilidad continuó y fue necesario convocar nuevas elecciones cinco meses después, en noviembre de 1932. Tras estos nuevos comicios, Hitler, a pesar de que los nazis perdieron algunos diputados, logró, a través del líder conservador Von Papen, convencer al Presidente Hindenburg para que lo nombrase canciller. Así, el 30 de enero de 1933, diez años después del fracaso del *putsch* de Munich, Hitler alcanzaba legalmente la presidencia del Gobierno alemán¹⁷.

¹⁶ Concretamente en el artículo 48 de la Constitución de Weimar se disponía que «Cuando en el Reich alemán el orden y la seguridad públicos estén considerablemente alterados o amenazados, puede el presidente del Reich tomar aquellas medidas que sean necesarias para su establecimiento, apelando a la fuerza armada si el caso lo requiere. A este objeto, puede suspender provisionalmente, en todo o en parte, los derechos fundamentales consignados en los artículos 114, 115, 117, 123, 124 y 153». Texto recogido en ARTOLA, M. y PÉREZ LEDESMA, M., *Contemporánea: la historia desde 1776*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 317.

¹⁷ Una síntesis detallada de la etapa que culmina con el acceso de Hitler al poder puede encontrarse en KERSHAW, I., *Hitler 1889-1936*, cit., pp. 377-424.

Por supuesto el único objetivo del nuevo canciller tras alcanzar el poder, al igual que de Mussolini diez años antes, era el de dismantelar desde la legalidad la democracia parlamentaria¹⁸. Para lograrlo el flamante canciller convocó nuevas elecciones legislativas para el 5 de marzo siguiente, cuando apenas habían transcurrido cuatro meses desde los últimos comicios. La nueva consulta electoral se desarrolló en un clima de excepción, gracias al oportuno incendio del *Reichstag* ocurrido el 27 de febrero, que constituyó el pretexto perfecto para que el gobierno de Hitler, a una semana de las elecciones, promulgase un «Decreto para la protección del pueblo y del Estado» en virtud del cual se suspendieron todas las garantías constitucionales y las libertades políticas. Lo cual unido al hecho de que las milicias nazis de los SA imponían su ley en la calle permitió al NSDAP conseguir en la nueva consulta electoral el 44% de los sufragios con 17.200.000 votos. Hitler se apresuró entonces a ilegalizar el Partido Comunista, y ello permitió al Partido Nazi obtener, con 288 diputados, una holgada mayoría en el *Reichstag*. En estas condiciones, Hitler pudo someter a la aprobación de la Asamblea una ley que le otorgaba por cinco años los plenos poderes. La norma fue finalmente aprobada por 441 votos frente a 91, con la única oposición de los diputados socialdemócratas. Gracias a la cobardía de los partidos tradicionales, Hitler consiguió establecer su dictadura con un respeto aparente de la legalidad¹⁹.

Es interesante reseñar que, a pesar de haber conseguido establecer una férrea dictadura, Hitler procuró conservar una apariencia de régimen parlamentario²⁰: De entrada, no abolió el *Reichstag*, aunque, eso sí, su papel se redujo a aprobar formalmente lo dispuesto por el jefe del Estado²¹. Y aun así la Asam-

¹⁸ Fueron fundamentales en la configuración de un nuevo modelo jurídico público, alternativo a la República de Weimar, las formulaciones teóricas de Carl Schmitt, quien fue extraordinariamente crítico con el parlamentarismo. Véase su libro *Sobre el parlamentarismo*, con un estudio preliminar de M. Aragón (trad.), Tecnos, Madrid, 1996. 2.ª ed., reimpr. 2002. Del mismo autor, *Los fundamentos histórico-espirituales del parlamentarismo en su situación actual*. Estudio preliminar de Manuel Aragón, Tecnos, Madrid, 2008. Sobre la crítica de Schmitt al sistema constitucional de 1919, ESTÉVEZ ARAUJO, J. A., *La crisis del estado de derecho liberal: Schmitt en Weimar*, Ariel, Barcelona, 1989.

¹⁹ Es lo que Allan Bullock muy expresivamente denomina «Revolution after power». Véase BULLOCK, Allan, *Hitler: A study in tyranny*, Harper Perennial, New York, 1991 (ed. abreviada de la de 1971), pp. 137-161.

²⁰ FRAENKEL, E. en su clásico libro *The Dual State*, New York, 1941 (trad. Alemana *Der Doppelstaat*, Frankfurt, 1947. La edición más reciente es: *The dual state: a contribution to the theory of dictatorship*. Lawbook Exchange, Clark, N. J., 2010) constata la existencia paralela de un Estado «de leyes» que se va disolviendo y un Estado «de medidas» que va creciendo, dirigido por el caudillo y su partido. Peter Hüttenberger considera que este análisis es válido exclusivamente para el período anterior a la guerra y en cualquier caso, considera problemático que Fraenkel se base en un concepto tradicional de Estado que no tiene ya validez para el nacional socialismo. Cfr.: HÜTTENBERGER, P., «Policracia nacionalsocialista», en el volumen *El Estado alemán*, cit., p. 160, nota 2.

²¹ Son significativas al respecto, las declaraciones realizadas por Baldur Von Schirach (1907-1974), el máximo dirigente de las Juventudes Hitlerianas, que además fue nombrado Gobernador de Viena en 1940, al psiquiatra militar norteamericano de origen judío León Goldensohn, mientras esperaba ser juzgado en Nuremberg el 16 de junio de 1946. Según Schirach «Después de 1933 el *Reichstag* dejó de tener importancia. Por supuesto, fui a sesiones en las que aceptábamos las leyes

blea se convocaba muy de tarde en tarde, ya que lo esencial de la legislación hitleriana revistió preferentemente la forma de Decretos leyes²². Tampoco desaparecieron en el Tercer Reich las elecciones aunque sólo había una lista única, lo que retiró a los comicios cualquier carácter representativo. Por último Hitler no dudó en recurrir a los plebiscitos –como los de 1933, 1934, 1936 o 1938–, para dar una apariencia democrática a las decisiones que estimaba más trascendentes²³. Todo lo cual no impidió que el III Reich desarrollase su propia teoría del derecho y del Estado²⁴.

B) LA REACCIÓN ANTIBOLCHEVIQUE EN PORTUGAL, AUSTRIA Y FRANCIA

Las dictaduras italiana y alemana no fueron las únicas alternativas conservadoras al modelo soviético. También hay que citar el caso de Portugal, donde en 1926, los militares toman el poder, que acabarían dejando en manos del catedrático de la Universidad de Coimbra Oliveira Salazar, ministro de Hacien-

por unanimidad, y su función era insignificante.» En la misma entrevista describe expresivamente la absoluta inoperancia del *Reichstag* republicano anterior del que también había formado parte: «De 1932 a 1933, fui miembro de un parlamento republicano durante un año. Fue un período terrible. Los miembros del *Reichstag* se tiraban tinta los unos a los otros y había discusiones encendidas y debates. No se puede imaginar las cosas que pasaban. Fue una época de antagonismos violentos en la vida política». Recogido en GOLDENSOHN, L., *Las entrevistas de Nuremberg*, Taurus Historia, Madrid, 2004, p. 314. (GOLDENSOHN, L., *The Nuremberg interviews: an American psychiatrist's conversations with the defendants and witnesses*. 1.ª ed., Vintage Books, New York, 2005.) Baldur Von Schirach fue hallado culpable de crímenes contra la humanidad y sentenciado a veinte años de prisión en el proceso de Núremberg. Encarcelado en Spandau y puesto en libertad el 30 de septiembre de 1966, murió ocho años después.

²² Como subraya Hannah Arendt, en los primeros años en que ejercieron el poder los nazis produjeron una avalancha de leyes y Decretos, pero nunca se preocuparon de abolir oficialmente la constitución de Weimar. Aunque ello respondiese exclusivamente a su absoluto desprecio por la legalidad. De hecho, a partir de la promulgación de las Leyes de Nuremberg resultó evidente que los mismos nazis no se sentían vinculados por su propia legislación. Para ellos solo contaba la constante marcha hacia delante, hacia objetivos siempre nuevos. De este modo se llegó al extremo de que innumerables reglamentos nunca llegaron a ser publicados. ARENDT, H., *Les origines du totalitarisme. Le système totalitaire*, Seuil, Paris, 1972, pp. 123-124. Para una crítica del Estado legislativo en contraste con otras modalidades de Estado (jurisdiccional, gubernativo o administrativo), véase SCHMITT, C., *Legalidad y legitimidad*, Comares, Granada, 2006. trad. de la 4.ª ed. alemana de 1988) pp. 3-23.

²³ Ghisalberti considera acertadamente que los tres rasgos definitorios del Estado totalitario son la dictadura personal, el partido único y el sistema plebiscitario. En GHISALBERTI, C., *L'evoluzione del sistema costituzionale*, cit., p. 50.

²⁴ Desarrollada esencialmente por Carl Schmidt. Véanse sobre el particular SCHEUERMANN, William E. *Carl Schmitt: the end of Law*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1999 y VINATEA SERRANO, E., *Teología política y decisionismo en Carl Schmitt*, Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2004. A lo que hay que añadir las aportaciones personales, derivadas de las obsesiones de Hitler más o menos explicitadas en *Mein Kampf*, como por ejemplo la del espacio vital (*Lebensraum*) que justificaría su expansión hacia el Este, materializada finalmente en la invasión de Rusia (junio de 1941), o la solución final (*Endlösung*) para exterminar a los judíos. Esta última, sin embargo, se decidió de forma secreta en la Conferencia de Wannsee (20 de enero de 1942) cuyas órdenes nunca se pusieron por escrito.

da desde 1928, y Presidente del Consejo a partir de 1932. Ello le permitió promulgar un año después una constitución corporativista²⁵, inspirada en la doctrina social de la Iglesia y más concretamente en las encíclicas *Rerum Novarum* de León XIII (1891) y *Quadragesimo Anno* de Pío XI (1931).²⁶

El mismo modelo de Estado autoritario y corporativista inspirado en las obras de Othmar Spann triunfó también en Austria, gracias a Engelbert Dollfuss y Arthur Schuschnigg. Al menos, hasta que Hitler procedió unilateralmente a la anexión del Estado austriaco al III Reich (*Anschluss*), el 12 de marzo de 1938²⁷.

Igualmente ocurriría en Francia, aunque en este caso, el detonante del cambio de régimen sería el hundimiento militar francés en mayo de 1940, frente a la ofensiva de la Wehrmacht. La derrota permitió la toma del poder por el mariscal Philippe Pétain, quien impuso un régimen autoritario de excepción, aunque dentro de la más estricta legalidad, pues el 10 de julio de 1940 por 569 votos contra 80 y 17 abstenciones, la mayoría de los diputados y senadores del Frente Popular francés acabó con la Tercera República por la vía de otorgar plenos poderes al nuevo Jefe del Estado²⁸.

²⁵ En la Constitución salazariana se reconocía la existencia de un «Estado Novo» que era nacional, autoritario, corporativo y cristiano, como único modo de restablecer los valores espirituales de eficacia, autoridad, orden y jerarquía, y en el que se calificaba el liberalismo como una falsa democracia en la que los hombres se igualaban por el rasero más bajo, que había hundido la conciencia nacional. Véase DE PONCIUS, L. *Oliveira Salazar y el Nuevo Portugal*, Librería Internacional, San Sebastián, 1937; cfr. ORELLA, J. L., *La formación del Estado Nacional durante la Guerra Civil*, Actas, Madrid, 2014, p. 31. PINTO, A. C. (org.), *O corporativismo em português: estado, política e sociedade no salazarismo e no varguismo*. ICS, Impr. de Ciências Sociais, Lisboa, 2008. ROSAS, F., «O salazarismo e o homem novo: ensaio sobre o Estado Novo e questao do totalitarismo», en *Análise social*, ISSN 0003-2573, Vol. 35, núm. 157, 2001, pp. 1031-1054. PATRIARCA, F., *A questão social no Salazarismo: 1930-1947*. Impr. Nacional-Casa da Moeda, Lisboa, 1995. THOMAS, J., *La realización portuguesa del estado corporativo: síntesis de sus fundamentos*, SPN, Lisboa, [194-?].

²⁶ Sobre las incómodas pero inevitables relaciones entre la Iglesia católica con los gobiernos europeos de derechas tras la Primera Guerra Mundial puede verse VINEN, R., *Europa en fragmentos* cit. pp. 220-227.

²⁷ El primero de ellos cuando tras ser proclamado canciller en 1932, dejó bien claro en su programa que «la época del sistema capitalista-liberal ha pasado. La época del marxismo materialista, director del pueblo, seductor del pueblo ha pasado. La época del dominio y del juego de los partidos ha pasado. No nos dejamos imponer por los engaños ni por el terror. Queremos en Austria un Estado cristiano, alemán, socialmente organizado sobre las bases corporativas y bajo una dirección fuerte y autoritaria». Recogido por GRANERO, J. M. «Engelbert Dollfuss», *Razón y Fe*, n.º 452, 1934, t. 106. Cfr. ORELLA, J. L., *La formación del Estado Nacional*, cit., p. 33. Sobre la recepción de los planteamientos de Dollfuss en España, MARTÍNEZ DE ESPRONCEDA, G., *El canciller de bolsillo: Dollfuss en la prensa de la II República*, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1988. BISCHOF, G., (coed.), *The Dollfuss/Schuschnigg era in Austria: a reassessment*, Transaction Publishers, New Brunswick, N.J., 2003. MESSNER, J., *Dollfuss: an Austrian patriot*, Gates of Vienna Books, Norfolk, VA, 2004 (reimp. electrónica de la ed. de: Innsbruck, Tyrolia, 1935).

²⁸ Se liquidó la IIIª República francesa de 1875 con una ley que constaba de un artículo único cuyo tenor era el siguiente: « La Asamblea Nacional otorga todo el poder al Gobierno de la República, bajo la autoridad y la firma del mariscal Pétain, a los efectos de promulgar, a través de uno o varios actos, una nueva Constitución del Estado Francés. Esta Constitución deberá garanti-

En España, la transición del Estado liberal al Estado social se realizó por un cauce diferente aunque no menos convulso ni menos trágico, pues fue la consecuencia de una pavorosa guerra civil.

3. LA CRISIS DEL ESTADO LIBERAL EN ESPAÑA

A) LA DICTADURA DE PRIMO DE RIVERA O LA PRIMERA FRACTURA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL DE LA RESTAURACIÓN

Si tanto Hitler como Mussolini son consecuencia directa de la catarsis de la Guerra del Catorce, en España Primo de Rivera llega al poder, en septiembre de 1923, como un remedio contra la impotencia de los gobiernos de la Restauración. La vía fue, otra vez, un nuevo pronunciamiento en la más pura tradición hispánica, aunque en este caso tuviera en mayor o menor medida un precedente extranjero, pues se produce un año después de la «Marcha sobre Roma.»²⁹ El detonante directo del pronunciamiento primorriverista, sin embargo, no fue, como en el caso italiano, la Gran Guerra, pues Eduardo Dato había mantenido a España al margen de la contienda, sino el desastre de Annual³⁰. La masacre de

zar los derechos del Trabajo, de la Familia y de la Patria; será ratificada por la Nación y aplicada por las Asambleas que haya creado». Gracias a ello, al día siguiente Pétain pudo arrogarse todos los poderes del Estado, lo que de entrada, le llevó a suprimir la Presidencia de la República. A partir de entonces solo hubo un «jefe del Estado francés» que ostentaba todos los poderes ejecutivos y legislativos « hasta al formación de nuevas asambleas», con la excepción del derecho de declarar la guerra que requería el asentimiento de las Asambleas legislativas (Acto constitucional n.º 2 del 11 de julio de 1940). Texto recogido por Jean de MALAFOSSE en su espléndida síntesis *Histoire des institutions et des régimes politiques de la Révolution à la IVe République*, Montchrestien, París, 1975, pp. 313-314. La traducción es mía. Sobre el sentido de la ley de plenos poderes a Pétain, vid. PAXTON, Robert O., *La France de Vichy: 1940-1944* Seuil, París, 1973, pp. 40-47. Nouvelle éd.rev. et mise à jour par l'auteur. Seuil, París, 1997. AZÉMA, Jean Pierre (coaut.), *La France sous Vichy: autour de Robert O. Paxton*, Complexe, Bruxelles, 2004.

²⁹ Para una visión comparativa entre la dictadura de Primo de Rivera y las de Mussolini e Hitler, vid. José Luis GÓMEZ NAVARRO, *El régimen de Primo de Rivera: Reyes, dictaduras y dictadores* Cátedra, Madrid, 1991; especialmente capítulo I «La implantación de regímenes dictatoriales en la Europa de entreguerras» pp. 13-52 y el cap. II «Los regímenes militares en una perspectiva comparada» pp. 53-100. TUSELL, J. (coaut.), «Mussolini y Primo de Rivera: Las relaciones políticas y diplomáticas de dos dictaduras mediterráneas», *Boletín de la Real Academia de la Historia*, ISSN 0034-0626, t. 179, Cuaderno 3, 1982, pp. 413-484.

³⁰ El 9 de agosto de 1921, 2.300 soldados españoles refugiados en el campamento de Monte Arruit fueron pasados a cuchillo por las tropas de Abd el Krim. Entre el 1 de junio y el 9 de agosto España perdió por la incompetencia manifiesta de los generales al mando (Silvestre y Berenguer) 12.000 soldados y casi todo el territorio conquistado en 10 años en Marruecos. Sobre las consecuencias constitucionales del Desastre, LAPORTE, P., *El desastre de Annual y la crisis de la Restauración en España (1921-1923)*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2003. ESPAÑA. CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Documentos relacionados con la información instruida por el señor General de División don Juan Picasso sobre las responsabilidades de la actuación española en Marruecos durante julio de mil novecientos veintiuno*. Imp. sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1923.

las tropas españolas a manos de las de Abd el Krim, al provocar la indignación general permitió que la toma del poder por el a la sazón, Capitán General de Cataluña fuese acogida favorablemente por la mayoría de la opinión pública española.

Primo de Rivera sin embargo carecía de un proyecto político definido³¹, como él mismo reconoció al presentarse como un remedio provisional para evitar la paralización del Estado³². Aunque *a posteriori* tratase de estabilizar su régimen. Primero con la creación de un partido único, la Unión Patriótica, en abril de 1924³³; iniciativa que fue seguida por la sustitución del Directorio militar por un Gobierno civil de técnicos en diciembre de 1925, la aprobación de la Asamblea Nacional en septiembre de 1927, para reemplazar a Las Cortes, la promulgación de un nuevo Código Penal en 1928 y, finalmente, la redacción de un proyecto de constitución en julio de 1929³⁴.

Si el intento de Primo de Rivera fracasó a la postre, cuando el dictador dimitió tras recibir una moción de censura *sui generis* de sus compañeros de armas, su régimen ha merecido una valoración relativamente positiva, en la medida en que esta dictadura incruenta fue el primer intento de seguir en España la tendencia de la mayor parte de los gobiernos europeos de reforzar el intervencionismo del Estado, frente al modelo estrictamente liberal decimonónico, en los años posteriores a la firma del Tratado de Versalles³⁵. De hecho, el régi-

³¹ Para una visión general del régimen TUSELL, J. y GARCÍA, G., «La dictadura de Primo de Rivera como régimen político. Un intento de interpretación» en *Cuadernos Económicos del I.C.E.*, n.º 10 (1979) pp. 39-44. En el mismo número: TUÑÓN DE LARA, M., «En torno a la Dictadura de Primo de Rivera», en *Cuadernos económicos del ICE*, ISSN 0210-2633, núm 10, 1979, pp. 9-36. También de TUSELL, J., «Primo de Rivera: El golpe.», en *La Aventura de la historia*, ISSN 1579-427X, núm.. 59, 2003, pp. 16-25, y «Primo de Rivera, 1930: El ocaso» en *La Aventura de la historia*, ISSN 1579-427X, núm.. 75, 2005, pp. 18-25. *Radiografía de un golpe de estado: el ascenso al poder del general Primo de Rivera*. Alianza Ed., Madrid, 1987. ÁLVAREZ REY, L., *Bajo el fuero militar: la Dictadura de Primo de Rivera en sus documentos (1923-1930)*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2006.

³² Es significativo que, como recoge Shlomo BEN AMI, para los fascistas italianos el primorriverismo se hundió «porque no era una dictadura coherente o, en otras palabras, porque no llegó a constituir un sistema verdaderamente fascista». Franco se referiría más tarde a la dictadura de Primo de Rivera como una etapa de transición entre la era de los pronunciamientos y la de los sistemas «orgánicos», *La dictadura de Primo de Rivera 1923-1930*, Planeta, Barcelona, 1984, pp. 254 y 255. Hay reedición: *El cirujano de hierro: la dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)*, RBA, Barcelona, 2012. Por lo que se refiere a la dimensión militar de la dictadura: NAVAJAS ZUBELDÍA, C. «Los militares en el poder: el ejército durante la dictadura de Primo de Rivera», en *Aproximación a la historia militar de España* (vol. 2), Ministerio de Defensa, Madrid, 2006. 3 vols., pp. 583-598.

³³ Sobre el surgimiento, desarrollo y bases ideológicas de la Unión Patriótica, GÓMEZ NAVARRO, J. L., *El régimen de Primo de Rivera*, cit., pp. 207-260.

³⁴ Sobre este frustrado proceso constituyente GARCÍA CANALES, M. *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pp. 91-108.

³⁵ Como certeramente expresa Shlomo BEN AMI el régimen primorriverista no era una dictadura totalitaria porque se apoyaba en sistemas tradicionales que «respondían más a la necesidad de fiscalizar el cambio que a la de construir una sociedad enteramente nueva», *La dictadura de Primo de Rivera*, cit., p. 255.

men adoptó toda una serie de medidas dirigidas a reforzar el sector público, como, por ejemplo, el inicio de una política ambiciosa de obras públicas, o la creación, en febrero de 1927, de los monopolios de CAMPSA y Tabacalera. Sin olvidar la manifiesta dimensión social del régimen primorriverista³⁶, concretada, gracias a la iniciativa de Eduardo Aunós³⁷, en la relativamente revolucionaria aprobación del principio de los jurados mixtos –obreros y patronos– para resolver los conflictos laborales, el nombramiento en diciembre de 1925 del líder del PSOE Francisco Largo Caballero como consejero de Estado³⁸, o la aprobación en 1926, de un Código del Trabajo.

B) EL INTERVENCIONISMO DEFENSIVO DE LA SEGUNDA REPÚBLICA

Una reforma electoral para reforzar las mayorías

Es en cierto modo paradójico que en España, la caída de la Monarquía el 14 de abril de 1931, lejos de detener el proceso de reforma del Estado iniciado por Primo de Rivera, lo acentúa, pues los promotores de la Segunda República tuvieron desde el principio como objetivo prioritario transformar radicalmente la realidad económica, social y jurídica de la España de la Restauración³⁹. El primer paso fue la reforma electoral adoptada por el Gobierno Provisional de Alcalá Zamora, en virtud de los Decretos de 29 y 8 de mayo de 1931, dirigida a

³⁶ Sobre la política social y las bases del Estado corporativo defendido por Primo de Rivera, inspirado en el modelo mussoliniano, *vid.* GONZÁLEZ CALLEJA, E., «Organización Nacional Corporativa y la actitud de los interlocutores sociales» en su obra *La España de Primo de Rivera. La modernización autoritaria 1923-1930*, Alianza Ed., Madrid, 2005, pp. 153-163. GUERRERO SALOM, E., «La Dictadura de Primo de Rivera y el corporativismo» en *Cuadernos económicos de ICE*, ISSN 0210-2633, núm. 10, 1979, pp. 111-132. NAVAJAS ZUBELDÍA, C., «La ideología corporativa de Miguel Primo de Rivera: (1905-1919).» en *Hispania: Revista española de historia*, ISSN 0018-2141, Vol. 53, núm. 184, 1993, pp. 617-649.

³⁷ La clave de la política social está en Eduardo Aunós, antiguo militante de la *Lliga* y ex secretario de Cambó, quien fue designado por Primo de Rivera para abordar la codificación laboral y poner en marcha un amplísimo programa de medidas sociales. AUNÓS tenía una ideología frontalmente contraria al modelo del Estado liberal parlamentario, que pretendía sustituir por un Estado corporativo. Llegó incluso a escribir un libro llamado *Las corporaciones del trabajo en el Estado moderno*, Juan Ortiz, Madrid, 1928 (Est. Tipográfico Torrent). *Cfr.* José Luis ORELLA, *La formación del Estado Nacional*, cit., p. 20. AUNÓS, E., *El Estado corporativo: discurso pronunciado en la Unión Patriótica de Madrid, el día 16 de abril*, Talleres Gráficos de E. Giménez, Madrid, 1928.

³⁸ Lo que provocó su enfrentamiento con Fernando de los Ríos e Indalecio Prieto, contrarios a la colaboración de los socialistas con el Gobierno dictatorial. Ambos abandonaron sus cargos en la Ejecutiva aunque siguieron como militantes de base. Sobre la política social de Primo de Rivera puede verse con carácter general, GONZÁLEZ CALLEJA, E., *La España de Primo de Rivera*, cit. pp. 153-163. Sobre la situación del Partido Socialista durante la dictadura ANDRÉS GALLEGU, J., *El socialismo durante la Dictadura, 1923-1930*, Ediciones Giner, Madrid, 1977.

³⁹ Como obra general sobre la incidencia de la Segunda República en el modelo liberal de Estado, CABO MARTÍN, C. de, *La República y el Estado liberal*, Túcar, Madrid, 1977; «República y constitución: vinculación histórica y teórica» en *Jueces para la democracia*, ISSN 1133-0627, núm. 57, 2006, pp. 11-17.

facilitar la formación de mayorías, por la vía de primar a los partidos que obtuviesen más votos multiplicando su número de escaños. Una reforma electoral que alcanzó el rango de ley el 27 de julio, tras la constitución de las primeras Cortes republicanas.

El sometimiento del Ejército a la legalidad

El segundo aspecto que requirió la atención urgente del Gobierno fue el de la reforma del Ejército. Por eso el 30 de mayo del mismo año, incluso antes de la celebración de las primeras elecciones, Manuel Azaña, consciente del papel primordial desempeñado por el ejército en la práctica constitucional española⁴⁰, puso en marcha una profunda reforma militar que además de profesionalizar las fuerzas armadas pretendía convertirlas en el motor del reformismo, para acabar con la dinámica por la que el estamento militar se resistía en España a someterse al poder civil. Si Isabel II es destronada por una rebelión militar, el final del Sexenio revolucionario también se ve precipitado por la disolución del cuerpo de artilleros, aprobada por las Cortes el 7 de febrero de 1871, a iniciativa de Ruiz Zorrilla. Una medida que además provoca la abdicación de Amadeo I de Saboya. Del mismo modo, la propia Restauración comienza, en diciembre de 1874, con el pronunciamiento de Martínez Campos en Sagunto, un movimiento que Cánovas tildó de «botaratada» y que sin duda, determinó al político malagueño a buscar la despolitización del ejército por la vía de su profesionalización. A esta idea responden la Ley constitutiva del ejército de 29 de noviembre de 1878, por la que el propio Arsenio Martínez Campos pretendía unificar las fuerzas armadas mediante la reorganización del Alto Estado Mayor; o la fallida Reforma Cassola de 22 de abril de 1887, que tropezó con la oposición frontal de la clase militar. De hecho, los militares acabarían ganando la partida tras la entrada en vigor, el 16 de marzo de 1906, de la controvertida Ley de Jurisdicciones que les otorgaba la competencia para procesar a quienes ofendiesen al ejército de palabra o por escrito, por medio de la imprenta, grabado, estampa y alegorías, signos, gritos y alusiones que supusiesen un ultraje a la nación, a su bandera, himno nacional u otro emblema de su representación. Una norma surgida tras el asalto a la redacción de las revistas «Cu-Cut» y «La Veu

⁴⁰ Sobre los orígenes del modelo del pronunciamiento como vía de intervención política, que sin duda constituye una de las aportaciones españolas al acervo de la historia constitucional europea véase la clásica obra de CHRISTIANSEN, C., *Los orígenes del poder militar en España: (1808-1854)*, Aguilar, Madrid, 1974; y más recientemente PAYNE, S. G., *Ejército y sociedad en la España liberal: (1808-1936)*, prólogo de Ramón Salas Larrazabal, Akal, Madrid, 1977 y CARDONA, G., *El poder militar en la España contemporánea hasta la Guerra civil*, Siglo XXI, Madrid, 1983. También: BUSQUETS, J., *Pronunciamientos y golpes de Estado en España*. 2.^a ed., Planeta, Barcelona, 1982. ALONSO BAQUER, M. Á., «El modelo español de pronunciamiento» en *Hispania: Revista española de historia*, ISSN 0018-2141, Vol. 39, núm. 142, 1979, pp. 337-378. DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ CAMPOS, E., «Pronunciamientos militares del siglo XIX», en *Ejército de Tierra español*, ISSN 1696-7178, núm. 834, 2010, pp. 116-119. MORA PIRIS, P., «Génesis de los primeros pronunciamientos militares en España: (1814-1820)» en CASTAÑEDA DELGADO, P., *Las guerras en el primer tercio del siglo XIX en España y América Actas XII Jornadas Nacionales de Historia Militar* (vol. 2), Deimos, Madrid, 2005, 2 vols., pp. 287-308.

de Catalunya», que habían publicado un chiste alusivo a la derrota de 1898. La ley sólo sería derogada el 9 de junio de 1913.

En enero de 1922, los militares seguían siendo intocables y por ello fracasó el intento de disolución de las Juntas de Defensa aprobado por el último Gobierno Maura, una medida cuyo rechazo provocaría la caída del Ejecutivo. Ello no evitó que, tras el pronunciamiento de 1923, el Gobierno de Primo de Rivera tuviera que enfrentarse una vez más con el Arma de artillería. Lo que ocurrió el 5 de septiembre de 1926, cuando, como respuesta al intento de sublevación del cuerpo, el dictador suspendió de empleo y sueldo a todos sus jefes y oficiales, salvo los del Ejército de Marruecos. Cinco años más tarde era Azaña quien trataba de meter en cintura a los militares⁴¹.

El reformismo como prioridad

Jurídicamente, sin embargo, el objetivo más importante del nuevo régimen surgido en 1931, era impedir a todo trance cualquier regresión política que pusiese en peligro la consolidación del modelo republicano de Estado. Con este objetivo, el 20 de octubre de 1931, se aprobaba la Ley de Defensa de la República. Una ley esencialmente represora en la medida en que en ella se restringían abiertamente los derechos individuales, pues concretamente disponía la imposición de multas de hasta 10.000 pesetas, para los autores o inductores de ciertos hechos que se consideraban como agresión a la República, tales como la difusión de noticias que pudieran alterar el orden público, o supusieran un menosprecio del Estado, la tenencia ilícita de armas, la apología del régimen monárquico o las huelgas no anunciadas, entre otros. Aunque la iniciativa de la reforma partió de Manuel Azaña, fue el líder radical Alejandro Lerroux quien convenció a los diputados de las primeras Cortes republicanas acerca de la conveniencia de adoptar la norma, con el argumento de que la ley tenía en principio un carácter transitorio pues debía proteger a la República mientras se aprobaba la Constitución. A la postre sin embargo, Lerroux sería desautorizado por Azaña en la medida en que el 8 de diciembre de 1931

⁴¹ Desde la llegada de la República más de 5.000 jefes y oficiales habían pedido el retiro, lo que fue aprovechado por Azaña, a la sazón Ministro de la Guerra, para iniciar una *reforma militar* que le llevó a suprimir la Academia General de Zaragoza, a reformar el Código de Justicia Militar y a reducir drásticamente los efectivos del ejército. Desaparecieron los capitanes generales y los tenientes generales, se redujeron a 8 las 16 regiones militares que había hasta entonces y se abrió la posibilidad de que los suboficiales accedieran por derecho propio al grado de oficial de la escala de complemento. El 2 de diciembre en las Cortes, Azaña afirmaba su convicción de que no habría un ejército adicto «mientras no se saque la oficialidad de la clase humilde». Sobre el particular ALPERT, M., *La reforma militar de Azaña: (1931-1933)*, Comares, Granada, 2008. RUÍZ VIDONDO, J. M., *Las principales reformas militares de Azaña: la reforma militar de Azaña a través de los cursos de coroneles para el ascenso, (1931-1935)*. Grafite, Basauri (Vizcaya), 2004. NADAL DE UHLER, M.^a A., «Manuel Azaña y el debate teórico sobre el ejército durante la Restauración» en, *Sistema: Revista de ciencias sociales*, ISSN 0210-0223, núm. 159, 2000, pp. 97-120. De la misma autora: *Manuel Azaña o la racionalización política: fundamentos teórico-doctrinales de la reforma militar*. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999 (Tesis doctoral) ALONSO BAQUER, M. A., «Manuel Azaña y los militares» en ALVARADO PLANAS, J., (coord.), *Estudios sobre ejército, política y derecho en España: (siglos XII-XX)*, Polifemo, Madrid, 1996, pp. 327-342.

—un día antes de la aprobación de la Carta magna— el Gobierno propuso, y obtuvo, que la Ley de Defensa de la República siguiera vigente a pesar de la entrada en vigor de la Constitución ⁴².

A este movimiento dirigido a consolidar la República, en un país en el que la opinión pública seguía siendo mayoritariamente antirrepublicana, respondió la rotunda oposición de la socialista Victoria Kent a que se concediese el voto a las mujeres ⁴³ sin duda insólita desde la perspectiva actual, o el hecho de que tras la aprobación de la Constitución republicana, el 9 de diciembre de 1931, no se disolviesen las Cortes constituyentes, que, en consecuencia, se transformaron en Cortes constituidas u ordinarias, con la única oposición del propio Alejandro Lerroux. Por no hablar de la contundente política de mantenimiento del orden público que ejerció el Gobierno Azaña frente a las guerrillas anarquistas que se sublevaban recurrentemente en toda España. Una política que provocó la denominada «matanza de Casas Viejas», acontecimiento que puso en apuros

⁴² A pesar del carácter represor de la norma, solo se opusieron a ella cuatro diputados federales. Azaña justificó la Ley de Defensa con el argumento de la necesidad de disociar las ideas de que República y anarquía eran conceptos sinónimos. En este sentido, el propio Azaña en su presentación ante las Cortes incidió en que «esta Ley tiene en primer lugar la ventaja de hacer creer y hacer saber al país que es posible una República con autoridad y con paz y con orden público». Recogido por MERINO MERCHÁN, José F., en *Regímenes históricos españoles*, 2.ª ed., Tecnos, Madrid: 2008, pp. 198-199. Antonio Torres del Moral niega que pueda considerarse la Ley como norma de desarrollo constitucional por ser anterior a la aprobación de la norma suprema (22 de octubre de 1931), sino que más bien desarrolla uno de los principios del Estatuto Jurídico del Gobierno Provisional. Véase TORRES DEL MORAL, A., *Constitucionalismo histórico español*, 5.ª ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2004, p. 175. La Ley de Defensa de la República en cualquier caso, fue elevada a rango constitucional por la disposición transitoria segunda de la Constitución de 1931. Sobre la labor jurídica de Manuel Azaña puede verse ARAGÓN REYES, M., «Manuel Azaña: un intento de modernización política», *Sistema: Revista de ciencias sociales*, ISSN 0210-0223, núm. 2, 1973, pp. 101-114 y del mismo autor, «Manuel Azaña: pensador y político» en *Sistema: Revista de ciencias sociales*, ISSN 0210-0223, núm. 129, 1995, pp. 95-106 y sobre todo, PAU PEDRÓN, A., en su estudio introductorio a la obra recopilatoria *Azaña jurista: textos jurídicos de Azaña*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990.

⁴³ Victoria Kent, abogada y Directora de Prisiones, mantuvo una pugna dialéctica en las Cortes con Clara Campoamor diputada por el Partido Radical de Lerroux, quien apoyada por los sectores feministas más activos era firme partidaria de otorgar el voto a las mujeres. Para Kent, sin embargo antes de tener derecho al voto las mujeres debían aprender los beneficios de la República. En realidad Kent temía que el aluvión femenino diera la victoria a los conservadores —como de hecho ocurrió en 1933—. El 1 de octubre las Cortes aprobaron el *voto femenino* por 160 votos a favor y 122 en contra, derecho que quedó incorporado al artículo 34 del proyecto constitucional («Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores de 23 años, tendrán los mismos derechos electorales, conforme determinen las leyes»). Sobre el particular MONTES SALGUERO, J., «La lucha por el sufragio: Clara Campoamor» en *Anuario de historia del derecho español*, ISSN 0304-4319, núm. 67, 1997, pp. 847-860 (Ejemplar dedicado a: En memoria de Francisco Tomás y Valiente); del mismo autor: «La lucha por el sufragio femenino en España: notas para una historia» en *A distancia*, ISSN 1133-1151, núm. 1, 1999, pp. 124-130. También CAPEL MARTÍNEZ, R. M., *El sufragio femenino en la Segunda República Española*, Horas y Horas, Madrid, 1992, SALAZAR BENÍTEZ, O. (coord.), *Ciudadanas: del voto femenino a la paridad*, Diputación de Córdoba, Córdoba: 2010. OFFEN, K., (coaut.), *Historia de una conquista: Clara Campoamor y el voto femenino*, Dirección General de Igualdad, Madrid, 2007. VARCÁRCEL, A., *El debate sobre el voto femenino en la Constitución de 1931*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.

parlamentarios al Presidente del Gobierno, en la sesión de control a que le sometieron las Cortes el 13 de enero de 1933⁴⁴.

El Gobierno republicano español surgido de las elecciones de 1931, consideraba pues prioritario reformar el país y para ello entendía que era indispensable defenderse frente a una posible involución, sin duda probable en un tiempo en el que en Europa las democracias parlamentarias se veían cada vez más inermes frente a los regímenes autoritarios o dictatoriales de uno u otro signo. No es casual que la Constitución de 1931 recogiese en gran medida, el espíritu de la Constitución alemana de Weimar que otorgaba al Gobierno poderes extraordinarios en caso de que concurriesen circunstancias excepcionales⁴⁵. Por eso se produjo, una vez más por iniciativa de Azaña, la derogación en julio de 1933, de la Ley de Defensa de la República y la aprobación de dos normas equivalentemente represoras, como la Ley de vagos y maleantes y la Ley de Orden Público. Esta última, aprobada el 28 de julio de 1933⁴⁶, estaba llamada a desempeñar un papel capital en la práctica constitucional republicana, por cuanto a partir de la revolución de octubre de 1934, fue profusamente utilizada, primero por los gobiernos conservadores, y luego, a partir de febrero de 1936, por los gobiernos del Frente Popular. En la misma línea se inscribe la aprobación de una nueva ley electoral que permitía que una ligera ventaja electoral se tradujese en una aplastante mayoría parlamentaria⁴⁷, siguiendo la tendencia iniciada en Europa por la ya mencionada Ley *Acerbo* de Mussolini de 1923.

No obstante, en comparación con el autoritarismo dictatorial que triunfa en Italia, Alemania, Portugal, Austria o Francia en las primeras décadas del siglo xx, es innegable que la Segunda República española presenta inicialmente una cara mucho más democrática. No hay que olvidar que la proclamación de la República había surgido como reacción frente a la Dictadura primorriverista, y

⁴⁴ Sobre el mantenimiento del orden público en la España contemporánea, BALLBÉ, M. *Orden público y militarismo en la España Constitucional: (1812-1983)*, Alianza Editorial, Madrid, 1983.

⁴⁵ Azaña fue también el creador, el 17 de mayo de 1931, de la Sección de Guardias de Asalto, inicialmente llamadas «Compañías de Vanguardia», que surgieron antes de la represiva «Ley de Defensa de la República» de 21 de octubre de 1931, que fue precisamente sustituida por la Ley de Orden Público de 1933. Todo ello recuerda bastante al principio de la «Notverodnung», autorizado por el famoso artículo 48 de la Constitución alemana de Weimar (1919), que fue una de las fuentes en las que se inspiró la Constitución republicana española. Véase ORTEGA GUTIÉRREZ, David «Influencia del constitucionalismo alemán en las constituciones históricas españolas» en *Parlamento y Constitución: Anuario*, ISSN 1139-0026, núm. 7, 2003, pp. 75-96, particularmente pp. 90 y 91.

⁴⁶ Publicada en la *Gaceta de Madrid. Diario Oficial de la República*, núm. 211, de 30 de julio de 1933, pp. 682-690.

⁴⁷ Curiosamente esta modificación de determinados artículos de la Ley electoral por las Cortes del bienio reformista de Azaña, había sido consecuencia de las presiones de los socialistas de Largo Caballero que propiciaron un aumento significativo de la tendencia esbozada por el Gobierno provisional de Alcalá Zamora por el Decreto de 10 de mayo de 1931, que inicialmente impuso un sistema electoral mayoritario corregido, en virtud del cual se otorgaba el 80 por ciento de los escaños a la lista que obtenía más votos y el 20 por ciento a la que llegaba en segundo lugar. Vid. al respecto J. SOLÉ TURÁ, J. y E. AJA, E., *Constituciones y períodos constituyentes en España*, 15.ª ed., Siglo XXI, Madrid, 2009, p. 105.

en consecuencia interrumpió un proceso de reforma constitucional que llevaba el mismo camino propugnado por Mussolini y por Hitler en sus respectivos países. Lo que explica que *a priori*, la involución del régimen republicano español resultara inviable por la vía de un golpe de Estado conservador, como demostró el absoluto fracaso de la Sanjurjada en agosto de 1932⁴⁸.

La lucha política contra las derechas

No contaban sin embargo, los reformistas republicanos españoles con que las derechas estaban dispuestas a jugar el juego democrático. Y menos, con que los conservadores se organizaran para tratar de hacerse con el poder con el apoyo de la clase media. Un primer síntoma de este estado de cosas fue la estrepitosa derrota que sufrió el Gobierno en las elecciones municipales parciales del 25 de abril de 1933⁴⁹. La tendencia se confirmó cuando fue necesario esco-

⁴⁸ Que solo contribuyó a reforzar el régimen pues Azaña para reprimir la sedición de la que había tenido puntual conocimiento con antelación, no solo trajo por vez primera «regulares» de Marruecos sino que en aplicación de la Ley de Defensa de la República iniciaría una represión implacable. De hecho, clausuró casi todos los periódicos de derechas (133 publicaciones), e instauró la censura previa a las agencias informativas. Sobre el particular, SINOVA, J., *La prensa en la Segunda República española: Historia de una libertad frustrada* Madrid 2006. El Gobierno Azaña adoptó además otras medidas de excepción. Así por ejemplo, los aristócratas fueron expropiados por suponerseles partidarios de la intentona, se produjo una purga de derechistas y monárquicos en la Administración Pública, hubo cientos de detenciones y 145 jefes y oficiales fueron deportados al Sáhara. La Sala de Justicia Militar del Tribunal Supremo condenó a muerte a Sanjurjo. No obstante, y aunque en la Presidencia del Gobierno se recibieron 3.000 telegramas pidiendo la ejecución del general golpista, el mismo día de la sentencia Azaña solicitó el indulto que le fue concedido por Alcalá Zamora, quien conmutó la pena capital por la de prisión perpetua. Azaña no solo consolidó su poder sino que aprovechó hábilmente la «sanjurjada» para lograr la aprobación en las Cortes del Estatuto de Cataluña y de la Reforma Agraria. El primero había sido presentado el 18 de agosto de 1931, antes incluso de la aprobación de la Constitución. A pesar de que esta aceptaba que «la República constituye un Estado integral compatible con la autonomía de municipios y regiones» la aprobación del «Estatut» solo fue desbloqueada como consecuencia del fracaso golpista, lo que permitió su promulgación en San Sebastián por el Presidente Alcalá Zamora el 15 de septiembre de 1932, significativamente el mismo día que la Ley de Reforma Agraria. No obstante, como destaca Enric FOSSAS el texto aprobado no fue sometido al plebiscito de los catalanes. Vid. FOSSAS, E., «L'autonomia de Catalunya durant la II República» en el volumen *L'autogovern de Catalunya* Fundació Lluís Carulla, Barcelona, 2004, p. 77 y con DUCH M. (coaut.), «La autonomía catalana durante la Segunda República: (1931-1939)», en *Arbor: revista de ciencia, pensamiento y cultura*, ISSN: 0210-1963 números 426-427, 1981, pp. 95-109 (Monográfico dedicado a la II República Española). También GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., «Federalisme i autonomia de Catalunya durant el període: (1931-1938)», en *Federalisme i autonomia a Catalunya: (1868-1938)*. Documents Barcelona: Curial, 1974 ; «La Generalitat de Cataluña: 1931-1938», en *Historia 16*, ISSN 0210-6353, núm. 1, 1976, pp. 65-70.; «La Constitución de la Segunda República y el «Estatut de Catalunya de 1931» en *Sistema: Revista de ciencias sociales*, ISSN 0210-0223, núm. 17-18, 1977, pp. 99-110. PITARCH, I. E. (ed.), *La Generalitat de Catalunya*. Undarius, Barcelona, 1976; «Parlamento y parlamentarismo en la tradición catalanista», *Revista jurídica de Catalunya*, ISSN 1575-0078, Vol. 75, núm. 2, 1976, pp. 273-302

⁴⁹ En mayo de 1931, el Gobierno había destituido a los ayuntamientos monárquicos nombrados sin votación (por haberse presentado un solo candidato) y había designado en su lugar comisiones gestoras. Azaña esperaba reforzar su posición con estas elecciones pero sobre 19.000 posibles candidatos, los republicanos de izquierda y los socialistas sólo obtuvieron en torno a los 5.000.

ger a los vocales del Tribunal de Garantías Constitucionales, en gran parte elegidos por los ayuntamientos⁵⁰.

La toma del poder por la derecha parecía en cualquier caso inevitable, tras las elecciones del 19 de noviembre de 1933, las primeras en las que los ciudadanos estaban llamados a elegir unas Cortes ordinarias constituidas. Unos comicios que, además, se convirtieron en los primeros plenamente democráticos de la historia de España, ya que en ellos por vez primera votaron las mujeres⁵¹. El resultado de la consulta electoral fue, sin embargo, desastroso para los partidos que habían dominado las primeras Cortes constituyentes del 28 de junio de 1931, ya que sufrieron una abultada derrota que se amplificó en la segunda vuelta del 3 de diciembre. Este resultado respondía en primer lugar al hecho de que en estas segundas elecciones de la República, las derechas se presentaban por vez primera cohesionadas desde la instauración del régimen. Por otro lado, resulta innegable que en aquel entonces, las españolas eran en su mayor parte católicas, lo que les llevó a apoyar mayoritariamente la opción derechista⁵². Finalmente, no hay que olvidar que el peculiar sistema electoral promovido por Azaña amplificó desmesuradamente la derrota electoral de las izquierdas⁵³.

⁵⁰ El 3 de septiembre de 1933, el Gobierno sufrió una nueva derrota electoral en la elección de los vocales del Tribunal de Garantías Constitucionales que eran designados por los ayuntamientos. Sobre 18 vocalías el Gobierno solo obtuvo 5. Alcalá Zamora forzó la dimisión de Azaña, y encargó la formación de un nuevo gobierno a Alejandro Lerroux. Sobre el Tribunal de Garantías Constitucionales, y ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO, N., *Significado y funciones del Tribunal de Garantías Constitucionales*, Reus, Madrid, 1933; y «El Tribunal de Garantías Constitucionales: antecedentes, naturaleza y objeto de las diferentes funciones que le incumben» en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, ISSN 9938-7603, núm. 26, 1933, RUIZ LAPEÑA, R. M., *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española*. Bosch, Barcelona: 1982 y UROSA SÁNCHEZ, J., *El Tribunal de Garantías Constitucionales en la II República española. Colección Documental*. Consejería de Educación, Madrid: 1999. GARCÍA CUEVAS ROQUE, E., «Algunas reflexiones en torno al Tribunal de garantías constitucionales de la Segunda República española», en *Codex: Boletín de la Ilustre Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos*, núm. 1, 2004, pp. 125-170. AGUIAR DE LUQUE, L., «El tribunal de garantías de la II República: Una reflexión», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, ISSN 0211-5743, núm. 8, 1983, p. 289 (Es reseña de: BASSOLS COMA, M., *La Jurisprudencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República Española*, Centro Estudios Constitucionales, Madrid: 1981. Hay una reed. de esta monografía: *El Tribunal de las Garantías Constitucionales de la II República: la primera experiencia de justicia constitucional en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010); DÍAZ DE ARCAYA y MIRAVETE, F., *El Tribunal de Garantías Constitucionales: su legislación y doctrina constituyente y constitucional*, Reus, Madrid, 1934. RALLO LOMBARTE, A., «El Tribunal de garantías constitucionales como tribunal de garantías electorales», en *Revista de Estudios Políticos*, ISSN 0048-7694, núm. 92, 1996, pp. 251-279. ÁLVAREZ GARCÍA, H., *RDUNED: Revista de derecho UNED*, ISSN 1889-9912, núm. 80, 2011, pp. 189-200.

⁵¹ Sobre las elecciones de 1933, VILLA GARCÍA, R., «Movilización, moralización y modernización electorales: los comicios españoles de 1933», *Revista de las Cortes Generales*, ISSN 0213-0130, núm. 75, 2008, pp. 213-255.

⁵² Sobre la influencia del voto femenino en las elecciones de 1933, VILLALAIN GARCÍA, P., «Las elecciones generales de 1933 y sus resultados a la vista de la influencia del voto femenino: El caso de Madrid», en *Cuadernos republicanos*, ISSN 1131-7744, núm. 40, 1999, pp. 77-106.

⁵³ En la primera vuelta de las elecciones, celebrada el 19 de noviembre de 1933 las izquierdas lograron 2.804.695 (33%), los partidos de Centro 1.647.271 (19,5%) y los partidos de dere-

El problema surgió cuando los perdedores se negaron a aceptar el resultado de las elecciones, y empezaron a multiplicar las presiones e intrigas de toda índole para impedir la constitución de las nuevas Cortes. Las izquierdas burguesas llegaron a pedir al Presidente de la República que disolviese la Cámara recién elegida, y el líder socialista Largo Caballero optó por seguir abiertamente la vía revolucionaria, como había dejado claro a lo largo de toda la campaña electoral⁵⁴. Y por si fuera poco, el en principio conservador Alcalá Zamora se resistió a poner al frente del Gobierno a Gil Robles, a pesar de ser el claro ganador de los comicios, y solo aceptó al radical Lerroux como un mal menor.

El rechazo por las izquierdas de la victoria electoral de la derecha en 1933, resultó no solamente antidemocrático, sino que tuvo graves consecuencias para la normalidad constitucional, ya que los radicales y cedistas sólo pudieron gobernar a duras penas durante aquellos dos años largos que las izquierdas bautizaron significativamente, como «bienio negro»⁵⁵. Sin duda porque

cha 4.028.749 (47.5%). En aplicación de la reforma electoral de Azaña (que había sido aprobada en julio de ese mismo año) la desproporción de escaños fue aún mayor. Las izquierdas obtuvieron 59 diputados, el Centro 112 y la derecha 206. En la segunda vuelta desarrollada el 3 de diciembre siguiente, sobre un total de 470 escaños la izquierda obtuvo 91 diputados, el Centro 142 y las derechas 237. De la magnitud del desastre electoral da una idea que el propio Azaña lograra un escaño *in extremis*, y porque se presentó en la lista del PSOE por Bilbao. Para un análisis de los comicios y sus resultados, VILLA GARCÍA, Roberto. *La República en las urnas: el despertar de la democracia en España*. Marcial Pons, Madrid, 2011; una obra que a pesar de su título en sus casi 550 páginas se limita al estudio y análisis de las elecciones de 1933. Véanse las páginas 348-349 para la primera vuelta y 437-438 para la segunda.

⁵⁴ En la campaña electoral ya anunciaba manifiestamente su rechazo del sistema democrático. Así, en un mitin celebrado en Murcia el 14 de noviembre de 1933 Largo Caballero entre otras frases y eslóganes dijo claramente ante miles de asistentes: «[...] en nuestra táctica aceptamos y propugnamos un período de transición, durante el cual la clase obrera, con todos los resortes del Poder político en sus manos, realiza la obra de la socialización y del desarme económico y social de la burguesía. Eso es lo que nosotros llamamos la dictadura del proletariado hacia la cual vamos. Y ese período de transición desembocará en el Socialismo integral. [...] Algunos [...] creen que la dictadura proletaria es una especie de dictadura de Primo de Rivera. No es así como la entendemos. La dictadura proletaria no es el poder de un individuo, sino del partido político expresión de la masa obrera, que quiere tener en sus manos todos los resortes del Estado, absolutamente todos, para poder realizar una obra de Gobierno socialista» Discurso publicado en *El Socialista* de 15 de noviembre, año XLVIII, núm. 7731, p. 2

⁵⁵ Es la expresión que utilizan para designar este período J. SOLÉ TURÁ y E. AJA, *Constituciones y períodos constituyentes en España*, cit., p. 114. A partir del momento en que el 3 de diciembre, en la segunda vuelta de las elecciones generales se consolida el triunfo de la derecha, las izquierdas no aceptan el resultado y protagonizan presiones e intrigas de toda índole para impedir la reunión de las Cortes. Algunos pretenden incluso dar un golpe de estado y convocar nuevas elecciones. Las izquierdas burguesas piden a Alcalá Zamora la disolución de la Cámara recién elegida. El PSOE aboga abiertamente por la revolución social. El Presidente de la República, que a pesar de ser conservador estaba muy descontento con las nuevas Cortes, rechazó la idea de entregar el gobierno a Gil Robles y solo accedió a designar a Lerroux. Azaña logró mantener a raya a Alcalá Zamora, pero Lerroux no lo conseguiría. La expresión «bienio negro» se consolidaría como manifestación del desprecio de las izquierdas al gobierno radical-cedista. Vid. VIDARTE, Juan Simeón, *El bienio negro y la revolución de Asturias*, Grijalbo, Barcelona, 1978, un testimonio del entonces vicesecretario del PSOE.

los representantes de los partidos de izquierda minusvaloraron el hecho fundamental de que en España, como en el resto de Europa, la clase media, al haber sido tan duramente castigada en los primeros años del siglo xx, se había radicalizado.

Es preciso recordar al respecto que fue precisamente la clase media la que aseguró en Alemania el fracaso de la revolución comunista, propugnada por Kart Liebknecht y Rosa Luxemburgo en noviembre de 1918, según el modelo impuesto por la Revolución soviética, que un año antes propugnaba la colectivización de la industria y la parcelación de los latifundios de la aristocracia de los *junkers*. Del mismo modo que fue la misma clase media arruinada por la Gran inflación alemana del año 1923, la que se agarró como un clavo ardiendo a las promesas electorales de un Adolfo Hitler que propugnaba un reformismo social en el marco de la realidad nacional alemana. Y lo mismo ocurrió en una Italia que, a partir de 1920, se vio sacudida por una oleada de huelgas y desórdenes, con frecuentes ocupaciones de fábricas y tierras que asustaron considerablemente a la clase media, lo que dio alas a Mussolini quien comprendió que la mayor parte de los italianos buscaba entonces un hombre fuerte que los defendiese tanto contra el capitalismo extremo del liberalismo como frente al colectivismo a ultranza de la revolución comunista. Por ello el líder fascista borró de su programa todos los aspectos radicales o revolucionarios, para dejar solamente la idea del nacionalismo –muy popular por la humillación sufrida por una Italia que a pesar de su esfuerzo bélico (650.000 muertos y casi un millón de heridos) apenas obtuvo nada en Versalles– y la glorificación de un Estado fuerte destinado a ser el instrumento que se impusiese tanto al comunismo que propugnaba la lucha de clases, como a la inoperante democracia parlamentaria del liberalismo capitalista que había llevado a Italia al desastre.

Que en España los triunfadores en las circunstancias excepcionales de 1931 se resistieran a aceptar la viabilidad de la alternancia, sin duda por miedo a que el resultado de las urnas dificultase el avance de la política progresista, resultó sin embargo fatal para la consolidación de la República, porque favoreció la ruina de un sistema constitucional que a juicio de los reformistas no garantizaba la necesaria ruptura con el pasado.

Esta dinámica llegó a su punto culminante el 5 de octubre de 1934, con la llamada «Revolución de Asturias», una revolución de corte «soviético» desencadenada en toda España, que sólo triunfó pasajera y localmente en el Principado, donde el Ejército tardó dos semanas en reducir a los revolucionarios.

La revolución de octubre de 1934 y el fin de la normalidad constitucional

Ante el propio hecho de la rebelión, el Gobierno de Alejandro Lerroux reaccionó utilizando los instrumentos constitucionales y legales de los que disponía para atajar este tipo de situaciones. Concretamente recurrió a la Ley de

Orden Público de 1933⁵⁶, para decretar el «estado de guerra»⁵⁷, una situación que de entrada, suspendía las garantías constitucionales. Lo grave fue que, reducida la rebelión a mediados de octubre, con el ominoso balance de más de mil trescientos muertos, la suspensión de las garantías constitucionales persistió. La práctica por otra parte, gozaba de una cierta raigambre constitucional ya que se había iniciado en España en el siglo XIX cuando en marzo de 1848, Narváez, a la sazón jefe del Gobierno, solicitó ante las Cortes los plenos poderes, que al serle concedidos permitieron el establecimiento de una «dictadura legal», en virtud de la cual la Cámara legislativa no volvió a ser convocada hasta diciembre de ese año⁵⁸.

Al tratarse sin embargo de una situación excepcional, en la Constitución de 1931 se establecía que la suspensión de las garantías constitucionales no podía decretarse por más de treinta días. No obstante, como podía ser prorrogada con el acuerdo previo de las Cortes o, en su caso, de la Diputación Permanente⁵⁹, esta excepción fue utilizada profusamente por el Gobierno. El estado de guerra, prorrogado por treinta días el 7 de diciembre de 1934⁶⁰, y por otros treinta, el 5 de enero de 1935⁶¹, no fue levantado parcialmente hasta

⁵⁶ La Ley de Orden Público, de 28 de julio de 1933, fue iniciativa del Gobierno presidido por Manuel Azaña. Fue firmada por el a la sazón Ministro de Gobernación Santiago Casares Quiroga y refrendada por Niceto Alcalá Zamora. Entró en vigor el día de su publicación en la *Gaceta de Madrid*. Regulaba tres estados excepcionales: prevención, alarma y guerra. Se amparaba en el artículo 42 de la Constitución de 1931 que permitía suspender «total o parcialmente, en todo el territorio nacional o en parte de él, por Decreto del Gobierno, cuando así lo exija la seguridad del Estado, en casos de notoria o inminente gravedad» los derechos y garantías recogidos por la constitución (arts. 29, 31, 34, 38 y 39). Durante la suspensión la constitución disponía que debía aplicarse la citada Ley de Orden Público.

⁵⁷ En la *Gaceta de Madrid*, núm. 280, de 7 de octubre de 1934, aparecen simultáneamente en la página 194, el texto dirigido a «los españoles», por Alejandro Lerroux, como Presidente del Consejo de Ministros en el que justificaba la decisión del gobierno de proclamar el estado de guerra, para aplicar «sin debilidad ni crueldad, pero enérgicamente, la ley marcial» y un Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros, fechado el 6 de octubre, integrado por tres artículos. En el primero, se declara el estado de guerra sobre la base de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933 «en todo el territorio de la República española». En el segundo, se autorizaba a los mandos militares de las distintas regiones a dictar los «oportunos bandos» que preveía la Ley de Orden Público, y en el tercero el Gobierno se comprometía a dar cuenta a las Cortes del Decreto con arreglo a lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley de orden público y el 42 de la Constitución de 1931. En el tercero se establecía que se daría cuenta a las Cortes del Decreto.

⁵⁸ El proyecto de ley de poderes excepcionales se presentó en el Congreso el 27 de febrero de 1848 y se convirtió en ley el 13 de marzo. Véase BURDIEL, Isabel, *Isabel II. Una biografía (1830-1904)*. 3.ª ed., Taurus, Madrid, 2011, p. 212.

La repercusión exterior del comportamiento del gobierno español frente a la Revolución trajo como consecuencia el reconocimiento de Isabel II por parte de Austria, Prusia y Piamonte, según recoge PALACIO ATARD, V., *La España del siglo XIX: 1808-1898, (introducción a la España contemporánea)*. 2.ª ed., Espasa Calpe, Madrid, 1988, p. 27.

⁵⁹ «El plazo de suspensión de las garantías no podrá exceder de treinta días. Cualquier prórroga necesitará acuerdo previo de las Cortes o de la Diputación Permanente en su caso». Artículo 42.6 de la Constitución de 1931.

⁶⁰ Decreto de 6 de diciembre de 1934. *Gaceta de Madrid* del 7 de diciembre, núm. 341, págs. 1951-1952.

⁶¹ *Gaceta de Madrid*, núm. 6, del 6 de enero de 1935, p. 146.

el 23 de enero de ese año; aunque fue sustituido por el estado de alarma, el segundo de los escalones de excepcionalidad previsto por la Ley de Orden Público de 1933⁶². Esta situación fue a su vez prorrogada tres veces⁶³, ya que el estado de guerra no fue levantado totalmente hasta el 13 de abril de 1935, aunque persistió el de alarma en algunas regiones, provincias y plazas de soberanía (Ceuta y Melilla), y se declaró el estado de prevención, el tercer grado de excepcionalidad previsto por la Ley de Orden Público, en el resto de España⁶⁴. Esta situación fue prorrogándose de nuevo por períodos de treinta días⁶⁵, con arreglo al mandato constitucional, hasta el 28 de junio de 1935 en que volvió a declararse parcialmente el estado de guerra en Barcelona y provincia⁶⁶. La nueva situación se prolongó hasta el 27 de septiembre de 1935⁶⁷. El estado de alarma y el de prevención persistieron en toda España⁶⁸ hasta el 12 de noviembre de 1935, fecha en la que volvieron a la normalidad constitucional casi todas las provincias españolas, con escasas excepciones⁶⁹. La situación solo se extendió a todo el territorio español mediante un Decreto de 7 de enero de 1936, publicado en la misma *Gaceta de Madrid* en la que aparecía el Decreto de disolución de las primeras Cortes ordinarias de la Segunda República⁷⁰.

⁶² El estado de guerra se mantuvo en Asturias y Cataluña, en las provincias de Madrid, Zaragoza, Teruel, Huesca, Navarra, Guipúzcoa, Vizcaya, Palencia, Santander, León y en Ceuta y Melilla. En el resto de los territorios se declaró sin embargo, el estado de alarma. Decreto de 23 de enero de 1934. *Gaceta de Madrid* del 24 de enero, núm. 24, p. 700.

⁶³ Concretamente el 5 de febrero (*Gaceta* núm. 37 del 6 de febrero, pp. 1090 y 1091), el 1 de marzo (*Gaceta* núm. 61, de 2 de marzo, p. 1857) y el 29 de marzo (*Gaceta* núm. 92 del 2 de abril, p. 27).

⁶⁴ *Gaceta de Madrid* del 15 de abril de 1935, núm. 105, p. 362. El estado de alarma se declaró en Asturias y Cataluña, en las provincias de Madrid, Zaragoza, Guipúzcoa, Vizcaya y León, en Ceuta y Melilla, y persistió en Huesca, Navarra, Palencia, Santander y Teruel. El resto de España pasó a estar en estado de prevención.

⁶⁵ Concretamente el 11 de mayo (*Gaceta* núm. 132 del 12 de mayo, pp. 1274), el 7 de junio (*Gaceta* núm. 162, del 11 de junio, p. 2083) y el 5 de julio (*Gaceta* núm. 187, del 6 de junio, p. 253).

⁶⁶ *Gaceta de Madrid*, núm. 253, de 29 de junio, p. 2522. Se sigue textualmente el procedimiento y la forma ya utilizados en el Decreto de 6 de octubre de 1934, por el que se declaró el estado de guerra en toda España.

⁶⁷ *Gaceta de Madrid*, núm. 271, de 28 de septiembre de 1935, p. 2398. El levantamiento del estado de guerra tenía como contrapartida decretar el estado de alarma.

⁶⁸ Gracias a las prórrogas establecidas por los Decretos de 26 de julio (*Gaceta* núm. 209, de 28 de julio, p. 935, aunque la prórroga empieza a contar desde el 13 de agosto), de 13 de septiembre (*Gaceta* núm. 257, de 14 de septiembre, p. 2078), de 11 de octubre (*Gaceta* núm. 285, de 12 de octubre, p. 247).

⁶⁹ *Gaceta* núm. 317, de 13 de noviembre de 1935, p. 1219. Siguen sin embargo, en estado de alarma Asturias y Cataluña, y las provincias de Madrid y Zaragoza y en estado de prevención, las provincias de León, Palencia, Vizcaya, Ceuta, Melilla y Santa Cruz de Tenerife.

⁷⁰ *Gaceta* núm. 8, de 8 de enero de 1936, p. 203. Previamente se había prorrogado el estado de alarma y prevención en los territorios que aún no habían recuperado la normalidad constitucional por un Decreto de 12 de diciembre de 1935, (*Gaceta* núm. 347, de 13 de diciembre, p. 2252). En esta prórroga recupera sin embargo, la normalidad constitucional Santa Cruz de Tenerife.

En resumen, tras el estallido de la llamada Revolución de Asturias⁷¹, el 5 de octubre de 1934, España tardó en recuperar la normalidad constitucional 15 meses. Lo grave es que –con razón o sin ella– el Gobierno conservador había hecho un uso sin duda abusivo, del artículo 42 de la Constitución de 1931, y había utilizado todo el arsenal normativo que permitía la Ley de Orden Público de julio de 1933, para restringir las garantías constitucionales. Fue un peligroso precedente que tendrían muy en cuenta las Izquierdas tras su triunfo electoral de febrero de 1936.

Victoria del Frente Popular y persistencia de la restricción de garantías constitucionales

Los conservadores no serían los únicos en alterar la normalidad constitucional. Tanta o mayor culpa a la hora de desvirtuar el normal juego democrático, tuvieron las izquierdas. Ya que, nada más ganar las elecciones en febrero de 1936, los sucesivos gobiernos del Frente Popular decidieron suspender *sine die* las garantías constitucionales.

Es un lugar común afirmar que la sublevación militar de julio de 1936 interrumpió la normalidad constitucional republicana. No obstante, resulta sorprendente que el Frente Popular, impusiera desde el primer momento un importante recorte de las garantías constitucionales. Algo tanto más grave cuanto que las derechas no cuestionaron la victoria electoral de las izquierdas en las segundas elecciones plenamente democráticas de la historia de España.

Las terceras elecciones de la República, las segundas de las Cortes constituidas u ordinarias –ya que, como sabemos, por iniciativa de Azaña, las Cortes constituyentes no se disolvieron tras la aprobación de la Constitución republicana el 9 de diciembre de 1931–, se celebraron el 16 de febrero de 1936, y arrojaron un balance de empate virtual en número de votos entre las dos coaliciones de las derechas y las izquierdas, aunque gracias al sistema electoral, el mismo que en 1933 había beneficiado a las derechas, la ventaja en escaños fue esta vez para el Frente Popular⁷².

⁷¹ Mal llamada así, ya que la revolución estalló en toda España, aunque solo triunfó en el Principado.

⁷² El resultado de las elecciones fue el siguiente. En la primera vuelta celebrada el 16 de febrero de 1936, sobre un censo de trece millones y medio de votantes, ejercieron su derecho algo menos de diez millones, lo que supuso una participación del 72 por 100. La victoria fue para el Frente Popular que obtuvo 4.654.116 y 263 diputados. Los partidos de Centro lograron 400.901 y 54 diputados, y las derechas 4.630.320 y 156 diputados. La segunda vuelta del 2 de marzo de 1936 se celebró solo en aquellas circunscripciones en las que la lista principal hubiese obtenido menos del 40 por 100 de los votos. Gracias al sistema de alianzas el número de provincias en que se celebró la segunda vuelta fue escaso (Castellón, Soria y Provincias vascongadas). Por lo general la derecha se retiró, generalmente para robustecer a los candidatos de Centro. Por ello el Frente Popular obtuvo 8 diputados más, la derecha 3 y el centro 9. Resultados tomados de PAYNE, Stanley G., *El colapso de la República: Los orígenes de la Guerra civil (1933-1936)*, 5.ª ed. La Esfera de los Libros, Madrid, 2005, pp. 275-276 y 294. Cfr. TUSELL, J., «Las elecciones del Frente Popular», *Historia 16*, ISSN 0210-6353, núm. 10, 1977 y pp. 13, 39-49 y 82-83. Del mismo autor, *Elecciones del Frente Popular en España*, vol. 2, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1971,

La victoria de la coalición de izquierdas se produjo en un momento en el que España había recuperado la plena normalidad constitucional. Sin embargo, esta situación duró muy poco ya que al día siguiente de las elecciones, el 17 de febrero de 1936, se promulgaba el «estado de alarma» en todo el territorio nacional, el segundo de los escalones de excepcionalidad previsto por la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933. Un estado en el que se obviaban la mayor parte de las garantías constitucionales, pues entre otras cosas se permitía a la Autoridad civil «detener a cualquier persona si lo consideraba necesario para la conservación del orden»⁷³.

Con toda España en estado de alarma, y restringidas en consecuencia las garantías constitucionales, al nuevo gobierno le costó poco afianzar su victoria en las urnas. El 21 de febrero se aprobaba una ley de amnistía para los implicados en la revolución de 1934, una rebelión armada contra la mayoría democráticamente elegida en las urnas. El 1 de marzo Lluís Companys, condenado a 30 años de cárcel por haberse sublevado contra el gobierno y proclamado el Estado catalán independiente en octubre de 1934, era restituido por Decreto como Presidente de la Generalidad catalana. Al día siguiente, 2 de marzo, el Gobierno del Frente Popular abría un proceso de revisión de actas electorales supuestamente fraudulentas que le permitió despojar a la derecha de 37 escaños.

Lo más grave es que el estado de alarma empezó a ser prorrogado una y otra vez, para salvar el incómodo límite del artículo 42 de la constitución republicana. El 16 de marzo de 1936, el Gobierno vuelve a prorrogar el estado de alarma por otros 30 días⁷⁴. Y el baile legislativo continuó. El 20 de marzo, el Instituto de Reformas Agrarias autorizaba la eventual ocupación de cualquier finca por «causa de utilidad social», lo que permitió que en Extremadura, Andalucía y Castilla los campesinos iniciasen las ocupaciones. El 2 de abril, 50.000 campesinos habían ocupado 105.000 hectáreas correspondientes a 1052 fincas. El 28 de marzo, José Antonio Primo de Rivera ingresaba en la prisión de Alicante. Y el 7 de abril, las Cortes votaban la destitución de Niceto Alcalá Zamora por entender que no estaba justificada la segunda disolución de la Cámara, paradójicamente la que había dado la victoria a las izquierdas en las elecciones de febrero⁷⁵.

El 17 de abril, el Gobierno del Frente Popular vuelve a prorrogar el estado de alarma⁷⁶. El 13 de mayo Azaña es elegido Presidente de la República, lo que permite a las izquierdas obtener los plenos poderes en España, ya que además de controlar el Legislativo y el Ejecutivo, obtienen la Jefatura del Estado. Circunstancia que fue vista por la mitad conservadora del electorado como un intento

pp. 275-276 y 294. También el capítulo «Las elecciones del Frente Popular: 1936» en PAYNE, S. G. (ed.), *Política y sociedad en la España del siglo xx*. Akal, Madrid, 1978.

⁷³ Artículo 40. La detención se hacía sin garantías como precisa el último párrafo del citado artículo en el que el legislador disponía expresa y taxativamente que «los detenidos en esta forma no deberán confundirse con los presos detenidos comunes». Texto en *Gaceta de Madrid*, núm. 211, de 20 de julio de 1933, pp. 682 a 689, y en concreto p. 686.

⁷⁴ *Gaceta de Madrid*, núm. 77, de 17 de marzo de 1936, p. 2132.

⁷⁵ Sobre los aspectos jurídicos de la destitución *vid.* TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *La destitución de Alcalá-Zamora*, Fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Madrid, 1988.

⁷⁶ *Gaceta de Madrid*, núm. 109, de 18 de abril de 1936, p. 514.

deliberado de excluirla del juego institucional. Un temor que se vio confirmado por las poco oportunas declaraciones de un Francisco Largo Caballero que el 24 de mayo de 1936, manifestaba públicamente en Cádiz su propósito de imponer en España la dictadura del proletariado⁷⁷. El 16 de mayo interviene otra nueva prórroga del estado de alarma⁷⁸, que se reitera –por cuarta vez– el 13 de junio⁷⁹.

El 16 de junio las Cortes celebraron la que sería su última sesión plenaria. Ese día, Gil Robles denunció la situación de anarquía en la que se veía sumido el país, a pesar de que el Gobierno tenía los plenos poderes por haber suspendido desde el 17 de febrero las garantías constitucionales⁸⁰. Un mes más tarde, el 15 de julio,

⁷⁷ Algunas de las frases contenidas en el mitin de Cádiz son suficientemente reveladoras de que Largo Caballero, como había dejado claro ya en la campaña electoral de 1933, creía indispensable imponer la dictadura del proletariado: «¿Es que los trabajadores van a renunciar a lo que es su emancipación en el día de mañana? ¿Es que ha creído alguien que por una República burguesa los trabajadores van a hacer renuncia de sus ideales? No tiene más remedio que continuar la lucha contra la clase capitalista». Más lejos afirmaba: «Yo no puedo renunciar, no aconsejo que se renuncie, ni momentáneamente, al mantenimiento del espíritu revolucionario. Lo estimo indispensable» y continuaba: «El momento psicológico es admirable, porque aprovechando el estado de terror en el que se encuentra actualmente la burguesía española, una acción inteligente puede implantar, dentro del molde mismo de la Constitución española, reformas sociales de enorme trascendencia que haga indestructible para siempre la fuerza del proletariado, que dirige el Partido Socialista». Publicado en *El Socialista*, Año LI, núm. 8.145, del martes 26 de mayo de 1936, p. 4. Las amenazas contra el orden constitucional, y el recurso a la fuerza y a la conspiración, eran moneda corriente en el Partido Socialista en la primera década del siglo xx. También el diputado Pablo Iglesias defendía la vía del empleo de la fuerza para el caso de que llegase a gobernar el partido conservador: «[...] el partido que yo aquí represento aspira a concluir con los antagonismos sociales, a establecer la solidaridad humana, y esta aspiración lleva consigo la supresión de la magistratura, la supresión de la Iglesia, la supresión del Ejército, y la supresión de otras instituciones necesarias para ese régimen de la insolidaridad y antagonismo [...] Estaremos en la legalidad mientras la legalidad nos permita adquirir lo que necesitamos; fuera de la legalidad cuando ella no nos permita realizar nuestras aspiraciones [...]. Tal ha sido la indignación producida por la política del gobierno presidido por el señor Maura, que los elementos proletarios, nosotros de quien se dice que no estimamos los intereses de nuestro país, amándolo de veras, sintiendo las desdichas de todos, hemos llegado al extremo de considerar que antes que Su Señoría suba al poder debemos llegar al atentado personal» (*Diario de Sesiones* del 7 de julio de 1910, pp. 439-443), el 7 de julio de 1910. Ello provocó la reacción del jefe del Gobierno José Canalejas en el Congreso en el sentido siguiente: «Tenéis, señores Diputados de la minoría republicana, innegable derecho a censurar tan enérgicamente como os parezca la conducta gubernamental del partido conservador; pero no tenéis derecho a decir aquí, en presencia de una Cámara monárquica que vais a conspirar, si se resuelve la solución de una crisis a favor de un partido determinado, para derrocar el régimen; porque el régimen está consagrado por la Constitución, [...] y mucho menos amenazar a nadie con la comisión de un delito, de un delito castigado en el Código, de un atentado que repugna a la conciencia y al honor». En CANALEJAS Y MÉNDEZ, J., *Canalejas gobernante: Discursos parlamentarios. Cortes de 1910*, Analecta, Pamplona, 2004, p. 24.

⁷⁸ *Gaceta de Madrid*, núm. 138, de 17 de mayo de 1936, p. 1554.

⁷⁹ *Gaceta de Madrid*, núm. 166, de 14 de junio de 1936, p. 2331.

⁸⁰ En la que sería la última sesión de un pleno de unas Cortes democráticas hasta el año 1977, la celebrada el 16 de junio de 1936, Gil Robles interpeló al Gobierno denunciando que en cuatro meses de gobierno a pesar de tener plenos poderes y de haberse establecido la censura de prensa y la suspensión de las garantías constitucionales habían sido quemadas 160 iglesias hasta los cimientos, se contaban 269 asesinatos políticos, 1.287 asaltos con violencia, 113 huelgas generales y 228 parciales y habían sido saqueadas las sedes de 10 redacciones de periódico. El líder de la derecha concluía proféticamente su intervención diciendo «Hoy desgraciadamente España es

se reunía por última vez la Comisión Permanente de la Cámara. El 12 de julio había sido asesinado por pistoleros falangistas el teniente Castillo, y al día siguiente un comando parapolicial asesinaba al líder derechista José Calvo Sotelo. Es innegable que el Gobierno tenía poderosas razones el 15 de julio de 1936 para decretar el estado de excepción. Sin embargo se limitó a prorrogar por quinta vez el estado de alarma, que se arrastraba desde hacía más de cinco meses⁸¹.

En la misma línea de «excepcionalidad» el 14 de julio, un día antes del Decreto de prórroga del estado de alarma, el gobierno había suspendido las sesiones de Cortes, por ocho días⁸², plazo que convirtió al día siguiente en siete.⁸³ El mismo 15 de julio en la citada reunión de la Comisión Permanente de las Cortes, el conde de Vallengano, un Diputado monárquico, protestó formalmente por el asesinato de Calvo Sotelo y anunció la retirada de su partido de las Cortes, como hizo poco después el propio Gil Robles. Significativamente, el último acuerdo de la Comisión Permanente fue el de instar a sus señorías a que dejaran las armas de fuego en el vestuario. Anuncio inútil pues la Comisión no volvió a reunirse. Para entonces una parte del ejército conspiraba para dar un golpe de Estado y acabar con la República de «trabajadores de todas las clases sociales». Fracasaba pues la democracia parlamentaria y el ejército encontraba el pretexto que necesitaba para regresar al plano político, siguiendo la dinámica del pronunciamiento decimonónico. Aunque esta vez, el intento se saldaría con una sangrienta guerra civil.

4. LA GUERRA CIVIL Y EL FIN DE LA SEGUNDA REPÚBLICA

A) ESPAÑA ENTRE DICTADURA Y REVOLUCIÓN

Que el estallido de la Guerra Civil acabó en España con el Estado republicano es algo evidente. Puede discutirse si el Estado se hundió en julio de 1936

una anarquía y hoy asistimos a los funerales de la democracia». Recogido en THOMAS, Hugh, *La Guerra civil española*, vol. 1, Debolsillo, Barcelona, 2010. 2 vols., p. 27.

⁸¹ *Gaceta de Madrid*. núm. 198. 16 de julio de 1936, p. 595.

⁸² «En uso de la prerrogativa que me confiere el párrafo segundo del artículo 81 de la Constitución de la República, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 58 del mismo texto constitucional, de acuerdo con el Consejo de Ministros y a propuesta de su Presidente. Vengo en decretar: Artículo único. A partir de esta fecha quedan suspendidas las sesiones de Cortes durante el plazo de ocho días. Dado en el Pardo a catorce de julio de mil novecientos treinta y seis. Manuel Azaña. El Presidente del Consejo de Ministros Santiago Casares Quiroga.» *Gaceta de Madrid*. núm. 197, de 15 de julio de 1936, p. 518. El artículo 58 establecía «Las Cortes se reunirán sin necesidad de convocatoria el primer día hábil de febrero y octubre de cada año y funcionarán, por lo menos, durante tres meses en el primer período y dos en el segundo». Y el artículo 81 permitía al Presidente de la República «suspender las sesiones ordinarias del Congreso en cada legislatura solo por un mes en el primer período y por quince días en el segundo». TOMÁS VILARROYA, J., «La suspensión de sesiones en diciembre de 1935», *Revista de las Cortes Generales*, ISSN 0213-0130, núm. 16, 1989, pp. 197-232.

⁸³ Lo que se hace mediante una rectificación de erratas errores. Véase *Gaceta de Madrid*. núm. 199 de 17 de julio de 1936, pág. 643.

cuando el Gobierno Giral cedió a la entrega de armas al pueblo, a la que se resistió hasta el final Santiago Casares Quiroga⁸⁴, o si la disolución de la República fue progresiva a lo largo de la contienda. En cualquier caso, lo que claramente desapareció en España en julio de 1936 fue la democracia parlamentaria, sustituida en un bando por un régimen militar y en el otro por un régimen revolucionario, ya que, como ha demostrado exhaustivamente Burnett Bollotten, en la España del Frente Popular acabó triunfando un proceso revolucionario de corte soviético⁸⁵. Una interpretación que sin embargo ha sido recientemente matizada por Enrique Moradiellos en su biografía de Negrín, que rehabilita en gran medida a uno de los personajes tradicionalmente más denostados de nuestra guerra civil precisamente por su alianza con el régimen estalinista⁸⁶.

B) EL FRENTE POPULAR SUSTITUYE A LA REPÚBLICA

Resulta cada vez más claro que una de las causas esenciales de la derrota republicana fue el desmoronamiento del aparato estatal, porque, prácticamente desde julio de 1936, el Gobierno de Madrid no solo perdió el control en la parte del territorio español ocupada por los rebeldes, sino también sobre la parte de España en la que no triunfó el golpe de Estado. Entre otras cosas porque tras la rebelión militar, en cada pueblo y en cada localidad el poder cayó en manos de la facción triunfante en las elecciones de febrero de 1936⁸⁷, hasta el punto de que desde finales de julio de 1936 resulta más exacto hablar de la España del

⁸⁴ El gobierno presidido por José Giral Pereira, el 22 Gobierno de la República, duraría 1 mes y dos semanas (del 19 de julio al 4 de septiembre de 1936). La principal medida adoptada por Giral fue la entrega de armas al pueblo, reparto que fue secundario o contraproducente en el terreno militar y en el político en vez de perjudicar, benefició a los rebeldes y dio el golpe de gracia a la República, pues cada partido y cada sindicato se esforzaron por disponer del mayor número de armas para obtener la mayor parcela posible de poder. El desorden resultante fue aprovechado por los alzados para rehacerse tras el fracaso inicial de la rebelión. Por otra parte, Giral licenció las unidades en las que hubiera habido conatos de rebelión, medida que desestructuró profundamente el ejército republicano que quedó sustituido por milicias sin preparación militar y profundamente ideologizadas. Hubo gobernadores civiles que se negaron a obedecer la orden de Giral y en Madrid el Gobierno tuvo que poner firme al general Miaja para que se cumpliera. Dato recogido por BEEVOR, A., *La Guerra civil española*, Crítica, Barcelona, 2011, p. 92.

⁸⁵ BOLLOTTEN, B., *La Guerra civil española: Revolución y contrarrevolución*, Alianza, Madrid, 1997. MORADIELLOS, E., *La dimensión internacional de la guerra civil española* en CASANOVA RUIZ, J., (coed.), *La guerra civil española*, Ed. Pablo Iglesias, Madrid, 2008, pp. 85-122; del mismo autor, «Un Triángulo vital para la República: Gran Bretaña, Francia y la Unión Soviética ante la Guerra Civil española», *Annis: Revue de Civilisation Contemporaine de l'Université de Bretagne Occidentale*, ISSN 1764-7193, núm. 1, 2001, pp. 1-26 (Ejemplar dedicado a: Los modelos de sociedad); publicado también en *Hispania Nova: Revista de historia contemporánea*, ISSN 1138-7319, núm. 1, 1998-2000.

⁸⁶ MORADIELLOS, E., *Don Juan Negrín*, Península, Barcelona, 2006. También en el estudio preliminar de Juan NEGRÍN, *Textos y discursos políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

⁸⁷ Vid. la espléndida descripción que hace THOMAS en el capítulo 18 («La revolución en la España republicana») –capítulo 22 en la 1.ª ed. de Londres: Eyre and Spottiswoode, 1961– de su aún considerablemente útil síntesis *La Guerra civil española*, cit. I, pp. 317-340.

Frente Popular que de la España republicana⁸⁸. Situación que se vio notoriamente agravada en el caso de los gobiernos autonómicos catalán y vasco, que aprovecharon sistemáticamente el estallido del conflicto para aumentar su grado de autogobierno. En Cataluña con poco éxito inicial, ya que en Barcelona el Presidente Companys tuvo que someterse a los anarquistas⁸⁹, que gobernaron la capital hasta que fueron desalojados por las milicias armadas del PCE, PSUC y Esquerra, en mayo de 1937⁹⁰.

Es verdad que formalmente, trató de mantenerse una apariencia de sistema parlamentario, pues de hecho, las Cortes se siguieron convocando ocasionalmente en el curso de la guerra, aunque sus reuniones carecían de vida al faltar más de la mitad de los diputados⁹¹. Primero porque la oposición cedista de Gil

⁸⁸ A partir de julio de 1936, en la España republicana cada partido tenía su propia idea sobre los fines y medios de la revolución. En el PSOE había triunfado la línea de Largo Caballero con la que coincidía solo en parte el PCE, el cual perseguiría tenazmente la fusión con los socialistas, lo que conseguiría inicialmente a través de las Juventudes Socialistas dirigidas por Santiago Carrillo. Los anarquistas en cambio, detestaban tanto el gobierno burgués como la dictadura proletaria. El POUM defendía una línea revolucionaria más próxima del troskismo y desde luego contraria a la gran dictadura estalinista. Ezquerra y el PNV aprovechaban el debilitamiento del poder central para rebasar el estatuto y avanzar hacia la independencia. En el desorden de las primeras semanas los partidos tenían ideas vagas sobre qué hacer en concreto y se dejaban llevar por los acontecimientos tratando de sacar ventaja de ellos. Como pone de relieve Burnett BOLLOTTEN «La excepción a este desorden era el PCE, único partido capaz de diseñar una estrategia a largo plazo». *Vid. La guerra civil española* cit. pp. 229-246.

⁸⁹ El mismo 19 de julio estalla la rebelión en Barcelona pero los sublevados son vencidos por los anarquistas. El general rebelde Goded es obligado a hablar por radio para pedir a los sublevados que depongan las armas. Los últimos focos rebeldes se rindieron al día siguiente. El presidente Companys pacta con los anarquistas (García Oliver, Durruti y Ascaso) a quienes convence de que podía conseguir armas en el exterior, a diferencia de ellos. Los anarquistas sin embargo imponen en Cataluña el sistema colectivista de empresas y someten al Gobierno de la Generalidad a un *Comité de Milicias Antifascistas* compuesto por miembros de UGT, CNT, Ezquerra, FAI, Comunistas, «Acció Catalana», POUM y *rabassaires*. Este organismo que se convirtió en el verdadero gobierno de Barcelona estaba dominado sin embargo por los líderes anarquistas. Sobre la toma del poder por los anarquistas el 20 de julio y la actitud de Companys, Hugh THOMAS *La guerra civil* cit. pp. 274-275. POMÉS, Jordi, *La Unió de Rabassaires: Lluís Companys i el republicanisme, el cooperativisme i el sindicalisme pagès a la Catalunya dels anys vint*. Publicacions de l'Abadia de Montserrat, Barcelona, 2000.

⁹⁰ El 3 de mayo de 1937, los comunistas, con el apoyo de la mayoría de Esquerra, tratan de ocupar con guardias de asalto la Telefónica, bastión irrenunciable del poder ácrata, hasta entonces mantenido con acuerdo de la Generalidad. El intento provoca el estallido en Barcelona de una *revuelta anarcosindicalista* que sume a la ciudad condal en una auténtica guerra civil interna durante cuatro días. La CNT se enfrenta al gobierno nacional y al autonómico. CNT y POUM, por un lado se enfrentan con el PCE-PSUC y con Esquerra Republicana por otro. El enfrentamiento se resolverá el 7 de mayo gracias a la llegada de miles de guardias de asalto de refuerzo con los que el Gobierno logra sofocar la revuelta que había provocado cientos de muertos. Esta sin embargo provocaría la caída del gabinete de Largo Caballero. El 27 de agosto de 1937 el coronel comunista Líster liquida violentamente las comunas aragonesas. La descripción más exhaustiva de los sucesos de Barcelona es la que recoge BOLLOTTEN, B., *La guerra civil* cit. pp. 659-704.

⁹¹ El POUM y sus juventudes de la JCI (Juventud Comunista Ibérica) difundieron en abril de 1937 numerosos llamamientos a favor de la disolución de las Cortes y la formación de una asamblea constituyente basada en los comités colectivistas. THOMAS, H., *La guerra civil española* cit. p. 708. En la sesión celebrada el 1 de octubre de 1937, las juventudes socialistas y comunistas

Robles y la monárquica del conde de Vallellano se habían retirado de ellas desde junio de 1936; y segundo, porque un número importante de Diputados habían sido asesinados, tanto en la zona republicana como en la nacional, o se habían exiliado⁹². Por eso no es de extrañar que el número de Diputados concurrentes disminuyese en el curso de la guerra, pasando de los doscientos que asistieron a la sesión del 1 de octubre de 1937, a los escasos sesenta de la última reunión de las Cortes que tuvo lugar en la localidad gerundense de Figueras en febrero de 1939. Lo cual era extraordinariamente poco considerando los más de 450 que inicialmente habían logrado un escaño en febrero de 1936. La función formal de las Cortes republicanas concluyó en la última reunión mencionada con el nombramiento de una Diputación permanente. Lo que al menos, sirvió para legitimar jurídicamente el establecimiento del Gobierno republicano en el exilio.

En realidad las Cortes republicanas –o lo que quedó de ellas– jamás desempeñaron durante la guerra más que un papel testimonial, pues solo se reunieron para mantener las formas externas de la democracia. De ahí que la lógica parlamentaria estuviese completamente ausente de la legislación del período y de las sucesivas designaciones al frente del Gobierno que hace el Presidente Manuel Azaña tras la dimisión de Casares Quiroga el 18 de julio de 1936. A saber: Diego Martínez Barrio (19 de julio); José Giral Pereira (del 19 de julio al 4 de septiembre de 1936); Francisco Largo Caballero (4 de septiembre de 1936 a 17 de mayo de 1937) y Juan Negrín López (mayo de 1937 y abril de 1939). Todos estos cambios de Gobierno, realizados en plena contienda, respondieron a las luchas de poder entre los diversos componentes del Frente Popular, y se materializaron por la vía de un cambio extraparlamentario, aunque no arbitrario, ya que Azaña hizo lo que pudo por respaldar las fuerzas hegemónicas en cada momento, al menos hasta que, a partir de mayo de 1937, el Partido Comunista, tras reestructurar el ejército y asegurar lo esencial del esfuerzo bélico, se convirtió en la fuerza dominante.

C) LA NO DECLARACIÓN DEL «ESTADO DE GUERRA»

Más allá del desarrollo de los acontecimientos es preciso preguntarse ¿Cómo planteó el Gobierno de la República la guerra desde el punto de vista de la legalidad vigente? Y aquí la *Gaceta* nos depara una inmensa sorpresa. El Gobierno republicano nunca declaró el estado de guerra.

unidas propusieron, aunque sin mucho entusiasmo, la celebración de nuevas elecciones. *Obr. cit.* p. 843.

⁹² Como describe dramáticamente Hugh Thomas, en los primeros meses de la guerra 28 Diputados habían sido asesinados en zona republicana y por lo menos el doble en la zona rebelde. Thomas cita la cifra de 34 solo en 1936: *obr. cit.* p. 292-293. Muchos Diputados republicanos se encontraban en el extranjero, como Marcelino Domingo o Sánchez Albornoz, en puestos de embajador o directamente en el exilio. El 1 de octubre de 1937, se celebró una reunión de las Cortes con la presencia de unos doscientos Diputados –entre los que curiosamente se encontraba un miembro de la CEDA, Portela Valladares. Este diputado había presidido el último Gobierno de la Presidencia de Alcalá Zamora y cedió el poder al Frente Popular.

Al estallar la sublevación el 17 de julio de 1936, toda España se encontraba –desde el 17 de febrero de 1936– en estado de alarma. Tras la rebelión militar, lo lógico hubiese sido que como había hecho el Gobierno Lerroux en octubre de 1934, el Gobierno Casares Quiroga, siguiendo la lógica de la Ley de Orden Público de 1933 hubiese declarado el estado de guerra.

El estado de guerra debía ser decretado por la autoridad civil mediante un «bando» que debía ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial ordinaria y de la militar; hecho lo cual podía disponerse la inmediata declaración del estado de guerra para que la autoridad militar pudiese adoptar las medidas que reclamase la paz pública⁹³. Este procedimiento podía soslayarse en caso de urgencia, aunque siempre correspondía a la autoridad civil la declaración del estado de guerra⁹⁴. Si la rebelión afectaba a toda una región autónoma o a varias provincias la declaración o levantamiento del estado de guerra correspondía no a las autoridades civiles locales sino exclusivamente al gobierno de la República⁹⁵.

En este caso, el Gobierno se enfrentaba abiertamente a una sublevación armada totalmente ilegal, pues los militares sediciosos habían declarado unilateralmente el estado de guerra obviando absolutamente la normativa vigente, mediante bandos por los que declaraban localmente el estado de guerra. El 18 de julio sin embargo, se publicó ya un bando general por el que los rebeldes extendían a todo el territorio nacional el «estado de guerra»; aunque, desde un punto de vista jurídico, dicho bando solo entraría en vigor doce días después, cuando la Junta de Defensa Nacional lo publicó en su *Boletín Oficial*⁹⁶.

Ante este estado de cosas, el Gobierno de la República debía haber decretado el estado de guerra, ya que jurídicamente resultaba lo procedente, ignorando la declaración del mismo hecha por los militares sublevados. No obstante, contra todo pronóstico, el mismo 18 de julio el Gobierno Casares Quiroga da por bueno el bando general por el que los insurrectos habían declarado el estado de guerra, en la medida en que procede a decretar «la anulación de la declaración

⁹³ «Si la Autoridad civil, una vez empleados todos medios de que en circunstancias ordinarias dispone, y, en su caso, los que para las extraordinarias le otorgan los precedentes capítulos (estado de prevención y estado de alarma), no pudiera por sí sola, ni auxiliada por la judicial y por la militar, dominar en breve término la agitación, ni restablecer el orden, lo prevendrá en un bando que publicará con la solemnidad posible, y al propio tiempo se pondrá urgentemente en relación con la Autoridad judicial ordinaria, la militar y el Auditor de la jurisdicción y dispondrá la inmediata declaración del estado de guerra, procediendo seguidamente la Autoridad militar a la adopción de las medidas que reclame la paz pública. De todo ello se dará cuenta inmediata al Gobierno y a las Autoridades superiores jerárquicas respectivamente». Artículo 48 de la Ley de 28 de julio de 1933. Esto es lo que, como hemos visto, hizo el Gobierno Lerroux en el Decreto de 6 de octubre de 1934 (*Gaceta* del 7 de octubre) y en el de 28 de junio de 1935 (*Gaceta* del 29 de junio).

⁹⁴ En el artículo 49 de la citada Ley de Orden Público, se disponía que la autoridad gubernativa podía establecer directamente el estado de guerra de forma provisional cuando la rebelión o sedición se manifestase violentamente desde los primeros momentos.

⁹⁵ Artículo 50 de la Ley de 28 de julio de 1933.

⁹⁶ En su artículo primero el Bando disponía «El Estado de Guerra (“sic”, con mayúscula ambas) declarado ya en determinadas provincias, se hace extensivo a todo el territorio nacional». Véase el tercer *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, publicado en Burgos el jueves 30 de julio de 1936.

del estado de guerra» en todas las plazas «en donde se haya dictado esta medida»⁹⁷. En la misma *Gaceta* del 19 de julio se publicaba la destitución de los jefes militares sediciosos⁹⁸, y el licenciamiento de las tropas «cuyos cuadros de mando se han colocado frente a la legalidad republicana». La reacción del Gobierno no fue pues declarar el estado de guerra, sino destituir a todos los funcionarios públicos que hubiesen optado por rebelarse, una medida que se aplicó no solo a los militares sino a los diplomáticos y funcionarios de carrera, incluyendo los maestros de escuela⁹⁹. También se decretó la disolución de todos los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción ordinaria correspondientes a los territorios, provincias o partidos ocupados por los elementos rebeldes y sustraídos por la fuerza de las armas a la autoridad legítima del Estado¹⁰⁰. La tesis jurídica oficial del Gobierno republicano era, pues, al menos inicialmente, considerar a los rebeldes fuera de la ley. Por ello, cuando se rebeló el crucero de guerra Almirante Cervera, la reacción del Gobierno Giral fue declararlo buque pirata¹⁰¹.

Jurídicamente, sin embargo, el legítimo gobierno republicano se resistía a declarar el estado de guerra. De hecho volvió a prorrogar por treinta días, el 16

⁹⁷ En la *Gaceta de Madrid* del día siguiente, en medio de la publicación de los nuevos nombramientos de un importante reajuste ministerial, el gobierno de Casares Quiroga, decretaba la anulación de la declaración del estado de guerra, a propuesta del Ministro de la Guerra, el recién nombrado general José Miaja Menant, y de acuerdo con el Consejo de Ministros en los términos siguientes: «Vengo en decretar la anulación del estado de guerra en todas las plazas de la Península, Marruecos, Baleares y Canarias, donde se haya dictado esta medida, quedando incurso en las máximas responsabilidades los infractores de este Decreto, y relevadas de obediencia a los jefes facciosos las fuerzas militares». *Gaceta de Madrid* núm. 201 del 19 de julio de 1936, p. 723.

⁹⁸ «A propuesta del Ministro de la Guerra, vengo en disponer que el General de División don Francisco Franco Bahamonde cese en el mando de la Comandancia militar de Canarias». En la misma página se cesaba además, al también general de división republicano Gonzalo Queipo de Llano y a la sazón Inspector General de Carabineros, razón por la que su cese fue propuesto por el Ministro de Hacienda. *Gaceta de Madrid* núm. 201 de 19 de julio de 1936, p. 724.

⁹⁹ A partir de la *Gaceta de Madrid* del 19 de julio de 1936, se multiplican los Decretos de separación de diplomáticos de la carrera, de jefes y oficiales del ejército, de licenciamiento de las tropas rebeldes y disolución de los regimientos implicados y hasta la cesantía de los funcionarios docentes, a nivel de maestros nacionales como ocurre, por poner un solo ejemplo, en la *Gaceta de Madrid* núm. 215 de 2 de agosto de 1936, Decreto del Ministro de Instrucción Pública y Bellas Artes, pp. 998 a 999.

¹⁰⁰ *Gaceta de Madrid*, núm. 226, de 13 de agosto de 1936, p. 1223 y 1224.

¹⁰¹ Lo que resulta claro en la propia exposición de motivos del Decreto: «Concedor el Gobierno de la República de que el crucero “Almirante Cervera”, a las órdenes de Jefes y Oficiales de la Marina de guerra española, se ha colocado fuera de toda legalidad al sublevarse contra el Gobierno de la República, único poder legítimo representante de la soberanía nacional, con este acto de alta traición obliga a que dicho buque de guerra no pueda ser considerado ni por el Gobierno español ni por los Gobiernos de otros Estados con derecho a arbolar el pabellón de España, careciendo, por tanto de la nacionalidad española, no teniendo otra alguna, toda la actuación de dicho buque de guerra tiene que ser considerada como un acto de piratería. Que con arreglo a las normas internacionales sancionadas por la legislación de todos los Estados autoriza a que dicho buque pueda ser detenido y apresado y juzgada su tripulación como responsable de acto de piratería». *Gaceta de Madrid*, núm. 209, de 27 de julio de 1936, p. 866. Esta doctrina se reitera en relación con el acorazado «España» y el destructor «Velasco» en la *Gaceta de Madrid* núm. 228 del 15 de agosto, p. 1253. Sobre el particular *vid.*, entre otros, CERVERA PERY, J. R., *La guerra naval española (1936-1939)*. San Martín, Madrid, 1988 y *Alzamiento y revolución en la marina: la marina en la guerra de España (1936-1939)*. San Martín, Madrid, 1978.

de julio, el estado de alarma y por veinte, el 20 de julio, la suspensión de sesiones de Cortes ¹⁰², respetando la literalidad de la Constitución de 1931, que prohibía suspender por más de un mes las sesiones de la Cámara ¹⁰³. El Gobierno trataba de mantener a toda costa la sensación de que persistía la normalidad constitucional a pesar de la rebelión armada. No obstante, todo ello salta por los aires el 7 de agosto cuando el Gobierno suspende «sine die» las sesiones de Cortes para el resto de la legislatura, lo que constituía una flagrante violación del artículo 81 de la Constitución, sobre todo cuando el gobierno no había declarado oficialmente el estado de guerra, que es lo que procedía con arreglo a la Ley de Orden Público de 1933.

Hay que esperar al 23 de julio para que por un Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros, se declare «zona de guerra» el «Protectorado español de Marruecos, las plazas de soberanía del mismo así como sus aguas jurisdiccionales», lo cual legalmente tampoco respetaba lo dispuesto por la Ley de Orden Público de 1933, que exigía para ello la previa declaración del «Estado de guerra», cosa que el Gobierno de la República se resistía a hacer. Es solo el 29 de julio cuando el Gobierno autoriza al Ministro del ramo a declarar zonas de guerra aquellas partes del territorio nacional que estén afectadas por las operaciones militares contra los rebeldes. Gracias a ello dicha zona se extiende el 9 de agosto a las Canarias, y a los territorios de Ifni y Colonia de Río de Oro ¹⁰⁴, y al día siguiente, a las costas y territorios de las provincias de Huelva, Cádiz, Baleares, Lugo, Coruña y Pontevedra ¹⁰⁵.

Sin embargo, ello no supone la declaración del estado de guerra ya que expresamente el Gobierno republicano insiste en prorrogar, por sexta vez desde el 17 de febrero de 1936, por 30 días el estado de alarma en todo el territorio nacional y plazas de soberanía ¹⁰⁶. La prórroga se reiteraría el 15 de septiembre ¹⁰⁷ y el 14 de octubre de 1936 ¹⁰⁸.

La amenaza de las tropas rebeldes determina al Gobierno de Largo Caballero a abandonar Madrid el 6 de noviembre de 1936. No por ello sin embargo el Ejecutivo republicano opta por declarar el estado de guerra. Al día siguiente, 7 de noviembre, se dispone por Decreto que como consecuencia del traslado del Gobierno a Valencia dejará de publicarse la *Gaceta de Madrid*, y será sustituida «para todos sus efectos» por la *Gaceta de la República*. Diario Oficial, que a

¹⁰² «Se considerarán zonas de guerra y quedarán por consiguiente sometidos a bloqueo los territorios de las provincias de Canarias, Ifni y Colonia de Río de Oro, las Plazas de Soberanía de las costas marroquíes y las Zonas de Protectorado e influencia confiadas a España en Marruecos y en la costa occidental de África» *Gaceta de Madrid* núm. 203, de 21 de julio de 1936, p. 754.

¹⁰³ El 14 de julio se habían suspendido por 7 días y el 21 se prorroga esta suspensión por 20 días. Al gobierno le quedaban constitucionalmente 3 días de suspensión para llegar al mes previsto por el artículo 81 de la Constitución de 1931.

¹⁰⁴ *Gaceta de Madrid*, núm. 223, de 10 de agosto de 1936, p. 1178.

¹⁰⁵ *Gaceta de Madrid*, núm. 224, de 11 de agosto de 1936, p. 1194.

¹⁰⁶ *Gaceta de Madrid*, núm. 229, de 16 de agosto de 1936, p. 1275.

¹⁰⁷ *Gaceta de Madrid*, núm. 260, de 16 de septiembre de 1936, p. 1831.

¹⁰⁸ *Gaceta de Madrid*, núm. 289, de 15 de octubre de 1936, p. 338.

partir de entonces se edita y fecha en la capital del Turia¹⁰⁹. En tan dramáticas circunstancias, la ficción de normalidad sigue siendo la regla. A pesar del traslado del Gobierno a Valencia, el estado de alarma vuelve a prorrogarse por otros 30 días el 15 de noviembre de 1936¹¹⁰. Desde entonces dicho estado se prorrogaría con regularidad cada 30 días hasta el final de la guerra. Concretamente hasta el 16 de enero de 1939¹¹¹.

El resultado fue que desde el 17 de febrero de 1936, el día siguiente a la victoria electoral del Frente Popular, España no tuvo un solo día de «normalidad constitucional», pues los sucesivos gobiernos republicanos prorrogaron mes, tras mes, de forma ininterrumpida, un estado de alarma, que restringía muy notablemente las garantías constitucionales. En total, fueron 35 meses de excepcionalidad constitucional. Lo que resultó tanto o más paradójico que el hecho de que los gobiernos de la república en ningún momento declarasen el estado de guerra.

5. LA GUERRA CIVIL Y LA ORGANIZACIÓN JURÍDICA DEL BANDO REBELDE: EL FRACASO DEL GOLPE DE ESTADO Y LA NECESIDAD DE CONSTRUIR UNA NUEVA LEGALIDAD

Si el Gobierno optó jurídicamente por no darse por enterado de la sublevación militar, los «sediciosos», tras fracasar en su intento de hacerse con el Estado, tuvieron que improvisar una estructura organizativa al margen del aparato estatal que no habían logrado controlar. Esta organización fue primero estrictamente militar, pero pronto, y a medida que fueron incorporándose territorios al bando rebelde, fue necesario disponer de una estructura más amplia y estable. Este proceso, a la postre traería un nuevo régimen y un nuevo Estado cuyos rasgos definitivos se consolidarían muchos después de terminada la guerra. No obstante en los meses decisivos que dura el conflicto se sientan las bases de un

¹⁰⁹ «Habiendo trasladado el Gobierno su residencia oficial a Valencia, a propuesta del Presidente del Consejo de Ministros y de acuerdo con este, vengo en decretar lo siguiente. Artículo único. Mientras continúe la residencia del Gobierno en Valencia dejará de publicarse la *Gaceta de Madrid*, a la que sustituirá para todos sus efectos la *Gaceta de la República*, que se editará y fechará en Valencia. Dado en Barcelona a siete de noviembre de mil novecientos treinta y seis. Manuel Azaña. El Presidente del Consejo de Ministros Francisco Largo Caballero». *Gaceta de Madrid*, núm. 313, de 8 de noviembre de 1936, p. 669. Como consecuencia del traslado no se publicó ninguna *Gaceta* el 9 de noviembre. El número 314 aparece fechado, ya en Valencia, el 10 de noviembre.

¹¹⁰ *Gaceta de la República*, núm. 321, de 16 de noviembre de 1936, p. 700.

¹¹¹ «De conformidad con el Consejo de Ministros y a propuesta de su Presidente formula previa acuerdo de la Diputación Permanente de las Cortes, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 42 de la Constitución. Vengo en decretar lo siguiente: Artículo único. Se proroga por treinta días, a partir del diecisiete de los corrientes el estado de alarma que se declaró por Decreto de 17 de febrero de mil novecientos treinta y seis en todo el territorio nacional y plazas de soberanía, Ceuta y Melilla, con sujeción a lo prevenido en la vigente Ley de Orden Público. Dado en Barcelona a 16 de enero de 1939. Manuel Azaña. El Presidente del Consejo de Ministros Juan Negrín López». *Gaceta de la República*, núm. 17, de 17 de enero de 1939, pp. 273 y 274.

nuevo orden estatal del que derivaría, por la vía de la Transición, el Estado constitucional español surgido tras la muerte de Franco.

A) UN PROCESO IMPROVISADO

La creación de un nuevo orden estatal no fue algo inicialmente planificado por los rebeldes, ya que en un principio su objetivo era solamente acabar con el gobierno del Frente Popular e instaurar, en el marco republicano, un gobierno militar.

Las fases principales de configuración del nuevo orden legal impuesto por los sublevados son, por orden cronológico: la publicación de los bandos individuales declarando el estado de guerra por los distintos jefes de la rebelión (17 de julio de 1936), la proclamación de un bando general y único para todos los sublevados (18 de julio, aunque solo entraría en vigor el 30 de julio, tras su publicación en el *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional* de España), la constitución de la Junta de Defensa Nacional de España (24 de julio), el otorgamiento de todos los poderes a Francisco Franco por parte de la Junta de Defensa Nacional (28 de septiembre), la creación «por Decreto» de un nuevo Estado (29 de septiembre, *BOE* del 30 de septiembre), la creación de la Junta Técnica del Estado español, primer núcleo administrativo del Nuevo Estado, en virtud de la primera «Ley» dictada por los militares sublevados (1 de octubre de 1936, *BOE* del 2 de octubre), la consolidación del Nuevo Estado mediante la Ley de la Administración Central del Estado (30 de enero de 1938, *BOE* del 31 de enero), norma que sería complementada por otra Ley de 29 de diciembre de 1938 por la que se reajustan los Departamentos ministeriales de la Administración Central del Estado (*BOE* del 31 de diciembre) y otra Ley de 8 de agosto de 1939, por la que se refuerzan manifiestamente los poderes del Jefe del Estado (*BOE* del 9 de agosto).

B) LA FASE DE LA SUBLEVACIÓN (17 Y 18 DE JULIO DE 1936)

Manifiestos y bandos (17 de julio de 1936)

Inicialmente, no hubo una sola sublevación militar sino una cadena de pronunciamientos en diversas plazas españolas, siguiendo el esquema clásico decimonónico de este tipo de asonadas. El caso de Franco es paradigmático. Porque primero pronunció un manifiesto por radio el 17 de julio, y solo tras las rudimentarias justificaciones que esgrimía en su alocución dictó, por propia iniciativa, un bando declarando el estado de guerra en el área sobre la que ejercía el mando¹¹².

¹¹² FRANCO BAHAMONDE, Francisco, «Bando de 17 de julio de 1936, proclamando el Estado de guerra» en *Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife*, núm. 87, lunes 20 de julio de 1936.

Un bando general con efecto retardado (18 a 30 de julio de 1936)

El paso siguiente se dio el 18 de julio, al dictarse ya un bando general para todos los sublevados que reemplazó la pléyade de bandos locales. Hay que señalar sin embargo que, desde el punto de vista jurídico formal, este bando no entraría en vigor hasta el 30 de julio, una vez que fue promulgado por la Junta de Defensa Nacional, que se había constituido 6 días antes¹¹³.

C) EL PRIMER NÚCLEO POLÍTICO DE LOS REBELDES: LA «JUNTA DE DEFENSA NACIONAL DE ESPAÑA» (24 DE JULIO A 1 DE OCTUBRE DE 1936)

El primer intento de «juridificación» del golpe no se produce hasta el 24 de julio de 1936, cuando un grupo de generales rebeldes constituyen en Burgos una «Junta de Defensa Nacional que asume todos los poderes del Estado» que además, afirma «representar legítimamente al País ante las Potencias extranjeras». La Junta estaba presidida por Miguel Cabanellas Ferrer, el general de mayor edad (64 años) de los sublevados, y el único militar rebelde que en aquel momento ostentaba el rango de capitán general. El general Franco no formaba parte, al menos inicialmente, de la Junta¹¹⁴.

El régimen militar presidido por la Junta de Defensa Nacional fue la única organización gubernativa de los sublevados –que por el calificativo que se añade a los términos Junta de Defensa empiezan a ser llamados «nacionales»– hasta octubre de 1936. Desde un punto de vista jurídico, se trataba sin embargo simplemente de un entramado precario, de naturaleza esencialmente castrense, pues cada general mandaba sobre su zona con arreglo a las normas militares vigentes en una situación de estado de guerra¹¹⁵.

¹¹³ En el preámbulo del bando queda clarísima esta intención en la medida en que el texto menciona expresamente la circunstancia de que la Junta de Defensa Nacional «ha decidido ratificar la declaración del Estado de guerra». A su vez, en el artículo primero del bando general del 18 de julio se dan por buenas las declaraciones del estado de guerra llevadas a cabo parcialmente, entre otros por Franco: «El Estado de guerra declarado ya en determinadas provincias, se hace extensivo a todo el territorio nacional». *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm. 3, de 30 de julio de 1936.

¹¹⁴ «Presidencia de la Junta de Defensa Nacional. Decreto núm. 1. Artículo único. Se constituye una Junta de Defensa Nacional que asume todos los poderes del Estado y representa legítimamente al País ante las Potencias extranjeras. Esta Junta queda integrada por los Excmos. Sres. Generales de División don Miguel Cabanellas Ferrer, como Presidente de ella, y don Andrés Saliquet Zumeta; los de Brigada don Miguel Ponte y Manso de Zúñiga, don Emilio Mola Vidal y don Fidel Dávila Arrondo, y los Coroneles del Cuerpo de Estado Mayor del Ejército don Federico Montaner Canet y don Fernando Moreno Calderón.» *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*. Año 1936, Burgos, 25 de julio. Número 1.

¹¹⁵ La primera decisión de la Junta fue de índole estrictamente militar: reconocer dos ejércitos: el del Norte mandado por Mola y el del Sur por Franco. Si Mola forma parte de la Junta desde el principio, Franco no se incorporaría hasta el 18 de agosto. La autoridad suprema recaía en teoría en la Junta pero a sus reuniones raras veces acudían Queipo de Llano y Franco y la coordinación se aseguraba por entrevistas de estos con Mola. *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm.1 de 25 de julio de 1936 Decretos núms. 2 y 3.

Ello no fue óbice para que de la Junta empezasen a «emanar» los primeros Decretos no militares. El más importante es sin duda el que restablece la «bandera bicolor, roja y gualda como bandera de España» el 29 de agosto de 1936¹¹⁶. La mayoría de ellos no iban dirigidos a crear un nuevo régimen y menos un nuevo Estado, sino simplemente a contrarrestar medidas legislativas adoptadas por los sucesivos gobiernos del Frente Popular. Es importante destacar que los sublevados no rechazan en bloque la legislación de la República, sino solamente la de la etapa que se inicia con la victoria del Frente Popular¹¹⁷. En este sentido se inscribe el Decreto de 25 de septiembre, por el que la Junta declara ilegales los partidos integrados en el Frente Popular e incauta todos sus bienes que pasan a ser «propiedad del Estado»; norma que fue completada por otro Decreto en virtud del cual se prohibían «mientras duren las actuales circunstancias» todas las actuaciones políticas y sindicales obreras y patronales de carácter político¹¹⁸. En otro Decreto, también de 25 de septiembre de 1936, la Junta de Defensa Nacional revoca la reforma agraria, distinguiendo entre las fincas intervenidas por el Instituto de Reforma Agraria, que se ofrecen a sus antiguos propietarios si la totalidad de los «asentados» renuncian a su ocupación, y las invadidas tras el 16 de febrero de 1936 «cuya situación no haya sido legitimada por la superioridad», que se reintegran pura y llanamente a los propietarios que deseen recuperarlas¹¹⁹.

Franco recibe el mando único con todos los poderes (28 de septiembre de 1936)

La tosca organización jurídico-pública de la Junta de Defensa Nacional empieza a cobrar otro cariz a finales de septiembre de 1936, cuando las necesidades de la guerra exigen una mayor coordinación en el mando. Ya el 21 de septiembre Kindelán había sugerido a sus compañeros de armas la conveniencia de nombrar un mando único, por consideraciones militares, para evitar la descoordinación entre generales, y por consideraciones políticas, como modo

¹¹⁶ «Se restablece la bandera bicolor, roja y gualda, como bandera de España». Artículo único del Decreto núm. 77, de 29 de agosto de 1936, *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España* núm. 14, del 30 de agosto de 1936, p. 55.

¹¹⁷ Los generales sublevados y sus asesores no eran sin embargo conscientes de que desde el 17 de febrero de 1936, el Gobierno de la República había decretado el estado de alarma, situación que se prorrogaba ininterrumpidamente, mes a mes, hasta enero de 1939. Ello es relevante porque jurídicamente suponía una suspensión de las garantías constitucionales. No obstante, este argumento nunca es utilizado por la Junta de Defensa Nacional.

¹¹⁸ Decreto núm. 131, *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm. 30, de 28 de septiembre de 1936. En la misma exposición de motivos del Decreto se anunciaba ya sin embargo la instauración futura de un partido único: «Día llegará en que el Gobierno, que rija los destinos de España sabrá desarrollar la única política y la única sindicación posible en toda la Nación bien organizada: la política y la sindicación que rijan y controlen los directores de la cosa pública, como depositarios de la confianza del pueblo».

¹¹⁹ Decreto núm. 133, del *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm. 30, de 28 de septiembre de 1936.

de soslayar los enfrentamientos entre los diversos grupos políticos que apoyaban el «alzamiento», a saber: falangistas, cedistas, alfonsinos y carlistas ¹²⁰.

Los generales que se encontraban en Burgos llegaron al acuerdo de escoger a Franco. Sin embargo, el nombramiento no se materializó, no solo porque en ese momento Franco dirigía la ofensiva que pretendía acabar con el asedio del Alcázar de Toledo, donde resistía desde julio el coronel Moscardó, sino porque para aceptar el cargo puso como condición recabar todos los poderes en su persona. La cuestión quedó en suspenso hasta que el 27 de septiembre se produjo la toma del Alcázar de Toledo; hecho de armas que al reforzar el prestigio militar del jefe del Ejército de África resultó determinante para que los generales aceptasen las condiciones draconianas exigidas por Franco. ¹²¹ De hecho, al día siguiente, los integrantes de la Junta de Defensa Nacional aceptaron que recayesen en Franco todos los poderes y le nombraron «jefe del Gobierno del Estado». Eso sí, con carácter transitorio, «mientras durase la guerra» ¹²².

La creación de un nuevo Estado por Decreto (30 de septiembre de 1936)

Franco sin embargo no se contentó con encabezar un gobierno de generales. Convencido de que Primo de Rivera había fracasado por no sanear hasta el final el decaído régimen de la Restauración ¹²³, optó desde el primer momento por consolidar la vía de la creación de un nuevo Estado ¹²⁴. Un camino que inicia el propio Decreto por el que la Junta de Defensa Nacional le otorgaba los plenos poderes y le convertía en jefe del Gobierno del Estado Español, así como en Generalísimo de los ejércitos de Tierra, Mar y Aire ¹²⁵. Es preciso subrayar

¹²⁰ Solo Cabanellas se mantuvo en sus trece de que el mando siguiese encomendado a una junta o directorio. No existen actas de la reunión y la única base documental del encuentro son las notas que tomó el propio Kindelán. Sobre la reunión PRESTON, P., *Franco: Caudillo de España*. 2.ª ed. DeBolsillo, 2006, Barcelona, p. 228.

¹²¹ Lo que ha hecho sugerir a cierto sector de la historiografía que Franco se empeñó en la toma de Toledo para asegurarse un triunfo que le permitiera recabar un voto favorable de la Junta al otorgamiento de los plenos poderes. Es lo que sugiere, sin afirmarlo claramente por falta de pruebas tangibles PRESTON, Paul, en *Franco*, cit. pp. 225 y 229-235.

¹²² Una limitación que desaparecería sin embargo del Decreto que llevó a la imprenta Nicolás Franco y que otorgó a su hermano el Generalísimo los plenos poderes sin limitación temporal alguna. Véase GARCÍA ESCUDERO, J. M., *Historia política de la época de Franco* Rialp, Madrid, 1987, p. 40.

¹²³ En la primera alocución pública que pronuncia Franco desde el balcón del ayuntamiento de Burgos, una vez que Cabanellas le traspasó los plenos poderes, expuso un primer esbozo de sus ideas respecto al futuro de España. Pensaba eliminar las urnas a favor de otros medios más idóneos para expresar la voluntad popular, proteger el trabajo frente al dominio del capital, lo que incluía el fomento de la independencia del campesinado; igualmente quería revisar los impuestos. Como advierte Hugh THOMAS, se basaba en los aspectos más inofensivos del programa de Falange. *Vid. La Guerra Civil española* cit. p. 459.

¹²⁴ Como acertadamente afirma Juan FERRANDO BADÍA, el «Caudillo» era *de jure y de facto* el órgano soberano en la medida en que tenía un poder *originario* atribuido por la Junta de Defensa nacional que se justificaba solo *en sí mismo*. Y por ello era el centro del ordenamiento del Nuevo Estado español *El régimen de Franco: un enfoque jurídico político* Tecnos, Madrid, 1984 p. 64.

¹²⁵ El Decreto núm. 138 de la *Junta de Defensa Nacional*, en su artículo primero establecía: «En cumplimiento de(l) acuerdo adoptado por la “Junta de Defensa Nacional” se nombra Jefe del

que por primera vez se menciona de forma expresa en un texto legal la existencia de un «nuevo Estado», que puede considerarse jurídicamente creado por Decreto ¹²⁶.

D) DE LA JUNTA DE DEFENSA NACIONAL A LA JUNTA TÉCNICA DEL ESTADO (1 DE OCTUBRE DE 1936 A 30 DE ENERO DE 1938)

La primera Ley de los rebeldes (1 de octubre de 1936)

Franco, en virtud del Decreto de 29 de septiembre de 1936, publicado el 30 de septiembre, era en principio solo Jefe del Gobierno del nuevo Estado. No obstante, en la medida en que asumía todos los poderes del Estado, no dudó en consolidar su posición por la vía de la promulgación el 1 de octubre de 1936 de la primera norma con rango de Ley aprobada por la estructura política rebelde: la Ley de «Estructuración del nuevo Estado español», por la que se creaba una «Junta Técnica del Estado» ¹²⁷.

Esta norma es capital, en primer lugar, porque la Junta de Defensa Nacional simplemente desaparece sustituida por el «nuevo Estado». Es significativo que el *Diario Oficial* del 2 de octubre de 1936 en el que se publica la citada Ley ya no se denomine *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, sino que se haya convertido lacónicamente, de un día para otro, en el número 1 del *Boletín Oficial del Estado* ¹²⁸. Por otra parte la Ley no emana de la Presidencia de la Junta de Defensa Nacional, como ocurría con los Decretos anteriores, sino del «Gobierno del Estado» ¹²⁹.

Gobierno del Estado Español al Excelentísimo señor general de división D. Francisco Franco Bahamonde, quien asumirá todos los poderes del nuevo Estado». *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm. 32, de 30 de septiembre de 1936.

¹²⁶ En el preámbulo del Decreto ya se menciona esta circunstancia: «Razones de todo linaje señalan la alta conveniencia de concentrar en un solo poder todos aquellos que han de conducir a la victoria final, y al establecimiento, consolidación y desarrollo del "nuevo Estado", con las asistencias fervorosa de la Nación». A mayor abundamiento, en el artículo primero se dispone que Francisco Franco Bahamonde «asumirá todos los poderes del nuevo Estado». *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm. 32, de 30 de septiembre de 1936.

¹²⁷ *BOE*, núm 1, del viernes 2 de octubre de 1936. El sumario del nuevo *Diario Oficial* aparece encabezado por la referencia siguiente: «Ley.— Estableciendo la Organización Administrativa a que ha de ajustarse la nueva estructuración del Estado».

¹²⁸ Además ya no se pone el año en curso (1936), como ocurría en el último *Boletín de la Junta de Defensa Nacional de España*, sino «Año I», seguido de la fecha (sin mencionar el lugar, como hacían los *Boletines de la Junta de Defensa*, que siempre anteponian la mención a «Burgos»). Por cierto hay una errata en el *Boletín* pues está fechado el 2 de octubre de 1936 (*sic*).

¹²⁹ No obstante, solo emanaban del Gobierno del Estado las disposiciones legislativas más relevantes: Leyes y Decretos. Las disposiciones administrativas de rango inferior, las «Órdenes», emanaban de la Presidencia de la Junta Técnica del Estado. *Vid.* PINO ABAD, M., «Los inicios de la Administración central franquista» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, ISSN 0304-4319, núm. 77, 2007, pp. 377-425 y «El primer gobierno de Franco: (1 de octubre de 1936 – 30 de enero de 1938)» en CASAS SÁNCHEZ, J. L., (ed.) *1931-1936, de la República democrática a la sublevación militar: actas del IV Congreso sobre republicanismo...*, Diputación Provincial de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 705-725.

¿Jefe del Gobierno o Jefe del Estado?

La Ley de «estructuración del nuevo Estado español» es además fundamental porque en ella se crea la figura del Jefe del Estado, aunque de forma subrepticia. En el artículo segundo de la ley (en el primero se crea la Junta Técnica del Estado y se describen sus comisiones), se dispone que «El Presidente de esta Junta resolverá los distintos asuntos que a las Comisiones se asignan, presidirá sus reuniones parciales o totales, recabará la cooperación de técnicos que con carácter consultivo se nombrarán oportunamente y someterá sus dictámenes a la aprobación del Jefe del Estado». Así, pues, indirectamente, aparece mencionada por vez primera, la figura del Jefe del Estado¹³⁰. En ningún momento sin embargo se dice expresamente en la norma que Franco sea el Jefe del Estado. De hecho, como pone de relieve José María García Escudero, legalmente no existió nombramiento alguno de Franco como jefe del Estado, lo que sin duda, constituye una más que «sui generis» partida de nacimiento para un nuevo Estado que no era ni República ni Monarquía¹³¹. Es harto significativo al respecto

¹³⁰ El término aparece en dos artículos más. En el artículo cuarto se crea una Secretaría de Relaciones Exteriores, con una sección de prensa y propaganda presidida por un Jefe «que dependerá directamente del Jefe del Estado». Y en el artículo quinto «Se crea la Secretaría General del Jefe del Estado».

¹³¹ En el Decreto núm. 138 de la Junta de Defensa (publicado en el *BOE* del día 30 de septiembre) solo se procedía a nombrar «jefe del Gobierno del Estado español al excelentísimo señor general de división don Francisco Franco Bahamonde, quien asumirá todos los poderes del Estado». Un sector especialmente numeroso de la historiografía (Creach, Thomas, Tuñón) considera que El Nuevo Estado surgió mediante una simple corrección de erratas del citado Decreto en el que presuntamente Nicolás Franco, incluyó la conjunción copulativa que convertía a su hermano en Jefe del Gobierno «y» del Estado, al tiempo que hacía desaparecer la limitación temporal «mientras dure la guerra», impuesta por los generales. Con abrir el *Boletín de la Junta de Defensa Nacional* del 30 de septiembre, se advierte que solo la segunda manipulación se incluyó en el Decreto. En la Ley de 1 de octubre de 1936, no aparece más que la mención a un «Jefe del Estado». Nunca se menciona que Franco lo fuese. De hecho, se ordenó a los periódicos que siguiesen utilizando la fórmula del Decreto: esto es «Jefe del Gobierno del Estado», que se usó hasta que se conmemoró el primer aniversario de la llegada de Franco al poder, momento a partir del cual fue sustituida en los medios informativos con carácter general por la de Jefe del Estado. En cuanto al momento en el que aparece el nuevo Estado, unos piensan que hay que esperar a la Ley de 30 de enero de 1938, que atribuye al Jefe del Estado –aunque sin mencionarle nominalmente– los poderes que de hecho ejercía Franco. Otros retrasan el momento hasta el 18 de julio siguiente, cuando Franco fue nombrado capitán general, en la medida en que el nombramiento se realizaba a favor del «excelentísimo señor don Francisco Franco Bahamonde», al que se presentaba como «Jefe del Estado». José Luis Arrese entiende que solo con la Ley de Sucesión de 26 de julio de 1947, cabe hablar de una proclamación legal del Jefe del Estado. Opinión que matiza Laureano López Rodó al poner de relieve que ni siquiera la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967, le concede a Franco el cargo de Jefe del Estado con carácter vitalicio en la medida en que el propio Franco es designado en la jefatura del Estado «el tiempo que Dios quiera», con referencia a los años de «vida útil». La cuestión fue desde luego meramente teórica ya que de hecho, jamás se admitió la más mínima discusión sobre la extensión de los poderes de Franco ni sobre la irrevocabilidad de su nombramiento como Jefe de Estado. Sobre todo ello José María GARCÍA ESCUDERO, *Historia política de la época de Franco* cit. pp. 40-41. También Luis SUÁREZ FERNÁNDEZ *Franco: Crónica de un tiempo. El general de la monarquía, la república y la Guerra Civil. Desde 1892 hasta 1939*, Actas, Madrid, 1999, 375-380. Sobre la investidura de Franco: *ibid.* pp. 380-384.

que Franco optara por no presidir la Junta Técnica del Estado, y encomendara la presidencia al general Fidel Dávila Arrondo¹³².

El reconocimiento internacional del Nuevo Estado

En cualquier caso, la Ley de 1 de octubre de 1936 tuvo una inmediata repercusión internacional, en la medida en que el Gobierno de Franco fue reconocido el 19 de noviembre de 1936 por Italia y Alemania, un día antes de que fuese fusilado en Alicante José Antonio Primo de Rivera, quien se encontraba encarcelado desde el 28 de marzo de 1936¹³³.

La Junta Técnica del Estado fue la administración embrionaria del Nuevo Estado, creado por un Decreto de la *Junta de Defensa Nacional*, durante algo más de quince meses. Una vez que Franco consideró que su victoria en la guerra era irreversible optó por consolidar la organización estatal y reforzar la figura del Jefe del Estado.

¹³² Además de Dávila como presidente, componían la Junta Técnica Francisco Hermoso Blanco como gobernador general y el general Gil Yuste como secretario de Guerra. Seguían luego una serie de «Comisiones» que estaban presididas respectivamente por Andrés Amado (Hacienda), José López (Justicia), Joaquín Bau (Comercio); Juan Antonio Suances (Industria); Alejandro Gallo (Agricultura); Romualdo de Toledo (Educación); José María Pemán (Cultura); Mauro Serret (Obras Públicas); Nicolás Franco (secretario general) y Francisco Serra (secretario general de Relaciones Exteriores). A ellos había que añadir al general Orgaz, que fue nombrado alto comisario en Marruecos y al arabista coronel Beigbéder, que fue su secretario general. Ambos tenían la misión de asegurar la constante afluencia de voluntarios. El diplomático José Antonio Sangróniz, viejo amigo de Franco del período marroquí, era de hecho, el ministro de Asuntos Exteriores, con el nombre de «jefe de gabinete» y Juan Pujol, el periodista monárquico que preparó el manifiesto de Sanjurjo en 1932, fue nombrado jefe de Prensa y Propaganda, aunque acabaría siendo relevado por Millán Astray. Brian Crozier describe la Junta Técnica como un gabinete de «técnicos» en el que dos miembros preeminentes habían sido colaboradores de Calvo Sotelo en su etapa como Ministro de Hacienda de la Dictadura de Primo de Rivera, concretamente Joaquín Bau y Andrés Amado, responsables de las «carteras» de Comercio y Hacienda respectivamente. CROZIER, B., *Franco*. Boston-Toronto: Little, Brown and Company, 1967, p. 220.

¹³³ Estaba acusado de desacato y de instigar dos atentados fallidos contra los Diputados socialistas Jiménez de Asúa y Largo Caballero. Dos semanas después, concretamente el 17 de abril de 1936, el Gobierno de la República ilegalizaba Falange. Su proceso fue, sin embargo, eminentemente político. Tras ingresar en la cárcel de Alicante el 28 de marzo de 1936, la fase sumarial del proceso no se abrió hasta el 3 de octubre (significativamente dos días después de que Franco se pusiese al frente del Nuevo Estado). La vista del proceso se inició el 16 de noviembre, ante un tribunal compuesto por tres magistrados y un jurado de catorce miembros. José Antonio era abogado y se defendió a sí mismo, a su hermano Miguel y a su cuñada Margarita Larios. Tras dos días de juicio, a las tres de la mañana del 18 de noviembre, el juez Iglesias Portal dio por concluida la vista. Aceptaba las conclusiones del fiscal y condenaba a pena de muerte a José Antonio, a cadena perpetua a Miguel y a seis años a Margarita Larios. José Antonio recurrió la sentencia mediante un telegrama dirigido al Gobierno encabezado por Largo Caballero alegando defectos de forma, pero no hubo tiempo de que se pronunciara ya que el jefe de Falange fue fusilado a las 7 de la mañana del 20 de noviembre en el patio de la cárcel de Alicante. Ese mismo día hubo Consejo de Ministros en Valencia, en el que figuraba el expediente de Primo de Rivera en el orden del día. El gabinete fue informado de la ejecución mediante un telegrama y Largo Caballero no quiso tratar una cosa ya ejecutada, aunque personalmente afirmaría años más tarde: «yo me negué a firmar el enterado para no legalizar un hecho realizado a falta de un trámite impuesto por mí a fin de evitar fusilamientos ejecutados por pasión política». *Vid BEEVOR, A., La guerra civil española cit.* p. 148.

E) LA LEY DE LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL DEL ESTADO Y LA CONSOLIDACIÓN DEL «NUEVO ESTADO» (30 DE ENERO DE 1938)

Fue el 30 de enero de 1938, paradójicamente en un momento aparentemente crítico para los «nacionales», porque un ejército republicano había tomado Teruel, cuando Franco constituye en Burgos formalmente, el *primer Gobierno del (nuevo) Estado Español*. Un gabinete con el que terminaría la guerra ya que sus miembros no cesarían en sus cargos hasta el 9 de agosto de 1939. En él, Francisco Franco era por supuesto, además de Jefe del Estado, Presidente del Gobierno.

La constitución del nuevo gobierno supuso además la disolución de la Junta Técnica del Estado, por entender Franco que la organización estatal estaba ya lo suficientemente madura en el bando nacional. De hecho, ese mismo día promulgó una *Ley de la Administración Central del Estado*, en virtud de la cual el Nuevo Estado se organizaba en Departamentos ministeriales al frente de los cuales se nombraría un ministro asistido de un subsecretario. En la misma Ley, se reconocía además a Franco la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general. Se trataba de las famosas *Leyes de Prerrogativa* que seguiría utilizando el «Generalísimo» hasta el final de sus días al frente del Estado¹³⁴.

La Ley de 30 de enero de 1938, se vería modificada por otra de 29 de diciembre de 1938,¹³⁵ y, una vez terminada la guerra, por una nueva de 8 de agosto de 1939, que reforzó manifiestamente los poderes del Jefe del Estado¹³⁶.

6. LA CONFIGURACIÓN DEL NUEVO ESTADO

Examinada sucintamente la cronología por la que los sublevados contra el gobierno de la República se dotan primero de una legalidad provisional de carácter militar con la *Junta de Defensa Nacional*, y luego de un «nuevo Estado» surgido por Decreto, con un núcleo administrativo provisional llamado *Junta Técnica del Estado*, que es sustituido por una *Administración Central del Estado* a finales de enero de 1938, es interesante analizar, desde un punto de vista jurídico, los pasos que dio el poder militar del bando nacional, a la hora de configurar su nuevo Estado.

A) EL PROCESO DE ESTRUCTURACIÓN ADMINISTRATIVA

El esbozo organizativo de la *Junta de Defensa*

Hay que advertir que, desde el momento de su creación, la *Junta de Defensa Nacional* de España, en su primer Decreto de 24 de julio de 1936, publicado

¹³⁴ Sobre el primer Consejo de Ministros y el conjunto de medidas adoptadas en enero de 1938, *vid.* Luis SUÁREZ FERNÁNDEZ, *Franco. Crónica de un tiempo.*, cit. pp. 597-601.

¹³⁵ *BOE* núm. 183, de 31 de diciembre. La norma sólo incluía un reajuste en la distribución de Departamentos ministeriales.

¹³⁶ *BOE* núm. 221, de 9 de agosto.

al día siguiente en su también primer «Boletín», utiliza toscamente las expresiones «Estado» y «País» al asumir «todos los Poderes» del primero, y representar «legítimamente» al segundo ante las «Potencias Extranjeras».

No obstante, los sublevados entienden que la Junta es algo distinto de ambas realidades, ya que se limita a asumir los poderes del primero y a representar al segundo. También se improvisa un procedimiento legislativo, en la medida en que los integrantes se arrojan la competencia de dar «Decretos» que «emanan» de la *Junta*, aunque sin más precisiones¹³⁷. En la mente de los generales que componen la *Junta*, la situación tiene carácter provisional «mientras el Ejército asuma los poderes del Estado».¹³⁸

Las secciones y comisiones de la Junta Técnica del Estado

Al hacerse Franco con todos los poderes, su primera decisión es crear el embrión de un aparato administrativo: la Junta Técnica. Esta está compuesta de diversas secciones, que en el texto de la ley de 1 de octubre de 1936 reciben el nombre de comisiones. Es interesante el orden en el que aparecen en la citada norma en la medida en que evidencia las prioridades de los sublevados. Las siete comisiones son: Hacienda, Justicia, Industria, Comercio y Abastos, Agricultura y Trabajo Agrícola, Trabajo, Cultura y Enseñanza y Obras Públicas y Comunicaciones. Las sedes se reparten entre Salamanca y Burgos¹³⁹. No obstante, la enumeración de las competencias de las comisiones no tiene carácter taxativo, en la medida en que en la propia norma se establecía que estas Comisiones «se ocuparán además... de cuantos otros asuntos no mencionados especialmente sean de su general cometido»¹⁴⁰.

Se trata pues, de una organización administrativa de carácter provisional pues la norma buscaba el «establecimiento de aquellos órganos administrativos que, prescindiendo de un desarrollo burocrático innecesario, respondan a las características de autoridad, unidad, rapidez y austeridad, tan esenciales para el desenvolvimiento de las diversas actividades del país».¹⁴¹

¹³⁷ «Los Decretos emanados de esta *Junta* se promulgarán, previo acuerdo de la misma, autorizados con la firma de su Presidente y serán publicados en este *Boletín Oficial*. Dado en Burgos a veinticuatro de julio de mil novecientos treinta y seis. Miguel Cabanellas». *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*. Año 1936, Burgos, 25 de julio. Número 1.

¹³⁸ Preámbulo del Decreto núm. 131, *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm. 30, de 28 de septiembre de 1936.

¹³⁹ A finales de 1936, Salamanca se convierte en la sede del estado mayor de Franco, situado en el palacio episcopal. En el primer piso recibía las visitas y trabajaba con su estado mayor en el segundo. En la planta baja estaban la secretaría diplomática de Sangróniz y el departamento de prensa y propaganda. En el último piso se instaló un servicio de radiotelégrafos. También estaban en Salamanca los representantes diplomáticos de Alemania e Italia, el cuartel general de la Falange y la mayoría de las comisiones de la Junta Técnica. La Comisión de Hacienda y las de Justicia y Trabajo estaban en Burgos. No obstante, Salamanca era, como subraya Hugh THOMAS, el nervio central de la rebelión nacionalista, mucho más que Valencia lo era de la España republicana. *La Guerra Civil española* cit. p. 551-552.

¹⁴⁰ Párrafo final del artículo primero de la Ley de 1 de octubre de 1936. *BOE* del 2 de octubre, p. 2.

¹⁴¹ Encabezamiento de la Ley de 1 de octubre de 1936.

Además del aspecto estrictamente administrativo se crea el núcleo embrionario de un Gobierno integrado por dos cargos unipersonales: el Presidente de la Junta y el Gobernador General,¹⁴² y dos órganos colegiados: la Secretaría de Relaciones Exteriores y la Secretaría General del Jefe del Estado¹⁴³. La figura de este último se menciona por vez primera como entidad diferenciada, aunque no se precisan sus funciones. Simplemente es quien tiene la última palabra a la hora de que la Junta adopte cualquier decisión, pues el Presidente de la misma debe someter los dictámenes técnicos a su aprobación.¹⁴⁴

El punto crucial de la función legislativa aparece despachado muy escuetamente en el último artículo de la Ley y de forma incompleta, ya que solo se contempla la posibilidad de dictar las normas necesarias para el funcionamiento de los servicios encomendados a la Junta Técnica.¹⁴⁵

La Administración Central del Nuevo Estado y la aparición de los Ministerios

En el preámbulo de la Ley de 1 de octubre de 1936 constitutiva de la Junta Técnica del Estado que reemplazaba a la primera *Junta de Defensa Nacional*, se mencionaba expresamente que la norma no era definitiva y que debería establecerse otra «permanente» una vez dominado todo el territorio nacional. Franco entiende que en enero de 1938, la victoria es segura y ese sentimiento de irreversibilidad le lleva a promulgar el 30 de enero de 1938, una Ley para sustituir la estructura de la *Junta Técnica* («aquella organización, exclusivamente administrativa»), por «la realización de una obra de gobierno estable, ordenada y eficaz». Para acabar con lo que en frase afortunada, Ramón Serrano Suñer había definido como un «estado campamental».¹⁴⁶

¹⁴² El Gobernador General tenía como cometido «la inspección de las provincias ocupadas y cuanto se refiera a la organización de la vida ciudadana, abastos, trabajo y beneficencia en estrecha colaboración con las autoridades mismas y con los departamentos correspondientes de la *Junta Técnica del Estado*. Artículo tercero.

¹⁴³ Con posterioridad se agregaría la Secretaría de Guerra, aspecto mencionado en la Ley de 30 de enero de 1938, *BOE* del 31, en la exposición de motivos.

¹⁴⁴ Artículo segundo de la Ley de 1 de octubre de 1936.

¹⁴⁵ Artículo sexto de la Ley. Esta función de dictar normas administrativas se encomienda al Presidente de la Junta, al Gobernador General y al Secretario General. Curiosamente no al Jefe del Estado.

¹⁴⁶ Ramón Serrano Suñer era un hombre inteligente y culto, ex cedista pasado luego a la Falange. Buen organizador, y excelente jurista (era abogado del Estado). Calificó de «campamental» el estado surgido en Salamanca y se aplicó a darle un nuevo carácter «totalitario» y «de derecho», con normas y leyes. También impulsó con Dionisio Ridruejo, un círculo intelectual destinado a prestigiar el nuevo régimen. En ese núcleo se integraron Antonio Tovar, Torrente Ballester, Martín de Riquer, Pedro Laín, Luis Rosales, Luis Felipe Vivanco, Samuel Ros, Ignacio Agustí Masoliver, Edgar Neville, Sánchez Mazas. Serrano Suñer fue sin duda el responsable esencial de la idea de crear un «Estado nuevo», que según él debía ser necesariamente un Estado «autoritario» porque entendía que era el único modelo de Estado moderno que en tales circunstancias parecía posible, el único que podía permitir una educación y una organización del pueblo español para la vida política de España. Diferenciaba eso sí, entre diversos modelos de estados autoritarios, rechazando expresamente el modelo ruso, que consideraba «una aberración» y el modelo alemán que, a su entender, contenía «aspectos inmorales o erróneos», con los que «nosotros nada teníamos que ver» pues «nuestra dogmática nos venía dada por la tradición española y por nuestra confesión

No obstante, la nueva norma no es aún definitiva, ya que en ella se elude fijar aún los rasgos del nuevo Estado. Es pues en principio, una nueva norma de desarrollo del aparato administrativo del nuevo Estado que se promulga «sin prejuzgar una definitiva forma del Estado»¹⁴⁷. La ley de 30 de enero de 1938 es pues en principio otra norma de carácter esencialmente técnico, en la medida en que se limita a reorganizar una «Administración Central del Estado» en «Departamentos Ministeriales», al frente los cuales habrá un Ministro asistido de un Subsecretario». Las siete comisiones de la Junta Técnica se convierten en once ministerios, a saber: Asuntos Exteriores, Justicia, Defensa Nacional, Orden Público, Interior, Hacienda, Industria y Comercio, Agricultura, Educación Nacional, Obras Públicas y Organización y Acción Sindical¹⁴⁸. Es significativo que las cuestiones hacendísticas que constituían la prioridad de la Junta Técnica, han pasado al sexto lugar y que los Asuntos Exteriores, que antes tenían una Secretaría especial, se conviertan en el primero de los ministerios. En enero de 1938, el reconocimiento internacional de su régimen constituye la prioridad de Franco¹⁴⁹. También llaman la atención que la antigua Secretaría de Guerra se convierta en Ministerio de Defensa Nacional, y que se desdoble los ministerios de Orden Público e Interior¹⁵⁰. La antigua Comisión de Cultura y Enseñanza se ha convertido en Ministerio de Educación Nacional y han desaparecido las Comisiones de Trabajo y Comunicaciones, la primera sustituida por el ministerio de Organización y Acción sindical y la segunda integrada en el Ministerio de Orden Público¹⁵¹.

religiosa» y por un frontal rechazo del «agnosticismo y el relativismo políticos». SERRANO SUÑER, R., *Entre Hendaya y Gibraltar: (noticia y reflexión, frente a una leyenda, sobre nuestra política en dos guerras)*, 8.ª ed. Ediciones y Publicaciones Españolas, Madrid, 1947, p. 37. Última ed., Planeta, Barcelona, 2011. Cabe dudar sin embargo de la sinceridad de su crítica del modelo alemán, del que llegó a ser un acendrado defensor, por la fecha en la que escribió estas palabras. Sobre la figura de Serrano Suñer el mejor estudio es el de MERINO, Ignacio *Serrano Suñer: conciencia y poder*. EDAF, Madrid, 2004.

¹⁴⁷ Preámbulo de la Ley, dada por el Gobierno del Estado, el 30 de enero de 1938 (II Año Triunfal), *BOE*, núm. 467, de 31 de enero.

¹⁴⁸ Artículo primero de la Ley de 30 de enero de 1938. Todos ellos están subordinados a la Presidencia que constituye un Departamento especial.

¹⁴⁹ En ese mismo *BOE* de 31 de enero de 1938, hay un Decreto-ley en el que se dispone el funcionamiento de un Tribunal seleccionador del personal del Cuerpo Diplomático y Consular, Intérpretes, etc., con un preámbulo en el que se habla reiteradamente de «Mi» Decreto anterior, por el que se procedió a depurar al cuerpo diplomático. *BOE* núm. 467, de 31 de enero de 1938, pp. 5515 a 5518.

¹⁵⁰ El Ministerio de Orden Público abarcaba las competencias de Seguridad, Fronteras, Inspección de la Guardia Civil, Correos y Telecomunicación, y Policía del Tráfico. El Ministerio del Interior se ocupaba de la Política Interior, Administración Local, Prensa, Propaganda, Turismo, Regiones devastadas y reparaciones, Beneficencia, y Sanidad: Artículos 8 y 9 de la Ley de 30 de octubre de 1938. En el artículo 8, se menciona expresamente que el Ministerio del Interior tiene encomendada la acción política, que ejerce territorialmente a través de los Delegados de Orden Público (art. 9).

¹⁵¹ El desarrollo de las competencias de cada uno de los Ministerios aparece regulado en los artículos 4 a 15 de la Ley de 30 de enero de 1938. En la primera redacción del artículo 15 de la Ley, al Ministerio de Organización y acción Sindical, se le denominaba Ministerio de Organiza-

B) ESTADO *VERSUS* GOBIERNO

Franco fue nombrado el 29 de septiembre de 1936 por la *Junta de Defensa* Jefe del Gobierno del Estado español. Ahora, en la Ley de 30 de enero de 1938, se dispone que el «Gobierno de la Nación» esté constituido por los Ministros «reunidos» con el Jefe del Estado. Se diferencia pues el Estado, como entidad abstracta, del Gobierno que no es del Estado, sino de la «nación». Este Gobierno está integrado por los Ministerios, que están subordinados a la Presidencia, que constituye un Departamento especial. No obstante, la Presidencia de ese Gobierno y la Jefatura del Estado recaen en la misma persona, en la medida en que la Ley dispone que «La Presidencia queda vinculada al Jefe del Estado». El Gobierno cuenta con un Vicepresidente y un Secretario, elegidos entre sus miembros por el Jefe del Estado¹⁵².

Cada Ministerio tiene su propia Subsecretaría y cada una de las competencias que se atribuyen a cada Ministerio se convierte orgánicamente en un «Servicio Nacional», al frente del cual habrá un Jefe de Servicio que desempeñará las funciones que antes se hallaban encomendadas a los Directores Generales. Finalmente cada Servicio se organiza en Secciones y Negociados¹⁵³.

C) LA ATRIBUCIÓN DE LA «SOBERANÍA» MEDIANTE LA DEFINICIÓN DE LA TIPOLOGÍA LEGISLATIVA

La Ley de 30 de enero de 1938, a pesar de su apariencia técnica, no es solamente una norma administrativa, pues también precisa, aunque de modo indirecto, la atribución de la soberanía, concretada en la atribución de la competencia legislativa. Lo que se hace en el último artículo de la Ley, el 17. Se da pues un paso capital en la definición de un aspecto esencial del Estado, a diferencia de la Ley de 1 de octubre de 1936, en la que se eludía la cuestión y solo se mencionaba la posibilidad de legislar en el ámbito del desarrollo de las funciones administrativas de la Junta Técnica.

Atribuir la soberanía con referencia a la potestad de crear leyes no resultaba algo novedoso, ya que fue la forma acogida para definir punto tan capital en la configuración del Estado en nuestras constituciones liberales doctrinarias de 1837, 1845 y 1876, en las que se establecía de modo expreso que «La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey»¹⁵⁴.

ción y acción Social. Se corrigió en el *BOE* del día siguiente. Rectificando el artículo 15 de la Ley de 30 de enero último *BOE* núm. 468, de 1 de febrero de 1938, p. 5547.

¹⁵² Artículos 1 y 16 de la Ley de 30 de enero de 1938.

¹⁵³ Artículos 2 y 3 de la Ley de 30 de enero de 1938.

¹⁵⁴ Artículo 12 de las Constituciones de 1837 y 1845 y 18 de la de 1876. El principio contrastaba con el artículo 3 de la Constitución de Cádiz que disponía «La soberanía reside esencialmente en la Nación y por lo mismo pertenece a esta el derecho de establecer sus leyes fundamentales» o con el artículo 32 de la Constitución de 1869 que también rezaba inequívocamente: «La soberanía reside esencialmente en la Nación, de la cual emanan todos los poderes». La constitución de 1931 en su artículo 1 tras disponer que España es una República democrática de trabajadores de toda clase, disponía «Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo».

En el artículo 17 de la Ley de 30 de enero de 1938, se otorga en cambio directamente el poder legislativo al Jefe del Estado. La nación gobierna, pero la creación de las normas jurídicas es una potestad directamente atribuida: «Al Jefe del Estado, que asumió todos los Poderes por virtud del Decreto de la *Junta de Defensa Nacional* de España de 29 de septiembre de 1936». A él «corresponde la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general»¹⁵⁵.

A continuación se establece un procedimiento legislativo en el que se distinguen de una parte la legislación estatal, integrada por dos tipos de normas: las leyes que son las normas que afectan a «la estructura orgánica del Estado» o son las «normas principales del ordenamiento jurídico del país», y de otra parte los Decretos, que son todas las demás no comprendidas en los casos anteriores. Ambas normas deben ser propuestas por el Ministro del ramo y discutidas por el Gobierno, antes de ser aprobadas y promulgadas por el Jefe del Estado¹⁵⁶. Finalmente, se reconoce la existencia de una «potestad reglamentaria» en cuyo ejercicio pueden dictar los Ministros «Órdenes» para la realización de las funciones administrativas¹⁵⁷.

El poder legislativo de Franco se consolida, una vez terminada la guerra, por la Ley de 8 de agosto de 1939. Esta última norma se promulga para reforzar los poderes del Jefe del Estado, porque, como reza su preámbulo, el objetivo de realizar «la revolución nacional» aconseja «una acción más directa y personal del Jefe del Estado en el Gobierno». Por ello en su artículo séptimo, la nueva Ley refuerza la potestad legislativa del Jefe del Estado porque radican en él «de modo permanente las funciones de gobierno», razón por la que se le permite dictar Leyes y Decretos aunque no vayan precedidos de la deliberación del Consejo de Ministros, cuando razones de urgencias así lo aconsejen. En tal caso, el Jefe del Estado solo tenía que dar «después conocimiento al Consejo de tales disposiciones o resoluciones»¹⁵⁸.

Una vez consolidada la ventaja militar, el poder del nuevo Estado no solo procedió a definir la organización administrativa y atribuir la potestad legislativa al Jefe del Estado, sino que empezó a plantearse la necesidad de asentar la nueva legalidad en un marco que tuviese al menos, una apariencia de legitimidad. Lo cual no resultaba tarea fácil, habida cuenta de que el régimen descansaba pura y simplemente en una rebelión militar contra un gobierno constitucional.

¹⁵⁵ Primer párrafo del artículo 17.

¹⁵⁶ «Las disposiciones y resoluciones del Jefe del Estado, previa deliberación del Gobierno, y a propuesta del Ministro del ramo, adoptarán la forma de Leyes cuando afecten a la estructura Orgánica del Estado o constituyan las normas principales del ordenamiento jurídico del país, y Decretos en los demás Casos». Segundo párrafo del artículo 17.

¹⁵⁷ «En el ejercicio de la potestad reglamentaria y, en general, en la realización de las funciones administrativas, las resoluciones y disposiciones de los Ministros revestirán la forma de Órdenes». Tercer y último párrafo del artículo 17. En el artículo 16 se disponía que los Ministros pueden proponer al Jefe del Estado las disposiciones referentes a la constitución interna de sus diferentes Departamentos, así como las normas de funcionamiento.

¹⁵⁸ *BOE* núm. 221, de 9 de agosto. La norma reestructura además los Ministerios que ahora pasan a ser de Asuntos Exteriores, de la Gobernación, del Ejército, de Marina, del Aire, de Justicia, de Hacienda, de Industria y Comercio, de Agricultura, de Educación Nacional, de Obras Públicas y de Trabajo.

7. EN BUSCA DE LA LEGITIMIDAD PERDIDA

A) LOS SUBLEVADOS DECLARAN ILEGALMENTE EL ESTADO DE GUERRA

Hay que recordar de entrada que el pronunciamiento militar se realizó al margen de la legalidad. Los jefes militares con la Constitución y la Ley de Orden Público en la mano, no tenían ni la autoridad ni la competencia requeridas por la legalidad vigente, pues tanto el estado de prevención, como el de alarma y el de guerra debían ser siempre declarados por la Autoridad civil, local o nacional¹⁵⁹. Conscientes de ello, los generales rebeldes trataron desde el primer momento de justificar el golpe de Estado.

El 17 de julio, en un alocución radiada, el a la sazón Comandante militar de Canarias, Francisco Franco Bahamonde, manifestaba desde Tetuán los argumentos que le habían determinado a emprender lo que desde el primer momento denomina «movimiento»¹⁶⁰, a saber: la anarquía reinante y el hecho de que «la Constitución, por todos suspendida y vulnerada», sufriese «un eclipse total» tras «las revoluciones de Asturias y Cataluña, una y otra quebrantadoras de la Constitución, que en nombre del pueblo era el Código fundamental de nuestras instituciones». En otras palabras, la sublevación quedaba justificada porque la constitución había sido ya vulnerada por las fuerzas revolucionarias que el Gobierno no había podido atajar, al haberse convertido en «un Poder claudicante» carente «de autoridad y prestigio para imponer el orden en el imperio de la libertad y la justicia»¹⁶¹.

Acto seguido, Franco proclama el estado de guerra mediante un bando, sin autorización de la autoridad civil correspondiente, como requería la Ley de Orden Público, y amparándose exclusivamente en el Código de Justicia Militar, lo que resultaba desde un punto de vista jurídico, insostenible¹⁶². Ello no le

¹⁵⁹ Solo una vez declarado el estado de guerra por la autoridad civil, la autoridad militar se hacía cargo del mando. Artículos 48, 49, 50 y 53 de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933.

¹⁶⁰ En el bando que hace extensiva la declaración del estado de guerra a todo el territorio nacional, fechado el 18 de julio, pero publicado en Burgos 12 días después, en lo que podría calificarse de preámbulo más que exposición de motivos se habla ya expresamente de «los fines que persigue este movimiento redentor de nuestra Patria» *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional de España*, núm. 3 de 30 de julio de 1936.

¹⁶¹ La alocución apareció íntegramente publicada en *ABC*, lógicamente en la edición de Sevilla, en el suplemento extraordinario del número 10.342 del día 23 de julio de 1936, páginas 1 y 2, bajo el título «La patriótica alocución del general Franco al iniciar el movimiento». Se justificaba la publicación escrita de las palabras de Franco, seis días después de ser pronunciadas, porque «a muchos lugares de España no ha llegado la declaración solemne de las causas del gran movimiento nacional español». Por cierto en la versión de *ABC* el discurso de Franco aparece fechado en Tetuán el 21 de julio y no el 17. En realidad se leyó en la citada localidad marroquí, a las 5.15 de la mañana del 18 de julio.

¹⁶² El bando comienza de la siguiente forma: «Don Francisco Franco Bahamonde, General de División Comandante Militar de las Islas Canarias, HAGO SABER: Que de conformidad con lo prevenido en el artículo 36 y sus concordantes, 7, n.º 1, 9, n.º 3 y 171 del Código de Justicia Militar, declaro el ESTADO DE GUERRA en todo el Archipiélago y en su virtud ORDENO Y MANDO....». El Código de Justicia militar vigente entonces era el de 1890 publicado por Real

impide destituir a «los Gobernadores Civiles y Delegados del Gobierno, Ayuntamientos, Cabildos, Mancomunidades interinsulares y cuantas Juntas de cualquier clase dependan de dichas Corporaciones»¹⁶³.

B) LA JUNTA DE DEFENSA O EL RECURSO A LA LEGITIMACIÓN HISTÓRICA

Es significativo que la manifiesta ilegalidad del «movimiento» llevó a los generales que dirigían la insurrección, a tratar de ocultar semánticamente esta circunstancia tras el término «Junta», empleado ya en la época de la Guerra de la Independencia, cuando el Estado quedó descabezado tras la marcha de los Reyes –Carlos IV y Fernando VII– a Bayona, en mayo de 1808, para abdicar del trono hispánico en favor de Napoleón¹⁶⁴. Los militares sublevados contra la

Decreto de 27 de septiembre (*Gaceta de 22 de Octubre de 1890*). El artículo 36 atribuía a quienes estuviesen al mando de un cuerpo de ejército, división, brigada, columna o puesto las mismas atribuciones judiciales que a los Gobernadores de plazas o fortalezas sitiadas o bloqueadas. El artículo 7, n.º 1 daba competencias a la jurisdicción de guerra contra los delitos de traición. El artículo 9, n.º 3 otorgaba competencia a la jurisdicción militar para los delitos de rebelión y sedición. El artículo 171 consideraba delitos o faltas militares las acciones y omisiones comprendidas en los bandos que los Generales en Jefe y Gobernadores de plazas sitiadas o bloqueadas dicten con arreglo a sus facultades. En resumen legitimar el bando en el Código de Justicia militar era un dislate jurídico. Entre otras cosas porque Franco no tenía ninguna competencia para decretar el estado de guerra basándose en una norma legal, que estaba jerárquicamente sometida a la Constitución republicana. Además el 11 de mayo de 1931 se había publicado un Decreto por el que se acababa con la competencia para entender los delitos en función de la persona y el lugar, lo que suponía restringir la jurisdicción de los Tribunales de guerra y Marina a los delitos estrictamente castrenses. La República también creó la Sala VI en el Tribunal Supremo que reemplazó al Consejo de Guerra y Marina. Esta situación se mantuvo hasta que la *Junta de Defensa Nacional* asumió todos los poderes, lo que incluía la Justicia. El 24 de octubre de 1936 se creó el Alto Tribunal de Justicia Militar, que sería sustituido por el Consejo Supremo de Justicia Militar creado por la Ley de 5 de septiembre de 1939. El régimen impuesto por el Decreto de mayo de 1931 seguía pues vigente el 18 de julio de 1936.

¹⁶³ Artículo 5.º del bando de Franco.

¹⁶⁴ Inicialmente, Fernando VII en abril de 1808 antes de marchar a Bayona a entrevistarse con Napoleón, deja constituida una Junta Suprema de gobierno que actúa en virtud de los poderes otorgados por el rey hasta que el 1 de mayo la propia Junta designa otra, integrada por tres generales y tres consejeros. Tras abdicar en Bayona, Fernando VII revoca los poderes otorgados a la Junta por lo que esta segunda Junta prevista el 1 de mayo nunca llega a reunirse. El 8 de mayo cuando se hace pública la cesión de la Corona a Napoleón, este nombra a Murat Duque de Berg lugarteniente suyo, y es este quien ratifica el nombramiento de la Junta en nombre del emperador. Desde el punto de vista de la resistencia anti-napoleónica, cautivos el rey y la Junta de Gobierno, y estando los Consejos de Estado y de Castilla en manos de los franceses, el Poder público de la nación, como pone de relieve Alfonso García Gallo, carece de todo órgano que legítimamente pueda ejercerlo pues ni la Junta ni los Consejos tienen autoridad reconocida. Es entonces cuando el pueblo reasume la soberanía para ejercerla directamente en lugar del rey. En cada ciudad o provincia se constituye una Junta que toma el calificativo de Suprema, porque no hay ninguna autoridad superior a ella, o el de soberana porque ejerce la soberanía en nombre propio y no por delegación de otra autoridad. Sin duda como advierte García Gallo «Esta Juntas carecen de precedentes en el Derecho español que no había previsto la posibilidad de circunstancias tan excepcionales», no obstante, «el hecho de que simultáneamente y con independencia se constituyan en todas partes revela que reflejan una concepción generalmente sentida». GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho Español* 6.ª ed., rev. [s.n.], Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1975, vol. I, pp. 855-857. (Última ed., reimpr.: 1984).

República pretendieron ampararse en el pretexto de que se habían limitado a acogerse a un precedente, y que como a su entender nuevamente había quedado vacante la Jefatura del Estado –por la revolución de Asturias y la de Cataluña, o por la cesión *de facto* del poder a las diversas facciones del Frente Popular– era perfectamente legítimo constituir una «Junta» de Defensa, como reacción frente al desvanecimiento de la autoridad¹⁶⁵.

Sobre la base de esta ficción, los miembros de la recién formada Junta de Defensa Nacional, tras asumir todos los poderes del Estado desde el día de su constitución procedieron a tratar de «revestir» jurídicamente, una situación de hecho. Es significativo que de entrada ratificasen la declaración del estado de guerra, mediante la publicación el 30 de julio del bando por el que se había declarado –de modo manifiestamente ilegal, o quizás sería mejor decir «alegal»– doce días antes, el estado de guerra en todo el territorio nacional¹⁶⁶.

C) LA LEGITIMACIÓN «CAMPAMENTAL» DE LA JUNTA TÉCNICA DEL ESTADO

Los militares rebeldes pronto comprendieron que la consolidación de la ventaja militar de los insurgentes requería construir una nueva legitimidad.

Como remoto precedente en la historia castellana, cabe citar las Hermandades y Juntas medievales formadas en ocasiones concretas para la protección de los intereses de un grupo estamental determinado. García Gallo tiene sin embargo razón, en la medida en que el principio de las Juntas solo se consolidaría de modo permanente en los territorios vascos porque guipuzcoanos, alaveses y vizcaínos no enviaban representantes a las Cortes de Castilla. En relación con la Corona de Aragón, el propio García Gallo cita acertadamente como precedente la reacción de los diversos reinos tras la muerte intestada de Martín I el Humano que daría lugar al Compromiso de Caspe. *Op. cit.* p. 856.

¹⁶⁵ Es curioso y significativo que el *ABC* republicano que se editaba en Madrid, en su editorial del día 25 de julio de 1936, el mismo día en que se publica la constitución de la *Junta de Defensa Nacional*, recurra a la misma legitimación histórica al considerar en su editorial la contienda desde la perspectiva del Gobierno como una «segunda guerra de la independencia». Y ello porque el editorialista entiende que la República combate a «hombres nacidos en España que renuncian a todo nexos con la noble ideología patria, ganosos de convertirnos en una colonia del más repugnante fascismo negro». Cfr. JULIÁ, S., «Los nombres de la guerra» en *Claves de razón práctica*, ISSN 1130-3689, núm. 164, 2006, pp. 22-31, publicado también en *Revista de historia Jerónimo Zurita*, ISSN 0214-0993, núm. 84, 2009, pp. 15-38 (Dossier: Guerra Civil: las representaciones de la violencia), del mismo autor, «En torno a los orígenes de la guerra civil» en FUENTES QUINTANA, E., (dir.) *Economía y economistas españoles en la Guerra Civil*, Real Academia de Ciencia Morales y Políticas, Madrid, 2008, V. I, pp. 171-189. ÁLVAREZ JUNCO, «Mitos de la nación en guerra» en JULIÁ, Santos (coord.) *Historia de España Menéndez Pidal*, Espasa-Calpe, Madrid, 2004, V. XL. *República y Guerra Civil*. pp. 635-682. NÚÑEZ SEIXAS, X. M., «Nations in arms against the invader: on nationalist discourses during the Spanish Civil War» en EALHAM, C. y RICHARDS M., (eds.) *The splintering of Spain: Cultural history and the Spanish Civil War*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 45-67. MALEFAKIS, E., «Reflexiones sobre la república: los orígenes de la guerra civil y la memoria histórica» en *La Guerra Civil Española*. Taurus, Madrid, 2006, pp. 645-678.

¹⁶⁶ En la medida en que su último artículo, el duodécimo, se establecía que «el presente bando empezará a regir a partir de la fecha de su publicación» ello suponía dejar sin cobertura legal las actuaciones de los sublevados entre el 17 y el 30 de julio. *Boletín Oficial de la Junta de Defensa Nacional* de España. núm. 3, de 30 de julio de 1936.

Algo tanto más perentorio cuanto que el 1 de octubre de 1936, Francisco Franco asumió todos los poderes del Estado en la zona nacional, no en virtud del voto parlamentario de unas Cortes, que a juicio de los sublevados carecían de legitimidad, sino a propuesta de un organismo puramente militar: *la Junta de Defensa Nacional*. Ello resultaba sin embargo considerablemente descarnado, teniendo en cuenta que la concesión de plenos poderes a Mussolini en Italia, desde 1922, y a Hitler en Alemania, desde 1933, se produjo en ambos casos por la vía de una votación parlamentaria, mientras que en España ocurre en plena guerra civil, en virtud del mero acuerdo de los generales que mandaban el ejército sublevado, siguiendo como mucho, el precedente de Primo de Rivera, que abandonó el poder por no recibir el apoyo de sus compañeros militares. El régimen del pronunciamiento como mecanismo de cambio político, surgido en España a comienzos del siglo XIX¹⁶⁷, seguía pues plenamente vigente, y sobre esta base tan precaria, sin duda reforzada por el estado de guerra y la resultante sumisión a la jurisdicción militar, asentaría inicialmente Franco la legitimidad que le había otorgado la *Junta de Defensa*. «En 1939 había llegado a la firme convicción de que no debía en manera alguna limitar su propio mando o ponerle plazos como, por ejemplo, hizo en su momento el general Primo de Rivera. Al general Martínez Campos o a Alfonso XIII les dijo que «no podía ser interino». En consecuencia, a aquellos que, aunque le habían apoyado durante la Guerra Civil, querían poner barreras institucionales a su libertad de decisión, mantenían los principios de su ideario original o le juzgaban como una solución temporal no dudó en apartarlos, con decisión, de cualquier tipo de influencia considerándolos traidores»¹⁶⁸.

No obstante, la cuestión de la legitimidad estaba todavía en el aire, y prueba de ello es que la *Junta de Defensa* seguía considerándose un órgano militar que se sentía, en mayor o menor medida, aún enmarcado en la legalidad republicana.

Esto es evidente el 16 de febrero de 1937, cuando Franco promulga un Decreto-ley para regular el régimen de gobierno y administración de las zonas que va conquistando. Dicho régimen sigue siendo aún manifiestamente el castrense, pues la norma considera que las áreas recién incorporadas se encuentran sometidas a la autoridad militar¹⁶⁹. Lo realmente interesante es que la norma citada aún se apoya expresamente, en la republicana Ley de Orden Público de 1933, que el legislador del nuevo Estado modifica de manera parcial, lo que pone de relieve que Franco no considera abolida toda la legislación republicana, al menos la anterior a febrero de 1936¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Concretamente el 17 de abril de 1814 cuando el general Elío se pronuncia en Valencia abiertamente contra las Cortes y en defensa del restablecimiento de la Monarquía absoluta en la persona de Fernando VII.

¹⁶⁸ TUSELL, J., «Franco: biografía y praxis política de un dictador» en *Historia de España en el siglo XX*. Taurus, Madrid, 2007. 3 vols. V. III. *La dictadura de Franco*, p. 11.

¹⁶⁹ BOE núm. 122, de 19 de febrero de 1937, págs. 450 a 452.

¹⁷⁰ Ello queda manifiestamente claro en el preámbulo del citado Decreto-ley: «Restablecida la normalidad de la vida civil en las provincias ocupadas por el Ejército, y desapareciendo con ello las singulares circunstancias que demandaron en un principio la acumulación de cometidos, es llegado el momento en que sin restar atribuciones a las Autoridades militares, las cuales, conforme

Esa sería la regla general hasta que Franco decidió que los progresos de los ejércitos nacionales en la guerra aconsejaban consolidar su régimen y propiciar la ruptura y la definitiva refundación del nuevo Estado, lo que ocurre en enero de 1938.

D) LA DIFUSA LEGITIMIDAD DEL NUEVO ESTADO

La cuestión de la legitimidad del nuevo régimen sigue sin estar clara en la Ley de 30 de enero de 1938, una norma en la que se elude manifiestamente la cuestión de fijar las características del Estado, sin duda porque para hacerlo, resultaba antes imperativo definir las bases en las que se asentaba su legitimidad. En la propia Ley en la que la Junta Técnica es reemplazada por la Administración Central del Estado, la «legitimidad» de Franco se fundamenta, de modo lacónico, en el hecho de que asumió todos los poderes en virtud de un Decreto de la *Junta de Defensa Nacional* de España de 29 de septiembre de 1936. Una legitimidad, pues, manifiestamente endeble desde un punto de vista jurídico, porque en definitiva seguía descansando en el acuerdo de un grupo de generales sublevados contra la legalidad vigente.

Esta lacónica legitimidad vuelve a retroalimentarse en la Ley de 8 de agosto de 1939, en la que se justifica «la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general» del Jefe del Estado «conforme al artículo decimoséptimo de la Ley de 30 de enero de 1938», lo que resulta suficiente para que radiquen en él, «de modo permanente, las funciones de gobierno»¹⁷¹.

La utilidad jurídica del término «nación»

La propia Ley de 30 de enero de 1938, reguladora de la Administración Central del Estado, introduce sin embargo, un elemento legitimador más consistente, aunque, una vez más, de modo subrepticio. Se trata de la aparición de la palabra «nación», que, en el texto legislativo citado, va referida al Gobierno formado por los Ministros y su Presidente, que además es también Jefe del Estado. Franco sigue sin ser nombrado en ningún texto legal como Jefe del Estado. Lo que no impide que *de facto* se sobreentienda que lo es, ya que suscribe todos los textos legislativos, porque el poder de dar leyes es expresamente atribuido por la norma referida al Jefe del Estado. Además, no se nombra un Presidente sino solo un Vicepresidente, el aristócrata Francisco Gómez Jordana¹⁷².

al artículo cincuenta y ocho de la vigente Ley de Orden Público, pueden adoptar cuantas medidas estimen necesarias, [...]. Asimismo la jerarquización inherente al estado de guerra, hace inadecuados algunos preceptos de la ley invocada...». El artículo 58 de la Ley de 1933 establecía que «la Autoridad militar en el estado de guerra podrá adoptar las mismas medidas que la civil». En el Decreto de 16 de febrero de 1937 sin embargo, la autoridad militar está siempre por encima de las autoridades civiles, incluso en las áreas de retaguardia donde se establece inequívocamente que «la Autoridad militar será la Autoridad superior». Artículo 2.º, letra a).

¹⁷¹ Artículo séptimo de la Ley de 8 de agosto de 1939, *BOE* núm. 221 de 9 de agosto, p. 4327.

¹⁷² El aristócrata Gómez Jordana, que había causado muy buena impresión a los extranjeros, especialmente a los ingleses, pasó a ser vicepresidente y a ocuparse de la cartera de Asuntos Exterio-

Eso sí, el nuevo Gobierno, el primer gobierno de Franco en el que había más civiles que militares (8 ministros civiles frente a 4 militares), pasó a ser un «Gobierno de la Nación». Es significativo que ya no se utilice el adjetivo «nacional», con el que se había calificado a sí misma la Junta de Defensa surgida el 24 de julio de 1936, sino que se recoja expresamente el sustantivo «Nación», que no se define, aunque se sugiere su contenido. En el propio artículo 16 de la Ley de 30 de enero de 1938, en su segundo párrafo, se da una pista, en la medida en que se dispone que: «Los Ministros, antes de tomar posesión de sus cargos, prestarán juramento de fidelidad al Jefe del Estado y al Régimen Nacional». El nuevo régimen surgido del 18 de julio se convierte así, otra vez de modo subrepticio, en la esencia de la Nación española¹⁷³.

res; Dávila, el jefe del Ejército del norte pasó a ser Ministro de la Guerra; el general Martínez Anido, que había ejercido con dureza el cargo de gobernador civil de Barcelona desde 1917, y tras ser miembro de los sucesivos gobiernos de Primo de Rivera a sus 75 años se convirtió en el ministro de Orden Público. Los demás miembros del gobierno eran todos civiles. Andrés Amado, amigo de Calvo Sotelo, fue nombrado Ministro de Hacienda; el ingeniero naval Juan Antonio Suances, un viejo amigo personal de Franco, fue nombrado Ministro de Industria y Comercio; un carlista, el conde de Rodezno, pasó a ser Ministro de Justicia y el catedrático de Universidad y monárquico Pedro Sáinz Rodríguez se convirtió en ministro de Educación. Serrano Suñer como Ministro de la Gobernación –cartera de la que se había excluido el orden público– y secretario general del Movimiento era en principio, el hombre fuerte del gabinete. Completaban el gobierno: Raimundo Fernández Cuesta como Ministro de Agricultura, el único «camisa vieja» del gabinete, que compatibilizó su cargo ministerial con el honorífico de secretario general del Consejo Nacional; Pedro González Bueno ingeniero y falangista que era uno de los «tecnócratas» del gabinete, y Alfonso Peña y Boeuf, también ingeniero, que se hizo con la cartera de Obras Públicas. La composición del gobierno es una buena muestra del empeño de Franco por situarse en medio –o al margen– de los grupos de poder. La fórmula del juramento es harto significativa del carácter de aquel primer gobierno franquista: «En el nombre de Dios y sus santos Evangelios, juro cumplir con mi deber como Ministro de España con la más estricta fidelidad al Jefe del Estado, Generalísimo de nuestros gloriosos ejércitos, y a los principios constitutivos del Régimen Nacional para servir al destino de la Patria» THOMAS, H., *La guerra civil española* cit. p. 811. Los dos grandes ausentes del nuevo Gobierno franquista eran Nicolás Franco y Sangroniz que fueron nombrados respectivamente embajadores en Lisboa y Caracas. «El arbitraje de Franco sólo puede entenderse teniendo en cuenta su capacidad de dividir la dirección de todas las fuerzas que acaudillaba, pero no debe perderse de vista el carácter informal que siempre tuvo esa coalición. Franco no admitió nunca que en su Consejo de Ministros estuvieran representadas fuerzas políticas formalmente constituidas y que ejercieran gracias a la inclusión de personajes concretos. Él era quien los elegía, aunque lo hiciera siempre con atención muy cuidadosa, procurando compensar en el resultado final del gabinete ministerial. Incluso había carteras asignadas a cada uno de los grupos integrantes de la coalición, o «familias»: Justicia, para los carlistas, porque asumía las relaciones con el Vaticano; las de carácter económico, para los monárquicos alfonsinos, porque tenían conocimientos técnicos y contactos con los más altos círculos económicos; Trabajo y Agricultura, para los falangistas, por su contenido social, y Educación y Exteriores para los católicos, porque para ellos la primera cuestión era vital y en la segunda podían ofrecer una imagen más homologable. Este carácter informal de la coalición hizo que los grupos nunca se institucionalizaran, lo que a su vez facilitó el arbitraje de Franco. TUSELL, J., *Franco: biografía y praxis*, cit., p. 22. PINO ABAD, M., «Los inicios de la Administración central franquista» en *Anuario de historia del derecho español*, ISSN 0304-4319, n.º 77, 2007, pp. 377-425. ; «El primer gobierno de Franco: (1 de octubre de 1936 – 30 de enero de 1938)» en CASAS SÁNCHEZ, J. L., (ed.) *1931-1936, de la República democrática a la sublevación militar: actas del IV Congreso sobre republicanismo...* Diputación Provincial de Córdoba, Córdoba, 2009, pp. 705-725.

¹⁷³ Al no concretarse aún el modelo de Estado se emplea el término vago de «régimen nacional», como refleja expresivamente la fórmula adoptada para el juramento de los Ministros

El «Alzamiento» como punto de partida

De hecho, las normas más relevantes que se publican en el *Boletín Oficial del Estado* a partir de febrero de 1938 ya no se dan en nombre del «Gobierno del Estado»¹⁷⁴ sino en el del «Gobierno de la Nación». Este «Régimen nacional» surge además en un momento concreto, el 18 de julio de 1936, fecha que se convierte desde el 15 de julio de 1937 en la de la «Fiesta Nacional». En realidad el «Alzamiento» se había iniciado el 17 de julio como reconoce la propia legislación de la Junta Técnica¹⁷⁵, aunque, Franco prefiere conmemorar el 18 de julio, sin duda porque fue la fecha en la que se promulgó el bando general por el que se declaraba el estado de guerra (aunque, como sabemos, solo se publicó doce días más tarde en el *Boletín de la Junta de Defensa Nacional*).

El 18 de julio de 1936 se oficializa al convertirse en el día en el que se produce la ruptura con el régimen anterior. Es muy significativo que se establezca por Decreto que a partir de esa fecha deba empezar a contar el calendario del nuevo régimen, lo que supone que el año 1936 se convierte desde entonces en el Primer Año Triunfal¹⁷⁶. Borrón y cuenta nueva.

Serrano Suñer y la «revolución nacional»

Que el 18 de julio y el Alzamiento constituyen formalmente la base de la legitimidad del nuevo Estado es una idea que aparece mucho más claramente explicitada en el Decreto que firma Ramón Serrano Suñer, como Ministro del Interior, el 2 de febrero de 1938, en nombre del Gobierno de la Nación, por el que se fija el nuevo «blasón de armas, emblema del Estado Español. En el preámbulo del Decreto se habla ya expresamente de la «gloriosa revolución nacional de 1936», por la que se instaura un nuevo Estado, radicalmente distinto en sus esencias de aquel al cual ha venido a sustituir»¹⁷⁷.

del Gabinete el 12 de febrero en el Monasterio de las Huelgas. Concretamente esta rezaba: «Juro en el nombre de Dios y sus santos Evangelios cumplir con mi deber como Ministro de España con la más estricta fidelidad al Jefe del Estado, Generalísimo de nuestros gloriosos Ejércitos, y a los principios constitutivos del régimen nacional para servir al destino de la Patria» Recogido por BEEVOR, Anthony, *La guerra civil* cit. p. 508. El hecho de que el juramento tuviese lugar en la que fuese necrópolis de los reyes de Castilla es interpretado por Brian Crozier como un síntoma de que Franco ya había decidido que la nueva España iba a ser un reino sin rey y él mismo un rey sin corona. CROZIER, Brian, *Franco* cit. p. 267.

¹⁷⁴ La propia Ley de 30 de enero de 1938 aparece aún publicada en el apartado del *BOE* titulado «Gobierno del Estado», p. 5514.

¹⁷⁵ En el Decreto núm. 385 de 19 de octubre de 1937, por el que se nombra a los miembros del Consejo Nacional de FET de las JONS, en el preámbulo se menciona expresamente que el «Alzamiento Nacional» fue «iniciado por nuestro Glorioso Ejército el 17 de julio de 1936. Véase el *BOE* núm. 366 de 21 de octubre.

¹⁷⁶ «El período que media entre el 18 de julio de 1937, e igual fecha del venidero, se denominará SEGUNDO AÑO TRIUNFAL y en tal forma se hará constar en cuantas comunicaciones y escritos hayan de fecharse oficialmente» (art. segundo) del Decreto núm. 323 de 15 de julio de 1937. *BOE* núm. 289 de 18 de julio de 1937 por el que se declara el 18 de julio día de la Fiesta Nacional.

¹⁷⁷ Decreto de 2 de febrero de 1938. *BOE* núm. 470 de 3 de febrero, p. 5578. Es curioso como por una parte, se afirma la ruptura con el pasado consecuencia de una «revolución nacional»

Más claramente aún el Fuero del Trabajo en su preámbulo define el «Estado Nacional» como un «instrumento totalitario al servicio de la integridad patria», en la medida en que «representa una reacción contra el capitalismo liberal y el materialismo marxista», motivo por el que se entiende necesario emprender la tarea de realizar la «Revolución que España tiene pendiente», que debe dirigirse al plano social «con la voluntad de poner la riqueza al servicio del pueblo español, subordinando la economía a su política»¹⁷⁸. El Estado reconoce y ampara la propiedad privada pero «todas las formas de propiedad quedan subordinadas al interés supremo de la Nación, cuyo intérprete es el Estado»¹⁷⁹. Es una sociedad nueva, para un tiempo nuevo, «la Era Nacional», dominada por una aristocracia integrada «por cuantos combaten en las trincheras por el honor, el valor y el trabajo»¹⁸⁰.

8. UN NUEVO RÉGIMEN PARA UN NUEVO ESTADO

Los planteamientos de Falange y sobre todo, de las más agresivas Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista, aparecen indiscutiblemente en la ampulosidad del discurso de los textos legislativos examinados. Y ello obliga a interrogarse acerca de si realmente Franco consideró realmente el Movimiento una ideología revolucionaria, o, más sencillamente, si el ideario falangista se convirtió en la inspiración del nuevo Estado¹⁸¹.

A) ¿LA IDEOLOGÍA AL PODER?

Franco frente a las banderías políticas

El 24 de abril de 1937 el saludo «con el brazo en alto, con la mano abierta y extendida» se convierte en «saludo nacional». En la medida en que ello supone oficializar uno de los símbolos esenciales de la Falange¹⁸², podría deducirse

y por otra, se hace todo lo posible por entroncar el nuevo Estado con la España inmortal. El 27 de febrero de 1937, el Gobierno de Burgos había recuperado como himno nacional «La Marcha de Granaderos» que sustituyó desde entonces al republicano Himno de Riego, mientras el Oriamendi carlista y el himno de la Legión se convertían en «cantos nacionales». Decreto núm. 226, *BOE* núm 131, de 28 de febrero de 1937.

¹⁷⁸ Fuero del Trabajo. Promulgado por Decreto de 9 de marzo de 1938. *BOE* núm. 505, de 10 de marzo, p. 6178. Aunque esta revolución suponga una renovación de la Tradición Católica de justicia social y la Revolución deba hacerse «con aire militar, constructivo y gravemente religioso». Es el ideario indefinido de la amalgama ideológica de la Falange Española Tradicionalista y de las JONS, partido integrado oficialmente por el Decreto unificador de 19 de abril de 1937. Decreto núm. 255 de 19 de octubre de 1937, *BOE* núm. 182 del 20 de abril.

¹⁷⁹ Principio XII, *Ibidem* pág. 6180.

¹⁸⁰ *Ibidem* pág. 6179.

¹⁸¹ Una visión general de la cuestión de la justificación ideológica de la sublevación en REIG TAPIA, Alberto, «Justificación ideológica del Alzamiento» en *Violencia y terror: Estudios sobre la Guerra Civil Española*. Akal, Madrid, 1990, pp. 21-45.

¹⁸² Decreto núm. 263, *BOE* núm. 187 del 25 de abril de 1937. En su preámbulo el Decreto reconoce que el origen del saludo procede de Falange Española, pero que «al fundirse en el Estado

que, en apariencia, Franco seguía los pasos del régimen fascista de Mussolini o del de Hitler y se sometía a su brazo armado político.

Nada más lejos, sin embargo, de la realidad, pues Franco tiene claro desde el primer momento que quiere un Estado fuerte que prime sobre las ideologías¹⁸³. El 19 de abril de 1937, tras un enfrentamiento armado ocurrido tres días antes entre falangistas que se había saldado con dos muertos, Franco decidió unificar la Falange Española y de las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista (JONS) de José Antonio Primo de Rivera¹⁸⁴ con los elementos tradicionalistas y los carlistas¹⁸⁵.

Todas las corrientes políticas que habían apoyado el «Alzamiento» se integraron así en un solo partido que pasó a llamarse Falange Española Tradicionalista y de las JONS. Su ideario, considerablemente indefinido, propugnaba un alejamiento de la tradicional democracia inorgánica o parlamentaria basada en el régimen de partidos, para acercarse a una democracia orgánica en la que la representación se articulaba a través de grupos sociales organizados. En el Decreto de unificación, además, Franco dejaba meridianamente claro que su autoridad estaba por encima del nuevo partido único¹⁸⁶. A diferencia de Mussolini que acabó sien-

aquella organización, la savia de sus aspiraciones toma los caracteres de norma». Eso sí, el personal del Ejército y de la Armada conservaba el saludo reglamentario en los actos militares (art. tercero).

¹⁸³ El propósito despolitizador que Franco persigue con la unificación, aparece meridiano en las declaraciones que realiza al diario *ABC* el 19 de julio de 1937, en las que se refiere a que «Existe, además, en España una gran masa neutra, sin encuadrar, de los que no han querido afiliarse jamás a ningún partido. Esa masa, que puede sentirse tímida para unirse a los vencedores, hallará en la Falange Española Tradicionalista y de las JONS, el cauce adecuado para fundirse en la España Nacional» Véase PAYNE, Stanley G., *Falange: Historia del fascismo español*, Sarpe, Madrid, 1986, cit. p. 143.

¹⁸⁴ En febrero de 1934 se habían unido en Zaragoza Falange Española y las Juntas de Ofensiva Nacional Sindicalista, que pasaron a estar presididas por José Antonio Primo de Rivera, el fundador de FE, junto a Julio Ruiz de Alda y Ramiro Ledesma Ramos, aunque este último sería expulsado en 1935. El acto oficial de presentación se celebró en Valladolid el 4 de marzo de 1934 en el Teatro Calderón.

¹⁸⁵ José María Gil Robles por su parte, el 23 de abril de 1937 puso a disposición de Franco el aparato de organización y las milicias del Partido de Acción Popular. La unificación estaba en la mente de Franco desde mucho antes. El 6 de octubre de 1936, Franco ofreció en Burgos una recepción al consejero alemán en Lisboa, conde Dumoulin, a quien entre otras cosas le transmitió que lo esencial «aun actuando con guante de terciopelo» era crear «una ideología común a los diversos grupos que colaboraban en la liberación», a saber: el Ejército, los carlistas, la Falange, los monárquicos ortodoxos y la CEDA. THOMAS, H., *La guerra civil española* cit. p. 461.

¹⁸⁶ Decreto n.º 255 de 19 de octubre de 1937, *BOE* n.º 182 del 20 de abril. En su artículo 1.º, Franco disponía que Falange Española y Requetés se integran «bajo Mi Jefatura» en una sola entidad política de carácter nacional, que pasa a llamarse Falange Española Tradicionalista y de las JONS, que se define como una «organización intermedia entre la Sociedad y el Estado». En el mismo artículo quedan disueltas las demás organizaciones y partidos políticos. A mayor abundamiento, en el artículo 2.º se dispone que los órganos rectores de la nueva «entidad política nacional» son en primer lugar el Jefe del Estado, seguido de un Secretariado o Junta Política y del Consejo Nacional. En el artículo 3.º se ordenaba la refundición en una sola Milicia Nacional de las de Falange Española y de los Requetés, a la que debían incorporarse las demás milicias combatientes, y que la Milicia Nacional era auxiliar del Ejército. Y por si no hubiese quedado claro, el Decreto de unificación terminaba señalando que el Jefe del Estado era el Jefe Supremo de la Milicia.

do depuesto por el aparato del Partido fascista¹⁸⁷, Franco por la simple vía legislativa logró lo que Hitler solo había conseguido pistola en mano en la noche de los cuchillos largos (30 de junio a 2 de julio) frente a las milicias de los *Sturmabteilung* o SA: imponerse al partido y a sus milicias armadas¹⁸⁸.

Un partido único al servicio del «Caudillo»

Por el contrario, aunque Franco, tuvo formalmente en Falange su apoyo fundamental¹⁸⁹, este nuevo partido nunca tuvo una existencia autónoma al margen de la autoridad del «Caudillo»¹⁹⁰. Eso sí, formalmente se le hicieron concesiones, como la ya mencionada oficialización del saludo con el brazo en alto, el uniforme falangista (camisa azul), o la adopción como símbolo nacional del yugo y las flechas procedentes del carlismo. También pueden considerarse concesiones al nuevo partido la creación de un Servicio Social obligatorio para las españolas, integrado en la Delegación Nacional del Auxilio Social de FET de las JONS¹⁹¹ y la de un Sindicato Español Universitario¹⁹².

Franco y el fascismo

Sobre la base del control que siempre ejerció Franco sobre la FET de las JONS se ha defendido que la Dictadura de Franco no fue un régimen fascista propiamente dicho sino meramente autoritario¹⁹³. Franco estaba esencialmente

¹⁸⁷ Mussolini fue depuesto por el Partido fascista el 25 de julio de 1943 tras la derrota militar, por un voto de censura en una reunión del Gran Consejo del Fascismo, en cuyo orden del día Mussolini había planteado un voto de confianza. El Gran Consejo invitaba al rey a asumir el mando efectivo de las fuerzas armadas, y a retomar las prerrogativas del Estatuto de las que había expoliado por Mussolini. Vid. GHISALBERTI, C., *Storia costituzionale* cit. pp. 380-381.

¹⁸⁸ Hitler no solo acabó de forma violenta en ese momento con los grupos armados que le habían ayudado a tomar el poder, sino que desde entonces siempre mantuvo intacto el control sobre el aparato del partido con el apoyo policial de las SS y la Gestapo.

¹⁸⁹ De hecho el 4 de agosto de 1937, Franco aprobó por Decreto los Estatutos de Falange española en los que se consideraba a este movimiento «inspirador y base del Estado Español», aunque en contrapartida, Franco revestía la condición de máxima autoridad. Formalmente sin embargo, los estatutos respetaban en gran parte la anterior estructura de la antigua Falange. PAYNE, G. Stanley *Falange* cit. p. 144.

¹⁹⁰ Como consecuencia de la unificación, los nazis alemanes y los fascistas italianos perdieron la posibilidad de hacerse en España con un brazo armado similar al que representaba el PCE en el bando republicano, pues Franco era consciente de que solo una minoría de los militares sublevados se identificaban con el ideal sindicalista, laicizante y antimonárquico de Falange, que provocaba igualmente reticencias en el tradicionalismo carlista y monárquico y en los antiguos cedistas. Es muy significativo al respecto que Faupel, el embajador alemán destacado en la zona nacional, en una nota dirigida a la *Wilhelmstrasse* en plena guerra civil se hiciese eco de las palabras de un diplomático italiano para quien «Franco es un dirigente sin partido y la Falange un partido sin dirigente» BEEVOR, A., *La Guerra civil española* cit. p. 370.

¹⁹¹ Decreto núm. 378 de 7 de octubre de 1937. *BOE* núm. 356, de 11 de octubre.

¹⁹² Los Estatutos del S.E.U se promulgaron por el Decreto núm. 414, de 21 de noviembre de 1937. *BOE* núm. 399 de 23 de noviembre.

¹⁹³ Son al respecto harto reveladoras las consideraciones de Pierre MILZA quien considera problemático caracterizar el régimen franquista como claramente fascista si se tienen en cuenta sus objetivos profundos y la naturaleza de las fuerzas sobre las que Franco asentó su poder. Por eso

en contra de la democracia parlamentaria¹⁹⁴, pero no simpatizaba con las milicias, las concentraciones de masas partidistas ni la retórica demagógica y populachera de los fascismos. Defendía un régimen tradicionalista y autoritario, sin admitir nunca otro poder más que el suyo¹⁹⁵. Algo que resulta particularmente claro en el ámbito de la organización judicial del Nuevo Estado que se concreta al margen de la política jurisdiccional falangista, a pesar de los denodados esfuerzos de sus promotores¹⁹⁶.

lo considera ante todo un régimen autoritario, tradicionalista y reaccionario, equiparable a los que triunfan en los años 30 en Polonia, Grecia, Rumanía o Portugal, en la medida en que Franco trata, más que de implantar un nuevo orden, de restablecer sólida y duraderamente la España tradicional. Como elementos propiamente fascistas sin embargo señala el carácter estructurado y jerárquico de la Falange como movimiento militante inspirador y base del Estado español, estrechamente vinculado al Jefe del Estado y el ensalzamiento mesiánico de la figura del Jefe como verdadero guía carismático responsable «ante Dios y la historia». Vid MILZA, P., *Les fascismes* Seuil París, 2001, pp. 399-401. Sobre la cuestión más recientemente puede verse el volumen colectivo *Fascismo y franquismo cara a cara: una perspectiva histórica*, TUSELL, J.; GENTILE, E. y DI FEBBO, G., eds. (Biblioteca Nueva) Madrid, 2004. También MALEFAKIS, E., «La dictadura de Franco en una perspectiva comparada» en GARCÍA DELGADO, J. L., *Franquismo: el juicio de la historia*. Temas de hoy, Madrid, 2006, pp. 11-55. LINZ, Juan J. «An authoritarian regime: Spain» en ALLARD, E. (ed.) *Cleavages, ideologies and party systems: Contributions to comparative political sociology*. Transactions of the Westermarck Society, Helsinki, 1964, pp. 291-341.

¹⁹⁴ El 28 de agosto de 1937, en la *Revue Belge*, Franco anunciaba su rechazo de la democracia parlamentaria que había sido un fracaso a pesar de haber sido ensayada durante cerca de un siglo, y declaraba que asentaría su régimen «sobre ideales más fielmente democráticos y mejor adaptados al carácter peculiar de la raza española». Como pone de relieve Brian CROZIER, Franco era antiliberal y antiparlamentario porque desde su punto de vista, el liberalismo parlamentario había conducido a la indisciplina y al desorden y sumido España a la postre en la anarquía revolucionaria. Del mismo modo que en principio, era partidario de la monarquía porque había sido bajo la monarquía que España se había convertido en una gran potencia. CROZIER, B., *Franco*. cit. p. 235-236.

¹⁹⁵ De hecho el 5 de junio de 1937, el santanderino Manuel HEDILLA, que había ocupado la jefatura de Falange tras la muerte de José Antonio, fue condenado a muerte por un consejo de guerra celebrado en Burgos por conspirar contra el Jefe del Estado y los intereses de España. Hedilla no había aceptado que Franco uniese Falange con los carlistas y tradicionalistas. Finalmente, Franco conmutó la pena de muerte por la de prisión perpetua. Sobre el particular PAYNE, Stanley G., *Falange* cit. pp. 138-139.

¹⁹⁶ Como demuestra de modo irrefutable, Mónica LANERO TÁBOAS, en «Proyectos falangistas y política judicial (1937-1952); dos modelos de organización judicial del Nuevo Estado» en *Investigaciones históricas: Época moderna y contemporánea*, ISSN 0210-9425, núm. 15, 1995, pp. 353-372. «De las iniciales aspiraciones de Revolución Judicial ¿qué ha conseguido materializar Falange a la altura de 1945? Tan solo la creación de una Escuela judicial, idea no exclusivamente falangista, sino que correspondía a una aspiración bastante extendida entre ciertos colectivos de juristas. En cambio, los planteamientos que entrañaban una concepción totalitaria de la Justicia, y suponían, por tanto, una transformación sustancial de la estructura orgánica, personal y (del) ordenamiento procesal de la administración de justicia no encuentran eco ni en el Ministerio de Justicia ni entre la comunidad jurídica. Menos repercusión tienen aún los que implican la «falangización» de estructura y personal del aparato judicial, o la más mínima intervención del partido en la actividad de los organismos judiciales». *Ibidem*, p. 371. También es autora de *Una milicia de la justicia: la política judicial del franquismo: (1936-1945)*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996. En el mismo sentido insiste Javier Tusell: «Algo muy característico del régimen franquista fue la aparición de una selva de jurisdicciones especiales de las que la más importante —sobre todo en el aspecto político— fue la militar. En efecto, a diferencia de lo sucedido en Italia o en Alemania, la represión no la llevó a cabo el Partido, a pesar de que hubo elemen-

El único resultado tangible y duradero del impulso ideológico de Falange, fue obra del inspirador esencial del modelo técnico-jurídico del Nuevo Estado, que era también el hombre más fuerte en el nuevo gobierno después de Franco: Ramón Serrano Suñer. Este trató de dar un cierto contenido ideológico al pragmatismo improvisado de la primera etapa del franquismo, algo para lo que promovió, el 9 de septiembre de 1939, la creación del Instituto de Estudios Políticos¹⁹⁷.

El anticomunismo como premisa

Franco había dado muestras de su anticomunismo bastante antes del comienzo de la Guerra Civil. Concretamente en mayo de 1934, cuando se suscribió a la publicación de la «Entente Internacional contra la Tercera Internacional», más conocida como «Entente Internacional Anticomunista» (IEA). En la entrevista que le hace el periodista norteamericano Carney el 26 de diciembre de 1937, Franco afirma que «nuestra victoria implica la salvación de España y la previene de convertirse en una colonia soviética»¹⁹⁸. Aun el 17 de julio de 1941, Franco advierte que «veinte años lleva el mundo soportando la criminal agitación del comunismo ruso» y que «raro es el país que haya podido escapar a su labor disociadora», llama a «Stalin «el criminal dictador rojo», y afirma que «la terrible pesadilla de nuestra generación, la destrucción del comunismo ruso, es ya de todo punto inevitable»¹⁹⁹.

Desde el punto de vista legislativo, el anticomunismo de Franco se concreta el 2 de diciembre de 1938, cuando se crea una comisión para demostrar que los actos de la Segunda República desarrollados tras las elecciones de febrero de 1936, no se habían realizado conforme a derecho. Formaban parte de la Comisión Ildefonso Bellón, Trías de Bes, Fernández Prida, Fuentes Pila, Gon-

tos radicales en el seno del falangismo que lo intentaron. Para ellos las autoridades políticas debían asumir funciones judiciales de tal manera que en última instancia el principio de que sería justo «todo lo que conviene a la Nación», interpretado, por supuesto, al modo falangista, debía sustituir a cualquier tipo de códigos. Pero la entrega de la Justicia a sectores más conservadores, tradicionalistas o antiguos colaboradores de Primo de Rivera, imprimió un sello fundamental a su administración por parte del Nuevo Estado. A los nuevos jueces se les exigió la adhesión al Movimiento Nacional, pero no el carné del Partido. Estaban, además, sujetos a un proceso de formación ideológica a través de la Escuela Judicial, creada en 1944, y previamente, como toda la burocracia, habían sido objeto de una depuración muy estricta. Un 37 por 100 de los magistrados fue sometido a depuración y, de ellos, un 14 por 100 sometido a sanción (algo menos de la mitad fueron separados definitivamente). Hasta un 22 por 100 de los fiscales recibieron algún tipo de sanción.» TUSELL, J., *Franco: biografía y praxis*. cit., pp. 33-34.

¹⁹⁷ Como destaca Stanley G. Payne el Instituto de Estudios Políticos fue inicialmente concebido como el «brain trust» de FET en la medida en que estaba destinado a la formación de los cuadros del partido y al estudio de toda clase de cuestiones ideológicas y políticas. Sus secciones principales eran: Constitución y Administración del Estado, Economía nacional, Política internacional y Cuestiones sociales y Cooperativas. Su primer director fue Alfonso García Valdecasas. Sobre los primeros años del IEP PAYNE, Stanley G., *Falange* cit. pp. 179-180.

¹⁹⁸ «Our victory implies the salvation of Spain and the prevention of her becoming a Soviet colony» CARNEY, W. P., «Franco tells what he plans to do for Spain». *New York Times* del 26 de diciembre de 1937.

¹⁹⁹ Discurso del 17 de julio de 1941, *ABC*, núm. 11.044 de 18 de julio, p. 23.

zález Oliveros, Pedregal y Aunós, entre otros. El proceso culmina con la Ley de Responsabilidades políticas de 9 de febrero de 1939,²⁰⁰ que afectaba a las personas tanto jurídicas como físicas que, desde el 1 de octubre de 1934 y antes del 18 de julio de 1936, contribuyeron a crear o agravar la subversión de todo orden. El criterio de la comisión respetaba la legitimidad de la República hasta el estallido de la Revolución de Asturias, producto del rechazo de la izquierda revolucionaria liderada por Largo Caballero a la entrada en el Gobierno de Ministros de la CEDA, coalición más votada en las elecciones de 1933. Ello coincidía con el propio criterio de Franco²⁰¹.

El rechazo al modelo soviético se patentiza el 23 de octubre de 1940 cuando tiene lugar la entrevista de Franco con Hitler en Hendaya, en un momento en el que las armas germanas se encontraban en su máximo apogeo, y el 12 de febrero de 1941 cuando el «Caudillo» se entrevista con Mussolini en Bordighera. Hasta el momento, Franco había mantenido una neutralidad efectiva, e incluso llegó a condenar la invasión de los Países Bajos por Alemania. No obstante, la espectacular derrota de Francia, adversaria tradicional de España en Marruecos, suscitaba una inmediata tentación de intervencionismo para tratar de obtener un beneficio en lo que parecía imaginarse como algo inmediato, el nacimiento de un orden europeo radicalmente nuevo²⁰².

²⁰⁰ BOE núm. 44, de 13 de febrero. La Ley se promulga para «liquidar las culpas... contraídas por quienes contribuyeron con actos y omisiones graves a forjar la subversión roja». En la norma se habla ya claramente de «nuestra Revolución Nacional». ESPAÑA. Ministerio de la Gobernación. *Dictamen de la Comisión sobre ilegitimidad de poderes actuantes en 18 de julio de 1936*. Ed. Nacional, Madrid, 1939. Con un apéndice I. ESPAÑA. Ministerio de Justicia. *Causa general: la dominación roja en España: avance de la información instruida por el Ministerio Público en 1943*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1943. 2.ª ed. Akrón, Astorga, León, 2009. «La Causa General, creada por Decreto de 26 de abril, de 1940, ratificado por el de 19 de junio de 1943, atribuye al Ministerio Fiscal, subordinado al Ministerio de Justicia, la... misión de fijar, mediante un proceso informativo fiel y veraz – para conocimiento de los Poderes Públicos y en interés de la Historia, el sentido, alcance, manifestaciones más destacados de la actividad criminal de las fuerzas subversivas que en 1936 atentaron... contra la existencia y los valores esenciales de la Patria, salvada... por el Movimiento Liberador... La Causa General –que reviste carácter informativo– ejerce sus funciones investigadoras en el territorio española que estuvo sometido a la dominación roja». Sobre este ominoso capítulo de la represión franquista REIG TAPIA, Alberto «Dignificación republicana y depuración franquista» en *Claves de razón práctica*, ISSN 1130-3689, núm. 93, 1999, pp. 66-72.

²⁰¹ Ya que como reconoce el propio Paul Preston, en 1934 Franco era hostil a cualquier intervención de los militares en política. PRESTON, P., *Franco*, cit. p. 140. PAYNE, Stanley G., menciona que Franco en 1934, como Jefe del Alto Estado Mayor llegó a poner el veto a toda posible colaboración con los falangistas que querían dar un golpe de estado en respuesta a la Revolución de Asturias. *Falange*, cit. p. 87. Sobre las relaciones entre el fundador de Falange y Franco: Payne, S. G., *Franco y José Antonio: el extraño caso del fascismo español: historia de la Falange y del Movimiento nacional (1923-1977)*. Planeta, Barcelona, 1997.

²⁰² Dos días después de que Mussolini interviniera en el conflicto, Franco y Serrano, informados paso a paso por el Duce acerca de su decisión, modificaron la posición de España ante la guerra, transformándola en una «no beligerancia» que, como en el caso de la postura adoptada por Italia al iniciarse el conflicto, fue, en realidad, una «prebeligerancia», que quería indicar solidaridad ideológica y voluntad de intervención. Así lo prueba el hecho de que, por esos mismos días, se autorizara a los aviones italianos a utilizar el territorio español para bombardear a los británicos. Fue la primera ocasión, pero no la última, en que la España de Franco

Otra contribución española a la causa del Eje sería el reclutamiento y envío de la 250. *Einheit spanischer Freiwilliger* de la *Wehrmacht*, más conocida como División azul (*Blaue Division*) que combatió entre 1941 y 1943, en el Frente oriental contra la Unión Soviética. Para justificar tal iniciativa Ramón Serrano Suñer pronunció desde la sede de la Secretaría General del Movimiento, en la calle de Alcalá de Madrid, el 24 de junio de 1941 un discurso en el que destacaban sus famosas palabras: «¡Rusia es culpable! Culpable de nuestra guerra civil. Culpable de la muerte de José Antonio, nuestro fundador, y de la muerte de tantos camaradas y tantos soldados caídos en aquella guerra por la agresión del comunismo. El exterminio de Rusia es una exigencia de la historia y del provenir de Europa²⁰³.» El 13 de julio, partían desde la Estación del Norte de Madrid los primeros voluntarios hacia el frente ruso y cuatro días más tarde, ante el Consejo Nacional de FET y JONS, Franco corroboró las palabras de Serrano Suñer aunque de forma más matizada, con arreglo a su carácter ambiguo, en un discurso que fue íntegramente publicado en la prensa y tuvo una amplia reper-

violó una supuesta neutralidad que luego pretendería haber mantenido durante todo el conflicto... La interpretación que la propaganda —e incluso una parte de la historiografía de la época final del franquismo— hizo acerca de la posición de las autoridades españolas en esta fase de la guerra, consistió en afirmar que la Alemania victoriosa presionó inmediatamente a España para obtener su intervención en la guerra mundial, que esa presión fue muy insistente y duradera pero no consiguió romper la encarnizada resistencia de Franco. Pero la realidad es que, a partir de la victoria de Alemania sobre Francia, hubo una identificación absoluta de los dirigentes españoles con la causa del Eje, que se prolongó, con matices e intermitencias, hasta entrado el año 1944; como veremos más adelante, la presión alemana para lograr la intervención española, aunque fuerte durante algunas semanas, tampoco fue muy duradera. En cualquier caso, quien tomó la iniciativa para la posible entrada española en la guerra no fue Alemania, sino los propios dirigentes de la España de Franco. En efecto, a mediados de junio de 1940, Franco envió al general Vigón a entrevistarse con Hitler y mostrarle su disponibilidad para convertirse en beligerante, a pesar de sus dificultades de aprovisionamiento. En esta ocasión, por vez primera, España mencionó unas reivindicaciones territoriales que luego reaparecerían en meses posteriores». Vid. TUSELL, J., *Franco: biografía y praxis...* cit., pp. 59 y ss. El alineamiento de Franco con Mussolini e Hitler puede verse en 1937, en el Decreto núm. 375 por el que se concede el título de Gran Caballero y el Collar de la «Gran Orden Imperial de las Flechas Rojas» al Duce de Italia, y fundador de su Imperio, Benito Mussolini. *BOE* núm. 349, de 4 de octubre de 1937, p. 3666. También en el Decreto núm. 376., por el que se otorga el título de Gran Caballero y el Collar de la «Gran Orden Imperial de las Flechas Rojas» al *Führer* Canciller de la Nación Alemana, Adolfo Hitler. *BOE* núm. 349, de 4 de octubre de 1937, pp. 3666 a 3667

²⁰³ Concluía su discurso de forma aun más radical: «El exterminio de Rusia es exigencia de la Historia y del porvenir de Europa». Para la crónica del discurso *ABC* del 25 de junio de 1941, núm. 11.024, p. 3. Serrano Suñer reiteró el mensaje desde entonces varias veces. Concretamente el 28 de octubre de 1941 en Radio Nacional de España Ramón Serrano Suñer concluía de una forma aún más contundente: «La victoria está próxima y es ya inminente. La justicia divina amenaza implacable a la horda que desterrara al (*sic*) Cristo de los corazones humanos. Y está próximo el día en que, aplastado para siempre el horror bolchevique, la Historia recobre su cauce de trabajo y cultura, despertado de la trágica pesadilla de la que Rusia es culpable». Transcripción de la «Alocución anticomunista del Excelentísimo señor Presidente de la Junta Política y Ministro de Asuntos Exteriores, don Ramón Serrano Suñer» en *ABC* del miércoles 29 de octubre de 1941. Edición de la mañana, p. 13.

cusión en Europa, en el momento en que el nazismo y el estalinismo iniciaban su enfrentamiento militar²⁰⁴».

El anticomunismo visceral de Franco daba pues oficialmente sentido a la sublevación del 18 de julio de 1936. Un cálculo en el que Franco acertó pues a la postre la admisión de su régimen, tras el inicio de la Guerra fría, sería consecuencia de su firme e inequívoco anticomunismo, que fue debidamente valorado por el Gobierno de los Estados Unidos desde 1947, en el momento en el que la puesta en marcha del Plan Marshall separó a la Rusia estalinista de sus antiguos aliados occidentales²⁰⁵. No hay que olvidar que la lucha contra el comunismo constituía uno de los pilares esenciales de la campaña electoral de Truman en 1948, en la que derrotaría al candidato republicano Dewey por un estrecho margen de votos. El apoyo norteamericano se convirtió desde entonces en la salvación del régimen de Franco, pues le garantizó el reconocimiento internacional²⁰⁶. Más tarde, Eisenhower se situaría en la misma línea al instar la suscripción de los acuerdos bilaterales con los Estados Unidos de septiembre de 1953, y visitar oficialmente España el 21 de diciembre de 1959, lo que supuso el espaldarazo definitivo al régimen de Franco, que pasó a ser admitido internacionalmente tras superar el aislamiento de 1946.

Ello no impidió que una vez consolidada su posición en el ámbito internacional, Franco llegara a abrirse pragmáticamente a una colaboración con la Unión Soviética. De hecho es importante destacar que Rusia nunca reconoció a la República en el exilio²⁰⁷.

²⁰⁴ El discurso fue recogido en el *ABC* del 18 de julio de 1941, núm. 11.044, pp. 22 y 23.

²⁰⁵ Para los norteamericanos, el resultado del referéndum del 6 de julio de 1947 por el que Franco sometió a aprobación la Ley de Sucesión en la Jefatura del Estado fue determinante para poder vestir formalmente que el régimen de Franco se alejaba de la autocracia. En el referéndum votó el 89% del electorado. Hubo un 93% de votos afirmativos, un 4,7% fueron partidarios del «no» y un 2,3% de votos fueron en blanco o nulos.

²⁰⁶ Un aspecto exhaustivamente tratado por URBANO, P., en «La gran mentira de Truman», en *El precio del trono* Planeta, Barcelona, 2011, pp. 124-131.

²⁰⁷ De hecho hubo «contactos subterráneos entre el régimen franquista y la Unión Soviética en los años cuarenta y cincuenta». La carta que Kruschev dirige a Franco en 1961 aludiendo a los problemas mediterráneos venía a ser una especie de reconocimiento tácito del régimen por parte de la URSS. A partir de 1966 los países del Este se mostraron dispuestos a mantener relaciones con España, y aunque el PCE hizo todo lo posible por retrasarlas, a fines de la década el proceso de establecimiento de relaciones comerciales resultó ya imparable. En la época de Castiella se iniciaron con Rumania (1967) y después siguieron Polonia (1969), Bulgaria y Checoslovaquia (1970). Desde 1967 los pesqueros rusos empezaron a recalar en Canarias. Ya en 1970 López Bravo se detuvo en Moscú para mantener un contacto directo con las autoridades soviéticas, pretextando una escalada técnica, y meses después tuvo un contacto directo en Nueva York con el Ministro de Asuntos Exteriores de la URSS; dos años después se firmó un tratado comercial con este país. En 1973 visitó España el Ministro de Pesca ruso y hubo también contactos con la China Popular. A las relaciones comerciales les siguieron las plenas: la primera Embajada española en un país del Este fue establecida en la Alemania Democrática. La espectacularidad del establecimiento de estas relaciones diplomáticas no puede hacer olvidar, sin embargo, que en realidad representaban relativamente poco, incluso desde el punto de vista comercial, para una España integrada cada vez más en Occidente. TUSELL, Javier, *Franco: biografía y praxis...*, p. 278. «La política exterior del régimen franquista obedecía a una línea personalista y anticomunista del "caudillo" Franco. En los informes de Exteriores sobre la URSS que remitían las legaciones españolas en el extranjero se

B) LA CARACTERIZACIÓN DEL NUEVO ESTADO

Las circunstancias internacionales aseguraron pues que un régimen provisional, surgido de una sublevación militar dirigida inicialmente por una *Junta de Defensa Nacional*, se convirtiese en un «nuevo Estado» con la hechura personal de Franco, al que la Junta de generales le entrega todos los poderes del Estado, en un principio mientras dure la guerra. No obstante, este nuevo Estado surgido mediante un simple Decreto de una junta militar va consolidándose de forma improvisada bajo la dirección de un Generalísimo de todos los ejércitos que se convierte subrepticamente en Jefe del Estado desde el 1 de octubre de 1936, y que adquiere la plena competencia legislativa desde el 30 de enero de 1938.

Franco se apoya a la hora de legitimar su régimen en la ideología de Falange, de la mano de Serrano Suñer, que es el máximo representante del fascismo en esta primera etapa. Sin embargo no se somete a los distintos grupos ideológicos que le apoyan y desde el 19 de abril de 1937, crea un partido único y empieza concretar los rasgos de esa amalgama llamada vagamente Movimiento, en clara alusión al «Alzamiento» del 18 de julio, que se convierte esencialmente en un instrumento a su servicio.

Si Franco no siguió, pues, las directrices ideológicas de Falange es preciso preguntarse ¿qué modelo siguió a la hora de configurar el «Nuevo Estado»? Algo que puede atisbarse de modo especialmente revelador en los primeros años de su régimen, en el turbulento período de la Guerra Civil. Por eso es interesante analizar aunque sea brevemente cuáles fueron los rasgos más característicos del Estado franquista en el período inicial que abarca nuestro estudio.

acentuaba el papel de ayuda soviética a la disidencia. Hecho utilizado con fines propagandísticos a favor del régimen franquista para la perpetuación del cliché "Rusia es culpable" y su peligrosidad, aunque a efectos prácticos, no se soslayaron los intercambios en el ámbito comercial y, de manera más tímida, los culturales, puesto que estos eran los más perniciosos para los principios del régimen. Por otro lado, también recopilaban las noticias en prensa internacional acerca de las relaciones entre el régimen franquista y el soviético en la prensa internacional que en los cincuenta atestiguaban unas relaciones hispano-soviéticas menos tensas, incluso de una moderación del discurso por parte española, dados los intereses recíprocos a escala económica, que probaba un comercio ya existente y de ahí la interpretación desde la Agencia Alemana DPA de un futuro ingreso de España en la ONU sin oposición soviética. No se trataban de noticias aisladas puesto que *París Match*, en su edición del 7 de abril de 1954, también destacaba el apaciguamiento de las relaciones hispano-soviéticas por idénticos motivos... Las relaciones comerciales con la Europa del Este y la URSS eran un hecho conocido extraoficialmente, pero silenciado. Desde antes de 1950, según apunta J. GORKIN, hubo suministros de wolframio a la Unión Soviética por medio de Polonia y Checoslovaquia como un posible pago a Stalin, por no exigir este la comparecencia de Franco ni de Muñoz Grandes en el tribunal de Nuremberg. En 1960 ambos países se intercambian las llamadas "Cartas Boado", aunque de contenido genérico permiten desarrollar las relaciones comerciales a través de terceros países.» GARRIDO, M., «Las relaciones hispano-soviéticas en la propaganda e informes diplomáticos sobre el franquismo» en LANERO TÁBOAS, D., (coed.) VII *Encuentro de Investigadores sobre el franquismo*. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2011, pp. 280-289. También en este sentido, PRESTON, P., «Franco y la elaboración de una política exterior personalista: (1936-1953)» en *Historia contemporánea*, ISSN 1130-2402, núm. 15, 1996, pp. 193-210. (Ejemplar dedicado a: Nombres propios para una diplomacia)

Franco recabó todos los poderes y se hizo un Estado a la medida de sus convicciones, aunque fue evolucionando de forma considerablemente pragmática adaptándose a las circunstancias, lo que a la postre, le permitió ocupar la Jefatura del Estado prácticamente hasta su muerte. El nuevo Estado es pues un producto personal de Franco. No es un Estado totalitario sino autoritario, en consonancia con el espíritu militar²⁰⁸ y antiliberal de Franco. Era más bien un Estado tradicionalista, basado en las instituciones y épocas más gloriosas de nuestro pasado: la España imperial. Un estado por otra parte formalmente «social» en consonancia con los planteamientos ideológicos de la época en la que surge, cuando la prioridad era la protección social de los desfavorecidos, para evitar el triunfo de una revolución de corte soviético. Un Estado centralista y unificado, aunque paradójicamente respetase las singularidades forales de los territorios históricos que se sumaron al «Alzamiento» como Navarra y Álava. Un Estado confesional, pues Franco era un ferviente católico.

Un Estado autoritario y antiliberal

Franco a la hora de configurar su «Nuevo Estado» se diferenció de Mussolini y de Hitler porque al principio ni se preocupó por salvar las apariencias de un régimen parlamentario. Sin duda amparado por el «estado de guerra» en el que surgió, Franco suprimió de un plumazo las elecciones y los partidos políticos –de izquierdas desde el 25 de septiembre de 1936, y de derechas desde el Decreto de unificación del 19 de abril de 1937–. También rechazó cualquier atisbo de asamblea que evocase el régimen parlamentario, pues el Consejo Nacional del Movimiento, creado el 2 de diciembre de 1937, como una pálida imitación del Gran Consejo Fascista mussoliniano, era un órgano al servicio de Franco en la medida en que el Generalísimo nombraba a todos sus miembros²⁰⁹.

El ideario político de Franco no está claro al iniciarse la Guerra civil. La primera vez en la que trata de concretar sus convicciones políticas es en el mes de diciembre de 1937, significativamente en un momento difícil para el bando «nacional», cuando la 11.^a división de Líster ataca por sorpresa la ciudad de Teruel con 40.000 hombres y 125 cañones. Para hacer frente a la contrariedad de Mussolini y al enfado de Hitler el «Generalísimo», tras ordenar la reconquista de Teruel y acumular las fuerzas necesarias para lograr una absoluta superioridad en el terreno militar, empezó a hacer declaraciones públicas en el ámbito internacional en las empezó a concretar su hasta entonces difuso ideario político. Destaca en este sentido la ya mencionada entrevista de William P. Carney publicada el 26 de diciembre de 1937 en el *New York Times*, en la que Franco expone que «Los españoles participarán en el Estado a través del desempeño de

²⁰⁸ Como nota curiosa Franco escribió un texto poco conocido en el que exponía sus nociones de estrategia y táctica militar. Vid. FRANCO BAHAMONDE, Francisco, *ABC de la batalla defensiva: aportación a la Doctrina*. [s.n.], (Imp. del Servicio Geográfico del Ejército) Madrid, 1944.

²⁰⁹ Aunque en teoría el Consejo Nacional del Movimiento era un organismo llamado a desempeñar funciones legislativas, en la práctica solo desempeñó funciones consultivas. En cualquier caso siempre estuvo totalmente sometido a Franco que nombraba –y podía cesar– a sus 48 miembros. THOMAS, H., *La Guerra civil española* cit. p. 808.

sus funciones municipales y sindicales, pero no como representantes de los partidos políticos, porque hemos abolido implacablemente el viejo sistema parlamentario... con sus males conocidos: sufragio inorgánico y lucha entre grupos políticos²¹⁰». Era la llamada «democracia orgánica», idea que por supuesto no era original de Franco, pues fue inicialmente adoptada en Italia, lo que no impidió que recibiera el beneplácito en España de destacados intelectuales, republicanos, como Fernando de los Ríos o Salvador de Madariaga, o monárquicos, como Pedro Sañz Rodríguez. Una circunstancia que justificó a la postre, su inclusión en el programa de Falange, cuando a Franco le pareció conveniente que el régimen se articulase además en torno al partido único del *Movimiento Nacional*, integrador de los partidos sublevados: falangistas, ex cedistas, monárquicos alfonsinos y tradicionalistas.

Dicho esto, es preciso reconocer que el autoritarismo de Franco nunca estuvo reñido con un eficaz pragmatismo, que le llevó a tratar de adaptarse siempre a las circunstancias. De hecho, cuando Carney le preguntó en diciembre de 1937, si establecería una dictadura una vez terminada la guerra, Franco lo rechazó rotundamente con el argumento de que la palabra «dictadura» era «incompatible con los designios y aspiraciones de una nación que nunca encargaría en moldes extranjeros²¹¹». Ello explica que en la definición de los rasgos ideológicos del régimen, e incluso en su juridificación, Franco interviniese por lo general siempre *a posteriori*, cuando entendía que ello podía servir para consolidar su poder al frente del Estado. Por ello, el «Generalísimo» solo se preocupó de enmascarar la autocracia de su régimen cuando la estrella de Hitler empezó a declinar, y se dio cuenta de que la supervivencia de su régimen se vería amenazada en caso de que los aliados ganasen la guerra. Es significativo que cuando los rusos empiezan a frenar a Hitler en Stalingrado, y los norteamericanos a los japoneses tras la batalla de Midway, y los generales Kindelán, Orgaz, Aranda y García Escámez se pronuncian abiertamente en favor de una restauración monárquica, en diciembre de 1941, Franco no duda en adaptarse a las circunstancias, creando el 20 de julio de 1942, sus propias Cortes. Una medida puramente cosmética dirigida a dar a su régimen una apariencia de parlamenta-

²¹⁰ «All Spaniards will participate in the discharge of its usual municipal and sindical functions, but they will not participate as representatives of political parties, because we have abolished implacably the old parliamentary system of multiple political parties with its well known evils –inorganic suffrage and the struggle of conflicting factions». CARNEY, W. P., *Franco tells*. cit. Sobre los orígenes del conservadurismo pragmático de Franco, ORELLA MARTÍNEZ, J. L., «La influencia de Cánovas del Castillo en el régimen del general Franco» en *Cánovas y su época: actas del Congreso, Madrid 20-22 de noviembre de 1997*. Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1999. 2 vols. V.I. pp. 533-545.

²¹¹ «After recalling that he already has established a single political party of which he is the perpetual chief and which would have no opposition, the generalissimo "sic" was asked to go definitely on record as to whether he intended to set up a dictatorship after the war. "Absolutely not", he asserted. "Spain eventually will fashion the best form of government suited to her after she is freed from all outside un-Spanish influences. The word dictatorship is not compatible with the design and aspirations of a nation which never would fit into foreign molds". CARNEY, W. P., *Franco tells*, cit. Ello no le impidió en la misma entrevista afirmar sin ambages que «our new State is to be a totalitarian instrument at the service of national integrity». *Ibidem*.

rismo meramente formal, ya que la nueva asamblea era simplemente, un «órgano de colaboración»²¹².

Tras la derrota alemana en la primavera de 1945, Franco trató de evitar las represalias internacionales contra su régimen, mediante la aprobación del principio de las consultas populares. Fue el origen de la Ley de Referéndum, aprobada el 22 de octubre de 1945²¹³. Una norma que no impediría a la postre el aislamiento internacional del régimen. Al menos hasta que la Guerra fría y la importancia estratégica de España llevó a los norteamericanos a rescatar a Franco para la causa anticomunista.

Al romperse el aislamiento español, Franco trató de consolidar la apariencia jurídica de que el Nuevo Estado era un Estado de derecho, completando y estructurando su singular «constitucionalismo», plasmado en ese conjunto de normas que fueron surgiendo al albur de los avatares del régimen, y que solo recibieron una articulación definitiva con la Ley Orgánica del Estado de 1967. Estas normas recibirían sin embargo, el nombre significativo de «Leyes Fundamentales», para poner de relieve su alejamiento del concepto clásico de constitución decimonónica, propia de una democracia parlamentaria decadente que Franco, como Mussolini, Hitler, Stalin o Petain, rechazaban de plano²¹⁴.

Un Estado tradicionalista

Franco consideraba que el Estado liberal era el responsable de la decadencia española. Por eso, se muestra contrario a la fórmula parlamentaria y defiende las instituciones de la «época dorada» en la que España fue líder del mundo. En las declaraciones ya comentadas, que hace al periodista norteamericano William P. Carney, publicadas en el *New York Times* del 26 de diciembre de 1937, a la pregunta de si el Estado Nacionalista que dirige podría parecerse

²¹² La misión de las Cortes creadas en 1942, era la «preparación y elaboración de las Leyes», teniendo en cuenta que correspondía al Jefe del Estado la sanción de unas normas que el Caudillo podía devolver a las mismas Cortes para un nuevo estudio cuando lo estimase oportuno. Las Cortes no se constituirían hasta el 17 de marzo de 1943. Luis Sánchez Agesta califica las Cortes franquistas como «una asamblea representativa, legislativa y deliberante» que no se correspondían con una asamblea parlamentaria de cuyo seno emana un órgano de gobierno controlado por la propia cámara. Vid. SÁNCHEZ AGESTA, L., *Curso de Derecho Constitucional comparado*, 7.ª ed. rev., reimp., Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988, p. 490.

²¹³ *BOE*, núm. 297, de 24 de octubre. La norma se promulgaba, según la exposición de motivos, «con el fin de garantizar a la Nación contra el desvío que la historia política de los pueblos viene registrando de que en los asuntos de mayor trascendencia o interés público, la voluntad de la Nación pueda ser suplantada por el juicio subjetivo de sus mandatarios. Eso sí, la oportunidad y trascendencia de la consulta dependían totalmente de la discrecionalidad del Jefe del Estado, en virtud de las Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939. Normas que otorgaban la potestad legislativa plena al Jefe del Estado. Eran consultados «todos los hombres y mujeres de la Nación mayores de veintiún años» (artículo segundo).

²¹⁴ Sobre las circunstancias en las que se produce la institucionalización definitiva del Régimen por el cauce de las Leyes Fundamentales, es muy interesante el testimonio que ofrece Gonzalo FERNÁNDEZ DE LA MORA, que sin duda, fue el «ideólogo» del franquismo tardío, en sus interesantes memorias que obtuvieron el Premio Espejo de España en 1995. Vid FERNÁNDEZ DE LA MORA, G., *Río arriba.: memorias: evocación comprometida de tres cuartas partes del siglo XX español*. Planeta, Barcelona, 1995, pp. 102-107.

a los regímenes totalitarios corporativistas de Italia, Alemania o Portugal, Franco contestó: «España tiene su propia tradición, y la mayoría de las fórmulas modernas que pueden encontrarse en los países totalitarios se encuentran ya incorporadas en el pasado de nuestro país. Nuestro régimen, que se perfecciona día a día, revivirá en forma moderna dichas instituciones que fueron interrumpidas por el régimen liberal que provocó para España la pérdida de lo que le quedaba de imperio²¹⁵. Y cuatro años más tarde, en el discurso que pronuncia el 17 de julio de 1941, afirma: «Evidentemente desde el interior de nuestra Patria no puede percibirse la verdadera dimensión de nuestro Movimiento. Solo analizando la Historia de nuestra nación hasta el glorioso día de nuestro Alzamiento, podemos darnos cuenta de su trascendencia y de su grandeza. Si examinamos la forma torpe y vergonzosa en que perdimos nuestro Imperio y la indiferencia ante la catástrofe de aquellas generaciones, comprenderemos adónde nos hubiera arrastrado el proceso de descomposición de nuestra Patria, a que puso término nuestro Alzamiento²¹⁶».

Es muy ilustrativo del sentido de este entroncar con la tradición de la época «más gloriosa» de la Historia de España, el Decreto dado en febrero de 1938 por el Ministerio del Interior, que ostentaba a la sazón Ramón Serrano Suñer, por el que se fija el escudo del Nuevo Estado. Destaca especialmente su larguísimo preámbulo en el que se hace un recorrido histórico pormenorizado del blasón de armas, emblema del Estado Español, «en la medida en que ha venido reflejando en su composición las vicisitudes históricas del mismo Estado». Se destaca en dicho preámbulo, una primera etapa que dura hasta comienzos del siglo XIX en la que «venían a ser símbolo del poder público las armas privativas y familiares de nuestros reyes». Otra etapa distinta se iniciaría «en virtud de los cambios políticos del siglo XIX», cuando «el Estado español deja de confundirse con la casa reinante». Y una tercera etapa se iniciaría «al instaurarse, por la gloriosa revolución nacional de 1936 un nuevo Estado radicalmente distinto en sus esencias de aquel al cual ha venido a sustituir». Para dicha etapa, es preciso fijar un blasón que resuma «todo lo sustancial de la Tradición Española, un emblema que sea compendio de nuestra historia y que en su belleza refleje la belleza de la España inmortal²¹⁷».

²¹⁵ El artículo está redactado en Salamanca, ciudad en la que se encontraba Franco, y comienza con una descripción del día a día de Franco en su cuartel general salmantino y una descripción de su historial militar. Luego aparecen las contestaciones de Franco a las preguntas de Carney. «Asked if the form of government he envisaged for a future Nationalist State might resemble the totalitarian corporative regimes of Italy, Germany and Portugal, Franco answered: «Spain has her own tradition, and the majority of the modern formulas to be found in the totalitarian countries can be found already to have been incorporated in our country's past. Our regime, which day to day is being perfected, will revive in modern form those institutions which were interrupted by the liberal regime which caused the loss to Spain of the remains of her empire». CARNEY, William P., *Franco tells*. cit. .

²¹⁶ ABC, núm. 11.044, del 18 de julio de 1941, p. 22.

²¹⁷ Decreto de 2 de febrero de 1938. BOE núm. 470 de 3 de febrero, pág. 5578. El 27 de febrero de 1937 el Gobierno de Burgos había recuperado como himno nacional «La Marcha de Granaderos» que sustituyó desde entonces al republicano Himno de Riego, mientras el Oriamendi carlista y el himno de la Legión se convertían en «cantos nacionales». Decreto núm. 226, BOE núm 131, de 28 de febrero de 1937.

La añoranza de la época en la que España lideraba el mundo para Franco se convierte pues, en la esencia del Nuevo Estado. Algo que resulta meridianamente claro en el discurso que el «Generalísimo» pronuncia el 17 de julio de 1941, en el que sitúa claramente la legitimidad del Movimiento en que constituye la reacción contra las generaciones que hundieron la grandeza de la España imperial: «Evidentemente desde el interior de nuestra Patria no puede percibirse la verdadera dimensión de nuestro Movimiento. Solo analizando la Historia de nuestra nación hasta el glorioso día de nuestro Alzamiento, podemos darnos cuenta de su trascendencia y de su grandeza. Si examinamos la forma torpe y vergonzosa en que perdimos nuestro Imperio y la indiferencia ante la catástrofe de aquellas generaciones, comprenderemos adónde nos hubiera arrastrado el proceso de descomposición de nuestra Patria, a que puso término nuestro Alzamiento»²¹⁸. Esta visión que convierte al «Caudillo» y «Generalísimo» en redentor del honor menoscabado y en el elegido que devolverá la grandeza a la España deshonrada, queda patentemente reflejado en la película *Raza* (1941), cuyo guión era del propio Franco, aunque lo firmó con el pseudónimo de Jaime de Andrade²¹⁹.

¿Un «Estado social»?

Desde el primer momento, Franco adopta de Falange el contenido social del Movimiento. En el discurso que Franco pronuncia el 17 de julio de 1941, dice taxativamente que «tan despreciable es para nuestra obra el rojo materialista, como el burgués frívolo, el traficante codicioso o el aristócrata extranjerizado»²²⁰. El Estado franquista fue un Estado social, sin duda, enmarcado en el trasfondo que caracteriza todos los regímenes dictatoriales europeos antisoviéticos de la época.

Primero, en la Italia fascista, donde aparece la «Carta del Lavoro» mussoliniana de 21 de abril de 1927, reforzada por la Ley sobre corporaciones de 5 de febrero de 1934, la creación de una «cartilla laboral» obligatoria para los trabajadores asalariados y la puesta en práctica de la idea de los sindicatos verticales,

²¹⁸ Discurso del 17 de julio de 1941, *ABC* del 18 de julio, n.º 11.044, pág. 22.

²¹⁹ Dirigida por José Luis Sáenz de Heredia, quien también redactó el guión con el propio Franco. Con Alfredo Mayo, Ana Mariscal, y José Nieto, entre otros, como protagonistas. Concluida la película, Franco ordenó una primera proyección privada en la que el Generalísimo se colocó junto al director. Al finalizar la proyección, Franco con los ojos humedecidos le dijo «Muy bien, Saénz de Heredia, usted ha cumplido». Se estrenó públicamente en Madrid el 5 de enero de 1942. La película ha sido objeto de estudio para analizar la personalidad de Franco a través del celuloide. Véase GUBERN GARRIGA NOGUÉS, R., *Raza: Un ensueño del general Franco*. Ediciones 77, Madrid, 1977 y BERTHIER, N., *Le franquisme et son image: Cinéma et propagande*, Presses Universitaires du Mirail, Toulouse, 1988. Más recientemente, se ha ocupado del tema REIG TAPIA, A., «La autoimagen de Franco: La estética de la raza y el imperio» en *Archivos de la filmoteca: Revista de estudios históricos sobre la imagen*, ISSN 0214-6606, núm. 42-43, 1, 2002, pp. 96-121. Última ed. de la película, Divisa, Valladolid, 2006. QUINTANA, Á., *Construcción y deconstrucción documental de un mito: sobre «Franco, ese hombre» y «Raza, el espíritu de Franco»*. *Ocho y Medio*, Madrid, 2001, pp. 203-210.

²²⁰ *ABC* del 18 de julio de 1941, n.º 11.044, pág. 22.

en los que el principio de la lucha de clases es sustituido por el de la defensa corporativa²²¹. Un planteamiento que se refuerza con las importantes inversiones en obras públicas y el desarrollo de la industria armamentística con los que el *Duce* trata de relanzar la economía italiana.

Con un objetivo similar, Salazar promulga en Portugal el «Estatuto del Trabajo Nacional» de 1933²²², mientras en Francia ya en la Ley de 10 de julio de 1940, por la que las dos cámaras legislativas liquidaban la Tercera República, se mencionaba igualmente el trabajo como una de las prioridades del Nuevo Estado²²³. Finalmente, en Alemania, una de las claves del éxito de Hitler fue la adopción de una política de economía dirigida y de inversiones públicas, que puso fin a la grave crisis que acabó con la República de *Weimar* y produjo entre 1934 y 1939, una sensación de euforia en la opinión pública alemana que hizo aumentar considerablemente la popularidad del *Führer*.

Franco siguió la misma senda, teniendo en cuenta el precedente de Primo de Rivera, cuyo régimen adoptó por vez primera en España una política con tintes marcadamente sociales. Es significativo que el 9 de marzo de 1938, en un momento psicológicamente clave como fue la reconquista de Teruel, y pocas semanas después de que Franco nombrase el primer gobierno estable del Nuevo Estado, el Caudillo mandó promulgar el «Fuero del Trabajo», un compendio de principios «contra el capitalismo liberal y el materialismo marxista» por el que se pretendía subordinar la economía a la política» en una ley que «acude al plano de lo social con la voluntad de poner la riqueza al servicio del pueblo español, subordinando la economía a su política²²⁴».

²²¹ Sobre la relación entre los regímenes militares-corporativos y los regímenes fascistas *vid.* GÓMEZ NAVARRO, J. L., *El régimen de Primo de Rivera: Reyes, dictaduras y dictadores* Cátedra, Madrid, 1991, pp. 94-100.

²²² ZAFRA VALVERDE, J., *Régimen político de España* Universidad de Navarra, Pamplona, 1973, p. 183. Aquí el autor considera este texto legislativo portugués, como una de las fuentes del Fuero del Trabajo, junto a la «Carta del Lavoro» de Mussolini.

²²³ «Esta Constitución deberá garantizar los derechos del Trabajo», que significativamente antepone a la Familia y a la Patria. Sobre las peculiaridades del modelo corporativista del Estado francés en la época del régimen de Pétain concebido como forma de soslayar la lucha de clases y el principio de la competencia impuesto por el capitalismo liberal *Vid.* PAXTON, Robert O., *La France de Vichy* cit. pp. 204-213.

²²⁴ Es profundamente significativo que Franco en su discurso de investidura de 1 de octubre de 1936, precisara ya que «En su aspecto social, el trabajo tendrá una garantía absoluta, evitando que sea servidumbre al capitalismo y que se organice como clase, adoptando actitudes combativas que le inhabiliten para colaboraciones conscientes». Texto en ANDRÉS-GALLEGU, J., *¿Fascismo o Estado católico?* cit. p. 28. El desarrollo de la concepción social del Nuevo Estado se resumió con carácter propagandístico en el folleto *Estado Nacional Sindicalista: puntos programáticos del Nuevo Estado: El Fuero del Trabajo* Salamanca: [s.n.], 1938 (Imprenta Provincial). Sobre la valoración jurídica del Fuero del Trabajo es muy interesante el artículo de LEGAZ LACAMBRA, L., «El Fuero del Trabajo como fuente del Derecho» en *Revista del Trabajo*, n.º 5, 1940, Vol. I, págs. 192-198. Para su valoración en el contexto del sindicalismo falangista, GAY DE MONTELLÁ, R., *El fuero del trabajo y el sistema del Estado sindical corporativo*. Ed. Santarén, Valladolid, 1939. También MOLINA NAVARRETE, C., «Legislación social y franquismo: evolución del «modelo autoritario-paternalista» de relaciones laborales en el «estado nacional sindicalista» en CRUZ ARTACHO, S., (Ed.) *El mundo del trabajo en la conquista de las libertades*. Universidad de Jaén, Jaén, 2011, pp. 115-156.

El tinte marcadamente social que adopta el Nuevo Estado, se consolidaría con dos medidas: la creación de los Sindicatos del Movimiento, por Decreto de 21 de abril de 1938, cuya finalidad era «realizar los ideales políticos de nuestra Revolución Nacional Sindicalista en el campo de la economía»²²⁵, y el surgimiento de una jurisdicción específica para la defensa de los intereses de los trabajadores: la Magistratura de Trabajo, creada por un Decreto de 13 de mayo de 1938²²⁶, y consolidada mediante la Ley Orgánica de 17 de octubre de 1940, que estableció las funciones del nuevo tribunal como única institución jurisdiccional contenciosa en la rama social del derecho²²⁷. Por otra parte, el 1 de mayo pasó a convertirse en la Fiesta del Trabajo, una celebración que Franco en persona presidía cada año²²⁸.

El Nuevo Estado completaba así sus rasgos esenciales con un perfil «corporativista», ya anunciado por Franco en el largo discurso de investidura que pronunció en Burgos el 1 de octubre de 1936, y en el que destacaba como el trabajo debía gozar de una garantía absoluta, a fin de evitar que estuviera sometido al capitalismo o que, organizado en clase social, adoptase una actitud «combativa y amarga». Por supuesto, aprovechó la misma alocución para anunciar que España se organizaría dentro de una amplia concepción totalitaria, mediante sus instituciones naturales, y la instauración de un régimen jerárquico en el que la voluntad nacional se manifestaría llegado el momento por la vía de organismos técnicos y corporaciones «que enraizados en la entraña misma del país representan de una manera auténtica su ideal y sus necesidades»²²⁹.

Un Estado unitario *sui generis*

Franco fue en principio un encendido adversario de los nacionalismos separatistas, y por ello el Estado franquista, a diferencia del «Estado integral» de la Segunda República era un Estado centralista y unitario. Sin embargo, desde una

²²⁵ Artículo cuarto del Decreto del Ministerio de Organización y Acción Sindical. *BOE* núm. 550 de 24 de abril de 1938. Era claramente un sindicato vertical, que monopolizaba la acción sindical ya que en el artículo séptimo del Decreto se prohibía expresamente «la constitución de nuevos sindicatos o asociaciones cuya finalidad sea la defensa de intereses profesionales o de clase».

²²⁶ *BOE* núm. 589 de 3 de junio de 1938. En el mismo *BOE* se designaban los primeros magistrados del trabajo mediante una Orden de Pedro González Bueno a la sazón Ministro de Organización y Acción Sindical.

²²⁷ *BOE* núm. 308, de 3 de noviembre de 1940. En el artículo primero de la Ley se disponía que los magistrados del trabajo debían intervenir «en cuantos conflictos individuales se originen entre los diversos elementos de la producción, no solo en el aspecto de las reclamaciones de índole civil, sino juzgando y sancionando los actos de aquellos que, en el campo del trabajo, perturben el orden establecido o simplemente observaren conducta incompatible con el honor profesional».

²²⁸ Para una valoración global de la dimensión social del régimen de Franco, RUIZ RESA, J. D., *Trabajo y franquismo*, Ed. Comares, Granada, 2000.

²²⁹ Para la transcripción del discurso que Franco pronuncia en Radio Castilla la noche del 1 de octubre de 1936, *vid.* ANDRÉS-GALLEGO, J., *¿Fascismo o Estado católico?* cit. p. 28. Según Max Gallo, en este primer discurso tras su llegada al poder, Franco se oculta tras temas clásicos del momento como el fin de la lucha de clases, un Estado jerárquico y totalitario, el corporativismo, o el Estado como valor supremo. *Vid.* GALLO, Max *Histoire de l'Espagne franquiste*, Marabout Université, Verviers, 1969, 2 vols. V. I, pp. 48-49.

perspectiva jurídica ello fue más la manifestación de un castigo por su rebeldía contra el Estado, legitimada por el «derecho de conquista», que un planteamiento ideológicamente apriorístico.

Es cierto que Franco a priori, estaba en contra de los nacionalismos separatistas, y a favor de un Estado radicalmente centralizado. Sin embargo, se mostró más que dispuesto a respetar las diferencias jurídicas y constitucionales derivadas de la tradición histórica en aquellos territorios que le habían sido fieles en su levantamiento contra el Frente Popular. Por ello, tras la ocupación de Bilbao por las tropas nacionales, el 20 de junio de 1937, Franco promulgó tres días después un Decreto-ley por el que anulaba expresamente el régimen especial de Guipúzcoa y Vizcaya –concretamente se suprimió el «régimen de concierto económico vigente desde 1876–. No obstante, este régimen privilegiado fue preservado por el propio Franco para la «lealísima Navarra» y para Álava, que conservó sus peculiaridades constitucionales en la medida en que «no participó en acto alguno de rebeldía»²³⁰. Aún en 1973, Franco utilizaría la vía de las «leyes de prerrogativa» para aprobar la aún vigente *Compilación navarra de Derecho civil*²³¹.

En definitiva, Franco logró la cuadratura del círculo al crear lo que Bartolomé Clavero denomina el engendro del Estado centralista y foral²³². Una manifestación más del acendrado pragmatismo desideologizado del que siempre hizo gala el «Generalísimo».

¿Un Estado confesional?

Uno de los rasgos más característicos de la personalidad de Franco era su condición de católico practicante y desde luego, de creyente. Lo que desde un punto de vista político le hizo adoptar una cierta visión mesiánica de su papel como salvador de España, de la decadencia Borbónica y del peligro comunista.

Franco estaba convencido de que la «divina providencia» le había situado en donde estaba. De hecho, no fue él quien inició el levantamiento militar de julio de 1936. Desde luego no fue una de las cabezas visibles y hasta el último momento, dudó en sumarse a los sublevados²³³. Fueron figuras mucho más destacadas de

²³⁰ Decreto-ley del 23 de junio de 1937. *BOE* núm. 247 del 24 de junio. En el artículo cuarto se declaran expresamente subsistentes el Decreto de 9 de junio de 1925, y el reglamento correspondiente de 24 de diciembre de 1926, y se mantiene la Diputación alavesa. El caso de Navarra solo se menciona en el preámbulo del Decreto, porque este se refiere a las «Provincias Vascongadas» y abole el régimen privilegiado de Guipúzcoa y Vizcaya a las que se impone el «régimen común vigente que establecen las disposiciones de la Hacienda Pública» como norma general de la Administración nacional» (art. primero). Curiosamente ya no se habla de Junta Técnica sino de «Administración nacional».

²³¹ Ley 1/1973, de 1 de marzo, *BOE* núm. 57 de 7 de marzo.

²³² CLAVERO, B., en «Los fueros en la España contemporánea: de la reacción antiliberal al federalismo vergonzante» en *Revista de Estudios Políticos*, ISSN 0048-7694, n.º 20, 1981, p. 53.

²³³ Aún el 23 de junio de 1936, Franco dirigió una última carta a Casares Quiroga, comunicándole el malestar existente en el ejército por las destituciones sistemáticas de los oficiales de derechas. El hecho de que el Presidente del Gobierno ni le contestase disipó las últimas dudas de Franco sobre la necesidad de entrar en la conspiración militar, que sólo justificaba en caso de peligro de triunfo de la opción revolucionaria. Para los detalles de la misiva THOMAS, Hugh, *La guerra civil española*, cit. p. 223.

la sublevación, los generales Sanjurjo y Mola. Franco ni siquiera formaba parte del núcleo inicial de la Junta de Defensa Nacional, aunque a las pocas semanas de iniciarse la guerra lograra situarse al frente del Ejército y del Estado. Las muertes accidentales de Sanjurjo y de Mola y el fusilamiento de José Antonio Primo de Rivera, le dejaron sin embargo, como la única figura destacada. Franco estaba sinceramente convencido de que su situación al frente del Estado era un designio divino. Por eso, en las monedas que acuñó su Estado aparecía su efígie con la leyenda: «Francisco Franco Caudillo de España por la gracia de Dios».

El marcado catolicismo de Franco –que decepcionaba a italianos²³⁴ y alemanes, y a los propios falangistas²³⁵– fue otro de los factores que imprimió carácter al Nuevo Estado. Es al respecto, significativa la extraordinaria influencia que tuvo la Iglesia Católica con Franco²³⁶, lo que explica que Franco recibiese inicialmente un apoyo claro e indiscutido de un estamento eclesiástico que se convirtió en uno de los pilares esenciales de su régimen. El 9 de julio de 1937, se publica una «Carta Colectiva» de los obispos españoles en la que se apoya el

²³⁴ Lo cual tenía sin embargo un lejano precedente en la Italia mussoliniana donde desde el 11 de febrero de 1929, tras la firma de los Acuerdos de Letrán, el Estado Italiano reconocía el nacimiento del Estado Vaticano, lo que permitió la visita el 21 de diciembre de 1939 de Víctor Manuel III al Papa Pío XII, en la que constituyó la primera visita de un Jefe del Estado Italiano a un pontífice desde 1870. «Así como durante la etapa más fascista del régimen habían menudeado las dificultades con la Iglesia, ahora abundaron las muestras de la voluntad de alinearse con el Vaticano. Incluso Franco llegó a escribir una carta al Papa atribuyendo a los norteamericanos, por sugestión del judaísmo y la masonería, unas concesiones a Rusia que irían en grave peligro del catolicismo. El Papa, por su parte, respondió en términos discretos y poco comprometidos. En relación con esa actitud hay que hacer mención de los vagos intentos, poco efectivos y siempre ridiculizados por *Ribbentrop*, de hacer gestiones con los neutrales para tratar de concluir la guerra, y que, como era de esperar, concluyeron en nada. Por último debe recordarse que la actitud española siguió siendo plural. La posición más nítidamente neutralista fue la de Jordana y una parte de la diplomacia española del momento como, por ejemplo, el duque de Alba. El primero escribió al segundo que la no beligerancia española de otro tiempo había sido sustituida por una neutralidad, y que España no participaría en el conflicto a no ser que fuera invadida, en cuyo caso defendería su independencia. La Falange, en cambio, con mayor o menor prudencia, siguió siendo partidaria decidida del Eje.» TUSELL, Javier., *Franco: biografía y praxis..* cit.p. 72.

²³⁵ Que rechazaban las ideas del carlista Víctor Pradera, autor de un libro llamado *El Estado Nuevo* donde describe su ideal de un Estado corporativo, fiel a la tradición católica española. PRADERA, V., *El estado nuevo*. 3.ª ed. Cultura Española, Madrid, 1941. Para una síntesis de la ideología de Pradera, ORELLA, J. L., *La formación del Estado Nacional* cit. pp. 24-26.

²³⁶ MARQUINA BARRIO, A., «La Iglesia de España y el Régimen de Franco (1939-1975)» en ALDEA, Q. y CÁRDENAS, E., (coords.). *Manual de Historia de la Iglesia*. Barcelona, Herder, 1986. 10 vols. V. 10. *La Iglesia del siglo xx en España, Portugal y América Latina*, pp. 24-380. Con fecha de 30 de septiembre de 1936, el entonces obispo de Salamanca Enrique Pla y Deniel publicaba su carta pastoral *Las dos ciudades*. Veía así la guerra civil: «en el suelo de España luchan hoy cruentamente dos concepciones de la vida, dos sentimientos, dos fuerzas», dos ciudades, la ciudad de los sin Dios y la ciudad de los hijos de Dios; «reviste, sí, la forma externa de una guerra civil; pero, en realidad, es una cruzada», «una cruzada por la religión, por la patria y por la civilización». SÁNCHEZ RECIO, G., *De las dos ciudades a la resurrección de España: magisterio pastoral y pensamiento político en Enrique Pla y Deniel* Instituto de Cultura Juan Gil-Albert, Alicante, 1995. ALFONSO SÁNCHEZ, J. M., *Iglesia, política y educación en España, 1940-1960: documentos del Archivo Pla y Deniel*. Fundación Universitaria Española, Madrid, 2005. LAZO, A., *La iglesia, la falange y el fascismo: (un estudio sobre la prensa española de posguerra)*: 2.ª ed Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998.

triumfo del Movimiento Nacional para reconquistar la justicia y la paz». Ello parece prelude que el Vaticano se inclinara definitivamente por Franco, a pesar de la existencia de un sector antifranquista encabezado por el cardenal Pizzardo, que apoyaba una solución negociada con intervención de Inglaterra. El 28 de agosto de 1937, el Vaticano envi6 a Burgos al cardenal Antoniutti como Nuncio ante el Gobierno de Franco. El 12 de marzo de 1938, el Gobierno de Franco derog6 la Ley Republicana que declaraba el matrimonio civil como el 6nico legal (Ley de 28 de junio de 1932) por lo que a partir de ese d6a –el mismo en que Hitler se anexiona Austria («Anschluss»)– en la Espa6a nacional, los matrimonios can6nicos pasaron a producir todos los efectos civiles desde su celebraci6n. El Vaticano reconocer6 a Franco oficialmente el 4 de mayo de 1938. A cambio del apoyo final de la Iglesia, la influencia de la moral y la doctrina eclesi6sticas en la educaci6n y en la vida social espa6ola fue tan importante que ser6a uno de los rasgos esenciales del r6gimen hasta la muerte de Franco²³⁷.

Es cierto que inicialmente, el Vaticano no quiso reconocer al bando nacional por sus v6nculos con la Alemania nazi y los fascistas italianos. Sin embargo, la evoluci6n de la guerra y el creciente anticlericalismo de la Rep6blica²³⁸, determinaron a la Santa Sede a reconocer al Gobierno de Franco el 4 de mayo de 1938.

La elecci6n del Secretario de Estado, el cardenal Pacelli como Papa, el 2 de marzo de 1939, fue sin embargo acogida con una frialdad manifiesta en Burgos. Durante la Guerra Civil hab6a ocupado el cargo de Secretario de Estado del Estado Vaticano y hab6a llegado a ser considerado como un enemigo efectivo de la causa nacional porque hab6a retrasado el reconocimiento del nuevo Estado. P6o XII, sin embargo tras el final de la Guerra Civil envi6 al general Franco y «a la noble naci6n espa6ola», sus mejores afectos, el 16 de abril, en un mensaje radiado. En este clima de distensi6n se reanudaron los contactos para conseguir el reconocimiento de la pervivencia del concordato de 1851, con el fin de retener el derecho de presentaci6n de obispos. Gracias a ello, el 7 de junio de 1941 se firm6 un Convenio entre el Gobierno Espa6ol y la Santa Sede, en el que se resolv6a la cuesti6n²³⁹. El Convenio deb6a estar en vigor hasta la firma de un

²³⁷ Sobre el proceso de configuraci6n del car6cter confesional del Estado franquista *vid.* ANDRÉS-GALLEGO, J., *¿Fascismo o Estado cat6lico? Ideolog6a, religi6n y censura en la Espa6a de Franco 1937-1941*. Encuentro, Madrid, 1997.

²³⁸ Analizado por C6RCEL ORT6, V., en *La gran persecuci6n, Espa6a 1931-1939*, Planeta Barcelona, 2000. El mismo autor ha estudiado las relaciones entre la Iglesia y el Estado en los 6ltimos a6os del reinado de Alfonso XIII que no dejaron de ser muy conflictivas. V6ase. «Los 6ltimos obispos de la Monarqu6a: (1922-1931). Primera parte. Cuestiones generales y nombramientos conflictivos» en *Analecta sacra tarraconensia: Revista de ci6ncies historicoeclesi6stiques*, ISSN 0304-4300, Vol. 83, 2010, pp. 31-484.

²³⁹ *BOE* n6m. 168, de 17 de junio de 1941, puntos 1 a 5. El nombramiento deb6a ser fruto del acuerdo entre la Santa Sede y el Gobierno. Este 6ltimo deb6a enviar una lista de 6 nombres al Vaticano, que deb6a seleccionar tres personas y el Jefe del Estado espa6ol deb6a designar a uno de los tres. En caso de desacuerdo la norma arbitraba un procedimiento para resolver las diferencias. En 6ltimo extremo el nombramiento siempre correspond6a a Franco. El «derecho de presentaci6n» era una antigua prerrogativa regia que inicialmente, el papado hab6a concedido a los Reyes Cat6licos y que les permit6a controlar los nombramientos de los cargos eclesi6sticos m6s eminentes, especialmente de los obispos. Tras el final de la Guerra Civil, la Iglesia concedi6 a Franco ese derecho a pesar de que no era Rey sino Jefe del Estado, aunque la Santa Sede se reserv6 la libertad

nuevo Concordato, entendiéndose que mientras tanto seguía vigente parcialmente el de 1851 ²⁴⁰.

No es pues de extrañar que, en estas condiciones, Franco respondiese ofreciendo plena protección y exclusividad a la religión católica. En el Fuero de los Españoles, promulgado el 18 de julio de 1945, se estableció expresamente que «la profesión y práctica de la Religión Católica, que es la del Estado Español, gozará de la protección oficial. Nadie será molestado por sus creencias religiosas ni el ejercicio privado de su culto. No se permitirán otras ceremonias ni manifestaciones externas que las de la Religión Católica ²⁴¹.

Las relaciones de Franco con Pio XII llegaron a su punto culminante con la suscripción de un nuevo marco jurídico: el Concordato el 27 de agosto de 1953 ²⁴², en cuyo artículo primero se disponía el carácter oficial de la Religión católica ²⁴³ y se garantizaba la enseñanza de la Religión Católica como materia ordinaria y obligatoria en todos los centros docentes, fuesen estatales o no, de cualquier orden o grado ²⁴⁴. En relación con el derecho de presentación de obispos, el Concordato mantenía la vigencia del Convenio de 7 de junio de 1941 ²⁴⁵.

A partir de los años 60, las relaciones de Franco con la Iglesia empeorarían sin embargo notablemente y cierto sector del clero adoptaría claramente la vía

de nombrar, de manera independiente, a los Obispos Auxiliares. Una medida preventiva a la que Pablo VI (1963-1978) recurrió en el último lustro del franquismo, tanto para paliar el problema de las sedes vacantes (que la conflictividad entre el Estado y la Iglesia y la lentitud del sistema de nombramiento fue agudizando durante aquellos años), como para ir orientando al episcopado español hacia la línea política del Vaticano, evitando así la creación de una jerarquía eclesiástica fiel al régimen. Sobre el particular CARLI, R., de «El derecho a la libertad religiosa» en *Historia Actual Online: HAOL*, ISSN 1696-2060, núm. 19, 2009, pág. 51.

²⁴⁰ «Entretanto se llega a la conclusión de un nuevo Concordato, el Gobierno Español se compromete a observar las disposiciones contenidas en los cuatro primeros artículos del Concordato de 1851». Punto núm. 9 del Convenio de 7 de junio de 1941. En el punto 10 el Gobierno español se comprometía a no legislar sobre materias mixtas, o sobre aquellas que pudiesen interesar de algún modo a la Iglesia, sin previo acuerdo de la Santa Sede.

²⁴¹ Artículo sexto. *BOE*, núm. 199, de 18 de julio de 1945. Esta norma estaría vigente hasta el 26 de junio de 1967 en que se aprobó la «Ley sobre el Derecho Civil a la Libertad Religiosa», que respondía a la Declaración sobre libertad religiosa que realizó el Concilio Vaticano II el 7 de diciembre de 1965. Sobre la relación de Franco con el catolicismo entre la aprobación del Fuero de los Españoles y la aprobación del Concordato de 1953, TUSELL, J., *Franco y los católicos: La política interior española entre 1945 y 1957*, Alianza Ed., Madrid, 1990.

²⁴² Como destaca Rafael Simón Arce el perfecto maridaje entre la Iglesia y el franquismo encontró su culminación en el Concordato de 1953, instrumento político que articuló hasta el final de la dictadura las relaciones con la Santa Sede y con la jerarquía católica española. El Concordato y la legislación posterior crearon una total simbiosis entre el régimen de Franco y la Iglesia católica, una perfecta confesionalidad de la dictadura y una clara identificación de la Iglesia con el franquismo. SIMÓN ARCE, R. A., «La Iglesia católica española en la transición desde el franquismo» en *La transición española: Ciclo de conferencias*. Universidad de Puerto Rico, Puerto Rico, 2008, pág. 2.

²⁴³ «La Religión Católica, Apostólica, Romana sigue siendo la única de la Nación española y gozará de los derechos y de las prerrogativas que le corresponden en conformidad con la Ley Divina y el Derecho Canónico» Texto del Concordato en el *BOE*, núm. 323 de 19 de noviembre, pp. 6840-6844.

²⁴⁴ Artículo XXVII, 1 del Concordato de 1953.

²⁴⁵ Artículo VIII.

de la confrontación con el régimen²⁴⁶. Una situación que llegó hasta las más altas instancias vaticanas²⁴⁷. Franco sin embargo, a pesar de su acendrado catolicismo, no estuvo nunca dispuesto a someterse a la autoridad pontificia, ni siquiera a la hora de renunciar al derecho de presentación de obispos como le solicitó Pablo VI en carta de 29 de abril de 1968, en la que le solicitaba renunciar a este derecho de acuerdo con el ruego formulado a este propósito por el Concilio Vaticano II. La respuesta de Franco al Papa, en carta de 12 de junio de 1968, no tiene desperdicio, pues muestra una vez más la astucia pragmática de Franco para no renunciar a un ápice de su poder.

El Jefe del Estado Español comienza aludiendo al hecho de que a pesar de ser un fiel hijo de la Iglesia, no puede olvidar «aquellos imperativos del orden legal y político que atañen a mi deber y responsabilidad de gobernante». Luego trae a colación un argumento jurídico concreto: que «el procedimiento para las designaciones episcopales en España (es) parte fundamental de un pacto solemne entre la Santa Sede y el Estado español, como es el Concordato vigente» y que en consecuencia «cualquier modificación, en virtud del ordenamiento jurídico español, necesita, además de la aprobación del gobierno, el concurso de las Cortes». (Afirmación que desde luego soslayaba que Franco poseía aún el derecho de promulgar Leyes de prerrogativa, sin pasar por las Cortes, como ocurrió con la Compilación foral navarra aprobada por Ley personal de 1973). Luego el «Caudillo» añade un argumento político: que la «opinión pública española...—opinión que he de apreciar en su conjunto y cuyas diversas reacciones conozco por llevar tantos años al frente del gobierno— estoy seguro que no aprobarían (*sic*) una renuncia unilateral por parte del Estado sin que al mismo tiempo se revisen aquellos otros puntos que, siguiendo las orientaciones de la *Gaudium et Spes*, pueden constituir impedimentos para el testimonio cristiano que reclama la sensibilidad del mundo actual». Esta advertencia velada se convierte en amenaza directa cuando el «Caudillo» indica al Papa que «en estas circunstancias, mi gobierno, sintiéndose intérprete de la nación española y deseoso de acoger el ruego de Vuestra Santidad, está dispuesto a llegar a una revisión de todos los privilegios de ambas potestades

²⁴⁶ Esencialmente en Vascongadas y Cataluña. El 16 de agosto de 1968, 40 sacerdotes ocuparon el obispado de Bilbao en protesta por la detención de eclesiásticos vascos. Y del 4 al 28 de noviembre, otros 63 curas se encerrarían en el seminario vizcaíno de Derio. Un año después, el 10 de agosto de 1969, la protesta se extendería a Cataluña donde el párroco de Vich Luis María Xirriacs, junto al sacerdote Mossèn Dalmau fueron detenidos en Barcelona por haber iniciado una huelga de hambre para la liberación de los curas vascos. Fueron condenados por un delito de rebelión militar. El 4 de diciembre de 1971, fue nombrado arzobispo de Madrid el cardenal Enrique y Tarancón, un representante del ala más liberal de la Iglesia española, que desempeñaría un papel esencial en la Transición. Sobre las relaciones entre la Iglesia y el Estado en el tardofranquismo HERA, A. de la, «Iglesia y Estado en España: (1953-1974)», en *Estudios Históricos sobre la Iglesia española contemporánea: III Semana de Historia Eclesiástica de la España Contemporánea*. Biblioteca «La Ciudad de Dios», El Escorial, 1979, pp. 349-353.

²⁴⁷ Véase sobre el particular MARTÍN DE SANTA OLALLA SALUDES, P., *La Iglesia que se enfrentó a Franco: Pablo VI, la conferencia Episcopal y el Concordato de 1953*. Dilex, Madrid, 2005.

dentro del espíritu de la constitución conciliar antes citada y en consonancia con la declaración hecha pública a este propósito por *nuestro* episcopado»²⁴⁸.

9. LA PROYECCIÓN DEL NUEVO ESTADO: ¿HACIA LA MONARQUÍA?

Queda por examinar en este análisis de los orígenes del nuevo Estado franquista un aspecto esencial: el de la forma del Estado. Y ello porque entre julio de 1936 y abril de 1939, Franco no se pronuncia acerca de si el Estado del que desempeña la Jefatura opta por la forma republicana o por la forma monárquica. La cuestión estaba abierta porque por una parte, Alfonso XIII no había abdicado por entender que su marcha jurídicamente solo suspendía el régimen monárquico mientras no cambiasen las circunstancias que llevaron al 14 de abril de 1931. Y por otra, la República no solo se mantuvo como Estado durante toda la duración de la Guerra Civil, sino que siguió existiendo en el exilio.

La cuestión era peliaguda y por eso propio Franco mostró una total indefinición en los momentos en los que sienta las bases de su nuevo Estado. En un principio hubiera podido pensarse que Franco era partidario de la monarquía. No en vano el propio Alfonso XIII en persona asistió a su boda con Carmen Polo²⁴⁹. Sin embargo Franco tras el 14 de abril de 1931, acepta la República.

Es harto significativo que Franco en un principio no quisiera romper con la legalidad republicana, o al menos eso pretendiera el 23 de julio de 1936, cuando desde Radio Tetuán dirigió una arenga a la Guardia Civil en la que afirmaba inequívocamente que «este es un movimiento nacional, español y republicano, que salvará a España del caos»²⁵⁰. O que el futuro «Generalísimo» en unas declaraciones realizadas al diario de Lisboa «O Século» el 13 de agosto de 1936, se limitase a mencionar la necesidad de imponer una «dictadura corta» para

²⁴⁸ La cursiva es mía. Carta de 12 de junio de 1968, de Franco a Pablo VI, publicada por SILVA MUÑOZ, F., en sus *Memorias políticas*. Planeta, Barcelona, 1993, pp. 182-183. La carta terminaba proponiendo una revisión del Concordato de 1953: «Por las razones expuestas, con filial sinceridad y sin ningún apego personal a privilegios ni honores que puedan empañar el testimonio de mi fe católica ni de mi devota adhesión a la cátedra de San Pedro, estimo, Santo Padre, que una revisión y puesta al día del vigente Concordato perfeccionaría, después del segundo Concilio Ecueménico Vaticano, las buenas relaciones felizmente existentes entre la Iglesia y el Estado español». Tampoco le sentó nada bien el documento del Concilio Vaticano II: *Declaratio de libertate religiosa Dignitatis humanae* sobre la libertad religiosa, que chocaba de frente con el ordenamiento jurídico español: «La verdad no se impone de otra manera que por la fuerza de la misma verdad», «la persona humana tiene derecho a la libertad religiosa», este derecho «debe ser reconocido en el ordenamiento jurídico de la sociedad»...

²⁴⁹ Ello le correspondía por su rango de gentilhombre de cámara del monarca como recoge PRESTON, P. *Franco* cit. p. 64.

²⁵⁰ Mencionado por URBANO, P., en *El precio del trono* cit. p. 19. El lema que recogían la mayor parte de los generales sublevados, Queipo de Llano, Cabanellas, Orgaz, Fanjul García Álvarez, en sus bandos era «Por España y la República». Un mes después del «Alzamiento», Emilio Mola declara al periódico portugués *O Século* que el régimen de España «será el republicano que ella misma se impuso». *Ibidem*. p. 838.

restablecer el orden²⁵¹. Es cierto que aún no había aparecido el «nuevo Estado», ya que este no surgiría hasta el Decreto de 29 de septiembre de 1936.

Una vez surgido el nuevo Estado, sin embargo, Franco sigue sin pronunciarse sobre cual será su forma definitiva. Por eso cuando el 26 de diciembre de 1937, el periodista del *New York Times*, destacado en Salamanca W. P. Carney, en la ya citada entrevista le pregunta si tiene la intención de restaurar la monarquía, se sale por la tangente y le contesta que después de la guerra la España nacional adoptará una forma de gobierno genuina y exclusivamente española»²⁵².

Más adelante, en el preámbulo de la Ley de 30 de enero de 1938, por la que crea una Administración Civil del Estado, Franco disponía aún que esta norma se promulgaba «sin prejuzgar una definitiva forma del Estado»²⁵³. Franco seguía pues sin concretar si el Nuevo Estado optaría por seguir el modelo republicano o recuperaría la forma monárquica.

Franco se mantendrá en la ambigüedad durante todo el transcurso de la Guerra Civil, aunque quepa atisbar en esta etapa algunos detalles reveladores. Así, por ejemplo, el 5 de abril de 1938, el gobierno de Franco promulgaba un Decreto por el que se creaba y ponía en circulación la primera moneda nacional. Se trataba de una moneda de 25 céntimos que además del emblema del yugo y las flechas y la inscripción del año II triunfal, llevaba el escudo real²⁵⁴.

Por otra parte el 13 de diciembre de 1938, el consejo de ministros del Gobierno de Franco acordó restituir a Alfonso de Borbón Habsburgo-Lorena todos los derechos que en su calidad de ciudadano español le correspondían y que le habían sido arrebatados por las Cortes constituyentes republicanas. Por Ley de prerrogativa de 15 de diciembre de 1938, se restituyeron al monarca todos sus derechos y se le devolvieron todos sus bienes²⁵⁵.

²⁵¹ Como pone de relieve R. Chueca esta primera fase de construcción del Estado franquista se caracteriza por la concentración de poder ejercida por el estamento castrense que soslayó la posibilidad de que se conformasen poderes independientes que pudiesen constituir una alternativa viable después de la guerra. CHUECA, R., *El fascismo en los comienzos del régimen de Franco: un estudio sobre FET-JONS* Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1983, p. 147. Véase también MALEFAKIS, E., «La dictadura de Franco: ¿un régimen bifurcado?» en TOWNSON, N., (coord.) *España en cambio: el segundo franquismo, 1959-1975*. Siglo XXI de España, Madrid, 2009, pp. 249-256.

²⁵² «Regarding the possible restoration of the monarchy. Franco was asked if he thought it might be patterned after the Italian or English monarchies. «It must be remembered that Spain has an ancient tradition which would make it unnecessary to seek orientation or study lessons to be drawn from experience with monarchies elsewhere in Europe», he said. «Moreover, it is impossible to transplant political institutions from one country to another without modification. The form of government which Nationalist Spain will adopt after the war will be genuinely and exclusively Spanish» W. P. CARNEY, *Franco tells*. Cit.

²⁵³ Preámbulo de la Ley de 30 de enero de 1938, *BOE* del 31 de enero.

²⁵⁴ *BOE* núm. 540 de 14 de abril, p. 6778. En el artículo 3.º del Decreto del Ministerio de Hacienda se disponía que las monedas debían ostentar en el reverso un escudo de España. Este incorporaba la corona real.

²⁵⁵ *BOE* núm. 173, de 20 de diciembre de 1938. La Ley simplemente declaraba nula la Ley de Cortes Constituyentes de la segunda República, de 26 de noviembre de 1931, por la que se declaró culpable de alta traición y fue privado de la paz jurídica a don Alfonso de Borbón y Habsburgo-Lorena. La consecuencia es que recuperaba la nacionalidad española y quedaban igualmente anuladas las demás disposiciones anteriores o posteriores por las que se produjo limitación o expropiación en su patrimonio privado, o en el de sus parientes por consanguinidad y afini-

Las intenciones de Franco de convertir a su régimen en una monarquía no se concretarían sin embargo, hasta años después de concluida la Guerra civil. Concretamente habría que esperar para ello hasta la promulgación de la Ley de Sucesión a la Jefatura del Estado de 1947, por la que España se declara constituida en «Reino» –la primera norma en la que se menciona expresamente que Franco es el Jefe del Estado²⁵⁶–, y a la designación del Príncipe de España, don Juan Carlos de Borbón como sucesor «a título de Rey», el 22 de julio de 1969. Franco instauró sin embargo su propia monarquía, marcando bien las distancias con la monarquía de Alfonso XIII representada por su hijo Don Juan²⁵⁷.

BRUNO AGUILERA BARCHET

dad dentro del cuarto grado. No se menciona en ningún momento el título regio de Alfonso XIII, y solo se habla de su patrimonio privado. La razón de la nulidad es que la norma republicana «adolecía de tan sustanciales defectos formales y de tan radicales vicios de fondo, que, cual ha ocurrido con otros textos de la misma procedencia y análogas circunstancias, no necesitaría una explícita revocación». No obstante el legislador entiende que es preciso promulgar una Ley por «la injusticia notoria» de las disposiciones de la norma anulada y «de otras dictadas con igual propósito por el Poder Público», «para que puedan deducirse y aplicarse las consecuencias prácticas de dicha nulidad y pueda darse a esta la publicidad que el caso requiere».

²⁵⁶ En virtud de un Decreto de 8 de junio de 1947 por el que se somete a referéndum de la Nación el Proyecto de Ley aprobado por las Cortes Españolas, que fija las normas para la Sucesión en la Jefatura del Estado (*BOE* núm. 160 de 9 de junio). El referéndum se celebró el 6 de julio de 1947. En él participó el 89% del electorado. Un 93% estuvo a favor de la norma sucesoria, un 4,7 % en contra y hubo un 2,3% de votos nulos. La Ley entró en vigor el 26 de julio siguiente. En su artículo primero se establecía que «España, como unidad política, es un Estado católico, social y representativo, que, de acuerdo con su tradición se declara constituido en Reino». En su artículo segundo se dispone que «la Jefatura del Estado corresponde al Caudillo de España y de la Cruzada, Generalísimo de los Ejércitos, Francisco Franco Bahamonde». En ningún momento sin embargo se menciona la palabra «Rey».

²⁵⁷ Ley 62/1969, de 22 de julio, por la que se provee lo concerniente a la sucesión en la Jefatura del Estado. Corrección de errores en *BOE* núm. 186, de 5 de agosto de 1969 (*BOE-A-1969-974*). Más tarde se darían nuevas normas a las previsiones sucesorias, en virtud de la Ley 28/1972, de 14 de julio (*BOE-A-1972-1068*). Con el título inédito de Príncipe de España. Don Juan Carlos nunca fue Príncipe de Asturias, como cumplía a la nueva monarquía creada por Franco. Sobre el surgimiento de la nueva monarquía franquista y sus relaciones con la monarquía tradicional de Alfonso XIII y Don Juan, véase AGUILERA BARCHET, B., «Monarquía restaurada versus monarquía instaurada. Notas para un estudio histórico-jurídico de la cuestión» en *Homenaje al Profesor don Alfonso García Gallo*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, vol. IV pp. 271-289. Examiné por primera vez esta cuestión tres años antes, al analizar si jurídicamente la Constitución de 1978 instauraba o restauraba la monarquía en «Consideraciones sobre la pervivencia jurídica del matrimonio morganático y sus repercusiones en la sucesión al trono español (o Sartorius sí, Sartorius no) en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 10, 1992, pp. 169-188, especialmente pp. 179-182. También estudié la incidencia de la polémica en la figura del Príncipe de Asturias en «La figura constitucional del Príncipe de Asturias» en *La figura del Príncipe de Asturias en la Corona de España*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 9 a 43, especialmente pp. 41 a 43. Igualmente en mi libro *Carta abierta al Príncipe de Asturias. Consideraciones políticamente incorrectas sobre la Monarquía española* Incipit Ed. José Navarro Ferré, Madrid, 1998, pp. 39 a 65. Recientemente URBANO, P., en *El precio del trono* ya citado, aún situándose en un plano esencialmente periodístico, revela elementos muy interesantes acerca de la tormentosa relación que mantuvieron Franco y Don Juan y de como se fraguó la vuelta de la monarquía en circunstancias harto difíciles para la Casa Real española.

MISCELÁNEA



La Jurisdicción de Hacienda a finales del Antiguo Régimen

SUMARIO: I. Consideraciones previas.—II. La existencia de una Jurisdicción especial de Hacienda. 1. La existencia de Jurisdicciones especiales. 2. La Jurisdicción de Hacienda en los textos legales y en la doctrina de la época.—III. Los órganos de la Jurisdicción de Hacienda. 1. El Rey como fuente de la Jurisdicción. 2. El Consejo de Hacienda. A) El progresivo recorte de competencias del Consejo de Hacienda. B) La composición y funciones del Consejo de Hacienda a finales del Antiguo Régimen. 3. Los órganos centrales. A) El Secretario de Estado y del Despacho de Hacienda. B) Otros órganos centrales de la Real Hacienda. 4. Los Intendentes. A) La aparición de la institución y su desarrollo hasta 1749. B) La Ordenanza de Intendentes de 13 de octubre de 1749. C) La evolución normativa sobre la posición y competencias de los Intendentes. 5. Los Subdelegados de Rentas no Intendentes. 6. Los asesores de las Subdelegaciones de Rentas. 7. Otros cargos en las Subdelegaciones. 8. Otras cuestiones. 9. La situación periférica en 1808. 10. Otros órganos competentes para el conocimiento de asuntos contenciosos de determinadas rentas.—IV. El ámbito competencial de la Jurisdicción de Hacienda. 1. Aspectos generales. 2. Los conflictos con otras Jurisdicciones. 3. Los asuntos de contrabando. 4. La Instrucción de contrabando de 8 de junio de 1805. 5. La extensión de lo contencioso con respecto a lo gubernativo.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente trabajo tiene por objeto estudiar la Jurisdicción de Hacienda en los últimos años del Antiguo Régimen. Al hablar de la Jurisdicción de Hacienda, nos estamos refiriendo a la existencia de unos órganos integrados en la Secretaría de Estado y del Despacho de Hacienda, o sometidos más o menos a ella, que ejercen funciones jurisdiccionales, entendidas estas en un sentido

amplio, porque en el Antiguo Régimen es más apropiado hablar de «lo contencioso» que de «lo jurisdiccional».

Para el estudio de la Jurisdicción de Hacienda a finales del Antiguo Régimen es preciso tener en cuenta la complejidad del régimen jurídico de la Real Hacienda en esos momentos. Por un lado, las normas dictadas en esta época y referidas a la Real Hacienda son extraordinariamente abundantes y contradictorias. Las normas que se dictan no incluyen disposiciones derogatorias ni tablas de vigencias. En muchas ocasiones se dictan disposiciones con el propósito confesado de interpretar o aclarar una norma anterior, y sin embargo realmente la modifican.

Muchas de las normas, además, son de difícil conocimiento para aquellos a quienes afectan, ya que no se publican, pues son meras circulares destinadas a los órganos de la Hacienda o se trata de instrucciones dirigidas a órganos concretos que, en el mejor de los casos, se generalizan. La disposición no se considera una norma de aplicación general que, por tanto, debe ser conocida por los particulares, sino una manifestación de las relaciones jerárquicas entre autoridades, que solo indirectamente –en cuanto que han de ser aplicadas por las autoridades inferiores– vincula a los particulares.

Suele ser también frecuente dictar una disposición para resolver un caso concreto, por ejemplo, como consecuencia de la consulta de un Intendente, que solo se comunica a ese Intendente; y al cabo del tiempo, cuando se plantea un problema similar, se dicta otra disposición en la que se manda cumplir con carácter general lo dispuesto en la primitiva disposición, y es entonces –muchas veces, al cabo de varios años– cuando esta se publica oficialmente.

No hay que olvidar, por otra parte, que en una época de difíciles comunicaciones y de penuria generalizada, ni siquiera la publicación de las disposiciones en la *Gaceta* garantiza su conocimiento, pues las fuentes revelan las dificultades para conseguir este periódico.

Ante esta compleja situación, en esta época se siente la necesidad de una recopilación de Leyes de Hacienda para facilitar su conocimiento¹.

Además, en un sentido opuesto a lo anterior, para estudiar la realidad jurídica del Antiguo Régimen no se puede estar exclusivamente al contenido de las Leyes de la época. Como dice Tocqueville con respecto a Francia, pero que también resulta plenamente aplicable a España, tales Leyes cambian a menudo, pero incluso cuando no cambian, varía la forma de aplicarlas. Las Leyes se dictan pero no se aplican; y se permite hacer como excepción lo contrario de lo que se ordena. Cada solicitante pide que se derogue en su favor la norma establecida, con tanta insistencia y autoridad como si pidiera su cumplimiento. Concurrir, pues, una regla rígida y una práctica tolerante, de lo que resulta que «quien pretendiera juzgar al gobierno de aquel tiempo por el conjunto de sus Leyes, caería en los más ridículos errores»².

¹ GALLARDO FERNÁNDEZ, F., *Origen, progresos y estado de las rentas de la Corona de Castilla, su gobierno y administración*, tomo I, 1817, p. 90.

² TOCQUEVILLE, A., *El Antiguo Régimen y la Revolución*, vol. I, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 101-102. No obstante, en la materia que tratamos, la forma de legislar (proliferación de

II. LA EXISTENCIA DE UNA JURISDICCIÓN ESPECIAL DE HACIENDA

1. LA EXISTENCIA DE JURISDICCIONES ESPECIALES

Una de las características del Antiguo Régimen era la existencia de numerosas Jurisdicciones especializadas o privilegiadas junto a la ordinaria. Ello era reflejo de una sociedad estamental, dividida en compartimentos estancos, y en la que existía el prurito de proteger las competencias a todo trance³. La existencia generalizada de Jurisdicciones y fueros especiales era algo que pocos cuestionaban, pues aún estaba muy lejano el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la Ley y –como consecuencia– el sometimiento a una única Jurisdicción. Las personas estaban sujetas a diferentes estatutos, y, por tanto, a unas distintas Leyes y a unas distintas Jurisdicciones. Y no solo existían Jurisdicciones especiales por razón de las personas, sino también por razón de las cosas, de determinados delitos, o de determinadas causas. Pues bien, a finales del Antiguo Régimen una de esas Jurisdicciones especiales distinta de la ordinaria era la de Hacienda, debiendo resaltar que cuando a finales del Antiguo Régimen se habla de la Real Hacienda, se refiere a todo aquello que es propio de la estatal, no incluyendo por tanto la de los pueblos y Ayuntamientos.

Se habla de un «fuero de Hacienda», y con ello se alude a una situación privilegiada de esta tanto en lo que se refiere a la Jurisdicción como a la existencia de diversas prerrogativas. Pues bien, la Real Hacienda tiene un fuero privilegiado, en el sentido de que las cuestiones contenciosas que se suscitan con respecto a ella se residen en los órganos de la propia Real Hacienda.

Estos órganos pueden ejercer funciones tanto gubernativas como contenciosas, dado que es muy corriente que ostenten competencias heterogéneas, por aluvión, dependiendo de circunstancias históricas e incluso meramente personales. Esto no significa que las funciones administrativas y las contenciosas se mantengan confundidas. Existen numerosos testimonios legales que permiten observar que se distingue conceptualmente entre la actividad contenciosa y la actividad gubernativa o administrativa⁴. Cuestión distinta es que ambas actividades puedan ejercerse por unos mismos órganos; o que lo contencioso en esa época no coincida íntegramente con lo que actualmente se entiende por actividad jurisdiccional. A la vista de las fuentes, lo contencioso guarda estrecha relación con lo jurídico, es decir, con el hecho de que surgiera una cuestión de Dere-

disposiciones, conexión de las mismas con los problemas concretos, etc.) permite llegar a un conocimiento presumiblemente bastante exacto de la realidad.

³ TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho Penal de la Monarquía absoluta*, ed. Tecnos, Madrid, 1969, p. 188.

⁴ Sobre este punto, GALLEGO ANABITARTE, A., *Administración y Jueces: gubernativo y contencioso*, IEA, Madrid, 1971; también en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* (en adelante, RGLJ), 1971, pp. 237 ss.; y, con nuevas adiciones, en *Poder y Derecho. Del Antiguo Régimen al Estado Constitucional en España. Siglos XVIII a XIX*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009.

cho, de aplicación de una norma jurídica, a la vista de la cual un interesado formulaba una reclamación basada en esa norma jurídica⁵.

Se han señalado como causas de la existencia de esta Jurisdicción⁶: a) La falta de comunicaciones entre la capital de España y sus provincias; b) La dificultad de la Administración central para vigilar a sus agentes e inspeccionar sus operaciones; c) La falta de uniformidad de los impuestos y de un sistema riguroso de cuenta y razón; d) El hecho de que la administración de justicia podía corresponder no sólo a los jueces de la Real Jurisdicción, sino también a Ayuntamientos, señores jurisdiccionales o sus delegados; e) La inmensa complicación de las Leyes administrativas, que hacía necesaria la existencia de magistrados especiales que, por conocerlas mejor que los ordinarios, las pudieran aplicar con más acierto.

2. LA JURISDICCIÓN DE HACIENDA EN LOS TEXTOS LEGALES Y EN LA DOCTRINA DE LA ÉPOCA

La Novísima Recopilación regula la Jurisdicción de Hacienda en el libro VI, que trata sobre «los vasallos: su distinción de estados y fueros; obligaciones, cargas y contribuciones». Dentro de él, interesan dos títulos. El título IX regula «los empleados en el servicio de la Real Hacienda; su fuero, privilegios y exenciones». Desde un punto de vista sistemático, puede observarse que en este título se contempla la Jurisdicción como un privilegio de las autoridades de Hacienda, es decir, como un fuero por razón de las personas, lo que no es cierto, como veremos inmediatamente. Por otra parte, el título X trata «del Supremo Consejo de Hacienda»⁷.

A finales del Antiguo Régimen, Dou y Bassols publica su monumental obra, que permite conocer la situación de las instituciones en esos momentos. Por lo que se refiere al tema que tratamos, Dou examina «las personas destinadas para la administración de justicia» y distingue, por un lado, los magistrados ordinarios y, por otro, los magistrados privilegiados. Entre estos distingue, a su vez, entre los privilegiados por razón de las personas, por razón de las cosas, por razón de los delitos y por razón de las causas. Pues bien, el autor estudia la «jurisdicción de rentas» al tratar de los magistrados privilegiados por razón de las cosas⁸.

⁵ Según la *Novísima Recopilación* (en adelante, *Nov. R.*), libro 6, título 10, Ley 15, se entendía por pleitos y negocios contenciosos los que «sobre haber contradicción de partes, haya de preceder vista con asistencia de abogados para su determinación».

⁶ *Vid.* «La Exposición de la Comisión General de Codificación de 1861», *vid. RGLJ*, 1871, tomo 39, pp. 118-119.

⁷ MARTÍNEZ MARINA criticaba la oscuridad de este Título, «por estar sembrado de disposiciones contrarias y por contener providencias y reglamentos hechos en diferentes tiempos y variados, según lo exigían las circunstancias». Un exacto copilador –añadía– hubiera reducido todas las Leyes de este Título, si es que merecen el nombre de Leyes, a la 16 y última, por la que se establece una nueva planta de este Supremo Tribunal, «añadiendo o intercalando el resultado útil de alguna de las anteriores» Juicio crítico de la Novísima Recopilación, en *Obras escogidas de MARTÍNEZ MARINA, F., I, BAE*, tomo CXCV, p. 407.

⁸ DOU Y BASSOLS, R. L., *Instituciones de Derecho Público general de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno de cualquier Estado*, ed. Banchs Editor, Barcelona, 1975, tomo II, pp. 432 ss.

Ahora bien, realmente no existe una sola Jurisdicción de Rentas, sino varias. En efecto, algunas rentas tienen Juzgado particular, como ocurre con la renta de correos y de la Superintendencia de caminos, la de la lotería, la de penas de cámara y la de bienes mostrencos. El resto corresponde a lo que podríamos llamar la Jurisdicción «general» de rentas, el ejercicio de la cual corresponde a los Intendentes, al Superintendente General de Hacienda y al Consejo de Hacienda.

Como vemos, Dou no habla de una Jurisdicción de Hacienda, sino de una Jurisdicción de Rentas, porque hay rentas que no se gestionan por la Hacienda, sino por otros ramos, como ocurre con las de correos y mostrencos. En este sentido, podemos entender que la Jurisdicción de Hacienda es aquella que se ejerce por órganos integrados en lo que hoy llamaríamos el Ministerio de Hacienda.

III. LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN DE HACIENDA

1. EL REY COMO FUENTE DE LA JURISDICCIÓN

A finales del Antiguo Régimen, hay un dato fundamental: el Rey es el titular de la soberanía y la fuente de todos los poderes. Por tanto, la jurisdicción de los órganos y autoridades estatales en el Antiguo Régimen es derivada, delegada y dependiente del Rey, ya que la soberanía no se comparte⁹. La fuente del poder es el Rey y a la fuente puede volver lo que de la fuente ha salido, de modo que tiene la posibilidad de avocar cualquier asunto de justicia¹⁰. Bajo su dependencia, integran la Jurisdicción de Hacienda el Consejo de Hacienda, el Superintendente General de Real Hacienda y los Intendentes y demás Subdelegados.

2. EL CONSEJO DE HACIENDA

A) El progresivo recorte de competencias del Consejo de Hacienda

Dentro del ámbito de la Hacienda, el Consejo de Hacienda es el órgano que goza de mayor antigüedad y tradición. En 1523 se constituye como Consejo permanente, con sucesivas reformas a lo largo de los años. Poco a poco se fueron formando Salas especializadas, entre ellas la Sala de Justicia. A lo largo de

⁹ CORONAS GONZÁLEZ hace esta afirmación con respecto al Consejo de Castilla, pero es también aplicable, sin duda, al Consejo de Hacienda y a los demás órganos de la Jurisdicción de Hacienda *Ilustración y Derecho. Los Fiscales del Consejo de Castilla*, MAP, Madrid, 1992, p. 28).

¹⁰ TOMÁS Y VALIENTE, F., De la administración de justicia al Poder Judicial, en *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución francesa*, Cursos del Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1990, p. 15. En la doctrina de la época, ALCARAZ se refiere a la «general facultad que delega el Príncipe al Superintendente General de su Real Hacienda» (*Método y práctica de los cuatro juicios civil ordinario, sumario de partición, ejecución y general de concurso de acreedores; y método y práctica de los cuatro juicios criminales por el contrabando de rentas reales*, puesto al día por S. ALVARADO DE LA PEÑA), 5.ª ed., Madrid, 1828, p. 150.

todo este tiempo ejerció funciones de muy diverso tipo, en lucha en muchas ocasiones con el Consejo de Castilla y las Chancillerías y Audiencias¹¹.

Sin embargo, con la llegada de los Borbones sus funciones van a ser recortadas. Es cierto que en un primer momento se le reconocía «omnímoda y privativa jurisdicción ordinaria con mero y mixto imperio en todo lo dependiente, e incidente de Hacienda, civil y criminal, con independencia de los demás Consejos, Chancillerías y Audiencias» (29 de enero de 1714); y que el 26 de marzo de 1715 se inhibieron todos los tribunales del Reino, salvo los Superintendentes, Subdelegados y el propio Consejo. Pero ya entre 1717 y 1718 tuvo lugar una importante remodelación del Consejo de Hacienda dirigida a potenciar el papel del Superintendente General, de las contadurías generales y del Tesorero general, en un intento de que el Consejo –en sentido estricto– se limitase a lo puramente judicial¹².

Una disminución más radical de competencias se produjo con las reformas de 1741 a 1749, que transfirieron gran parte de sus poderes al Superintendente General de Real Hacienda, a la Dirección General de Rentas y a los Intendentes y Subdelegados.

Así, el Real Decreto de 16 de noviembre de 1748 afirmaba que «si el Consejo de Hacienda se mezcla en materias peculiares de la Superintendencia General de mi Real Hacienda, contraviene lo que tengo mandado e introduce desorden en el gobierno de las rentas», por lo que se ordenaba al Consejo abstenerse de conocer de las materias pertenecientes al gobierno, custodia y resguardo de las rentas que estaban en administración de cuenta de la Real Hacienda y sus incidentes, hasta que evacuadas enteramente por la Superintendencia General, oyera el Consejo las apelaciones que fueren de conceder en justicia, y aun en este caso se mandaba al Consejo que para instruir debidamente los expedientes tomara los informes necesarios de los Directores que tenían aviso de esta resolución¹³.

Según algunos autores, a mediados del siglo XVIII el Consejo de Hacienda había quedado reducido a poco más que a un órgano honorífico sin apenas ejercicio, sustituido por los Secretarios de Despacho de Hacienda¹⁴. En este sentido, dice Gallardo que con las disposiciones dictadas en esta época no quedaron

¹¹ Sobre el Consejo de Hacienda, *vid.* R. CARANDE, *Carlos V y sus banqueros*, Ed. Crítica y Junta de Castilla y León, tomo II, 1987, pp. 47 y ss.; Carlos J. DE CARLOS MORALES, *El Consejo de Hacienda de Castilla en el reinado de Carlos V*, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (en adelante, *AHDE*), 1989, pp. 144 y ss.; GARCÍA CUENCA, T., *El Consejo de Hacienda (1476-1803)*, en la obra dirigida por M. ARTOLA, *La economía española al final del Antiguo Régimen*, tomo IV, Alianza Editorial y Banco de España, Madrid, 1982, pp. 405 ss.; BERMEJO, J. L., *Superintendencias en la Hacienda del Antiguo Régimen*, *AHDE* 1984, pp. 409-447; ARTOLA, M., *La Hacienda del Antiguo Régimen*, Alianza Editorial y Banco de España, Madrid, 1982, p. 261; J. M. DE FRANCISCO OLMOS, *Los miembros del Consejo de Hacienda (1722-1838) y Organismos Económico-Monetarios*, ed. Castellum, Madrid, 1997.

¹² FERNANDEZ ALBALADEJO, P., *Fragmentos de Monarquía*, Alianza Universidad, Madrid, 1992, p. 389.

¹³ *Vid.* el texto del Real Decreto en GALLARDO, *op. cit.*, tomo V, Madrid, 1806, pp. 413 y ss.

¹⁴ BERMEJO, J. L., «*Dos aproximaciones a la Hacienda del Antiguo Régimen*», *AHDE*, 1992, p. 227.

al Consejo ni a la Sala de Millones funciones algunas en lo económico ni judicial del cobro y distribución de la Real Hacienda; y solamente se ocupaban estas Salas en algunos negocios de tan poca consideración que casi eran inútiles estos Ministros¹⁵. Correlativamente, la disminución de funciones dio lugar a la disminución del número consejeros.

Pero esa opinión según la cual el Consejo de Hacienda era un órgano meramente honorífico parece excesiva y debe ser matizada, al menos en lo que se refiere a los asuntos contenciosos. Ciertamente el recorte de competencias fue amplio en lo referente a las funciones gubernativas, y además de hecho se le privó de la facultad de avocar asuntos, al contrario de lo que ocurría con el Consejo Real. Ello fue resultado de una evidente lucha por las competencias. Pero no –al contrario de lo que había ocurrido en épocas anteriores– frente a órganos externos a la Hacienda Pública, como eran el Consejo de Castilla, las Chancillerías, Audiencias y los demás órganos de la Real Jurisdicción ordinaria. En estos momentos la lucha se produce entre un órgano tradicional, como es el Consejo de Hacienda, y los nuevos órganos especializados que se habían ido creando en el ramo de la Hacienda, y muy en particular la Secretaría de Estado y del Despacho de Hacienda y la Dirección General de Rentas¹⁶. La lucha se saldó a favor de estos últimos, y en ella se utilizaron diversos instrumentos, entre los que hay que destacar la llamada vía reservada y, sobre todo, el concepto de lo gubernativo. Tanto la vía reservada como la calificación de un asunto como gubernativo implicaban la exclusión del conocimiento directo del Consejo de Hacienda, y en consecuencia quedaba asignado a esos nuevos órganos, que de esta manera lograban ampliar sus competencias. Se produjo así una redistribución de poder entre los viejos órganos, como el Consejo de Hacienda, y los que iban apareciendo. El Consejo fue quedando arrinconado, pero en vez de suprimirlo o vaciarlo de contenido, se le asignaron los asuntos calificados como «contenciosos».

Ahora bien, no conservó el monopolio del conocimiento de tales asuntos, puesto que –salvo excepciones– solo podía conocer de asuntos en vía jurisdiccional en grado de apelación, no en primera instancia¹⁷. Así, Dou ponía de relieve que este Consejo «es el tribunal de apelación de las sentencias, autos y providencias que dieren los Intendentes, ya con sus facultades nativas, ya con las de Subdelegados de Rentas, como también de las que diere el Superintendente General de Hacienda»¹⁸.

¹⁵ GALLARDO, *op. cit.*, tomo I, pp. 82 ss., en especial, p. 85.

¹⁶ Esto mismo se observa en relación con la Secretaría de Guerra y el Consejo del mismo nombre. Este fue perdiendo funciones en beneficio de aquella, hasta quedar reducidas a las jurisdiccionales y consultivas. *Vid.* ANDÚJAR CASTILLO, F., *Consejos y consejeros de Guerra en el siglo XVIII*, Universidad de Granada, 1996, pp. 85 ss.

¹⁷ Así, decía ALCARAZ, en relación con los asuntos de contrabando de tabacos, que la resolución del Superintendente General «jamás excede la esfera de político-gubernativa, y quedan a salvo las de justicia en el recurso libre de apelación, instituido por todos derechos, natural, civil, positivo y regio» (*op. cit.*, p. 152). Es evidente, por lo demás, que el fundamento teórico de esta operación de reparto de asuntos contenciosos y gubernativos no se encuentra en las doctrinas de la separación de poderes formuladas por Locke o Montesquieu.

¹⁸ DOU, *op. cit.*, tomo II, pp. 453-454.

El Consejo de Hacienda no se resignó a esa pérdida de poder, aunque con escasos resultados, como lo reflejan una serie de disposiciones que se fueron dictando en el último cuarto del siglo XVIII. Así, habiendo admitido el Consejo de Hacienda la apelación de un auto de perjuicio irreparable en una causa de comiso que estaba en sumario, la Real Resolución comunicada a la Sala de Justicia del Consejo de Hacienda en 1 de octubre de 1779, tras indicar que «SM quería que las primeras instancias de los negocios de Hacienda fueran privativas del Superintendente General y sus Subdelegados», ordenaba que «no se acordasen estas providencias sin grave fundamento»¹⁹.

Asimismo, por Real Orden de 9 de octubre de 1790 hubo que recordar al Consejo de Hacienda el cumplimiento del anterior Real Decreto de 16 de noviembre de 1748 arriba citado; añadiendo que cuando las causas llegaran a él en apelación y entendiera útil alguna modificación en las reglas dadas para el gobierno de las rentas, hiciera la oportuna consulta al Rey²⁰. Se le reconocía, pues, una función consultiva o de propuesta de modificaciones, pero quedando la resolución definitiva en manos del Rey.

La Real Resolución de 18 de junio de 1795 insistía en que el Consejo de Hacienda no se mezclara en los asuntos gubernativos de rentas²¹. Esta disposición se dictó como consecuencia de un expediente seguido por actuaciones del Subdelegado de Rentas de Almería y ordenaba que en lo sucesivo no conociera de modo alguno en materias de recaudación de contribuciones reales, limitándose a prestar a la parte de la Real Hacienda cualesquiera apremios y auxilios que solicitara contra los contribuyentes, sin admitir a estos excusa ni alegación alguna; «pues todo lo relativo a distinguir los casos en que se adeudan o no derechos, y todos los demás puntos y reglas concernientes al mejor recaudo de los Reales derechos y servicios de la Real Hacienda, como propio de la economía y gobierno de ella, toca privativamente a la Administración con sujeción inmediata a este Ministerio de mi cargo y a la Dirección General de Rentas, de donde dimanen las órdenes, y adonde por consiguiente deben acudir con sus quejas para obtener justas providencias los contribuyentes que tuvieren alguna duda en la materia, o se sintieren agraviados; como lo advertirá VS por consiguiente a los que por dichas causas presentaren cualquiera instancia de esta clase en su Juzgado».

Apoyándose precisamente en esta Real Resolución, la Real Orden de 2 de octubre de 1796 establecía que el Consejo de Hacienda no podía conceder moratorias para el pago de los descubiertos que resultaran a favor de la Real Hacienda, ni mezclarse en los asuntos gubernativos de rentas, añadiendo que en lo sucesivo no se admitieran recursos de esta clase (ni tampoco en las Intendencias), «que solo sirven para entorpecer o dilatar las cobranzas».

Por otro lado, dentro del propio Consejo de Hacienda se produjo un trasvase de competencias –con los consiguientes conflictos– entre sus diferentes Salas, en

¹⁹ Vid. el texto de la disposición en GALLARDO, *op. cit.*, tomo I, p. 105.

²⁰ Vid. en GALLARDO, *op. cit.*, tomo V, pp. 415 ss.

²¹ Vid. en GALLARDO, *op. cit.*, tomo V, pp. 411 ss.

concreto entre la Sala de Millones y la de Justicia, pues las apelaciones contra resoluciones del Superintendente General se residenciaban en esta²².

De todo ello cabe concluir que a finales del Antiguo Régimen el Consejo de Hacienda había perdido gran parte de las competencias que ostentaba en periodos anteriores, en beneficio de determinados órganos individuales que fueron surgiendo. Es muy significativo que Dou, al estudiar los órganos de la Jurisdicción de Rentas, examine primero el Superintendente General, luego los Intendentes y deje al Consejo de Hacienda para el último lugar. Por su parte, en 1802 Canga Argüelles hablaba del «estado de nulidad e inercia» en que se encontraba el Consejo de Hacienda, por lo que creía aconsejable una reducción de plazas²³.

B) La composición y funciones del Consejo de Hacienda a finales del Antiguo Régimen

La Novísima Recopilación nos proporcionan una foto fija de la posición del Consejo de Hacienda a finales del Antiguo Régimen²⁴. En efecto, la Ley 16, título 10, libro 6 de la Novísima Recopilación recoge el Real Decreto de 2 de febrero de 1803, que regulaba la composición y atribuciones del Consejo de Hacienda²⁵. Comienza diciendo que la Jurisdicción del Consejo de Hacienda en las materias de su conocimiento es absoluta, privativa e independiente de la del Consejo Real y demás Tribunales. En consecuencia, el Rey lo declara «por de último término, y solo dependiente de mi suprema y soberana autoridad», al igual que lo es el de Castilla. De hecho lo denomina «Supremo Consejo de Hacienda». Iguala asimismo las prerrogativas de los ministros y fiscales con las de los del de Castilla, no pudiendo aquellos solicitar salir o pasar a otro Consejo.

Como consecuencia, prohíbe que se admita la segunda suplicación y el recurso de injusticia notoria contra las sentencias del Consejo de Hacienda, «así en los pleitos fiscales de mi Real Hacienda como en todos los demás, aunque se sigan entre partes y no intervengan como tales mis Fiscales».

²² GALLARDO, *op. cit.*, tomo I, pp. 89 ss., que alude al conflicto surgido entre la Sala de Justicia y la de Millones del Consejo, resuelto a favor de aquella (Resolución de 23 de marzo de 1764).

²³ CANGA ARGÜELLES, *Diccionario de Hacienda*, ed. facsímil de la de 1834, IEF, 1968, tomo II, p. 189.

²⁴ DOU también nos ofrece una descripción de la situación del Consejo de Hacienda cuando escribe su obra (tomo II, p. 454). Lo que ocurre es que, a pesar de ser publicada en el año 1800, realmente fue redactada varios años antes (así, en el tomo III, p. 297, se dice que la obra fue concluida en 1793). *Vid.* MEILÁN GIL J.L., «D. Ramón Lázaro de Dou y Bassols y sus Instituciones de Derecho Público», en *Actas del I Symposium de Historia de la Administración*, IEA, Madrid, 1970, p. 368.

²⁵ El Real Decreto ampliaba las competencias del Consejo de Hacienda y elevaba su rango, a lo que no parece ajeno el hecho de que el Gobernador del mismo era, desde 1792, el padre de Manuel Godoy. *Vid.* alusiones a ello en el *Diario de Sesiones de las Cortes* (en adelante, *DSC*) de 26 de octubre de 1812, tomo V, pp. 3882-3884.

El Consejo de Hacienda se compone del Gobernador, once ministros de capa y espada (el Gobernador y los tres Contadores generales forman parte de este grupo, no así el Tesorero general), diez ministros togados, tres fiscales y dos secretarios. Con ellos se formarían las Salas siguientes²⁶:

- Sala de Gobierno, compuesta por cuatro ministros de capa y espada, un ministro togado y el Secretario del Consejo.
- Sala de Millones, formada por cuatro ministros de capa y espada, un ministro togado, cuatro diputados de los Reinos y el Secretario de Millones.
- Sala de Justicia, dividida en dos, entre las que se reparten los asuntos:
 - Sala 1.^a, formada por cuatro ministros togados y uno de capa y espada.
 - Sala 2.^a, formada por cuatro ministros togados.
- Tribunal de Contaduría Mayor, formado por cinco ministros y un ministro de capa y espada, que sería el Presidente de este Tribunal en representación del Gobernador del Consejo.

El reparto de asuntos entre las dos Salas de Justicia se haría «como yo dispusiere, a consulta del Gobernador».

A continuación ordenaba que «de los ministros actuales queden por numerarios los más antiguos», y los restantes por supernumerarios, «relevados de la asistencia, para que el excesivo número de ministros no impida la más pronta y fácil substanciación y determinación de los negocios». Se suprimía asimismo la Junta de Juros, cuyas funciones pasaban a las Salas de Justicia.

Por otra parte, debe destacarse la importancia institucional de los Fiscales del Consejo de Hacienda, tanto por sus funciones en los litigios como por los dictámenes que emitían al ser consultados en los asuntos de la competencia del Consejo. Se ampliaba a tres su número, volviendo a la situación anterior al Real Decreto de 1 de marzo de 1752, que los había reducido a dos. Los asuntos se distribuían entre los Fiscales por provincias.

El Real Decreto establecía la competencia del Consejo de Hacienda en los negocios de reversión a la Corona de bienes y derechos que fueron de ella, y debían volver a serlo por la calidad de sus donaciones y enajenaciones; los de tanteo de jurisdicciones, señoríos y derechos anexos; los de tanteo y consunción de oficios enajenados de la Corona (sobre los que hasta entonces habían conocido el Consejo Real, Chancillerías y Audiencias); y los de incorporación a la Corona²⁷. A continuación establecía que se promovieran los negocios de esta clase «como de la primera importancia» por los Fiscales en el Consejo de Hacienda, «por convenir así a mi servicio y ser mucho más fácil promoverlos en dicho Tribunal, por cuanto en sus oficinas existen las razones, noticias y docu-

²⁶ Vid. sobre ello, GARCÍA CUENCA, T., *El Consejo de Hacienda*, cit., pp. 498 ss.

²⁷ Según HERNÁNDEZ DE LA RUA, procedían las demandas de incorporación cuando las ciudades, villas o derechos se enajenaron por título lucrativo declarado nulo por las Leyes; las de reversión procedían cuando las enajenaciones se hicieron por título onerosos, pero no se cumplieron las condiciones de la egresión (*De la organización, atribuciones y deberes del Ministerio Fiscal*, Madrid, 1853, p. 273).

mentos necesarios para ello y su más acertada determinación»²⁸. Asimismo ordenaba que los pleitos de reversión e incorporación, y los de tanteo de jurisdicciones y señoríos, se vieran y determinaran por siete ministros togados al menos; y que los fiscales se repartieran los asuntos por provincias, ordenando asimismo que a estos no se les confirieran comisiones que les distrajeran de tal labor y que pudieran desempeñarse por otros Ministros.

También mandaba pasar al Consejo de Hacienda del de Castilla «con el justo fin de atender a la más continua y útil ocupación» un conjunto muy diverso de asuntos²⁹, «sin perjuicio de conceder en adelante a aquel el conocimiento de otros negocios, si la experiencia acreditare no ser suficientes para su continua ocupación los que le corresponden actualmente». Se hacía, pues, una expresa mención al escaso número de competencias del Consejo de Hacienda, que justificaba la heterogeneidad del asuntos de los que conocía y de los que en lo sucesivo se le podría atribuir.

Además de lo arriba indicado, el Consejo de Hacienda ejercía otras competencias previstas en diversas normas³⁰. Así, el Consejo de Hacienda en Sala de Justicia quedó encargado de conocer las apelaciones de las sentencias dictadas por el Juez privativo de la Real fábrica de porcelana (Real Resolución de 6 de octubre de 1781, incluida en la Nov. R. 6, 10, 16, nota 23), de todos los pleitos y negocios contenciosos, tanto mixtos como relativos a todas las rentas (Resolución de 4 de junio de 1785, incluida en la Nov. R., 6, 10, 15), así como los negocios de los que entendía la Junta general de Tabaco al suprimirse esta (Real Decreto de 17 de septiembre de 1788, incluida en la Nov. R., 6, 10, 13).

A ello hay que añadir la competencia para conocer de las apelaciones en materia de contrabando y fraudes, así como de otras apelaciones contra actos de Intendentes, Superintendente General de Real Hacienda y otros órganos. No obstante, en algunos asuntos se excluyeron las apelaciones: así ocurría con las sentencias definitivas pronunciadas contra empleados infidentes separados de sus destinos (Resolución de 7 de febrero de 1807).

Por lo que se refiere al funcionamiento del Consejo de Hacienda, cabe destacar el grave problema de las dilaciones y tardanzas en la resolución de los

²⁸ No obstante, frente a ello, CANGA ARGÜELLES criticaba que esta competencia correspondiera en primera instancia al Consejo de Hacienda y no a los Intendentes (*Diccionario de Hacienda*, cit., tomo II, p. 13).

²⁹ «Los pleitos pendientes de los Negociados de penas de Cámara y gastos de justicia; de la Comisión de la Real dehesa de la Serena; de la Comisión de la Real acequia de Alcira y proyecto de su continuación en el Reyno de Valencia; de las obras de mi Real Palacio nuevo, y sus agregados de Madrid; y de las Conservadurías del arbitrio de la nieve en Madrid; de los corredores de lonja de Sevilla; Receptores de los Consejos, y si hay otras semejantes; pero sin perjuicio de que continúen estas comisiones en primera instancia a cargo de Ministros de mi Consejo Real, y Audiencia de Sevilla», correspondiendo en lo sucesivo las apelaciones de los pleitos que hubiera en dichos Negociados al Consejo de Hacienda según y en la forma que correspondían hasta entonces al de Castilla.

³⁰ Vid. GARCÍA CUENCA, *El Consejo de Hacienda*, cit, p. 494.

asuntos. Todo parece indicar que estos podían complicarse y eternizarse hasta el infinito³¹.

3. LOS ÓRGANOS CENTRALES

A) El Secretario de Estado y del Despacho de Hacienda

Como hemos dicho, gran parte de las funciones del Consejo de Hacienda fueron pasando, a lo largo del siglo XVIII a otros órganos. En primer lugar, hay que resaltar la importancia del Secretario de Estado y del Despacho de Hacienda³². Pero el aspecto que más interesa destacar es que, en los últimos tiempos del Antiguo Régimen, su titular acumulaba otros cargos, y en particular el de Superintendente General de la Real Hacienda³³.

En un primer momento, lo característico de la Superintendencia General fue su finalidad gestora, por lo que el ejercicio de funciones jurisdiccionales constituía un añadido³⁴. Sin embargo, a lo largo del tiempo estas últimas pasaron a adquirir gran importancia.

³¹ Por ejemplo, GALLARDO recoge una disposición con los siguientes antecedentes: se siguió un pleito ante el Consejo de Hacienda y, tras resolver en vista y revista, el Consejo reservó el derecho de la Real Hacienda a reclamar; y como consecuencia el Fiscal formuló demanda ante el propio Consejo de Hacienda (*op. cit.*, tomo II, pp. 54 ss.).

³² Vid. sobre los Secretarios de Estado, ESCUDERO, J. A., *Los Secretarios de Estado y del Despacho*, IEA, Madrid, 1969; y *Los orígenes del Consejo de Ministros en España*, Editora Nacional (2 vol.), Madrid, 1979. Vid. un resumen referido al siglo XVIII, en DE FRANCISCO OLMOS, *Los miembros*, cit., pp.14 ss. Vid. Novísima Recopilación, libro 3, título 6, Ley 10.

³³ La Superintendencia tiene un origen anterior en el tiempo a la Secretaría de Estado y del Despacho de Hacienda. Aquel cargo había aparecido en 1687, en tiempos de Carlos II, nombrándose al marqués de los Vélez (Real Decreto de 31 de enero de 1687). Puede verse una historia de esta institución en GALLARDO, *op. cit.*, tomo I, pp. 124 ss.; y en J. DE LA RIPIA, *Práctica de la administración y cobranza de las rentas reales* (puesta al día por D. M. GALLARD), tomo III, Madrid, 1796, p. 111). Vid. también BERMEJO (*Superintendencias*, cit., p. 413), según el cual Patiño acumuló varios cargos, entre ellos el de Superintendente de rentas generales, que otorgaba competencias administrativas y jurisdiccionales, con inhibición absoluta de otros tribunales, salvo el Consejo de Hacienda, al que se podían apelar los autos y sentencias del Superintendente o Subdelegados. En lo sucesivo, la Superintendencia se concibió como una pieza más a disposición de los Secretarios del Despacho de Hacienda. Por otra parte, desde el nombramiento de Patiño lo normal fue que el Secretario de Hacienda acumulara no solo el cargo de Superintendente General de Hacienda, sino también el de Gobernador del Consejo de Hacienda y presidente de la Junta de Comercio y Moneda, aunque hubo periodos en que no fue así. Desde el nombramiento de Esquilache (diciembre de 1759) hasta el cese del conde de Lerena (marzo de 1792), el Secretario de Estado de Hacienda fue siempre Gobernador del Consejo de Hacienda. A partir de entonces se desvinculan ambos cargos, como ya había ocurrido con la Secretaría de Guerra (25 de abril de 1790) y luego sucedió con la de Indias (13 de julio de 1793) (DE FRANCISCO, *op. cit.*, pp. 15 y 388-389). Al cesar Lerena, Gardoqui fue nombrado Secretario de Estado y de Despacho de Hacienda en propiedad y Superintendente General del cobro y distribución con carácter interino, con la idea de separar el desempeño de los tres cargos (Superintendencia o administración general, Secretaría del Despacho y Gobernador del Consejo de Hacienda) (ESCUDERO, *Los orígenes*, *op. cit.*, tomo I, p. 569). Vid. la crítica hecha por Aranda en 1781 a la acumulación de los tres cargos en ESCUDERO, *Los orígenes*, cit, tomo I, pp. 375-376.

³⁴ BERMEJO, J. L., *Superintendencias*, cit., pp. 429-430.

El Superintendente, como tal, durante mucho tiempo tuvo una estructura a su servicio, no integrada en la Secretaría de Estado³⁵, pero por Real Decreto de 28 de febrero de 1795 (Nov. R., 3, 6, 17) tal estructura fue suprimida, al quedar incorporada la Superintendencia a la Secretaría de Estado.

La importancia del cargo de Superintendente General de Hacienda, como hemos adelantado antes, es creciente a lo largo del tiempo, en detrimento de las competencias del Consejo de Hacienda. Así, por Real Decreto de 19 de enero de 1742 se ampliaron las facultades de aquel a la recaudación y administración de cualquier ramo de Hacienda, nombramiento de Subdelegados, cobro de débitos, teniendo conocimiento de todos estos asuntos en primera instancia, con apelación al Consejo de Hacienda³⁶. Por Real Decreto de 31 de enero de 1742 se concedió al Superintendente General de la Real Hacienda la jurisdicción privativa en los fraudes de rentas y servicios de millones³⁷.

Las amplias atribuciones del Superintendente General quedaron aclaradas y confirmadas por el Real Decreto de 14 de diciembre de 1760 y la cédula del Consejo de Hacienda de 17 de diciembre de 1760, que establecían Instrucciones sobre las facultades de los Subdelegados del Superintendente General de la Real Hacienda³⁸.

Por una parte, el Real Decreto le reconocía como *juez privativo* de todas las rentas y ramos que tocaran o pertenecieran a la Real Hacienda. Como consecuencia, los Intendentes de Ejército y de provincia tenían la mera condición de Subdelegados suyos en todos los asuntos de rentas y sus incidencias (capítulo 4). De esta forma, daba a entender que las competencias judiciales le correspondían al Superintendente en exclusiva como propias, sin perjuicio de que en la práctica fueran ejercidas por otros órganos –los Subdelegados–, que se limitaban a ejercer funciones meramente delegadas. Lo cual implicaba que en cualquier momento el Superintendente podía dar instrucciones acerca del modo de ejercer la subdelegación, avocar los asuntos de que conocieran los Subdelegados (capítulo 5) o pedirlos *ad effectum videndi*³⁹.

Por otra parte, se reconocían al Superintendente General importantes atribuciones en materia de nombramientos, ya que todos sus Subdelegados serían elegidos por él, pudiendo también removerlos discrecionalmente, siempre que no fueran de su satisfacción, «porque siendo juez privativo de todo fraude y

³⁵ Así, en 1714 se había creado una Secretaría de la Superintendencia.

³⁶ GARCÍA CUENCA, *op. cit.*, p. 474, GALLARDO, *op. cit.*, tomo I, p. 75.

³⁷ GALLARDO, *cit.*, tomo I, p. 76; Nov. R., 6, 9, 1.

³⁸ Nov. R., 6, 9, 2. También en GALLARDO, *cit.*, tomo V, pp. 13 ss. Según ARRAZOLA, la Jurisdicción especial contenciosa de la Superintendencia General no estuvo bien delimitada hasta esta disposición de 17 de diciembre de 1760 (*Enciclopedia Española de Derecho y Administración*, dirigida por L. ARRAZOLA, tomo IV, 1851, p. 134, voz «asesor de la Superintendencia General de Hacienda»).

³⁹ Los Intendentes y Subdelegados debían remitir al Superintendente General los autos que hubieran formado sobre asuntos de rentas siempre que se les pidiera originales, y en el ser y estado que estuvieren, para que en vista de ellos diera las disposiciones convenientes (*vid.* GALLARDO, *cit.*, tomo V, p. 15). Según ALCARAZ, el Superintendente General podía pedir los autos a los Subdelegados y avocar su conocimiento, sustanciando y resolviendo, sin perjuicio de apelación al Consejo de Hacienda (*op. cit.*, p. 150).

contrabando que se cometa en perjuicio de las rentas, debe tener entera satisfacción de los Subdelegados que deben conocer de las causas que se formen sobre ellas». Como puede observarse, para esta disposición la independencia funcional no era un valor, ya que se buscaba un juez que gozara de la confianza del Superintendente General y que pudiera garantizar la eficacia de sus cometidos. El nombramiento, además, aseguraba la dependencia jerárquica con respecto al Superintendente General frente a otras instituciones (por ejemplo, el Consejo de Hacienda o el Real, o a otros Secretarios de Estado)⁴⁰. Estas amplias facultades se extendían también al nombramiento de asesores específicos en las causas de rentas o fraudes y contrabando.

Hay que tener en cuenta la importancia de estas facultades, pues determinados cargos eran nombrados por autoridades ajenas al Secretario de Hacienda. Por ejemplo, los corregidores y alcaldes mayores, sobre los que podía recaer la Subdelegación o la asesoría de Rentas, eran nombrados por el Rey con una activa participación de la Cámara de Castilla y del Secretario de Estado de Justicia, sin que en principio tuviera intervención el Secretario de Hacienda⁴¹. Los Gobernadores militares, sobre los que también podía recaer la Subdelegación, eran nombrados por el ramo de Guerra. Es decir, estas personas, en cuanto podían desempeñar cargos de Subdelegados o asesores de rentas, debían contar con una doble confianza.

Todo ello permitía concluir a Dou que, a finales del Antiguo Régimen, el Superintendente General de Hacienda era el magistrado de primera instancia de las rentas reales junto a los Intendentes⁴². Y, según Gallardo, los *asuntos judiciales*, fuesen de *gobierno o de justicia*, quedaron por primera instancia privativos de la jurisdicción del Superintendente General, ejerciéndola en las provincias por medio de sus Subdelegados los Intendentes, y de otros Subdelegados en varios pueblos⁴³.

Canga Argüelles, por su parte, también a finales del antiguo Régimen, describía así el cargo de Superintendente General de la Hacienda: es un supremo magistrado a cuyo cargo se halla la dirección de la Hacienda, el conocimiento de las cargas y rentas del Estado y el escrutinio y elección de los medios conducentes a hacerlos productivos y a llenar el déficit que resulte el cargo y la data. Reúne en sí la suprema y privativa judicatura de todas las rentas; y en su virtud le corresponde el nombramiento de los Subdelegados y la confirmación de las sentencias que estos dieren, recibiendo de ella (de la Superintendencia) los administradores y dependientes las órdenes relativas al cobro de las rentas y

⁴⁰ CANGA ARGÜELLES subrayaba que «los Intendentes de Ejército y provincia, aunque en calidad de tales eran jefes superiores de la Hacienda en las provincias, no eran Subdelegados de Rentas, a no nombrarlos tales el Superintendente General, de cuya autoridad y facultades pende su nombramiento» (*Diccionario*, cit., tomo II, p. 510).

⁴¹ Vid. GÓMEZ RIVERO, R., *El Ministerio de Justicia en España (1714-1812)*, CEC, Madrid, 1999, pag. 333 ss.

⁴² *Op. cit.*, tomo II, p. 432.

⁴³ A lo cual añadía que las apelaciones, *como hacen contencioso el asunto en justicia*, a lo menos desde que la parte apela y se siente agraviado en el derecho que le dan las Leyes, correspondían a la Sala de Justicia del Consejo *op. cit.*, tomo I, p. 89.

contribuciones⁴⁴. Asimismo, señalaba que el Superintendente General es «juez universal de todos los pleitos e incidentes de las rentas», añadiendo que «esta desmedida autoridad, y la parte que se le daba en la distribución de los comisos, siempre que acordara alguna providencia en los procesos, introdujeron la práctica de habersele de dirigir las sentencias que se dan en las causas de contrabando para su aprobación»⁴⁵.

A la vista de la situación, cabe observar que la relación entre el Superintendente General y el Consejo de Hacienda era muy distinta a la que existía entre el Consejo de Castilla y el Secretario del Despacho de Justicia. Este último no llegó a hacer sombra a aquel, llevando una vida lánguida, motivada por la gran autoridad que conservaba el Consejo Real, al menos durante la primera parte del reinado de Carlos III)⁴⁶.

B) Otros órganos centrales de la Real Hacienda

Una idea recurrente en las fuentes doctrinales y legislativas era la de mirar con gran prevención el aumento de personal, considerando siempre más positivo un recorte que un aumento del mismo. A pesar de ello, a lo largo del siglo XVIII fueron apareciendo cargos de gran importancia.

Hay que destacar, en primer lugar, al asesor del Superintendente General. A finales del Antiguo Régimen ya existe esta figura, pero aún se encuentra poco perfilada⁴⁷.

También hay que destacar los cargos de Directores de Rentas, instituidos en 1740⁴⁸. Según Dou, estos eran una especie de administradores generales de la Real Hacienda de todo el Reino, con las mismas facultades, por lo que a este tocaba, que tenían los administradores principales en cuanto a la provincia respectiva⁴⁹. Una disposición de diciembre de 1749 reguló el gobierno económico y extrajudicial de las Direcciones Generales⁵⁰, y varios años después (15 de febrero de 1761) se regularon las funciones de los Directores Generales de Rentas, entre las que no aparecían las judiciales, que correspondían al Superintendente General y a los Subdelegados. Es este un dato importante, que apunta a la separación de funciones gubernativas y contenciosas para su desempeño por órganos diferenciados. Es más, la calificación como gubernativo de un asunto

⁴⁴ CANGA ARGÜELLES, *Diccionario*, cit., tomo II, p. 515.

⁴⁵ CANGA ARGÜELLES, *Diccionario*, cit., tomo II, p. 12. El autor critica esta práctica, que contrapone a la de los procesos criminales ordinarios, considerando que esta última es más correcta. Según DOU, el Superintendente General de Real Hacienda ostenta la inspección general sobre todas las cosas y personas del ramo, estando todo subordinado a él, para que cele el cumplimiento de las órdenes expedidas por SM *op. cit.*, tomo III, p. 296.

⁴⁶ CORONAS, *Ilustración*, cit., p. 32; ESCUDERO, *Los orígenes*, cit., tomo I, p. 634; S. DE DIOS, *Fuentes para el estudio del Consejo Real de Castilla*, Diputación provincial de Salamanca, 1986, p. LXXXI.

⁴⁷ La Real Orden 13 de mayo de 1786 aludía al asesor del Superintendente, lo que confirmaba la existencia del cargo en esa fecha (ARRAZOLA, *Enciclopedia*, cit., tomo IV, p. 134).

⁴⁸ GARCÍA CUENCA, *El Consejo de Hacienda*, cit., p. 472.

⁴⁹ DOU, cit., tomo III, p. 297.

⁵⁰ GALLARDO, cit., tomo I, p. 84.

servió también para evitar que «las ciudades, diputados y personeros del común» se mezclaran en los asuntos de rentas, de manera que las reclamaciones de los interesados debían dirigirse al Superintendente General de la Real Hacienda o a la Dirección General de Rentas⁵¹.

En 1799 se adoptó un nuevo sistema de administración de rentas reales con la idea de convertirlo en «más económico y simple» (Real Decreto de 25 de septiembre de 1799), suprimiéndose la Dirección General de Rentas, la Administración general del Tabaco y sus Contadurías y Tesorerías principales⁵². No obstante, la Dirección General de Rentas reaparecería en 1814.

4. LOS INTENDENTES

A) La aparición de la institución y su desarrollo hasta 1749

Entre los órganos no centrales, la figura más relevante es la de los Intendentes de Hacienda en cada provincia del Reino⁵³. La institución apareció en España en tiempos de Felipe V, con una raíces claramente francesas, aunque no con la misma fuerza que en el país vecino. En noviembre de 1711 se nombraron los primeros Intendentes y en 1712 se regularon sus funciones militares. Su implantación supuso la novedad de que no dependían del Consejo de Castilla, sino directamente del Rey a través de sus ministros, lo que originó el recelo de ese Consejo, que se convirtió en el mayor enemigo de la institución⁵⁴.

La Instrucción de 4 de julio de 1718 generalizó la figura de los Intendentes de provincia, asumiendo las funciones de los corregidores en la capital de provincia (salvo en algunas); en las demás poblaciones permanecieron los corregidores⁵⁵.

Como consecuencia de los ataques a los Intendentes por quienes habían visto disminuir sus atribuciones ante su aparición, en 1721 y 1724 se abolían las Intendencias de las provincias donde no hubiera tropas; y se retiraron las competencias en materia de Hacienda conferidas por la Instrucción de 1718⁵⁶.

B) La Ordenanza de Intendentes de 13 de octubre de 1749

En 1749 reaparece con fuerza la figura de los Intendentes. La Ordenanza de Intendentes de 13 de octubre de 1749 reguló con carácter general la institución,

⁵¹ Real Resolución de 26 de enero de 1784, *vid.* en GALLARDO, cit., tomo IV, pp. 103 ss.

⁵² GALLARDO, cit., tomo I, pp. 108-115.

⁵³ Sobre la figura de los Intendentes y su evolución histórica, desde su creación hasta su desaparición, *vid.* por todos ORDUÑA REBOLLO, E., *Intendentes e Intendencias*, ed. Tres Américas, Madrid, 1997. *Vid.* también GONZÁLEZ ALONSO, B., *El corregidor castellano 1348-1808*, IEA, Madrid, 1970, pp. 245 ss.

⁵⁴ ORDUÑA, cit., p. 54.

⁵⁵ ORDUÑA, cit., pp. 60-61; GARRIGÓS PICÓ, E., *Organización territorial a fines del Antiguo Régimen*, en *La economía española a finales del Antiguo Régimen*, cit., tomo IV, p. 34.

⁵⁶ ORDUÑA, cit., pp. 72 ss. Sobre las vicisitudes de los Intendentes en este periodo *vid.* FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos*, cit., pp. 389 ss.

que se extendió a todo el territorio, con funciones administrativas, judiciales, militares y financieras⁵⁷.

Aquí nos interesa destacar las funciones jurisdiccionales que ejercían en materia de Hacienda. Como principio general, correspondía a los Intendentes conocer privativamente, y con inhibición de todos Consejos, Chancillerías, Audiencias y Tribunales, excepto el de Hacienda, de todos los asuntos en que tuviera algún interés o perjuicio la Real Hacienda, y de los que afectaran a los productos del Real Erario, tanto en lo que se refería a la cobranza como a todas sus incidencias, anexidades y conexidades (capítulo 52, Nov. R. 6, 10,7). Sobre este punto cabe destacar que las cuestiones sobre la cobranza de las deudas contraídas con la Real Hacienda tenían la naturaleza de contenciosas, al considerar tales procedimientos como juicios ejecutivos⁵⁸.

Asimismo, los Intendentes eran jueces privativos en los asuntos en que pudieran quedar afectados censos, feudos u otros efectos de realengo, cuyo dominio directo, alodial⁵⁹ o feudal, perteneciera a la Real Hacienda, debiendo los poseedores de las cosas gravadas acudir ante ellos a deducir sus derechos o reconocer la superioridad del dominio directo, y a pagar lo que correspondiera, cuya recaudación y demás incidentes eran también de competencia del intendente, «bien entendido que todas aquellas causas en que haya interés fiscal, bursal, formado o futuro, y todas las demás pertenecientes a regalías de mi Real Hacienda, han de pertenecer a su conocimiento». Sin embargo, los asuntos afectantes a derechos y regalías de la Corona debían ser conocidos por los Tribunales a quienes estuviesen aplicadas; en cuyo caso las apelaciones se producirían ante el Consejo de Castilla, Chancillerías o Audiencias según correspondiera; no obstante, una vez decidida la cuestión litigiosa, los Fiscales de los Reales Tribunales debían pasar a los Intendentes sus avisos, a fin de que supieran de quién habían de recaudar la correspondiente pensión (capítulo 53, Nov. R. 6,10,7)⁶⁰.

Asimismo correspondía a los Intendentes el conocimiento de los asuntos sobre laudemios de bienes, en alodio del Real Patrimonio, con apelación ante el Consejo de Hacienda (capítulo 57, Nov. R. 6,10,7)⁶¹. Por el contrario, el conocimiento de los asuntos de derechos de amortizaciones, de los que recaían en Iglesias y manos muertas, si bien correspondía a los Intendentes, lo era con subordinación y dependencia del Consejo de Cámara, a quien estaba confiada la conservación de esta Regalía (capítulo 58, incluido en la Nov. R., 4, 4, nota 14).

Por otra parte, para evitar las competencias «que frecuentemente se suscitan» sobre el fuero de los subalternos y ministros empleados en la administra-

⁵⁷ GONZÁLEZ ALONSO, cit., p. 325. El texto completo de la Instrucción aparece recogido en esta obra, pp. 324 ss. También en GALLARDO, cit., tomo IV, 1806, pp. 354 ss., y en DE LA RIPIA, J., *Práctica*, cit., tomo I, pp. 303 ss.

⁵⁸ DE LA RIPIA, J., *Práctica*, cit., tomo V, pp. 514 ss.

⁵⁹ Alodial significa libre, en contraposición a enfeudado.

⁶⁰ Sobre la interpretación de este capítulo 53, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, A., «Los cuadros del Museo del Prado», en *Estudios en Homenaje al Profesor Mesa Moles*, Presidencia del Gobierno, Madrid, 1981, p. 283.

⁶¹ Los capítulos 52, 53 y 57 aparecen incluidos en la Nov. R., 6, 10, 7.

ción y resguardo de la Real Hacienda, se atribuía el conocimiento de todos los asuntos civiles o criminales que procedieran de sus oficios o por causa de ellos a los Intendentes de los que dependían, con apelación al Consejo de Hacienda. Sin embargo, en los delitos comunes, juicios universales, tratos y negocios particulares de los referidos subalternos, debían quedar sujetos a la Real Jurisdicción ordinaria (capítulo 64, incluido en la Nov. R., 6, 9, 6).

Otros capítulos, por el contrario, no aparecen recogidos en la Novísima Recopilación. Así, el capítulo 60, después de reconocer que las rentas generales, la de tabaco y estafetas con sus agregados y los negocios de moneda y comercio se gobernaban privativamente por juntas y ministros, añadía que los Intendentes conocerían, en sus respectivas provincias y primera instancia, de todas las causas y negocios que se ofrecieran en estas rentas, como en las demás que pertenecieran al Real Erario⁶². El capítulo 61, referido a las causas de fraudes contra las rentas de la Real Hacienda, se remitía al entonces vigente Real Decreto de 19 de noviembre de 1748, pero con posterioridad se dictaron varias disposiciones sobre la materia, en especial la de 1760, a la que ya nos hemos referido, y la de 1805, sobre las que volveremos después.

En cuanto a los asuntos sobre confiscaciones, mientras los bienes estuvieran en mero secuestro o embargo, debían conocer las Chancillerías y Audiencias hasta que se declarase la confiscación. Pero una vez pronunciada sentencia y mandada ejecutar, correspondía exclusivamente a los Intendentes proceder a la percepción y cobro de los bienes confiscados, así como el conocimiento de todas las cuestiones que se suscitaban sobre la materia. Para ello se establecía que los Fiscales les comunicarían los embargos que procedieron a la confiscación, a fin de proceder a la recaudación, pero obrando con subordinación al Tribunal o ministro encargado de estos asuntos (capítulo 54).

Determinados Intendentes, además, asumían ciertas funciones. Es el caso de los Intendentes de la antigua Corona de Aragón, que ejercían las competencias que anteriormente correspondían a los Bailes generales⁶³.

C) **La evolución normativa sobre la posición y competencias de los Intendentes**

La posición y las competencias de los Intendentes sufrieron diversas vicisitudes con posterioridad a 1749. Una primera novedad se produjo con la Real cédula de 5 de marzo de 1760, en virtud de la cual los Intendentes de provincia y Ejército conocerían en lo sucesivo de todos los negocios de justicia, economía, policía y gobierno comprendidos en los primeros 40 capítulos (salvo el 23)

⁶² Este capítulo constituye una especificación de lo dispuesto en el capítulo 52, y como tal, quedó sin objeto tras la unificación producida por el Real Decreto de 1799, al que ya antes hemos hecho referencia.

⁶³ No obstante, los negocios del Real Patrimonio nunca se confundieron con los de la Real Hacienda. La organización de las bailías se mantuvo independiente, continuando, en particular, el asesor y el Fiscal del Patrimonio Real (COS Y GAYÓN, *Historia jurídica del Patrimonio Real*, Madrid, 1881, p. 129). *Vid.* especialmente, BRANCHAT, V., *Tratado de los derechos y regalías*, Valencia, 1784.

de la Ordenanza de 1749, como corregidores solamente, y solo en el distrito de su corregimiento. Por ello, las apelaciones y recursos en estos negocios debían ir a las Audiencias y Chancillerías⁶⁴. Es claro que ello revelaba la lucha del Consejo Real, Chancillerías y Audiencias por recuperar espacios de poder.

Frente a ello, diversas disposiciones trataron de salvaguardar las competencias de Hacienda. Así, el Real Decreto de 10 de junio de 1760 insistía en que el conocimiento de las causas de rentas y demás pertenecientes al Real Patrimonio, incluso el de Valencia, correspondía privativamente a los Intendentes, sin que se pudieran mezclar en ellas los demás tribunales de justicia⁶⁵.

En igual sentido, y en el ámbito de la lucha contra el contrabando y fraude, se reforzó la posición del Superintendente General, asegurando una mayor dependencia de los Intendentes, tanto en su nombramiento como en su actuación (Real Decreto de 14 de diciembre de 1760). A ello nos hemos referido anteriormente. Es clara la relación entre este Real Decreto y la Real Cédula de 5 de marzo de 1760. Por un lado, el Real Decreto era coherente con la reducción territorial de las competencias de los Intendentes. Por otro lado, reforzaba la posición del Superintendente General en lo referente al nombramiento de los Subdelegados de Rentas y a su control en los asuntos de contrabando y fraude, en un momento en que se establecía que las apelaciones en los asuntos de gobierno y policía correspondían a las Chancillerías y Audiencias.

Poco después se separaban del Intendente las funciones de los corregimientos (Real Cédula de 13 de noviembre de 1766, recogido en la Nov. R., 7, 11, 26). Hasta entonces las Intendencias reunían funciones de hacienda, guerra, policía y justicia. Estas dos últimas se cedieron a los corregidores, y en cuanto a las de hacienda y guerra, los Intendentes quedaron subordinados en lo contencioso a los tribunales superiores respectivos, y en lo gubernativo a la vía reservada.

A finales del Antiguo Régimen el Intendente ejercía fundamentalmente funciones administrativas. Había un claro predominio de las funciones gubernativas sobre las judiciales, lo que es importante, pues en aquellas la relación era directa con el Secretario de Hacienda y con el Rey; en cambio en los asuntos judiciales podía interponerse el Consejo de Hacienda. Por lo que se refiere a las funciones judiciales, los Intendentes eran jueces privativos de rentas, sin perjuicio de las superiores facultades del Superintendente General, al que se hallaban subordinados, pudiendo este dictar instrucciones, avocar los asuntos para su resolución o pedirlos *ad effectum videndi*. Además, en materia de contrabando y fraude, estaban obligados a consultar las sentencias al Superintendente General⁶⁶. Con-

⁶⁴ Nov. R., 7, 11, 24, nota 6.

⁶⁵ Está incluido en la Nov. R., 6, 10, 8. Vid. GALLARDO, «Prontuario de facultades, obligaciones de los Intendentes, administradores, tesoreros y demás empleados de las rentas reales», incluido en el tomo V de *Origen, progresos*, cit., pp. 20-21.

⁶⁶ La expresión «consulta», en la terminología de la época, significa que el Intendente o Subdelegado debían remitir las sentencias que dictaran al Superintendente General, para que este las aprobara o modificara. No ha de entenderse, pues, como sinónima de «solicitud de un informe». El Superintendente General ostentaba competencias plenamente decisorias, no de mero informe.

tra las resoluciones judiciales de los Intendentes cabía, por regla general, apelación ante el Consejo de Hacienda.

Por su parte, Canga Argüelles resumía así las competencias de los Intendentes en lo judicial⁶⁷: a) Sobre los delitos y faltas que cometieren los empleados en el ejercicio de sus funciones; b) En las dependencias de rentas y demás en que tenga interés la Hacienda; c) En los pleitos e instancias sobre laudemios, quindenios, censos enfitéuticos y demás derechos alodiales del Patrimonio Real de Valencia; d) En las causas de fraude en las rentas generales, tabaco y demás; e) Todo ello con inhibición de las Audiencias y demás tribunales Reales, por ser privativa la jurisdicción de la Intendencia en dichas causas.

5. LOS SUBDELEGADOS DE RENTAS NO INTENDENTES

En el ámbito territorial de las Intendencias podían existir partidos fiscales, a cuyo frente se hallaban los Subdelegados de partido⁶⁸. Pues bien, las competencias judiciales como Subdelegados de Rentas no solo correspondían a los Intendentes, sino también a esos Subdelegados de partido.

Por otra parte, en 1799 se crearon las provincias marítimas de Cádiz, Málaga, Santander, Alicante, Cartagena y Asturias⁶⁹. Al frente de cada una de las cinco primeras se encontraba un Gobernador, y al frente de la sexta se encontraba el Regente de la Real Audiencia. Todos ellos ejercían las funciones de Subdelegado; de modo que cuanto se disponía por Reales Ordenes e Instrucciones con respecto a los Intendentes de provincia, debía extenderse a estos Subdelegados (Instrucción de 30 de julio de 1802, capítulo 1, art. 21).

Normalmente los Subdelegados de Rentas que no eran Intendentes ejercían otras funciones principales, es decir, el cargo suponía la acumulación de funciones a otras de muy diferente contenido⁷⁰. Era muy corriente, por ejemplo, que las funciones de Subdelegado fueran asumidas por los corregidores.

Los Subdelegados ejercían competencias que correspondían al Superintendente General de Hacienda, fundamentalmente en materias de contrabando y fraude. En las causas de rentas de sus partidos ejercían las mismas facultades y

⁶⁷ *Diccionario*, cit., tomo I, p. 651.

⁶⁸ La denominación «partido» es confusa en esta época. Por un lado, es el ámbito al que extiende su competencia un Subdelegado de Rentas; por otro, es una agrupación de pueblos para el gobierno municipal (equivalente a sexmos, rodas, jurisdicciones, merindades, ochavos, cuartos, tierras, etc). A fines del siglo XVI había en Castilla 31 partidos fiscales y 39 receptorías; con los Borbones, los partidos fiscales pasaron a 79 (GARRIGÓS PICÓ, cit., pp. 43 y 45). Este autor incluye mapa con las provincias y partidos fiscales en el siglo XVIII (p. 99).

⁶⁹ *Vid.* GARRIGÓS, cit., p. 51. *Vid.* posteriores vicisitudes de provincias económicas y partidos fiscales en pp. 51 ss.; *Vid.* también BURGUEÑO, J., *Geografía política de la España constitucional: la división provincial*, CEC-BOE, 1996, pp. 56 ss. La provincia de Alicante fue reintegrada a Valencia en 1805 y la de Santander puede darse por extinguida en 1808 (BURGUEÑO, cit., p. 59).

⁷⁰ En la mecánica administrativa del Antiguo Régimen era muy frecuente la acumulación de oficios. *Vid.*, para la época de los Austrias, J. GARCÍA MARÍN, *La burocracia castellana bajo los Austrias*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976, pp. 146-157. *Vid.* también J. A. ESCUDERO, *Los orígenes*, cit., tomo I, p. 636.

jurisdicción que los Intendentes en los suyos (Real Declaración de 27 de febrero de 1756), lo cual debió plantear numerosas cuestiones competenciales que obligaron a dictar numerosas disposiciones. Dado que tales disposiciones trataban de resolver con carácter general una cuestión concreta planteada, muchas veces podían resultar contradictorias entre sí. Así, mientras que la Real Orden de 6 de febrero de 1789 otorgaba la competencia en las causas de aprehensión de fraude al Subdelegado del distrito en el que estuviera destinada la partida que hizo la aprehensión; en cambio la Real Orden de 8 de enero de 1790 otorgaba la competencia, en las causas por aprehensiones hechas por las partidas de Resguardos (es decir, por la fuerza encargada de luchar contra el contrabando) reunidas de varias jurisdicciones, al Subdelegado del territorio o jurisdicción en que se ejecutaran; y la Real Orden de 3 de marzo de 1803 la otorgaba con carácter general a los Subdelegados de partido para conocer y sustanciar las causas de contrabando y fraude de rentas que ocurrieran en sus distritos, sin excepción de las de generales⁷¹.

Como consecuencia, las relaciones entre Intendentes y Subdelegados de partido fueron confusas y conflictivas, lo que obligó a dictar reiteradas disposiciones resolviendo conflictos entre ellos. Así, son muy significativas las Resoluciones de 18 de enero de 1780 y 21 de febrero de 1780, en las que se insistía en que los Subdelegados dependían jerárquicamente del Intendente, lo que refleja que aquellos no aceptaban de buen grado esta subordinación⁷².

Ambas Resoluciones se dictaron como consecuencia de las discrepancias surgidas entre el Intendente de Extremadura y el Subdelegado de Plasencia. El problema derivaba de que, en los títulos que se despachaban por la Superintendencia General a los Subdelegados de los partidos como jueces privativos de todas las rentas, se les nombraban por tales con entera subordinación al Intendente respectivo, y con prevención de que debían remitirle cualesquiera autos en el estado que tuvieran siempre que se les pidiera. La Real Orden de 21 de febrero de 1780 aclaraba que ello no debía servir para privar a los Subdelegados de partido del conocimiento de los asuntos que se siguieran en su Juzgado, sino que su finalidad era que, cuando por alguna de las partes se diera queja de agravio a los Intendentes, estos podían pedir los autos, los cuales, después de reconocidos, debían ser devueltos al mismo Subdelegado, al que el Intendente podía hacer las prevenciones oportunas para que se arreglara a las Reales Instrucciones; en su caso, el Intendente también podía dar cuenta a la superioridad. No obstante, añadía la Real Orden que, para proceder con la debida circunspección a llamar los autos, el Intendente debía pedir previamente informe al Subdelegado por si con él cesaban los motivos que influyeron a pedirlos, informe que el Subdelegado estaba obligado a enviar.

Sobre ello insistía la Instrucción General de 4 de octubre de 1799, ya citada, que, si por un lado reiteraba que, en lo gubernativo, los Intendentes tenían el superior conocimiento de los asuntos de su provincia; en cambio, en lo judicial, con respecto a los asuntos que llevaban los Subdelegados de partido podían

⁷¹ Sobre todo ello, *vid.* GALLARDO, cit., tomo V (*Prontuario*), p. 54.

⁷² GALLARDO, cit., tomo V, pp. 428 ss.; y tomo I, p. 104.

pedir los autos de dichos asuntos, pero solo *ad effectum videndi*, sin poderles privar de su conocimiento⁷³.

Y en el mismo sentido se pronunciaba la Instrucción General de rentas reales, aprobada el 30 de julio de 1802, que regulaba la autoridad, facultades y obligaciones de los Intendentes y Subdelegados, contadores de provincia y de partido, administradores generales y de partido, Tesoreros y depositarios, y demás empleados⁷⁴. Según el capítulo I, artículo 1.3, los Intendentes debían celar sobre la pronta y debida administración de justicia por los Subdelegados de los partidos, a quienes siempre que lo exigiera el bien del Real servicio podían pedir las causas que pendieran en sus Juzgados a efectos de verlas, y hacerles inmediatamente las prevenciones que estimasen oportunas para su continuación; en caso de no considerarla arreglada, podían proponer al Superintendente General, con remisión de ellas, lo que juzgaran más conveniente. Según el artículo 29, lo dicho respecto a los Intendentes de provincia era aplicable a los Gobernadores Subdelegados en las nuevas provincias de Cádiz, Málaga, Santander, Alicante, Cartagena y Oviedo.

6. LOS ASESORES DE LAS SUBDELEGACIONES DE RENTAS

Hay que destacar una figura de gran importancia, los asesores de las Subdelegaciones de Rentas, que auxiliaban a los Intendentes y Subdelegados, dirigiendo los asuntos judiciales de los tribunales de Hacienda. La Ordenanza de Intendentes de 1749 establecía que cada uno de los Intendentes de provincia debía tener uno o dos tenientes letrados que ejercieran la jurisdicción contenciosa, civil y criminal, unida o separadamente, como se hallase establecido (capítulo 2, recogido en la Nov. R., 7, 11, 24).

Dada la importancia de la figura, era fundamental la cuestión de su nombramiento. La Ordenanza de Intendentes establecía que debían ser aprobados por los Consejos, Chancillerías o Audiencias, y nombrados por el Rey, para lo cual el Consejo de Cámara debía proponer, para cada una de dichas tenencias o Varas de Alcalde Mayor, tres sujetos hábiles de ciencia y conciencia, pudiendo también el Rey escoger a quien no estuviera incluido en la terna.

Sin embargo, ello colocaba a los asesores fuera del control del Superintendente General de Hacienda. Recuérdese además que la Real Cédula de 5 de marzo de 1760 asignaba las competencias señaladas en los primeros 40 capítulos de la Ordenanza de Intendentes a estos en cuanto corregidores. Por ello, el Real Decreto de 14 y la Cédula del Consejo de Hacienda de 17 de diciembre de 1760, ya citado varias veces, tras reconocer que, según la Instrucción de 1749, los alcaldes mayores eran los asesores ordinarios de los Intendentes en todas las

⁷³ GALLARDO, cit., tomo V, p. 22.

⁷⁴ Esta Instrucción derogaba a la de 4 de octubre de 1799. Según su Preámbulo, pretendía restablecer a los Intendentes en su autoridad y facultades con arreglo a las Instrucciones de 13 de octubre de 1749 y de 10 de noviembre de 1760. Entre otras cosas, suprimía las Juntas de provincia y de partido que existían previamente. *Vid.* en GALLARDO, cit., tomo V, pp. 140 ss. La Novísima Recopilación la recoge parcialmente (libro 6, título 9, Ley 5).

causas y negocios de su conocimiento, sin embargo, si esto fuera perjudicial para la Real Hacienda, en las causas de rentas o de fraudes y contrabando, siempre que los Intendentes tuvieran motivos para no asesorarse con los alcaldes mayores, podían proponer al Superintendente General a un sujeto de su entera satisfacción, para que con su aprobación nombrara otro asesor. Como puede observarse, se concedía al Intendente la facultad de proponer al Superintendente General el nombramiento de un asesor de su confianza, y ello tanto en los asuntos de fraudes, como en los de rentas, concepto este indudablemente más amplio que aquel, ya que abarcaba no solo los asuntos penales, sino también los civiles⁷⁵.

Insistía en ello el Real Decreto 10 de marzo de 1764, según el cual tanto los Intendentes como los Subdelegados podían asesorarse con el alcalde mayor más moderno, con algún Ministro de Audiencia o Chancillería, o con cualquier letrado de su mayor satisfacción, previa la aprobación del Superintendente General (Nov. R., 7, 11, 25). Con ello se derogaba también una anterior norma según la cual la asesoría de rentas correspondía al más antiguo⁷⁶.

Nuevamente se insistía en la cuestión en la Circular a los Intendentes de 22 de abril de 1805, para que los corregidores y alcaldes mayores que estuvieran encargados de las asesorías de rentas cumplieran con exactitud sus encargos, pues en su defecto debían conferirse dichas asesorías al letrado de mayor confianza⁷⁷.

Otra cuestión fundamental era la de si los Intendentes y Subdelegados respondían de las actuaciones judiciales que realizaban con apoyo de los asesores. Según el Real Decreto de 22 de agosto de 1793 (Nov. R., 11, 16, 9), los Intendentes y demás Jueces legos que tuvieran asesor con nombramiento real no eran responsables de las consecuencias de las providencias y sentencias que dictaran con acuerdo y parecer de dicho asesor, el cual quedaba como único responsable. El Juez no estaba autorizado para nombrar a valerse de asesor distinto al nombrado, pero si en algún caso creyera tener razones para no conformarse con su dictamen, podía suspender el acuerdo o sentencia y consultar a la superioridad, con expresión de los fundamentos y remisión del expediente⁷⁸.

⁷⁵ Esta práctica se generalizó en seguida (ARRAZOLA, *Enciclopedia*, cit., tomo IV, p. 131, voz «asesor de rentas»). Según parece, una vía de nombramiento era la de ascenso desde las abogacías fiscales (vid. DSC, sesión de 31 de octubre de 1812, tomo V, p. 3998).

⁷⁶ GALLARDO, cit., tomo V, p. 262. Para el caso de Valencia, vid. P. MOLAS RIBALTA, *La Audiencia borbónica del Reino de Valencia (1707-1834)*, Universidad de Alicante, 1999, p. 88: el asesor solía ser uno de los ministros de la Audiencia. Con la libre elección por el Superintendente se trataba de evitar «lo arriesgado que está mi Real servicio, dejando a la suerte y variación de los alcaldes mayores la confianza de los graves y delicados negocios que penden de las Intendencias, y requieren no solo que sea el asesor un hombre escogido, sino de la satisfacción del Intendente».

⁷⁷ Lo mismo debía hacerse con los demás empleados de los Juzgados de Rentas. La Real Orden de 18 de noviembre de 1805, sobre asiento que debían ocupar los asesores de las Intendencias en los remates o arrendamientos de rentas, daba a entender quiénes desempeñaban los cargos de asesores: ministros de las Audiencias u honorarios de ellas, alcaldes mayores y abogados.

⁷⁸ CANGA ARGÜELLES (*Diccionario de Hacienda*, cit., tomo I, p. 104) justificaba la responsabilidad de los asesores precisamente por reputarse legos en cuestiones jurídicas a Intendentes y Subdelegados. Normalmente los Intendentes no se reclutaban entre juristas, sino entre cargos

Otro aspecto a destacar es el retributivo. Por Real Orden de 17 de marzo de 1761 se establecía que los asesores de los Gobernadores y corregidores dejaran de percibir las ayudas de costa de que gozaban por rentas, por tener sus derechos reglados por arancel, y porque los Subdelegados de Rentas debían darles alguna parte de los decomisos que declararan, con lo que quedaban compensados por su trabajo⁷⁹.

Una última cuestión a destacar se refiere a las relaciones del asesor con otros cargos de las Intendencias y Subdelegaciones. Anteriormente hemos hecho referencia al manejo de las categorías de lo contencioso y de lo gubernativo como una forma de justificar la asunción de competencias por parte de las Secretarías del Despacho frente al Consejo de Hacienda. Pues bien, en las Intendencias y Subdelegaciones indudablemente se produjo una lucha similar entre los órganos judiciales (con su figura principal, el asesor) y los puramente administrativos (administradores, contadores)⁸⁰. La calificación de un asunto como gubernativo suponía la intervención exclusiva de los órganos administrativos, mientras que la calificación como contencioso suponía la entrada en escena de los Juzgados de Rentas, con todo lo que ello llevaba consigo.

7. OTROS CARGOS EN LAS SUBDELEGACIONES

En las Intendencias y Subdelegaciones de partido había una serie de cargos de mayor o menor importancia, con funciones de naturaleza administrativa. Entre ellos hay que hacer especial hincapié en la figura de los administradores. A finales del Antiguo Régimen se regían por la Instrucción de 30 de julio de 1802 (capítulo III)⁸¹.

administrativos de Hacienda (tales como contadores o tesoreros) o militares (tales como comisarios de guerra) (vid. ESCARTÍN, E., «La Intendencia de Cataluña en el siglo XVIII», en *Hispania*, extra núm. 9, Madrid, 1978, p. 55).

⁷⁹ GALLARDO, cit., tomo IV, p. 86. No obstante, la Real Orden de 9 de noviembre de 1761 establecía que a los alcaldes mayores de las Intendencias se les continuaran los sueldos que se les tenían consignados (GALLARDO, cit., tomo IV, p. 30). La Real Orden de 28 de julio de 1799 contenía una lista de los corregidores y alcaldes mayores que recibían sueldos o ayudas de costa (Soria, Toro, Guadalajara, Córdoba (2), Ferrol, Granada, Ronda, Salamanca, León, Ciudad Real, Segovia, Sevilla, Zamora, Cuenca, Extremadura, Valladolid, Toledo, Ávila, Murcia, Burgos, Jaén, Palencia).

⁸⁰ Vid. sobre ello, referido al Real Patrimonio en Valencia, GARCÍA MONERRIS, C., *La Corona contra la Historia. José Canga Argüelles y la reforma del Real Patrimonio valenciano*, Universidad de Valencia, 2005, en el que se expone el choque, en lo referente al Real Patrimonio del antiguo Reino de Valencia, entre el asesor Branchat, partidario de la vía judicial; y el contador del Ejército de Valencia, Martínez de Irujo, partidario de la vía administrativa.

⁸¹ Anteriormente algunas rentas tenían administración separada, como la de rentas generales o de aduanas, tabacos y otras. Pero por Real Decreto de 25 de septiembre de 1799 se produjo la unificación en una sola Administración en cada capital de provincia de las rentas provinciales y sus agregados, y las de salinas y tabacos, permaneciendo únicamente Administraciones de aduanas en los puertos habilitados para comercio. En desarrollo del Real Decreto de 25 de septiembre de 1799 se dictó una extensa Instrucción general de 4 de octubre de 1799 sobre facultades y obligaciones de los Intendentes en lo gubernativo y directivo de todas las rentas, y las de los contadores, administradores, tesoreros, comandantes y jefes del Resguardo, y sobre las juntas provinciales.

Lo que aquí más nos interesa de la figura es su posición en los pleitos de Hacienda y su relación con los Fiscales, que fue conflictiva en muchas ocasiones.

Los administradores de la Real Hacienda eran representantes, apoderados o agentes de los derechos del Rey, con las consiguientes facultades⁸². Así, tenían la condición de Fiscales en las causas de contrabando⁸³.

Por su parte, la Real Orden de 29 de septiembre de 1777 resolvía una cuestión planteada en la Intendencia de Aragón, estableciendo que las instancias (escritos) judiciales se hicieran a nombre de los administradores generales de Rentas, y que estos fueran los que defendieran las causas relativas al gobierno, manejo y exacción de reales derechos y castigo de defraudadores⁸⁴. Los administradores, en este sentido, eran los representantes de la Real Hacienda, de forma que el promotor fiscal solo concurría como abogado, con los dictámenes y escritos que de él exigiera el administrador general, que era quien representaba la parte general de la Real Hacienda⁸⁵. De esta forma se resolvía el conflicto con los abogados fiscales, dándose preeminencia a los administradores en los asuntos y causas de rentas.

En igual sentido de potenciación de las facultades de los administradores, la Real Orden de 3 de septiembre de 1783 añadía que estos podían elegir a los abogados que juzgaran más convenientes para la defensa de los asuntos de rentas cuando no hubieran sido nombrados por el Secretario de Estado o la Dirección General de Rentas. Y la Real Orden 1 de marzo de 1802 insistía en que los administradores eran responsables en los pleitos de Real Hacienda, como sus principales agentes y representantes.

Doctrinalmente, Canga Argüelles decía que los administradores de Rentas eran los promotores fiscales de las causas, «con quienes se entienden las demandas, traslados y notificaciones, pero como son legos, al igual que los Intendentes, deben aconsejarse de los abogados fiscales, en cuya unión firmarán»⁸⁶. Trazaba así un paralelismo entre los Intendentes y sus asesores, por un lado, y los administradores y abogados fiscales, por otro.

Asimismo hay que destacar la figura del escribano, de gran importancia en los asuntos contenciosos. Los Intendentes podían elegir escribano de su satisfacción para los asuntos de rentas, donde no estuvieran enajenadas las escribanías de ellas y de la Superintendencia (capítulo 68 de la Instrucción de Intendentes de 1749)⁸⁷.

Vid. en GALLARDO, cit., tomo V, pp. 20 ss. Se trata de lo que podríamos calificar de Reglamento orgánico, contemplando los distintos cargos y autoridades del Ministerio y de las provincias, regulando sus funciones, fundamentalmente las administrativas.

⁸² GALLARDO, *op. cit.*, tomo V (*Prontuario*), pp. 115-117.

⁸³ DOU, cit., tomo III, p. 311 I, remitiéndose al capítulo 6 de la Instrucción de 22 de julio de 1761.

⁸⁴ GALLARDO, cit., tomo IV, pp. 8-10; DOU, cit., tomo III, p. 312.

⁸⁵ En cambio, en los negocios y recursos contenciosos sobre derechos y regalías del Real Patrimonio parece darse a entender que el representante era el Fiscal.

⁸⁶ *Diccionario*, cit., tomo II, p. 12.

⁸⁷ La Real cédula de SM dada a 24 de agosto de 1765 aprobaba el arancel de los derechos que se debían percibir en la escribanía de la Superintendencia General de la Real Hacienda, en las

8. OTRAS CUESTIONES

Las normas regularon otras cuestiones de importancia. Así, por lo que se refiere a los supuestos de ausencias y enfermedades, los Intendentes y Subdelegados de Rentas serían sustituidos en el ejercicio de todas sus funciones relativas a los ramos de Rentas y Propios por los Contadores de provincia y partido respectivamente, y a falta de estos por los administradores, tesoreros y depositarios (Resolución de 5 de enero de 1806). Sin embargo, los administradores no debían conocer como jueces de los asuntos en los que hubieran intervenido como parte en nombre de la Real Hacienda. En tal caso, debían encargarse de su continuación los tesoreros y depositarios⁸⁸.

En caso de fallecimiento de algún Intendente, si resultara contra él algún débito u obligación a favor del Fisco, debía entrar al conocimiento el Intendente o Juez de Rentas que se hallase en el pueblo hasta su reintegro total. Evacuado este acto, y puesta en autos certificación del pago total a la Real Hacienda, debía entregarlo al juez ordinario para la división y adjudicación de los efectos restantes entre los herederos y demás que resulten interesados a dichos bienes (Real Orden de 12 de marzo de 1799)⁸⁹. Estas previsiones eran también aplicables en caso de fallecimiento de administradores, contadores y demás dependientes de la Real Hacienda.

9. LA SITUACIÓN PERIFÉRICA EN 1808

Tras examinar la organización existente, es interesante conocer la realidad a final del Antiguo Régimen⁹⁰. Así, la Guía de Hacienda de 1808, por ejemplo, recoge los cargos existentes.

En primer lugar, están los Intendentes de Ejército de Andalucía, Aragón-Navarra-Guipúzcoa, Caracas, Castilla la Vieja, Cataluña, Extremadura, Galicia, Habana, Mallorca y Valencia-Murcia.

de los Juzgados y Subdelegaciones de Alcabalas, Cientos y Millones, Tabaco y demás rentas reales; en la del Juzgado de los cuatro Maestrazgos de las Ordenes; en la del Tribunal de la Regalía de Casa de Aposento; y en las de los demás Juzgados, Subdelegaciones y Comisiones de la Corte que dimanaran de la vía de Hacienda (GALLARDO, cit., tomo IV, pp. 34-44). La Real cédula de 7 de mayo de 1782 aprobaba los aranceles de derechos de relatores, escribanos de cámara y de diligencias, Procuradores y Porteros del Consejo de Hacienda y de las Juntas de Comercio y Moneda, Tabaco y cualesquiera otra que se forme con Jurisdicción suprema por la vía de Hacienda (GALLARDO, cit., tomo IV, pp. 44 ss).

⁸⁸ Vid. GALLARDO, cit., tomo V (*Prontuario*), p. 147, que menciona la Instrucción de contadores de 29 de enero de 1788 (art. 76); la Instrucción de 30 de julio de 1802 (art. 28 y 29 del capítulo I) y las Reales Órdenes de 31 de octubre de 1802 y de 5 de enero de 1806.

⁸⁹ GALLARDO, cit., tomo V, p. 271. Vid. también la Nov. R., 10, 21, 8.

⁹⁰ Entre 1799 y 1805 tuvo lugar una importante reforma territorial, promovida por el Consejo de Hacienda y el Secretario de Hacienda Miguel Cayetano Soler, que BURGUEÑO concreta en los siguientes puntos (*op. cit.*, pp. 55 ss): a) creación de provincias marítimas, a lo que ya nos hemos referido; b) supresión de la provincia de Toro en 1803; c) redefinición de los límites provinciales, particularmente en Castilla.

Hay Intendentes de provincia, que se dividen en 1ª clase (Burgos, Córdoba, Granada, León, Madrid, Toledo); 2ª clase (Ciudad Real, Cuenca, Jaén, Murcia, Salamanca, Segovia, Zamora) y 3ª clase (Ávila, Guadalajara, Palencia, Poblaciones de Sierra Morena y Soria).

Hay Subdelegaciones de Rentas de provincias marítimas y otras de interior (Asturias, a cuyo frente está el Regente de la Audiencia; Bilbao; Cádiz, a cuyo frente está el Gobernador de la plaza; Cartagena, a cuyo frente está el Gobernador de la plaza; Ibiza; Málaga, a cuyo frente está el Gobernador de la plaza; Menorca; Navarra, a cuyo frente está el Regente del Consejo Real; Sanlúcar; San Sebastián; y Vitoria, a cuyo frente está el Gobernador de las Aduanas de Cantabria).

En los Juzgados puede haber varios abogados fiscales y varios escribanos (por ejemplo, en la Intendencia de Andalucía hay varios, especializados por tributos: rentas generales, tabaco, millones).

En los partidos existentes en las Intendencias hay Subdelegados, que son los que llevan el Juzgado.

Se observan numerosas acumulaciones de cargos. Por ejemplo, en Valladolid el asesor es oidor de la Chancillería. En Galicia, el asesor es un oidor de la Real Audiencia; y el Fiscal es a la vez Fiscal de la Audiencia. Muchos asesores son a la vez corregidores y alcaldes mayores.

En los partidos suele haber abogados fiscales y escribanos; en unos partidos hay asesor, en otros abogado, en otros no consta ni uno ni otro. En el partido de Orense el Subdelegado de Rentas es el corregidor. En Vigo el Subdelegado es el comandante general de la provincia de Tuy. En el partido de Alcalá la Real (que depende de Granada) el corregidor desempeña el cargo de Subdelegado de Rentas; y el alcalde mayor, el de asesor. En las Intendencias de Jaén, Segovia, Soria y Toledo el asesor es el corregidor. En Ciudad Rodrigo el Subdelegado es el Gobernador de la plaza; en Ocaña, el Gobernador militar y político; en Algeciras, el Comandante general del Campo de Gibraltar. En ocasiones no se indica ningún título de los que desempeñan los cargos.

En Madrid el Intendente es el corregidor; el asesor es el teniente más antiguo del corregidor. El Intendente es Subdelegado principal de Rentas generales y demás ramos estancados, excepto las provinciales; hay dos jueces comisionados, otro es Subdelegado principal de alcabalas, millones y demás rentas provinciales; hay un asesor de rentas generales y ramos estancados.

En Navarra se distingue: el Virrey y Capitán General es el encargado de la Subdelegación en lo gubernativo, directivo y económico de las Rentas Reales de este Reino. Dentro del Tribunal de rentas están la Subdelegación de Tablas (el Subdelegado es el Regente del Consejo Real de Navarra); la Conservaduría del Tabaco (hay un juez conservador que es el del Consejo Real de Navarra); el Tribunal de la Junta en apelación del Juzgado de Tabaco (presidente nato es el virrey; juez nato el Regente y además hay tres oidores); y el Tribunal de contrabando (son jueces el Regente y un oidor).

Por otro lado, hay ciertos Juzgados especiales. Por ejemplo, el de las salinas de la Mata y Orihuela; y la Superintendencia de las Reales Fábricas de tabaco

de Sevilla. En Baleares, además del tribunal de la Intendencia, está el Juzgado de Temporalidades del Reino y el Juzgado del Real derecho de amortización y Real sello. En Menorca está el Tribunal del Real Patrimonio de Mahón, aunque sus miembros son los mismos que los del Juzgado de Rentas.

10. OTROS ÓRGANOS COMPETENTES PARA EL CONOCIMIENTO DE ASUNTOS CONTENCIOSOS DE DETERMINADAS RENTAS

Aparte de los Intendentes y Subdelegados de partido, existían otros órganos que conocían de los asuntos contenciosos surgidos en relación con determinadas rentas. Es el caso de la Renta Real de Lotería, cuyo gobierno y dirección correspondía al Superintendente General de Hacienda, en que se contemplaba la existencia de un Subdelegado para decidir los asuntos contenciosos peculiares de dicha renta, con apelación al Consejo de Hacienda, así como un promotor fiscal para la defensa de los derechos de la Real Hacienda (Instrucción de 31 de julio de 1776).

Carlos III nombró un juez privativo para entender en todo lo perteneciente a la Real Fábrica de Porcelana y en las causas de sus empleados. El conocimiento de las apelaciones contra las resoluciones de ese Juez correspondía al Consejo de Hacienda (Resolución de 6 de octubre de 1781, incluida en la Nov. R., 6, 10, nota 23).

Otras rentas, en cambio, estaban gestionadas por órganos no encuadrados en la Secretaría de Estado de Hacienda, motivo por el cual no son objeto de este estudio, ya que tampoco correspondían a esta Secretaría o a sus órganos dependientes el conocimiento de los asuntos contenciosos. Era el caso de la renta de correos y de los asuntos de caminos y de bienes mostrencos, que correspondían a órganos dependientes de la Superintendencia General de Correos y Caminos, integrada en la Secretaría de Estado. Tampoco correspondían a órganos dependientes de la Secretaría de Hacienda los asuntos contenciosos de las penas de cámara⁹¹.

IV. EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA JURISDICCIÓN DE HACIENDA

1. ASPECTOS GENERALES

Por lo que se refiere al contenido de las materias propias de la Jurisdicción de Hacienda, hay que tener en cuenta que se concebía de una manera muy amplia, tanto en el aspecto subjetivo como en el objetivo, incluyendo asuntos tanto penales como civiles.

⁹¹ Dou, cit., tomo II, pp. 458-465. *Vid.* Real Decreto de 8 de octubre de 1778, Nov. R., 7, 35, 7.

Por lo que se refiere a la extensión subjetiva, gozaban del fuero de Hacienda todos los empleados de esta, pero solo en cuanto afectaba al ejercicio de sus funciones. Ya vimos en su momento lo dispuesto en el capítulo 64 de la Ordenanza de Intendentes de 1749, que reservaba a estos el conocimiento de los asuntos de los empleados en la administración y resguardo de la Real Hacienda que procedieran de sus oficios o por causa de ellos, con apelación al Consejo de Hacienda. En igual sentido, la Real Cédula de 21 de octubre de 1785 declaraba que el conocimiento de los asuntos sobre nombramientos de repartidores de reales contribuciones o de su exención pertenecía a los tribunales de la Real Hacienda⁹². Pero además se trata de un fuero atractivo, en cuanto que en determinados casos los eclesiásticos, extranjeros y militares no podían invocar sus fueros privilegiados⁹³.

Por lo que se refiere a la extensión objetiva, correspondía a la Jurisdicción de Hacienda conocer de cualquier asunto en que esta pudiera ser sujeto activo o pasivo. Debe destacarse, por su importancia, el conocimiento de las causas por contrabando y defraudación, sobre lo que luego hablaremos.

No obstante, en ocasiones fue necesario restringir el excesivo ámbito que pretendía darse al fuero de Hacienda. Así ocurrió en el supuesto contemplado en la Declaración del Consejo Real de 16 de enero de 1804. En efecto, la Real Cédula de 6 de diciembre de 1785 estableció una serie de formalidades que se debían guardar en los arrendamientos de tierras para no defraudar los Reales derechos⁹⁴. La disposición era confusa, porque atribuía competencias a Intendentes, Consejo, Chancillerías y Audiencias del territorio, es decir, tanto a órganos de la Jurisdicción de Hacienda como de la ordinaria. Apoyándose en esa Real Cédula, los Intendentes entraron a conocer de asuntos contenciosos sobre desahucios y arrendamientos de tierras, precio y tasa de tales arrendamientos, es decir, asuntos estrictamente civiles propios de la Jurisdicción ordinaria. Pues bien, la citada Declaración de 16 de enero de 1804 estableció que el conocimiento de los Intendentes en los asuntos de la contribución extraordinaria y temporal del 6 y 4 % sobre las rentas líquidas de los propietarios de las 22 provincias de Castilla y León en lugar de la de frutos civiles, se extendía solo a lo gubernativo, pero no a lo contencioso sobre desahucios y arrendamientos de tierras, precio y tasa de los mismos arrendamientos, ni sobre las demás particularidades e incidencias que surgieran. De ahí que las apelaciones de las Justicias ordinarias en estos asuntos no debían ir a los Intendentes, sino a las Chancillerías y Audiencias, como ocurría con anterioridad a la Cédula de 6 de diciembre de 1785⁹⁵.

⁹² Se dictó como consecuencia de un conflicto surgido entre el Intendente de Valladolid y el alcalde mayor de Rueda. *Vid.* GALLARDO, cit., tomo II, 1832, pp. 97 ss. La disposición está recogida en la Nov. R., 6, 22, 18.

⁹³ *Vid.* DOU, cit., tomo II, pp. 432 ss. *Vid.* también FONSECA, «Contrabando y defraudación», *RGLJ*, tomo 74, 1889, p. 150.

⁹⁴ *Vid.* GALLARDO, cit., tomo II, pp. 18 ss.

⁹⁵ GALLARDO, *op. cit.*, tomo III, p. 327, Nov. R., 10, 10, 5.

2. LOS CONFLICTOS CON OTRAS JURISDICCIONES

La existencia de numerosas Jurisdicciones especiales provocó numerosos conflictos entre ellas. Como dice Tomás y Valiente, los conflictos entre tribunales de distintas Jurisdicciones entorpecían la Administración de Justicia, pues suponían una serie interminable de dilatorias cuestiones de competencias, que enfriaban los ánimos y daban tiempo a las negociaciones y a las súplicas o peticiones de ayuda a altos personajes cortesanos⁹⁶. De hecho, la Jurisdicción de Hacienda entró en conflicto con otras Jurisdicciones en numerosas ocasiones⁹⁷.

Aquí nos interesan especialmente los numerosos conflictos que se produjeron en Valencia entre los Intendentes (sucesores del antiguo Baile general) y la Jurisdicción ordinaria con motivo de los pleitos para la defensa y recuperación del Real Patrimonio por parte de aquellos. Tales conflictos llegaron en ocasiones, respectivamente, al Consejo de Hacienda y al Consejo Real, teniéndose que formar una Junta de dos miembros por cada Consejo y uno nombrado por el Rey, para su resolución⁹⁸.

Por su parte, el Real Decreto de 10 de junio de 1760, que ya antes hemos mencionado, confirmaba la autoridad y jurisdicción concedida a los Intendentes para conocer privativamente de todos los ramos de la Real Hacienda. En principio, el Intendente de Valencia debía conocer de todo lo que había conocido el Baile general. Pero la Audiencia había venido admitiendo instancias y deteniendo el curso de las causas con competencias. Ante esta situación, el Real Decreto ordenó que la Audiencia se abstuviera de conocer de los expedientes y causas en que se tratara de intereses del Real Patrimonio y rentas Reales. Y además aprovechaba para declarar que los tribunales ordinarios debían abstenerse en lo sucesivo de conocer de estas materias y de plantear competencias; pasando a las Intendencias y Juzgados de Rentas todos los expedientes que tuvieran relativos a tercerías y diezmos reales, bienes alodiales, bursales y demás ramos de contribuciones y derechos Reales, para que procedieran a sustanciarlos y determinarlos privativamente con apelaciones al Consejo de Hacienda. No obstante, no parece que este Real Decreto se respetara excesivamente, como lo prueba el hecho de que los conflictos jurisdiccionales entre

⁹⁶ *El Derecho Penal*, cit., p. 188. R. SALAS manifestaba en 1821, para justificar la abolición de fueros especiales, que «es increíble el tiempo que los jueces de privilegio gastaban en competencias, que casi siempre protegían la impunidad, porque cada uno de estos jueces, más que como tal, obraba como un protector y defensor de sus aforados» (*Lecciones de Derecho Público Constitucional*, CEC, Madrid, ed. 1982, p. 257).

⁹⁷ *Vid.* «Los conflictos resueltos entre el Consejo de Hacienda y otros órganos» en GALLARDO, *op. cit.*, tomo I, pp. 102 ss.

⁹⁸ *Vid.* C. CORONA MARZAL, *La política ilustrada en Valencia: los intendentes y el Real Patrimonio (1759-1770)*, en *Coloquio internacional Carlos III y su siglo*, Actas, tomo II, UCM, Departamento de Historia Moderna, Madrid, 1988. Según la autora, la Audiencia de Valencia se convirtió en la defensora de los señores frente al Patrimonio Real. *Vid.* también GARCÍA MONERRIS, C., *La Corona contra la Historia*, cit.; y *Rey y señor. Estudio de un realengo del país valenciano (La Albufera, 1761-1836)*, Ayuntamiento de Valencia, 1985.

Intendentes y los tribunales siguieran siendo muy abundantes en Valencia, y que fuera necesario reiterar la observancia de su cumplimiento⁹⁹.

3. LOS ASUNTOS DE CONTRABANDO

La materia del contrabando es del mayor interés, pues forma lo que podríamos llamar un ordenamiento sectorial específico, con pretensiones de exhaustividad. En efecto, se trataba de una materia «sensible», y por tanto, especialmente regulada desde muy pronto, tanto en el aspecto orgánico como en el competencial y procedimental¹⁰⁰.

Reiteradamente hemos hecho mención al Real Decreto de 14 de diciembre de 1760, dictado «para hacer frente a los graves perjuicios causados por el contrabando y la defraudación», según el cual todo contrabando de tabaco, extracción de moneda, oro, plata en barras o pasta, caballos, machos y ganado y cualquier fraude de derechos de aduanas, rentas provinciales y demás que se administren por cuenta de la Real Hacienda, se han de comprender bajo el nombre de contrabando, porque se falta a los bandos que prohíben la introducción o extracción de cosas vedadas, y se usurpan los derechos que están impuestos por Leyes y Reales disposiciones en los géneros de lícito comercio (cap. 3)¹⁰¹.

En ejecución de lo establecido en el capítulo 17 de ese Real Decreto se dictó la Real Cédula e Instrucción de 22 de julio de 1761, sobre el método y reglas para instruir los procesos de contrabando, uniformando la legislación penal de contrabando y fraude y la de procedimientos en esta materia¹⁰². En la materia se manifiesta plenamente el principio de atracción del fuero de Hacien-

⁹⁹ Resolución de 7 de octubre de 1806, recogido en el Suplemento a la Nov. R., 7, 10, 2.

¹⁰⁰ Anteriormente existían jueces de contrabando. Por Decreto de 6 de junio de 1741 se abolió definitivamente el Juzgado de contrabando de mar y tierra, pasando tales asuntos al Ministerio de Hacienda, sus Subdelegados y dependientes, y en su defecto, a las justicias ordinarias, con apelaciones al Consejo de Hacienda. Posteriormente por Decretos de 31 de enero de 1742 y 29 de noviembre de 1746 se declaró que su conocimiento correspondía al Superintendente General de Real Hacienda, inhibiendo a todos los demás jueces y tribunales. Finalmente, y sin hacer mención a otras disposiciones, la Cédula de 17 de diciembre de 1760 estableció las facultades del Superintendente General en la materia (J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal en España*, tomo II, Madrid, 1805, pp. 46 y 34). Desde otro punto de vista, *vid.* A. ANGULO, *Las puertas de la vida y la muerte: la Administración aduanera en las provincias vascas (1690-1780)*, Universidad del País Vasco, 1995. Este libro ofrece una extensa información acerca de un importante sector de la Real Hacienda en las provincias vascas durante el siglo XVIII: características del personal encargado, relaciones clientelares, conflictos existentes, etc.

¹⁰¹ *Vid.* Dou, cit., tomo VIII, pp. 49 ss.

¹⁰² Es de utilidad para conocer el tema el libro de ALCARAZ, ya citado, aunque es bastante confuso. El autor incluye un ejemplo de causa (pp. 154-161). Este autor divide el juicio de aprehensión en 8 tiempos: 1) aprehensión del fraude, 2) declaración de testigos y guardas (= actos preparatorios del juicio), 3) prisión del reo (= real citación), 4) confesión (= contestación), 5) acusación fiscal (=demanda), 6) defensas y pruebas del reo (= prueba), 7) auto definitivo que declara bien hecho el comiso (= sentencia), 8) ejecución (= ejecución) (p. 188). A continuación pone un ejemplo de causa con persona reo de fraude de extraer sedas y efectos prohibidos del Reino (pp. 190-192), y luego un ejemplo de causa por fraude de los derechos de aduanas (pp. 206-207). Por último, incluye un ejemplo de causa de fraude de los derechos de Millones con reos ausentes (pp. 210-215).

da. Frente a este en materia de contrabando no hay fuero ni privilegio que exima: quedan sujetos el ejército de tropa y armada, los ministros inferiores del tribunal de la Inquisición, los de las Reales Órdenes Militares y Cruzada, y los dependientes y criados de Real Casa. Y tampoco se atiende al lugar (por ejemplo, los sitios Reales; los coches del Rey; las casas particulares)¹⁰³.

4. LA INSTRUCCIÓN DE CONTRABANDO DE 8 DE JUNIO DE 1805

La Real Cédula e Instrucción de 8 de junio de 1805 vino a sustituir a la de 1761, regulando el modo de proceder en las causas de fraude de la Real Hacienda¹⁰⁴.

La Instrucción distinguía cuatro clases de causas: aquellas en que hay aprehensión de fraude y reos (caps. I-VIII); aquellas en que no hay aprehensión de fraude, pero sí reos presentes (caps. IX-X); las causas por denuncia (caps. XI-XII); y las causas en rebeldía (caps. XIII-XV).

Entre las normas incluidas en la primera clase (que hace las funciones de proceso tipo), cabe destacar que el Subdelegado proveerá auto sobre aprobación o desaprobación de prisión de los reos, y sobre el comiso (capítulo IV); se regula la confesión de los reos (capítulo V); el traslado a la parte del Fisco para la acusación y el posterior traslado al reo, con recibimiento de prueba (capítulo VI). Tras la práctica de la prueba se dicta la sentencia con citación de las partes, con acuerdo del asesor (cap. VIII). Desde que se hace la aprehensión hay que dar cuenta al Superintendente General por si quiere avocar los autos o hacer alguna prevención al Subdelegado. Pronunciada sentencia, hay que remitirla al Superintendente General en consulta con los autos originales¹⁰⁵.

Se regula también un procedimiento abreviado para los casos de fraudes de rentas provinciales, generales o de aduanas de géneros estancados y de prohibido comercio, siempre que el valor de lo aprehendido y la multa no exceda de mil reales. En estos casos, se procede al sobreseimiento previa declaración del comiso y la imposición de multa (cap. XXII). Asimismo se regulan las penas que deberán imponerse irremisiblemente probado el fraude, contemplando el comiso, costas, presidio, multa, etc. (caps. XXVI a XXXIX).

¹⁰³ ALCARAZ, *op. cit.*, pp. 152-153.

¹⁰⁴ La Instrucción de 1805 viene a ser con escasas diferencias similar a la de 1761. *Vid.* una exposición general sobre las causas de contrabando en J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica*, cit., tomo II, 1805, pp. 44 ss. Resulta curiosa la vida de la Instrucción de 1805. Tras su entrada en vigor los autores siguieron refiriéndose a la normativa anterior de 1761 como si esta continuara vigente (*vid.*, por ejemplo, el libro de ALCARAZ, que confusamente invoca la Instrucción de 1805 y las anteriormente vigentes; igualmente ocurre con J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica*, cit., tomo III, 1818, pp. 117 ss). Pues bien, tras la entrada en vigor de la Ley Penal de Contrabando de 1830, tanto los autores como los propios legisladores continuaron considerando vigente la Instrucción de 1805.

¹⁰⁵ Las sentencias no tenían que ser motivadas. *Vid.* TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal*, cit., pp. 181 ss, que pone de relieve el contraste entre la prolijidad de los autos y el laconismo de las sentencias. En los ejemplos de causas incluidos en el libro de ALCARAZ, en ninguno de los casos se motivan los «autos definitivos» con los que resolvía el Subdelegado, lo que confirma la práctica de la no motivación de los mismos.

Por último, se regula la aplicación de comisos y condenaciones (caps. XL-L). En particular, se establece que de todas las causas de fraude contra la Real Hacienda conocerán privativamente en los términos prescritos en la Instrucción los Subdelegados del Superintendente General de Hacienda, derogando la habilitación que para entender en las mencionadas causas se concedió a todos los Jueces de Letras y Justicias del Reino en Real Orden 24 de enero de 1802, «por ser mi voluntad que la jurisdicción de mi Superintendente General y sus Subdelegados quede en el mismo pie en que se hallaba establecido por la Real Cédula 17 de diciembre de 1760».

Como hemos indicado, en las causas de contrabando de las que conocieran los Intendentes y Subdelegados, estos tenían que dar parte al Superintendente General una vez verificada la aprehensión, con expresión de su calidad y entidad, debiendo también consultarle las sentencias que dictaran. Se trata de una técnica propia del proceso penal, en el que las sentencias estaban sometidas a la aprobación o, en su caso, reforma por un órgano superior, que, de esta manera, se reservaba el control último en la materia.

Lo que ocurre es que indudablemente esta operación tenía que retardar mucho los expedientes. Basta pensar en las dificultades de las comunicaciones en la época, así como a la acumulación de asuntos para su examen en la Superintendencia. Tampoco es de extrañar que se produjeran extravíos de causas.

Otra cuestión importante era la de la participación de los jueces en las penas pecuniarias y comisos, lo que podía dar lugar a condenas injustas. Es evidente que ello constituía un aliciente para no ser imparcial, para iniciar y tramitar causas con muy escaso fundamento y también para plantear conflictos de competencias¹⁰⁶.

La legislación de contrabando contenía numerosos defectos, puestos de manifiesto por Canga Argüelles¹⁰⁷: a) Las penas eran desproporcionadas; b) Se preveía la posibilidad de condenar en costas incluso en los casos de absolución del inculpado, lo que aumentaba el número de procesos «con provecho solo de los hambrientos curiales»; c) La práctica de los comisos daba lugar a múltiples vicios, entre ellos, la intervención del Superintendente General, con el fin de participar «en el botín»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, *El Derecho penal*, cit., pp. 163 ss. La importancia de las cuestiones relativas a la obtención de rentas en beneficio personal de la curia ha sido puesta de manifiesto en la investigación realizada por M. C. y A. NIETO, *Tariago de Riopisuerga (1751-1799). Microhistoria de una villa castellana*, Junta de Castilla y León, Valladolid, 2005, en especial, p. 25, 122, 302, 319, que si bien se refiere a la justicia impartida por los alcaldes ordinarios, sus conclusiones parecen plenamente aplicables a los asuntos tramitados ante la Jurisdicción de Hacienda. En efecto, existen numerosas disposiciones dictadas para resolver conflictos surgidos entre los diversos operadores judiciales y cuyo verdadero fundamento es el de la cuestión de a quién de ellos corresponde percibir unos determinados derechos, comisos o sanciones. El proceso aparecía así a tales operadores no como un instrumento de justicia, sino como una fuente de ingresos.

¹⁰⁷ *Elementos de la Ciencia de Hacienda*, Reproducción del original publicado en Londres en 1825, IEF, Madrid, 1961, pp. 220 ss.

¹⁰⁸ Afirmaba CANGA ARGÜELLES que la participación de los jueces en los comisos se hizo porque cansado de que el Rey perdiera todos los pleitos de contrabando, CAMPILLO adoptó esta medida para interesar a todos los que debían impedir el contrabando (*Elementos*, cit., pp. 223-224).

5. LA EXTENSIÓN DE LO CONTENCIOSO CON RESPECTO A LO GUBERNATIVO

Hemos hecho referencia a lo contencioso y a lo gubernativo desde distintos puntos de vista: como forma de apoderarse de competencias por parte de los nuevos órganos; como criterio para la distribución de competencias (Dirección General de Rentas), como motivo de discrepancias entre asesores por un lado y contadores y administradores por otro, como criterio de distribución de competencias entre los Intendentes y la Jurisdicción ordinaria (Real Cédula de 6 de diciembre de 1785), etc. Pero aquí interesa hacer mención a otro aspecto: en la literatura de la época la distinción entre lo contencioso y lo gubernativo no conlleva una acentuación del papel garantizador de aquella vía. Aparece así la vía contenciosa no como un instrumento de justicia, sino como un medio de vida de determinadas personas, tales como los Subdelegados, asesores y escribanos, entre otros¹⁰⁹. Ello explica la utilización en muchas ocasiones de esta vía por el mero interés crematístico del personal de los Juzgados de Rentas, así como el planteamiento de conflictos de competencias entre distintas Jurisdicciones y entre los propios Juzgados de Rentas. Y lo que en principio podría parecer más sorprendente si se piensa que la intervención de los Juzgados pudiera tener un sentido garantizador: el escaso interés de los supuestos perjudicados en que el asunto dejara de ser gubernativo para convertirse en contencioso, ya que indudablemente esta última vía comportaba muchos más gastos, sin que supusiera unas mayores garantías.

JOSÉ VICENTE LORENZO JIMÉNEZ

CANGA ARGÜELLES es muy reiterativo en este punto (ya hemos visto antes lo que dice en su *Diccionario*), pero parece que estaba poco informado. Según DOU, por lo que se refiere a la intervención en los comisos, el Superintendente General tenía derecho a la cuarta parte en determinados casos, conforme a la Instrucción de 22 de julio de 1761 (DOU, *op. cit.*, tomo VIII, p. 81). Sin embargo, por Real Decreto de 29 de febrero de 1792 se suprimió esta participación del Superintendente General en los comisos, dada la desconfianza que provocaba «por el interés que tiene», haciendo sospechosas al público las providencias tomadas en beneficio de las rentas, especialmente la avocación de los autos empezados por los Subdelegados (DOU, tomo VIII, p. 87; *vid.* también J. MARCOS GUTIÉRREZ, *Práctica criminal de España*, cit., tomo III, Madrid, 1818, p. 133). Por tanto, en las fechas en que CANGA ARGÜELLES escribía, ya no estaba vigente la disposición que permitía al Superintendente participar en los comisos.

¹⁰⁹ *Vid.* una alusión a ello, referido al corregidor, pero indudablemente también aplicable a las Intendencias, en GONZÁLEZ ALONSO, *El corregidor castellano*, cit., pp. 270-271 y 273.

De cómo los diputados del común de Arévalo pleitearon en defensa de su habilitación como regidores

El litigio¹ que enfrentó a lo largo de 1825 y 1826 a José García Alonso y Pedro Losada, ambos vecinos de Arévalo, diputados del común y regidores habilitados, por una parte, y, por otra, a Antonio Luengo y Vázquez, licenciado Ambrosio Sánchez de la Huerta, Mariano Revilla y Julián del Monte, el primero regidor perpetuo decano y los tres últimos nombrados regidores del ayuntamiento de la citada villa, nos permite indagar en algunos aspectos, muchas veces desconocidos, que fueron tejiendo el devenir cotidiano de la vida y la organización municipal castellana en el ocaso del absolutismo y testimoniar la insondable crisis de una secular forma de gobierno que daba sus postreros pasos.

Hablamos de un lugar concreto, Arévalo, de unos años determinados, la segunda década del siglo XIX, y de unos específicos oficios municipales, los regidores perpetuos, electivos y habilitados y los diputados del común. Tres coordenadas que nos posibilitan conocer y situarnos en el contexto político y jurídico-institucional en el que se desarrolló el mencionado pleito, que no es otro que el último *tempo* de ese inexorable declive de la vieja estructura municipal del Antiguo Régimen, que condujo en definitiva al establecimiento de otra nueva totalmente distinta. Esa sustitución de una forma de gobierno por

¹ El expediente de este pleito se encuentra en el Archivo de la Chancillería de Valladolid, y comprende 61 folios que he dividido en varios documentos que citaré numerados correlativamente.

otra diferente no acostumbra a surgir espontáneamente de la nada, sino que suele ser la culminación de un largo proceso de descomposición en el que van asomando diversos síntomas tanto de esa decadencia como de las nuevas ideas, que se van infiltrando, a veces sigilosamente, otras no tanto, y van abonando el camino del cambio.

La primera de esas coordenadas a las que nos referimos es la villa de Arévalo, que recibió el título de ciudad en 1894 concedido por la reina María Cristina. Actualmente cabeza del partido judicial de ese mismo nombre de la provincia de Ávila, había sido desde los siglos medievales una próspera villa, testigo de importantes acontecimientos de la historia de España.

La repoblación entre el Duero y el Tajo, el territorio de las denominadas «extremaduras», ya iniciada en Salamanca y Sepúlveda en el siglo x y arruinada por Almanzor, se consagró definitivamente a partir del siglo xi, con la aparición a lo largo de la citada centuria de importantes concejos como Arévalo². Al igual que otros cercanos, Arévalo se convirtió en cabeza de un amplio territorio dividido en seis sexmos: Vega, Aldeas, Sinlabajos, Rágama, Orbita y Aceral³.

Desde el siglo xiv hasta comienzos del xvi, esta floreciente villa y su Tierra fueron moneda de cambio, siendo cedidas en señorío a diferentes miembros de la realeza o de la nobleza⁴, y escenario de alguno de los episodios más destacados de la historia castellana de esos siglos, hasta que definitivamente quedó incorporada al realengo en 1520.

A partir de mediados del siglo xvi, como en otras muchas ciudades y villas castellanas, la disminución de su población, de su actividad económica y de su importancia social provocaron una paulatina decadencia de Arévalo, que, no obstante, experimentó un cierto renacer demográfico y económico en el siglo xviii.

Ya en el siglo xix, fue ocupada por los franceses en octubre de 1808, quedando definitivamente liberada en la primavera de 1813⁵. En este mismo año la recién establecida diputación de Ávila proyectó dividir el futuro partido en ocho sexmos: la Vega, Orbita, Sinlabajos, Aldeas, Rágama, Aceral, San Juan y Cobaleda, que no llegaron a aprobarse⁶. Posteriormente, fue capital de uno de los

² GAUTIER DALCHÉ, J. G., *Historia urbana de León y Castilla en la Edad Media (siglos ix-xiii)*, Madrid, 1979, pp. 99-107.

³ MONTALVO, J. J., de, *De la historia de Arévalo y sus sexmos*, vol. 2, Ávila, 1983, reedic. de Valladolid, 1928, p. 103.

⁴ En concreto, Blanca de Borbón en 1353 como futura esposa de Pedro I; las dos esposas de Juan II, María de Aragón e Isabel de Portugal, viviendo esta última más de treinta años en la villa; Juan Pacheco, marqués de Villena, que se apoderó de ella tras el destronamiento de Enrique IV en la Farsa de Ávila en 1465; Álvaro de Zúñiga, que la recibió en 1469 como merced por Enrique IV; y Germana de Foix, a quien fue entregada por el rey Carlos I, fueron los titulares del señorío de esta villa hasta que retornó al realengo.

⁵ Trata MONTALVO el episodio de la Guerra de la Independencia en *De la historia de Arévalo...*, vol. 2, pp. 151-171.

⁶ MONTALVO, *De la historia de Arévalo...*, vol. 1, pp. 150-153.

seis partidos judiciales en que se dividió la provincia de Ávila en junio de 1821⁷ y continuó como tal en la nueva división de 21 de abril de 1834⁸.

La segunda de las coordenadas señaladas, los oficios municipales implicados en el pleito, regidores y diputados del común, nos sitúa en la órbita de los viejos ayuntamientos absolutistas, que todavía a comienzos del siglo XIX se apoyaban en dos seculares instituciones, que se remontaban ambas a la Baja Edad Media, en concreto al siglo XIV: el corregidor y el regimiento.

Los corregidores eran designados por los monarcas, y por ello eran los representantes de la Corona en la esfera municipal. Presidían las reuniones concejiles y desempeñaban múltiples funciones concernientes al diario discurrir de la vida ciudadana. Desde la Real Cédula de 21 de abril de 1783 los corregimientos se dividían en tres clases: entrada, ascenso y término, que los titulares tenían que recorrer pasando de un escalón a otro por antigüedad y méritos. Por esta razón, en cierta medida en los albores de la decimonovena centuria se habían transformado en «oficios funcionariales»⁹. Es decir, se formó un escalafón que dio lugar a corregimientos de primera, segunda y tercera, que a su vez podían ser de letras o de capa y espada, siendo en este último caso auxiliados para el desempeño de sus funciones jurisdiccionales por los alcaldes mayores. Además, desde mediados del siglo XVIII convivieron, no siempre pacíficamente, con los intendentes, de manera que sus competencias y atribuciones quedaron determinadas en la Instrucción de 15 de mayo de 1788¹⁰.

Los regidores, principales miembros del ayuntamiento, tenían voz y voto en las reuniones consistoriales, lo que les permitía controlar el gobierno de las ciudades, ya que decidían sobre todas las cuestiones que atañían al mismo. Además, manejaban la arcas municipales, a veces de manera corrupta o abusiva. A comienzos del siglo XIX, los integrantes del Regimiento, fundamentalmente nobles y burgueses, formaban una oligarquía casi impenetrable¹¹, distinguiéndose entre regidores perpetuos, cuyos titulares podían transmitirlos libremente por actos «inter vivos» y «mortis causa», y renunciables, que únicamente podían hacerlo cuando la Hacienda lo aceptase y se cumpliesen los requisitos legales exigidos para la validez de la renuncia.

⁷ Los otros cinco eran Ávila, Peñaranda, Mombeltrán, Oropesa y Villafranca (Orden que aprueba la división provisional de partidos de la provincia de Ávila de 6 de junio de 1821, en *Colección de los Decretos y órdenes generales expedidos por las Cortes ordinarias de los años de 1820 y 1821, en el segundo período de Diputación, que comprende desde 15 de febrero hasta 30 de junio del último año*. Impresa de orden de las mismas. Tomo VII. Madrid en la imprenta nacional, Año de 1821, p. 130).

⁸ Junto a Arévalo, figuraban como partidos judiciales Arenas de San Pedro, Ávila, Barco de Ávila, Cebreros y Piedrahita, en *Subdivisión en Partidos Judiciales de la nueva División Territorial de la Península e Islas Adyacentes*, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes, 2006, p. 23.

⁹ GONZÁLEZ ALONSO, B., «El régimen municipal y sus reformas en el siglo XVIII», en *Sobre el Estado y la administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid, 1981, p. 232.

¹⁰ GONZÁLEZ ALONSO, B., *El corregidor castellano (1348-1808)*, Madrid, 1970, pp. 252 y 255.

¹¹ GONZÁLEZ ALONSO, *El régimen municipal y sus reformas...*, p. 207.

En el caso concreto de Arévalo, en cuanto a su organización institucional, desde épocas tempranas, cada uno de los cinco linajes: Montalvo, Sedeño, Bricceño, Berdugo y Tapia, cada uno de los cuales agrupaba a su vez un amplio número de familias¹², nombraba dos regidores «perpetuos», que desempeñaban el cargo de alcaldes con ambas jurisdicciones, por orden de antigüedad según determinaba el Fuero. Estos regidores formaron el concejo junto con el jefe de la milicia, designado sucesivamente por los linajes, que tenía voz y voto en el ayuntamiento. Además, desde el siglo XIV, cuando se le dio entrada en dicho ayuntamiento, también lo integraba el procurador de la villa¹³. Sin embargo, una Real Cédula de 1431 del rey Juan II modificó la organización concejil, otorgando a la Corona el derecho a nombrar los regidores de entre los caballeros de los linajes¹⁴. Todavía en las postrimerías del siglo XV, durante el reinado de los Reyes Católicos, Arévalo era uno de esos lugares donde se ha comprobado documentalmente la pervivencia de la institución de los linajes como mecanismo de acceso al poder de los regidores, aunque los así elegidos por los linajes necesitaban para acceder a la regiduría la confirmación regia posterior, por lo que en numerosas ocasiones esa nueva designación encubría, bajo la apariencia de nombramiento por los linajes, una merced real o una renuncia de un particular¹⁵. También en este reinado, la Real Cédula de la reina Isabel de agosto de 1494 otorgó el derecho de entrada y asiento en el concejo al procurador general de la tierra en representación de los sexmos, consiguiendo este mismo derecho mucho más tarde, en 1663, después de un largo pleito, el procurador del arrabal de la villa¹⁶.

Como en el resto de las ciudades y villas castellanas, también en Arévalo en el siglo XVI se generalizó la venta de regimientos por los monarcas. Los títulos concedidos por la corona eran perpetuos, enajenables y hereditarios. En el siglo XVIII llegó un momento en que casi ninguno de los regidores perpetuos arevalenses hacía uso de sus oficios, por lo que fue necesario averiguar cuántos eran y obligarles por Real Provisión al ejercicio de los mismos¹⁷, aunque el problema no se resolvió.

¹² MONTALVO, *De la historia de Arévalo...*, vol. 1, p. 225.

¹³ MONTALVO, *De la historia de Arévalo...*, vol. 2, p. 9.

¹⁴ MONTALVO, *De la historia de Arévalo...*, vol. 2, p. 9.

¹⁵ En efecto, durante el reinado de Isabel y Fernando, los monarcas concedieron por merced regidurías aprovechando el fallecimiento del titular anterior. Por ejemplo, el regimiento adjudicado en noviembre de 1475 a Sancho Verdugo por muerte de su hermano Gonzalo Verdugo; la regiduría del linaje de Gómez García otorgada a favor de Rodrigo de Baeza, que fue criado de la reina Isabel, esposa de Juan II, en diciembre de 1496, vacante por fallecimiento de Juan Sedeño; y la concedida a Juan de Velastegui en agosto de 1497 en la vacante producida por muerte de García Tapia (POLO MARTÍN, R., *El régimen municipal de la Corona de Castilla durante el reinado de los Reyes Católicos (organización, funcionamiento y ámbito de actuación)*, Madrid, 1999, pp. 215-216).

¹⁶ MONTALVO, *De la historia de Arévalo...*, vol. 2, p. 10.

¹⁷ En concreto, en una carta enviada por Luis I en abril de 1724 se ordenaba que el corregidor arevalense notificase a todos los regidores con título para que asistiesen a los ayuntamientos y efectuasen los demás actos de repartimientos, fianzas y cobranzas anejas al oficio bajo pena de veinte ducados, y que informase sobre todas las personas que en esa villa tenían el título de regidor o lo podían sacar para proveer lo que se estimase conveniente al respecto. Era la respuesta a la petición enviada por Antonio de Cárdenas Badillo, único regidor en ejercicio en Arévalo en ese

Lo que sucedió fue que, ante esta carencia de regidores, se creó otro tipo: los interinos o habilitados, que se nombraron del estado de los hijosdalgo, algunos de los cuales pasaron después a propietarios por compra¹⁸. En los listados de los regidores que aporta Montalvo, en el período de 1701 a 1740 ya aparecen un regidor interino y otro habilitado, en el de 1741 a 1780 cinco interinos, y en la etapa de 1781 a 1812 figuran seis, tres interinos, dos interinos habilitados y otro habilitado¹⁹.

Por consiguiente, desde mediados del siglo XVIII la postración de los dos pilares de la estructura municipal absolutista comenzaba a manifestarse, con unos corregidores, como hemos dicho, convertidos en funcionarios y compartiendo con los intendentes muchas de las competencias que antes desempeñaban en solitario en el seno de las ciudades, y unos regidores patrimonializados en una hermética oligarquía, en muchas ocasiones corruptos y constantemente ausentes de los consistorios absolutistas, lo que obligaba a tomar decisiones para reemplazarlos que por sí mismas desvirtuaban la esencia de estos oficios. Así, la perpetuidad y renunciabilidad eran sustituidas por la electividad de esos otros regidores que se nombraban para suplir la falta de los propietarios, o por la habilitación como tales regidores de otros oficios del ayuntamiento.

Ante estos indicios de decadencia, a lo largo de los años se intentó adoptar soluciones que paliaran ese incipiente deterioro de que daban muestra las instituciones municipales, que no fueron sino correcciones legales que retardaron en el tiempo el inevitable cambio que se avecinaba. Y las dos más importantes fueron las reformas carolinias de 1766 y las fernandinas de los años veinte del siglo XIX, que trataron de permitir una cierta participación a los vecinos en la vida municipal y de solucionar los problemas derivados de los graves abusos cometidos por los regidores sobre todo en materia de abastos las primeras, y de resolver, las segundas, la difícil tesitura planteada por la continuada ausencia de los viejos regidores perpetuos y renunciables y dar entrada muy tímidamente a una cierta electividad en los consistorios, de la que ya se había tenido experiencia con los ayuntamientos constitucionales gaditanos.

En concreto, por el Auto Acordado de 5 de mayo de 1766 de Carlos III se crearon unos nuevos oficios, los diputados del común y el procurador síndico personero, que pasaron a formar parte del ayuntamiento. Estos oficios tenían que ocuparse de la representación de los intereses de los vecinos para defenderlos de los atropellos que se cometiesen contra ellos, fundamentalmente por los regidores. No obstante, la realidad fue muy diferente y terminaron por convertirse en oficios patrimonializados, aliados con los miembros del Regimiento.

momento, debido a que «otros muchos regidores no usaban de sus oficios» para no realizar cobranzas ni repartimientos ni afianzarlos, hechos que provocaban en muchas ocasiones su ruina económica e, incluso, el quebranto de su salud. En concreto, solicitaba al rey que, por una parte, ordenara que «todos los regidores de la villa por exentos que sean, sin escusar dilación, concurran a los Ayuntamientos y realicen las Cobranzas, fianzas y repartimientos bajo las penas y apercibimientos que pareciesen al nuestro Consejo», y, por otra, detallara las personas que tenían título de regidores y podían ejercerlos (MONTALVO, *De la historia de Arévalo...*, vol. 2, pp. 10-12).

¹⁸ MONTALVO, *De la historia de Arévalo...*, vol. 2, p. 12.

¹⁹ MONTALVO, *De la historia de Arévalo...*, vol. 2, pp. 17-18.

Los primeros, cuatro en las ciudades de más de dos mil vecinos y dos en las de menos de esa cifra, tenían voz y voto en las reuniones del consistorio en los asuntos relacionados con los abastos, mientras que el segundo, uno solo en cada ciudad, estaba encargado de «pedir y proponer todo lo que convenga al público», pero con una limitación importante, puesto que únicamente tenía voz pero no voto en esas reuniones. Cada año, los vecinos «seculares y contribuyentes» se reunían por parroquias o barrios para designar a doce comisarios electores, y estos, congregados a su vez en las casas consistoriales y presididos por «la Justicia», elegían a los diputados y personeros «por pluralidad de votos», lo que los convertía en oficios de elección popular²⁰.

Por su parte, durante el reinado de Fernando VII, de 1814 a 1833, al compás de los vaivenes políticos que se vivieron, alternancia de períodos de absolutismo y de liberalismo²¹, en la concreta esfera de la organización municipal convivieron dos modelos diferentes: el absolutista y el constitucional gaditano. Es decir, a los viejos ayuntamientos absolutistas que perduraron sin ninguna alteración de 1814 a 1820, sucedieron en este último año los nuevos constitucionales, que únicamente sobrevivieron hasta 1823, fecha en la que de nuevo se reestablecieron los absolutistas, aunque con algunas modificaciones.

Fue en la década absolutista de 1823 a 1833 cuando, frente a la ausencia total de cambios legislativos en los seis primeros años del reinado, la monarquía se vio obligada a dictar dos nuevas normas correctoras, la Real Cédula de 17 de octubre de 1824 primero y el Real Decreto de 2 de febrero de 1833 después, que regularon una nueva forma de elección de los oficios de los ayuntamientos introduciendo algunas variaciones que afectaron a la composición de esas corporaciones.

La primera, la Real Cédula de 1824²², cuya aplicación va a servir de telón de fondo en el desenvolvimiento de la contienda que nos ocupa, en efecto, por una parte, cambiaba la composición de los ayuntamientos absolutistas, puesto que consagraba la existencia de regidores electivos, junto con los perpetuos y renunciabiles, y, por otra, obligaba a que tanto esos regidores electivos, como los

²⁰ Sobre estas figuras, GUILLAMÓN ÁLVAREZ, J., *Las reformas de la Administración local durante el reinado de Carlos III*, Madrid, 1980, pp. 25-261.

²¹ Más de los primeros que de los segundos. El liberalismo quedó reducido a los tres años que durcieron de 1820 a 1823 en los que, después de la breve experiencia de 1812 a 1814, se instauró de nuevo la organización constitucional gaditana, a pesar de la oposición solapada del monarca, que se vio obligado a firmar el texto gaditano que había derogado expresamente en mayo de 1814 a su retorno a España y que de nuevo suspendería en cuanto las circunstancias le fueron favorables, el apoyo del ejército de los Cien Mil hijos de San Luis, en 1823, dándose paso en ambas ocasiones a los dos períodos de absolutismo de su reinado: de 1814 a 1820 y la llamada década absolutista de 1823 a 1833.

²² Real Cédula fijando las reglas que deben observarse en lo sucesivo para la elección de Alcaldes ordinarios y demás capitulares y Oficiales de los Ayuntamientos de los Pueblos del Reino (en *Decretos del rey nuestro Señor don Fernando VII* y Reales Órdenes, Resoluciones y Reglamentos generales expedidos por las Secretarías del Despacho Universal y Consejos de S. M. en los seis meses contados desde 1º de julio hasta fin de diciembre de 1824. Con un Apéndice. Por don José María de NIEVA. Tomo IX. De orden de S. M. Madrid, en la Imprenta Real. Año de 1825, pp. 301-306).

diputados del común y los síndicos y personeros, se eligiesen a través de un nuevo mecanismo que recordaba la vieja cooptación bajomedieval.

El procedimiento era el siguiente. Cada año en todos los pueblos de la monarquía el 1 de octubre se tenían que reunir todos los individuos del ayuntamiento para proponer a pluralidad de votos tres personas para cada uno de los oficios de regidores, alcaldes, diputados del común y procuradores síndicos y personeros. Después, estas propuestas de ternas se debían remitir al respectivo Tribunal territorial, para que las recibiesen antes del día 15. Una vez en su poder, estos Tribunales tenían que solicitar a personas adeptas al gobierno monárquico informes acerca de los propuestos, en concreto, sobre sus circunstancias y conducta moral y política, su idoneidad, opinión pública de que gozasen y si se hallaban libres de toda tacha legal, para formar un expediente de cada candidato. Con toda esta información, los Tribunales debían elegir a un individuo para el desempeño de cada uno de los oficios, a quienes expedirían el título correspondiente en papel sellado a nombre del rey, debiendo estar esta operación concluida el 15 de diciembre de cada año. Posteriormente, el pliego cerrado, enviado a cada pueblo, que contenía el resultado de esas elecciones, se abría el día 28 de diciembre, para que los nuevamente elegidos pudiesen prestar juramento de su cargo el 1 de enero del año siguiente y comenzasen a ejercer sus cargos.

También se refirió esta Real Cédula a los oficios perpetuos de regidores y otros enajenados de la Corona, que por supuesto seguían existiendo, ordenando que, mientras no se incorporasen a la misma, debían servirse por sus dueños, y que en el caso de que no quisiesen o no pudiesen ejercerlos por sí mismos, tenían que nombrar tenientes para que lo hiciesen por ellos, siempre que tuviesen esa facultad. Y en el supuesto de que los propietarios, pudiéndolo hacer, no los desempeñasen ni designasen tenientes, esos cargos quedarían vacantes, salvo en caso de urgente necesidad, en el cual se propondrían y nombrarían anualmente de acuerdo con las reglas arriba expuestas.

Pocas modificaciones introdujo la segunda de esas disposiciones, el Real Decreto de febrero de 1833²³, dictada ya en los últimos meses del reinado y, por tanto, posterior al pleito objeto de estudio en estas páginas. Mantuvo lo ordenado en la Real Cédula anteriormente explicada, con la salvedad de que ahora la terna de candidatos para cada uno de los oficios municipales sería propuesta no solo por los miembros del ayuntamiento saliente, sino por un número igual de vecinos elegidos entre los mayores contribuyentes.

Por consiguiente, a lo largo de los años veinte del siglo XIX, última de las coordinadas que enumeramos al inicio, una forma de gobierno municipal, la absolutista, otrora eficaz, mostraba ahora ya sí obvios e inequívocos síntomas

²³ Real Decreto de 2 de febrero mandando proceder a las elecciones de ayuntamiento del modo que se ordena (en *Decretos del rey nuestro señor don Fernando VII y de la reina su augusta esposa*, Reales Órdenes, Resoluciones y Reglamentos generales expedidos por las Secretarías del Despacho Universal y Consejos de S. M. desde 1^o de enero hasta fin de diciembre de 1833. Por don Josef María de NIEVA. Tomo XVIII. De orden de S. M. Madrid, en la Imprenta Real. Año de 1834, pp. 26-31).

de una total descomposición, que la tornaban ineficaz y producían una parálisis progresiva de la vida municipal; crisis agudizada como consecuencia de las experiencias liberales vividas entre 1812 y 1814 y durante el Trienio, que demostraron que era posible otra manera de organizar la vida municipal. Nunca tanto como en estos años se hacía visible que lo que fue válido durante siglos pasados ya no lo era a fines del XVIII y sobre todo en los albores del XIX.

Precisamente fue en este escenario de descomposición acelerada de la vieja organización municipal absolutista y de postreros esfuerzos por conservarla adaptándola en la medida en que eso era posible a los nuevos tiempos, cuando nos encontramos con este litigio que empecinadamente sostuvieron los diputados del común de Arévalo, y que se originó por el diferente parecer que se suscitó a raíz de la aplicación de una de esas medidas correctoras, la entrada en vigor de la nueva forma de designar los oficios municipales ordenada por la Real Cédula de 1824, en orden a la continuación o no por parte de los diputados del común en sus funciones como regidores habilitados, tal y como sucedía en esa villa desde el siglo XVIII y, así mismo, disponía una Real Provisión del Consejo de 30 de agosto de 1819.

* * * * *

En Arévalo, en 1823, al restablecerse de nuevo el absolutismo, suponemos que se restituyó, de la misma forma que en otras ciudades y villas, el ayuntamiento que existía en 1820, conforme se disponía en una Circular expedida en Oyarzun el día 9 de abril por la Junta provisional de Gobierno y publicada por orden de la Regencia el 19 de junio de 1823²⁴. Además, ese

²⁴ En concreto, se ordenaba que los ayuntamientos constitucionales y procuradores síndicos debían cesar en sus funciones, siendo reemplazados por los que servían esos cargos el 1 de marzo de 1820, precisándose que, si alguno de ellos hubiese fallecido o tuviese impedimento legal «por su adhesión al pretendido sistema constitucional», las vacantes se ocuparían por los regidores o procuradores de 1820 o de los años anteriores, indicando que lo dispuesto anteriormente era aplicable para los «concejales» electivos o anuales y para los que eran por juro de heredad o perpetuos, y que si alguno fuese excluido por su adhesión al gobierno constitucional, los ayuntamientos tenían que nombrar personas que sirviesen esos oficios como interinos, siempre que el interés público exigiese que se completase el número de concejales existentes en 1 de marzo de 1820. Además, en esta Circular se adoptaban otras importantes medidas referidas a «la organización de los ayuntamientos y Justicias del Reino». En concreto, «teniendo siempre presente lo resuelto por S. M. en el año de 1814 después de su feliz regreso al trono de sus Mayores», se señalaba: en primer lugar, que debían cesar inmediatamente los alcaldes constitucionales y jueces de primera instancia en el ejercicio de sus funciones; en segundo, que los que eran alcaldes ordinarios el 1 de marzo de 1820 tenían que comenzar a ejercer sus funciones, repitiéndose que siempre que «en estos tres últimos años no hubiesen dado justo motivo de sospechar de su ninguna adhesión al Gobierno legítimo de S. M.», desempeñándolas en este supuesto los de 1819 o anteriores hasta encontrar personas «que no merezcan alguna nota»; en tercero, que los alcaldes más antiguos o el regidor decano debían de ejercer «por ahora» los oficios de corregidores y alcaldes mayores tal y como se hacía en los pueblos antes de «las novedades ocurridas»; y en cuarto lugar, se puntualizaba que todo lo contenido en esta Circular debía de considerarse interino, hasta que liberado el rey adoptase las disposiciones más convenientes «ala felicidad de los pueblos» (Orden Circular del Ministerio de Gracia y Justicia, en la que se manda llevar a efecto la Circular de la Junta provisional de España e Indias, que dispone cesen en el ejercicio de sus funciones las autoridades constitucionales; y se dan varias disposiciones relativas a la administración pública (en *Decretos y reso-*

restituido ayuntamiento continuó en el ejercicio de sus funciones durante 1824, ya que una Real Orden expedida por el Ministerio de Gracia y Justicia el 15 de diciembre de 1823, que recogía la Resolución del monarca del día 2, ordenó «que por ahora y hasta nueva resolución» se suspendiesen las elecciones de alcaldes ordinarios y demás capitulares y oficiales de los ayuntamientos²⁵. Es decir, concluido su cautiverio a comienzos de octubre, el rey, a la espera de los cambios que quería introducir en el mecanismo de nombramiento de los oficios municipales, y que fraguaron en esa Real Cédula de 1824, impuso la permanencia de los restituidos ayuntamientos absolutistas. Y a este repuesto consistorio arevalense, como veremos, asistían los dos diputados del común como regidores habilitados²⁶, tal y como se decía en la citada Real provisión de 30 de agosto de 1819 del Consejo en respuesta a la petición de la villa de que, en atención a que solo existían tres regidores, se permitiese nombrar otros cuatro y que los dos últimos nombrados actuasen como diputados, excepto en el supuesto de que alguno de los regidores perpetuos pasase a servir su oficio, por sí o por teniente, en cuyo caso debía cesar un número igual de los nombrados que ya no volverían a elegirse.

Sin datos precisos acerca de lo acontecido a lo largo de 1824, puesto que las actas de las reuniones consistoriales de estos años no se han conservado, al comenzar 1825, el ayuntamiento de Arévalo estaba integrado por solo seis regidores: el único perpetuo que ejercía su cargo, Antonio Luengo, otros tres nombrados por el Real Acuerdo, el licenciado Ambrosio Sánchez de la Huerta, Mariano Revilla y Julián del Monte, y dos habilitados que eran los dos diputados del común, José García Alonso y Pedro Losada, y un personero, Vicente Agüero. Todos ellos elegidos ya por el mencionado mecanismo de las ternas

luciones de la Junta Provisional, Regencia del reino y los expedidos por su Magestad desde que fue libre del tiránico poder revolucionario comprensivo al año de 1823. Por don Fermín MARTÍN DE BALMASEDA, intendente del ejército honorario. Tomo VII. De orden de S. M. Madrid, en la imprenta real, año de 1824, pp. 39-41).

²⁵ Real Orden circular expedida por el ministerio de Gracia y Justicia, para que por ahora y hasta nueva resolución se suspenda la elección de justicias y oficiales de los ayuntamientos de los pueblos del reino (en *Decretos y resoluciones de la Junta Provisional, Regencia del Reino...*, tomo VII, pp. 213-214).

²⁶ No debió de ser un hecho peculiar de Arévalo, puesto que, por ejemplo, en el ayuntamiento salmantino también hemos documentado alguna habilitación concreta durante estos años iniciales del Diecinueve. Así, los diputados Diego Ramos y Francisco Trespalacios fueron habilitados como regidores en la reunión de 28 de junio de 1816 por el gobernador presidente para que se pudiese celebrar dicha reunión, ya que solo había acudido un regidor, Ramón de Benavente (AHMS, Actas del Consistorio, Libro 199, fol. 90v). Igualmente, en la reunión de 3 de marzo de 1817, al haber asistido únicamente dos regidores, Benavente y Mora, de nuevo el gobernador presidente habilitó como tal regidor al diputado Francisco Trespalacios (AHMS, Actas del Consistorio, Libro 200, fol. 36r). Como hemos dicho, eran habilitaciones para un consistorio concreto, pero en la reunión extraordinaria de 17 de septiembre de 1817 se leyó una exposición de los diputados del común en la que solicitaban que se les concediese una habilitación con voto para todos los asuntos que se trataran en el ayuntamiento más duradera y oficial, no para cada caso particular, para que ante la continuada ausencia de los regidores se pudiesen celebrar las reuniones sin ningún problema, sin que sepamos, por no estar reflejado en las actas, cuál fue el resultado de esta petición (AHMS, Actas del Consistorio, Libro 200, fols. 117r y 125v).

introducido por la Real Cédula de octubre de 1824²⁷. Sin embargo, como consecuencia del litigio que se planteó y que vamos a exponer, se ordenó por la Chancillería de Valladolid, en un Auto de 28 de noviembre de 1825, que en años sucesivos, para evitar este tipo de problemas, se eligiesen por el Real Acuerdo, entre las ternas propuestas, seis regidores, que, junto con el decano y único perpetuo, alcanzasen el número de siete, que era el que correspondía a Arévalo.

Fue en este contexto, aplicación inicial y todavía titubeante de la Real Cédula referida de octubre de 1824, y en este momento, comienzos de 1825, cuando los mencionados diputados del común elegidos, José García Alonso y Pedro Losada, defendieron a ultranza su posición de regidores habilitados, como se recoge sin lugar a dudas en la escritura de poder otorgada por el primero citado al procurador José Bendito Aguado para interponer apelación ante la Chancillería de Valladolid. Muy claramente quedó reflejada su postura al explicar que él y su compañero eran diputados de abastos del ayuntamiento de Arévalo «y como tales regidores habilitados según Real Orden de los Señores del Consejo del año pasado de mil setecientos sesenta y ocho»²⁸, añadiendo que tomaron posesión de sus oficios «en la cierta creencia de que sus destinos habían de ejercerles en los mismos términos que lo ejecutaron sus antepasados qual así sucedió por algund tiempo hasta que el Regidor Decano D. Antonio Luengo impetuosamente y sin atemperarse ala resultancia dela Real Orden que queda citada ni tampoco ala costumbre que por tanto tiempo ha observado el ayuntamiento de Arévalo para con los diputados tubo la osadía de decir en público ayuntamiento que el otorgante y su compañero diputados no tenían ninguna función que ejercer enel ayuntamiento pues que ellas se ceñían únicamente a las de un mero diputado, barrenando por este medio la Real Orden de Consejo yla costumbre inalterable en que han estado el otorgante y su compañero y estubieron sus antepasados»²⁹.

Evidentemente, desde tiempo inmemorial, el ejercicio de los oficios públicos conllevaba el disfrute de abundantes privilegios, prerrogativas y facultades, muchos de ellos anejos al cargo y otros derivados del poder e influencias, a menudo intangibles, que rodeaba en numerosas ocasiones a esos cargos. Y en este caso no estamos hablando de cualquier oficio, sino de los todopoderosos regimientos de los consistorios absolutistas, que controlaban férreamente y manipulaban casi todos los aspectos de la vida municipal. Por ello, es comprensible que los diputados del común arevalenses no quisieran prescindir de las prebendas, «regalías y obvenciones» como se repite insistentemente a lo largo de la contienda, que implicaba su consideración como regidores del ayuntamiento. Y por esta razón principalmente no estaban dispuestos a perder sin luchar esa distinción como regidores, cargo más apetecible que el de simple diputado del común.

²⁷ Ha sido imposible completar la información acerca de cómo se celebraron estas elecciones, por la carencia antes indicada de los correspondientes libros de actas.

²⁸ No he podido documentar a qué Real Orden de 1768 se refiere, pues no vuelve a ser mencionada en ningún momento del pleito. Quizá sea un error y se trate de la de 1819.

²⁹ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 2, fols. 1r-1v.

Posiblemente, los regidores que negaron esa condición como habilitados a los diputados del común pretendieron aprovechar los cambios en la forma de proveer los oficios de los ayuntamientos ordenados por la Real Cédula de Fernando VII de 1824, con la intención de formar un grupo cerrado (se decía muy gráficamente por los diputados en su escrito de apelación que su comportamiento se debía a «la arbitraria novedad de haber intentado formar y haber formado una sección aparte apellidada exclusivamente regimiento»³⁰) que se renovase a sí mismo y que mantuviese todas las cuotas de poder, sin la injerencia de personas ajenas como podían ser los diputados del común.

El conocimiento de este litigio correspondió, como por otra parte era preceptivo, a diversas justicias y tribunales, dos en concreto: en instancias inferiores a la justicia local representada por el corregidor, y a la Chancillería de Valladolid, a cuyo territorio pertenecía la villa de Arévalo, para las instancias superiores. Retornado de una a otra esfera según lo fue exigiendo el desenvolviendo del proceso. Este devenir es precisamente el que vamos a reflejar en las páginas siguientes, distinguiendo cuatro etapas diferentes.

1. LA JUSTICIA LOCAL

En la primera etapa las actuaciones se sustanciaron ante el corregidor arevalense licenciado Joaquín de Benito³¹. En concreto, los hechos se desarrollaron de la siguiente manera. El 12 de febrero de 1825 José García Alonso y Pedro Losada, diputados del común y como tales regidores habilitados del ayuntamiento, presentaron ante el citado corregidor formal escrito quejándose de que el regidor perpetuo decano Antonio Luengo y otros tres nombrados como regidores³², el licenciado Ambrosio Sánchez de la Huerta, Mariano Revilla y Julián del Monte, se habían «reunido en acta de ayuntamiento sin haber dado el menor abiso a los dichos José García Alonso y Pedro Losada». Consideraban este hecho un despojo de posesión por lo que reclamaban ante Joaquín de Benito el reintegro en la misma, «protestando los perjuicios que puedan originarse por la falta de su asistencia». También pedían que se presentase ante el licenciado de Benito Testimonio de una Real Provisión del Consejo de 1819, del cumplimiento que se le dio y de las elecciones de justicias de 1820, pues consideraban que estos escritos eran prueba básica para que se estimase su solicitud³³.

³⁰ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 2, fol. 2r.

³¹ Según Montalvo, durante 1825 todavía desempeñaba el corregimiento de la villa el doctor Manuel Martín Bayón, que lo ejerció desde 1815 con la interrupción de los años del Trienio, mientras que en 1826 ya figuraba como tal el licenciado Joaquín de Benito, capitán de Guerra (MONTALVO, *De la historia de Arévalo...*, vol. 2, p. 22). No obstante, estos datos no concuerdan con los obtenidos de la documentación manejada, ya que en ella ya aparece actuando como tal corregidor en 1825 el citado Joaquín de Benito.

³² Como hemos indicado, ese nombramiento se había ya realizado por el Real Acuerdo de la Chancillería de Valladolid entre una terna a propuesta de los miembros del ayuntamiento.

³³ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 3, fol. 1r.

El corregidor trasladó esta queja y petición al ayuntamiento más de un mes después, el 18 de marzo, y en un primer momento, ante la falta de respuesta, el 30 de abril «se acusó la correspondiente rebeldía». No obstante, con demora, esa contestación llegó el 5 de mayo, y en ella los regidores implicados expusieron las razones, a su juicio del todo convincentes, que les impulsaron a excluir de la convocatoria a los diputados del común, entre ellas, que entendían que únicamente debían de asistir a los ayuntamientos en los que periódicamente se hubiesen de tratar «cosas de abastos, juntas de propios y arbitrios, pósitos, y otras del abasto del pan y no más»³⁴.

Se inició a partir de este momento un intercambio de respuestas entre las partes hasta que el corregidor, persuadido de tener suficiente información sobre lo acontecido y la subsiguiente petición, resolvió en consecuencia. Antes, la contestación anterior se había comunicado a José García Alonso y Pedro Losada, quienes, insistiendo en su postura, replicaron pidiendo de nuevo el reintegro y amparo en la posesión como regidores tal y como siempre habían estado sus antecesores «protestando quanto [...] sin su asistencia», y, además, los daños y costas, pero avanzaron un paso más, pues anunciaban que si no se les concedía ese reintegro y amparo, apelaban «desde ahora para ante la Chancillería», solicitando que al efecto se les proveyese del correspondiente Testimonio. Es decir, los diputados del común tuvieron claro desde el primer momento cuáles eran sus reclamaciones y cómo iban a actuar. Convencidos de su derecho a ejercer como regidores habilitados, estaban dispuestos a llegar hasta el final en sus reclamaciones para defenderlo, ya que, a su juicio, se le había menoscabado. La disyuntiva era clara: o se le reconocía ese derecho por el corregidor, o acudían a la Chancillería en apelación.

Notificada esta respuesta y petición por un nuevo Auto del corregidor Joaquín de Benito del 10 de mayo a los cuatro regidores para que evacuasen su contestación³⁵, esta no se hizo esperar. Se encargó de este cometido el regidor Ambrosio Sánchez de la Huerta. Titulándose como comisario de pleitos nombrado por el ayuntamiento y en representación de este defendió en esa nueva respuesta que «no debía haber lugar al artículo que formulaban» y que «se les condenase en cuantas costas ocasionen al ayuntamiento» y, lo que era más importante, que si querían apelar «lo hiciesen porque si fuera verdad que en lo antiguo abían sido diputados y regidores abilitados abía sido por la inopia o carencia total de aquellos, y que en el día no [...] aquellas circunstancias, pues ahora está el cuadro de regidores completo por nombramiento del Real Acuerdo y no cabía la habilitación que querían»³⁶.

³⁴ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 3, fols. 1r-1v.

³⁵ Este Auto del corregidor fue notificado por el escribano público del número y perpetuo de la villa de Arévalo y su partido, Sebastián Sánchez Mayoral, el mismo 10 de mayo a los diputados José García y Pedro Losada y a Ambrosio Sánchez de la Huerta, y el día siguiente 11 de mayo a Julián del Monte y Mariano Revilla, para que todos quedasen enterados (Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 3, fols. 4v-5r). No está recogida, sin embargo, la comunicación al regidor decano Antonio Luengo.

³⁶ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 3, fol. 1v.

Por tanto, en las reclamaciones presentadas ante la justicia municipal ya estaban dibujadas claramente las posiciones que ambas partes van a defender ante la Chancillería de Valladolid. Aferrarse unos, los diputados del común, a lo que, según ellos, era costumbre y declarado en esa Real Provisión de 1819, y los otros, los regidores, a que no era necesaria esa habilitación, puesto que ya se elegía un número suficiente de regidores desde la aplicación del mecanismo de las ternas.

La decisión del corregidor no se retrasó apenas, y en otro Auto de 20 de mayo declaró tajantemente no haber lugar al artículo introducido por José García y Pedro Losada, añadiendo que «si insistiesen estos en la apelación se les admitía en ambos efectos». Una vez recibida comunicación de esa providencia contraria a sus intereses por el escribano Sebastián Sánchez Mayoral el 21 de mayo, ese mismo día los diputados García y Losada se reiteraron en su apelación «sobre el artículo y amparo» e hicieron referencia a que habían solicitado ciertos Testimonios y el regidor decano no se había prestado a dar la llave donde se hallaban custodiados los papeles del ayuntamiento para darles los escritos que habían pedido. Contestó también ese día el corregidor en otro Auto en el que daba por zanjado el asunto, ya que decía que «supuesto la insistencia de la apelación se les admitía y que se incorporarían a este expediente los escritos que se habían solicitado»³⁷.

2. LA CHANCILLERÍA DE VALLADOLID

El rechazo del corregidor de la villa a la petición de los dos diputados del común provocó que estos continuasen pleiteando ante una instancia superior en defensa de su derecho, mermado por la actuación de los cuatro regidores. Y efectivamente, se inició a partir de este momento una segunda etapa, en la que fue la Chancillería de Valladolid la que se pronunció acerca de las pretensiones de las partes.

El 27 de mayo de 1825 el procurador José Bendito Aguado, en nombre de José García Alonso³⁸, presentó apelación contra todos los Autos y procedimientos obrados por el alcalde mayor de la villa de Arévalo³⁹, ya que según su parecer debía «haber acordado de reintegrarse y mandase continuar a mi parte y asu compañero y diputado D. Pedro Losada en el desempeño de las funciones de Regidores habilitados según que lo han estado ejerciendo tanto estas partes cuanto sus antepasados por larga serie de años y por consecuencia de Real Pro-

³⁷ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 3, fols. 1v-2r. Esta providencia fue notificada sin dilación a las partes, en concreto, a los dos diputados y a los regidores Ambrosio Sánchez de la Huerta y Mariano Revilla, por Sebastián Sánchez Mayoral, el mismo día 21 (Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 3, fol. 7r).

³⁸ Le había concedido poder a su favor el 25 de mayo de 1825 (Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 2, fols. 1r-1v).

³⁹ Aunque se habla de alcalde mayor, creo que es un error, pues en todo momento en el expediente el que actuó fue el corregidor.

visión de los señores del Consejo»⁴⁰. Pocos días después, el otro diputado del común, Pedro Losada, se adhirió a esta apelación, otorgando poder el 3 de junio en la villa de Arévalo al mismo procurador para que le representase en esta contienda ante la Chancillería de Valladolid⁴¹.

Los cuatro regidores fueron citados y emplazados por este Tribunal a través de una Real provisión de esa misma fecha, 27 de mayo, para que en el término de ocho días concurriesen, si lo estimaban conveniente, a «mostrarse como parte» en esa apelación. Así lo hicieron, y en el escrito de 7 de junio, en el que otorgaban poder «con cláusula de substitucion» a favor del procurador Santos de la Presa y Maza⁴², expusieron sus argumentos.

Explicaron que, de acuerdo con lo ordenado en el Real Decreto de 1 de agosto de 1824⁴³, el ayuntamiento había hecho la propuesta de los oficiales de justicia y por el Real Acuerdo se habían nombrado, y además habían tomado su posesión a comienzos de 1825, como regidores el licenciado Ambrosio Sánchez de la Huerta, Mariano Revilla y Julián del Monte, ya que el decano Antonio Luengo era regidor perpetuo y estaba en posesión «desde su ingreso en el empleo», los dos diputados de abastos, José García y Pedro Losada, y el procurador del común Agüero. Añadían que les parecía que los dos diputados querían «invertir el orden que el rey tiene marcado y que quiere que se instituya para lo subcesibo», es decir, esa Real Cédula, puesto que, «aunque anteriormente o de algunos años a esta parte quedó solo el Regidor decano y por esta causa se habilitaron Regidores interinos a los Diputados de Abastos, no quieren conocer esta causa y razón, sino que tercios y obstinados en su capricho tratan de empecinarse en salir con su antojo, no obstante que por Leyes del Reino [...] los diputados de abastos no tienen que entremeterse en otras atribuciones que las que las Leyes y Reales Cédulas les conceden en sus respectivos empleos y materias de abasto»⁴⁴, por lo que creían que ya no había motivos para que fuesen habilitados como regidores y pedían, en consecuencia, que sólo tuviesen derecho a asistir a los consistorios en que se tratasen materias de abastos y que se les condenase en costas⁴⁵.

A partir de este momento se llevaron a cabo todos los trámites pertinentes para resolver esa apelación. Primero fueron los apelantes los que expusieron sus peticiones y fundamentos. Así, el procurador de José García y Pedro Losada presentó el 23 de agosto de 1825 ante el presidente, regente y oidores de la Chancillería vallisoletana petición de revocación del Auto del corregidor de 20

⁴⁰ También solicitó que se librase Real provisión de emplazamiento y remesa de Autos originales, presentando poder y testimonio de la apelación y su admisión (Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 1, fol. 1r).

⁴¹ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 5, fols. 1r-2r.

⁴² Días después, el 11 de junio, fue sustituido como tal procurador por Matías Serrano Linacero y Juan de Mata Gómez, quienes fueron nombrados *in solidum* (Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 7, fol. 2r). Aparece normalmente en todas las actuaciones como procurador Serrano Linacero.

⁴³ De nuevo creo que es un error, porque la fecha de la Real Cédula es de octubre de 1824.

⁴⁴ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 7, fols. 1v-2r.

⁴⁵ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 7, fol. 2r.

de mayo, en el que se le había negado el reintegro en la posesión como regidores de la que habían sido despojados.

Comienza afirmando el procurador Bendito Aguado con contundencia que, a su juicio, este Auto «es injusto, gravoso y como tal digno de que se reboque», por lo que la Chancillería debía resolver «haber habido y haber lugar al artículo introducido» por los diputados del común, por las razones siguientes. En primer lugar, se indicaba que la innovación que querían introducir los regidores en el ayuntamiento «es una infracción manifiesta de cuantas Reales órdenes se han dado sobre la materia y además una desobediencia de la Real Provisión del Supremo Consejo que, a consecuencia de la inopia de Regidores y a instancia del referido Decano y otros habilitados por no haberlos perpetuos, decretó que interin se ponían en ejecución los Regidores perpetuos se nombrase el déficit hasta completar el número de seis, y que los dos últimos hiciesen las veces de procuradores del común, pero sin perder la cualidad de Regidores». De manera, que cumpliendo esta disposición José García y Pedro Losada fueron elegidos en 1820 para completar la cifra de regidores y «por haber sido los dos últimos quedaron nombrados Diputados del Común». Se señalaba también, en segundo lugar, que con ese nombramiento «adquirieron los mismos derechos y regalías que los que ahora quieren despojarles, y formar sección separada para conocer a su antojo y sin que nadie les pueda contradecir de todos los asuntos indistintamente».

Explicaba así mismo el procurador, en tercer lugar, que los apelantes estaban convencidos de que sin duda los regidores ignoraban que hasta que el Supremo Consejo no declarase lo contrario no tenían por sí facultades para despojar a nadie arbitrariamente de su posesión, y también que el ayuntamiento «no puede hacer más que disminuir un habilitado luego que cualesquiera regidor perpetuo deba entrar en un Regimiento, más no disminuir el número sin esta causa, ni menos el de Diputados del Común, quedando así expuesto el vecindario a la discreción de disposiciones quizá perjudiciales en general». Por último, Bendito Aguado precisaba que los individuos del último ayuntamiento «asistían indistintamente a cuantos por cualesquier conceptos se celebraban y que sus diputados ejercían las funciones peculiares de regidores», hecho que le lleva a preguntarse «¿qué más claro han de confesar la posesión en que siempre han estado de tales regidores los diputados del común?», añadiéndose que últimamente la única razón que esgrimían los regidores era que los motivos que hubo para que los diputados fuesen habilitados interinamente habían cesado ya, pero, aun suponiendo que así fuese, se volvía a interrogar sobre ¿qué facultades residían en ellos para acometer una innovación como la que se intenta sin que precediese declaración del Supremo Consejo? entendiéndose que ninguna⁴⁶.

Esta petición fue trasladada a la parte contraria, los regidores, presentando su procurador casi tres meses más tarde, el 18 de noviembre, su propia petición al respecto, que se iniciaba con una declaración contraria a la contenida en la de los diputados, ya que se defendía que el Auto del corregidor de 20 de mayo de 1825 «es bueno, justo y digno de ser confirmado con las costas a los diputa-

⁴⁶ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 12, fols. 3v-8r.

dos». En esta solicitud, el procurador Serrano Linacero, para fundamentar su posición, estudiaba pormenorizadamente las Reales órdenes y disposiciones, «que nosotros llamamos ya leyes recopiladas», las mismas que habían servido de argumento a los diputados del común para defender su postura, dándoles otra interpretación completamente distinta.

En consecuencia, en primer lugar, se analizaba el Auto Acordado de mayo de 1766, explicando que la creación de los diputados del común tuvo la finalidad de evitar a los pueblos todas las vejaciones que por la mala administración de los concejales padecían en los abastos y que todo el vecindario supiera cómo se manejaban «y pudiera discurrir el modo más útil para facilitar la concurrencia y libertad de los proveedores de abastos y libertades de imposiciones y arbitrios en la forma posible». En cuanto a sus atribuciones, también detalladas en el mencionado Auto, se indicaba: «y estas son las de tener voto los diputados, entrada y asiento en el ayuntamiento después de los regidores para tratar y conferir en punto de abastos, examinar los pliegos o propuestas que se hicieron y establecer las demás reglas económicas tocantes a estos puntos que pide el bien común, dándoseles llamamiento con cédula de *antediem* a dichos diputados siempre que el ayuntamiento haya de tratar estas materias o que los diputados lo pidieren con expresión de causa». Además, disfrutaban de otras como «el haber de tener asiento a ambas bandas en el ayuntamiento después de los regidores inmediatamente con preferencia al procurador síndico y al personero, el poder concurrir con el cuerpo del ayuntamiento a las funciones públicas de Iglesia y demás fiestas, el haberseles de admitir en los ayuntamientos en que se tengan Juntas de Pósito y otras cualesquiera concernientes al abasto del pan, las de no estar obligados a salir del ayuntamiento en que asisten con motivo de abastos aunque se traten otras materias por evitar la nota que esto podía producir, pero no impedirán al regimiento deliberar lo que sea correspondiente y de su peculiar inspección». Se insistía, por tanto, por el procurador que estas eran las atribuciones de los diputados, a los cuales ni había obligación de convocar ni tenían derecho a asistir a los consistorios ordinarios y a los que no se tratasen materias de su instituto. Así mismo, se hacía mención a la disposición del Auto Acordado de 1766 que prohibía expresamente que pudiese recaer la elección de diputados en regidores y otros oficios del ayuntamiento, en persona que tuviese con ellos parentesco hasta el cuarto grado y en la persona que hubiese ejercido los dos años anteriores oficios de república «hasta cumplir el hueco para evitar parcialidad en el ayuntamiento». Por tanto, según el parecer de los regidores, este Auto Acordado impedía sin lugar a dudas que los diputados del común de Arévalo pudiesen reunir al propio tiempo el concepto de regidores.

En segundo lugar, se explicaba por el procurador cómo a juicio de sus representados –tras meditada y detenida lectura– la Real provisión de 30 de agosto de 1819 tantas veces aludida tenía un sentido completamente diferente al que le adjudicaban los diputados. En concreto, en ella se decía que «después de manifestar los que la impetraron y obtuvieron lo reducido que estaba entonces aquel ayuntamiento por la falta de regidores propietarios, los muchos negociados que gravitaban sobre ellos después de los ordinarios efectos de aquellas

circunstancias y la necesidad que había de aumentarle, concluyeron con la solicitud de que se les concediesen permiso y licencia para que pudiera desde luego procederse libremente a la elección y nombramiento de otros cuatro regidores más que con la calidad de habilitados i interin que los propietarios se autorizasen con los títulos competentes formasen con los otros tres que entonces existían el número de siete, e igualmente que cesando los dos regidores actuales decían habilitados en la cualidad de diputados de abastos, se nombrasen otros dos sujetos que desde luego con sola esta denominación levantasen las cargas anexas a su cargo», por lo que afirmaban que «se ve por ella que aun los que la hacían conocieron la necesidad de haber de estar separados los dos conceptos y oficios de regidores y de diputados, los cuales tampoco resolvió el Supremo Consejo que se confundieran o lo que es lo mismo que fueran desempeñados por unas propias personas haciendo de regidores y de diputados a un tiempo mismo, ni era regular en su ilustración que tal hubiese determinado contra lo terminante de un Auto Acordado e Instrucción de 1766 que forman hoy las indicadas leyes recopiladas».

Esta fue la doble argumentación que utilizaron para justificar que los diputados del común no debían ser habilitados como regidores, puesto que, según ellos, no se determinaba así ni el Auto Acordado de 1766 ni, interpretada correctamente, en esa Real Provisión de 1819. En esta última, también se ordenaba que «a su debido tiempo los 24 compromisarios electores por quienes se hiciese el nombramiento de diputados del común conforme a la instrucción del asunto eligieran cuatro regidores los cuales desempeñaran por entonces las funciones de este encargo por todo el año siguiente de 1820, pasado el cual cesaban los dos de ellos que hubiesen sido electos en último lugar nombrándose en igual forma otros dos que les sucedieran, y que lo mismo se ejecutaría en años sucesivos, con la circunstancia de que en caso de conseguir alguno de los regidores perpetuos su habilitación nuevamente para servir su oficio por el o su teniente y se posesionara de él hubiera de cesar desde luego enteramente uno de los bienales antiguos que hubiesen sido los últimos en orden de su nombramiento sin que se pudiera volver a reemplazar por elección». De lo que se deducía, según se dejaba claro en la petición, que la Real Provisión de agosto de 1819 «estuvo muy lejos de contrariar o dispensar las disposiciones de las indicadas leyes recopiladas» o, lo que era lo mismo, de permitir que los diputados que se nombraran en lo sucesivo fuesen también regidores habilitados.

Además, se añadía que, en cumplimiento de esa Real Provisión y previo mandato judicial, los vocales electores de parroquia procedieron al nombramiento de los cuatro regidores, un diputado y un síndico personero «y en verdad entonces tampoco se dijo que habían de ejercer las funciones de regidores también como habilitados», preguntándose el procurador Linacero «¿cómo pues ha podido fundarse la petición de los diputados actuales en la citada Real Provisión y ni aun alegarse esta cuando precisamente obra contra sus intenciones?» Se apostillaba, por último, que, aunque la Real Provisión de 1819 se entendiese tal y como lo hacían los diputados del común, «nada influiría hoy en sus pretensiones, ya por que siendo una dispensa de ley traía consigo la inteli-

gencia de interina y mientras duraron las causales que la dictaron, y ya por que estas cesaron y no son las mismas las circunstancias»⁴⁷.

Una vez que esta petición de los regidores se trasladó a los diputados del común, quienes a través de su procurador respondieron insistiendo en su pretensión, y visto el pleito por el presidente, regente y oidores de la Chancillería, se proveyó Auto el 28 de noviembre ordenando su remisión al fiscal en materia civil, que evacuó su respuesta el 16 de diciembre, en la que indicaba que «vuestra alteza (la Chancillería) podía acordar que los dos diputados actuales del común de Arévalo sirvan de suplentes de regidores para mientras el ayuntamiento no se componga de siete regidores que es el número que debe tener por su población y el acordado provisionalmente por el concejo, mandando que para el año próximo se haga la propuesta para seis regidores que con el perpetuo serán siete»⁴⁸.

Finalmente, en poco más de dos meses la apelación presentada se resolvió por un Real Auto definitivo de 21 de febrero de 1826 en el que se señalaba textualmente: «Se revoca el auto apelado y se declara haber habido lugar al artículo de posesión y reintegro introducido por los diputados Don José Alonso García y Don Pedro Losada en el modo y tiempo que lo hicieron»⁴⁹. Tras su notificación al día siguiente, 22 de febrero, a los procuradores de las partes, José Alonso García y Pedro Losada solicitaron al rey Fernando VII el libramiento de Carta y Real Provisión ordenando su ejecución. Pocos días después se dictó esa Real ejecutoria, la Real provisión de 27 de febrero de 1826, en la que se conminaba a los jueces y justicias para que en sus respectivas jurisdicciones viesan el Auto y lo «guardasen, cumpliesen y ejecutasen en todo»⁵⁰.

Por tanto, la Chancillería de Valladolid dio la razón a los diputados del común en sus pretensiones de ser considerados como regidores habilitados, pero, como explicaremos a continuación, la ejecución de este Auto fue muy problemática, porque de nuevo los pareceres de las partes no coincidían. Las diferencias versaron sobre si, además de restituirse en su posesión, algo que no fue discutido, de les debía o no indemnizar por todas «las regalías y obvenciones» anejas al cargo de regidores que habían dejado de percibir desde que fueron despojados de esa posesión.

3. DE NUEVO LA JUSTICIA LOCAL

Las dificultades que surgieron en esta tercera etapa para ejecutar la resolución de la Chancillería se suscitaron nuevamente en la esfera de la justicia local, es decir, ante el corregidor arevalense a quien competía la ejecución de ese Auto.

⁴⁷ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 12, fols. 8r-17r.

⁴⁸ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 12, fols. 17r-18r.

⁴⁹ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 12, fols. 18r-18v.

⁵⁰ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 12, fols. 18v-19v.

Los diputados del común del año 1826 Pedro Losada, que continuaba como tal, puesto que estos oficios se renovaban por mitad anualmente, y Victorino Marcos, que había sido elegido en lugar de José García, de inmediato pidieron al corregidor J. de Benito que ejecutase el Auto de la Chancillería, advirtiendo que pensaban que dicha ejecución «envuelve un necesario y efectivo reintegro de las regalías y obvenciones a los diputados del común». Por consiguiente, lo que reclamaban era que se les reintegrase «en la posesión en que han estado y deben estar de regidores habilitados por el concepto que tenían de tales y el de diputados del común, mandado citar a la mayor brevedad a Ayuntamiento»; que «en lo sucesivo nadie nos interrumpa en el goce y posesión de las regalías y obvenciones de tales regidores habilitados»; y que el corregidor declarase en el acto del reintegro «que los emolumentos que hayan percibido los despojantes D. Antonio Luengo, D. Ambrosio Sánchez Huerta, D. Mariano Revilla y D. Julián del Monte, por efecto consiguiente al despojo por ellos cometido, sean devueltos a prorrata a dichos García y Losada como indebidamente percibidos bajo el concepto exclusivo de únicos regidores que no han tenido ni han podido tener por derecho, pues el hecho cometido por el despojo ninguna acción legítima les da para gozar entre cuatro lo que pertenece a los seis capitulares que forman el regimiento del ayuntamiento de Arévalo». Pero, además, añadían que en el supuesto de no ver satisfechas sus demandas, «que no esperamos de la rectitud judicial», se reservaban «el recurso a la superioridad según a nuestro derecho mejor convenga»⁵¹.

Sin dilación, el día 3 de marzo Joaquín de Benito dictó providencia ordenando que se guardase y cumplierse el Auto definitivo —que decía obedecía con el debido respeto— determinando a este fin, por un lado, que se citase a los integrantes del ayuntamiento el día siguiente, sábado 4 de marzo, para que «concurran a las casas consistoriales para el reintegro que se manda»⁵², pero, por otro, escudándose en que «en dicho Real Auto no se hace mención de la devolución de los intereses que estas partes solicitan»⁵³, se limitó a mandar que se comunicase esa petición de reintegro de los intereses a los afectados, sin que se adoptase por su parte ninguna medida conminatoria. Ese mismo día 3 de marzo, el escribano Sebastián Sánchez Mayoral comunicó esta providencia del corregidor a las partes⁵⁴.

En todo caso, en el consistorio celebrado el día 4 de marzo, «en justo obediencia del Real Auto en ella inserto dado por la sala en veinte y uno del

⁵¹ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 13, fols. 1r-1v.

⁵² Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 13, fols. 1v-2r.

⁵³ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 13, fols. 1v-2r.

⁵⁴ En concreto, se notificó a Pedro Losada y Victorino Marcos, actuales diputados de abastos, y a José García Alonso, que lo fue el año pasado de 1825. También a los integrantes actuales del consistorio: Nicasio de Porres y Antonio Sobrino, regidores, y Francisco Heredero, procurador síndico. Así mismo, pasó por casa de otro regidor, Francisco Mera, pero no lo pudo notificar porque su criado le dijo que estaba enfermo en cama. Tampoco pudo comunicárselo al regidor perpetuo y decano Antonio Luengo, pese a haber ido a su domicilio hacía las cuatro de la tarde, ya que su esposa le dijo que no estaba en casa. Después, a las cinco y media lo halló y se lo notificó (Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 13, fols. 2r-3r).

mismo y el de cumplimiento dado, se citó al mencionado Pedro Losada y a don Victorino Marcos tales diputados de abastos actuales para posesionarles sin perjuicio de regidores habilitados; y habiendo comparecido se les dio quieta y pacíficamente sin contradicción que recibieron e hicieron el juramento debido; y se acordó citarles para todos los ayuntamientos ia ordinarios ia extraordinarios siendo responsables como los demás regidores a las cargas anexas a dicho empleo»⁵⁵. Por tanto, sí se les reintegró en la posesión de regidores, pero nada se acordó en orden a la devolución de los intereses. Este nuevo desencuentro entre las partes va a desembocar finalmente, como veremos, en la interposición de un nuevo recurso ante la Chancillería vallisoletana.

Los hechos, en los que la actitud del corregidor, poco proclive a apoyar a los diputados del común en su pretensión de cobrar esos intereses, fue clave, discurrieron de la siguiente manera.

Mientras que Mariano Revilla, a quien el escribano Sánchez Mayoral trasladó el escrito de reclamación de intereses el día 8 de marzo, «espresó que por su parte estaba pronto a dar lo que le correspondiese, pues no quería litigio pidiendo le admitiese esta respuesta de allanamiento», los otros tres regidores, aunque también recibieron en los días siguientes esa misma notificación⁵⁶, guardaron silencio al respecto⁵⁷. Ante la falta de respuesta, José García y Pedro Losada insistieron de nuevo al corregidor de Arévalo solicitando que «sin dar lugar a dilaciones ni a contienda de justicia mande que inmediatamente senos devuelvan por todos los quatro regidores dichos intereses y caso que así no se estime se nos entregue la Real provisión para acudir a la superioridad de donde dimana y entablar el recurso que corresponda»⁵⁸.

J. de Benito, con fecha de 1 de abril de 1826, dictó otro Auto en el que hizo saber a los cuatro regidores que «dentro de segundo día reintegren a estas partes delas cantidades que reclaman o contesten al traslado que les está contenido vajo del apercebimiento que haya lugar». También se instaba a Mariano Revilla que, como hemos indicado, había accedido al pago, a que verificase la entrega de la cantidad que le correspondiese «vajo el competente recivo»⁵⁹.

Notificado este Auto a Julián del Monte el 4 de abril declaró que «su carácter hera enemigo de pleytos y desrazones y mucho menos entre convecinos, por lo tanto desde luego se allana y está pronto ala debolución dela parte de intereses que le corresponda así como hace su compañero Mariano Rebillas»⁶⁰. Así mismo, Ambrosio Sánchez de la Huerta, a quien se le comunicó el 5 de abril⁶¹, días después, el 12, envió un escrito indicando «que estaba pronto por su parte a devolver

⁵⁵ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 13, fol. 3v.

⁵⁶ En concreto, el día 9 Ambrosio Sánchez de la Huerta, y el 10 Antonio Luengo y Julián del Monte.

⁵⁷ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 13, fols. 4r-4v.

⁵⁸ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 14, fols. 1r-1v.

⁵⁹ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 14, fol. 1v.

⁶⁰ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 14, fol. 2r.

⁶¹ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 14, fols. 2v-3r.

la cantidad de mrs que le correspondiese, pues deseaba la mejor armonía y tranquilidad»⁶². Por el contrario, no fue esta la actitud del otro regidor implicado, el decano Antonio Luengo, a quien se le notificó, después de varios intentos fallidos, el día 8⁶³. Por tanto, a mediados de abril de 1826 tres de los cuatro regidores se habían allanado y estaban dispuestos a pagar esos intereses.

Pero lo cierto es que, ante la falta efectiva de ese abono, José García y Pedro Losada presentaron un nuevo escrito al corregidor en el que explicaban que, a pesar de que ya hacía más de un mes que se había restituido la posesión de que habían sido despojados violenta y arbitrariamente por los cuatro regidores, «todavía no hemos podido conseguir que estos nos hayan debuelto y restituido los intereses que sin corresponderles percibieron», por lo que solicitaban que, si en el acto de la notificación no pagaban al escribano los intereses que prescribieron, se procediese sin más dilación al embargo y venta de bienes para verificar el pago. Advertían además al licenciado De Benito que si no estimaba esa petición acudirían a la superioridad para interponer el recurso pertinente⁶⁴. En respuesta, el corregidor dictó un nuevo Auto el día 15 de abril en el que señalaba que, conocido «el allanamiento de los rexidores Ambrosio Sánchez de la Huerta, Mariano Rebilla y Julián del Monte a reintegrar a las partes los mrs que le corresponda, hágaseles saber que lo verifiquen en el acto de la notificación precedida la debida liquidación», mientras que en relación con Antonio Luego se ciñó a ordenar que cumplierse con lo que se le mandaba dentro del segundo día, y que si no se hiciese así se entregase a las partes la Real Provisión para que acudiesen a la superioridad⁶⁵.

Por consiguiente, el corregidor de Arévalo no amparó las pretensiones de los diputados respecto a la satisfacción de esas cantidades, sino que, aprovechándose de que tres de los regidores, deseosos de no tener mas problemas con la justicia, se habían allanado a pagar, les instaba a que así lo hiciesen, pero respecto al que no lo había hecho no ordenaba el requerido embargo de sus bienes, sino que dejaba abierto el camino para que los peticionarios acudiesen a pleitear a las instancias superiores. No podemos olvidar que es el mismo corregidor que había negado inicialmente el reintegro en la posesión a García y Losada, y que, además, el regidor que se negaba a pagar era el único perpetuo del ayuntamiento, que venía ejerciendo su oficio desde muchos años atrás⁶⁶, y que por ello se supone con gran poder y autoridad en la villa arevalense.

⁶² Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 14, fol. 3r.

⁶³ En concreto, el escribano intentó comunicárselo el 4 de abril, aunque no lo encontró, pues su hija explicó que acababa de salir de casa para el lugar de Montejo de la Vega y que sabía que regresaría al día siguiente. El citado escribano dio fe de haberlo procurado de nuevo, sin haberlo logrado, los días 5, 6 y 7, aunque sí lo consiguió finalmente el 8 (Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 14, fols. 2r-3r).

⁶⁴ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 15, fols. 1r-1v.

⁶⁵ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 15, fol. 1v.

⁶⁶ Montalvo lo incluye en el grupo de regidores documentados en el período de 1781 a 1808-1812 (MONTALVO, *De la historia de Arévalo...*, vol. 2, p. 18).

Notificado este nuevo Auto a los cuatro regidores, Mariano Revilla y Julián del Monte desembolsaron cada uno 310 reales, pero Antonio Luengo y Ambrosio Sánchez, aunque quedaron enterados, no entregaron ninguna cantidad⁶⁷.

A partir de este momento, todas las actuaciones de los diputados se dirigieron únicamente contra Antonio Luengo, a pesar de que no tenemos constancia de que Sánchez de la Huerta efectuase el pago no obstante su allanamiento. Así, solicitaron a J. de Benito que ordenase al procurador del citado Luengo, Agustín Rodríguez Álvarez, que restituyese las diligencias que todavía retenía en su poder y que si en el acto de la notificación no pagaba las cantidades que le correspondían con las costas se procediese sin la menor dilación al embargo y venta de bienes equivalentes⁶⁸. El corregidor, en otra providencia del día 29 de abril, dispuso que el procurador devolviese esas diligencias bajo la pena de una multa de cuatro ducados⁶⁹, pero hizo caso omiso de la petición de embargo.

En este intercambio de escritos, Antonio Luengo dirigió otro al corregidor de Arévalo en el que tajantemente expresaba su disconformidad con esa petición de devolución de intereses, apoyando esta opinión en el propio Auto de la Chancillería, respecto del cual decía «no hace más que revocar el apelado y declarar haver havido lugar al artículo de posesión y reintegro introducido por los diputados en el modo y tiempo que lo hicieron, sin que en el se haga la más mínima expresión de otra cosa y era propio y mui regular que si lo que pretenden Losada y García se huviere estimado por el Real Auto comprendiese enel expresamente como tan esencial para su ejecución y según que se ha querido con el reintegro se estima la devolución y entrega de frutos producidos o devidos producir, bien que los que aquí puede haver havido penden todos no de la posesión sino de un trabajo personal que García y Losada no han tenido y de una responsabilidad a que tampoco han estado sujetos, particulares que la superioridad tuvo presentes sin duda para que no haya mención alguna de devolución de intereses que no havían ganado con su trabajo»⁷⁰.

La respuesta a este escrito fue un nuevo Auto del licenciado de Benito de 3 de mayo, en el que, sin adoptar medidas intimidatorios y contundentes, únicamente se reiteraba en la orden de que el escribano entregase a las partes actoras la Real Provisión que tenían solicitada para que usasen de su derecho en el tribunal superior donde estaba radicado el conocimiento de este negocio⁷¹.

Llegados a esta situación, los diputados, disconformes con el proceder del corregidor y con lo que consideraban osadía de Luengo, decidieron acudir a

⁶⁷ En concreto, se notificó al primero el mismo día 15 de abril, al segundo el 19 y a los dos últimos el 17 (Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 15, fols. 1v-2v).

⁶⁸ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 16, fols. 1r-1v.

⁶⁹ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 16, fol. 1v.

⁷⁰ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 17, fols. 1r-1v

⁷¹ Esta providencia se notificó el mismo 3 de mayo a José García y Pedro Losada, y a Antonio Luengo el día 5, pues el día 3 estaba ausente, tal y como informó su hija, de lo que dio fe el escribano. También dio fe el 16 de mayo de haber entregado a José García y Pedro Losada la Real Provisión y diligencias sobre el asunto «comprensivas dichas diligencias de treinta y una fojas útiles con dicha real provisión, de las cuales quedaba recibo» (Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 17, fols. 1v-2r y 2r-2v).

instancias superiores. Parece que, obcecados en conseguir la plena satisfacción de su petición, no se percataron de lo gravoso de esta decisión, pues, como veremos, este nuevo enfrentamiento judicial les va a originar unos gastos más elevados que la cantidad que creen se les adeuda.

4. OTRA VEZ LA CHANCILLERÍA DE VALLADOLID

De nuevo encontramos actuando, en esta última etapa, a la Chancillería vallisoletana, puesto que se inició ante ella un nuevo proceso para resolver el recurso presentado por los diputados del común tres meses después del Auto que resolvió la anterior apelación. En concreto, el 20 de mayo de 1826 se ordenó que pasase al fiscal, con los antecedentes, la petición que en nombre de esos diputados había realizado el procurador Bendito Aguado. En ella, explicaba que el corregidor, en ejecución de ese Auto de 21 de febrero, respecto a la satisfacción de los emolumentos requeridos simplemente dispuso que «se comunicaba traslado a los otros individuos para lo relativo a la devolución de intereses que solicitaban», por lo que creían que, «a no ser fuere de intento trastornar el Real auto de la Sala, no podía haber dado providencia tan fuera de orden porque a nadie puede ocultársele que el reintegro acordado por la sala debía de dejar de ser absoluto y no parcial como ha querido hacerlo el corregidor».

El procurador orientó este nuevo recurso en otra dirección, acusando ahora al corregidor J. de Benito de haber ejecutado mal el Auto definitivo de febrero de 1826, circunstancia que había obligado a los diputados a interponer este recurso, causándoles unos desembolsos superiores a la cantidad que les tenían que devolver los despojantes. A este propósito se resaltaba el extraño comportamiento de J. de Benito, porque, a pesar de que dos regidores pagaron lo que les correspondía, respecto a Antonio Luengo no adoptó las medidas oportunas para obligarle a ese abono, sino que en un Auto de 15 de abril ordenó únicamente que dentro de segundo día de la notificación «pagase o contestase al traslado comunicado», y que transcurrido el plazo sin verificarlo se entregase a los diputados la Real Provisión que reclamaban «para que usasen de su derecho donde y como vieses conveniente». Resaltaba lo insólito de esta providencia, pues considera que «a nadie puede ocultársele que el vuestro corregidor ha debido llevar a efecto el reintegro en todas sus partes y no haberlo echo parcial, maiormente cuando los dos regidores Revilla y Montes se aprestaron y desde luego hicieron la entrega de la parte a ellos relativa».

Se explicaba igualmente que, siguiendo con el desorden, el regidor Antonio Luengo y Vázquez «más apasionado a los intereses que no eran suyos que los otros sus compañeros, salió con la ridícula pretensión de solicitar que el no estaba obligado a devolver la parte a él relativa a pesar de la franqueza y honradez con que los otros sus compañeros habían manifestado la reparación en la presente cuestión y conformidad con las pretensiones de García y Losada», y que el corregidor por su Auto de 3 de mayo se limitó de nuevo a mandar que

se les entregaren las diligencias para que usasen de su derecho en este tribunal. Por ello, se afirmaba que si los anteriores Autos proveídos habían sido injustos lo era mucho más este último, porque al corregidor «a vista de verdades tan notorias no le quedaba otro arbitrio que mandar hacer el pago, y en haber faltado a este deber ha causado unos gastos y perjuicios de que debe responder así como de todos los posteriores originados después del requerimiento de la vuestra Real provisión y en que ha hecho expender a mis partes mucho más de lo que deben percibir». Se añadía que si la temeridad del regidor Luengo era tan manifiesta no lo era menos el desacierto del corregidor, que contra lo expresado terminantemente en el Real Auto y contra la voluntad de los interesados se empeñaba en dudas y dificultades «que solo a el pueden presentarse».

Finalmente, por todas estas razones se suplicaba al Tribunal de la Chancillería «se sirba, declarando si fuese necesario que el vuestro corregidor de Arévalo no ha debido empeñar a mis partes en el presente recurso, mandar seme libre otra Real provisión a costa del mismo corregidor para que consiguiendo a el Real Auto de la sala apremie a el regidor Antonio Luengo a el pago de la parte y porción que le corresponda y deben percibir García y Losada por razón de las obvnociones procediendo para ello a una formal liquidación; y mediante a que con inutilidad se han originado las diligencias y proceso que se adbierte desde el requerimiento de la vuestra Real Probisión causando a estas partes maiores gastos que los que reclama y a que solo se ha resistido el regidor Luengo, condenar a este mancomunadamente con el corregidor de Arévalo en todos los gastos y costas que con tanta injusticia se han causado a mis partes»⁷².

El 15 de junio se ordenó que se pasase todo el expediente al fiscal para que pudiese resolver el recurso interpuesto sobre devolución de emolumentos⁷³. Es el último escrito contenido en el expediente y, por tanto, no sabemos cómo terminó al final este pleito con respecto a Antonio Luengo y al corregidor arevalense.

En conclusión, este litigio es innegable testimonio de los problemas planteados en el ámbito municipal en plena descomposición de la organización absolutista, de las inveteradas y sordas luchas de poder sostenidas por las invisibles fuerzas que movían la vida cotidiana de las ciudades y de los esfuerzos por conservar ese viejo armazón que hacía aguas con la incorporación de algunas tímidas reformas, como la impulsada por Fernando VII en la Real Cédula de octubre de 1824, que a la postre no fueron suficientes para mantenerlo a flote, ni siquiera desvirtuado, porque no podemos olvidar que esa reforma propugnaba la inclusión de «una cierta electividad» para la designación de los regidores, que convivirían con los renunciables y perpetuos existentes, y otros oficios del ayuntamiento.

Era un círculo vicioso, ya que para tratar de frenar ese declive se aprobaron medidas legales correctoras, pero a su vez la aplicación práctica de esas medidas también generaba otras dificultades, puesto que cualquier cambio, aunque fuese mínimo, en la organización institucional originaba problemas de adaptación

⁷² Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 11, fols. 1r-2v.

⁷³ Archivo de la Chancillería de Valladolid, 1016.3, Documento 11, fols. 2v-3r.

o ensamblaje, que incluso como en este caso necesitaban de pleitos para su resolución.

En este ambiente de crisis larvada, abundaron los desórdenes de todo tipo, sobre todo en la vida municipal donde más fácilmente afloraban las ambiciones personales. Cada cual intentaba de la manera que podía defender sus prerrogativas, sin que el sistema pudiera poner coto a esas ambiciones, de modo que al final en muchas ocasiones la vía judicial era la que tenía que dirimir esos problemas.

Esto es lo que sucedió en Arévalo, donde, aprovechando un momento de cambio y de lógicas dudas suscitadas por la aplicación de un nuevo mecanismo de nombramiento de los oficios concejiles, los regidores procuraron terminar con la situación anterior en la que los diputados del común actuaban habilitados como regidores y, por tanto, gozaban de todas las ventajas de estos oficios. Una más de las anomalías a que había conducido la perversión de la actuación de los regidores, que no ejercían su oficio y, en consecuencia, no acudían a las reuniones en número suficiente para que pudiesen celebrarse. La respuesta de los afectados fue rápida y contundente, ya que querían conservar las regalías y obvenciones anexas a las regidurías, combatiendo incansablemente en los tribunales para que se les restituyese en su calidad de regidores y, obtenida esta pretensión, para percibir los emolumentos correspondientes al tiempo que no habían desempeñado estos cargos al ser despojados por los otros regidores.

Estas soterradas luchas por conservar las prerrogativas inherentes a unos oficios como los regimientos del Antiguo Régimen, que a la postre desembocaron en un enfrentamiento judicial, eran indicios inequívocos, junto a otros muchos, de la ausencia de una regulación del régimen municipal adecuada a los nuevos tiempos. El cajón de sastre en que con el paso de los años, o mejor de los siglos, se había convertido el conjunto de disposiciones de todo tipo, procedencia y épocas que regulaba la organización de la vida municipal, era a todas luces insuficiente en los albores del siglo XIX para dar respuesta a las nuevas necesidades y exigencias que iban surgiendo a medida que las ideas liberales avanzaban y penetraban en la sociedad. El inevitable final de una época y el comienzo de otra, y con ella de una nueva manera de concebir la vida municipal y sus oficios, que por otra parte ya se había experimentado brevemente en los períodos de vigencia de la Constitución de Cádiz, estaba próximo.

REGINA POLO MARTÍN



Los delitos contra el orden público en el marco de la Ley de Defensa de la República de 21 de octubre de 1931 ¹

SUMARIO: 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Génesis de la Ley de Defensa de la República. 3. La aplicación de la ley. 4. Derogación de la Ley de Defensa de la República y sustitución por la de orden público.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La instauración de la Segunda República fue vista como una magnífica oportunidad para subvertir la situación de los diferentes grupos sociales y políticos dentro de un orden auténticamente democrático. Sin embargo, como se ha aseverado con reiteración, los diversos gobiernos republicanos no fueron capaces de encajar correctamente la Administración de orden público en el contexto del deseado sistema democrático y se vieron abocados a declarar, de forma casi permanente, estados de excepción, lo que supuso la suspensión de las garantías plasmadas en la Constitución ².

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación «Delincuencia y represión jurídica en España: Teoría y praxis histórica de las figuras delictivas», con referencia DER2009-11446-C04-03 (subprograma JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

² Manuel BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional (1812-1983)*, Madrid, 1985, pp. 316 y ss.; Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, «La defensa extraordinaria de la República», en *Revista de Derecho Político*, Madrid, núm. 12 (invierno 1981-1982), pp. 105-135; Sandra SOUTO KUSTRÍN, *Y ¿Madrid? ¿Qué hace Madrid?: movimiento revolucionario y acción colectiva (1933-1936)*, Madrid, 2004, pp. 37 y 38.

Qué duda cabe que gran parte de culpa de esa falta de adecuación entre el mantenimiento del orden público y el respeto a los principios constitucionales hay que adjudicarla a la crisis internacional que por entonces se estaba padeciendo. Por ello, las ilusiones iniciales se fueron inexorablemente difuminando cuando la lentitud de la reforma agraria se hizo evidente, acompañada de un imparable crecimiento del paro, lo que se tradujo en un sinnúmero de enfrentamientos entre trabajadores y Fuerzas Armadas, múltiples protestas, escaramuzas revolucionarias e insurrecciones anarquistas.

Conviene asimismo agregar que, ante este convulso panorama, los Gobiernos republicanos no fueron para nada innovadores porque se ciñeron a poner en práctica los mismos mecanismos de represión que los de la Monarquía y así, al poco tiempo de constituirse, el Gobierno provisional se dotó de un «Estatuto jurídico», que le otorgaba «plenos poderes»³.

De lo dicho hasta ahora se comprende con facilidad que el gobierno de Azaña se viera expuesto a los reproches de no haber sido eficaz en la trascendente tarea de implantar la ansiada paz social. En este sentido, conviene recordar, aunque sea escuetamente, que el número total de muertes causadas por actos violentos de componente político desde abril de 1931 hasta diciembre de 1933 se elevó a cerca de 400⁴.

Otro dato que no puede pasar inadvertido es que la euforia vivida a partir del 14 de abril de 1931 conllevó una nueva expansión de los periódicos políticos, generalmente de izquierdas. No obstante ello, las mayores tiradas seguían siendo las de los grandes periódicos que procedían de la etapa de Alfonso XIII, muchos de los cuales no titubearon en adoptar una posición de encarnizado enfrentamiento con el flamante régimen republicano, que respondió con dureza en perjuicio de la libertad de expresión, constitucionalmente garantizada⁵.

Amén de lo anterior, es preciso aludir al elevado protagonismo del anarcosindicalismo en algunas zonas, como, por ejemplo, en Andalucía Occidental y, dentro de ésta, en Sevilla. Como es sabido, la CNT abogaba por la inmediata incautación de todas las grandes propiedades. Así, en su congreso celebrado en junio de 1931 decidió que la actitud que había de adoptar ante la República debería ser de «guerra abierta». La contundente represión del Gobierno, con clausura de los centros anarcosindicalistas y detenciones de sus dirigentes, sólo sirvió para fortalecer a los violentos⁶.

Algunas semanas atrás y tras la oleada de quemas de iglesias, el Gobierno Provisional tomó la decisión de crear la Guardia de Asalto, como un nuevo cuerpo leal a la República, complementario de la Guardia Civil. Conforme los desórdenes aumentaban, particularmente la violencia provocada en la derecha

³ Julián CASANOVA, *Historia de España*, Vol. 8 (República y guerra civil), Barcelona, 2007, p. 43. De este autor y Carlos GIL ANDRÉS, *Historia de España en el siglo XX*, Barcelona, 2009, pp. 121 y 122.

⁴ Juan AVILÉS FARRE, María Dolores ELIZALDE PÉREZ-GRUESO, Susana SUEIRO SEOANE, *Historia política de España, 1875-1939*, Madrid, 2002, vol. I, p. 347.

⁵ Fernando SÁNCHEZ MARROYO, *La España del siglo XX: Economía, demografía y sociedad*, Madrid, 2003, p. 253.

⁶ *Ibidem*, p. 279.

por organizaciones de propietarios agrarios y religiosos, y, en la izquierda, por anarcosindicalistas y comunistas, el Estado recurrió cada vez más frecuentemente a estas fuerzas para contener a los alborotadores⁷.

2. GÉNESIS DE LA LEY DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA

Con todo lo que estaba pasando en España, el Gobierno se vio forzado a establecer los medios legales necesarios para reconducir el maltrecho orden público. Ya el 23 de julio, el Consejo de Ministros examinó un proyecto de decreto de «Defensa de la República». Azaña defendió su necesidad «con motivo de las huelgas que por todas partes suscita la Confederación Nacional del Trabajo», por lo que había que poner «remedio urgente y severo»⁸. Aunque al final no fue aprobado, sí se acordó que se tuviera en consideración como futuro proyecto de ley⁹.

Así se hizo tres meses más tarde. Concretamente, el 19 de octubre se reunió el Consejo de Ministros para debatir, entre otros, el contenido de la futura ley de orden público¹⁰. Todos los ministros presentes aprobaron el proyecto de ley, menos Prieto, quien dijo que le parecía mal y reservaba su voto. Entonces se produjo un incidente entre Prieto y Largo Caballero. Dijo este último que, habiéndose acordado en el Consejo anterior, por unanimidad, hacer esta ley, no comprendía cómo ahora podía votarse contra ella. A esto replicó Prieto que no se le podía exigir de antemano la conformidad con un texto desconocido.

La discusión se prolongó mucho y la resistencia de Prieto parecía invencible, por lo que Azaña temió que el proyecto fracasara. Según parece, en el Consejo se estuvo debatiendo sobre este asunto cerca de una hora. Prieto afirmaba que los socialistas no votarían la ley en las Cortes y propuso que antes se sometiese a consulta de su grupo parlamentario. El ministro Albornoz, por su parte, advirtió que, en ese caso, se tendría que permitir que la consulta se hiciese a todos los grupos. Ante las discrepancias entre los ministros, Prieto amenazó con marcharse del Gobierno, pero Azaña le recordó que de su dimisión se hablaría cuando correspondiese y que, en ese momento, la cuestión fundamental era la aprobación o no del proyecto. Poco después, Prieto se mostró dispuesto a suscribir la ley. De esa forma acabó la acalorada discusión y se acordó que Azaña fuese el encargado de dar lectura al proyecto en las Cortes para su correspondiente discusión¹¹.

Tras darse lectura al dictamen de la Comisión acerca del proyecto, el diputado Santiago Alba dijo que, si el Gobierno declaraba urgente este proyecto, él

⁷ George COLLIER, *Socialistas de la Andalucía rural: Los revolucionarios ignorados de la Segunda República*, Barcelona, 1997, p. 137.

⁸ Julián CASANOVA, *República y guerra civil...*, cit., p. 54.

⁹ Manuel AZAÑA, *Diarios completos*, p. 180.

¹⁰ Manuel ÁLVAREZ TARDÍO, Roberto VILLA GARCÍA, *El precio de la exclusión. La política durante la Segunda República*, Madrid, 2010, p. 163.

¹¹ Manuel AZAÑA, *Diarios completos*, pp. 325-327.

salvaba su voto porque no quería, en ninguna forma, contribuir a este proyecto de descalabro, que era casi literal de la ley alemana y de aquel otro que hizo impopular a Maura. Nunca había creído en una ley de orden público. En su opinión, lo primero que había que hacer era atender al mal estado que se sentía en España y que no se resolvía con leyes de esta naturaleza.

Por su parte, Ossorio y Gallardo comenzó mostrándose de acuerdo con lo dicho por Alba. Estimó que la duración de la ley debería mantenerse hasta que se aprobase la Constitución y no hasta la disolución de las Cortes constituyentes. Elogió que la ley no tuviese carácter dictatorial, puesto que fue llevada a la Cámara, pero advirtió que, en dicha ley, no había ninguna garantía, sino únicamente que el ministro de la Gobernación sería el encargado de aplicar el procedimiento. No creía legal, ni lógico, ni democrático que por una sola delación, que podía estar motivada por pasiones o mala fe, se pudiera imponer a alguien extrañamiento, multa o presidio sin oírle, por lo cual pidió que al acusado se le escuchase por una comisión que al efecto se nombrase.

Azaña, tras éstas y otras intervenciones, defendió el proyecto por dos motivos: un principio de carácter general y una experiencia de gobierno. El primero que es la obligación del ministerio de proveer a la República de todos los medios necesarios para defenderse en cualquier eventualidad y peligro. La segunda, que ya tenía varios meses, le había hecho comprender que en las circunstancias que atravesaba el país, no tenía el Gobierno los medios legales bastantes para defenderse de los enemigos de la República. Añadió que la ley no la necesitaba el Gobierno, sino la República. Los miembros del Ejecutivo no necesitaban para sí facultades extraordinarias, las querían legalmente para la institución republicana. Y sentenció: «la República no está en peligro, pero para evitar que el peligro nazca, es necesaria esta ley [...] En el fondo, este proyecto significa la declaración paladina ante el país de que el Gobierno, consciente de sus responsabilidades y no queriendo asumir arbitrariamente ningún poder que no le corresponda por la Constitución y sin extralimitarse del texto de esta ley ni del espíritu de la Constitución, recaba del Parlamento la autoridad eficaz para defender la República, para cumplir con su obligación y para mantener la seguridad y el orden en España [...] Sólo mirarán con recelo y enojo esta ley aquellos que tengan que temer de su aplicación [...] de ninguna manera la verdadera prensa [...] ¿vamos a llamar prensa a esos reptiles que circulan por la sombra, que van de mano en mano [...] sembrando el descrédito o la burla o las malas pasiones? ¿Quién más tiene que temer esta Ley? El funcionario negligente y desafecto, el magistrado poco celoso en la aplicación de la ley, el propagandista clandestino, el agitador de oficio, sin convicciones ni conciencia, los conspiradorzuelos de café, que creen montada una máquina infernal contra la república porque, rodeados de media docena de monas que por equivocación llevan el nombre de hombres [...]»¹².

¹² *Heraldo de Madrid*, año XLI, núm. 14265 de 21 de octubre de 1931, p. 8. AZAÑA, *Memorias políticas*, p. 118; Pío MOA, *Los personajes de la República vistos por ellos mismos*, Madrid, 2000, p. 232.

El proyecto fue modificado únicamente con la propuesta de Ossorio de conceder el derecho de recurrir ante el ministro en un plazo de veinticuatro horas a las personas que incurriesen en alguno de los supuestos en él recogidos¹³.

El texto especificaba once categorías de delitos sujetas a su jurisdicción: incitación a resistir o desobedecer la ley; a la indisciplina militar o al conflicto entre las fuerzas armadas y el Gobierno; difusión de noticias o rumores destinados a perturbar la paz o la economía; actos de violencia contra las personas o la propiedad, e incautación a los mismos; cualquier acto o declaración destinado a desacreditar al Gobierno y a sus instituciones; apología de la monarquía o sus dirigentes, y el empleo de emblemas o insignias asociados con los mismos; posesión ilegal de armas de fuego o explosivos; cualquier forma de suspensión de empleo sin causa justificada; todas las huelgas no anunciadas con ocho días de antelación (de no ser modificada por legislación ulterior), todas las huelgas no relacionadas con las condiciones laborales y todas aquellas cuyos participantes se negasen a someterse a arbitraje; los aumentos injustificados de precios y la falta de celo o la negligencia de los empleados públicos¹⁴.

Resaltan las amplias facultades otorgadas al ministro de Gobernación, quien podía ejercer poderes excepcionales de censura; prohibir toda clase de reuniones públicas, ya fuesen políticas, religiosas o sociales, que permitiesen intuir una perturbación de la paz; clausurar todos los centros y asociaciones que pudieran prestarse a la incitación de cualesquiera de los hechos especificados y para confiscar cualquier tipo de armas que se creyera necesario, incluso de propiedad legal. Quien infringiese algunas de dichas estipulaciones podría ser sometido a detención durante un período indefinido, al exilio interno o a una multa de hasta de 10.000 pesetas. Los implicados podrían apelar directamente al ministro de la Gobernación siempre que lo hicieran dentro de las veinticuatro horas de su detención¹⁵.

Hay quienes han señalado los defectos de esa Ley de Defensa de la República y muy especialmente la ambigüedad de los tipos de infracción y sanción de las conductas. Ley que se consideraba, por algunos, como un atentado a la República¹⁶. Resalta que se reservara al Ejército una función poco habitual en cualquier otro sistema liberal-democrático, dejando en sus manos el control absoluto del orden público, incluidas las tareas policiales¹⁷.

¹³ *Heraldo de Madrid*, año XLI, núm. 14265 de 21 de octubre de 1931, p. 8.

¹⁴ Stanley PAYNE, *La primera democracia española: la Segunda República, 1931-1936*, pp. 93 y 94.

¹⁵ BALLBÉ, *Orden público...*, cit., pp. 323-335; ÁLVAREZ TARDIO, VILLA GARCÍA, *El precio de la exclusión...*, cit., pp. 163 y ss; Stanley PAYNE, Luis ROMANO HACES, *La primera democracia española: la Segunda República, 1931-1936*, p. 94; Juan AVILÉS FARRE, María Dolores ELIZALDE PÉREZ-GRUESO, Susana SUEIRO SEOANE, *Historia política de España, 1875-1939*, Madrid, 2002, vol. I, p. 347.

¹⁶ Tomás DE LA CUADRA SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, «Seguridad pública y política penitenciaria», en *Las reformas administrativas en la II República. V Seminario de Historia de la Administración* (coord. Luis Ortega Álvarez), Madrid, 2009, p. 85.

¹⁷ Gabriele RANZATO, *El eclipse de la democracia. La guerra civil española y sus orígenes (1931-1939)*, Madrid, 2006, p. 124.

Según se ha escrito, «la izquierda republicana y los socialistas idearon una ley que dejaba entre paréntesis derechos políticos fundamentales, pero que se justificaba para proteger el régimen de sus enemigos tanto de la derecha como de la extrema izquierda. Para ellos, la alternancia, incluso si se derivaba de las urnas, sólo podía producirse entre quienes compartieran este mínimo programático que debía reflejar la Constitución. Esta era una cuestión irrenunciable»¹⁸.

Conviene reconocer que, merced a la ley que nos ocupa, el Gobierno de Azaña pudo contrarrestar los continuos ataques que recibía tanto desde la derecha como del sector más radical de la izquierda, sin olvidar a los provenientes de las organizaciones sindicales. El Gobierno entendió que la oposición no iba a darle tregua dentro y, sobre todo, fuera de las Cortes. De ahí que, en muchas ocasiones, se hicieran alusiones a las múltiples conspiraciones que se diseñaban cada día contra la República para justificar las drásticas medidas adoptadas¹⁹. Muchos compararon esta legislación a la que en la década anterior se había promulgado por Martínez Anido para los extremistas de izquierda²⁰.

3. LA APLICACIÓN DE LA LEY

La primera vez que, según nos consta, se aplicó la ley fue a los pocos días de entrar en vigor contra dos capitanes que promovieron un escándalo, profiriendo gritos antirrepublicanos en un cabaret de San Sebastián. Ambos oficiales fueron trasladados a Pamplona desde donde fueron confinados a Lugo²¹.

Desde entonces, fue utilizada con asiduidad hasta el extremo de que, al mes siguiente de que se principiara su vigencia, se había conseguido contener en parte, tanto en el campo como en las calles, la indisciplina social y política. A pesar de los indiscutibles avances logrados, se reconoció que todavía eran muchas las huelgas y las agresiones contra la vida y la propiedad²².

Uno de los puntos de mira más conflictivos de la nueva ley fue el control de la prensa de tendencia más conservadora. De hecho, ninguno de los Gobiernos de Azaña desaprovechó la magnífica oportunidad de eliminar todas las publicaciones periódicas que le eran hostiles, con la excusa de que sus páginas estaban plagadas de flagrantes atentados contra el nuevo sistema republicano. Como se ha dicho, una vez aprobada la Ley de Defensa de la República «existían pocas limitaciones eficaces al poder legal de la República para luchar contra lo que sus líderes consideraban sus enemigos de derecha»²³.

¹⁸ ÁLVAREZ TARDÍO, VILLA GARCÍA, *El precio de la exclusión...*, cit., p. 13.

¹⁹ JOSÉ PEÑA GONZÁLEZ, *El único estadista: visión satírico-burlesca de don Manuel Azaña*, Madrid, 2007, p. 94.

²⁰ MIGUEL A. MUÑOZ, *Reflexiones en torno a nuestro pasado reciente. España, los años 30 del siglo XX*, Madrid, 2009, p. 146.

²¹ *Heraldo de Madrid*, año XLI, núm. 14.273 de 30 de octubre de 1931, p. 9.

²² *La Lectura Dominical*, año XXXVIII, núm. 1952 de 21 de noviembre de 1931, p. 5.

²³ ÁLVAREZ TARDÍO, VILLA GARCÍA, *El precio de la exclusión...*, cit., pp. 163-166.

A modo de ejemplo, podemos referirnos a *Gracia y Justicia*, que acometió una permanente labor de desprestigio del sistema republicano. Como era de esperar, el peso de la Ley de Defensa de la República cayó implacable sobre ella, provocando su supresión gubernativa. Su testigo fue tomado por la publicación *Bromas y Veras*, donde se atacó abiertamente a la Ley de Defensa de la República en el artículo titulado *Su poquito de defensa no está mal*. De todo lo que en él se recoge puede resaltarse lo siguiente: «Que como esto siga así nos hacemos azañistas cualquier tarde, eso es más viejo que la casa de los distinguidos señores Lujanes. Porque tanto gemir, tanto quejarse contra la inquietud que nos corta la respiración cada tres cuartos de hora y de pronto llega el Sr. Azaña, le brinda a Casares una ley que es como para andar por la vía pública más tiesos que el palo de la escoba, y empiezan los diarios a lamentarse de su repajolera suerte»²⁴.

Fue tal la situación de persecución contra la prensa antigubernamental que el 30 de noviembre visitaron a Azaña los directores de *El Debate*, *El Heraldo* y *La Epoca* para interceder por *La Correspondencia Militar*, que llevaba suspendida dos meses, con la intención de que volviera a salir a la luz. Asimismo, pidieron que se estableciera una graduación en las sanciones que se impusieran a la prensa al aplicar la ley y que se comenzara con un simple apercibimiento²⁵.

Pero, sin duda, una de las cuestiones más espinosas que supuso la puesta en práctica de esta ley fue el de su compatibilidad con la Constitución. El mismo art. 42 de ésta autorizaba al Gobierno para suspender derechos fundamentales en caso de notoria e inminente gravedad. De esta forma, nos encontramos que, desde el punto de vista constitucional, la aplicación de la Ley de Defensa podía dejar en un segundo plano las propias previsiones constitucionales²⁶.

La Constitución reservó a los derechos y libertades fundamentales su título III y la vulneración de alguno de ellos era susceptible de amparo ante el Tribunal de Garantías, a tenor de lo establecido en la letra *b*) del artículo 121. Sin embargo, esta teórica declaración de garantías se vio claramente afectada desde el primer momento por la pervivencia de la Ley de Defensa de la República²⁷.

No debe olvidarse que la Constitución de 1931 buscó una declaración de derechos más amplia que las de sus predecesoras, tal vez con la intención de colocarse al mismo nivel que las principales constituciones europeas de la época. Por eso, se explica la fijación de todo tipo de garantías, con la convicción de que las enumeraciones de derechos, por muy completas que pudieran ser, no tenían mucha relevancia si no se aseguraba la efectiva realización de los mismos, a través de la imposición de normas de regulación de su ejercicio. Consecuencia de todo ello, se ordenó que el cercenamiento de derechos sólo podía realizarse por decreto-ley y con unos plazos muy estrictos, que debían ser ple-

²⁴ JOSÉ PEÑA GONZÁLEZ, *El único estadista...*, cit., p. 77.

²⁵ MANUEL AZAÑA: *Diarios completos*, p. 382.

²⁶ CARRO MARTÍNEZ, *Comentarios a las Leyes Políticas*, Madrid, 1987, vol. IX, p. 272; JOSÉ PEÑA GONZÁLEZ, *El único estadista...*, cit., p. 96.

²⁷ El texto completo fue recogido por SEVILLA ANDRÉS; JOSÉ PEÑA GONZÁLEZ, *Historia Política del Constitucionalismo español*, Madrid, 2006, p. 343.

namente asegurados, conforme al reseñado artículo 42. La experiencia demostró que se produjo justo lo contrario de lo mandado en la norma fundamental y que dicho precepto fue conculcado asiduamente y se suspendieron las garantías individuales²⁸.

De lo dicho hasta aquí se colige que el tema estaba plagado de confusión. En este sentido, muchos socialistas no querían que dicha ley siguiera vigente una vez aprobada la Carta Magna. Les preocupaba que un cambio de Gobierno permitiera usar esos poderes excepcionales contra sus organizaciones²⁹. A pesar de esta fuerte oposición, la ley no se derogó, lo que supuso que la propia Constitución quedase muy desvirtuada por esta ley, al reforzar las atribuciones gubernativas en materia de política y de orden público, a costa de las garantías individuales que la norma suprema albergaba³⁰.

Conviene recordar, en este punto, que en la sesión del Consejo de Ministros de 4 de diciembre, el mismo Azaña planteó la cuestión de conservar o no la Ley de Defensa de la República, después de votada la Constitución. Todos los ministros, sin excepción, opinaron que debía prorrogarse la vigencia de la ley. Por eso, encargó a cada uno de ellos que consultasen con sus grupos, para llevar el asunto a la decisión de las Cortes.

Ese mismo día, Largo Caballero informó del acuerdo adoptado por el grupo socialista en cuanto a la vigencia de la ley. Se decidió que lo más oportuno era posponer el asunto para cuando hubiera nuevo Gobierno. En el fondo, latía el propósito de que si en el futuro Gobierno no entraban los socialistas, votarían en contra de la ley. Largo justificó esta posición diciendo que los socialistas temían que un Gobierno de Lerroux utilizaría contra ellos esa ley³¹.

Por su parte, el día 6 de ese mes de diciembre se entrevistó Azaña con Fernando de los Ríos para examinar juntos la situación política y saber a qué atenerse sobre las intenciones de los socialistas. Ambos estuvieron de acuerdo en que había que prorrogar la Ley de Defensa de la República³².

A buen seguro que esta apuesta por el mantenimiento de la controvertida ley se debió al clima de permanente tensión que se vivió a lo largo del otoño de 1931. En ella encontró el Gobierno los mecanismos necesarios para acometer la prohibición de diarios, suspender mítines y manifestaciones, cerrar centros sindicales y arrestar a los militantes más significativos. Sin ningún tipo de titubeos, la policía disparó en numerosas ocasiones contra muchedumbres desarmadas. Los anarquistas, convencidos de que se había iniciado una campaña para acabar con ellos, respondieron con inmediatez mediante la organización de más huelgas y manifestaciones, con las que se incrementó la terrible crispación social.

²⁸ FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *Las Constituciones históricas españolas*, Madrid, 1986, p. 591; FRANCISCO PUY MUÑOZ, *Los derechos en el constitucionalismo histórico español*, Santiago de Compostela, 2002, p. 191.

²⁹ ÁLVAREZ TARDÍO, VILLA GARCÍA, *El precio de la exclusión...*, cit., p. 64.

³⁰ JUAN FRANCISCO LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española. I. Organización judicial*, Madrid, 1998, p. 313.

³¹ MANUEL AZAÑA, *Diarios completos*, p. 392.

³² *Ibidem*, p. 394.

De los diversos incidentes registrados, sobresalió el acaecido en el pueblo de Castilblanco, donde, el 1 de enero de 1932, fueron asesinados cuatro guardias civiles. Muchos burgueses vieron en este hecho la posibilidad perfecta de expresar con claridad sus abiertas discrepancias con la política de los dirigentes republicanos³³.

Pero, sin duda, la oposición más dura contra la República vino de la mano de los anarquistas. Hubo tres grandes insurrecciones provocadas por la FAI. En enero de 1932 se levantaron en Cataluña, concretamente en la zona del alto Llobregat. Un año más tarde, en enero de 1933, hubo revueltas también en Cataluña (Barcelona, Tarrasa y Lérida), pero también en el campo levantino, aragonés y andaluz. Por último, podemos aludir al que se produjo en Zaragoza en diciembre de 1933, después de la derrota de la izquierda en las elecciones parlamentarias³⁴.

Amén de ello, conviene recordar que los días 3 y 4 de enero de 1932 hubo huelgas y disturbios en cuatro provincias, incluyendo un ataque a un cuartel de la Guardia Civil en la provincia de Valencia. Agentes de este cuerpo armado dispararon en esos dos días a un total de cinco anarquistas y obreros, que se habían declarado en huelga, mientras que un sacerdote moría asesinado en Bilbao.

Por entonces, en la localidad de Arnedo, los obreros de una fábrica se habían reunido en la plaza del pueblo para protestar. Una unidad reforzada de la Guardia Civil les ordenó dispersarse y, ante la negativa, abrió fuego directamente contra ellos, matando a once personas e hiriendo a muchas más³⁵.

Al día siguiente, nuevamente la Guardia Civil se vio implicada en un tiroteo contra unos huelguistas en Calzada de Calatrava (Ciudad Real), con un saldo de otros dos trabajadores muertos.

El 17 de enero hubo un brote de violencia callejera en Bilbao: carlistas y nacionalistas vascos se enfrentaron con militantes socialistas, matando a tres de estos últimos. La UGT convocó inmediatamente una huelga general como protesta y destruyó el local bilbaíno de Acción Católica. Antes de concluir el día 18, el Gobierno aplicó con severidad la Ley de Defensa de la República y clausuró muchos centros políticos en el País Vasco, deteniendo a un número indefinido de nacionalistas vascos, carlistas y otros derechistas³⁶.

En el marco de este descontrol social en el que estaba sumida España, se quemaron varias iglesias en tres localidades valencianas en la jornada del día 19. Por su parte, el 20, la CNT publicaba en Barcelona un manifiesto oficial, donde declaraba que la República no había sido capaz de cumplir sus promesas, por lo que «de todo ello resulta que el Estado es el primer enemigo del pueblo»³⁷.

³³ Charles J. ESDAILE, *La quiebra del liberalismo, 1808-1939*, Barcelona, 2001, p. 303.

³⁴ Octavio RUIZ-MANJÓN-CABEZA, *La Segunda República y la Guerra*, Madrid, 1990, p. 121; ÁLVAREZ TARDÍO, VILLA GARCÍA, *El precio de la exclusión...*, cit., p. 226.

³⁵ Stanley PAYNE, Luis ROMANO HACES, *La primera democracia española...*, cit., p. 94.

³⁶ *Ibidem*, p. 97.

³⁷ ARRARÁS, *Segunda República*, I, pp. 255-259; PAYNE, *La primera democracia española...*, cit., p. 97.

En el fondo, latía la idea entre los dirigentes anarquistas que el Gobierno sólo pretendía favorecer la acción sindical de la UGT, su gran rival entre los trabajadores, arrinconándolos a ellos en la marginalidad y el aislamiento. Una sensación que aumentó con la entrada en vigor de la Ley de Defensa de la República. En este sentido, en el portavoz periodístico del anarcosindicalismo, el diario barcelonés *Solidaridad Obrera* llegó a decir que «La Ley de Defensa de la República es el pretexto para intensificar la persecución contra la CNT e imposibilitar el regular funcionamiento de los sindicatos»³⁸.

De estos acontecimientos se encargó de informar Azaña a las Cortes con la advertencia de que «el Gobierno no tiene inconveniente en declarar que se preparaba en España un movimiento revolucionario para el día 25 con el objeto de derribar la República», añadiendo que «los elementos subversivos habían recibido ayuda e instrucciones del extranjero, de poderes enemigos del Estado español». Todo ello, agregó, era del agrado de la «extrema derecha», pero Azaña prometió que les daría pocas oportunidades. Concluyó apuntando que enviaría un delegado general especial del Gobierno a las provincias vascongadas y Navarra para que aplicase la Ley de Defensa de la República a los elementos subversivos derechistas de allí³⁹.

Como era de esperar, el alarmismo transmitido por Azaña a las Cortes provocó que se generara un encendido debate. En este sentido, Alvarez Buylla reclamó en la sesión del 20 de enero que se aplicara con energía la Ley de Defensa de la República porque «la República ha hecho mucho, pero el pueblo se siente defraudado si el Gobierno no corta esas artimañas. Aplicadla con energía, con mano dura y no temáis que os llamen dictadores, pues la dictadura es el poder personal. Vosotros representáis el deber de defender la República»⁴⁰.

Por su parte, Galarza se quejó en la sesión del día siguiente de que la ley sólo se hubiese aplicado contra los monárquicos en los sucesos acaecidos previamente en Bilbao. El ministro de la Gobernación replicó que la ley hasta ahora sólo se había aplicado con blandura porque la Cámara la había aprobado con repugnancia, pero que, a partir de ese momento, sería inflexible y cualquier rectificación de las Cortes sobre sus determinaciones conllevaría su dimisión⁴¹.

Al día siguiente, el ministro de la Guerra manifestó a los periodistas que en las provincias Vascongadas y Navarra se había nombrado un gobernador general, un juez y un fiscal especial, para entender en los sucesos de orden público. Estos nombrarían representantes en algunos pueblos y poblaciones para aplicar la Ley de Defensa de la República. Un periodista, por su parte, preguntó a Azaña

³⁸ John BRADEMÁS, *Anarcosindicalismo y revolución...*, cit., p. 85. Una valoración más completa de esta ley y de los poderes excepcionales y arbitrarios que otorgaba al Gobierno en BALLBÉ, *Orden público...*, cit., pp. 323-335; Manuel REDERO SAN ROMÁN, *Movimientos sociales en la España del siglo XX*, Salamanca, 2008, p. 117.

³⁹ Manuel AZAÑA, *Obras completas*, 2, pp. 139-144; Stanley PAYNE, *La primera democracia española...*, cit., pp. 97 y 98.

⁴⁰ *Heraldo de Madrid*, año XLII, núm. 14344, del 21 de enero de 1932, p. 9.

⁴¹ *Luz. Diario de la República*, año L, núm. 14, de 22 de enero de 1932, p. 10.

si también se nombraría un gobernador general en Andalucía, a lo que escuetamente le respondió que «el Gobierno aplicará la ley en el momento oportuno»⁴².

La implacable aplicación de la ley conllevó la detención de varios cientos de anarcosindicalistas, así como cierto número de comunistas. Un tribunal especial de Barcelona les condenó a ser deportados a una colonia penal en Guinea Ecuatorial, incluyendo a los líderes Buenaventura Durruti, Tomás Cano Ruiz y a los hermanos Ascaso⁴³. Acompañados de otros cenetistas, fueron trasladados el 23 de enero al buque vapor *Buenos Aires*. La noticia de que iban a ser deportados desató la ira de los órganos de expresión libertarios. El día 26 había más de doscientos detenidos en el buque. Un centenar inició el 28 una huelga de hambre y redactaron unos días después un comunicado en el que denunciaban su indefensión. El buque zarpó, finalmente, el 10 de febrero del puerto de Barcelona con 104 presos a bordo. Tras recoger a otros en Cádiz, el barco pasó por Canarias, Fernando Poo y llegó a Villa Cisneros el 3 de abril. Algunos presos enfermaron de gravedad, uno de ellos murió y otros fueron liberados en el trayecto⁴⁴.

El 11 de febrero tres diputados radical-socialistas interpellaron al Gobierno en el Congreso acerca de la aplicación de la Ley de Defensa de la República sobre este último asunto que hemos mencionado. En palabras del diputado Ramón Franco «un acto inicuo, desconocido bajo la monarquía o la dictadura». Casares Quiroga, ministro de Gobernación, replicó que «la República se había enfrentado a una grave amenaza revolucionaria», de ahí la contundencia con que se había actuado. Por su parte, el diputado Balbontín preguntó al ministro sobre los motivos que le habían llevado para realizar una medida tan grave. Protestó que la Ley de Defensa de la República iba en contra de la Constitución, cuyos artículos 1.º y 2.º prohibían las deportaciones. Concluyó diciendo que, en su opinión, la Ley sólo atacaba a los republicanos y nunca a las derechas.

Este momento fue aprovechado por el diputado Barriobero para exclamar «¡es que esto no es ley; es una tiranía!» A partir de ahí, varios diputados, entre quienes se hallaban Soriano, Sediles, Franco, Jiménez y Gomáriz, vociferaron, sin dejar hablar al ministro de la Gobernación. Este se ciñó a indicar que lamentaba la medida y que comprendía que no agradase a los diputados que tenían el mismo ideario que los deportados⁴⁵.

El asunto adquirió tanta relevancia que, durante la semana siguiente, todavía fue objeto de debate parlamentario. En este sentido, en la sesión del 17 de febrero, el diputado Layret advirtió al ministro de la Gobernación sobre la conveniencia de que se diesen a la opinión pública toda clase de explicaciones respecto a las garantías tomadas para ordenar las deportaciones. En su opinión, había fundadas razones para temer que los atestados policiales no fuesen lo

⁴² *Heraldo de Madrid*, año XLII, núm. 14344 del 21 de enero de 1932, p. 9.

⁴³ Stanley PAYNE, *La primera democracia española...*, cit., p. 98; Octavio RUIZ-MANJÓN CABEZA, *La Segunda República y la Guerra*, Madrid, 1990, p. 121; ÁLVAREZ TARDIO, VILLA GARCÍA, *El precio de la exclusión...*, cit., p. 226.

⁴⁴ CASANOVA, *República y guerra civil*, cit., pp. 67 y 68.

⁴⁵ *Heraldo de Madrid*, año XLII, núm. 14361 de 10 de febrero de 1932, p. 14.

suficientemente veraces para tomar una medida de esta índole. Dijo que eran imprescindibles esas explicaciones porque, de lo contrario y ante la eventualidad de que acaeciese la muerte de alguno de los deportados, en vez de calmarse los ánimos provocarían justo lo contrario.

Por su parte, el diputado Guerra del Río denunció que uno de los deportados, Bruno Lladó, le había enviado una carta donde informaba que había estado incomunicado, que se le llevó a la Jefatura de Policía y que, desde allí, marchó al barco, sin darle tiempo a ejercer el recurso de apelación previsto en la Ley de Defensa de la República. Sólo cuando estaba en el barco, le comunicaron que estaba incurso en el supuesto recogido en el párrafo 7.º de la norma y que en Cádiz le autorizaron a interponer el recurso, pero que no pudo por haberse superado el plazo de las veinticuatro horas que señala la ley⁴⁶.

Simultáneamente, la censura de la prensa se había endurecido tanto que el 19 de febrero Royo Villanova, Unamuno y otros solicitaron en las Cortes que el Gobierno volviera sencillamente a la aplicación estricta de la vieja Ley de Prensa liberal monárquica de 1883, que ofrecía sólo algunas garantías contra el afán incendiario y la difamación, pero dejaba más libertad que el nuevo régimen republicano. Azaña dijo que el régimen a que estaba sometida la prensa era de absoluta libertad. «La responsabilidad quiere decir que el escritor o el periodista que incurra en algunos de los actos que la Ley de Defensa de la República prescribe como punibles sufra las consecuencias. De todas las sanciones que se han impuesto a los periódicos, ni una sola procede de injurias, ni de calumnias, ni de ataques al Gobierno o a los ministros». Finalizó el debate Gil Robles quien se lamentaba de que en toda ley de defensa existía un sistema de recursos judiciales, cosa que no sucedía con la Ley de Defensa de la República y concluyó «si con estas persecuciones se nos quiere poner fuera de la ley nada conseguirán porque actuaremos dentro de ella»⁴⁷.

Ya en el verano, concretamente en la sesión de las Cortes de 8 de julio, el diputado Franco defendió una proposición incidental pidiendo que se diesen por terminadas las deportaciones que venían cumpliendo algunos obreros o, al menos, que se indicase el tiempo que durarían. Aseguró que de los deportados en Villa Cisneros, contra más de cuarenta no se había probado cargo alguno. Leyó datos sobre algunos casos particulares, de los cuales resultaba que se había deportado a individuos que, al ocurrir los hechos, estaban en otro lugar, incluso encarcelados. En cualquier caso, solicitó que se trasladase a los deportados a un lugar más salubre que Villa Cisneros.

El ministro le informó que, en próximas fechas, llegarían a la Península treinta y cinco de los deportados y que en agosto lo harían otros dieciocho. De esta forma, tan sólo restaban once, entre quienes estaban Ascaso, Durruti y Prieto. Para ellos, el Gobierno no había determinado tiempo de deportación, en atención a su elevada peligrosidad. A esto se opuso el diputado Guerra del Río, quien, en nombre de la minoría radical, no podía estar conforme con la interpretación que el Gobierno dio a la Ley de Defensa de la República, en el sentido de

⁴⁶ *Luz. Diario de la República*, año I, núm. 36, de 17 de febrero de 1932, p. 11.

⁴⁷ *Heraldo de Madrid*, año XLII, núm. 14370, de 20 de febrero de 1932, p. 9.

que no era aceptable que el tiempo que hubiese de durar las deportaciones no se fijase de antemano y dependiese tan sólo de la discrecionalidad del ministro. Agregó que la Ley de Defensa de la República tenía de vigencia, como máximo, el tiempo que durasen las Cortes. Por eso, preguntó «¿qué medios ha adoptado el Gobierno para su sucesor, en el caso de que hubiera que cerrar las Cortes?». Terminó refiriéndose a la proposición de Ossorio sobre la necesidad de presentar en la Cámara un proyecto de ley de orden público, aplicable a los individuos que fueran verdaderamente peligrosos para la República.

El ministro cerró el debate aseverando que «precisamente en interés de la República no puede autorizar con fecha fija el regreso a Barcelona de Ascaso, Durruti y los directores del pistolero catalán»⁴⁸.

Pocos días después, él mismo dio cuenta en la sesión del Consejo de 21 de julio de los informes de la Dirección General de Seguridad, donde revelaban la existencia de un movimiento revolucionario, anarquista y sindicalista, con la colaboración de algunos individuos de derecha. Los ministros preguntaron a Casares qué se proponía hacer y qué necesitaba para impedirlo. Contestó que su propósito era hacerlo abortar, para evitar el escándalo de nuevas algaradas y que solicitaba autorización para aplicar la de Defensa de la República.

Todos los ministros fueron opinando y aceptaron, salvo uno, que se emplease la ley de Defensa. Estaban decididos a que se procediese con rapidez y energía para ahogar en su origen el movimiento. La oposición fue protagonizada por Franchy, quien se encargó de recordar que, para entrar en el Gobierno, él y sus compañeros pusieron la condición de que no se aplicase la Ley de Defensa y si ahora se aplicaba, se le ponía en una delicada situación, de la que no podía salir más que dimitiendo⁴⁹.

Al mes siguiente, fue cerrada prácticamente toda la prensa de derechas (133 publicaciones entre diarios y revistas) e impuesta la censura previa a las agencias informativas, tras el fallido golpe militar de Sanjurjo⁵⁰.

Como es sabido, este general logró contar con el apoyo de la guarnición militar y las unidades de la Guardia Civil en Sevilla, donde declaró el estado de guerra y publicó un manifiesto en el que anunciaba una dictadura, aunque no la restauración de la Monarquía alfoncina. No obstante, fuera de la capital andaluza nadie se sumó al golpe, lo que le obligó a huir de la ciudad. Fue detenido en Huelva cuando intentaba atravesar la frontera portuguesa. Al ministro de la Gobernación le llegaron telegramas de muchas ciudades y pueblos pidiendo ejemplar castigo para Sanjurjo e, incluso, la aplicación de la pena de muerte. Azaña, por el contrario, consideró que lo más oportuno era no convertir a Sanjurjo en un mártir. Por eso, tras ser condenado a muerte, la pena fue conmutada por cadena perpetua, pese a que el ministro de la Gobernación se opuso porque pensaba que el indulto podía transmitir una imagen de debilidad del Gobierno. El castigo para los militares, los aristócratas y los simpatizantes de extrema

⁴⁸ Luz, *Diario de la República*, año I, núm. 158, de 8 de julio de 1932, p. 11.

⁴⁹ Manuel AZAÑA, *Diarios completos*, p. 910.

⁵⁰ Concha LANGA NUÑO, *De cómo se improvisó el franquismo durante la Guerra Civil: la aportación del ABC de Sevilla*, Sevilla, 2007, p. 52

derecha que habían participado en la sublevación fue severo. En concreto, varios centenares de militares fueron destituidos por su intervención o complicidad y un elevado número fue deportado a Villa Cisneros, como se había hecho con los anarquistas unos meses antes⁵¹.

Ese frustrado golpe de Estado fue aprovechado para iniciar una tajante depuración en la Administración pública, con purga de derechistas y monárquicos, sustituidos por izquierdistas en diversos sectores como la diplomacia o el profesorado⁵².

En lo atinente a la Justicia, el ministro Albornoz envió una circular a todos los funcionarios judiciales y fiscales sobre la aplicación de la ley en los siguientes términos: «La República, como todo régimen, ha menester de la escrupulosa fidelidad de los guardadores de sus instituciones y leyes; no solicita del funcionario que ha de aplicarla y vigilar por su respeto, sometimiento al caprichoso arbitrio individual de las autoridades supremas [...] Los magistrados, jueces y fiscales cuya posición de conciencia no les permita esta actitud de eficacia y decidido apoyo a la nueva legalidad, facilitarían la serena renovación del órgano judicial, si espontáneamente solicitasen su separación»⁵³. Eso se tradujo en la jubilación forzosa de más de cien jueces y fiscales.

Con el paso del tiempo, el malestar por las consecuencias que acarrea la aplicación de ley no hizo sino amplificarse. El 29 de marzo de 1933, Gil Robles presentó en la Cámara una proposición no de ley solicitando que, durante la próxima campaña electoral para las municipales, se derogase la vigencia de la ley. Subrayó que la expresada proposición incidental estaba firmada por diputados de distintas tendencias. En su opinión, las inminentes elecciones tenían repercusión en la política general de toda España y el Gobierno debía garantizar el correcto ejercicio de los derechos de los ciudadanos. A pesar de todo, tenía serias sospechas de que las elecciones iban a celebrarse en condiciones tales que hacían pensar que la libertad del cuerpo electoral no sería respetada. En esos momentos de tanta convulsión, no era difícil que hubiese partidos que manipulasen a las masas a favor del Gobierno, sobre todo porque la Ley de Defensa de la República confería al Gobierno la posibilidad de imponer medidas excepcionales. El mero hecho de existir la ley era bastante para pensar que el día de las elecciones no habría plena libertad para los ciudadanos.

Azaña le respondió que el Gobierno no mantendría la vigencia de la ley excepcional más que por exigencias del régimen y hasta que la Cámara otorgase al Gobierno las medidas suficientes para defender a la República. Además, la Ley de Defensa de la República no tenía nada que ver con la propaganda electoral. Aseveró que se podía libremente exponer programas, dirigir ataques al Gobierno, etc. porque estas propagandas estaban garantizadas por las leyes vigentes. «El Gobierno está decidido a que estas elecciones, importantes o no, con efectos o sin efectos políticos, que pueda sacar el Gobierno, se hagan con el

⁵¹ CASANOVA, *República y guerra civil...*, cit., pp. 89 y 90.

⁵² MOA, *Los personajes...*, cit., p. 260.

⁵³ *Revista de Tribunales de 1932*, p. 639; LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española: Organización judicial*, 1970, vol. I, p. 751.

máximo respeto para todos, no solamente por los agentes del Gobierno, sino también por los grupos políticos contendientes. Ninguna bandera, sea ésta la que fuere, podrá coartar la libertad del sufragio. Esta no tiene nada que ver con la Ley de Defensa de la República». Finalmente, la proposición fue rechazada por 132 votos contra 87⁵⁴.

Pocas semanas después, tenemos constancia de que la ley seguía aplicándose con toda contundencia. En este sentido, podemos referirnos al caso acaecido en Madrid, donde fue detenido en un bar un tal Manuel Lahoz, que llevaba consigo una pistola y mil pesetas. El juez Luis Amado lo tuvo detenido durante setenta y dos horas y luego lo dejó en libertad provisional sin fianza, tras acusarle de posesión ilegal de armas. Casares Quiroga, invocando la Ley de Defensa de la República, suspendió por dos meses al juez por negligencia, al no exigir fianza a ese pistolero. El Colegio de Abogados consideró el hecho de modo muy distinto y protestó formalmente por la interferencia del ministro en la independencia del poder judicial⁵⁵.

4. DEROGACIÓN DE LA LEY DE DEFENSA DE LA REPÚBLICA Y SUSTITUCIÓN POR LA DE ORDEN PÚBLICO

Durante ese año de 1933, el Gobierno tuvo que someterse a una remodelación debida a las permanentes discrepancias entre sus componentes y más específicamente a la enfermedad de Jaime Carner, ministro de Hacienda, quien padeció cáncer de garganta. Este hecho provocó que el mismo Azaña se viese obligado a encargarse de la supervisión del ministerio desde el 24 de febrero. Situación que, como es obvio, no podía perdurar mucho tiempo. Por esa razón, Azaña propuso a Alcalá Zamora el nombramiento de un nuevo ministro de Hacienda. Sin embargo, Alcalá Zamora entendía que la cuestión no debía quedar ceñida a la sustitución de un hombre por otro, sino que era de mayor envergadura. Estimaba que lo verdaderamente importante eran las desavenencias entre los socios de Gobierno y, por ello, ya había celebrado conversaciones con dirigentes de grupos políticos republicanos más moderados, que permitieran la formación de una coalición más conservadora que pudiera sustituir a la actual, encabezada por Azaña.

La mayoría de los líderes políticos con que se entrevistó le recomendó que buscarse un mayor equilibrio de la coalición existente, inclinándola algo más hacia la derecha. Todos eran conscientes de que, por entonces, aparte de Azaña, los otros dos únicos jefes de partido con una posibilidad real de formar gobierno eran Prieto, de los socialistas, y Marcelino Domingo, de los radical-socialistas. En el caso de Prieto, Alcalá Zamora expresó que contaba con el Partido Radical para formar una coalición equilibrada, pero la comisión ejecutiva socialista y su grupo parlamentario vetaron cualquier negociación con los radicales, no dejando otra

⁵⁴ Luz. *Diario de la República*, año II, núm. 384, de 29 de marzo de 1933, p. 11; PEÑA GONZÁLEZ, *El único estadista...*, cit., p. 122.

⁵⁵ Gabriel JACKSON, *La República española y la Guerra Civil*, Barcelona, 2009, p. 106.

alternativa que la continuación de Azaña, quien dio a conocer su nuevo gabinete el 13 de junio, en el que entró el Partido Republicano Federal, al ser nombrado uno de sus dirigentes, José Franchy Roca, como nuevo ministro de Industria y Comercio. El precio que puso el Partido Republicano Federal por su integración en el Ejecutivo fue la extinción de la Ley de Defensa de la República⁵⁶.

Concretamente, se presentó por parte del diputado Sediles una proposición incidental por la que se pedía al Congreso que admitiese un proyecto de ley en el que se decretase la derogación inmediata de la Ley de Defensa de la República⁵⁷.

Asimismo, la minoría federal exigió a su ministro que plantease en el próximo Consejo de una manera clara la cuestión de la derogación de la Ley de Defensa de la República. Reivindicaban que el Consejo de Ministros hiciese una declaración oficial o bien que fuese el jefe del Gobierno, quien, desde la Cámara, prometiese solemnemente que se iba a derogar lo antes posible la Ley de Defensa de la República y, hasta tanto no se derogase, no se aplicaría en ningún caso⁵⁸.

La presión federal dio como resultado que el jefe del Gobierno leyese en la Cámara, durante la sesión del 3 de agosto, un proyecto de ley por el que se derogaba la de Defensa de la República, como así se hizo en el transcurso de la tarde del siguiente día⁵⁹, y que se sustituyese por la de Orden Público. Esta abarcaba muchas de las disposiciones de la antigua Ley de Defensa de la República, pero de un modo más cualificado.

La nueva ley definió tres estados diferentes de excepción legal. El primero, denominado «estado de prevención», podía ser impuesto por un máximo de sesenta días, sin suspender las garantías constitucionales y ofrecía más semejanzas con la ley de 1867, durante la fase más represiva del régimen isabelino y con la de la dictadura, que con las normas jurídicas de la monarquía constitucional. Le permitía al gobierno prohibir reuniones y publicaciones e intervenir en el comercio y la industria.

La segunda categoría, «el estado de alarma» que podía ser declarado por el Consejo de Ministros siempre que lo exigiera la «seguridad del Estado» y le autorizaba para detener a personas, entrar en domicilios particulares e imponer el exilio temporal a una distancia hasta de 250 kilómetros del lugar de residencia.

⁵⁶ Tomás GISMERA VELASCO, *El vuelo de cuatro vientos. La última Hazaña*, Madrid, 2008, p. 145. Estas fueron las palabras de Franchy Roca: «aceptamos formar parte del Gobierno, con la condición de que no se aplique la Ley de Defensa de la República y si se me lo permite con dos ruegos: el primero que no se sea un socialista quien ocupe el ministerio de Trabajo, el segundo que se liberalice la Ley de Orden Público». Azaña le respondió: «lo de la cartera de Trabajo no puede ser y tampoco pueden pedirme nada acerca de la Ley de Orden Público, está dictaminada por la Comisión. En cuanto a la Ley de Defensa de la República no hay inconveniente en suspender su uso, hay otras que la pueden suplir».

⁵⁷ *Luz. Diario de la República*, de 27 de julio de 1933, p. 13.

⁵⁸ *Luz. Diario de la República*, de 29 de julio de 1933, p. 11.

⁵⁹ El texto de la Ley derogatoria de la de Defensa de la República decía así: «De conformidad con el Consejo de Ministros y a propuesta de su presidente, vengo en autorizarle para presentar a las Cortes el adjunto proyecto de Ley derogando la de 21 de octubre de 1931. Dado en San Ildefonso (La Granja) a 28 de julio de 1933. Niceto Alcalá Zamora». El proyecto decía escuetamente: «Artículo único. Se deroga la Ley de 21 de octubre de 1931. Manuel Azaña»; *Luz. Diario de la República* de 4 de agosto de 1933, p. 2.

La tercera era el «estado de guerra» o de ley marcial, durante el cual el mando pasaba a manos de los militares sin la estipulación de formar «consejos de guerra» conjuntos de civiles y jefes militares, como ocurría en la legislación de la monarquía constitucional. Además, la Ley de Orden Público autorizaba la formación de tribunales de emergencia, compuestos por jueces provinciales facultados para tratar sumariamente todos los delitos contra el orden público cometidos bajo los estados de prevención y alarma⁶⁰.

Sin embargo, las cosas apenas cambiaron. El asedio constante al que las organizaciones anarquistas sometieron a la República forzó a sus gobiernos a responder con dureza, debilitando su posición ante las masas populares a las que pretendía favorecer, tornando más dificultosa la aplicación de las reformas que promovía y ofreciendo a la oposición un valioso argumento para combatirlos⁶¹.

Por tanto, no se apaciguaron los ánimos de los anarcosindicalistas ni de los socialistas más extremistas, aunque los más moderados de ambas formaciones y los republicanos se sintieron más cómodos con una legislación más democrática⁶².

Aquel verano la situación política se hizo cada vez más tensa. La desconfianza de los empresarios, la restricción de créditos por los bancos, la baja de los mercados agrícolas y la crisis económica mundial contribuyeron a agravar la situación y el paro forzoso⁶³, aunque esa es una cuestión que rebasa los objetivos que nos hemos trazado en estas líneas.

MIGUEL PINO ABAD

⁶⁰ BALLBÉ, *Orden público...*, cit., pp. 359-363; Payne, *La primera democracia...*, cit., pp. 163 y 164; JACKSON, *La República española...*, cit., p. 184.

⁶¹ Luis E. IÑIGO FERNÁNDEZ, *Breve Historia de la Segunda República española*, Madrid, 2010, p. 187.

⁶² MUÑOZ, *Reflexiones...*, cit., p. 150.

⁶³ Manuel TUÑÓN DE LARA, *La España del siglo xx*, Madrid, 2000, vol. I, p. 356.



DOCUMENTOS



Ordenanzas de un lugar de señorío: Cepeda

Cepeda es en la actualidad un pequeño municipio de la provincia de Salamanca, de poco más de 400 habitantes, que dista de la capital 96 km y forma parte del partido judicial de Béjar.

Hasta comienzos del siglo XIX era una villa de señorío perteneciente al conde de Miranda del Castañar ¹. El citado condado de Miranda de Castañar es un título nobiliario concedido por Enrique IV en 1457 a Diego López de Zúñiga ², fallecido en 1481, condestable de Castilla, señor de Puebla de Santiago del Campo de Arañuelo y Candeleda, y alcalde mayor de Murcia.

Desde ese año y hasta la actualidad se han sucedido diecinueve titulares de este condado. A finales del siglo XVI la titularidad recayó, a falta de herederos varones, en María de Zúñiga Avellaneda y Bazán, sexta condesa de Miranda del Castañar, quien contrajo matrimonio con su tío Juan López de Zúñiga y Avella-

¹ Aparece como tal en la obra de Floridablanca a fines del siglo XVIII. En concreto, en *España dividida en Provincias e Intendencias, y subdividida en Partidos, Corregimientos, Alcaldías Mayores, Gobiernos Políticos y Militares, así Realengos como de Órdenes, Abadengo y Señorío*, obra formada por las relaciones originales de los respectivos Intendentes del Reyno, a quienes se pidieron de orden de S. M. por el Excmo. Sr. Conde de Floridablanca, y su Ministerio de Estado en 22 de marzo de 1785, Imprenta Real, 1789, figura Cepeda como villa eximida dentro del partido de Miranda, perteneciente al conde de Miranda (junto con Las Casas del Conde, Moga-rraz, Monforte y Sequeros), mientras que en *Nomenclator (ó Diccionario de las ciudades, villas, lugares, aldeas, granjas, cotos redondos, cortijos y despoblados de España, y sus islas adyacentes: con expresión de la provincia, partido y término a que pertenecen, y la clase de justicias que hay en ellas*, formado por las relaciones originales de los Intendentes de las provincias del Reyno, a quienes se pidieron de orden de S. M. por el Exmo Sr. Conde de Floridablanca, y su Ministerio de Estado, en 22 de marzo de 1785, se dice: Cepeda V.S.S. (villa de señoría secular). En la provincia de Salamanca. A.O. (alcalde ordinario). Eximida. Se ha consultado la edición recogida en ARTOLA, M., *España dividida en provincias e Intendencias*, Madrid, 2001, vol. 1, p. 459 y vol. 2, p. 173.

² Ya estaba vinculado a Miranda con anterioridad, pues estaba casado con Aldonza de Avellaneda, señora de la villa desde 1443 (ÁLVAREZ VILLAR, J., *La villa condal de Miranda del Castañar*, 4.ª ed. Salamanca, 1995, p. 38).

neda, primer duque de Peñaranda de Duero, pasando, por tanto, el condado a integrarse como un título más en la citada casa ducal. Posteriormente, en el siglo XIX, la XVII condesa de Miranda y XII duquesa de Peñaranda, María Francisca de Sales Palafox Portocarrero, contrajo matrimonio con el XV duque de Alba, Jacobo Luis Fitz James Stuart, por lo que el condado quedó incorporado en la casa de Alba donde permanece hasta hoy, siendo su titular María del Rosario Cayetana Fitz James Stuart y Silva.

Las ordenanzas que a continuación publicamos se contienen en la Sección de Pergaminos, legajo 52, número 9 del Archivo de la Chancillería de Valladolid.

No sabemos de qué año datan ni por quién fueron concedidas. Se intuye que estos datos los podríamos conocer de ser legibles los folios 13v y 14r de este pergamino, en los que se avista el nombre del conde de Miranda. Por tanto, suponemos que ocurrió como en todos los lugares de señorío, en los que eran los titulares de los mismos los que se encargaban de aprobar y confirmar sus ordenanzas, y ordenar a sus justicias y concejos que las guardasen y cumpliesen.

Al final, en los folios 14v y 15r, se recoge una modificación o adición de un capítulo concreto de las ordenanzas, que fue acordado en la fecha de 19 de junio de 1575 por los vecinos del pueblo, reunidos todos, o la mayoría, a campana tañida como era costumbre. Y en este caso sí aparece recogida al final la aprobación y confirmación de este acuerdo con fecha ilegible por el licenciado Luis Rodríguez, alcalde mayor en los estados del conde de Miranda, quien, además, manda a los oficiales del concejo que lo guarden y cumplan bajo la amenaza, en caso contrario, de la imposición de una pena pecuniaria de diez mil maravedís para la Cámara del señor.

En todo caso, podemos incluirlas dentro de las numerosas ordenanzas que desde fines del siglo XV y a lo largo del XVI se aprueban o confirman, no solo en el realengo, sino en diversos lugares de señorío³.

³ Como las ordenanzas de Ezcaray de 1465, aunque el texto es un traslado y copia de 1501, concedidas por el señor Pedro Manrique y Ladrón de Leyba [LONGAS BARTIBAS, P., «Ordenanzas municipales de Ezcaray», en *AHDE*, XXX (1961), pp. 465 y ss.]; las de Piedrahita, confirmadas por su señor el duque de Alba en 1499 (INFANTE MIGUEL-MOTTA, J., «Aportación al estudio de las haciendas de los concejos castellanos en las ordenanzas municipales durante el tardofeudalismo», en *Estudis*, 19, Valencia, 1993, p. 202); las otorgadas a Villatoro en 1503 por el señor Fernán Gómez Dávila (BLASCO, R., «Ordenanzas municipales de Villatoro (Ávila)», en *AHDE*, X (1933), pp. 391-434); las concedidas a La Alberca y sus términos, pertenecientes al señorío del duque de Alba, en septiembre de 1515, aunque el texto manuscrito es una copia de 1668 (BERROGAIN, G., «Ordenanzas de La Alberca y sus términos Las Hurdes y Las Batuecas», en *AHDE*, VI (1930), pp. 381 y ss); las de Candelario, aprobadas por el municipio en 1480 y confirmadas en 1533 por el duque don Álvaro de Estúñiga, señor de este lugar (INFANTE, *Aportación al estudio de las haciendas de los concejos castellanos en las ordenanzas municipales...*, p. 202); las concedidas a Santo Domingo de Silos en 1536 por el condestable D. Pedro Fernández de Velasco, primer señor laico de la villa (FRANCO SILVA, A., «Santo Domingo de Silos a fines de la Edad Media. Una villa burgalesa y sus ordenanzas municipales», en *AEM*, 22 (1992), pp. 247-274); las otorgadas a Montejaque y Benaoján por Luis de Guzmán, conde de Teba, en 1540 (PÉREZ BOYERO, E., «Las ordenanzas de Montejaque y Benaoján, un señorío de la serranía de Ronda», en *H.I.D.*, 22 (1995), pp. 431-462); las ordenanzas de Ojacastro, perteneciente al condestable de Castilla, de 1562,

Son unas ordenanzas incompletas. Carecen de encabezamiento y están compuestas por una sucesión de capítulos comprendidos en los folios 1r a 13r y que aparecen originariamente sin numeración (aunque la he incluido para sistematizarlas y facilitar el manejo de los capítulos). Son ilegibles, como hemos indicado, los folios 13v y 14r, en los que parece que está contenida la aprobación y confirmación del conde de Miranda. Y, por último, en los folios 14v y 15r se contiene el acuerdo al que nos hemos referido anteriormente.

Dentro del *corpus* de estas ordenanzas aparecen unas rúbricas: Ordenanza de la dehesa dela yerva / Exido y baldarruila / Ordenanzas delas colmenas / Ordenanza del castañal delos jurados / Ordenanza del aguamanil / y Ordenanza de las cercanías, que sirven para acotar las materias que en los capítulos inmediatamente siguientes se refieren.

Son unas ordenanzas deslavazadas, sin orden claro en cuanto a los asuntos que tratan, por lo que se puede decir que carecen de orden sistemático. Con frecuencia los capítulos relativos a una cuestión concreta aparecen desperdigados a lo largo de todo el *corpus* sin unidad ⁴. Además, hay temas que se repiten en varias ocasiones, por lo que se puede pensar que estas ordenanzas en buena medida, como sucede en muchas ocasiones, son el resultado de haber reunido o recopilado otras antiguas ya existentes.

Las materias reguladas por estas ordenanzas se refieren principalmente, como suele ser habitual en otras semejantes, a cuestiones relacionadas con los pastos, los bosques y montes y el ganado, todas ellas fundamentales para desarrollo económico de la villa y para el sustento y abastecimiento de la población. La regulación de la explotación, conservación y protección de los lugares comunes, como la llamada dehesa de la hierba, los bosques y montes (la tala de árboles, fundamentalmente castaños, la corta de leña, los injertos, etc.), que sirven para obtener leña y para guardar en invierno al ganado, el ejido, los caminos, los puentes, los pozos y fuentes que proporcionan agua para las personas y el ganado; la regulación de la venta de las mercaderías de primera necesidad, como carne y pan, y su control por los fieles o almotacenes del concejo, encargados de vigilar los pesos y medidas; la higiene de las calles, las fuentes y las casas del concejo; el desarrollo de la actividad de los tejedores; la protección de las viñas y heredades de los vecinos que tengan fruto frente a la invasión de ganados ajenos o perros; el cierre de las heredades; la regulación de las majadas y colmenas; el ganado y los rebaños; la siembra de pan, es decir, de trigo; y la prohibición de entrar ganado desde que comienza la siembra hasta la recolec-

aunque hay otras más antiguas de 1528 (INFANTE, *Aportación al estudio de las haciendas de los concejos castellanos en las ordenanzas municipales...*, p. 202); las de Béjar fueron aprobadas por el duque de Béjar en 1577 (INFANTE, *Aportación al estudio de las haciendas de los concejos castellanos en las ordenanzas municipales...*, p. 201); más tardías son las concedidas a Cabrera, ya que fueron aprobadas en 1602 por D. García de Toledo Osorio, duque de Fernandina, primogénito de Pedro de Toledo Osorio, marqués de Villafranca y gobernador de dicho estado, por ausencia de su padre (FERNÁNDEZ CUERVO, C. y TASCÓN FERNÁNDEZ, L. J., «Ordenanzas de la gobernación de Cabrera», en *AHDE*, 66 (1996), pp. 899 y ss).

⁴ Véase, por ejemplo, las cuestiones relacionadas con asuntos religiosos, que se tratan en los tres capítulos primeros, el veintisiete, el treinta, el ciento diez, el ciento catorce y el ciento quince.

ción, obligando incluso a los vecinos a delatarse unos a otros cuando conociesen a los dueños de los ganados infractores, etc., son las principales cuestiones reguladas en estas ordenanzas. Además, en la mayoría de los capítulos se fijan las multas pecuniarias que debían satisfacer los infractores en beneficio del concejo.

Para la edición de estas ordenanzas, la transcripción se ha hecho respetando, tanto ortográfica como gramaticalmente, el texto original, aunque para facilitar su lectura las abreviaturas que contienen se han resuelto incluyendo letras en cursiva. Además, se colocan entre corchetes las palabras de significado dudoso, que están borradas o son ilegibles. El inicio de cada folio se señala con // y el número de folio correspondiente. Finalmente, como antes señalé, he antepuesto una numeración a cada uno de los capítulos, también entre corchetes, para facilitar en su caso su cita y comentario.

APÉNDICE DOCUMENTAL

[1] // (fol. 1r) PRimeramente ordenamos y mandamos que de aqui adelante todos los vezinos E otras personas dequinze años arriba que se hallaren presentes quando se lleuare el Santissimo Sacramento a algun enfermo sean obligados alo acompañar fasta casa del enfermo y de casa del enfermo fasta la iglesia sopena de un Real para el conçejo.

[2] Otrosi ordenamos y mandamos que ningun vezino deste lugar no sea osado a enalbardar ninguna bestia ni hazer ningun offiçio en domingo ni en dia de *nuestra* Señora ni en dia de apostol ni en otros dias que la iglesia manda guardar sopena de çient *maravedis* por cada una vez para el dicho conçejo exçepto si fuere para yr a alguna boda o desposorio o para yr por algun enfermo.

[3] Otrosi ordenamos e mandamos que ningun vezino no sea osado de yr a segar yerua ni a Requerir fruta ni a guiar ninguna agua a ninguna heredad antes de missa en los dias contenidos en la ordenança antes desta sopena de çient *maravedis* para el dicho conçejo.

Ordenança dela dehesa dela yerua

[4] La mojonera es esta delas passaderas del huerto de pero gonçalo al cosso todo el camino que va a dar a Sanpedro toda la dehesa adelante por el camino que lleuan los del alberca y la vereda adelante a dar por la dehesa del madroñal a dar enel arroyo que esta desta parte de Sanpedro ataraçando ansi por derecho a dar al otro arroyo E de alli a dar al castaño de hoja amarilla y todo el camino adelante a dar al arroyo delos prados y dende a dar ala tapia por una vereda que va a dar a un huerto que es de antón alonso junto con la majada delas colmenas E a dar al huerto de antón gil por el hondonado del dicho huerto y en esto entra todo el Roço todo lo susodicho es dehesa de yerva para las bestias delos vezinos deste lugar de çepeda porque el conçejo tiene preuilegios antiguos desta dehesa. y desde el dia *que* el conçejo echare los puercos ala dehesa fasta el dia de Sant andres que ningun puerco caya en pena en la dicha dehesa de yerua ni dende en adelante fasta el primero dia de março E dende en un año y dende en adelante caya cada puerco en pena de dos *maravedis* y cabra y oueja otros dos *maravedis* y siendo piara de sesenta Reses arriba pene çient *maravedis* y el buey y vaca pene cada vez veinte *maravedis* y de noche la pena doblada.

[5] // (fol. 1v) Otro si ordenamos y mandamos que ningun vezino de fuera parte no sea osado de meter vino ninguno en este lugar ni andar por *nuestra* dehesa desde el día de San Çebrian fasta el día de Sant andres ni arrastrar madera porel Roço sopena de çient maravedis la mitad para el conçejo E la mitad para los arrendadores esto se entien-de en ningun tiempo sin merçed del conçejo.

[6] Otro si ordenamos y mandamos que todos *nuestros* cotos *que* es el Roço y la dehesa de yerua y la mata del Rincón con todo lo que esta arrimado a ella que se suele guardar con las mata los Saozes E la mata los Rabiles y el Regato tras la viña conla mata dela fuente delas eras que ninguno sea osado a cortar Roble ninguno grande ni pequeño sin merçed del conçejo y el que lo contrario hiziere pene por el Roble de marco çient *maravedis* y de marco abaxo sesenta *maravedis* y el que açernadar o socarrar qualquiera delo suso dicho pene çient *maravedis* para este conçejo y sobre esto puedan hazer los officiales pesquisa y delo que el conçejo alcançare primero en tal caso las guardas del montalgo no ayan nada.

[7] Otro si ordenamos y mandamos *que* ninguno sea osado de cortar ni açernadar ni sorrasear ningun alcornoque ni enzina sopena de çient *maravedis* para el conçejo.

[8] Otro si ordenamos y mandamos que enel Regajo dela mata delos Rabiles con todo el castañar y el Regajo delos Saozes con el de fuente nouena y el Regajo dela manga con todos los dela corraliza con el Regajo dela fuente marimiculas con los dela cana-leja y del castañar del manso con todos los dela dehesilla con el Regajo tras la viña conel exido delas Eras como se dize con el empajo por alRededor de Sant marcos conel Roço y el coso y con todos los Regajos del exido a dar enel dela puente mellado conel Regajo dela castañera *que* ningun vezino deste lugar ni de fuera parte nosea osado de arrancar ningun terron ni cauar en ningun Regajo delo dichos sopena *que* por cada uno pene cient *maravedis* para el conçejo y seis *maravedis* para los arrendadores.

[9] Otrosi ordenamos y mandamos que todas las bestias y ganados que entren en qualquiera heredad deste lugar exçepto enla dehesilla que tiene el conçejo una sentençia que habla sobre ello y los huertos delos y los huertos de muño perro y los huertos detras la tapia y los huertos // (fol. 2r) delos prados que estos se han de defender por çierro que en todas las otras heredades deste lugar no entre ningun ganado en ellas desde el prime-ro domingo de março fasta le dia de Sant miguel de Setiembre sopena *que* el buey o vaca pene veinte *maravedis* y de noche la pena doblada. el mulo diez *maravedis*. el asno çinco *maravedis*. Las Reses menudas a dos *maravedis* y de sesenta Reses arriba pene çient *maravedis* y en las heredades que tuieren fruto penen la dicha pena en todo el año y donde no huuiere fruto penen la mitad desta pena arriba dicha en todo el año.

[10] Otro si ordenamos y mandamos que todos los vezinos deste lugar casados el primero domingo de março los jurados sean obligados a les tomar juramento y ellos a jurar que declararan todos los ganados que hallaren haziendo daño en las heredades deste lugar y lo declararan al escriuano del conçejo para que lo escriua y el que lo con-trario hiziere que le sea acusado el juramento.

[11] Otro si ordenamos y mandamos que adonde quiera que huuiere pan sembrado o çenteno o ceuada o hortaliza que todo el año como dicho es sean obligados a escreuir E declarar en la manera suso dicha en *que* manera se haze el daño o que ganado hizo el dicho daño E cuyo era como la ordenança antes desta lo declara.

[12] Otro si ordenamos y mandamos que los officiales que aora son o fueren de aqui adelante sean obligados a yr en su año tres vezes a adobar los caminos y el vezino que enel lugar se hallare y no fuere alla pene diez *maravedis* y el que no se hallare enel lugar pene çinco *maravedis* E que ninguno cumpla con embiar a su muger ni a moça y las mugeres biudas que tuvieren moços o hijos sean obligadas alo mesmo. y el que fuere a adobar estos caminos o fuentes o puentes o Repodos o a otras cosas que el conçejo

fuere a hazer *que* todos los vezinos que fueren a lo suso dicho sean obligados cada uno a trabajar honesta mente so pena de beinte *maravedis* para este conçejo y todavía sea obligado a trabajar E yr donde el conçejo fuere sola dicha pena E la muger biuda que no tuviere hijo o moço sea obligada a yr por su persona y esta pena Sea luego executada.

[13] // (fol. 2v) Otro si ordenamos que los quadrilleros que aora son o fueren de aquí adelante que el conçejo pusiere sean obligados a [monir] sus quadrillas E a yr con ellas donde los offiçiales le mandaren y dar cuenta dellas y ver quien trabaja y dar por escrito a los que no fueren para *que* el conçejo execute la pena arriba dicha sopena de un Real por cada vez a este conçejo.

[14] Otro si ordenamos y mandamos *que* el panadero y carniçero y tabernero y habaçero. y otros *que* alguna cosa vendieren sin los almotaçenes o fieles o les hallaren mal peso o mala medida pene cada una vez çient *maravedis* para el conçejo y seis *maravedis* para los almotaçenes. y que los fieles puedan pesar la carne al carniçero y el pan al panadero y las medidas al habaçero y tabernero tantas quantas bezes quisieren. E que ninguno pueda auenir mercaderia ninguna salvo los fieles. y si la mercaderia fuere defuera y alguno la auiniere o le hiziere preçio pene çient *maravedis* para el conçejo y seis *maravedis* para los fieles. y sino estuvieren los fieles enel lugar que un procurador o jurado las pueda conçertar. E que ninguno no venda ni consienta vender ninguna mercaderia defuera parte en su casa saluo en las carniçerías y casas de conçejo donde se presume ser plaça. con tanto que qualquier vezino de este lugar que viere que algun forastero quiere vender lo avise *que* se baya a vender alas casas de conçejo E abisandose lo y todavía porfiare el estrangero a vender en su posada o en otra casa del dicho lugar pene seis *maravedis* para los fieles. E que ningun vezino no consienta que ningun forastero venda en su casa sola dicha pena E que ningun vezino del lugar no venda en su casa ninguna mercaderia en su casa sin que primero la a pregone por el pregonero de conçejo a como y a que preçio sopena de [...] *maravedis* para el conçejo e seis *maravedis* para los fieles.

[15] Otro si ordenamos y mandamos *que* los fieles *que* el conçejo pusiere sean obligados a yr cada semana dos bezes a cotegear las pesas al carniçero y habaçero y tabernero y panadero sopena de çient *maravedis* para el conçejo.

[16] Otro si ordenamos y mandamos que ninguno eche agua por ninguna ventana ala calle del conçejo sin *que* primero diga tres vezes agua va. E si lo contrario hiziere pene por cada vez çient *maravedis* para el conçejo y seis *maravedis* para los fieles.

[17] // (fol. 3r) Otro si ordenamos y mandamos que los offiçiales sean obligaos a yr a ver los agrauios en su año una vez exçepto si el conçejo les hiziere merçed que no los vayan a ver sopena de çient *maravedis* para este conçejo.

[18] Otro si ordenamos y mandamos que qualquier ganado que entrare en *nuestros* exidos ansi como ellos estan limitados segun lo dize y declara *nuestro* pribilegio qual quiera ganado que enel se fallare de fuera parte que no sea de vezino caya en pena buey o vaca de çinco *maravedis* E mulo o asno o Roçin pene tres *maravedis* E las Reses menudas cabras puercos ovejas a dos *maravedis* para el dicho conçejo. y esto se entien-de con los dela tierra.

[19] Otro si ordenamos y mandamos que ninguno sea osado de quitar la hoja de los morales exçepto alque el conçejo la vendiere sopena de çient *maravedis*.

[20] Otro si ordenamos y mandamos que qualquiera que tuviere armada obra para hazer casa o otra obra enla calle o camino del conçejo que dentro de seis meses quite o desembaraçe la calle o camino del conçejo sopena de dozientos *maravedis* para este conçejo.

[21] Otro si ordenamos y mandamos que qual quiera que batiere madera de Roble o castaño que atraesare el camino del conçejo lo [...] ve dias sopena de çient *maravedis* para este conçejo.

[22] Otro si ordenamos y mandamos que ninguno sea osado de quitar ninguna piedra de ninguna calçada del conçejo ni hazer ningun barranco ni sacar ningun barro desde lapuente delas Eras fasta la puerta de hernan perez ni tras la huerta dela de miguel sanchez ahondo el aldea sopena de çient *maravedis* para este conçejo.

[23] Otro si ordenamos y mandamos que los arrendadores que aora son o fueren de aqui adelante sean obligados a dar por escrito todas las penas que en su año alcançaren a los offiçiales para el escrivano del conçejo para que el conçejo cobre lo que ansi le conviniere delas tales penas sopena de seis *maravedis* por cada terçero dia.

[24] Otro si ordenamos y mandamos que qualquiera procurador del conçejo // (fol. 3v) que fuere que si alguna cosa le debiere El conçejo lo demande en su año E si ansi no lo hiziere que lo pierda y el conçejo no sea obligado a selo pagar y el pleito que en su año començare sea obligado a feneçerlo dandole el conçejo dineros para que lo defienda saluo si el conçejo le mandare que no lo pleytee mas. E si ansi no lo hiziere pague todo el perjuizio al conçejo con mas las costas que sobre ello se Recreçieren.

[25] Otrosi ordenamos y mandamos que qualquiera jurado sea obligado a dar cuenta delas prendas que prendaren en su año fasta treinta dias después que saliere de su offiçio y despues de passados los dichos treinta dias que no sea obligado a ello y que sean obligados los jurados a executar todas las penas caydas en su año y dar cuenta dellas al conçejo so pena de çient *maravedis* para el dicho conçejo.

[26] Otro si ordenamos y mandamos que los jurados sean obligados a oyr pleitos y hazer audiencia miércoles y biernes de cada semana una vez por la mañana y por cada vez que entre ambos los dichos jurados faltaren de oyr los dichos pleitos paguen de pena çinquenta *maravedis* la mitad para el conçejo y la mitad para el acusador. E si el uno estuviere a oyr los dichos pleitos cumpla por el otro y el vezino que emplazare a otro E no viniere a plazo pague quatro *maravedis* E con solo un fiel sele pueda executar.

[27] Otro si ordenamos y mandamos que ningun vezino sea osado de yr a vender fruta ni a caçar ni a pesçar ni yr a vender fruta a otro lugar en dia de domingo ni de *nuestra* señora ni de *nuestro* señor ni dia delos apostoles ni dia que la yglesia manda guardar sopena que por cada vez que lo contrario hiziere pene cinquenta *maravedis* de pena la mitad para el conçejo y la otra mitad para el que lo acusare E sobre esto los offiçiales puedan hazer pesquisa y entregar al conçejo.

[28] Otro si ordenamos y mandamos que quando alguno batiere algun castaño o Roble y lo que cortare quando cayere derrocare otra qual quier madera que ninguno sea osado dela deshazer ni llevarla sino que se quede para el conçejo y el que lo contrario hiziere pene çient *maravedis* para el conçejo y si el conçejo lo alcançare primero que los fieles no ayan nada della.

[29] Otro si ordenamos y mandamos que el sesmero *que* al presente es o fuere ⁵ // (fol. 4r) derecho E si alguno dellos faltare que no lleue derecho sino que se quede para que siruiere en su nombre o para el conçejo y el *que* lo contrario hiziere caya en pena de veinte *maravedis* para el conçejo y cada escançiano sea obligado a tener dos vasos y dar agua abasto alque la quisiere E que echando el conçejo dos vezes vino no se leuando el dicho conçejo en tal caso no lleuen mas de un derecho los dichos escançianos.

⁵ Aquí quizás esté perdido algún folio o estén descolocados, pues el inicio de este capítulo 29 recogido en el folio 3v que trata de los sexmeros no tiene continuidad con el comienzo del 4r que habla de los escançidores. Sí parece sin embargo tenerla con el principio del folio 6r que, como veremos, está incluido en el capítulo 51 de estas ordenanzas.

[30] Otro si ordenamos y mandamos que ninguno sea osado a jugar ningun juego en dia de fiesta desque tañeren a bisperas fasta que salgan de missa sopena de diez *maravedis* la mitad para el conçejo y la otra mitad para el acusador. y desta pena ningun procurador pueda hazer merçed ninguna sopena dela pagar de su casa.

[31] Otro si ordenamos y mandamos que qualquier ganado bacuno que se tomare en las viñas o heredades deste lugar en qual quier tiempo caya en pena de beinte *maravedis* la mitad para el conçejo y la otra mitad para el que lo traxere al corral E qual quier vezino que lo hallare sea obligado alo traer al corral para *que* el conçejo cobre la pena sopena de biente *maravedis* y el ganado que se hallare en *nuestro* enxido y termino lo traya al corral sola la dicha pena.

Exido y valdarruila

[32] Otro si ordenamos y mandamos que los que cortaren madera de castaño a quien el conçejo yçiere merçed que la corte no sea osado dela cortar sin que primero pida la merçed E la asiente primero por el escriuano de conçejo E si la cortare por el castaño mayor pene seis çientos *maravedis* por la gatera y todos los otros maderos a trezientos *maravedis* y mas pierda la madera y sila batiere por merçed la ponga para donde la pidio dentro de año y dia E sino la pusiere para donde la pidio dentro del dicho año y dia pierda la madera y *quede* para el conçejo y la madera *que* ansi cortare la cobige de teja dentro de dos años y si ansi no lo hiziere pague la pena como si la cortara sin merçed del conçejo y la madera que ansi cortare la çierre dentro de nueve dias ora la corte por alto o por baxo la çierre de manera *que* no se pazca arredrados dos pies del nasçimiento del castaño o madero y la çerradura ha de ser las estacas de castaño y el seto de otra cosa qual quiera exçepto *que* no sea descobas.

[33] // (fol. 4v) Otro si ordenamos y mandamos *que* ninguno sea osado de cortar ningun castaño aseñalado o *que* el conçejo aseñalare en todos los montes *que* no eche solas dichas penas exçepto si el conçejo lo vendiere y el *que* no çerrare los dichos castaños o maderos según *que* dicho es pasados los nueve dias caya en pena dende en adelante cada terçero dia de veinte *maravedis* para el conçejo y seis *maravedis* para los fieles por cada pie de madero o castaño.

[34] Otro si ordenamos y mandamos *que* qual quiera persona *que* cortare madero *que* donde lo cortare dexa otro *que* tenga de gordor por el nasçimiento de media vara de medir de manera *que* no dexa desçepeado el nasçimiento donde lo cortare sopena de çient *maravedis* para el conçejo E seis *maravedis* para los fieles.

[35] Otro si ordenamos y mandamos *que* el *que* cortare la tal madera de castaño lo çierre y los ha de defender por çerradura dos años enteros y en fin delos dos años los dexa muy bien çerrados sopena *que* por cada uno *que* no se hallare çerrado según dicho se pene de pena veinte *maravedis* para el conçejo y seis *maravedis* para los fieles.

[36] Otro si ordenamos y mandamos *que* los arrendadores *que* agora son o fueren de aquí adelante sean obligados a yr a ver los montes cada terçero dia sopena de çinquenta *maravedis* para este conçejo.

[37] Otro si ordenamos y mandamos *que* qualquiera *que* cortare madera de Roble pedida por merçed la ponga para donde fue pedida dentro de un año sopena de trezientos *maravedis* y sino la pusiere para donde la pidio como dicho es pague la pena susodicha y pierda la madera y se quede para el conçejo como si la cortasse sin merçed.

[38] Otro si ordenamos y mandamos que qual quiera *que* cortare madera de castaño o de Roble pedida por merçed y la soltare al conçejo *que* el conçejo no sea obligado a dalle otra madera ninguna para donde fue pedida aquella madera *que* boluio a soltar al conçejo.

[39] Otro si ordenamos y mandamos *que* qual quiera que deshiziere qual quiera madera pedida de merced ansi de castaño como Roble pene por el castaño seis çientos *maravedis* y por el madero trezientos *maravedis* // (fol. 5r) y por el Rebollo çient *maravedis* y desto ayan los arrendadores la mitad delas penas y el conçejo no pueda hazer merçed a nadie dela mitad *que* cabe alos arrendadores y la pena *que* el conçejo alcançare primero que no ayan ninguna cosa los arrendadores.

[40] Otro si ordenamos y mandamos *que* qualquiera *que* deshiziere qualquier çierro de castaño de merçed o çerrado por el conçejo pene çient *maravedis* la mitad para el conçejo E la mitad para los fieles.

[41] Otro si ordenamos y mandamos que qualquier *que* arrancare algun castaño o lo cortare o lo quemare o lo sorcascare o lo açernadare o lo acotouillare pene por el castaño mayor seis çientos *maravedis* y por el madero trezientos *maravedis* y por el cabrio çient *maravedis* y dende para baxo sesenta *maravedis* y por el aguisada treinta *maravedis* para el conçejo E seis *maravedis* para los fieles. y que el daño delo susodicho que se hallare fecho a par delas heredades que los fieles no tengan dello nada mas de que sea esta pena toda del conçejo.

[42] Otro si ordenamos y mandamos que todos los *que* desde aqui adelante huvieren de hazer casas pongan los travessonos a çinco quartas de medir el uno del otro y el que lo contrario hiziere pene como si cortasse la dicha madera sin merçed del conçejo.

[43] Otro si ordenamos y mandamos que qualquiera que le sobrare alguna madera dela que pidiere por merçed que acuda con la sobra al conçejo para que el conçejo la aproueche. y el *que* lo contrario hiziere pene como si la cortasse sin merçed del conçejo.

[44] Otro si ordenamos y mandamos *que* qualquiera *que* echare qualquiera suziedad enlas casas de conçejo o en las fuentes del conçejo o metiere caldera en la fuente del castañar o en la fuente delas Eras pene çient *maravedis* para el conçejo y seis *maravedis* para los fieles. y el que traxere ganado al corral y lo ençerrare en las casas de conçejo lo ençierre enel corral de adentro sola dicha pena y el estiercol *que* se hiziere enlas carniçerías de abaxo que ninguno sea osado delo llevar sola la dicha pena porque es del conçejo.

[45] Otro si ordenamos y mandamos *que* ninguno sea osado atrabesar por *ninguna* // (fol. 5v) heredad que tenga fruto exçepto si fuere a Rodrigar o avendimiar. y en este tiempo passe de manera que no tome lo ageno e si lo tomare pene çient *maravedis* para el conçejo y si atraesare antes deste tiempo pene diez *maravedis* para el dicho conçejo.

[46] Otro si ordenamos y mandamos que qualquiera que enrriare lino desde el passil del arroyo del telar para arriba y del passil del arroyo del nabal para arriba y del ponton de santa colomba para arriba ora ssea vezino o no por cada una vez pene çient *maravedis* la mitad para el conçejo y la mitad para el que lo acusare.

[47] Otrosi ordenamos y mandamos que todos los vezinos deste lugar sean obligados a tener dos tablas de coles y quatro de arroyos de puerros E quatro arroyos de cebollas todo esto bien amollidas y emençiadadas sopena de diez *maravedis* para los fieles y esta pena *que* no sea executada sino una vez enel año.

[48] Otro si ordenamos y mandamos que la madera que se cayere en el exido del dicho conçejo no la pueda ninguna persona deshazer sino los jurados exçepto leña y Retama en tiempo dela castaña E la que cayere sea para el conçejo sopena de çient *maravedis* para el dicho conçejo.

[49] Otro si ordenamos y mandamos que la madera que se cayere en el castañar dela manga en la vereda que va para los Rabiles al endrinal del camino arriba que la pueda deshazer el primero que la hallare exçepto enel tiempo dela castañera por que es del conçejo y el que la deshiziere en este tiempo *que* el conçejo tiene libertad caya en pena como sila cortasse sin merçed del conçejo.

[50] Otro si ordenamos y mandamos que qualquiera que atare qualquiera bestia en su heredad que de tal manera la ate que no se suelte ni albonde a paçer alo ageno sopena de treinta *maravedis* para el conçejo.

[51] Otro si ordenamos y mandamos que todos los que tuvieren fronteras que salgan a los caminos por donde huviere çinco vezinos camino las tengan Roçadas y limpias desde el dia de santa maria de agosto fasta el dia de sant miguel sopena de tres *maravedis* // (fol. 6r) ⁶ de aqui adelante que el conçejo le de por su trabajo dozientos *maravedis* cada un año y el procurador del conçejo que fuere algun camino a miranda o a otra parte por falta de no estar el Sesmero en la tierra o estar enfermo lleve por su camino veinte y çinco *maravedis* los quales se saquen del salario del Sesmero y el Sesmero que fuere a yunta a miranda o a otra parte sea obligado a dezir a su conçejo todo lo *que* se acordo en la yunta sopena de pagar todo el ynteres que dello se offreçiere al conçejo y demas el Sesmero ha de pechar y contribuir como cada vezino y el dicho Sesmero no pueda llevar mas de los seis çientos *maravedis* que le da la villa de miranda de su salario.

[52] Otro si ordenamos y mandamos *que* el castañar *que* se dize el Exido que esta junto con el lugar que en todo el año no entre ganado ninguno en el vacuno ni cabruno ni ovejuno sin que los officiales del conçejo vean si es cosa *que* cumple *que* se suelte o que entre el ganado en el E si los officiales vieren que cumple que se suelte *que* no lo puedan soltar fasta que passe el dia de Sant andres y dende fasta el primero dia de hebreo y el que lo contrario hiziere pene en las penas de las ordenanças antes desta contenidas.

[53] Otro si ordenamos y mandamos que el pechero que ora es o fuere de aqui adelante sea obligado en fin de año quinze dias despues que huviere cumplido de traer carta de fin y quito al conçejo de todos los pechos que vinieren de la villa de miranda de poder del mayordomo que al presente fuere. y de las prendas que vendiere haga saber a sus dueños personalmente y no por personas particulares E si ansi no lo hiziere sea obligado a pagar la prenda que perdiere a su dueño no dando cuenta della y de *que* passados los quinze dias no trayendo la carta de fin y quito pene por cada terçero dia siendo Requerido çient *maravedis* para el conçejo y queno pueda prender el pechero en dia de domingo ni en dia de *nuestra* señora ni en dia de apostol y que no cumpla el pechero con apregonar las prendas que prendare sino hazello saber a sus dueños con testigos como gelas vendio E a quien.

[54] Otro si ordenamos y mandamos que ninguno que no sea vezino deste lugar no pueda çebar viña ni huerto sin merçed del conçejo // (fol. 6v) en *nuestro* termino ni arrancar piedra ni hazer paliçias ni Rodrigas El *que* lo contrario hiziere pene por paliçias E Rodrigas treinta *maravedis* y el que çebare pene quinientos *maravedis* E que qual quiera vezino le pueda tomar la çimasada.

[55] Otro si ordenamos y mandamos que qual quiera persona deste lugar que hiziere paliçias o leña en qual quier monte que sea ansi en los de este lugar como en los quartos que ninguno sea osado de gelo traer ni tomar fasta que aya treinta dias que las hizo E si en este medio tiempo alguno gelas tomare pene çinquenta *maravedis* para el conçejo y de que passados los treinta dias gelas puedan traer sin pena alguna.

[56] Otro si ordenamos y mandamos que qual quiera que hiziere leña o arrancare piedra la piedra que la pueda tener medio año de plazo para la traer y en este tiempo el que gela traxere caya en pena de treinta *maravedis* E pague al que la arranco su trabajo y lo que podía costar ala sacar E si la piedra estuviere en heredad que nadie la pueda traer sin la dicha pena.

⁶ Como hemos advertido en la anterior nota, el comienzo del folio 6r parece ser la continuación del inicio del capítulo 29 referido a los sexmeros.

[57] Otro si ordenamos y mandamos que qual quier vezino que hiziere leña o carbon o tarmas que lo pueda tener en el monte nuebe dias y el que eneste tiempo gelo traxere pene çient *maravedis* y passados los nueve dias gelo traya quien quisiere sin pena alguna.

[58] Otro si ordenamos y mandamos que ningun vezino deste lugar no sea osado de çebar ni mudar paliçias en çierro de ninguna heredad que lindare con montes del conçejo ni caminos ni Regajos ni hazer paliçias sin merçed del conçejo y silo contrario hiziere pene çinquenta *maravedis* para el conçejo E primero que lo haga se asiente la merçed enel libro de conçejo por su escriuano. E ninguna merçed vala sino fuere pedida en dia de domingo y assentada por escriuano como dicho es.

[59] Otro si ordenamos y mandamos *que* quando alguno se desposare o casare *que* el conçejo sea obligado a dar a todos los vezinos del dicho lugar y forasteros a tres vezes de vino en buena estrena y del vino *que* ansi se gastare pague el nobio o desposado medio cantaro.

[60] // (fol. 7r) Otro si ordenamos y mandamos que ningun pastor que guardare ganado no ande por las viñas ni heredades deste lugar sopena de veinte *maravedis* por cada vez para el conçejo la mitad y la otra mitad para el *que* lo escriuiere.

[61] Otro si ordenamos y mandamos *que* todas las heredades *que* estan desta parte del exido esten çerradas todo el año ora tengan fruto ora no exçepto la dehesilla *que* tienen los dueños della sentençia que se ha de abrir despues de cogido el fruto todas las otras esten çerradas como dicho es E por la primera vez que se hallare el portillo abierto pene tres *maravedis* haziendolo saber a su dueño y por la segunda vez seis *maravedis* haziendolo saber a su dueño y por la terçera veinte *maravedis* de terçero en terçero dia E ansi en consiguiente todo el año.

[62] Otro si ordenamos y mandamos *que* quando algun vezino deste lugar multiplicare de nuevo alguna heredad donde haga algun agravio al conçejo *que* los offiçiales con dos fieles *que* para ello nombren lo vayan a ver del *que* tal agravio hiziere y le echen la pena y la costa *que* estos vieren.

[63] Otro si ordenamos y mandamos *que* qualquiera persona *que* se moviere a hazer heredad çerca de qualquiera castañar del conçejo la pueda hazer con tanto *que* no perjudique al dicho castañar ni castaños ora sean grandes ora sean pequeños y dexे çinquenta pies de çierro a uñada hasta el nascimiento del castaño mas çercano dela tal heredad y el que tal edificare nuevamente so pena de çinquenta *maravedis* para el conçejo y pierda lo que ansi edificare nuevamente E pague la costa *que* los offiçiales E fieles hizieren en lo yr a ver.

[64] Otro si ordenamos y mandamos *que* de aquí adelante y para siempre jamas qualquiera persona *que* multiplicare heredad o otra cosa cabe el camino o vereda del conçejo dexе doze pies de camino limpio sopena de çinquenta *maravedis* para el conçejo.

[65] Otro si ordenamos y mandamos que qual quiera que hubiere de Remover qualquier paliçia o pared o çebare qualquiera heredad *que* no lo pueda hazer sin *que* primero pida la merçed en conçejo y que pedida la tal merçed no lo pueda hazer sin *que* primero vayan los fieles del conçejo a señalarle por donde lo han de hazer E se asiente la merçed en el libro de conçejo sopena de çient *maravedis* para el dicho conçejo.

[66] Otro si ordenamos y mandamos que el camino donde es cañada para // (fol. 7v) passar los ganados deste lugar que el que en ella edificare dexе çinquenta pies de a diez puntos de ancho en la dicha cañada por todas partes dezimos los que de aquí adelante multiplicaren en beras de cañadas y no en las que son antiguas que estas mandamos que se esten como agora se estan los quales dichos çinquenta pies dexе el que a postre multiplicare so pena de çient *maravedis* para el dicho conçejo E que sean todos los que tiene heredades en las cañadas obligados a defenderlas por çerradura E no caya

en pena ninguna ganado que en ellas entrare no yendo de acogida sino que pague el dueño al dueño de la tal heredad ansi en las heredades antiguas como en las que se multiplicaren de aquí adelante.

[67] Otro si ordenamos y mandamos quanto a las sangraderas que estan sentençiadadas y passadas en cosa juzgada que el conçejo las arriende o los offiçiales sean obligados alas arrendar o poner dos fieles que las vayan a ver y executarlas conforme ala sentençia que contra ellas esta dada E que los offiçiales no vayan a verlas sino los fieles que para ello fueren puestos por evitar costas a los vezinos deste conçejo.

[68] Otro si ordenamos y mandamos que desde aqui adelante desde el dia que el conçejo acotare perros no anden en las viñas a comer las ubas cada uno que perro tuviere lo tenga atado o le eche garauato con tanto que sea el perro de quatro meses arriba y el garabato ha de ser que ha de tener de largo quatro palmos E ha de traer el gajo de un xeme y del gajo abaxo ha de auer un palmo en manera que toda vara tenga quatro palmos E ha de aver en la abertura del garavato un xeme. y el perro que no anduviere ansi como dicho es caya en pena de dia dos *maravedis* y de noche çinco *maravedis* E que ninguno pueda traer dos perros juntos sino cada perro por si sola dicha pena por cada vez que gelos hallaren sueltos osi el dueño delos dichos perros los llebare [de tras].

[69] Otro si ordenamos y mandamos que qualquiera que lleuare perros a caça o fuera del lugar en todo nuestro termino que si gelos tomaren sueltos cayan en la dicha pena entiendese esto // (fol. 8r) quando los fueren a atar a sus viñas que enel camino entre las viñas los lleuen atrayllados y el perro que se hallare suelto en las biñas de qualquiera calidad que sea caya enla dicha pena y el perro aunque sea de ganado caya en pena de diez *maravedis* para el conçejo por cada vez que se hallare suelto o sin garauato E que todos los bezinos sean obligados a los venir a escreuir conforme al juramento que tienen fecho al dicho conçejo. E porque alguno diga que dara el perro que lo maten no por esso dexede pagar la pena cada vez que gelo hallaren suelto. y el dicho coto este fasta *que* echen a vendimiar diez personas de huzia. y destas penas aya la mitad los fieles E la otra mitad el conçejo. y los fieles sean obligados alos escreuir para que el conçejo cobre la mitad dela pena.

[70] Otro si ordenamos y mandamos que enel Regajo tras la biña no entre ningun ganado exçepto bestias desde el primero dia de hebrero fasta el primero dia de octubre E si enel monte huviere bellota que el conçejo la venda E ningun ganado cabruno ni ovejuno ni puercos no la entren a comer sopena de dos *maravedis* por cada Res E por piara de sesenta Reses arriba pene çient *maravedis* y desde el mes de hebrero hasta el mes de octubre *que* ningun buey ni vaca entre enel sopena de çinco *maravedis*.

[71] Otro si ordenamos y mandamos que ningun texedor pueda quitar del telar ninguna tela sin que su dueño este a ello presente a ver la cortar sopena de çient *maravedis* salvo si fuere Requerido por el texedor que dentro de quatro horas vaya a ver cortar su tela E sino fuere *que* el texedor la pueda cortar sin pena.

[72] Otro si ordenamos y mandamos que el paño que ansi texeren sea muy bien tejido E sino fuere tal que sea bisto por los fieles que el conçejo pusiere E sino hallaren el paño que sea tan bien tejido como los fieles vieren que sea obligado el tal texedor a pagar el menoscabo que los fieles vieren que el dicho paño tiene.

[73] Otro si ordenamos y mandamos que qualquier vezino deste // (fol. 8v) lugar de çepeda que tuviere çinquenta ouejas o carneros o dende arriba que pueda traer pastor sobre si con ellos con tanto que el pastor sea de quinze años arriba y pueda acoger en guarda de otros vezinos las ouejas que quisiere guardando todo el termino que se guarda de las cabras solas penas contenidas enlas ordenanças que hablan en lo delas cabras como lo manda su señoria.

[74] Otro si visto por el conçejo todo junto que es prouecho enxertar el castañar delos Rabiles acordaron que se çierre aquella cañada que no entre ni ande ganado ninguno por ella mientras la voluntad del conçejo fuere sopena que qual quier ganado que por ella fuere ni entrare de invierno ni de verano la piara que por alli passare o por pesquisa se hallare o pareçiere aver entrado por alli pene quinientos *maravedis* para el dicho conçejo E por Reses de piara abaxo cada Res seis *maravedis*.

[75] Otro si ordenamos y mandamos que todos los que tuvieren heredades que linden conel castañar delos Rabiles ansi dela parte como dela otra y entrada E salida que alguna o algunas espigas arrancare o quebrare o pareçiere arrancada o quebrada cabe su heredad o algun mal hecho pene por el castaño seisçientos *maravedis* y por espiçial por cada espiga çient *maravedis* o el dueño dela tal heredad de avtor de quien hizo el tal daño o pague la pena como dicho es y el buey o vaca pene veinte *maravedis* y el mulo diez *maravedis* y el asno çinco *maravedis* exçepto silo llevare el dueño de cabestro E desta pena no aya quita mientras fuere la voluntad del conçejo.

[76] Otro si ordenamos y mandamos que donde quiera que estuvieren sembradas quatro hanegas de trigo de sembradura que esten juntas que sele guarde conforme a la ordenança de su Señoria que sobre ello habla. y si estas quatro hanegas de sembradura estuvieren sembradas en bera de cañadas que el dueño del tal trigo sea obligado alo defender por çierro la parte de hazia la cañada E si algun ganado fuere por la cañada de acogida con el pastor que en tal caso avnque entren algunas Reses enel pan // (fol. 9r) que no pague pena ni daño yendo el pastor Recogendo la trasera del ganado y si algun ganado entrare enel trigo por no lo llevar de acogida o viniere perdido sin pastor pague por cada Res dos *maravedis* de pena y el daño asu dueño y si fuere piara de sesenta Reses arriba pene çient *maravedis* para el dicho conçejo.

[77] Otro si ordenamos y mandamos que qual quier vezino que sembrare menos delas quatro fanegas de trigo en los propios deste lugar lo defienda por çerradura por la parte del monte porque las viñas y las otras heredades queremos y es *nuestra* voluntad *que* sean çerraduras y el que no lo defendiere por çierro y no le entrando el ganado por la parte delas viñas que no le paguen la pena ni el daño porque queremos y es *nuestra* voluntad que lo defienda por çierro por quelos del ganado gozen delos pastos comunes con sus ganados y si el pastor lo metiere a mano pene çient *maravedis* para el dicho conçejo y el daño al Señor del pan y piara de Sesenta Reses arriba çient *maravedis* y por Reses a dos *maravedis*.

Ordenanças delas colmenas

[78] Visto por nosotros el conçejo justiçia y Regidores dela villa de miranda E sesmeros una prouision del conde *nuestro* señor firmada de su Señoria porla qual manda que nos los suso dichos hiziessemos una ordenança açerca de las majadas que han de tener los vezinos dela dicha villa E desu tierra que tuvieren colmenas enel termino dela dicha villa segund mas largamente se contiene enla dicha prouision el tenor dela dicha ordenança es este que se sigue.

[79] Primera mente ordenamos que qual quiera persona que tubiere colmenas en termino dela dicha villa sino tubiere mas de cuarenta colmenas las tenga juntas en una majada o asiento E si toviera mas que las pueda poner en dos partes E si ansi no lo hiziere caya en pena por cada una vez de trezientos *maravedis* E pierda la una majada E otro gela pueda tomar sin pena ninguna la mitad para la justiçia que lo sentençiare Ela otra mitad para // (fol. 9v) el acusador esto se entiende en las majadas E assientos donde han de envernar las colmenas fasta que ayan enxambrado y esto se entiende desde el arroyo dela cabeça del vaquero para abaxo y no dende arriba.

[80] Otro si ordenamos y mandamos que los que tuvieren las tales majadas las tengan los que primero las tomaren o hizieren con tanto que tengan en las tales majadas colmenas o coberturas que no selas puedan tomar e si no tuviere en la dicha majada colmenas ni coberturas en tal caso sela pueda tomar otro passado año y dia salvo si fuere por falta de monte que este quemado de fuego que en tal caso no sela puedan tomar fasta que puedan estar enella colmenas.

[81] Otro si ordenamos que donde estuviere la dicha majada e assiento de colmenas ninguno pueda Roçar con calagoço a hecho a destruir el monte exçepcto no llegando alos assientos o alas deberas delos assientos que por el monte puedan hazer Rodrigas sin pena ninguna y de otra manera no Roçen con calagoço ni con otra herramienta al derredor dela dicha majada ni assiento ni hazer carbon ni quemar a menos que este la dicha majada a un tiro de ballesta comun y el que lo contrario hiziere por echar fuego pene mill *maravedis* E sobre el tal fuego se pueda hazer pesquisa y el *que* Roçare con calagoço o con otra qual quiera cosa menos de que aya el dicho tiro de ballesta caya en pena por cada vez de trezientos *maravedis* Repartidos segun dicho es. Entiendase que ha de aver enel tiro de ballesta sesenta baras de medir y si el dueño dela majada Rompiere enel dicho limite *que* otro qual quiera lo pueda Roçar y Romper sin la pena.

[82] Otro si ordenamos que el que quisiere hazer majada de aqui adelante que nola pueda hazer açerca de otra que estuviere fecha menos de que aya de una a la otra el dicho tiro de ballesta y si mas çerca la hiziere caya en pena por cada vez de dozientos *maravedis* y siendole Requerido por la // (fol. 10r) otra parte que mas çerca tuviere la majada que las quite e sino las quitare dentro de nueve dias haziendo tiempo para ello que le execute la dicha pena de los dichos dozientos *maravedis* de terçero en terçero dia passados los dichos nueve dias aplicados segund dicho es y esto se entiende en las majadas que de aqui adelante se hizieren y en las que estan fechas se guarde el dicho tiro de ballesta.

[83] Otro si ordenamos que el que tuviere mas delas dichas quarenta colmenas las Retraya todas a una majada sopena delos dichos dozientos *maravedis* segund que eneste otro capitulo antes deste lo dispone y esto quelo haga aunque no sea Requerido porque otro pueda gozar dela majada que el dexare.

[84] Otro si ordenamos que qual quiera que echare fuego aunque este mas lexos del dicho tiro de ballesta si se hallare por pesquisa o por otra qual quiera manera que el echo en los dichos montes de villa E tierra el dicho fuego caya en pena delos dichos mill *maravedis* E demas pague el daño a su dueño delas colmenas donde lo hizieren o menoscabo dellas por aver quemado el dicho monte exçepcto si fuere Roçando con calagoço para pan o para viña con tanto que no entren ni alleguen ala dicha majada menos que aya el dicho tiro de ballesta como dicho es sola dicha pena aplicada como dicho es y *que* los Regidores dela dicha villa siendo Requeridos por alguna persona lo hagan pregonar públicamente en cada un año por dia de san juan de junio por que venga a notiçia de todos E hazer la pesquisa en la persona o personas en quien ello fuere pedido solas dichas penas applicadas según dicho es digo que ha de aver de una majada a otra trezientas e çinquenta varas de medir y enel Roçar y sacar del carbon lo mesmo.

Ordenança del castañal delos jurados

[85] Otro si ordenamos y mandamos que ninguno sea osado de cortar ningund castaño enxerto ni por enxertar del castañar delos jurados ni sea osado delo arrancar ni quemarlo ni socarrarlo ni acotovillararlo ni quitarle ninguna espiga de ningund castaño // (fol. 10v) delos enxertos que estan enel dicho castañar ni delos que se enxertaren de aqui

adelante sopena que el que lo contrario hiziere delas cosas suso dichas enel dicho castañar por qualquiera dellas pague de pena trezientos *maravedis* para el dicho conçejo.

[86] Otro si ordenamos y mandamos que qual quiera castaño exerto o por enxertar del dicho castañal nuebo de los jurados que estuviere a par de qual quier heredad y pareçiere fecho qual quier daño delos en la ordenança antes desta contenidos y declarados el dueño de la tal heredad donde acaçiere estar fecho el dicho daño sea obligado a dar avtor quien hizo el dicho daño E sino lo diere pague la pena segun el daño se hallare fecho como lo manda la ordenança antes desta.

[87] Otro si ordenamos y mandamos que agora ni en ningun tiempo no entre enel dicho castañal delos jurados ningun ganado sopena que el buey o vaca pene por cada vez veinte *maravedis* y de noche la pena doblada y la pena del ganado cabruno y ovejuno que se entiende de çient Reses para arriba pene trezientos *maravedis* E de noche la pena doblada y por Reses cada una çinco *maravedis*.

[88] Otro si ordenamos y mandamos que desde aqui adelante E para siempre jamas todas las bestias que anduvieren en qual quiera delas heredades deste lugar que tengan fruto penen los mulos a diez *maravedis* E los asnos a çinco *maravedis* E donde no hubiere fruto la mitad desta dicha pena. (y de noche doblado) ⁷.

[89] Otro si ordenamos y mandamos que todas las heredades deste lugar desta parte dela cumbre del exido esten çerradas todo el año exçepto la dehesilla que hay sençençia contra ella y las huertas delos prados y las que estan tras la tapia que todo el año esten çerradas y que la çerradura sea de seis palmos en alto porla parte de fuera y de ocho palmos por la parte de dentro.

[90] Otro si ordenamos y mandamos que todos los puercos de quatro meses arriba todos vayan a la pastoria del conçejo sopena que el que no los echare al pastor del conçejo por cada uno pene // (fol. 11r) çinquenta *maravedis* para el conçejo y mas pague la vela al porquero del conçejo excepto sino los sacare del lumbral de su casa a fuera y si de alli salieren y no los echare al pastor del conçejo caya en la dicha pena.

[91] Otro si ordenamos y mandamos que ningun vezino deste lugar no pueda hazer pastoria de sesenta puercos abaxo por si ni apartarlos dela pastoria del conçejo en ningun tiempo sopena de çient *maravedis* por cada vez que los apartare de dela dicha pastoria E mas la vela al pastor la qual dicha pena pague cada terçero dia despues *que* fuere Requerido que los eche al dicho pastor. y entiendese *que* cada uno delos dichos sesenta puercos han de ser de quatro meses arriba.

[92] Otro si ordenamos y mandamos que en todos los castañares enxertos deste conçejo E vezinos del y colares y en todas las otras heredades que tengan ortaliza o fruto que en tanto tuvieren fruto ningun ganado pueda entrar enellas sopena que el puerco que en ellas se hallare pene dos *maravedis* y la cabra dos *maravedis* y la obeja dos *maravedis* y por piara que se entiende de çient Reses arriba pene çient *maravedis* y el buey o vaca veinte *maravedis* y de noche la pena doblada.

Ordenança del aguamanil

[93] Otro si ordenamos y mandamos que ninguna persona deste lugar ni de fuera parte no sea ninguno osado de tomar agua ninguna de ninguna cabeçera ni pozo ni fuente sino que el fiel o quadrillero sela de o mande dar salvosilahallare de balde que al pueda Regar fasta que el fiel vaya o su mandado E si el quadrillero gela tomare E le pusiere pena que la dexa y no la quisiere dexar caya E incurra en pena de çinquenta

⁷ Añadido con otra letra.

maravedis E diez *maravedis* para el fiel y estos sean luego executados y que el fiel le pueda boluer a poner la dicha pena.

[94] Otro si ordenamos y mandamos que si el fiel pusiere pena aqual quier vezino deste lugar que se vaya con el a prender al que en la tal pena incurriere sea obligado a yr conel sopena de viente y çinco *maravedis* ejecutados como dicho es E diez *maravedis* para el fiel.

[95] // (fol. 11v) Otro si ordenamos y mandamos que el quadrillero o fiel que fuere sea obligado a tomar todas las cabeçeras y pozos y fuentes a hecho de manera que no sobresalte huerto ninguno sin que todos los lleue a hecho E si ansi no lo hiziere pene çinquenta *maravedis* Repartidos como dicho es.

[96] Otro si ordenamos y mandamos que ningun vezino deste lugar ni de fuera parte no sea osado a Romper cabeçera ni pozo ni fuente el que lo contrario hiziere caya en pena de çinquenta *maravedis* Repartidos como dicho es E diez *maravedis* para el fiel.

[97] Otro si ordenamos y mandamos que qualquier vezino *que* quisiere Regar ortaliza pida el agua al fiel y el fiel sea obligado a sela dar y despues que oviere Regado la buelua el fiel alque primero la traya.

[98] Otro si ordenamos y mandamos que qual quiera persona que traxere la dicha agua Regando y escardare pene çinquenta *maravedis* para el dicho conçejo e diez *maravedis* para el fiel.

[99] Otro si ordenamos y mandamos que el fiel que fuere dela dicha agua sea obligado a yr a ver el agua al arroyo de milanos de terçero en terçero dia sopena de çinquenta *maravedis* para el dicho conçejo.

[100] Otro si ordenamos y mandamos que el fiel que fuere dela dicha agua sea obligado a coger lo que le tassaren de su salario por cada hanega lo que le dieren tassado los officiales.

[101] Otro si ordenamos y mandamos *que* el quadrillero o fiel *que* fuere dela dicha agua tenga poder de prender E prende todas las penas en que incurrieren las tales personas enlas ordenanças suso dichas dela dicha agua manil.

[102] Otro si ordenamos y mandamos que quando se muniera a // (fol. 12r) yr por la dicha agua del arroyo de milanos que todos los que son obligados vayan de casa una persona suffiçiente sopena de diez *maravedis* para el dicho conçejo.

Ordenanzas delas çercanias

[103] Otro si ordenamos y mandamos que desde aqui adelante E para siempre jamas desde el primero dia de abril en cada un año desde la viña de hernando montero a los saçoçes fasta passar la viña de juan martin de maria y el majuelo de anton alonso que esta fuera dela cañada que el ganado que por alli passare desde el dicho primero dia de abril fasta el dia de sant miguel de setiembre que aya de passar de cañada todo el ganado E que no lo puedan arrostrar a paçer en toda la dicha cañada y el que lo contrario hiziere caya en pena por cada vez por cada piara dos Reales las dos partes para el conçejo E la otra parte para el que lo acusare con tanto que lo vaya a escriuir por el escrivano del conçejo para que el conçejo cobre la pena y desde el primero dia de sant miguel fasta el primero dia del mes de a bril que puedan paçer conforme alas ordenanças suso dichas.

[104] Otro si en quanto toca alas viñas de la peral que estan junto con la dicha cañada que estan todas abiertas sin çerradura y es gran bago de viñas y estan junto conel pasto comun mandamos lo susodicho y declaramos que no llegue ningun ganado a las dichas viñas y sillegare algun ganado y el pastor a las dichas viñas caya el ganado en pena de dos Reales y el pastor otros dos aplicados como arriba se contiene.

[105] Otro si quanto alas viñas del arroyo el Rico y todas las otras viñas y heredades deste lugar de cepeda mandamos que se tenga y guarde la forma susodicha que no llegue el dicho ganado ni el pastor que conel anduviere con diez passos alas dichas heredades sola pena suso dicha.

[106] Otro si en lo que toca ala cañada de valperdiguero que naçe // (fol. 12v) encima del castañar de los Rabiles mandamos *que* el ganado que por alli passare vaya de camino sin arrostrar a pacer y passe por la castañera de malse para asalir al camino dela cabeça del barquero solas dichas penas.

[107] Otro si en quanto toca alas viñas de la vega mandamos que los dichos ganados passen de cañada sin arrostrar apaçer fasta *que* salga al arroyo dela Rebolleja solas dichas penas.

[108] Otros si quanto toca al castañar delos jurados *que* passe de cañada por donde le esta aseñalado sola dicha pena esto se entienda desde el *primero* dia del mes de março fasta el dia de sant miguel de Setiembre de cada un año.

[109] Otrosi ordenamos y mandamos *que* desde el primero dia del mes de agosto fasta *que* echen a vendimiñar quinze personas dehuzia ningun vezino deste lugar ni de fuera *parte que* tuviere ganado no sea osado a dormir conel de noche en *nuestro* exido ni entre viñas y el *que* quisiere dormir fuera con suganado duerma en corral E los perros atados E sino hiziere corral que no duerma el ganado a menos de estar el dicho ganado fuera de todas las viñas dos tiros de ballesta y los perros atados sopena de trezientos *maravedis* por cada vez que lo contrario hiziere para el dicho conçejo y el perro que dormiere conel ganado y se hallare suelto no yendo tras lobo *que* aya dado enel ganado pene veinte *maravedis* y el pastor *que* estuviere con el ganado y se hallare desfrutando o cogendo huvas caya en pena de dozientos *maravedis*.

[110] Otro si ordenamos y mandamos *que* de aqui adelante E para siempre jamas por *que* bemos *que* es seruicio dedios y honrra del conçejo *que* todos los vezinos deste lugar casados ansi hombres como mugeres sean obligados estando enel pueblo a yr a missa todos los domingos y fiestas *que* la iglesia manda guardar y el *que* no fuere al evangelio pague de pena seis *maravedis* no dando causa legitima para ello aplicados para el conçejo y arrendadores *que* los tuviere.

[111] Entiendase *que* la ordenança *que* habla con los perros del ganado pague de pena si andoviere en las viñas sin çençerro diez *maravedis* y con çençerros dos *maravedis* y en las matas sino traxere çençerro pene çinco *maravedis*. y esto fue acordado por los deputados para hazer las dichas ordenanças. y entiéndase en tiempo que huviere huvas maduras.

[112] Otro si mandaron y acordaron los hombres deputados por el dicho conçejo para ver e corregir las dichas ordenanças sobre el capitulo *que* fabla sobre el sembrar del pan *que* setenga la forma siguiente porque les pareçio que no estava bien conçertado el capitulo *que* enello // (fol. 13r) habla *que* cualquiera vezino deste lugar *que* sembrare pan en *nuestro* exido le sea guardado con tanto *que* siembre quatro fanegas y el *que* selo comiere con ganado o bestias pague la pena y el daño a su dueño con tanto *que* si lindare con cañada sea obligado por la parte de la cañada alo çerrar y defender y avnque el ganado entre enel pan no pague pena ni daño siel pastor lo fuere Recogendo E sino andoviere el pastor conel pene según dicho es por otro capitulo antes deste E ansi mesmo el *que* sembrare pan avnque siembre menos delas quatro fanegas le sea guardado y que nayde no selo pueda comer sino el *que* se lo comiere sea obligado apagar el daño asu dueño y no pena al conçejo con tanto *que* después de cogido E quitado el dicho pan qualquier ganado pueda comer el Rastrojo sin pena y el dueño del dicho Rastrojo no selo pueda defender.

[113] Otro si ordenaron los dichos deputados *que* qualquier vezino deste lugar *que* hiziere Roços o tierras de pan o las tuviere hechas las siembre y labre de manera *que* sino las labrare o sembrare en el pago y termino de diez años *que* otro qualquier vezino del dicho lugar la pueda tomar E sembrar sin por ello caer en pena ninguna y el *que* se fuere abivir fuera del dicho lugar y toviere fechas tierras en el dicho *nuestro* exido las dexa libremente al conçejo y que otro qualquier vezino las pueda tomar.

[114] Otro si ordenaron *que* las fiestas *que* el conçejo tiene de boto de guardar *que* es dia de santa brigida y el dia de santo albin y santo toribio *que* ningun vezino deste lugar ni moço ni moça grande ni pequeño ni de fuera parte sea osado de trabajar ningun trabajo sopena de çient *maravedis* para el conçejo deste dicho lugar de çepeda.

[115] Otro si ordenamos y mandamos que desde aqui adelante para siempre jamas se guarde la fiesta de Señora santa ana y *que* ninguna persona grande ni pequeña ni de fuera parte no sea osado de trabajar ningun trabajo E *que* le guarden la fiesta como las otras fiestas *que* manda guardar la santa madre iglesia sopena *que* el que no la guardare como dicho es caya en pena de çient *maravedis* para este conçejo.

[116] Otro si ordenamos y mandamos *que* desde aqui adelante ninguno no sea osado de poner haçina de pan desde el camino que va por çima dela cruz delas Eras E dela moral para abaxo exçepcto si oviere de trillar luego so pena de çient *maravedis* para el conçejo deste lugar el que lo contrario hiziere y ansi mesmo en las eras de la corraliza y Restrojo que ninguno pueda poner haçina en ninguna era donde sepueda trillar sola dicha pena E que el porquero no pueda traer puercos en las dichas eras por que no las hoçen.

[Folios 13v y 14r ilegibles.]

// (fol. 14v) Domingo *que* son diez y nueve dias delmes de junio delaño de mill y quinientos y setenta y cinco años estando el conçejo dellugar de çepeda ola mayor parte del junto y congregado en lasca sas del conçejo del dicho lugar a can pantanida segun *que* asi lo tiEnen dehuso y costumbre desejuntar y congrega acosas *que* conbienen albien yre publica del dicho: lugar y vecinos del seacordo en el dicho conçejo que por quantolas matas derrebollo sedes y pan y destruyen y las cortan por no aber ordenança que able queel que cortare rrebollo deavtor don delo corte y por no aber la dicha ordenança se atreben mu chas personas acortar muchos rebollos yaçernadarlos en las matas y cotos del dicho lugar y los *que* tienen here dades *que* lin dan con las tales matas del conçejo desipany cortan y açernadan mu chos Rebollos pordondelos montes se desmi nuyen y destruyen y sinose pone en ello enmienda las dichas matas y montes se acabaran de perder y a talar por tanto para rreme diar estos daños yalos dichos montes y matas se buelban a con serbar y rremediar acordaron todos los que presentes estaban En las dichas casas del conçejo *que* segund el tenor del ca pi tulo de or denança devilla y tie Ra que abla *que*: se deavtor delos rebollos que parecieren estar cortados o açer nada dos junto a heredad: En las dichas matas y cotos del dicho lugar E çepcto en el rroço: ya si mesmo el *que* cor tare qualqui hera rebollo deavtor don delo cortor y Entodo man daron se guarde y cunpla el tenor del dicho capitulo de ordenança y se se este como En el se contiene para la guarda y conservaçion de las dichas matas: y asi se hizo y acuerdo y ordeno de consentimiento del dicho conçejo estando presentes alonso hernandez delas morales y pero gon çalez blanco alcaldes del dicho lugar y Juan Sanchez helipe y Juan Hernandez llano regidores // (fol. 15r) y francisco garcia procurador y Juan sanchez alonso y beni toarias y alonso sanchez desi mon sanchez y Juanahu mado y toribiomar tin y Juan conde y Juan belizes y otros muchos vecinos del dicho lugar *que* presentes estaban: E yo fran cisco san chezes crivano del conçejo del dicho lugar presente fuy que bi como el dicho conçejo estan do como dicho es en su ayuntamiento acostumbrado acordaron to dolosobre dicho bien solane cesidad que para la goberna cion delos dichos montes y matas del dicho conçejo era neçesario y man daron-

sean secutadas las penas: contenidas en el dicho capítulo de la ordenanza de la [...] que en este caso abla en la persona y personas que hizieren qualquiera de los dichos daños y cortes: fueron contra ditores que nolo con sintieron pero Luis y Juan Luis y Francisco Gil y Francisco Caxavata Sastre y Juan Pérez Gor do y Anton San dres moço to dos los de mas lo tuvieron por bueno y por quees verdad lo firme de mi nombre. Francisco [...].

El licenciado Luis Rodríguez alcaide mayor en los estados del illmo señor conde de señor por la presente apruebo y confirmo el acuerdo arriba contenido hecho por el concejo del lugar de Cepeda. E mando a vos los oficiales del dicho lugar que al presente sois E fuere des de aqui adelante en el dicho lugar lo guardeis y cumplais como en el se contiene so pena de diez mill *maravedis* para la cámara de su señoría atento ser util y provechoso para el dicho lugar fecho a [...] del mes de junio del mill e quinientos [...].

REGINA POLO MARTÍN



HISTORIOGRAFÍA



Sobre Cádiz y su Constitución, desde la Historia Política *

*A la memoria de Carmen Muñoz de Bustillo Romero,
que tanto sabía del Derecho, y la Historia, de esta época.*

SUMARIO: I. A propósito de Manuel Moreno Alonso y su *Constitución de Cádiz*: Una obra de síntesis y un autor que constituye toda una biblioteca, sobre la Guerra de la Independencia y el Cádiz de las Cortes. II. La Historiografía crítica sobre las Cortes y la Constitución de Cádiz: Un activo valedor de su creciente, y nutrida, consolidación. III. Un colofón bicentenario. La herencia gaditana y constitucional de 1812, en la Historia de España: El fin de su *mitología* política democrática y la persistencia del problema de su *identidad*, nacional o corporativa.

«Se puede apostar que toda idea pública, toda convención recibida, es una estupidez, puesto que ha convenido al mayor número (CHAMFORT, Máximas).

* La lectura de una obra reciente, de espíritu conclusivo y empeño sintetizador de investigaciones histórico-políticas propias y ajenas, como es la de Manuel MORENO ALONSO, *La Constitución de Cádiz. Una mirada crítica*, epílogo de Jorge de Esteban, Sevilla, Ediciones Alfar, 2011, 440 páginas, ISBN: 978-84-7898-413-8, dio origen a una serie de anotaciones bibliográficas, desde la perspectiva historiográfico jurídica, con propósito de complementaria comprensión personal. Su destino originario era el de reposar en forma de modesta recensión o reseña bibliográfica, cuyo cometido, como se sabe, procura ser, ante todo, informativo y divulgador. Sin embargo, *calamo currente*, la extensión de las notas ha aconsejado que aniden en *locus studii* más apropiado para ellas y, quizá, más cómodo para el lector. De éste, su autor, ruega la benevolencia dispensable a su modesto origen, y a su finalidad declarada, que no sería otra que la de mostrarse útiles en el plurisecular diálogo sostenido entre historiadores políticos y sociales, e historiadores juristas, siempre fértil, desde luego, si unos y otros se atienden y auxilian entre sí, cooperando en sus, no pocas veces, paralelas, y bastante más, interseccionadas, indagaciones.

ANTIQUITÉS (LES).— Son siempre de fabricación moderna.

CLASSIQUES (LES).— Se supone que los conocemos.

CONCESSIONS.— No hacerlas jamás. Perdieron a Luis XVI.

LÉGALITÉ.— La legalidad nos mata. Con ella, ningún gobierno es posible»
(G. FLAUBERT, *Dictionnaire de clichés*)*.

«Saben, claro está, que antiguamente solía haber tres argumentos intelectuales de la existencia de Dios (*de la causa primera, de la ley natural y del plan*), que fueron suprimidos por Kant en la *Crítica de la razón pura*; pero, no bien había terminado con estos argumentos cuando encontró otro nuevo, un argumento moral, que le convenció. Era como mucha gente: en materia intelectual, escéptico; mas en materia moral, creía implícitamente en las máximas que su madre le había enseñado. Eso ilustra lo que los psicoanalistas tanto acentúan: la fuerza inmensamente mayor que tienen, en nosotros, las asociaciones primitivas sobre las posteriores» (B. RUSSELL, *Why I Am not a Christian*)**.

«Hay una cosa, niños, a la que llamamos civilización. Está hecha de esperanzas y sueños. No es más que una idea. No es real. Sino artificial. Nadie ha dicho nunca que fuera real. No es natural, ni nadie ha dicho nunca que fuera natural. Está hecha a base del largo proceso del aprendizaje; de la experimentación y el error. Se rompe fácilmente. Nadie ha dicho nunca que no pudiera romperse en pedazos. Ni nadie ha dicho nunca que tuviera que durar eternamente.

—Niños... que heredaréis el mundo...

Cuando los niños de la Revolución Francesa derribaron a su tiránico padre, Luis XVI, y a su malvada madrastra, María Antonieta (que, según resultó luego, no eran más que personajes de un teatro de títeres, a los que se les podía quitar la cabeza tan tranquilamente), creyeron que ya eran libres. Pero, al cabo de un tiempo descubrieron que eran huérfanos, y que el mundo que creían suyo era un lugar desnudo e incómodo. De forma que corrieron al lado de su padre adoptivo, Napoleón Bonaparte, que esperaba junto al viejo teatro de títeres; que soñó, para ellos, una nueva representación escénica,

* FLAUBERT, G., *Diccionario de tópicos en sus Obras*, traducción, introducción y notas de G. Palacios, Cátedra, Madrid, 2005, pp. 1395-1429; en concreto, pp. 1395, 1398, 1402, 1403 y 1420. Sabido es que este personal *Diccionario* flaubertiano fue hallado entre la masa de documentos dejados por el autor, a su muerte, en 1880, quizá para la segunda parte de su *Bouvard et Pécuchet*, como una antología de la mediocridad y de la necedad humanas, con la que hacer burla, por eso mismo, de la mentalidad burguesa, a la que despreciaba. Pasó, luego, a estar custodiado en la Biblioteca de su ciudad natal de Rouen, viendo la luz pública, su primera edición, en 1913. La primera, a su vez, de *Bouvard et Pécuchet*, salió por entregas, comenzando por la de la *Nouvelle Revue* de 15 de diciembre de 1880.

** RUSSELL, B., *Por qué no soy cristiano y otros ensayos*, ed. de P. Edwards, traducción de J. Martínez Alinari, revisada por J. Lacruz, Edhasa, Barcelona, 2008 (1.ª ed., Londres, George Allen & Unwin, 1957), pp. 17-42; la cita, en la p. 27. El ensayo russelliano principal procede de una conferencia suya, pronunciada en el Ayuntamiento de Battersea, bajo los auspicios de la Sociedad Laica Nacional, en su Sección del Sur de Londres, el 6 de marzo de 1927.

basada en viejos temas, y que les prometió un imperio, una finalidad, un destino..., un futuro» (G. Swift, *Waterland*)***.

Que el año de 2012 es, principalmente en España, a efectos de conmemoraciones oficiales y fastos públicos, el del Bicentenario de la promulgación de la Constitución de Cádiz –y por extensión, de sus generatrices Cortes, Generales y Extraordinarias entre 1810 y 1813–, o lo que es lo mismo, el del primer jalón, sentido como propio por la mayor parte de los españoles de entonces y de ahora, de la nutrida serie del constitucionalismo hispano, resulta ser, como obvia proclamación cronológica y episódica, el gran tópico de nuestro tiempo. Uno de esos malévolamente ingenuos *clichés* flaubertianos, merecedores de un epitafio que lo consagre como tal: el de mito político de la contemporaneidad, tan vigoroso y persistente, y tan manipulado y hollado, ayer como hoy. Cualquier maestro o profesor, de educación secundaria y de enseñanza universitaria, sabe que ninguno de sus alumnos dejará de contestar, en un examen, que la de 1812 fue *la Pepa*; y autoridades gubernamentales y medios de comunicación han usado, y abusado, en estos últimos meses –con infantil acrítica delectación, hasta alcanzar el clímax conmemorativo del 19 de marzo de 2012, para aquel lejano texto fundamental, ingeniado en la Isla de León–, de este apelativo de estricta *vulgaridad*, coloquial, tranquilizadora y manipuladoramente familiar (algo así como que ella, *la Pepa*, es una de los nuestros, *pueblo* como nosotros), con el que se pretende denotar el fervor popular del que, supuestamente, habría gozado el fruto legado por las Cortes gaditanas de la Guerra de la Independencia. Sería así, pues, *La Pepa* ibérica, abstracta en tanto que liberal, recatada por católica, y legal por regia invocación aunque no real voluntad, ni tampoco muy realista concepción de un mundo finisecular en convulsa génesis económica, social y jurídico-política como era el de su época de concepción, el contrapunto preciso a la célebre *Libertad guiando al pueblo*, francesa y revolucionaria, cartesiana en tanto que inicialmente democrática, deísta y nudista, regicida y reglamentista, que habría de inmortalizar, e idealizar, Eugène Delacroix en 1831, ya bajo el reinado, en plenitud de los tiempos constitucionales y liberales, de *Su Burguesa Majestad*, Luis Felipe de Orleans.

El sino trágico de la efímera, pero muy pregnante, dentro y fuera de España, Constitución gaditana, que habría levitado entre Europa y América, desde Portugal y Sicilia hasta México o Brasil, sin olvidar a los heroicos *Decembristas* rusos sublevados, en San Petersburgo y Kiev, en el invierno

*** SWIFT, G., *El país del agua*, trad. de E. Hegewicz, Anagrama, Barcelona, 1998 (1.ª ed. en español, 1992; 1.ª ed. en inglés, Londres, William Heinemann, 1983), cap. XLIX. *De la construcción de Imperios*, pp. 284-285; la cita, en la p. 284. El autor –nacido en la capital londinense en 1949– de este relato novelado de las clases del profesor de Historia Thomas Crick, tan peculiares que en ellas nada se dice de fechas, batallas o héroes, y sí apenas del pasado familiar del propio maestro, en su vieja lucha contra los pantanosos *Fens* ingleses, la región situada en el Condado de Cambridge, al este de la isla de Gran Bretaña, que prefiere explicar antes que dictar el tradicional y amable programa de la asignatura, y a pesar de las amenazas e imposiciones de los directores de la Escuela, fue premiado por la *Royal Society of Literature* británica.

de 1825 contra el zar Alejandro I –paradójicamente, el primer monarca europeo que reconoció su validez y vigencia, con su *Manifiesto de concertación*, de 17 de octubre, del *Tratado de alianza* entre Rusia y España, de 8 de julio de 1812–, ha sido el de suscitar, antaño y hogaño, la radicalización, tanto en el siglo XIX como en el XX, de las posiciones políticas y de las interpretaciones históricas surgidas en su seno o nacidas para abortarla¹. Sin ella, no es posible entender el liberalismo antiabsolutista, de discutible originalidad, idealista y nacionalista, unificador y uniformador de la vida de ciudadanos que no se tenían ya por súbditos, en campaña frente a su contendiente de lid política, y no pocas veces penal o criminal, la crítica reaccionaria, y descalificadora, de la tradición conservadora. Que era temerosa enemiga de los extremismos propiciados por el populismo demagógico, utópico y retórico, que quería asaltar las barricadas corporativas de la sociedad del Antiguo Régimen, a fin de transformar a vasallos, y sometidos (*subiecti*), en liberados –que no igualitarios, por igualados– habitantes de idealizadas *civitates* de la Antigüedad clásica. A diferencia de los *Diarios de sesiones*, o mejor dicho, *de las discusiones y actas*, de las Cortes de Cádiz, que han de ser vistos, no como fuente para la Historia constitucional, sino ellos mismos obras de Historia constitucional, en lo que respecta a la Constitución de 1812 resulta anacrónicamente deletéreo pretender creer que es la legitimadora del Estado liberal de Derecho que, a la hora y desde la hora de 1978, para España, se quiere social y democrático: es decir, el basamento jurídico-político del manipulable mito de una Constitución *subyacente* o *continua* que, identificando a una Nación, la española –con olvido, o no, de las Américas virreinales, provinciales o coloniales, al gusto del intérprete–, con un Estado unitario, el liberal, renacería, incólume y conveniente e históricamente descontextualizada, casi dos siglos después².

En la monografía citada, su autor, Manuel Moreno Alonso, proporciona una crítica lúcida y ecuánime, también articulada, de la Constitución doceañista, cuyo propósito declarado es el de superar los vetustos tópicos interpretativos

¹ De la ciclópea bibliografía sobre las Cortes y la Constitución gaditanas, se presenta como obra de conjunto, actualizada y multidisciplinar, de procura omnicompreensiva, a cuyo director dedica Manuel MORENO ALONSO, precisamente, su contribución, «en reconocimiento al extraordinario impulso que, en el Bicentenario, ha dado a la inteligibilidad y comprensión de la Constitución de Cádiz, a la que ha sacado del círculo vicioso de la historiografía conmemorativa» (pp. 7, y 210), la de J. A. ESCUDERO (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, 3 vols., Espasa y Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2011. En ella, MORENO ALONSO, M., «Blanco White y la influencia de la Constitución de 1812 en Inglaterra», vol. III, pp. 515-523.

² Unos *entuerto*s que se pueden *desfacer*, ahora con absoluta comodidad lectora y sin intermediaciones deformadoras, debido a la pulcra edición restaurada del texto original, gracias a MARTÍNEZ PÉREZ, F., (ed.), *Constitución en Cortes. El debate constituyente, 1811-1812*, Universidad Autónoma, Madrid, 2011, con paso previo por su orientada, sucinta y clarificadora *Introducción*, pp. 9-16.

Dedicada esta obra, tan oportunamente, a la memoria de Carmen Muñoz de Bustillo Romero, me sumo aquí, en modesto homenaje, sea cual sea su sede –que siempre será, por cierto, la de este *Anuario*, en el que ella publicó varias contribuciones–, al recuerdo de tan entrañable amiga, colega y excelente profesora de la Universidad de Sevilla, en su atractiva personalidad y peculiar, y crítico, sentido del humor.

románticos y los ulteriores nacionalistas identitarios, todos los cuales, por cierto, han sobrevivido, en mayor o menor grado, y con mayor o menor éxito, hasta nuestros días de bizantinas, en ocasiones, bicentenarias, y nada gratuitas, conmemoraciones. Investigador y editor de la obra, y la vida, de José María Blanco White, al parecer, fue la preparación de las *Cartas de Juan Sintierra*, escritas en 1811 y 1812 –en las que, por cierto, Blanco se avino, como contrario que era a la existencia de la vagarosa Constitución *histórica* española, a que «tener una Constitución (*positiva*), sea cual fuere, es mejor que no tener ninguna o tenerla dudosa y casi olvidada» (p. 9)–, al hilo de los debates en Cortes, lo que le suscitó la idea de redactar una moderna crítica al texto fundamental gaditano³. Su exégesis pasa, desde luego –hay que convenir con Moreno Alonso–, por la debelación de un pasado que nunca existió, en pos de eso a lo que Antonio Machado, ya durante el primer Centenario, en *Nuestro patriotismo y la marcha de Cádiz*, de 2 de febrero de 1908, exhortó con inteligente, y poco aprovechado, convencimiento, según habrían de demostrar el paso del tiempo y la irreflexión de sus coetáneas generaciones:

«Luchemos por libertarnos del culto supersticioso del pasado» (p. 14).

³ BLANCO WHITE, J. M., *Cartas de Juan Sintierra. Crítica de las Cortes de Cádiz*, edición de Manuel Moreno Alonso, Universidad, Sevilla, 1990, p. 137. Y, sobre este mismo autor, con autoría del propio editor y biógrafo que protagoniza estas páginas recensoras: MORENO ALONSO, M., «Las ideas políticas de *El Español*», en la *Revista de Estudios Políticos (REP)*, Madrid, 39 (1984), pp. 65-106; *Id.*, «La independencia de las colonias americanas y la política de Cádiz (1810-1814) en *El Español* de Blanco White», en B. TORRES RAMÍREZ y J. J. HERNÁNDEZ PALOMO (coords.), *Andalucía y América en el siglo XIX. Actas de las V Jornadas de Andalucía y América de la Universidad de Santa María de la Rábida*, 2 vols., Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), Escuela de Estudios Hispanoamericanos (EEHA), Sevilla, 1986, vol. I, pp. 83-128; *Id.*, «La masonería española ante Blanco White», en J. A. FERRER BENIMELI (coord.), *Masonería, política y sociedad*, 2 vols., S. I. (¿Zaragoza?), Centro de Estudios Históricos de la Masonería Española (CEHME), 1989, vol. I, pp. 341-366; *Id.*, «Las ideas constitucionales de Blanco White», en VV. AA., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, a cargo de J. CANO BUESO, Tecnos, 1989, pp. 521-544; *Id.*, *Cartas de Inglaterra* de J. M. Blanco White, ed. de..., Alianza, Madrid, 1989; *Id.*, «La política americana de la Junta Suprema de Sevilla. (La crítica a las instituciones de Blanco White)», en B. TORRES RAMÍREZ (coord.), *La influencia andaluza en los núcleos urbanos americanos. Actas de las VII Jornadas de Andalucía y América de la Universidad de Santa María de la Rábida*, 2 vols., Huelva, Diputación, 1990, vol. II, pp. 71-92; *Id.*, *Diálogos argelinos y otros ensayos* de J. M. BLANCO WHITE, ed. y estudio preliminar de..., Alfar, Sevilla, 1991; *Id.*, *Conversaciones americanas y otros escritos sobre España y sus Indias* de J. M. Blanco White, ed. de..., Ediciones de Cultura Hispánica, Madrid, 1993; *Id.*, «La ciencia española en España y América, durante la Guerra de la Independencia, ante Blanco White», en A. GIL NOVALES (coord.), *Ciencia e Independencia política*, Del Orto, Madrid, 1996, pp. 223-245; *Id.*, *Blanco White, la obsesión de España*, Alfar, Sevilla, 1997; *Id.*, *Bosquejo del comercio de esclavos y reflexiones sobre el tráfico considerado moral, política y cristianamente* de J. M. BLANCO WHITE, ed. de..., Alfar, Sevilla, 1999; *Id.*, «La aventura liberal de Don José María Blanco White», en A. GIL NOVALES (coord.), *La Revolución Liberal. Actas del Congreso sobre la Revolución liberal española en su diversidad peninsular (e insular), y americana*, Del Orto, Madrid, 2001, pp. 193-201; *Id.*, *José María Blanco White y el problema de la intolerancia en España*, Caja San Fernando, Sevilla, 2002; *Id.*, *Divina libertad. La aventura liberal de Don José María Blanco White, 1808-1824*, Alfar, Sevilla, 2002; e *Id.*, *Vida y obras de Blanco White* de M. MÉNDEZ BEJARANO, ed. de..., Renacimiento, Sevilla, 2009.

I. A PROPÓSITO DE MANUEL MORENO ALONSO Y SU *CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ: UNA OBRA DE SÍNTESIS Y UN AUTOR QUE CONSTITUYE TODA UNA BIBLIOTECA, SOBRE LA GUERRA DE LA INDEPENDENCIA Y EL CÁDIZ DE LAS CORTES*

Ese machadiano *culto supersticioso* del pasado constitucional, y constituyente, gaditano, como peligrosa sirte a la hora de navegar por la arqueología del sentimiento nacional español –verbigracia, frente a lo que es interpretado, por algunos, como *acoso* por parte de otros nacionalismos periféricos peninsulares–, que es la que siempre acecha cuando lo que sus indagadores quieren es, en realidad y de verdad, conmemorarse a sí mismos y no a sus antepasados, tal como ellos fueron, y no como se desearía que fuesen, en una determinada época, lo cifra Manuel Moreno Alonso en varios espejismos y mitografías, que persigue estoquear con cúmulo argumentativo, ya anunciado en su declaración de principios de la *Introducción* (pp. 13-23). Para él, la Constitución doceañista no habría fundado la *civilización* política, por mor de la cual la España contemporánea se hizo inteligible. Y ello porque el loado *Código Sagrado* no fue exponente de la identidad nacional, ni tampoco sujeto principal del devenir histórico hispano. Según se ha apuntado, no sustentó la estructura normativa de legitimación, ni el paradigma legal y político de un nuevo Estado que, más que liberal en 1812, se quiere presentar en 2012 como *democrático*, cuando la democracia brilla, muchas veces, por su ausencia en el texto fundamental, elaborado, como era característico del Despotismo ilustrado en el que habían nacido, crecido y sido educados los diputados gaditanos, para el pueblo, pero sin el pueblo.

Muy seguro se muestra Moreno Alonso de que el Estado liberal español no tuvo su origen en el Cádiz de las Cortes, sino en la Guerra de la Independencia (pp. 16, 54 ss., y 185 ss.). Es su tesis original, fruto sazonado, no de una obra concreta, sino de toda una dilatada y consagrada vida de estudio e investigación. A su juicio, el Antiguo Régimen no quebró, en el primer tercio del siglo XIX, por obra de la Constitución de 1812, sino a causa de la Guerra, y la conciencia revolucionaria que cuajó con la crisis de 1808, prolongada hasta 1810, el año de apertura de las Cortes⁴. Está claro que los liberales, de principios del XIX,

⁴ MORENO ALONSO, M., *La generación española de 1808*, Alianza, Madrid, 1989; *Id.*, «La *Gazeta diaria de Londres* en Sevilla», en el *Archivo Hispalense. Revista histórica, literaria y artística*, Sevilla, LXXII, 220 (1989), pp. 203-212; *Id.*, «La política americana de la Junta Suprema de Sevilla», en VV. AA., *La influencia andaluza en los núcleos urbanos americanos. Actas de las VII Jornadas de Andalucía y América*, 2 vols., EEHA, Sevilla, 1990, vol. II, 71-91; *Id.*, «Mito y tragedia del Empecinado», en *Historia 16*, Madrid, 185 (1991), pp. 31-53; *Id.*, «La lucha por la opinión en la Guerra de la Independencia», en *Historia 16*, 208 (1993), pp. 25-36; *Id.*, «El colaboracionismo de los afrancesados», en *Historia 16*, 216 (1994), pp. 33-42; *Id.*, *Sevilla napoleónica*, Alfar, Sevilla, 1995; *Id.*, «La Corte de El Intruso», en *Historia 16*, 231 (1995), pp. 33-44; *Id.*, «España, uncida al carro de la República francesa: Segundo Centenario del Tratado de San Ildefonso», en *Historia 16*, 244 (1996), pp. 57-63; *Id.*, «La vida de todos los días en una ciudad ocupada: España en tiempos de José Bonaparte», en *Historia 16*, 247 (1996), pp. 39-48; *Id.*, «La prensa española independentista en Inglaterra», en el *Homenaje al Doctor Don José Antonio Calderón Quijano*, CSIC, EEHA, Sevilla,

no eran los demócratas del primero o del último tercio del xx, por lo que sobrarían las asimilaciones interesadas de estos a aquellos, por medio de interpretaciones historiográficas anacrónicas, por anticipatorias y presentistas. La

1997, pp. 503-512; *Id.*, *La revolución «santa» de Sevilla: la revuelta popular de 1808*, Caja San Fernando de Sevilla y Jerez, Sevilla, 1997; *Id.*, *Los españoles durante la ocupación napoleónica: la vida cotidiana en la vorágine*, Algazara, Málaga, 1997; *Id.*, «El asesinato de Lord Perceval», *Historia 16*, 260 (1997), pp. 26-39; *Id.*, «El Ejército de la Junta Suprema de Sevilla», en VV. AA., *Milicia y Sociedad en la Baja Andalucía (siglos xviii y xix)*, Deimos, Madrid, 1999, pp. 441-464; *Id.*, «La Guerra del Conde de Toreno», en *La Aventura de la Historia*, Alianza Editorial, Madrid, 19 (2000), pp. 109-110 (como muestra de numerosas y periódicas colaboraciones de *Historia Contemporánea*); *Id.*, *La Junta Suprema de Sevilla*, Alfar, Sevilla, 2001; *Id.*, «La fabricación de Fernando VII», en *Ayer*, Madrid, 41 (2001), pp. 17-41; *Id.*, «La obsesión ilustrada por la reforma del Ejército en España: el fracaso del modelo prusiano», en VV. AA., *Milicia y Sociedad ilustrada en España y América (1750-1800)*, 2 vols., Deimos, Madrid, 2003, vol. I, pp. 205-230; *Id.*, «Las relaciones con Inglaterra», en A. MORALES MOYA (coord.), *1802. España entre dos siglos*, 3 vols., Sociedad Estatal de Conmemoraciones Culturales, Madrid, 2003, vol. II, pp. 321-330; *Id.*, «Los campos de España durante la ocupación napoleónica», en *Espacio y Tiempo. Revista de Ciencias Humanas*, Escuela Universitaria de Magisterio, 17 Sevilla (2003), pp. 173-190; *Id.*, *Napoleón. La aventura de España*, Sílex, Madrid, 2004; *Id.*, «La Gazeta de Ayamonte», en las *Actas de las VII Jornadas sobre Historia de Ayamonte*, Ayamonte, Ayuntamiento, 2004, pp. 113-126; *Id.*, «La vida diaria en las ciudades españolas bajo la ocupación napoleónica», en VV. AA., *Conflicto y sociedad civil en la España napoleónica. Actas de las V Jornadas sobre la Batalla de Bailén y la España Contemporánea*, Jaén, Universidad, 2004, pp. 21-45; *Id.*, *Napoleón, ciudadano emperador*, Alfar, Sevilla, 2005; *Id.*, «La Guerra del Inglés en la Guerra de la Independencia», en P. CASTAÑEDA DELGADO (coord.), *Las Guerras en el primer tercio del siglo xix en España y América*, 2 vols., Deimos, Madrid, 2005, vol. I, pp. 321-340; *Id.*, *Las cosas de España en Inglaterra. Un país en la mirada del otro*, Alfar, Sevilla, 2007; *Id.*, *José Bonaparte. Un republicano en el trono de España*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2008; *Id.*, «Sevilla en la Guerra de la Independencia», en J. A. FÍLTER RODRÍGUEZ (coord.), *La Guerra de la Independencia en la Provincia de Sevilla. Actas de las V Jornadas de Historia sobre la Provincia de Sevilla*, Asociación Provincial Sevillana de Cronistas e Investigadores Locales, Sevilla, 2008, pp. 23-48; *Id.*, «Los hombres del Intruso», en F. MIRANDA RUBIO (coord.), *Guerra, Sociedad y Política (1808-1814)*, 2 vols., Universidad Pública de Navarra, Gobierno de Navarra e Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 2008, vol. I, pp. 485-506; *Id.*, *Autobiografía de José de Palafox y Melcí*, prólogo de..., Espuela de Plata, Sevilla, 2008; *Id.*, «Los Ayacuchos», en VV. AA., *La Era Isabelina y la Revolución, 1843-1875. Actas de las XIII Jornadas Nacionales de Historia Militar*, Cátedra General Castaños, Sevilla, 2009, pp. 169-215, en CD-ROM; *Id.*, «1808: la Nación en armas», en J. VELASCO ROZADO y F. CARANTOÑA ÁLVAREZ (coords.), *1808-2008. La Guerra de la Independencia en Asturias: la historia, 200 años después*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2009, pp. 41-58; *Id.*, «La Guerra de la Independencia: la bibliografía del Bicentenario», en *Historia Social*, 64 (2009), Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, pp. 139-162; *Id.*, *El nacimiento de una Nación. Sevilla, capital de una Nación en guerra (1808-1810)*, Cátedra, Madrid, 2010; *Id.*, «Entre Aranjuez y Sevilla en 1808», en VV. AA., *De Aranjuez a Cádiz, por la Libertad y la Constitución. Bicentenario de la Junta Central Suprema, 1808-2008*, Ayuntamiento del Real Sitio y Villa, Aranjuez, 2010, pp. 37-74; *Id.*, *La verdadera historia del asedio napoleónico de Cádiz, 1810-1812*, Sílex, Madrid, 2011; *Id.*, *La rebelión de las provincias en España. Los grandes días de la Junta Suprema de Sevilla (1808-1810)* de F. SAAVEDRA, ed. de..., Alfar, Sevilla, 2011; *Id.*, «La Guerra desde Sevilla: el tiempo de la Junta Central», en VV. AA., *La Guerra de la Independencia en el mosaico peninsular (1808-1814)*, Burgos, Universidad, 2011, pp. 317-334; *Id.*, «El sitio de Cádiz: el último reducto libre», en *La Aventura de la Historia*, Madrid, 154 (2011), pp. 36-41; *Id.*, *El Alcázar de Sevilla en la Guerra de la Independencia. Un lugar de memoria nacional*, Patronato del Alcázar, Sevilla, 2011; *Id.*, *Sevilla napoleónica*, 2.ª ed., Universidad, Sevilla, 2011 (1.ª ed., 1990); e *Id.*, «El asedio de Cádiz: el gran error de Napoleón», en *Andalucía en la Historia*, Fundación Pública Andaluza «Centro de Estudios Andaluces», Sevilla, 35 (2012), pp. 8-15.

Revolución liberal, todo lo incipiente o imperfecta que se quiera, en su versión hispánica, no habría sido el legado de la Constitución gaditana, puesto que el auténtico movimiento revolucionario fue hijo de la Guerra antinapoleónica de liberación patria. Es más, el aporte jurídico y político revolucionario de la Constitución de 1812 habría sido historiográficamente distorsionado, por intereses políticos, y desde luego, quedado hipertrofiado, dada su propia fugacidad de vigencia. Lo que explica, pero claro es que no justifica, el *mito constitucional* erigido en Cádiz, en su mayor parte generado por su abrupto final, el de la restauración absolutista de Fernando VII, con su Real Decreto de 4 de mayo de 1814. El *Deseado*, pronto el *Rey Felón*, fue el auténtico artífice del mito martirial constitucional de 1812, y de sus facultades supuestamente taumatúrgicas de los males políticos, sociales y económicos de España. De ahí que Jorge de Esteban, en su *Epílogo*, titulado *El éxito de un fracaso* (pp. 435-440), editado en sobretiro, repare, precisamente, en esta paradoja, de que el primer fracaso de la Constitución doceañista, con sus valores de limitación del poder absoluto y de legitimación de un nuevo participativo poder de parte de los gobernados, fue, a la larga, un éxito, que le impulsó como modelo europeo y americano, y le condujo al *Tienio Constitucional* de 1820 a 1823. Como se puede fácilmente imaginar, del *mito* de 1812 es muy fácil pasar a la invención, y consolidarla, de un pasado que nunca existió, pero que beneficia urgencias, intereses y necesidades políticas del presente. Así, por ejemplo, el análisis de la naturaleza política del liberalismo doceañista, en sus fuentes doctrinales y su práctica gubernativa o legisladora, desvela numerosas limitaciones y errores, como el de su exagerado contenido católico e intolerancia religiosa, que terminó siendo pecado capital del texto fundamental del liberalismo radical. Por otra parte, llama la atención que a los diputados liberales, reunidos en Cádiz, nunca les preocupase, ni se les ocurriera conseguir, la posterior aprobación de su texto constitucional por parte de la Nación, actuando, de este modo, de una forma tan absolutista como un monarca absoluto. En cualquier caso, guste más o menos, desde el hundimiento de los regímenes comunistas o del socialismo real, tras la caída del Muro de Berlín en 1989, y la desintegración de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), en 1991, la vieja revolución liberal sigue situada en el origen de la contemporaneidad⁵.

⁵ Los hitos principales en la empresa debeladora de la mitología política de las Cortes de Cádiz son, en la obra de M. MORENO ALONSO, «Quince cartas sobre el Liberalismo histórico español», en *REP*, Madrid, 28 (1982), pp. 211-226; *Id.*, «Lord Holland y los orígenes del Liberalismo español», en *REP*, 36 (1983), pp. 181-217; *Id.*, «Los asuntos políticos de España (1831-1840), en los *Diarios* de Lord Holland», en la *Revista de Historia Contemporánea*, Sevilla, 3 (1985), pp. 33-53; *Id.*, «La Revolución liberal de 1820 ante la opinión pública española», en *REP*, 52 (1986), pp. 91-110; *Id.*, «Las confesiones políticas de Don Agustín de Argüelles», en *REP*, 54 (1986), pp. 223-261; *Id.*, «Principios políticos y razones personales para la reforma del Estado en España, 1805-1840 (de la correspondencia inédita de M. J. Quintana con Lord Holland)», en *REP*, 70 (1990), pp. 289-338; *Id.*, «Las *Insinuaciones* sobre las Cortes de John Allen», en la *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, 33 (1994), pp. 237-310; *Id.*, *La forja del Liberalismo en España. Los amigos españoles de Lord Holland, 1793-1840*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997; *Id.*, «La España de Lady Holland», en las *Actas del IV Congreso Internacional de Hispanistas*, Burdeos, 2000, pp. 117-130; *Id.*, *Ensayos sobre la Intolerancia*, Caja San Fernando, Sevilla, 2001; *Id.*, *Las Cortes de Cádiz*,

Precisamente la Historia Contemporánea, como Profesor Titular de la Universidad de Sevilla que es, en su Facultad de Geografía e Historia, constituye la especialidad de Manuel Moreno Alonso, sevillano nacido en 1951, que ha impartido también, o imparte, las asignaturas de *Historia Contemporánea de Andalucía* y de *Tendencias Historiográficas actuales*. Tras licenciarse en Historia y Arte por la misma Universidad Hispalense, en ella se doctoró con una temprana tesis de grado sobre la *Historiografía Romántica Española*, en 1976. Desde luego, como todo historiador sevillano, que forzosamente crece bajo la sombra gigantesca de ese providente árbol de la ciencia que es la Escuela de Estudios Hispanoamericanos, y bebe a orillas de ese venero irradiador que es el Archivo General de Indias, a ambas maternas instituciones rindió tributo, sobre todo en sus comienzos investigadores, Moreno Alonso, aunque nunca ha dejado de cultivar la especialidad, pero ya decididamente volcada en su vertiente política contemporánea de americanista, que no de moderno indianista o de social y económico historiador del Antiguo Régimen en Ultramar⁶. Iniciada su carrera docente como Catedrático de Instituto de Geografía e

Sarriá, Málaga, 2001; *Id.*, «Los amigos liberales ingleses», en E. LA PARRA y G. RUIZ ALEDÓN (eds.), *El Primer Liberalismo. España-Europa, una perspectiva comparada*, Biblioteca Valenciana, Valencia, 2003, pp. 185-212; *Id.*, *El miedo a la libertad en España. Ensayos sobre Liberalismo y Nacionalismo*, Alfar, Sevilla, 2006; *Id.*, *Examen de los delitos de infidelidad a la patria* de F. J. REINOSO, ed. de..., Alfar, Sevilla, 2009; e *Id.*, *Cartas a Lord Holland sobre los sucesos políticos de España en la segunda época constitucional* de M. J. QUINTANA, ed. de..., Alfar, Sevilla, 2010.

⁶ MORENO ALONSO, M., «Aspectos económicos de Canarias a finales del Antiguo Régimen», en F. MORALES PADRÓN (coord.), *Actas del III Coloquio de Historia Canario-Americana*, 2 vols., Las Palmas, Cabildo Insular de Gran Canaria, 1980, vol. I, pp. 293-316; *Id.*, «América española en el pensamiento de Voltaire», en el *Anuario de Estudios Americanos (AEA)*, Sevilla, 38 (1981), pp. 57-100; *Id.*, «La Renta del Excusado en las Islas Canarias a finales del Antiguo Régimen» y «Las Islas del Atlántico Sur y el Imperialismo británico en el siglo XIX», en las *Actas del V Coloquio de Historia Canario-Americana*, coordinadas por F. MORALES PADRÓN, 4 vols., Las Palmas, Cabildo de Gran Canaria, 1985, vol. II, pp. 585-612 y vol. IV, pp. 673-678; *Id.*, «Aguardientes y alcoholismo en el México colonial», en los *Cuadernos Hispanoamericanos (CH-A)*, Madrid, 424 (1985), pp. 81-96; *Id.*, «América ante los pilotos de Ayamonte. El derrotero de las Indias de Benito Alonso Barrozo», en B. TORRES RAMÍREZ y J. J. HERNÁNDEZ PALOMO (coords.), *Andalucía y América en el siglo XVII. Actas de las III Jornadas de Andalucía y América de la Universidad de Santa María de la Rábida*, 2 vols., CSIC/EEHA, 1985, vol. I, pp. 385-411; *Id.*, «Canto a Cortés en Ulúa, en 1808», en *CH-A*, 431 (1986), pp. 160-168; *Id.*, «La política americana de las Cortes de Cádiz», en *CH-A*, 460 (1988), pp. 71-90; *Id.*, «El estancamiento económico de las Islas Canarias en la época de Carlos III», en las *Actas del Congreso Internacional sobre «Carlos III y la Ilustración»*, 3 vols., Ministerio de Cultura, Madrid, 1989, vol. II, pp. 493-509; *Id.*, «Los amigos ingleses de San Martín», en L. NAVARRO GARCÍA (coord.), *José de San Martín y su tiempo*, Universidad, Sevilla, 1990, pp. 65-90; *Id.*, «El mundo por descubrir en la Historiografía del Descubrimiento: *La Gran Conquista de Ultramar*», en las *Actas del Congreso de Historia del Descubrimiento, 1492-1556*, 4 vols., Real Academia de la Historia, Madrid, 1992, vol. IV, pp. 285-308; *Id.*, «El movimiento de insurrección del Río de la Plata en la Embajada de España en Londres», en M. J. SARABIA VIEJO (coord.), *Europa e Iberoamérica. Cinco siglos de intercambios*, 3 vols., Junta de Andalucía, Sevilla, 1992, vol. III, pp. 603-622; *Id.*, «Los hombres de la Sierra de Huelva en las Indias», en B. Torres Ramírez (coord.), *Huelva y América. Actas de las XI Jornadas de Andalucía y América de la Universidad de Santa María de la Rábida*, 2 vols., Huelva, Diputación Provincial, 1993, vol. I, pp. 11-26; *Id.*, «La santa trinidad de la democracia en Lima, en el I Centenario de la Revolución Francesa», en J. A. FERRER BENIMELI (coord.), *Masonería española y americana*, 2 vols., S. I., CEHME, 1993, vol. II, pp. 727-736; *Id.*, *Las ilusiones americanas de Don Juan Valera y otros Estudios sobre España y América*, Alfar, Sevilla, 2003; *Id.*, «Consideraciones de Humboldt sobre

Historia, amplió estudios, con posterioridad, en Inglaterra, Francia, Austria e Italia, interesándose, especialmente, por las relaciones exteriores de España en la época de las Revoluciones europeas decimonónicas. Durante siete años, trabajó en Londres, en el Colegio Español y el *University College*, y, a lo largo de esta estancia, pudo elaborar un *Catálogo* de los documentos históricos andaluces existentes en el *British Museum*. Redactó, en 1981, basándose en una notable información bibliográfica, una *Historia General de Andalucía*⁷. En 1990 fue galardonado con el premio *Ciudad de Sevilla*, por su monografía intitulada *Sevilla napoleónica*. Miembro de *La Société Napoléonienne Internationale-International Napoleonic Society*, Moreno Alonso también ha sido distinguido, más recientemente, en 2009, con el premio de biografías *Antonio Domínguez Ortiz*, otorgado por la Fundación José Manuel Lara y la Fundación CajaSur-Obra Social y Cultural, precisamente con una obra dedicada a *El mundo de un historiador: Antonio Domínguez Ortiz*, que es una semblanza intelectual del maestro de historiadores, en el año en que se cumplía el centenario de su nacimiento, sobre su formación y trayectoria, investigadora y profesional, junto con su retrato humano⁸.

las élites indianas», en M. C. GARCÍA BERNAL *et alii* (coords.), *Élites urbanas en Hispanoamérica: de la Conquista a la Independencia*, Universidad, Sevilla, 2005, pp. 175-188; e *Id.*, «Pablo Morillo, un marino en el Ejército de Tierra Firme», en la *Revista General de Marina*, Madrid, CCLVII, 8-9 (agosto-septiembre, 2009), pp. 283-293.

⁷ MORENO ALONSO, M., *Colonización agraria y poblamiento en la Sierra de Huelva: Rosal de la Frontera en el siglo XIX*, Huelva, Caja Rural Provincial, 1978; *Id.*, *La vida rural en la Sierra de Huelva: Alajar*, prólogo de A. DOMÍNGUEZ ORTIZ, Huelva, Instituto de Estudios Onubenses Padre Marchena, 1979; *Id.*, *Historia general de Andalucía*, Argantonio y Ediciones Andaluzas, Sevilla, 1981; *Id.*, «Despoblamiento y emigración en la Sierra de Huelva», en *Agricultura y Sociedad*, Madrid, 25 (1982), pp. 202-224 (en colaboración con L. M. ALVENTOSA BERNABÉU); *Id.*, «Una visión crítica de Andalucía en el siglo XVIII», en la *Revista de Occidente*, Madrid, 13 (1982), pp. 77-92; *Id.*, *Historia de Andalucía*, Caja y Monte de Córdoba, CajaSur, Córdoba, 1995; *Id.*, *Retrato de familia andaluza con las Indias al fondo: el «Memorial» de El Pintado (1697-1780)*, Alfar, Sevilla, 2000; *Id.*, «Ayamonte en los tiempos de El Pintado», en las *Actas de las V Jornadas sobre Historia de Ayamonte*, Ayuntamiento de Ayamonte, 2001, pp. 155-173; *Id.*, «La invención del bandolerismo romántico», en las *Actas de las IV Jornadas sobre el Bandolerismo en Andalucía*, Ayuntamiento, Lucena, 2001, pp. 59-102; *Id.*, *La Nueva Población de Rosal de la Frontera*, Alfar, Sevilla, 2003; *Id.*, *Bandoleros, disidentes, desafectos y expatriados: rebeldes*, coordinación y prólogo de R. GARCÍA CÁRCCEL, DeBolsillo, Barcelona, 2006 (en colaboración con J. TORTELLA CASARES); *Id.*, «Sobre la vida privada de una familia de comerciantes de Huelva con las Indias», en F. NAVARRO ANTOLÍN (coord.), *Orbis incognitus: avisos y legajos del Nuevo Mundo. Homenaje al Profesor Luis Navarro García*, 2 vols., Universidad, Huelva, 2007, vol. II, pp. 59-65; *Id.*, «Andalucía en la Guerra de la Independencia», en la *Revista de Historia Militar*, Madrid, extra 1 (2008), pp. 91-113; e *Id.*, *Los Solesio. Historia de una familia andaluza, 1780-1901*, Alfar, Sevilla, 2009.

⁸ MORENO ALONSO, M., *La Revolución Francesa en la historiografía española del siglo XIX*, Sevilla, Universidad, 1979; *Id.*, *Historiografía Romántica Española. Introducción al estudio de la Historia en el siglo XIX*, Universidad, Sevilla, 1979; *Id.*, «Alborotos en Osuna durante la Guerra de Sucesión», en el *Archivo Hispalense*, Sevilla, LXV, 200 (1982), pp. 63-86; *Id.*, «La Revolución española de 1868 en Inglaterra», en la *Revista de Historia Contemporánea*, Sevilla, 2 (1983), pp. 49-93; *Id.*, «Masonería y curriculum liberal: el *cursus honorum* del fundador del Gran Oriente Nacional de España», en J. A. FERRER BENIMELI (COORD.), *La Masonería en la España del siglo XIX*, 2 vols., Junta de Castilla y León, Valladolid, 1987, vol. II, pp. 743-757; *Id.*, «La lucha contra los masones en España hacia 1820: razones contemporáneas de una persecución», en J. A. FERRER BENIMELI (COORD.), *La Masonería en la Historia de España. Actas del I Symposium de Metodología Aplicada a la Historia de la Masonería Española*, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1989, pp. 39-53; *Id.*, «The

II. LA HISTORIOGRAFÍA CRÍTICA SOBRE LAS CORTES Y LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ: UN ACTIVO VALEDOR DE SU CRECIENTE, Y NUTRIDA, CONSOLIDACIÓN

Es *La Constitución de Cádiz*, en la versión crítica de la personal mirada de Manuel Moreno Alonso, una obra de madurez, concebida como una síntesis,

Dialogue between Hernán Cortés and William Penn, and the Romantic Image of the Conquistador in England», en el *Bulletin of Hispanic Studies*, Liverpool, University Press, LXVI, 2 (1989), pp. 141-154; *Id.*, «Las ilusiones americanas de Don Juan Valera», en *AEA*, Sevilla, 46 (1989), pp. 519-568; *Id.*, «Fenomenología de los movimientos revolucionarios europeos del siglo XIX en la obra de Galdós», en las *Actas del III Congreso Internacional de Estudios Galdosianos*, 2 vols., Las Palmas, Cabildo de Gran Canaria, 1990, vol. I, pp. 119-136; *Id.*, «Cartas de París durante la Revolución. Domingo de Iriarte», en E. DE DIEGO GARCÍA *et alii* (coords.), *Repercusiones de la Revolución Francesa en España*, Universidad Complutense, Madrid, 1990, pp. 761-889; *Id.*, «Sandoval el masón, o las Memorias masónicas de un español refugiado en Inglaterra durante la Ominosa Década», en J. A. FERRER BENIMELI (coord.), *Masonería, Revolución y Reacción*, 2 vols., Instituto Juan Gil-Albert, Alicante, 1990, vol. II, pp. 1055-1074; *Id.*, «Las colonias británicas: Canadá y el Caribe inglés, 1765-1825», en L. NAVARRO GARCÍA (coord.), *Historia de las Américas*, 3 vols., Sevilla, Universidad y Alhambra, 1991, vol. III, pp. 407-424; *Id.*, *Memorias inéditas de un ministro ilustrado: Francisco Saavedra*, ed. de..., Rodríguez Castillejo, Sevilla, 1991; *Id.*, «España contra la Revolución Francesa (1793-1795)», en *Historia* 16, 212 (1993), pp. 31-39; *Id.*, «La familia de León Roch y la familia en España en la época de la Restauración», en las *Actas del IV Congreso Internacional de Estudios Galdosianos*, 2 vols., Cabildo de Gran Canaria, Las Palmas, 1993, vol. I, pp. 227-239; *Id.*, «Un español en París ante la fiesta revolucionaria», en el *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, Madrid, 23 (1996), pp. 23-32; *Id.*, «Romanticismo e Historia nacional», en la *Revista de Historia Contemporánea*, 9-10 (1999-2000), pp. 13-24; *Id.*, «La imagen del Emperador en la historiografía romántica», en VV. AA., *El Emperador Carlos y su tiempo. Actas de las IX Jornadas Nacionales de Historia Militar*, Deimos, Madrid, 2000, pp. 1079-1098; *Id.*, *La literatura del Desastre: una crítica histórica desde la otra cara del espejo*, Alfar, Sevilla, 2000; *Id.*, «Del mito al logos en la Historiografía liberal: la Monarquía hispana en la Historia política del siglo XIX», en C. REYERO HERMOSILLA y J. MARTÍNEZ MILLÁN (coords.), *El Siglo de Carlos V y Felipe II. La construcción de los mitos en el siglo XIX*, 2 vols., Sociedad Estatal para la Conmemoración de los Centenarios de Felipe II y Carlos V, Madrid, 2000, vol. II, pp. 101-120; *Id.*, «La cultura de la República portuguesa ante los republicanos españoles», en M.ª C. PARIAS SÁINZ DE ROZAS *et alii* (coords.), *Comunicación, Historia y Sociedad. Homenaje a Alfonso Braojos*, Universidad y Ayuntamiento, Sevilla, 2001, pp. 253-270; *Id.*, «La Guerra de Sucesión española en la Corte de Versalles», en VV. AA., *La Guerra de Sucesión en España y América. Actas de las X Jornadas Nacionales de Historia Militar*, Deimos, Madrid, 2001, pp. 875-896; *Id.*, *Aventuras de Gil Blas de Santillana*, ed. e introducción de..., Alfar, Sevilla, 2001; *Id.*, *Las ilusiones americanas de Don Juan Valera y otros estudios sobre España y América*, Alfar, Sevilla, 2003; *Id.*, *Ingleses, franceses y prusianos en España: entre la Ilustración y el Romanticismo*, Alfar, Sevilla, 2004; *Id.*, «El Imperio. Un sueño imposible», en *La Aventura de la Historia*, 74 (2004), pp. 73-81; *Id.*, «El problema del arquitecto en la España del siglo XVII: el ejemplo de Alonso Cano», en *Arte, Arqueología e Historia*, Córdoba, 13 (2006), pp. 70-76; *Id.*, «Las invenciones de los románticos: imaginación y fabulaciones en la recreación de la figura del bandolero», en *Andalucía en la Historia*, Sevilla, 22 (2008), pp. 24-29; *Id.*, «El descubrimiento de la conspiración del Duque de Medinasideña», en el *Homenaje a Antonio Domínguez Ortiz*, coordinado por J. L. CASTELLANO CASTELLANO y M. L. LÓPEZ-GUADALUPE MUÑOZ, 3 vols., Universidad y Junta de Andalucía, Granada, 2008, vol. II, pp. 603-632; *Id.*, «La tentación inglesa, 1823-1833», en M. PEÑA DÍAZ (coord.), *Las Españas que (no) pudieron ser: herejías, exilios y otras conciencias (siglos XVI-XX)*, Universidad, Huelva, 2009, pp. 147-156; *Id.*, *El mundo de un historiador: Antonio Domínguez Ortiz*, Fundación José Manuel Lara, Sevilla, 2009; e *Id.*, «Extracto de entrevista a Antonio Domínguez Ortiz», en *Andalucía en la Historia*, 26 (2009), pp. 12-13.

no, en su mayor parte, de obras ajenas, aunque sean aludidas y utilizadas con profusa generosidad, sino de aportaciones y contribuciones monográficas propias, generadas a lo largo de más de treinta años de esforzada dedicación a una misma, continuada y coherente línea de investigación. De ahí que se haya querido dejar, antes, citada constancia de esa desmesurada biblioteca, tan sumamente especializada, que el autor ha escrito antes para poder, ahora, construir, con solvente conocimiento de causa, en primera persona, su propia concepción interpretativa acerca del texto fundamental, y fundante, de 1812, verdadero protagonista último, y nunca velado, de dicha su bibliografía de objetivo focalizado en la crisis constitucional del Antiguo Régimen. Tal síntesis transita, ante el lector, nutrida con decantadas ideas, al margen de que algunas puedan ser más o menos discutidas o compartidas, y transida de incitaciones y sugerencias. Qué duda cabe que Moreno Alonso es autoridad en la materia, y que en ella hace gala de un espíritu inquieto e inquisitivo, ecuánime e independiente. Como investigador, trasluce su voluntad de desprenderse del mayor número de apriorismos indagatorios e interpretativos posibles, cuestionándose las bases explicativas de casi todo. De esa forma, hace honor a la observación ruselliana, por incumplirla en su caso, por fortuna, de la fuerza inmensamente mayor que en los seres humanos tienen las asociaciones psicológicas primitivas sobre las posteriores. Y ello le resulta extraordinariamente útil, como se ha indicado, en su programa historiográfico principal, debelatorio, en manifiesto modo, de parte de la *mitología* de Cádiz, conformada en la labor de sus Cortes y en la concepción de su Constitución. Todo lo cual se expresa a través de un deliberado estilo literario sencillo, dinámico y fluido, como cauce vertebrador de las ideas con él expuestas. Un estilo válido tanto para la alta investigación como para la escogida divulgación, que no siempre puede ser de cuestiones atrayentes o fácilmente comprensibles, pero que con la habilidad en el manejo de los manifiestos resortes lingüísticos, y literarios, ello permite compensar la aridez de ciertos temas.

Desde luego, la visión de la Constitución de 1812 que nos ofrece Manuel Moreno Alonso no es la de un jurista. Pero, conviene advertir, desde un principio, que sí se muestra atento a lo jurídico, no despreciando en absoluto —lo que resultaría suicida, cierto es, dado el objeto historiográfico que ha decidido estudiar—, el mundo del Derecho. Reconoce, con acierto a mi juicio, que la suya es una Historia social y biográfica, y convendría añadir que sustantivamente política, que se aleja todo lo posible de la Historia estructural e *intelectualizante*. Se entiende por esta última aquella que hace abstracción de los individuos en beneficio de las ideas, o de conceptos que, sin aquellos, pierden no poco de su sentido. Es terminante, por tanto, y muy convencida, su adscripción metodológica: «En todo momento he querido poner a los actores en el centro del sistema. Pues, incluso en un tema como éste, la delimitación de los actores colectivos, individuales, formales o informales, supone entender lo político dentro de lo social» (p. 22). El lector avisado, y avisado, de inmediato columbrará la ínsita dificultad de anotar, articuladamente, una Constitución por parte de quien no es un constitucionalista, ni siquiera un jurista, o mejor aún, un historiador del Derecho, en este caso, constitucional. Porque la obra aquí comentada es eso,

básicamente, y ante todo: una edición anotada de la Constitución de Cádiz, junto con su célebre *Discurso preliminar*, inexistente hasta ahora, explicada artículo por artículo, en sus nada menos que 384 preceptos, precedida de una introducción crítica. No obstante, dicha *Introducción* constituye toda una compendiada exégesis del texto fundamental, con sus 221 páginas, que procuran enmarcar el sentido último de dicho articulado constitucional, desplegado entre las páginas 223 y 355, para concluir con el indicado *Discurso preliminar*, en tanto que fundamental documento del primer liberalismo español, que transcurre de la 357 a la 434. El propósito es trazado en el seno de los modestos límites de lo meramente didáctico: una sencilla introducción al conocimiento del primer texto constitucional histórico, alejada de lo teórico y en procura de una mejor comprensión práctica de la Constitución gaditana, tanto en su contenido como en su significación última (p. 15). Aunque el comentador también aclara que prescinde de hacer una presentación del contenido material de la Constitución, así como de su marco histórico, las corrientes doctrinales de la época o su proceso de elaboración. Todo ello excedería del limitado espacio destinado a las notas, así como de una *Introducción* ceñida a la consideración de algunas cuestiones críticas previas, insoslayables para una posterior mejor comprensión del significado del texto constitucional doceañista.

Dado que la *Introducción* ha sido concebida, y plasmada, en el ámbito de una acendrada y contrastada competencia, que es el de la Historia política y social, no se advierten fallas o ausencias, errores o confusiones jurídicas, en ella, de relieve. Por el contrario, la obligada índole exegética de la segunda parte del libro, su edición anotada de la Constitución de 1812, revela, sí en este caso, ciertas comprensibles deficiencias de formación o pericia en Derecho, nunca por acción, dada la prudencia profesada y ejercida por el autor-anotador, pero sí por omisión. Basten tres muestras de ello. Notable omisión es la ausencia de referencias, fundadas en la pertinente bibliografía iushistórica, más allá de la cita obligada de Francisco Tomás y Valiente, al origen, sentido, contenido y función de las *leyes fundamentales* del Antiguo Régimen, o Constitución *histórica* de la Monarquía española, que lo era desde los remotos tiempos de la independiente Monarquía visigoda, heredada, cual mito jurídico-político, en la Edad Media, desde el Reino astur hasta la reunificada Monarquía de los Reyes Católicos. Invocadas aquellas *leyes fundamentales* en el preámbulo de su Constitución *política* (p. 226, nota núm. 5), al alba secular de tiempos posrevolucionarios, los de la Francia de 1789, requieren de una mínima explanación, al menos –qué, cuáles, cómo y por qué eran como eran–, puesto que, después de Cádiz y de 1812, comenzó a haber otra cosa, hasta cierto punto, desde luego, y resulta imprescindible conocer lo que había para tratar de comprender lo que habrá. En términos cinematográficos, hay momentos en los que el director-autor debe *poner cemento* en la cámara, y detenerse en la narración-intelección del decurso de los acontecimientos históricos, para posibilitar futuras íntegras comprensiones. Nada es lo que se aporta, por otra parte, sobre la vital institución del refrendo, y la responsabilidad del refrendante, que lo era el secretario de Estado y del Despacho del ramo al que el asunto correspondiese, teniendo

que firmar todas las órdenes del Rey al respecto, de acuerdo con el artículo 225, lo que suponía una radical transformación de la esencia del Poder Ejecutivo, y de sus consecuentes relaciones e implicaciones respecto al Legislativo y el Judicial, entre el Antiguo Régimen absolutista y el Nuevo Régimen liberal constitucional (p. 300, nota núm. 229). Por último, tampoco nada se dice, en el ámbito de la administración de justicia, sobre los recursos de fuerza interpuestos, ante las autoridades civiles o temporales, por el clero y los religiosos, contra las sentencias dictadas por toda clase de tribunales y jueces eclesiásticos, previstos en el artículo 261.8.º de la Constitución (pp. 310 y 312, notas núms. 263 y 267), cuando es sabido lo mucho que influye lo religioso, y lo jurisdiccional eclesiástico, en la formación, conformación y hasta deformación del texto fundamental de 1812, y en la vida orgánica, funcional y competencial de las Cortes de 1810-1813⁹.

Uno de los varios atributos de la monografía que entretiene estas líneas, de Manuel Moreno Alonso, es el de su excelencia pedagógica. Casi podría decirse que, en paralelo a los constituyentes gaditanos, que proyectaron su Constitución como una especie de *Catecismo político*, con el que debían ser adoctrinados los niños en las escuelas, su crítico intérprete contemporáneo ha diseñado su estudio como un paralelo manual docente de atractiva aproximación al texto fundamental de la Historia constitucional española, portador de criterios personales de análisis, inteligibilidad y enjuiciamiento, coetáneos y actuales, del mismo. Así, es por ello por lo que, en su extensa *Introducción*, que, como se ha podido ver, adopta las proporciones de un volumen exento, su *Índice* (p. 11), expresivamente conceptualizador, refiere y remite a esencias de la propia Constitución de 1812, o de su proceso parlamentario, y preparlamentario, de gestación. Su mera lectura lo es de las más indicativas, seguras y gananciosas sentencias conclusivas. Sea suficiente su mera enumeración, como prueba, y plétora, de tamaña síntesis, analítica, si es permitida la paradoja: la *solución constitu-*

⁹ He aquí el recuerdo de los textos y disposiciones de referencia, aludidos, siendo más las cursivas:

«Las Cortes Generales y Extraordinarias de la Nación española, bien convencidas, después del más detenido examen y madura deliberación, de que *las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas providencias y precauciones*, que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento, *podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación*, decretan la siguiente Constitución política, para el buen gobierno y recta administración del Estado» (pp. 226-227).

«Art. 225. *Todas las órdenes del Rey deberán ir firmadas por el Secretario del Despacho del ramo a que el asunto corresponda*. Ningún Tribunal, ni persona pública, dará cumplimiento a la orden que carezca de este requisito.

Art. 226. Los Secretarios del Despacho serán responsables a las Cortes de las órdenes que autoricen contra la Constitución o las leyes, sin que les sirva de excusa haberlo mandado el Rey» (p. 300).

«Art. 261. *Toca a este Tribunal Supremo*: [...]

Octavo. *Conocer de los recursos de fuerza* de todos los Tribunales eclesiásticos superiores de la Corte. [...]» (pp. 309 y 310).

«Art. 266. Les pertenecerá (*a las Audiencias*), asimismo, conocer de los recursos de fuerza que se introduzcan, de los Tribunales y autoridades eclesiásticas de su territorio» (p. 312).

cional, la historia de una utopía, en el principio fue la Guerra de la Independencia, el problema de la originalidad, la asimetría del «Código Sagrado», las máscaras de la libertad, la cuestión americana, ¡O Constitución o muerte!, la ilusión constitucional... En este mismo sentido, la ilustración de la cubierta, seleccionada por Moreno Alonso no sólo para ornato de su libro, y de la colección en la que se integra, de Ediciones Alfar, la mayor parte de cuyos títulos ha salido de la pluma, o el torno de alfarero, de nuestro autor, que, además de una biblioteca y una entera bibliografía, también es, por sí sólo, toda una Editorial, posee todo el acierto de la identificación pedagógica que es compartida a uno y otro lado del Bicentenario. Se trata de un grabado, muy conocido como todos los suyos, de Francisco de Goya, *Lux ex tenebris*, depositado en el Museo del Prado. Tras pintar la *Alegoría de la adopción de la Constitución de 1812*, hoy en el *National Museum* de Estocolmo, Goya la representó, en efecto, como una luz procedente de las tinieblas, que es idea, y referencia latina, bíblica, del *Génesis*, 1, 4. La publicidad política, aunque provenga de un genio universal como el aragonés de Fuendetodos, siempre ha de ser comprensivamente directa y esquemática, tranquilizadora y aduladora: una nueva era, por gracia de cierta letra impresa, que significa el fin de los males históricos, y todo por obra de una radiante y alba doncella, divina libertad iconografiada, portadora de una copia encuadernada de la Constitución, del tamaño más popular, por bajo precio y uso portado en faltriquera, que era el doceavo.

En el principio de la Historia constitucional de España, Moreno Alonso sitúa, interrogándose por el porqué de *La solución constitucional* (pp. 23-32), con acierto no sólo político, por cierto, sino también jurídico, la cuestión de la legitimidad, y la oportunidad de su legitimación. El pueblo, como fuente de legitimación, tuvo que dar un paso al frente, más inconsciente que consciente, cuando la legitimidad, la única secularmente posible, la regia, había primero quebrado, y luego dimitido. La quiebra se había evidenciado en el otoño de 1807, en los llamados *Sucesos*, seguidos del *Proceso, de El Escorial*, que envolvían nada menos que un confuso, pero frustrado, intento de regicidio, el de Carlos IV, por parte de su heredero, hijo y Príncipe de Asturias, Fernando VII. Las dimisiones, o abdicaciones, de Bayona, en la primavera de 1808, ante Napoleón Bonaparte, fueron inducidas por el conocido como *Motín de Aranjuez*, después del cual, un Rey de derecho divino, *por la gracia de Dios*, Carlos IV, abdicó, el 19 de marzo de 1808, en su hijo, el príncipe Fernando. Por vez primera, el orden constitucional del Antiguo Régimen, el de sus *leyes fundamentales*, se resquebrajó, ya para siempre. El acto violento del motín, y su consecuente abdicación, eran ilegales: el monarca había actuado coaccionado, y su sucesor recibido la Corona sin intervención de las Cortes, pese a tratarse del hecho *grave y arduo*, previsto en la legislación vigente, que era la de la *Nueva Recopilación*, VI, 7, 2, de 1567, puesto que había quedado suprimido el papel protagónico, en tal circunstancia, de las Cortes, en la *Novísima* de 1805. Ya en Bayona, los españoles motejados de *afrancesados*, en 1808, como luego los loados como *patriotas* en Cádiz, en 1810, tuvieron que laborar por una nueva definición de la Nación, que enterrase la aberración política que había

sufrido. Una nueva Constitución, ya no sentida como histórica, que se tenía por insuficiente, sino positiva, con constancia certificada de existencia y concreción de límites, debía asegurar una *patria* a quienes, los españoles, de ambos hemisferios, ya no la tenían: en efecto, el *pater* inmortal, los *dos cuerpos* del soberano, habían, claudicado uno, y sido prisionero el otro. ¿Es concebible, ya siquiera sostenible, una soberanía reclusa? De ahí que los diputados gaditanos llegasen a hablar, con el tiempo y sin exageración lógica, la lógica jurídico-política del Antiguo Régimen que les anclaba, de una Constitución *inmortal*. Al *corpus* simbólico y eterno del soberano había que oponer otra eternidad, tan inmaterial y material, por representativa y soberana, como la del monarca. Pero, en la práctica, como va desgranando Moreno Alonso, la *solución* constitucional no pudo evitar que se manifestasen sus terrenales imperfecciones: la *demasiada definición* que temía Lord Holland que imposibilitase su cumplimiento, lo impracticable que resultaba la combinación de una increíble minuciosidad reglamentaria con una continuada desobediencia, las inconsecuencias en la consideración de que el pueblo aparecía como el primer sujeto de la vida política española, y otros numerosos defectos (su estilo arrogante, su pretendida infalibilidad, su afán por estar presente en todos los aspectos de la vida nacional, su carencia de una declaración de grandes principios y cohesionados derechos fundamentales, su marcada intolerancia en algunas cuestiones)... No supieron los diputados doceañistas, más literatos que políticos, más revolucionarios *liberales* que *burgueses* los más influyentes entre ellos (Argüelles, Toreno), evitar que su obra constitucional terminase convirtiéndose en causa de enfrentamiento entre dos Españas, la liberal y la conservadora o reaccionaria. Su ideal de libertad abstracta convertía en ilusoria, e irrealizable, la acción política derivada del texto fundamental gaditano. De ahí que éste sólo influyese en países aquejados de una crónica inestabilidad constitucional, como ocurría en España: Portugal, Nápoles, Sicilia, Cerdeña, Piamonte, la Rusia de los Decembristas de 1825... Porque, en efecto, en la España de 1808 a 1813, Moreno Alonso prefiere hablar de revolución *liberal* antes que *burguesa*, impulsada por las clases medias, profesionales y administrativas, con el apoyo de una parte del clero y de la oficialidad del ejército, que, con la guerra, se habría de convertir en un notable instrumento de movilidad social.

La Constitución de Cádiz fue, por tanto, la *Historia de una utopía* (pp. 32-53), la más grande de la Historia moderna peninsular, la del *principado popular*, que representaba a la soberanía nacional; y la de la *feliz revolución* hispana, que pretendía, de modo incongruente para un Imperio colonial, ser la Constitución universal del mundo hispánico, sobreentendidamente católico. Pero, como toda utopía, también poseyó un carácter coercitivo. Su utopismo transpira en el sorprendente, por inconsecuente, intento de convertir en Nación *universal* a la Monarquía Católica, extendiendo lo que acababa de nacer en la vieja metrópoli a tres continentes: además de Europa, la España europea, a Ultramar o las Indias de América y Asia, y el África de donde se alimentaba el tráfico de esclavos. No extraña, pues, que los diputados doceañistas se topasen con la imposibilidad de universalizar el concepto de *ciudadanía*, motivo por el

cual, tuvieron que admitir la existencia, llamativa, de españoles no ciudadanos y de españoles ciudadanos, con diversa tipología de variables derechos y obligaciones. Por otra parte, el principio de representación de los americanos, tanto de los españoles peninsulares llegados a América como de los criollos que allí vivían, descendientes de españoles, fue original de la afrancesada *Constitución* de Bayona, en 1808, consistiendo el logro de la de Cádiz, en 1812, en el muy limitado de aprobar un régimen de sufragio universal masculino indirecto, de muy difícil aplicación, por lo demás. Pero es que, yendo todavía más lejos, la consideración igualitaria dada a los ciudadanos españoles en Ultramar se vio restringida por los propios diputados americanos, que miraban con horror la posibilidad de equiparar a indios y mestizos, y sobremanera a mulatos y negros, las *castas* que lo eran de antiguos esclavos africanos. En el debate parlamentario se podía reclamar la igualdad de los españoles americanos con los españoles peninsulares, pero siempre que por los primeros se entendiese, en realidad, a los criollos, mucho menos, y problemáticamente, a los indios y mestizos, y en absolutos a los negros, mulatos y demás discriminadas castas *pardas*. Ante la realidad social ultramarina, en Cádiz, ésta fue ocultada o negada. Y ante la realidad política, se soñó, incluso por parte de casi todos, si no todos, los sesenta y nueve diputados americanos que aparecen como firmantes del texto fundamental, el 19 de marzo de 1812, en considerar que los dominios hispanos formaban una misma y sola Monarquía, una misma y sola Nación, y una sola familia. Una familia entendida en abstracto, porque la real o concreta, excepción hecha de la regia, no existe para la Constitución gaditana, ni como grupo social, ni como factor económico. Pretende garantizar los derechos de todos los individuos, pero se olvida del individuo concreto. Tal es el estatismo que advierte en ella Moreno Alonso, que interpreta como férreo mecanismo defensivo de lo utópico, de un lado, y como coherente reacción, de otro, de unos diputados que quisieron, educados por el Despotismo ilustrado, desmontar ese mismo Despotismo en el que habían crecido y sido formados. Lo que explica, asimismo, que las Cortes de Cádiz celebrasen casi tantas sesiones secretas, hasta 817, como públicas, que fueron 916, con un criterio al que no haría ascos ningún monarca absoluto. Al igual que la predilección del cambio del orden jurídico del Antiguo Régimen por simple derogación, casi siempre tácita, y sólo excepcionalmente expresa, lo que dejaba amplio cauce de arbitrariedad a la labor del legislador y mucha mayor, si cabe, a quienes ponían la misma en ejecución. Y es que el *drama* constitucional, representado en Cádiz, de 1810 a 1813, fue el abismo que mediaba entre la utopía y la praxis, esto es, la aplicación del texto fundamental por gentes nada utópicas, los Diputados, Secretarios de Estado y del Despacho, Jefes Políticos, Intendentes y Gobernadores militares. De ahí que, durante el Trienio, de 1820 a 1823, algunos liberales radicales juzgasen que aquella segunda época constitucional sólo sería factible traicionando a la primera, por puro patriotismo: sólo así sería posible la Revolución que, en 1812, no había sido lograda, y, quizá, ni siquiera facilitada a la posteridad como se había creído¹⁰.

¹⁰ Sobre el hecho de que las Cortes de Cádiz pretendieron frenar, incluso, el proceso derogatorio abierto por la Constitución, declarando expresamente vigentes unas u otras leyes antiguas,

De acuerdo con sus recordadas contribuciones al estudio de la misma, Manuel Moreno Alonso reivindica, una vez más, *En el principio fue la Guerra de la Independencia* (pp. 54-77), que el Estado liberal no nació, en España, en el Cádiz de las Cortes, sino que fue un resultado de la Guerra por la Independencia, y de la crisis histórica, de proporciones revolucionarias, que la precipitó, tanto dinástica y jurídico-política como social, e incluso económicamente. Contrario a la mitificación que el imaginario del nacionalismo decimonónico hizo de la Constitución de 1812, y defensor de la importancia del individuo, de la conciencia individual, y de los actos y decisiones personales, sujetos de la Historia, Moreno Alonso subraya que todo comenzó con aquella Guerra revolucionaria de Independencia frente al invasor francés, que descubrió, ella y no los filósofos ilustrados o los políticos liberales, a su protagonista colectivo, el pueblo, el valor de la soberanía nacional. A su juicio, la Nación española no fue obra de las Cortes de Cádiz, sino consecuencia de la lucha atroz del pueblo en la Guerra, desde el levantamiento del 2 de Mayo en Madrid y la sorprendente victoria en Bailén, el 19 de julio de 1808. Aunque el término de *independencia* no quedó reflejado en el texto articulado de la Constitución, sí aparece, en varias ocasiones, en su *Discurso preliminar*. Ciertamente es que, temerosa de los gobiernos populares que habían alentado las Juntas Provinciales, surgidas con la rebelión antinapoleónica de los primeros meses del año 1808, la Constitución tuvo buen cuidado de cercenar cualquier atisbo de práctica democrática, como medida precautoria frente a una posible explosión revolucionaria, con ribetes de lucha fratricida. Porque la Guerra de la Independencia fue también una contienda civil entre patriotas, escindidos entre los partidarios y los detractores de la Constitución alumbrada en la isla de León. De ahí que Moreno truene contra lo que califica de enorme falseamiento histórico, que ha condicionado la historiografía y la memoria colectiva de los españoles durante generaciones: el de que habría sido la revolución política habida en Cádiz, y sus Cortes, la que marcó el tránsito del Antiguo Régimen absolutista al Nuevo Régimen constitucional, con el triunfo del régimen liberal, olvidando el protagonismo debido de la Guerra por la Independencia. Una Guerra contra el enemigo invasor, de ideario oficialmente revolucionario, que allanó el camino reformador a las Cortes, al provocar una extraordinaria desorganización administrativa, que posibilitó, por ejemplo, la oposición activa de los pueblos a continuar pagando, durante el conflicto bélico, sus rentas señoriales, lo que favorecería la abolición del régimen señorial, yendo por delante de la iniciativa legislativa de los diputados constituyentes.

En suma, para Moreno Alonso, con la Guerra de 1808 a 1813, el protagonismo desatado, con la movilización política de la sociedad, de la opinión pública y del periodismo —que no eran, ni mucho menos, un descubrimiento, ni

y los beneficios que se esperaban, para la Nación, de la tríada *Constitución-Decretos soberanos-Leyes no derogadas*, que pasó a ser un tópico, de uso frecuente por parte de diputados y ministros, es de rigor C. GARRIGA, «Constitución política y orden jurídico: el efecto derogatorio de la Constitución de Cádiz» y también «Constitución, ley, reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España (1810-1814, 1820-1823)», en C. GARRIGA y M. LORENTE, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, epílogo de B. CLAVERO, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEC, CEPyC), Madrid, 2007, pp. 119-168 y 169-258.

una invención, de los diputados gaditanos–, fue el que hizo posible la asunción de la idea de soberanía nacional, y su representación en Cortes; y el que suscitó otras nuevas ideas que, debatidas después en las Cortes, quedaron recogidas en la Constitución: las de libertad, independencia, patria, nación, pueblo, ciudadanía, soberanía, seguridad, incluso igualdad; y, por descontado, de propiedad, tan seriamente amenazada durante la contienda. Sin la Guerra, la Constitución, caso de haberlo sido, no hubiera podido, por sí misma, deshacer el nudo gordiano del Antiguo Régimen. Porque coincide el autor, con Marta Lorente y Carlos Garriga, en que el posterior Estado español no tuvo su origen en el Cádiz de las Cortes, sino que, por el contrario, en estas Cortes hubo lugar para un último experimento ilustrado, aquel que trató de reformar o *constitucionalizar* la vieja Monarquía Católica¹¹. Otro elemento integrante de la romántica mitología política de las Cortes gaditanas que queda cuestionado es, en fin, el de que Cádiz, en 1810, era una excepcional ciudad burguesa, receptiva y cosmopolita, abierta a la circulación de libros e ideas europeas, y a la opinión de la prensa extranjera, lo que habría hecho factible la *Revolución* de 1812. Y ello porque, ni todo se hizo en Cádiz, ni los intereses de los grandes comerciantes y mercaderes gaditanos condicionaron el desarrollo de las sesiones de Cortes, ni el pueblo participó en sus debates, desde las tribunas y galerías, del modo exagerado que se ha contado. Ni histórica, ni ideológicamente, lo mismo en su inspiración que en su aplicación –reitera Moreno–, lo pensado y actuado, lo decantado e impuesto en Cádiz, habría sido posible, ni se entendería, prescindiendo de la Guerra de Independencia. Y concluye, con afirmaciones discutibles, y discutidas, cuales las de creación, aún en *desideratum*, de un Estado democrático o la consecución de una Nación española, que, a su entender:

«En lo que verdaderamente consistió la ingente obra de Cádiz fue en debatir sobre el pasado, para construir, de manera que resultó fallida, el futuro, bajo una nueva forma de convivencia nacional que, eso sí, se quiere convertir en el sueño de una Nación española abierta e integrada, fundamentada en un patriotismo no sólo constitucional, sino también cultural común, asentada en un Estado tan democrático como fuerte. Posibilidad bien remota que, en el fondo, asustó a cuantos vieron, en el experimento, el asomo de un *despotismo democrático*, anunciado por la práctica de un liberalismo imposible. Era evidente que se temió la manipulación del cuerpo social y la conquista del poder por grupos anónimos, depositarios de la nueva soberanía en nombre de la igualdad y del *pueblo*, surgidos durante la Guerra por la Independencia» (p. 77).

Sobre *El problema de la originalidad* (pp. 77-95), que es un clásico recorrido por las fuentes de la Constitución de 1812, importa más el sentido que el contenido, destinado a descalificarla como texto inaugural de la Historia del constitucionalismo español, en beneficio de la de Bayona, de 1808, de la que Moreno Alonso dice que ha sido inexactamente tratada de mero Estatuto, según el modelo de Carta real otorgada, sin apenas personalidad jurídico-política.

¹¹ GARRIGA, C. y LORENTE, M., «Prólogo. *Nuestro Cádiz*, diez años después», en su *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, pp. 15-40.

Aunque no repara, ni se para en justificar –tampoco proporcionando bibliografía pertinente aclaratoria–, por qué entiende que el bayonés es texto constitucional, y no estatutario, un asunto no menor –dada la prevalencia que le atribuye, sobre el gaditano–, cuando el libro que se escribe lo es, precisamente, por entero y en exclusiva, acerca de la Constitución de Cádiz. Obviamente insertada en una cultura constitucional previa al propio debate constituyente, se da por supuesta la influencia del iusnaturalismo (Puffendorf, Vattel), en los diputados de las Cortes, pero mucho más la británica, partiendo de la doctrina de la Monarquía *mixta y equilibrada* de Locke, actualizada por Bolingbroke, Blackstone y De Lolme. El clima antiaristocrático que predominó en las Cortes propició el rechazo de una Cámara de los Lores, y frustró la preponderancia del modelo constitucional, no escrito, británico. Por el contrario, se pronuncia Moreno en pro de la influencia de la Constitución de los Estados Unidos de América, de 1787, cuyo texto fue conocido, en Cádiz, en virtud de una traducción llevada a cabo por un venezolano Doctor Villavicencio, en Filadelfia, en 1810, y dada a la luz pública, en la capital gaditana, en 1811. En los mismos debates de Cortes menudearon las referencias al texto fundamental estadounidense, e incluso fue puesto como modelo, lo que contradice la idea tradicional de su difícil asimilación, por tratarse de una Constitución republicana y democrática. Desde luego, el unicameralismo gaditano no aceptó su Parlamento bicameral, y electivo en ambas Cámaras, de Representantes al Congreso y de Senadores, pero no se mostró nada renuente hacia la rígida separación de poderes que caracteriza a la Constitución de 1787, ni al carácter marcadamente monárquico de la institución presidencial. Por supuesto, la influencia del modelo de la Constitución francesa de 1791, monárquica, unicameral y de estricta separación de poderes, resulta mucho más reconocida, y reconocible. Y sus presupuestos doctrinales, los de Montesquieu, en aspectos escasamente revolucionarios, como la superioridad de la Monarquía o la necesidad de *cuerpos*, corporaciones, intermedias, aparte de la doctrina de la división de poderes; y los muy proclamados de Rousseau, presentes en la tesis de la soberanía nacional, pero no en la de la ley como expresión de la voluntad general, por su peligro de deriva hacia el sufragio universal directo, y no hacia el deseado censitario, lo que podría conllevar que se terminase otorgando el poder a los enemigos de la Revolución. De ahí *La asimetría del «Código Sagrado»* (pp. 95-102), estructural y articulada, dado su desmesurado tratamiento de todos los poderes del Estado, por desconfianza hacia los abusos interpretativos de quienes habían de ponerlo en práctica, y aplicarlo. Desde el punto de vista normativo, llama la atención, formalmente, la indistinción entre Decretos y Órdenes de Cortes, frente a los Reales Decretos y Órdenes. A pesar de la índole uniformadora de la Constitución, el caos normativo se impuso, al mezclarse leyes, decretos, órdenes reales y de Cortes, con reglamentos, instrucciones y hasta ordenanzas. Mientras que la Constitución francesa de 1791 pudo distinguir entre ley y decreto, la española de 1812 no lo pudo hacer, dado que la ausencia del monar-

ca, Fernando VII, confinado en Francia, desaconsejaba regular el procedimiento de formación de los decretos.

Partiendo de Tocqueville, y de su admonición sobre la inteligibilidad de cualquier Historia revolucionaria, que siempre debería comenzar por la crítica de la idea misma de Revolución, tal como fue vivida por sus actores, y contada después, se deconstruye *La ilusión constitucional* (pp. 184-201). De este modo, se reafirma Manuel Moreno Alonso en su tesis fundamental, de una Constitución, de 1812, surgida de la Revolución por la Independencia, es decir, de una guerra. Por consiguiente, tampoco es cierto que hubiera supuesto un corte decisivo, un antes y un después, entre el Antiguo y el Nuevo Régimen. El discurso de ruptura sólo estaba alimentado, en realidad, por la ilusión de cambio. La transformación padecida por aquella España en guerra frente a Napoleón y José Bonaparte, durante aquellos tres años constituyentes, de 1810 a 1812, no fue una consecuencia de la Constitución, sino de la Guerra de la Independencia. Mientras que en la Revolución, la acción humana invirtió los principios tradicionales del orden social, la Constitución produjo, como máximo, una ideología de ruptura con el pasado que, a la hora de la verdad, sólo se manifestó en un reformismo moderado, que no contentó ni a unos, los liberales radicales, ni a otros, los liberales conservadores y los partidarios del Antiguo Régimen (la nobleza, el clero). El mismo espíritu constitucional, y constituyente, estaba lejos de ser democrático. En la sesiones de Cortes, muy poco se habló de libertad, y nada de igualdad. Además, la obra gaditana resultó ser retórica en no pocas ocasiones, inoportuna e inaplicable, dados los tiempos bélicos, y las condignas carencias del Erario, que corrían, a pesar de las exhibiciones emocionales y paternalistas de sus beligerantes diputados partidarios, o de sus formales rupturas institucionales. La verdadera *ruptura* revolucionaria se había producido en 1808, y no en 1812, por lo que la Constitución de Cádiz no fue un texto revolucionario, sino, en verdad, y última instancia, el intento de poner freno, y de encauzar, a la Revolución popular de 1808. A pesar de lo cual, también fracasó, como volvería a hacerlo en 1820, por el error de sus partidarios, los liberales exaltados o radicales, de pretender esperarlo todo, sin más, de la mera y propia Constitución. Pero, el fracaso propicia, por contrapeso emotivo primario, también en el ámbito político, la mitificación de lo perdido, y así ocurrió con la de 1812, mitificada como Constitución *democrática*, hecha a imagen de un pueblo que habría luchado, supuestamente, no sólo por la independencia de su patria, sino también por sus universales derechos civiles y políticos, por la libertad de todos y por la soberanía de la nación. De este modo, una Constitución se transformó en una epopeya, un relato metaliterario con el que se entendía posible alumbrar una nueva era, la de la España contemporánea. Así se entiende que, con la Restauración absolutista de Fernando VII, en 1814, puesto que nada se quería saber de nuevas épocas, y sí sólo de retornar a la antigua, su simbólica actitud fuese la de que, cuales autos de fe políticos, se quemasen numerosos ejemplares de las tres ediciones existentes, en folio, en cuarto y en octavo, de la Constitución de Cádiz, salidas de la Imprenta Real.

III. UN COLOFÓN BICENTENARIO. LA HERENCIA GADITANA Y CONSTITUCIONAL DE 1812, EN LA HISTORIA DE ESPAÑA: EL FIN DE SU *MITOLOGÍA* POLÍTICA DEMOCRÁTICA Y LA PERSISTENCIA DEL PROBLEMA DE SU *IDENTIDAD*, NACIONAL O CORPORATIVA.

Si el *mito* político de la Constitución de Cádiz se asienta en dos pilares sustentantes, los de su presunto carácter liberal o democrático y nacional, lo cierto es que la moderna Historiografía crítica, a la que figura adscrito Manuel Moreno Alonso, está mostrando, en el último cuarto de siglo, que lo que fue, en realidad, es elitista y corporativa. En *Las máscaras de la libertad* (pp. 102-135), se ventila, precisamente, la primera de dichas cuestiones. Las Cortes constituyentes adoptaron una concepción muy poco igualitaria, en efecto muy elitista, del liberalismo político, y también del social y económico, fundado en que sólo una pequeña parte del pueblo era la que debía gobernar la sociedad, y asegurar la aplicación de sus derechos civiles y libertades políticas. ¿Cuál? La formada por varones blancos, ricos e ilustrados. El principio liberal de igualdad formal se rompía al prescribir que únicamente serían ciudadanos españoles los que, «por ambas líneas, traen su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios» (art. 18). Por lo tanto, no todos los *españoles* eran *ciudadanos*, ni podían gozar de su condición de tales. Quedó excluida, de la ciudadanía, la población africana y sus mezclas (negros y criollos, negros e indígenas), que constituían las malhadadas *castas*, que sólo excepcionalmente (art. 22), podían alcanzar el estatuto de ciudadano. Del que también quedaron marginados los indios no católicos, paganos o *no civilizados* por consiguiente (art. 335.10.º). Sin embargo, todos los españoles, fueran europeos o americanos, indígenas o mestizos, mulatos o negros, y también filipinos o asiáticos, eran iguales a la hora de afrontar sus obligaciones comunes, que no, por supuesto, sus inexistentes o muy precarios derechos: el amor a la patria, siendo justos y benéficos (art. 6); la fidelidad a la Constitución, la obediencia a las leyes y el respeto a las autoridades establecidas (art. 7); la contribución, en proporción a sus haberes, para los gastos del Estado (art. 8); y la defensa de la Patria con las armas (art. 9). ¿Cabe más neto enmascaramiento de la libertad? Por otra parte, resulta llamativo que una Constitución tan pretendidamente racional, centralista y uniformadora, no dejase fijada una carrera administrativa para su élite rectora y ejecutora. De modo que el régimen liberal constitucional hubo de extraer, en origen, su personal dirigente, también entre 1820 y 1823, de las Diputaciones Provinciales, que nutrirían de partidarios a las Direcciones Generales y los Ministerios o Secretarías de Estado y del Despacho.

Desde luego, la Constitución de Cádiz excluyó, de hecho, a todos aquellos que no abrazasen el ideario liberal que en ella se profesaba, dividiendo a los españoles, más o menos implícitamente, en *buenos* y *malos*, sin que previese siquiera medidas de reconciliación entre unos y otros, pese al idealismo de muchos discursos y debates, parlamentarios y extraparlamentarios. Resulta incongruente, por demás, que, proclamado el principio de soberanía nacional

desde la primera sesión de sus Cortes constituyentes, el 24 de septiembre de 1810, luego no se preocupase nadie de dejar fundamentada una nueva visión, revolucionaria y liberal, de la organización del poder político. Por otra parte, más que de la índole popular de la Constitución gaditana, en el seno de una Guerra, la de la Independencia, considerada como eminentemente popular, hay que hablar de una consciente voluntad de hacerla popular. De ahí que se le atribuyesen todas las ceremonias, festejos y distinciones exteriores de la soberanía, propias de los monarcas absolutos del Antiguo Régimen: concurrencia de las autoridades y del pueblo a su solemne publicación, procesiones, besamanos, misas de acción de gracias, cantos de *Te Deum*, luminarias, salvas de artillería, representaciones teatrales, música de pasacalles, repartos de pan en las plazas públicas... Así mismo, una manifestación añadida de elitismo puede ser considerada la del planteamiento estrictamente centralizador, que se hizo derivar de la doctrina de la soberanía nacional, de la Constitución de 1812, que tuvo por efecto, entre otras cosas, la máxima limitación de la autonomía municipal. Los diputados constituyentes quisieron unir, más estrechamente, el Imperio a la Metrópoli, amplificando, de este modo, el centralismo propio de la Monarquía absoluta, antes de 1808. Ninguna autonomía pudieron obtener los diputados americanos para sus provincias y cabildos, e inútil resultó ser su intento de persuasión, a la mayoría peninsular, para que les concedieran la igualdad en la representación.

La impronta católica de la Constitución debe ser interpretada como otra falla de su condición presuntamente democrática. Su intolerancia religiosa fue una concesión, cierto es, no al pueblo cristiano y católico, sino a la dura e intransigente oposición realista. Hasta el punto de dar por supuesta, como causa suspensiva del ejercicio de la ciudadanía, la infidelidad religiosa. Se comprende por qué, entonces, Moreno Alonso insiste en uno de sus *leitmotiv* preferidos, el de la Constitución de Cádiz como abismo del cauce revolucionario, jurídico y político, abierto con la guerra; y lo inexplicable del tópico que la transmutó en revolucionaria, cuando era conservadora. Pese a lo cual, para protegerla de sus enemigos, que lo fueron hasta 1823 (la aristocracia y el clero, los señores y los regidores perpetuos, los magistrados, jueces y curiales, entre otros), los liberales, que se gloriaban de patriotas *incorruptibles*, bajo el lema de *¡O Constitución o muerte!* (pp. 162-184), crearon la Milicia Nacional en 1822, y antes, en 1812, se obligó a los diputados a prestar el juramento de la Constitución o, en caso contrario, ser declarados *indignos*, privados de los bienes y expatriados. Surgida en una excepcional situación bélica, puesto que el sitio y cerco de Cádiz por los franceses, entre febrero de 1810 y agosto de 1812, favoreció las reformas, sin posibilidad de protesta, de las Cortes, la Constitución no pudo disimular que había nacido para contener el miedo: a la igualdad revolucionaria, a la libertad, al reconocimiento de derechos en los dominios americanos, al Rey, a la Iglesia, al Ejército, e incluso a la opinión pública; y «miedo, por encima de todo, a las novedades y a la democracia» (p. 128). En el fondo, miedo al poder popular y revolucionario. Martínez de la Rosa, futuro artífice del Estatuto Real de 1834, llegó a proponer, en Cortes, que fuera condenado a muerte quien

impulsase reforma o alteración alguna del texto constitucional. De ahí que no resulte superflua, en modo alguno, la relación contrapuesta de elementos conservadores y liberales que Moreno detecta en el texto constitucional doceañista:

- «– El carácter monárquico del sistema (art. 14).
- La confesionalidad radical del Estado (art. 12).
- La ausencia de una carta específica de derechos y la regulación asistemática de éstos, que incluye sólo derechos de libertad y los referidos, primordialmente, al proceso judicial [libertad civil (art. 4), propiedad (arts. 4, 172.10.º, 294 y 304), libertad personal (art. 172.11.º), libertad de imprenta (arts. 131.24.º y 371), igualdad (no privilegios del art. 172.9.º), igualdad contributiva (art. 339), inviolabilidad del domicilio (art. 306), derecho al juez natural (art. 247), derecho a un proceso público (art. 302), arbitraje (art. 280), *habeas corpus* (arts. 291 y ss.), y principio de *nulla pena sine lege*].
- La concepción muy restringida de la ciudadanía para el ejercicio de derechos.
- El sufragio censitario (se requiere saber leer y escribir para ejercer el voto), y tener una renta anual proporcionada, ‘procedente de bienes propios’.
- La representación política es indirecta, de tercer nivel [los ciudadanos forman las Juntas electorales de Parroquia, éstas eligen a las Juntas de Partido, y éstas, a su vez, a las Juntas de Provincia, que son las que, finalmente, eligen a los diputados (arts. 34-103)].
- La no prohibición y el abuso implícito de la esclavitud (art. 22).
- La suspensión de derechos a los sirvientes domésticos y a las personas sin empleos, oficio o modo de vivir conocido (art. 25.3.º).
- La posibilidad del veto suspensivo de las leyes por parte del Rey (arts. 144 y ss.).

De otro lado, entre los elementos liberales del texto, pueden distinguirse:

- La afirmación de la soberanía nacional (art. 3).
- El concepto unitario e igualitario de la Nación, como “reunión de todos los españoles de ambos hemisferios” (art. 1).
- La supremacía de la Constitución (arts. 372-374); y reconocimiento de la acción popular para la defensa de la Constitución (art. 373).
- La enorme rigidez constitucional (arts. 375-384).
- El poder limitado del Rey (arts. 171-172).
- La responsabilidad penal de los Secretarios del Despacho (arts. 131.25.º, 226, 228, 229).
- La intangibilidad de las Cortes: no pueden ser suspendidas, ni disueltas.
- La inviolabilidad e inmunidad de los diputados (art. 128).
- El amplio poder normativo de las Cortes: leyes y decretos (art. 131).
- La previsión de una Diputación Permanente de las Cortes, para velar por los poderes de éstas en los recesos parlamentarios» [pp. 127-128].

En su complementaria edición anotada de la Constitución de 1812 (pp. 223-355), y de su *Discurso preliminar* (pp. 357-434), Manuel Moreno Alonso procura poner en relación sus comentarios, articulados, con los paralelos, similares o equivalentes preceptos del Estatuto de Bayona, de 1808, con los *Diarios de discusiones y actas, y de sesiones*, de las Cortes, y con memorias de

autores y obras doctrinales significadas, fundamentalmente coetáneas (de Jove-llanos, Quintana, Argüelles, Blanco White). Aclara, no obstante, en su *Sobre la presente edición* (pp. 201-205), a la que sigue una *Selección de ediciones de la Constitución* (pp. 205-206), y la escogida *Aproximación bibliográfica* (pp. 206-221), que las notas, nada menos que 399 para el texto constitucional, y otras 70 para el del *Discurso*, por falta de espacio, resultan de obligada reducida extensión, y que ha evitado la comparación con Constituciones posteriores, puesto que no le interesa ocuparse del marco histórico de la de Cádiz, ni de apuntar las corrientes doctrinales de la época, ni su proceso de elaboración, dado que su objetivo ha sido el de incitar a una mejor comprensión de la Constitución de 1812, planteando, para ello, las necesarias consideraciones críticas, propias de la amplia *Introducción*.

Pues bien, la naturaleza democrática de la Constitución doceañista se ha ido derruyendo, en los últimos años, ante la expresa constatación de su larga relación de excluidos o *marginados* de la condición plena de sujeto de derechos, que era la de *ciudadano* español: las mujeres, los indígenas, los negros libres y las castas *pardas*, los esclavos, los criados o sirvientes domésticos, los gitanos, los pobres y deudores, los regulares de las Órdenes religiosas, por descontado los que no profesasen la religión católica (otros cristianos, reformados o protestantes, los judíos, los musulmanes, los animistas, los deístas, agnósticos o ateos), e incluso los analfabetos, que se hallaban en manifiesta orfandad, en el seno de un régimen político y electoral de sufragio censitario masculino... La mujer, que tan destacado papel jugó, tanto en la Guerra como en la Revolución iniciada en 1808, fue totalmente discriminada por la Constitución gaditana. Sólo uno de sus artículos, el 22, hace mención de ella, y es para hablar de la *ingenua* o libre, al tratar de la concesión de carta de ciudadanía, por las Cortes, a los españoles originarios de África. Otra solitaria referencia es la de los indios *infieles*, en el artículo 335.10.º, al dar cuenta de las funciones y competencias de las Diputaciones Provinciales, que, en el caso de las de Ultramar, velaban por la economía, el orden y los progresos de las misiones de conversión de dichos indígenas no cristianizados. Esta única alusión constitucional al mundo indígena americano, en relación a su fe religiosa, dejaba de manifiesto la ignorancia de los constituyentes de Cádiz sobre una población aborigen que constituía la inmensa mayoría, respecto a la criolla. En cambio, el *trabajo*, y los *trabajadores*, no comparecen en el texto constitucional, aunque sí estuvieron presentes en sus debates.

No podía ser de otra forma, cuando los derechos eran de la Nación, con mayúscula, y no del individuo, siempre en minúscula; y entendidos, no como premisas naturales de un orden jurídico-político a constituir, sino como resultantes artificiales, *id est*, sociales, de un orden ya constituido. A la Nación correspondía la libertad, la propiedad o la seguridad. En el Antiguo Régimen lo habían sido de las Corporaciones: nobiliarias, eclesiásticas, gremios, consulados, municipios, universidades, ejército, armada, etc. Eso sí, habiendo sido identificada la Nación con el Imperio, por gracia del art. 1.º, según el cual, como es harto conocido, la Nación española se presentaba como la «reunión de

todos los españoles de ambos hemisferios». Hasta la libertad de imprenta era concebida, en el artículo 371, no como un derecho individual de expresión, sino como la facultad inherente a la educación y a la necesaria transmisión de conocimientos. Por supuesto, no había derechos individuales universales, puesto que, por ejemplo, al circunscribir, el artículo 287, a los españoles, la garantía procesal y penal de no poder ser presos sin previa información sumaria del hecho, merecedor, legalmente, de pena corporal, y acompañamiento de notificado mandamiento judicial escrito al efecto, de ello se desprendía que los extranjeros, residentes o circulantes por territorio nacional, sí podían ser metidos en prisión sin mandamiento judicial y previa noticia del sumario, e incluso por delitos no castigados con tal clase de pena, la corporal¹². Por lo demás, la falta de generosidad constitucional con la libertad y, por supuesto, con la igualdad, quedaba de relieve en el artículo 5.º, que disponía sobre la condición de *españoles*. Puesto que había que ser hombre *libre*, nacido y *avecindado* en los dominios de las Españas, los gitanos, carentes de vecindad, no eran constitucionalmente españoles. Y tampoco los esclavos, que impugnaban, con su sola existencia, el principio de generalidad de la ley, y contradecían el de la soberanía nacional, puesto que quedaba privada, de derechos políticos, una parte de los españoles, o de quienes así debían serlo; mientras que los negros libres, pero de origen africano, eran considerados españoles, pero no ciudadanos, de conformidad con los artículos 21 y 22. La obligación de contribuir todo español, en proporción a sus haberes, a los gastos del Estado, *sin distinción alguna*, del artículo 8.º, abolió, indirectamente, uno de los principales privilegios nobiliarios.

Finalmente, muy esclarecedor resultaba ser el artículo 25, que explicitaba las causas de suspensión de los derechos derivados de la condición de ciudadano español, que era la única que aseguraba la plenitud en el ejercicio de los derechos civiles y políticos. Pues bien, quedaban suspendidos de ciudadanía, tanto los deudores quebrados o insolventes (art. 25.2.º), ya que a liberales y burgueses sólo les interesaban los ciudadanos propietarios, como los sirvientes domésticos (art. 25.3.º), que se hallaban en un estado asimilado al de servidumbre. Los gitanos, antes aludidos, quedaban comprendidos en el artículo 25.4.º, que se refería a aquellos que no tenían empleo, oficio o modo de vivir conocido. A los analfabetos les atañía la previsión contenida en el artículo 25.6.º: «Desde el año de 1830, deberán saber leer y escribir los que de nuevo entren en el ejercicio de los derechos de ciudadano». Por último, en la sesión de 9 de septiembre de 1811, antes de procederse a la discusión de este reiterado artículo 25, el diputado Calatrava sugirió que se añadiese un párrafo, declarando que los derechos de ciudadano se perdían, igualmente, por la profesión en Órdenes religiosas. A lo que replicó Argüelles que no había necesidad de ello, dado que «se

¹² MARTÍNEZ PÉREZ, F., *Entre confianza y responsabilidad. La Justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, CEPyC, Madrid, 1999; *Id.*, «Juzgar sin ser juzgado. El Constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional», en M. CHUST (coord.), *Doceañismos, Constituciones e Independencias. La Constitución de 1812 y América*, Mapfre, Madrid, 2006, pp. 79-97; e *Id.*, «La constitucionalización de la Justicia (1810-1823)», en M. LORENTE SARIÑENA (coord.), *De Justicia de jueces a Justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, pp. 169-207.

deducía claramente de todo el texto de la Constitución», ya que, siempre que abordaba la cuestión de los derechos de los eclesiásticos, como ciudadanos, en las elecciones, etc., hablaba tan sólo de los seculares, pero no de los regulares (p. 242, nota núm. 71).

De ello se ha ocupado, con preferencia, Bartolomé Clavero, deteniéndose en el forzado –o sorprendentemente, no tanto, ni mucho menos– acomodamiento de la religión dentro del propio constitucionalismo, primero gaditano; en las experiencias indígenas, no criollas, de Cádiz, y también mucho antes de 1812; en la supeditación patriarcal de la mujer, pese a que el orden jurídico-político se pretendía que era constitucional y liberal; en la ubicación jurídica del trabajo por cuenta ajena bajo la misma autoridad del patriarcalismo doméstico; y en el hecho de que la esclavitud no fuese considerada, por los diputados doceañistas, y por todos los que en España fueron tales, hasta 1898, más que un problemático accidente residual, y una simple relación de dominio, que tenía cabida en un orden al mismo tiempo constitucional y patriarcal. De ahí que convenga reflexionar sobre su contundente y sentenciosa síntesis, al respecto, al mostrarse contrario a la conmemoración de una Constitución de 1812 entendida como originaria de un Cádiz liberal, cuna de la Nación española, hasta llegar a la España democrática, del Estado social de Derecho, de 1978:

«Cádiz resulta religiosamente integrista y políticamente colonialista, económicamente esclavista y culturalmente supremacista, socialmente elitista y biológicamente machogenética, esto último, el no va más del sexismo institucionalizado, ya el colmo»¹³.

¹³ CLAVERO, B., «Amos y sirvientes, ¿primer modelo constitucional?», en el *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, Madrid, 56 (1986), pp. 995-1016; *Id.*, «Cara oculta de la Constitución: sexo y trabajo», en la *Revista de las Cortes Generales*, Madrid, 10 (1987), pp. 11-25; *Id.*, «*Beati dictum*: Derecho de linaje, Economía de familia y Cultura de orden», en *AHDE*, 63-64 (1993-1994), pp. 7-148; *Id.*, «Ley del Código: transplantes y rechazos constitucionales por España y por América», en los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, Florencia, 23 (1994), pp. 81-194; *Id.*, «Cádiz entre indígenas. Lecturas y lecciones sobre la Constitución y su cultura en tierra de los mayas», en *AHDE*, 65 (1995), pp. 391-492; *Id.*, *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Trotta, Madrid, 1997; *Id.*, «¡Libraos de Ultramar! El fruto prohibido de Cádiz», en J. M. IÑURRITEGUI y J. M. PORTILLO (eds.), *Constitución de España: orígenes y destinos*, CEPyC, Madrid, 1998, pp. 109-137; *Id.*, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y Código ladino por América*, CEPyC, Madrid, 2000; *Id.*, «Cortes de Cádiz, purgatorio de naciones», en la *Revista de Libros*, Madrid, 38 (2000), pp. 30-32; *Id.*, «Cádiz como Constitución», en la *Constitución Política de la Monarquía Española promulgada en Cádiz a 19 de Marzo de 1812*, Ayuntamiento y Universidad de Cádiz, Casino Gaditano y Fundación El Monte, Sevilla, 2000, vol. II, pp. 75-265; *Id.*, *Genocidio y Justicia. La destrucción de las Indias, ayer y hoy*, Marcial Pons, Madrid, 2002; *Id.*, «Hemisferios de ciudadanía: Constitución española en la América indígena», en J. ÁLVAREZ JUNCO y J. MORENO LUZÓN (eds.), *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración. Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, CEPyC, Madrid, 2006, pp. 101-142; *Id.*, *El Orden de los Poderes. Historias constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Trotta, Madrid, 2007; e *Id.*, «Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano», en C. GARRIGA y M. LORENTE, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, pp. 447-526; la cita, en la p. 514 *ab initio*.

Además de PETIT, C., «Amos, sirvientes y comerciantes. Algo más sobre el primer modelo constitucional», en PETIT, C., (ed.), *Derecho privado y Revolución burguesa*, Marcial Pons,

Con *La cuestión americana* (pp. 135-162), se ventila, en realidad, si en Cádiz emergió la Nación española. Desde luego, la publicación en América del acta de instalación de la Junta Suprema Central, el 25 de septiembre de 1808, lo fue del primer texto *revolucionario* español, y con él, se pudo vislumbrar, aun confusamente, la posibilidad de un levantamiento popular. De ahí, de la *revolución* en España a la *independencia* de los pueblos de América, no había más que un paso, lo que no fue pasado por alto, por la Junta Central, ni luego por los diputados constituyentes. He aquí el porqué del *Manifiesto a los americanos*, decretado por la Junta el 10 de mayo de 1809, y redactado por Quintana. No cabe duda de que América, las muy diversas Américas –ya Ultramar en *provincias*, desterradas las Indias por *Reinos*–, todas diferentes pero siempre criollas, nunca indígenas, ni mulatas, jugaron un gran papel, con su representación en Cortes a la cabeza, con pretensión constitucional de igualdad de derechos para los diputados peninsulares, en el proceso de desmoronamiento formal de la Monarquía absoluta. Sin embargo, las Cortes de Cádiz, sus absolutamente mayoritarios diputados metropolitanos o peninsulares, desconocían la geografía americana, sus realidades físicas y humanas, su estado administrativo y económico. Pronto quedó claro que los constituyentes, con Argüelles a la cabeza, descubrieron América, por primera vez, en sus debates parlamentarios. La desaparición del Consejo Real de las Indias, como consecuencia de la invasión napoleónica, había agravado este desconocimiento, en la Corte, de Madrid, que era, ahora, las Cortes, en Cádiz, de los asuntos ultramarinos. Así nació, por tanto, el artículo 10:

«Título II. *Del Territorio de las Españas, su Religión y Gobierno, y los Ciudadanos Españoles.*

Capítulo I. *Del Territorio de las Españas.*

Art. 10. El territorio español comprende, en la Península con sus posesiones e islas adyacentes: Aragón, Asturias, Castilla la Vieja, Castilla la Nueva, Cataluña, Córdoba, Extremadura, Galicia, Granada, Jaén, León, Molina, Murcia, Navarra, Provincias Vascongadas, Sevilla y Valencia, las Islas Baleares y las Canarias con las demás posesiones de África.

En la América septentrional: Nueva España, con la Nueva Galicia y península de Yucatán, Guatemala, provincias internas de Oriente, provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas, y al continente, en uno y otro mar.

En la América meridional: la Nueva Granada, Venezuela, el Perú, Chile, provincias del Río de la Plata, y todas las islas adyacentes en el mar Pacífico y en el Atlántico. En el Asia, las islas Filipinas, y las que dependen de su gobierno» (pp. 233-234).

Estaba claro que la geografía constitucional gaditana no era, dijese lo que dijese sus diputados constituyentes, y al margen del plural *Españas* de su Título II y Capítulo I, la de una *Nación* en singular –pese a lo definido en su art. 1.º,

Madrid, 1990, pp. 87-122; y ÁLVAREZ ALONSO, C., «Libertad y propiedad. El primer liberalismo y la esclavitud», en *AHDE*, 65 (1995), pp. 559-583.

de la Nación española como reunión de *todos los españoles de ambos hemisferios*—, sino la de todo un Imperio. En el Capítulo IV, *De los ciudadanos españoles*, se precisaría, en su artículo 18, que eran ciudadanos aquellos «españoles que, por ambas líneas, traen su origen de los dominios españoles de ambos hemisferios, y están vecindados en cualquier pueblo de los mismos dominios». Es decir, los indígenas americanos, los americanos criollos y los españoles europeos, todos ellos eran ciudadanos. Ante *una* Nación que se extendía por América y Asia, la referencia a *ambos hemisferios* agrupaba, en la ciudadanía, a la descendencia europea, americana y asiática. Con las excepciones conocidas, y tan poco *liberales*, en teoría política, que no en práctica social y, sobre todo, económica: los esclavos, también los emancipados y los libres si procedían de África; y el olvido consabido de las mujeres. Luego, la Nación constitucionalmente configurada en Cádiz se articulaba en Ayuntamientos locales, Diputaciones provinciales y Cortes generales. Por tanto, ello suponía la continuidad política del Imperio, y la religiosa de la Monarquía absoluta y de la Iglesia católica. Como ha advertido Clavero, la declaración de derechos de la Constitución de 1812, sí existe, pero, en vez de ser solemne y categórica, lo fue discreta y circunstanciada, práctica y realista, nada revolucionaria, y menos idealista: «La Nación está obligada a conservar y proteger, por leyes sabias y justas, la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen» (art. 4.º).

Pese a que Moreno Alonso considere que se le insufla, en Cádiz, al término *felicidad de la Nación* (p. 236, notas núms. 47 y 48), que es concepto ilustrado, dieciochesco, un carácter revolucionario, en verdad, el artículo, 13, que lo emplea —«El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen»—, lo que hace es ligar tal *felicidad* a la *libre* disposición, previa adquisición, goce y disfrute, uso y abuso, de la *propiedad*, quedando innominados otros derechos que parece ni siquiera resultaba preciso concebir, constatada la presencia y protección del nuevo astro rey, liberal y burgués, del orden jurídico: el ciudadano *propietario*. Si los derechos, mejor dicho, el derecho por excelencia constitucional, el de la libre propiedad, sustenta la ciudadanía y construye una Nación, su propia existencia y ejercicio depende, está constitutivamente subordinada, a la Nación. Porque sujetos de derechos, del derecho de propiedad, no son todos los individuos, sino tan sólo aquellos que componen la Nación. Por otra parte, en Cádiz, los ciudadanos, que integran la Nación, no la constituyen, sino que es la Nación, y su Religión católica, la que constituye a los individuos, por supuesto, sin libertad de conciencia, y mucho menos de culto, público y privado: «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra» (art. 12). Adviértase que el principio de confesionalidad, dotado de los atributos de perpetuidad y veracidad, lo es nacional, que no estatal. Así quedó consagrada la intolerancia religiosa (p. 235, notas núms. 44, 45 y 46). Los curas párrocos, dado el protagonismo político de la Iglesia en la Constitución doceañista, que-

daron incorporados al proceso electoral gaditano, celebrando misas, pronunciando discursos políticos y cantando solemnes *Te Deum* en las elecciones a las Juntas de parroquia (arts. 47 y 58). Sin bautismo y catequesis, ni se era español, ni se podía acceder a la ciudadanía. En las elecciones a las Juntas de partido, tocaba misa solemne del Espíritu Santo (art. 71); al igual, pero con intervención del obispo, que en las de las Juntas de provincia (art. 86). Los diputados juraban defender primero la Religión católica, y ya después, guardar la Constitución, y ejercer bien y fielmente sus cargos (art. 117); y lo mismo hacía el Rey, al advenimiento al trono, por ese orden juramentario (art. 173); y el Príncipe de Asturias, al cumplir los catorce años de edad (art. 212). En fin, olvidando la esclavitud y la invisibilidad de la mujer, la Constitución gaditana, con su atención a una ciudadanía, con todas sus restricciones, dotada de derechos políticos –vuelve a recordar Clavero–, en el seno de una Nación participada por los indígenas de las *provincias* ultramarinas, que no todavía, oficialmente, decimonónicas *colonias*, ha adquirido, historiográficamente, credencial de democrática, por su pretensión sufragio universal. Pero, el régimen electoral indirecto y por grados no representaba, en verdad, y sí servía para cooptar entre la élite criolla, mientras los indígenas quedaban recluidos en los Ayuntamientos, sin acceso siquiera a las propias Diputaciones. Desde esta perspectiva, no resulta anacrónico cuestionar el viejo mito *liberal* de Cádiz:

«El *liberalismo* no fue el terreno de la Constitución. No sólo es que aquella minoría no lo lograra, es que ni siquiera se formuló un proyecto tal con articulación que fuera más allá de las generalidades. Del mismo modo que la existencia de liberales en Cádiz, además bien activos, cobrando protagonismo y dejando testimonio, no demuestra nada sobre lo que haya o deje de haber en la Constitución, de igual forma, no hubo *nacionalismo* porque hubiera Nación. No existía, ni base geográfica, ni condiciones culturales para ello. Hubo *patriotismo* de dinastía y religión, que podía identificarse con la España europea frente a la entronización de otra familia por parte de Francia, pero, sólo con esto, ya dejaba de serlo de la *patria* contemplada (arts. 6 y 9), y *Nación* configurada por la Constitución. De ella, de aquella Nación, por cuanto hemos visto, sencillamente no cabía *nacionalismo*»¹⁴.

La más reciente e innovadora historiografía sobre las Cortes doceañistas ha calificado a su Constitución, consecuentemente, de *jurisdiccional*, *corporativa* e *historicista*. Y ello porque no habrían configurado una Nación española, sino constitucionalizado a la vieja Monarquía Católica, por no haber dotado los libe-

¹⁴ CLAVERO, B., «Cádiz en España: signo constitucional, balance historiográfico, saldo ciudadano», pp. 486-512; la cita, en la p. 513, nota núm. 145. Además de LORENTE, M., «América en Cádiz, 1808-1812», en P. CRUZ VILLALÓN (ed.), *Los orígenes del Constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica. Un estudio comparado*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1993, pp. 17-47. Sobre la contradicción constituyente de España, el mismo Clavero ha señalado que la Nación, como categoría constitucional y sujeto político, fue creada por las Cortes de Cádiz, pero, como espacio pluricontinental, quedó identificada por la Monarquía absoluta y su territorio. De ahí el desajuste, en 1812, de una idea nacional de España que se forma de modo más restringido que el postulado por la Constitución, al ser sólo europea, sin el componente transoceánico (*Manual de Historia constitucional de España*, Alianza, Madrid, 1989, p. 43).

rales, a sus principios y derechos fundamentales, de los mecanismos institucionales que requería su aplicación: así, la ley parlamentaria no fue fuente exclusiva del derecho, ni existió la figura del juez o empleado público sometido a la ley, ni fue constituyente la Nación representada, al haber un defecto de legitimación, puesto que las Cortes representaban no sólo a la nación, sino también a otras corporaciones del Antiguo Régimen ya mencionadas (municipios, universidades, consulados), hasta el punto de hacer, del juramento constitucional, en perfecta expresión política ilustrada, una obligación religiosa. Al no ser abolida, y sí mantenida, expresamente, la prohibición de motivar las sentencias, resultó imposible diseñar instituciones judiciales encargadas de controlar la legalidad de las resoluciones judiciales, no siendo el primer Tribunal Supremo, porque no podía serlo, un Tribunal de Casación. El impacto de la Constitución sobre el orden jurídico desencadenó un efecto derogatorio, que presuponia un juicio de incompatibilidad entre el derecho *nuevo* (como portador de libertad), y el derecho *viejo* (como instrumento despótico), lo que tiñó el orden constitucional doceañista de un inevitable y marcado tono historicista.

En concreto, Marta Lorente ha acusado de representación *corporativa*, e incluso *católica*, propia del Antiguo Régimen y no de un presupuesto Estado liberal de Derecho, a la que se dio cita en Cádiz, de 1810 a 1813. Unas Cortes repletas de anómalos –por su nula representatividad provincial– diputados suplentes; de diputados propietarios elegidos de forma precipitada, defectuosa o excepcional; y de diputados americanos que eran procuradores de los Cabildos de las capitales y ciudades cabeceras de los Virreinos, limitados, con mandato representativo, por las instrucciones y poderes de sus representantes, lo que les asimilaba a gestores de intereses privados, incompatibles con unas Cortes constituyentes. El sufragio indirecto estableció filtros que distanciaban, de modo irreparable, a los parroquianos españoles de sus representantes. Un derecho de sufragio carente de garantías, por la excesiva multiplicación de sus grados, la exclusión de los privados de ciudadanía (mujeres, criados domésticos, esclavos), y la irrecorribilidad de las resoluciones, sobre capacidad de voto o condición de vecinos-ciudadanos activos y pasivos, de sus diferentes instancias electorales, que eran las de los presidentes de las Juntas y los alcaldes, entre otras, con asistencia de curas párrocos, obispos y demás autoridades eclesiásticas. Un régimen electoral modelado para respetar y perpetuar, en fin, la trama corporativa del Antiguo Régimen, todavía pujante a principios del siglo XIX. Lo que corroboran los poderes de los diputados, suplentes, provinciales, junteros y ciudadanos, ligados aún a los viejos de las Cortes tradicionales, al depender de figuras contractuales (comisión, legación), reñidas con la noción liberal de mandato *representativo*, y no imperativo, que desvinculaba a los diputados de sus electores, a fin de que pudieran representar a toda la nación. Cierto es que la Constitución de 1812, en su artículo 27, consagró el mandato representativo, pero con matices, ya que no triunfaría, en verdad, hasta la promulgación de la Constitución de 1931, en sus artículos 52 y 53. Los liberales, sin un concepto claro, permitieron que subsistiera el histórico término de *poder*, incompatible con el principio revolucionario de representación nacional, encajando, en

el artículo 100 del texto fundamental gaditano, una fórmula de poder ordinario, a semejanza de las viejas minutas de poder general que, en la Corona de Castilla, había utilizado la Corte, durante siglos, para convocar Cortes, por última vez, en 1789¹⁵.

La Nación española concebida por los constituyentes, en Cádiz, se caracterizó por ser anterior a los individuos que teóricamente la formaban, por lo que no fue el resultado de la reunión de sus voluntades. Por tanto, tal Nación era condición de posibilidad en la atribución de derechos, activos o pasivos. Como pone de relieve Lorente, si la *Nación* española, en la hora de 1812, era *corporativa y católica*, ni individual, ni laica, también lo fueron sus mecanismos representativos, de los que analiza dos de los más significados, ya aludidos: el juramento constitucional y el sufragio articulado en grados. La Constitución gaditana fue jurada por una pluralidad de sujetos: los diputados en Cortes, las autoridades civiles y eclesiásticas, las corporaciones mercantiles y universitarias, los pueblos. La existencia de este juramento deslegitima a las propias Cortes, cuya votación del texto constitucional debería haber bastado para que se entendiera vigente. Porque tal juramento no poseyó un valor reafirmatorio, sino que la obra de la Nación corporeizada en las Cortes Generales y Extraordinarias debía ser acatada, no por los individuos que supuestamente estaban en su base, sino por los verdaderos sujetos políticos existentes, que eran las indicadas corporaciones: municipales, mercantiles, universitarias, civiles, eclesiásticas, etc. Por otra parte, no cabe hablar de ciudadanía –prosigue precisando Marta Lorente–, sino en términos de catolicidad. Los pueblos juraron la Constitución, en 1812, congregados en las iglesias, durante la celebración de una ceremonia religiosa en la que los eclesiásticos leyeron el texto fundamental y tomaron el juramento de sus fieles, quienes pusieron a Dios por testigo de su compromiso constitucional. Los pueblos de las Españas, europea y americana, juraron acatar la Constitución, como antes habían jurado a los Monarcas absolutos y acatado sus decisiones. Se podría convenir, con dicha autora, que la Nación representada había ocupado el lugar del Rey; e incluso, exagerando algo, que mediando tal juramento, la Constitución no necesitaba de Cortes constituyentes, sino de «acatamiento corporativo santificado –y organizado– por la más importante de las corporaciones (*del Antiguo Régimen*), la Iglesia». Por otra parte, el nuevo *ciudadano* constitucional gaditano no era otro que un reajustado y antiguo *vecino*, que, además, no adquiriría condición de tal amparado en una declaración univer-

¹⁵ LORENTE, M., «El juramento constitucional», en *AHDE*, 65 (1995), pp. 584-632; e *Id.*, «La Nación y las Españas», en VV. AA., *La Constitución de Cádiz de 1812*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2004, pp. 73-97. Ambos estudios reproducidos, respectivamente, en C. GARRIGA y M. LORENTE, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, pp. 73-118; y M. LORENTE, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el Constitucionalismo gaditano*, Universidad Autónoma, Madrid, 2010, pp. 27-46. Todo ello junto a S. DE DIOS, «Los poderes de los Diputados», en *AHDE*, 65 (1995), pp. 405-448; e *Id.*, «Notas sobre la inviolabilidad e inmunidad de los Diputados en las Cortes de Cádiz», en *Initium. Revista Catalana d'Història del Dret*, Barcelona, 1 (1996), pp. 667-690; y F. MORELLI, «La publicación y el juramento de la Constitución de Cádiz en Hispanoamérica. Imágenes y valores, 1812-1813», en J. M. SCHOLZ y T. HERZOG (eds.), *Observation and Communication: The Construction of Realities in the Hispanic World*, Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann, 1997, pp. 133-176.

sal, producto de la voluntad *general*, sino en virtud de la determinación de su respectiva comunidad local.

A su vez, la Constitución de Cádiz no entró en vigor después de su aprobación en Cortes, sino después de ser *recibida* por autoridades y corporaciones de todo tipo. Y el juez diseñado por las Cortes doceañistas resultó ser un empleado público, sujeto al control de responsabilidad constitucional, pero no al control de legalidad de sus actuaciones, o sea, una continuación del juez castellano del siglo XVIII, del que emanaba justicia personal, y no normativa. Finalmente, la Administración no formó parte del modelo constitucional gaditano, puesto que los diputados constituyentes sólo concebían *administradores*, esto es, autoridades y empleados públicos (Secretarios de Estado y del Despacho, miembros de las Diputaciones provinciales y de los Ayuntamientos, Jefes políticos y Alcaldes constitucionales, empleados de Hacienda y de Correos), sometidos al control judicial de constitucionalidad de sus personas y actuaciones. No hubo, pues, una Administración sometida al principio de legalidad, y la responsabilidad personal de empleados y autoridades públicas impidió su articulación jerárquica, que es el elemento imprescindible para que haya una Administración¹⁶. Este modelo constitucional de Cádiz –en el que no terminaron por emerger las

¹⁶ LORENTE, M., *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, CEC, Madrid, 1988; *Id.*, «Una reflexión constitucional sobre el territorio: el abandono de los Presidios menores (siglos XVIII-XIX)», en *Initium*, Barcelona, 1 (1996), pp. 731-752; *Id.*, «Los empleados de la Redacción del *Diario de Sesiones* y la *Colección de Decretos de las Cortes Generales*», en *REP*, Madrid, 93 (1996), pp. 85-95; *Id.*, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, CEPyC, Madrid, 2001; *Id.*, «De Monarquía a Nación: la imagen de América y la cuestión de la ciudadanía hispana», en las *Actas y Estudios del XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*, coordinados por L. E. GONZÁLEZ VALES, 2 vols., Oficina del Historiador Oficial de Puerto Rico, San Juan, Puerto Rico, 2003, vol. II, pp. 447-469; *Id.*, «Del control de los hombres al control de las leyes. Parlamento y Constitución en España», en A. G. MANCA y L. LACCHÉ (coords.), *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi*, Il Mulino-Dunckler & Humblot, Bolonia-Berlín, 2003, pp. 187-211; *Id.*, «Jurisdicción, representación y territorio. La crisis de las Reales Audiencias indianas», en F. BARRIOS (coord.), *El Gobierno de un Mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispánica*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2004, pp. 1131-1172; e *Id.*, «El fracaso de la Intendencia en Honduras: la Alcaldía Mayor de Tegucigalpa (1799-1819)», en *Pacis Artis. Obra homenaje al Profesor Julio González Campos*, Universidad Autónoma y Eurolex, Madrid, 2005, pp. 2014-2044. También C. GARRIGA, y M. LORENTE, «El juez y la ley: la motivación de las sentencias. (Castilla, 1489-España, 1855)», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma*, Madrid, 1 (1997), pp. 97-142; e *Id.*, «Responsabilidad de los empleados públicos y contenciosos de la Administración (1812-1845). Una propuesta de revisión», en J. M. IÑURRITIGUI y J. M. PORTILLO (eds.), *Constitución de España: orígenes y destinos*, Madrid, 1998, pp. 215-272. Varias de estas aportaciones de M. LORENTE y C. GARRIGA, de autoría compartida o individual, han sido reeditadas en su conjunta, y recitada, *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, pp. 261-312, 313-369, 421-444; y ya en solitario, M. LORENTE, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el Constitucionalismo gaditano*, pp. 49-80, 81-106 y 135-183.

Igualmente indispensable es M. P. ALONSO ROMERO, *Orden procesal y garantías entre Antiguo Régimen y Constitucionalismo gaditano*, CEPyC, Madrid, 2008. Sin olvidar a J. M. PORTILLO VALDÉS, *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, CEPyC, Madrid, 2000; e *Id.*, *Crisis Atlántica. Autonomía e Independencia en la crisis de la Monarquía Hispánica*, Marcial Pons, Madrid, 2006; ni a A. ANNINO, y F. X. GUERRA, (coords.), *Inventando la Nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

nuevas concepciones *liberales* del individualismo, el legalismo y la administración—, de la Nación como corporación de corporaciones, se fue diluyendo, convertida en un Estado nacional, ya no jurisdiccional, sino administrativo, en el decenio de 1830, para desaparecer, por completo, en la de 1840, con la *Década Moderada*.

En fin, toca concluir. Lo que precede pretende completar, desde la óptica, histórico-jurídica, de acreditados especialistas en el Constitucionalismo español, la lectura del texto fundamental gaditano que ha llevado a cabo, con pericia investigadora, celebrado tesón indagador y acuciosidad interpretativa, desde el punto de vista histórico-político y social, Manuel Moreno Alonso. Su edición anotada y comentada de la Constitución de 1812 es indudablemente valiosa, sobre todo, por lo que tiene de sostenida, pero también crítica, defensa, en términos generales, de su esencial —aunque también incipientemente discutida— condición *liberal*. Al margen de su atractivo estilo pedagógico de exposición, de su meritoria capacidad de síntesis y de su indisputable calidad informativa, uno de sus aciertos mayores es el de haber llamado la atención, no sólo en esta última contribución, por el momento, sino a lo largo de toda su amplísima obra historiográfica, sobre la Guerra de la Independencia. Entendiendo que su importancia desborda los meros límites de lo militar, Moreno Alonso estima que lo que de liberal *revolucionario*, frente a la Monarquía absoluta y el Antiguo Régimen, cristalizó, entre 1808 y 1813, hay que buscarlo en las tierras y los hombres que lucharon contra las tropas napoleónicas invasoras, en el pueblo, mucho más que en la élite que, reunida en Cortes, en Cádiz, por diversas componendas, cautelas, intereses, errores y debilidades, rebajó en muchos grados las esencias, francesas y estadounidenses, también británicas, del liberalismo europeo y atlántico. Lo más valedero de la aportación del profesor Moreno Alonso radica, por tanto, en su constancia y personalidad a la hora de reclamar un complementario, aunque sea momentáneo, cambio o viraje en los focos de investigación prendidos sobre la Constitución y las Cortes de Cádiz, que evite indeseadas obsesiones y compulsiones interpretativas. No todo lo histórico ha anidado en el papel, y la tersura del mismo, ya contenga normas constitucionales, decretos, órdenes u otras disposiciones, ha de combinarse, siempre atentos también a los significativos tachones de su tinta, con las anfractuosidades del espacio sobre el que han de imponerse, y las cicatrices de los seres humanos llamados a cumplirlas.

No en vano, la Historia no deja de ser ese cuento tranquilizador que un viejo profesor, por cierto inglés, como Tom Crick, gusta de relatar a sus pequeños alumnos, recordando su propia niñez, en los pantanos del sureste de una Gran Bretaña bombardeada por la Alemania nazi, hacia 1940. La civilización es siempre poder, con lo que de él deriva, malo y bueno: arte, cultura, ciencia, riqueza; guerra, injusticia, miseria, superstición... En cierto momento, los niños, para ser y sentirse libres, quieren destronar a su tiránico padre y a su malvada madrastra, Luis XVI y María Antonieta, y los descabezan, como en el teatro de títeres. Pero, luego se sienten solos y abandonados. No hay Paraíso, o no lo sienten tal. Necesitan de otro padre, siempre soñado eterno por perfecto, justo y

benéfico, que les dirija y entretenga, que les redima de su voluntaria orfandad. Ahora, pueden elegir, y lo hacen escogiéndolo *adoptivo*, para que dependa y se supedite a su libertad, luchada y tomada. Y es aquel, Napoleón Bonaparte, que contempla las viejas marionetas rotas del abandonado teatro de títeres. Les convence con la nueva representación escénica que ha ideado para ellos, compuesta de los viejos temas de siempre: un futuro común, un destino compartido, la promesa de un imperio, siempre poder y más poder sobre el *otro*, y los *otros*... ¿Por qué a este sobrevenido padre, de un electo *Nuevo Testamento*, le siguen hasta el fin, hasta la muerte, la desolación, la pobreza y la amarga derrota, y en cambio, al anciano padre dado por Dios, el del *Viejo Testamento*, no le han perdonado nada? ¿Es que la respuesta anida en las *Tablas de la Ley*? ¿Y sólo en ella, en la *Ley*? Pero, ¿qué *Ley*?

Albacete, 19 de marzo de 2012

JOSÉ MARÍA VALLEJO GARCÍA-HEVIA



Un mosaico de las Cortes de Cádiz y su obra legislativa desde la pluralidad historiográfica y la interdisciplinariedad (A propósito de cinco publicaciones recientes)

SUMARIO: I. El punto de partida: dos obras colectivas, una monografía, una nueva edición de la Constitución de Cádiz y la sección monográfica de una revista. 1. De nuevo sobre la Constitución de Cádiz como «constitucionalización» de elementos de la cultura y de las instituciones de la Monarquía Católica. 2. La Constitución de Cádiz a través de las alegorías de su primera edición iconológica. 3. Cortes y Constitución de Cádiz: del Antiguo Régimen al Estado contemporáneo; de la monarquía absoluta a la monarquía constitucional. 4. La Constitución de 1812 a través de las normas, las instituciones y la doctrina. 5. El primer constitucionalismo español en Vasconia. II. Las Cortes de Cádiz. III. La Constitución de 1812: El resultado de la actividad legislativa extraordinaria de las Cortes gaditanas. IV. La legislación ordinaria de las Cortes de Cádiz.

I. EL PUNTO DE PARTIDA: DOS OBRAS COLECTIVAS, UNA MONOGRAFÍA, UNA NUEVA EDICIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y LA SECCIÓN MONOGRÁFICA DE UNA REVISTA

La conmemoración de la celebración de las primeras Cortes liberales españolas y de su obra legislativa, en particular del texto constitucional de 1812, ha propiciado la publicación de un número importante de trabajos de muy diversa naturaleza en los que sus patrocinadores y autores han vuelto la vista hacia los acontecimientos que se produjeron en España en las primeras décadas del siglo XIX –Guerra de

Independencia en España, Cortes de Cádiz, Constitución de Cádiz, inicio del proceso de independencia de las nuevas naciones americanas, etc.—.

De entre las publicaciones proyectadas en el marco de este bicentenario, nuestra atención se detiene en las próximas páginas en cinco obras que presentan diferencias significativas en lo que concierne a su estructura, origen, enfoque, extensión y contenido. Y que, precisamente por esta diversidad, resultan complementarias para conocer y comprender varias cuestiones de manera más acertada. En primer lugar, los hechos que sucedieron en España en los comienzos del siglo XIX. De otra parte, las consecuencias y efectos que aquéllos provocaron en el país. Y, por último, y de modo muy importante, algunas de las diferentes sensibilidades que existen en la actualidad en España en torno al significado y alcance de las Cortes de Cádiz y su obra legislativa.

En concreto, nuestra atención se dirige hacia dos obras colectivas, coordinadas, respectivamente, por los profesores Carlos Garriga Acosta¹ y José Antonio Escudero²; una monografía de la que es autor el profesor Ignacio Fernández Sarasola³; una reimpresión de la primera edición iconológica de la Constitución de Cádiz acompañada de un estudio preliminar a cargo de Santos M. Coronas González, profesor de la Universidad de Oviedo⁴; y, por último, la sección monográfica del número 8 de la revista *Iura Vasconia* publicada por la Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia⁵.

No sólo las cinco obras presentan diferencias importantes entre sí. Constatamos la misma diversidad si nos detenemos en los particulares trabajos que las componen. Las colaboraciones responden a características diversas como consecuencia, por una parte, de los distintos planteamientos historiográficos desde la que se han elaborado y, por otra, del concreto tipo de publicación en el que se integran. En este sentido, no es lo mismo la preparación de un texto que ha de formar parte de una monografía, de una obra colectiva, de una revista o como acompañamiento a la edición de un texto normativo.

No obstante, y sin perjuicio de tener presente este condicionante, en absoluto baladí, en el momento de valorar las distintas colaboraciones, también debe-

¹ GARRIGA ACOSTA, Carlos (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, Centro de Investigación y Docencia Económica; El Colegio de México; El Colegio de Michoacán; Escuela Libre de Derecho, México, D. F., México; Proyecto de Investigaciones HICOES; Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2010; 415 pp; ISBN: 978-607-7613-38-1.

² ESCUDERO, José Antonio (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz. 200 años*, 3 vols, Espasa Libros; Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2011. LXXII+636; IX+709; X+773 pp; ISBN: 978-84-670-3649-7.

³ FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, 462 pp; ISBN: 978-84-259-1512-3.

⁴ *Constitución española de 1812*. Estudio preliminar a la primera edición iconológica de la Constitución de Cádiz a cargo de Santos M. CORONAS GONZÁLEZ, 2 vols, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado; Biblioteca Nacional de España; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; Consorcio para la Conmemoración del II Centenario de la Constitución de Cádiz, Madrid, 2011; 148+93 pp; ISBN: 978-84-340-1995-9; 2.ª ed., 2012.

⁵ *Iura Vasconia. Revista de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia*, 8, 2011, ISSN: 1699-5376.

mos señalar que la calidad de unos trabajos y otros difiere en algunos casos de manera muy sustancial. Un dato que llama la atención si se tiene en cuenta que los autores son investigadores y universitarios vinculados a distintas instituciones de prestigio, razón por la cual cabía esperar una mayor calidad en algunas colaboraciones.

Afortunadamente, el número de textos en los que con mayor crudeza observamos este déficit de calidad es reducido y no afecta sustancialmente a la valoración positiva que, en todo caso, realizamos de las cinco publicaciones.

1. DE NUEVO SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ COMO «CONSTITUCIONALIZACIÓN» DE ELEMENTOS DE LA CULTURA Y DE LAS INSTITUCIONES DE LA MONARQUÍA CATÓLICA

El libro coordinado por Carlos Garriga Acosta comprende diez trabajos firmados por otros tantos historiadores de distintas disciplinas vinculados a varias Universidades hispánicas, aunque entre ellos predominan los historiadores del derecho. Todos los autores forman parte del Grupo de investigación HICOES (Historia Constitucional de España), constituido en 1996 bajo la dirección de Bartolomé Clavero. Los trabajos del grupo se orientan al estudio de la historia constitucional hispana, española y americana, desde una doble perspectiva cultural e institucional. Y entendiendo esta historia constitucional como una historia de la cultura jurídica de los derechos y de los dispositivos institucionales previstos para su garantía⁶.

El origen de la publicación se encuentra, como el mismo coordinador explica en la presentación del libro, en un curso monográfico de posgrado impartido en el Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, en México D. F. en el que participaron como docentes los autores de las diferentes partes que componen el volumen⁷.

Cada capítulo se acompaña de una orientación bibliográfica y de una relación de las fuentes y de la bibliografía citada que, al mismo tiempo, se completan con la inclusión de una bibliografía general en la parte final de la publicación⁸. También figura un índice analítico como cierre del volumen⁹.

En la filosofía del conjunto de los trabajos se descubren tres de los recorridos argumentales que inspiran habitualmente el trabajo del grupo. En primer lugar, la crítica a la historiografía constitucionalista que, en opinión del colectivo, ha venido marcada por el interés en inventar una tradición legitimadora de la creación de unas naciones con forma de Estado y un derecho de naturaleza legal. En segundo término, la defensa de la existencia de continuidades y discontinuidades en la Constitución de 1812, lo que les lleva a hablar de la consti-

⁶ Para más información sobre el grupo véase su página web en la dirección: <http://www.hicoes.org/>

⁷ GARRIGA ACOSTA, «Presentación», en GARRIGA ACOSTA, pp. 11-23.

⁸ GARRIGA ACOSTA, «Bibliografía general», en GARRIGA ACOSTA, pp. 379-404.

⁹ GARRIGA ACOSTA, «Índice analítico», en GARRIGA ACOSTA, pp. 405-415.

tucionalización en el texto gaditano de algunos elementos de la cultura y de las instituciones de la Monarquía Católica. Y, por último, la preocupación por el estudio del constitucionalismo gaditano desde la doble perspectiva con la que el proceso se vivió a un lado y a otro del Atlántico.

Los trabajos son independientes entre sí pero están organizados en secciones y en el orden que, en opinión del coordinador y de los autores, favorece un mejor aprovechamiento de la obra. Con distintos enfoques, en los sucesivos capítulos se analizan cuestiones como son las relativas al origen de la cultura del constitucionalismo, el orden jurídico, los juristas, la ciudadanía, la organización territorial del Estado, la administración de la justicia, la división de poderes y el procedimiento administrativo.

2. LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ A TRAVÉS DE LAS ALEGORÍAS DE SU PRIMERA EDICIÓN ICONOLÓGICA

La edición iconológica de la Constitución de 1812 publicada por el Boletín Oficial del Estado, la Biblioteca Nacional, el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y el Consorcio para la Conmemoración del II Centenario de la Constitución de 1812, a la que acompaña un Estudio preliminar, al que volveremos más adelante, del profesor Santos M. Coronas González es, si se nos permite, una pequeña joya.

La reproducción facsímil de la Constitución se corresponde con la edición grabada por José María de Santiago en 1822 y dedicada a las Cortes del Trienio que restablecieron la vigencia del primer texto constitucional español.

Se trata de una edición iconológica de la Constitución gaditana impresa en un formato de reducido tamaño, similar al propio de las guías de la época. Todas sus páginas se adornan con imágenes que ensalzan las supuestas virtudes del texto constitucional.

De entre todas las alegorías, destacan las viñetas que preceden a la introducción de la Constitución en tres portadas diferentes. La primera, relativa a la jura de Fernando VII en el salón de Cortes el 9 de julio de 1820. La segunda, referida a la Constitución política de la Monarquía española promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812. Y, la última, integrada por tres figuras que representan la *Revolución*, la *Ley Fundamental* y *España*, situadas encima de la inscripción *La Revolución vuelve la Ley Fundamental a España*. Del mismo modo merecen atención las alegorías de la introducción al texto constitucional y las que se incluyen como encabezamiento de cada uno de los títulos de la Constitución.

Conocemos el significado que el grabador atribuía a cada una de las alegorías a través de la descripción realizada por el mismo Santiago ¹⁰.

¹⁰ Descripción de las alegorías y emblemas del adorno y viñetas del grabado de la Constitución Política de la Monarquía española, arregladas según la iconología, Imprenta del Universal, R. Verges, Madrid, 1822.

3. CORTES Y CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ: DEL ANTIGUO RÉGIMEN AL ESTADO CONTEMPORÁNEO; DE LA MONARQUÍA ABSOLUTA A LA MONARQUÍA CONSTITUCIONAL

La extensa obra coordinada por el profesor José Antonio Escudero consta de tres volúmenes organizados internamente en dos partes claramente diferenciadas. La primera reservada al análisis de varias cuestiones relacionadas con las Cortes de Cádiz. La segunda destinada a la Constitución de 1812. Al mismo tiempo, cada una de ellas se estructura en distintas secciones.

La primera parte comprende los capítulos dedicados a los antecedentes políticos e institucionales de las Cortes gaditanas, a la convocatoria y composición de la Cámara, al contexto ideológico y social en que aquéllas se celebraron y a las grandes reformas que, al margen de la elaboración de la Constitución, encauzaron los diputados gaditanos.

La segunda, reservada, como hemos apuntado, al texto constitucional de 1812, engloba un primer bloque en el que se abordan diferentes cuestiones de carácter general vinculadas con el texto constitucional; un segundo conjunto de trabajos en los que los autores analizan el contenido específico de la Constitución; y finalmente, una última sección que se dedica a la proyección internacional del texto gaditano.

La obra patrocinada por la Fundación Rafael del Pino responde a tres características esenciales, como expresa José Antonio Escudero en la Introducción¹¹. En primer lugar es una obra colectiva organizada a partir de un esquema diseñado previamente. Este procedimiento permitió al coordinador encargar la elaboración de los trabajos a diferentes autores, asignando a cada uno de ellos el preciso objeto de estudio del que debía responsabilizarse. En segundo lugar, es un trabajo interdisciplinar en el que han participado universitarios e investigadores de distintas disciplinas: historiadores generales del siglo XIX, historiadores de la economía, de la religión, de los movimientos sociales, de la cultura, del arte, del derecho, economistas, constitucionalistas, politólogos, administrativistas... Y, por último, es una publicación que se caracteriza por la variada procedencia geográfica de quienes firman las diferentes colaboraciones, por la diversidad de las instituciones a las que pertenecen los autores y también por el pluralismo ideológico e historiográfico de los responsables de los textos que componen la obra. No obstante, cabe apuntar que una parte muy importante de los autores que participan en la obra consideran que las Cortes gaditanas y su obra legislativa representan el final del Antiguo Régimen y la implantación de un nuevo modelo, radicalmente diferente del anterior.

A modo de adelanto o presentación de los temas que se analizan en los tres volúmenes, José Antonio Escudero incluye en la Introducción un texto en el que compendia la génesis de las Cortes de 1812 y su obra legislativa, tratando no sólo de la Constitución sino también de las principales reformas que ocupa-

¹¹ ESCUDERO, J. A. «Introducción. Las Cortes de Cádiz: Génesis, Constitución y reformas», en ESCUDERO, I, pp. XV-LXXII, por la cita, pp. XV-XVIII.

ron a los diputados gaditanos al margen de la tarea excepcional que supuso la elaboración del primer texto constitucional español¹².

En la publicación no figura una bibliografía general, una posibilidad de difícil ejecución por la extensión y complejidad de la obra, y son pocos los trabajos que incluyen una relación bibliográfica al uso en su parte final. No obstante, una parte importante de las colaboraciones comprenden abundantes referencias bibliográficas en el aparato crítico de las notas a pie de página que, por esta vía, se convierten en algunas situaciones en auténticas notas bibliográficas.

4. LA CONSTITUCIÓN DE 1812 A TRAVÉS DE LAS NORMAS, LAS INSTITUCIONES Y LA DOCTRINA

La monografía de Ignacio Fernández Sarasola pretende, como el autor señala en el prólogo de la obra, presentar una visión de conjunto de la Constitución de Cádiz que aglutine las tres perspectivas tradicionales desde las que la doctrina se ha aproximado al texto constitucional gaditano: la normativa, la institucional y la doctrinal¹³.

Al mismo tiempo, en el trabajo se abordan las influencias que recibieron los redactores de la Constitución y los elementos transaccionales presentes en el texto. El análisis de las influencias resulta una tarea ineludible una vez que el autor considera que la Constitución de Cádiz no hubiera sido posible, o de serlo tendría un contenido muy diferente, sin el contexto constitucional europeo en el que se redactó y en el que las constituciones francesas tuvieron un peso fundamental. Y, en lo que toca a la transacción con el Antiguo Régimen, Fernández Sarasola destaca, de modo principal, la confesionalidad de la Nación española y la argumentación historicista que sirvió a los autores del texto de 1812 para fundamentar las nuevas instituciones.

Conforme a este planteamiento, el autor se preocupa, en el marco temporal que transcurre entre 1808 y 1814, del origen e influencias de la Constitución de 1812, de su valor normativo, del sistema de fuentes, del dogma de la soberanía nacional, de la separación de poderes, de la organización del Estado, de los derechos subjetivos y de la proyección exterior del texto constitucional.

La obra se complementa con dos anexos¹⁴; la relación de las fuentes utilizadas, en las que se distingue entre fuentes normativas, parlamentarias, periodísti-

¹² ESCUDERO, J. A. «Introducción», pp. XVIII-LXXII. El autor explica en la primera nota que el texto recoge con algunas modificaciones el Discurso de Apertura que pronunció en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el 18 de octubre de 2010.

¹³ FERNÁNDEZ SARASOLA, «Prólogo: Licurgo y el Oráculo de Delfos», en FERNÁNDEZ SARASOLA, pp. 11-15.

¹⁴ FERNÁNDEZ SARASOLA, «Tabla comparativa entre los Acuerdos adoptados por la Junta de Legislación de la Junta Central (1809) y el proyecto constitucional elaborado por la Comisión de Constitución de las Cortes de Cádiz (1811)», en FERNÁNDEZ SARASOLA, pp. 339-414; FERNÁNDEZ SARASOLA, «Tabla comparativa de los artículos del proyecto constitucional y la Constitución de 1812», en FERNÁNDEZ SARASOLA, pp. 351-414.

cas, documentales y doctrinales¹⁵; una amplia bibliografía¹⁶; y un índice onomástico¹⁷.

Conviene aclarar, como el mismo autor precisa en el prólogo, que sin perjuicio de que el punto de partida de la obra hayan sido varios trabajos ya publicados con anterioridad en distintas sedes, la monografía debe considerarse una obra nueva. Y ello porque no se trata de una mera acumulación de trabajos anteriores. Todos los textos han sido objeto de revisión, realizándose la consiguiente tarea de ampliación o reducción de sus contenidos en función de las circunstancias. Y, además, han sido redactados de nuevo con el fin de proporcionar a la obra la necesaria coherencia interna.

5. EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL EN VASCONIA

El número 8 de la revista *Iura Vasconiae* recoge las ponencias presentadas en el IX Simposio de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia celebrado en San Sebastián el 26 de noviembre del año 2010, bajo el título «Vasconia en el primer constitucionalismo español (1808-1814)»¹⁸. La publicación de este nuevo número de *Iura Vasconiae* viene a confirmar que la Revista, cuyo primer número vio la luz en el año 2004, ha logrado consolidarse, ocupando un lugar importante entre las revistas histórico-jurídicas españolas¹⁹.

La lectura de los diez trabajos que comprenden la sección monográfica de la Revista, firmados por profesores de las Universidades del País Vasco, Pública de Navarra, París V-René Descartes, Oviedo, Navarra y Zaragoza y por el presidente de las Juntas Generales de Álava permite al lector aproximarse al impacto político que la presencia militar francesa y la implantación del nuevo régimen constitucional causaron en Vasconia. Y también al papel que Bizkaia, Gipuzkoa, Álava y Navarra, territorios situados en una zona estratégica de la Monarquía española por su proximidad a la frontera francesa, tuvieron en la elaboración de los proyectos constitucionales de Bayona y Cádiz. Los textos que conllevaron la introducción de cambios importantes en la estructura político-administrativa de los cuatro territorios en un momento en el que aún conservaban su particular Constitución histórica.

¹⁵ FERNÁNDEZ SARASOLA, «Fuentes», en FERNÁNDEZ SARASOLA, pp. 415-430.

¹⁶ FERNÁNDEZ SARASOLA, «Bibliografía», en FERNÁNDEZ SARASOLA, pp. 431-452.

¹⁷ FERNÁNDEZ SARASOLA, «Índice onomástico», en FERNÁNDEZ SARASOLA, pp. 453-462.

¹⁸ El número se completa con dos artículos incluidos en la sección «Documenta» firmados por Roldán JIMENO ARANGUREN («Correspondencia entre Felipe II de Castilla (IV de Navarra) y Fernando de Espinosa, alcaide de la ciudadela de Pamplona (1570-1587)», pp. 535-681) y María Rosa AYERBE IRÍBAR («Intento de incorporación al Patrimonio Real de los derechos reales existentes en el Señorío de Vizcaya. El Memorial de 1714», pp. 683-727) y un *In Memoriam* dedicado a Juan Churruca Arellano, del que es autora Rosa Mentxaka (pp. 729-733). Los tres textos quedan fuera de esta reseña por abordar cuestiones ajenas a los acontecimientos acaecidos en España entre 1810 y 1812.

¹⁹ Los volúmenes publicados con los trabajos presentados en los anteriores Encuentros y los textos de la mayor parte de las publicaciones de la Fundación para el Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia pueden consultarse en la biblioteca digital incluida en la página: <http://fedhav.eu/>

Con el objetivo de situar estas cuestiones en el contexto más amplio de los acontecimientos y cambios constitucionales que al mismo tiempo se sucedían en Francia y en España, los organizadores de la reunión y de la posterior publicación previeron la incorporación de dos trabajos iniciales para mostrar la influencia que las Constituciones francesas tuvieron en los primeros textos constitucionales escritos españoles, de manera particular en el Estatuto de Bayona de 1808, y el contraste planteado en la Monarquía española entre las Leyes fundamentales del Antiguo Régimen y el nuevo modelo constitucional que se deseaba construir a partir de la celebración de las Cortes generales y extraordinarias de 1810.

Como cierre de los artículos se incluye en cada uno de ellos una relación de la bibliografía citada por sus respectivos autores.

II. LAS CORTES DE CÁDIZ

Los textos que integran las publicaciones de referencia, y de cuyos contenidos nos vamos a ocupar acto seguido, sitúan las primeras Cortes liberales en el contexto político, ideológico, económico y cultural en el que éstas se convocaron y celebraron o abordan aspectos concretos de la institución. Dejamos para epígrafes posteriores el repaso de las colaboraciones destinadas al estudio de la obra legislativa, así extraordinaria como ordinaria, de las Cortes de 1812.

Una parte de los trabajos que nos interesan en este momento aproximan al lector a la situación política e institucional del país bajo el Antiguo Régimen, en particular en su etapa final, en vísperas de la convocatoria de las Cortes gaditanas. Otros se ocupan, desde diferentes perspectivas, del tránsito del Antiguo Régimen al Estado liberal. Varios se centran en el análisis de distintos aspectos de las Cortes de Cádiz y del contexto en el que éstas se celebraron. Y, finalmente, un último bloque de textos se interesa por la situación de los territorios que a principios del siglo XIX mantenían viva su antigua y tradicional Constitución política y sobre los que la implantación del nuevo modelo constitucional tendrá importantes consecuencias. Me refiero a Vizcaya, Guipúzcoa, Álava y Navarra.

La distribución que hemos hecho de los capítulos y de los artículos en estas unidades a fin de dar cuenta de sus contenidos de una manera más o menos organizada, no siempre ha resultado una tarea fácil. En algunos casos no hemos tenido dudas acerca de la conveniencia de su incorporación a una categoría u otra. Pero, en otras situaciones, el contenido de los trabajos permitía distintas posibilidades. En tales disyuntivas, finalmente, hemos utilizado la opción que nos parecía más acertada atendiendo, fundamentalmente, al contenido de los trabajos, aún cuando nuestra decisión nos obligaba a distanciarnos del criterio organizativo previsto por los responsables de la coordinación de las obras.

1. La responsabilidad de ofrecer al lector una visión general de las Cortes de los reinos españoles en los siglos XVI y XVII corresponde a Feliciano Barrios. Por razones de espacio, el autor limita el análisis a las Cortes de Cas-

tilla-León, Aragón, Valencia, Cataluña y Navarra, sin perjuicio de llamar la atención acerca de la existencia de otras asambleas representativas en Vizcaya, Guipúzcoa, Álava, Galicia, Asturias y Cantabria y del *Gran i General Consell* en Mallorca²⁰.

El profesor de la Universidad castellano-manchega refiere el origen de las Cortes castellanas, aragonesas y navarras, su composición, las condiciones de su convocatoria, varias cuestiones vinculadas con el desarrollo de las sesiones, sus funciones, el papel de las Cortes en el ámbito de la producción legislativa y concluye con una referencia a la Diputación de Cortes.

El estudio de las Cortes del siglo XVIII compete a Pere Molas, profesor de la Universidad de Barcelona. El autor inicia su exposición refiriendo la situación de las Cortes en el marco de la Guerra de Sucesión, para a continuación ocuparse de algunos de los problemas que surgieron con ocasión de la celebración de las Cortes, ocupando el trono los borbones. Entre otras cuestiones, Pere Molas se detiene en el modo en que las ciudades de la Corona de Aragón debían integrarse en la asamblea; en el nombre que debía otorgarse a la institución a partir de la incorporación de los representantes de estas ciudades; y en los aspectos relacionados con la jura de los herederos. El capítulo se cierra con el repaso del contenido y alcance de las Cortes de 1789²¹.

Del concepto de revolución manejado por conservadores y liberales se ocupa el profesor de la Universidad de Barcelona, Ricardo García Cárcel. El autor, después de recordar el limitado uso que se hizo de los términos revuelta/rebelión en los siglos XVI y XVII, centra su atención en el sentido que el Despotismo Ilustrado proporcionó a estas ideas²². A partir de ahí, el interés del autor se detiene en el concepto de revolución surgido a partir de 1789, para, a continuación, ocuparse del mismo concepto en el pensamiento de los conservadores y liberales españoles entre 1808 y 1868.

El trabajo de Raúl Morodo, incluido en el volumen coordinado por José Antonio Escudero, vuelve a acercarnos al concepto de revolución. En este caso a partir de las reflexiones de Félix Mejía, quien, bajo el nombre de Carlos Le Brun, entregó a la imprenta la obra titulada *Retratos políticos de la Revolución de España*²³.

La primera parte del trabajo de Raúl Morodo tiene como objeto establecer la personalidad de quien figura como responsable de la obra mencionada. A partir de ahí, el autor analiza el afrancesamiento de Le Brun/Mejía a través de los retratos que éste publicó de José I, Sanz Romanillos, Llorente y Jovellanos; da cuenta de las circunstancias que Le Brun/Mejía señaló como causas del fracaso de la Revolución liberal en España; y, por último, reconstruye la compara-

²⁰ BARRIOS, Feliciano, «Las Cortes de los Reinos españoles en los siglos XVI y XVII», en ESCUDERO, I, pp. 138-155.

²¹ MOLAS, Pere, «Las Cortes Nacionales en el siglo XVIII», en ESCUDERO, I, pp. 156-171.

²² GARCÍA CÁRCEL, Ricardo. «El concepto de Revolución para el pensamiento conservador y el pensamiento liberal», en ESCUDERO, I, pp. 20-39.

²³ MORODO, Raúl, «Bayona y Cádiz desde Filadelfia: notas sobre «Carlos Le Brun» y su visión ilustrada, liberal y pre-republicana», en ESCUDERO, I, pp. 40-53.

ción que el autor afrancesado formuló entre la Revolución norteamericana y la española.

El trabajo publicado por Luis Suárez Fernández, miembro de la Academia de la Historia, tiene por objeto la personalidad y la obra de Jovellanos y de Campomanes en el marco de la Ilustración española. Para ello, el autor reconstruye la trayectoria vital, política e intelectual de ambos ilustrados asturianos²⁴. En la exposición, Suárez Fernández se ocupa también, aunque en menor detalle, de Ceán Bermúdez, el tercer ilustrado natural del Principado que junto a Jovellanos y Campomanes ocupó un asiento en la Real Academia de la Historia y que, además, biografío a Jovellanos.

Y, por último, Ignacio Fernández Sarasola, constitucionalista de la Universidad de Oviedo, se interesa por las alternativas constitucionales que existían en España a principios del siglo XIX, después de haber dado cuenta al lector de la manera en que el movimiento constitucional del siglo XVIII se concretó en España en dos grandes tendencias²⁵. Una reformista, a la que le parecía suficiente la recuperación de un mítico pasado nacional articulado en torno a la «Constitución gótica». Y, otra rupturista, cuyos partidarios aspiraban a reformar el Estado de manera profunda, siguiendo la estela de lo acontecido en Francia.

2. José María Portillo Valdés, profesor de las Universidades de Santiago de Compostela y del País Vasco, abre el volumen coordinado por Carlos Garriga Acosta con un trabajo en el que pone de relieve el cruce entre el historicismo y la economía política en los orígenes de la cultura del constitucionalismo español, en las últimas décadas del setecientos y en los primeros años del ochocientos²⁶.

Carlos Garriga Acosta, en el texto que publica en el volumen que él mismo coordina, se preocupa por exponer el tránsito desde el orden jurídico de la Monarquía católica a los nuevos órdenes jurídicos que se establecen a un lado y otro del Atlántico hispano en el siglo XIX²⁷.

El capítulo se inicia con la explicación del sentido que el autor confiere a la expresión «orden jurídico». Y sigue con la exposición de los rasgos principales del orden jurídico de la Monarquía Católica. Un orden que el autor presenta como tradicional, porque reconocía la tradición como derecho; jurisdiccional por ser el resultado de la existencia de distintas instancias de poder político legítimamente constituidas; de composición pluralista; y, además, de configuración jurisprudencial. Cubierta esta parte del relato, la atención de Garriga Acosta se traslada a los nuevos órdenes jurídicos del siglo XIX. Unos órdenes legales que identifican el derecho con la ley y que se configuran en

²⁴ SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis, «Los precedentes de las Cortes: Jovellanos en relación con Campomanes: la racionalidad de la Ilustración española», en ESCUDERO, I, pp. 54-96.

²⁵ FERNÁNDEZ SARASOLA, «Las alternativas constitucionales en España (1809-1811)», en FERNÁNDEZ SARASOLA, pp. 17-47.

²⁶ PORTILLO VALDÉS, José María, «Entre la historia y la economía política: orígenes de la cultura del constitucionalismo», en GARRIGA ACOSTA, pp. 27-57.

²⁷ GARRIGA ACOSTA, «Continuidad y cambio del orden jurídico», en GARRIGA ACOSTA, pp. 59-106.

España y en las nuevas naciones de la América Hispana a partir de la Constitución de Cádiz.

El cambio del orden jurídico propio del Antiguo Régimen basado en la tradición al nuevo orden jurídico legal del Constitucionalismo conllevó cambios en la enseñanza jurídica en las universidades españolas entre las últimas décadas del siglo XVIII y las primeras del siglo XIX. Tales modificaciones constituyen el objeto de estudio de la profesora de la Universidad de Salamanca, Paz Alonso Romero²⁸.

El trabajo, fiel a la filosofía que inspira el conjunto de la obra dirigida por Carlos Garriga Acosta, supone la renovación del enfoque con el que hasta ahora se había analizado la transformación de los estudios jurídicos coincidiendo con la implantación del nuevo orden jurídico legal. Y esto porque la autora pone en tela de juicio varias cuestiones.

En primer lugar, que en el origen de los cambios en los estudios universitarios estuviera la idea de pasar de una universidad de teóricos a otra de prácticos. En segundo término, la imparcialidad de la historiografía a la hora de aproximarse a los estudios jurídicos en el tránsito de una época a otra, una vez que las fuentes utilizadas para su estudio han sido, en su mayor parte, coetáneas y procedentes de círculos regalistas. Y, en tercer lugar, el contenido que se ha otorgado al concepto de enseñanza práctica en las universidades, expresión con la que, en realidad, se quería reivindicar la enseñanza del derecho patrio.

3. El trabajo publicado por Salustiano de Dios, también profesor de la Universidad salmantina, en la obra coordinada por José Antonio Escudero sirve de enlace entre los estudios dedicados a las Cortes del Antiguo Régimen y los destinados específicamente a las Cortes de Cádiz, una vez que se interesa por el legado castellano en las Cortes gaditanas²⁹.

Su interés se centra en la pervivencia de algunos aspectos de las Cortes castellanas en el período preparatorio de las Cortes y también en la misma Constitución de 1812. Para alcanzar este objetivo, el autor da cuenta de las líneas fundamentales de lo que fueron las Cortes de Castilla, para a continuación ocuparse de las continuidades que hubo en Cádiz en lo que concierne, principalmente a la concepción corporativa y estamental de la asamblea y al mantenimiento de ciertos privilegios, como era el referido a la inmunidad civil de los diputados.

Desde la perspectiva de la Economía y la historia del pensamiento económico, Manuel-Jesús González, miembro de la Academia de la Historia, se ocupa, en el volumen coordinado por José Antonio Escudero, de relacionar el pensamiento económico con el político. Primero, en el período que se inaugura con la salida de los monarcas. Y, a continuación, durante la celebración de las Cortes gaditanas. En el trabajo que, conforme a lo que se indica en el título, debía ser una primera aproximación al tema, el autor vincula las reformas económica y política iniciadas por las Cortes gaditanas, entendiendo que los cam-

²⁸ ALONSO ROMERO, Paz, «La formación de los juristas», en GARRIGA ACOSTA, pp. 107-137.

²⁹ DE DIOS DE DIOS, Salustiano, «El legado castellano en las Cortes de Cádiz», en ESCUDERO, I, pp. 485-516.

bios económicos y políticos fueron en realidad un *continuum* de avances y retrocesos³⁰.

El encargo de ofrecer una panorámica general de las Cortes gaditanas en la obra colectiva coordinada por José Antonio Escudero, es competencia del profesor, de la Universidad de Castilla-La Mancha, José María Vallejo García-Hevia³¹. El autor, convencido de que las normas no pueden entenderse por sí solas, siendo necesario su incardinación en la red de intereses políticos, sociales y económicos en los que sus responsables se mueven, sitúa la celebración de las Cortes, sus protagonistas, así como las normas que determinaron su convocatoria y celebración, en el contexto político, social y económico de España a principios del siglo XIX.

Los entresijos de la convocatoria de las Cortes de Cádiz son analizados en los trabajos firmados por Isabel Martínez Navas, de la Universidad de La Rioja, y Miguel Pino Abad, vinculado a la Universidad de Córdoba³².

Isabel Martínez Navas reconstruye el largo proceso que, iniciado en mayo de 1809, concluyó el 24 de septiembre de 1810 con el comienzo de las sesiones de las Cortes gaditanas. A partir de una introducción general, la autora analiza los primeros pasos que se dieron con la finalidad de llegar a reunir unas nuevas Cortes y el proceso de convocatoria de las primeras Cortes liberales.

El trabajo del que es autor Miguel Pino Abad también tiene como eje la convocatoria de las Cortes de Cádiz, pero su atención se centra en el papel que se atribuyó al Consejo de Regencia a los efectos de garantizar el cumplimiento de lo acordado por la Junta Central en relación a la elección de los Diputados a Cortes.

Dejando de lado la convocatoria de Cortes y acercándonos a los actores principales de la asamblea, Eulogio Fernández Carrasco, profesor de la UNED, aproxima al lector a la figura del presidente de las Cortes, si bien su colaboración se circunscribe a señalar, de modo telegráfico, las funciones del cargo y los datos biográficos de cinco de los treinta siete presidentes de las Cortes gaditanas, limitándose así a los presidentes de las Cortes de 1810. Y de la Secretaría y de los secretarios de las Cortes de Cádiz se ocupa María Concepción Gómez Roán, profesora igualmente de la UNED. Tras referir los sucesivos nombramientos de secretarios, la autora realiza una breve exposición de sus competencias y atribuciones³³.

En otro orden de consideraciones, varios de los trabajos publicados en las obras objeto de este análisis tienen como aspiración el estudio de los diputados

³⁰ GONZÁLEZ, Manuel-Jesús, «La transición de la sociedad estamental a la monarquía parlamentaria. Lógica económica y lógica política en las Cortes de Cádiz: primer ensayo», en ESCUDERO, I, pp. 607-636.

³¹ VALLEJO GARCÍA-HEVIA, José María, «Introducción a las Cortes de Cádiz», en ESCUDERO, I, pp. 97-137.

³² MARTÍNEZ NAVAS, Isabel, «La convocatoria de las Cortes», en ESCUDERO, I, pp. 173-189; PINO ABAD, Miguel, «El Consejo de Regencia y su papel en la convocatoria de las Cortes de Cádiz», en ESCUDERO, I, pp. 190-197.

³³ FERNÁNDEZ CARRASCO, Eulogio, «Los Presidentes de las Cortes», en ESCUDERO, I, pp. 214-221; GÓMEZ ROÁN, María Concepción, «Los Secretarios de las Cortes», en ESCUDERO, I, pp. 222-230.

gaditanos. La estructura y el enfoque adoptados en cada uno de ellos varía notablemente. En unos casos sus autores se limitan a realizar un simple repaso de los datos biográficos de los diputados que reclaman su atención, mientras que, en otros, los firmantes de los trabajos añaden a esta perspectiva el esfuerzo de analizar el pensamiento político y las aportaciones más significativas de los diputados a los debates en las Cortes de Cádiz.

María Valentina Gómez Mampaso, profesora de la Universidad Pontificia de Comillas, acerca al lector a los Diputados que concurrieron a la sesión de apertura de las Cortes el 24 de septiembre de 1810, tras recapitular las vicisitudes de la convocatoria de las Cortes de Cádiz en el marco de la compleja situación en que el país se encontraba³⁴.

A los representantes de Bizkaia, Gipuzkoa, Álava y Navarra, se refieren, desde perspectivas diferentes, pero complementarias, el extenso capítulo de Gregorio Monreal, profesor de la Universidad Pública de Navarra, publicado en la obra *Cortes y Constitución de Cádiz*, y el artículo de Javier García Martín, de la Universidad del País Vasco, incluido en el volumen de *Iura Vasconiae*³⁵.

De los diputados castellanos y asturianos se ocupa José María Vallejo García-Hevia; de los aragoneses, Francisco Baltar, profesor de la Universidad de Zaragoza; de los extremeños y andaluces, José Manuel Cuenca Toribio, vinculado a la Universidad de Córdoba; de los catalanes y mallorquines, Román Piña Homs, profesor de la Universidad de Islas Baleares; de los valencianos, Remedios Ferrero Micó, profesora en la Universidad de Valencia; de los gallegos, Emma Montanos Ferrín, de la Universidad de La Coruña; de los canarios, María del Carmen Sevilla González, profesora de la Universidad de La Laguna; de los murcianos, Antonio Pérez Martín, de la Universidad de Murcia; y, finalmente, el estudio de los representantes americanos corresponde a Javier Alvarado Planas, profesor de la UNED³⁶.

Miguel Ángel Ochoa, miembro de la Academia de la Historia, se interesa por las relaciones internacionales de España en los comienzos del siglo XIX coincidiendo con la celebración de las reuniones de las Cortes gaditanas³⁷. Tras

³⁴ GÓMEZ MAMPASO, María Valentina, «La convocatoria de las Cortes y los diputados presentes en la sesión de apertura el 24 de septiembre de 1810», en ESCUDERO, I, pp. 198-213.

³⁵ MONREAL ZIA, Gregorio, «Los Diputados vascos y navarros. El Reino de Navarra y las Provincias Vascongadas en las Cortes y en la Constitución de Cádiz», en ESCUDERO, I, pp. 347-418; GARCÍA MARTÍN, Javier, «Los diputados vascos y navarros en las Cortes de Cádiz. Tres lecturas diferentes de la relación entre Fueros y Constitución», *Iura Vasconiae*: 205-279.

³⁶ VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J. M., «Los Diputados castellanos y asturianos», en ESCUDERO, I, pp. 231-276; BALTAR, Francisco, «Los Diputados aragoneses», en ESCUDERO, I, pp. 294-307; CUENCA TORIBIO, José Manuel, «Los Diputados extremeños y andaluces», en ESCUDERO, I, pp. 277-293; PIÑA HOMS, Román, «Los Diputados catalanes y mallorquines», en ESCUDERO, I, pp. 308-333; FERRERO MICÓ, Remedios, «Los Diputados valencianos», en ESCUDERO, I, pp. 334-346; MONTANOS FERRÍN, Emma, «Los Diputados gallegos», en ESCUDERO, I, pp. 419-435; SEVILLA GONZÁLEZ, María del Carmen, «Los Diputados canarios», en ESCUDERO, I, pp. 436-447; PÉREZ MARTÍN, Antonio, «Los Diputados murcianos», en ESCUDERO, I, pp. 448-459; ALVARADO PLANAS, Javier, «Los Diputados americanos», en ESCUDERO, I, pp. 458-483.

³⁷ OCHOA, Miguel Ángel, «Las Cortes de Cádiz y las relaciones internacionales», en ESCUDERO, II, pp. 3-22.

situar a España en la política internacional europea del momento, el autor se ocupa de analizar la política exterior desarrollada por el gobierno gaditano; la obra internacional de las Cortes de Cádiz, prestando atención tanto a la administración exterior como a las previsiones de la Constitución en relación a la política exterior; para terminar su estudio repasando los objetivos que los políticos españoles de Cádiz se propusieron alcanzar, al mismo tiempo que valora los resultados logrados.

La relación de las Cortes de Cádiz con la Iglesia es el tema del que se ocupa Fernando Suárez Bilbao, profesor de la Universidad Rey Juan Carlos³⁸. El autor explica el papel desempeñado por el clero en las Cortes de Cádiz; se detiene en el análisis de las actitudes políticas de los diputados eclesiásticos; ofrece una visión general de las características del clero en España a principios del XIX; se aproxima a la desamortización eclesiástica; se ocupa también de las críticas vertidas contra el clero en catecismos, folletos y periódicos; vincula la religión católica con la actividad legislativa de las Cortes gaditanas, analizando el tratamiento que se dio a la religión católica y a la Inquisición; y termina el capítulo contraponiendo las ideas de libertad religiosa y unidad nacional.

José Antonio Ferrer Benimeli, profesor de la Universidad de Zaragoza, firma el capítulo reservado a la masonería, América y las Cortes de Cádiz³⁹. En su desarrollo, el autor, negando que el pensamiento liberal de principios del siglo XIX estuviera dirigido por las logias, repasa, en primer lugar, el contenido de algunas de las obras «clásicas» que se han ocupado de la relación de los diputados gaditanos, en particular de los ultramarinos, con la masonería. Y a continuación centra su atención en el enfrentamiento que se suscitó entre el poder inquisitorial y el masónico. Una pugna que se puso de manifiesto, a un lado y a otro del Atlántico, a través de folletos pero también por medio de la sátira política.

Las Cortes de Cádiz y sus reformas se percibieron por lo general de distinta manera en un lado y otro del Atlántico y esto a pesar de la idea de los diputados gaditanos de construir un marco de convivencia común para los españoles de España y América. De ahí el interés del trabajo de Carlos Martínez Shaw, miembro de la Academia de la Historia, incluido en el libro dirigido por José Antonio Escudero, en el que el autor formula varias reflexiones acerca de los elementos que hicieron pensar a los diputados de Cádiz que cabía mantener la unidad del Imperio bajo un mismo soberano y bajo un mismo régimen de gobierno. En la exposición también se abordan las carencias que el modelo presentaba y que finalmente desembocaron en los movimientos independentistas⁴⁰.

³⁸ SUÁREZ BILBAO, Fernando, «Las Cortes de Cádiz y la Iglesia», en ESCUDERO, II, pp. 23-68.

³⁹ FERRER BENIMELI, José Antonio, «Las Cortes de Cádiz, América y la masonería», en ESCUDERO, II, pp. 69-97.

⁴⁰ MARTÍNEZ SHAW, Carlos, «América en las Cortes de San Fernando-Cádiz», en ESCUDERO, II, pp. 165-183.

Coincidiendo con la implantación de un sistema parlamentario, se inició en España un nuevo género periodístico, el de la crónica de las Cortes. A su estudio se destina el trabajo elaborado por María Cruz Seoane, profesora de la Universidad Carlos III⁴¹. La autora, tras referir las vicisitudes del nacimiento en España de esta actividad periodística destinada a contar a la sociedad lo que ocurría en las Cortes, se ocupa de la atención que los periodistas mostraron por la institución de las Cortes antes incluso de que éstas se reunieran en Cádiz y, en particular, una vez que comenzaron sus sesiones. Cubierta esta parte de la exposición, la autora se aproxima a las situaciones en las que algún diputado o las Cortes como institución se ocuparon de los periódicos. Y termina dando cuenta de la repercusión que las crónicas redactadas en Cádiz sobre las Cortes tuvieron en el resto del territorio nacional.

Varios de los trabajos incluidos en la obra coordinada por José Antonio Escudero nos sitúan en el ambiente cultural que existía en España en vísperas de la Guerra de la Independencia y al tiempo de la celebración de las Cortes gaditanas.

Luis Miguel Enciso Recio, de la Academia de la Historia, aporta una síntesis de la fase final de la cultura ilustrada, la que coincide con el reinado de Carlos IV. Tras relacionar la cultura y el poder, vinculando la cultura con la política desarrollada por Floridablanca, Aranda y Godoy, su atención se detiene en la situación de la educación, la ciencia, las artes y las letras. Y el ambiente cultural que había en Cádiz al tiempo de la celebración de las Cortes, así como la música y la pintura de la época, son el objeto de los capítulos firmados por Alberto Ramos Santana, profesor de la Universidad de Cádiz; Antonio Iglesias, miembro de la Academia de Bellas Artes de San Fernando; y Ana María Arias de Cossío, profesora de la Universidad Complutense⁴².

4. El repaso de los dos discursos planteados en Navarra entre 1777 y 1808 en relación a su constitución centra el extenso trabajo de Fernando Mikelarena Peña, profesor de la Universidad de Zaragoza, publicado en *Iura Vasconiae*⁴³.

El autor examina, en primer lugar, el discurso de carácter fundacional, fechado en 1776-1777, construido por el jurista navarro Juan Bautista de San Martín y Navaz a partir de la polémica planteada entre la Diputación de Navarra y los fiscales del Consejo de Castilla, Pedro Rodríguez de Campomanes y Pedro González de Mena, por la cuestión de las quintas. A continuación, se detiene en el discurso elaborado por Alejandro Dolarea con la finalidad de adaptar el régimen foral de Navarra al nuevo marco definido en la Asamblea de Bayona y en las Cortes de Cádiz.

⁴¹ SEOANE, María Cruz, «Periodismo y Cortes», en ESCUDERO, II, pp. 154-164.

⁴² ENCISO RECIO, Luis Miguel, «Las Cortes de Cádiz y la cultura: los compases finales de la cultura ilustrada», en ESCUDERO, I, pp. 517-578; RAMOS SANTANA, Alberto, «El ambiente cultural del Cádiz de las Cortes», en ESCUDERO, I, pp. 579-588; IGLESIAS, Antonio, «La música en el Cádiz de 1812», en ESCUDERO, I, pp. 589-594; ARIAS DE COSSÍO, Ana María, «La pintura en la época de las Cortes de Cádiz», en ESCUDERO, I, pp. 595-606.

⁴³ MIKELARENA PEÑA, Fernando, «Discursos en torno a la Constitución Histórica de Navarra hasta 1813. Origen del concepto y adaptaciones a un contexto cambiante», *Iura Vasconiae*: 63-167.

El estudio de los textos que, bajo el título *Constitución de Navarra*, se elaboraron entre 1808 y 1814 con la finalidad de defender ante la Asamblea de Bayona y las Cortes de Cádiz la condición de reino que mantenía Navarra, constituye el objeto de la primera parte del trabajo publicado por Mercedes Galán Lorda, profesora de la Universidad de Navarra, en el volumen de *Iura Vasconiae*⁴⁴. Entre estos documentos, la autora presta una atención preferente a la obra de Benito Ramón de Hermida, diputado gaditano por la provincia de Santiago y Consejero de Estado, por la defensa que el autor realiza del régimen navarro. En la segunda parte del artículo, Mercedes Galán Lorda interesa al lector en las actitudes y actuaciones de la Diputación del Reino, de sus comisionados en la Junta Central y de la Diputación provincial en defensa de la organización jurídico-pública del Reino.

La situación de Navarra en el nuevo marco político que se establece en España a partir de Cádiz es también el objeto de análisis de Mercedes Galán Lorda en el trabajo que publica en el libro coordinado por José Antonio Escudero. En esta ocasión, la autora vuelve a algunos de los temas ya analizados en la publicación anteriormente referenciada, pero al mismo tiempo se ocupa de otras cuestiones que entonces no reclamaron su atención. Es el caso, entre otras, de la situación de Navarra durante el Trienio liberal⁴⁵.

También se refiere a la situación vivida en Navarra entre 1808 y 1814 el artículo de *Iura Vasconiae* firmado por Juan Cruz Alli Aranguren, administrativo de la Universidad Pública de Navarra⁴⁶. El autor se ocupa de la Constitución de Bayona de 20 de junio de 1808 y de la situación de las instituciones del Reino de Navarra durante el período napoleónico, para acto seguido centrarse en las repercusiones que tuvo en Navarra la entrada en vigor de la Constitución de 1812 y concluir esta parte del trabajo refiriendo la restauración del antiguo orden institucional navarro con el regreso de Fernando VII en marzo de 1814. En la última parte del trabajo, Juan Cruz Alli Aranguren se interesa también por los sucesivos escritos en defensa de la *constitución* navarra con los que desde distintas instancias se luchó por la conservación de los fueros navarros.

Gregorio Monreal Zia asumió en el Simposio dedicado al estudio de Vasconia bajo el primer constitucionalismo español la responsabilidad de presentar a los asistentes a la reunión la situación de los Fueros vascos en el marco de la Constitución de Bayona⁴⁷.

En el texto publicado cabe distinguir dos partes. En la primera, el autor describe los antecedentes políticos e institucionales que condicionaron la actuación de los representantes vascos en la asamblea de Bayona. Prestando atención

⁴⁴ GALÁN LORDA, M., «Navarra ante el nuevo fenómeno constitucional: el gobierno del último reino peninsular entre 1808 y 1814», *Iura Vasconiae*: 281-324.

⁴⁵ GALÁN LORDA, M., «Uniformismo jurídico y reacción en Navarra», en ESCUDERO, III, pp. 215-231.

⁴⁶ ALLI ARANGUREN, Juan Cruz, «Las instituciones del Reino de Navarra en el primer constitucionalismo español (1808-1814)», *Navarra en el debate sobre la Constitución Histórica Española*, *Iura Vasconiae*: 325-384.

⁴⁷ MONREAL ZIA, G., «Los Fueros vascos en la Constitución de Bayona. Antecedentes políticos e ideológicos. Resultados», *Iura Vasconiae*: 169-203.

al devenir del sistema foral en el siglo XVIII, a la conmoción que provocó en los territorios vascos la Guerra de la Convención, a las secuelas de la política hostil de Godoy respecto de los Fueros vasco-navarros y al debate que se entabló entre Manuel de Larramendi, próximo a los planteamientos de las provincias, y Juan Antonio Llorente, cercano al despotismo absolutista ilustrado. Y en la segunda centra su atención en la situación política de las provincias coincidiendo con la convocatoria a la asamblea de Bayona y en la colaboración perfilada entre Napoleón, José I y los diputados de la Junta de Bayona y que tuvo como efecto el artículo 144 del Estatuto de Bayona. El precepto que respetaba la continuidad de los fueros, aunque de modo provisional.

El estudio del impacto que la presencia militar francesa y la Guerra de Independencia tuvieron en el gobierno y en las instituciones de Gipuzkoa entre 1808 y 1814 se expone de manera detallada y extensa por María Rosa Ayerbe Iríbar, profesora de la Universidad del País Vasco, en el artículo incluido en el número 8 de *Iura Vasconiae*⁴⁸.

Sobre la base de anteriores trabajos, en particular su tesis doctoral sobre la representación y la representatividad en las instituciones de gobierno del Señorío en el siglo XIX, Lartaun De Egibar Urrutia se hace cargo del estudio del impacto del primer constitucionalismo español en Vizcaya en el número 8 de *Iura Vasconiae*⁴⁹.

Como no podía ser de otro modo, el territorio alavés también sufrió las consecuencias de la Guerra de la Independencia, del gobierno napoleónico y del sistema gaditano. De su estudio se encargan Juan Antonio Zárate Pérez de Arrilucea y Eduardo Inclán Gil⁵⁰.

Y, por último, en este bloque de trabajos referidos a los territorios de Vizcaya, Álava y Guipúzcoa también debemos aludir al trabajo de Rosa Ayerbe Iríbar en el que la autora refiere el modo en que los tres territorios vascos respondieron al requerimiento de las Cortes de 18 de marzo de 1812 para que se procediera a la publicación y juramento del texto constitucional en los distintos territorios de España⁵¹.

III. LA CONSTITUCIÓN DE 1812: EL RESULTADO DE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EXTRAORDINARIA DE LAS CORTES GADITANAS

La Constitución de Cádiz es el objeto de estudio de la mayor parte de los trabajos incluidos en las cinco obras de las que nos estamos ocupando en estas

⁴⁸ AYERBE IRÍBAR, M. R., «El gobierno de Gipuzkoa: entre la tradición y el cambio (1808-1814)», *Iura Vasconiae*: 385-460.

⁴⁹ EGIBAR URRUTIA, Lartaun de, «Bizkaia en el torbellino jurídico, institucional y político de 1808 a 1814», *Iura Vasconiae*: 461-506.

⁵⁰ INCLÁN GIL, Eduardo y ZÁRATE PÉREZ DE ARRILUCEA, Juan Antonio, «Álava y sus instituciones durante la ocupación napoleónica y la Guerra de la Independencia» (1808-1815), *Iura Vasconiae*: 507-532.

⁵¹ AYERBE IRÍBAR, M. R., «Uniformismo jurídico y reacción en el País Vasco», en ESCUDERO, III, pp. 191-214.

páginas y a ellos nos referimos a continuación. Pero antes de dar cuenta de sus contenidos, y del mismo modo que apuntamos en el momento de referir las aportaciones dedicadas al estudio de las Cortes de Cádiz, debemos reiterar las dudas que hemos tenido para organizar, conforme a un criterio útil, los contenidos de varios trabajos.

Para facilitar la transmisión de las materias de los trabajos, presentándolos bajo una cierta estructura, damos cuenta, en primer lugar, de las colaboraciones que suponen un acercamiento más o menos general al primer texto constitucional español. En segundo lugar, referimos los trabajos que tienen por objeto el estudio de la influencia francesa sobre el primer constitucionalismo español. En tercer término, nos detenemos en los capítulos y artículos en los que los autores analizan varias cuestiones relacionadas con la Constitución de Cádiz, pero que, sin embargo, no se corresponden, en sentido estricto, con el contenido específico que los diputados gaditanos reservaron a cada uno de los títulos del texto constitucional. En cuarto lugar, abordamos los trabajos vinculados de modo directo a los diferentes Títulos constitucionales. En esta parte incluimos los artículos y los capítulos reservados al Discurso preliminar y a los derechos individuales previstos en la Constitución, a pesar de que en el texto no figure un Título reservado específicamente a su regulación. Y, finalmente, nos referimos a los trabajos que tratan de la difusión de la Constitución en Europa y en América.

1. Miguel Artola, miembro de la Academia de la Historia, da cuenta en el capítulo con el que se abre la obra dirigida por José Antonio Escudero, de los que son, en su opinión, los puntos principales del proyecto político liberal y que quedaron consagrados en la Constitución de 1812. Un proyecto, que conforme a sus planteamientos, era de nuevo cuño y libre de cualquier vinculación con el pasado.

El autor, después de situar al lector en la crisis política desencadenada con el motín de Aranjuez y de dar cuenta de los aspectos más relevantes de las Cortes gaditanas, a las que, por cierto, prefiere denominar Convención de Cádiz por tratarse de una asamblea de los representantes del país que asumió todos los poderes, se detiene en los elementos principales de la Monarquía parlamentaria establecida en Cádiz. Entre otros las Cortes, los derechos naturales, la soberanía nacional, la división de poderes, el Tribunal Supremo y el poder ejecutivo⁵².

La relación entre las leyes fundamentales del Antiguo Régimen y la Constitución de la Monarquía española de 1812 es el tema del trabajo con el que Santos M. Coronas González participó en el IX Simposio de Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia dedicado al estudio de Vasconia en el marco del primer constitucionalismo español⁵³.

En su desarrollo, el autor analiza el orden antiguo, el de las Leyes fundamentales del Antiguo Régimen, en el que distingue entre la etapa austriaca y la

⁵² ARTOLA, Miguel, «Cortes y Constitución de Cádiz», en ESCUDERO, I, pp. 3-19.

⁵³ CORONAS GONZÁLEZ, S. M., «Leyes Fundamentales y Constitución de la Monarquía española de 1812», *Iura Vasconiae*: 41-62.

que se inicia con los Decretos de Nueva Planta, y el nuevo orden revolucionario de las primeras Constituciones españolas. Plantea así el contraste entre el antiguo orden corporativo y territorial, el monárquico, ya fuera absolutista o moderado, y el revolucionario de corte francés o angloamericano.

Aquilino Iglesia Ferreirós, profesor de la Universidad de Barcelona, formula una reflexión general acerca del uso de recurrir al pasado o a la tradición para justificar el presente, una vez que constata que el modo de entender lo nuevo y lo antiguo estuvo presente en Cádiz y se ha mantenido en la historiografía publicada desde entonces en relación a los acontecimientos gaditanos. Al mismo tiempo, propone dejar de lado los debates sobre los hechos entonces ocurridos, con el fin de centrar la atención en las valoraciones que se han formulado sobre ellos, y abrir nuevos caminos que permitan descubrir otras influencias en la Constitución de Cádiz.

Deteniéndose en los principios utilizados en Cádiz para la redacción de la Constitución, el autor observa cómo «son el resultado histórico de un continuo enfrentamiento a la hora de determinar los criterios que deben regir la convivencia en los reinos», de modo que, en el fondo, cabría concluir que nada nuevo hubo en Cádiz⁵⁴.

José Luis García Ruiz, desde la perspectiva del Derecho constitucional, analiza en relación a la Constitución de 1812, los tres elementos que el constitucionalismo revolucionario valoraba a los efectos de identificar a una auténtica Constitución y que representan la base del concepto moderno de libertad. Estos pilares son la soberanía nacional, la separación de poderes y los derechos y libertades⁵⁵.

La Constitución de Cádiz y la configuración del Estado liberal suscitó la desconfianza de los sectores que se sentían vinculados con mayor fuerza al Antiguo Régimen. De su análisis se ocupa Andrés Gamba, profesor de la Universidad Rey Juan Carlos, en la obra coordinada por José Antonio Escudero. Para la exposición del pensamiento de los opositores a la Constitución de 1812, el autor toma como referente el pronunciamiento de Pedro de Quevedo y Quintana, obispo de Orense y presidente de la Regencia, negándose a prestar el juramento el día de la inauguración de las Cortes; la *Instrucción pastoral* de los obispos refugiados en Mallorca que representa un alegato colectivo de la oposición tradicionalista; y el célebre *Manifiesto de los Persas*⁵⁶.

Desde la perspectiva del Derecho constitucional, Pablo Lucas Verdú aprovecha la coyuntura del bicentenario para reflexionar sobre el destino próximo que puede o debe tener la vigente Constitución española. Para ello, el autor relaciona las Constituciones de 1812 y 1978 y sus respectivos contextos para establecer las diferencias y las semejanzas más significativas que existen entre las dos situaciones históricas. Y, por último, llama la aten-

⁵⁴ IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino, «Nil novi facientes, nil adinventione nostra statuentes», en ESCUDERO, II, pp. 334-353.

⁵⁵ GARCÍA RUIZ, José Luis, «La libertad en la Constitución de Cádiz», en ESCUDERO, II, pp. 427-441.

⁵⁶ GAMBRA, Andrés, «Los opositores a la Constitución de Cádiz», en ESCUDERO, II, pp. 496-518.

ción acerca de la importancia y de la necesidad de «tener, estar y respetar una Constitución»⁵⁷.

José Luis Abellán, desde la óptica de la filosofía, considera la Constitución gaditana como un paradigma de ideales y criterios que han terminado por erigirse en parte de nuestra identidad cultural como nación. Entre estos elementos, el autor se ocupa de la ruptura con la doctrina de la soberanía real y con la concepción patrimonialista de la Monarquía; de la convicción de que el pueblo se gobierna a sí mismo mediante las normas que libremente establece para su convivencia; de la idea de la independencia nacional; y del americanismo que impregna la sociedad española⁵⁸.

La presentación de la Constitución de 1812 a partir de los planteamientos de un economista, que se aproxima a ella dos siglos después de su promulgación, corre a cargo de Juan Velarde Fuertes⁵⁹. El autor, después de llamar la atención sobre la situación en que se encontraba el PIB del país en los comienzos del siglo XIX y de dar cuenta de las carencias estructurales que presentaba la sociedad española en comparación con los países de nuestro entorno, singularmente Inglaterra, se detiene en las previsiones de contenido económico incluidas en la Constitución gaditana.

Manuel Aranda Mendíaz, profesor de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, combinando su formación histórico-jurídica y la preocupación por la semiótica y la hermenéutica jurídicas nos aproxima a los preceptos de la Constitución de 1812 referidos a la acción de gobierno, a la sociedad y a la educación e instrucción pública a partir del análisis e interpretación del significado de las palabras del texto constitucional⁶⁰.

En este mismo bloque de trabajos, debemos dar cuenta del texto elaborado por el lingüista Jacques de Bruyne. En su exposición el autor repasa los aspectos lingüísticos de la Constitución de 1812⁶¹. De igual modo debemos referir la colaboración de Juan Antonio López Delgado, miembro de la Academia de la Historia, en la que el autor estudia la Constitución gaditana a la luz de la prensa y la literatura⁶².

Y para terminar esta parte reservada a los trabajos de alcance general sobre el texto gaditano, nos ocupamos de la edición iconológica de la Constitución de 1812 que, publicada en 1820 con los grabados de José María de Santiago, ha reclamado la atención de Santos M. Coronas González en dos ocasiones dife-

⁵⁷ LUCAS VERDÚ, Pablo, «La Constitución de Cádiz como paradigma examinada desde la de 1978», en ESCUDERO, II, pp. 323-333.

⁵⁸ ABELLÁN, José Luis, «La Constitución de Cádiz como referencia política», en ESCUDERO, II, pp. 388-393.

⁵⁹ VELARDE FUERTES, Juan, «Un economista, dos siglos después, ante la Constitución de Cádiz», en ESCUDERO, II, pp. 394-404.

⁶⁰ ARANDA MENDÍAZ, Manuel, «La Constitución de 1812: acción de gobierno y sociedad a la luz de la semiótica y hermenéutica jurídica», en ESCUDERO, II, pp. 535-560.

⁶¹ BRUYNE, Jacques de, «Sobre la Constitución por excelencia (Divagaciones diversas de un diletante dilógico)», en ESCUDERO, II, pp. 519-534.

⁶² LÓPEZ DELGADO, Juan Antonio, «La Constitución de Cádiz en la prensa y en la literatura», en ESCUDERO, II, pp. 482-495.

rentes. Estos trabajos, coincidentes sólo en parte, resultan complementarios entre sí.

El primero de los textos se publica como estudio preliminar que acompaña a la publicación facsímil de la edición iconológica de la Constitución de 1812 editada en 1822. El segundo forma parte de la obra colectiva coordinada por José Antonio Escudero. Por su contenido ambos se sitúan en el ámbito de la iconografía histórico-jurídica una vez que el autor se ocupa de la descripción y explicación de las imágenes alegóricas con las que José María de Santiago ilustró la Constitución de 1812.

En el texto de Santos M. Coronas González que acompaña a la edición de la Constitución gaditana, se distinguen dos partes. En la primera, comprensiva de los seis primeros apartados, el autor presenta de manera precisa una breve historia de la Constitución de Cádiz situándola en el contexto de la España de finales del siglo XVIII y principios del XIX. En su desarrollo, el autor da cuenta de la diferencia entre las Leyes fundamentales del Antiguo Régimen y el modelo constitucional, del método constitucional, de la necesidad de una Constitución nacional, de la jura y publicación del texto gaditano, del Decreto que lo abolió en 1814 y de su juramento por Fernando VII en 1820⁶³. En la segunda, la parte propiamente iconográfica, el autor refiere las circunstancias que rodearon la publicación de la primera edición iconológica de la Constitución de 1812 a cargo de José María de Santiago y describe y explica las alegorías del adorno de las páginas de la Constitución, de las que sirven de introducción al texto constitucional y de las incluidas al comienzo de cada uno de los diez Títulos de la Constitución.

En el trabajo incorporado al volumen colectivo coordinado por José Antonio Escudero, Santos M. Coronas González vuelve a interesarse de nuevo por los grabados de la edición de la Constitución de Cádiz de Santiago. En esta ocasión, omite la presentación histórica de la Constitución de 1812 que figura en el «Estudio preliminar». Y el análisis iconográfico del texto constitucional, más amplio, se completa con un enriquecedor aparato crítico que no figura en el primer texto al que nos hemos referido⁶⁴.

2. La influencia del Constitucionalismo francés sobre el texto de Bayona y la Constitución de Cádiz es la materia de estudio de varios trabajos. El publicado por Jean-Baptiste Busaall en *Iura Vasconia*, una parte importante del capítulo tercero de la monografía de Ignacio Fernández Sarasola, el texto elaborado por este mismo autor para la obra dirigida por José Antonio Escudero y el firmado por Dionisio A. Perona Tomás.

El trabajo de Jean-Baptiste Busaall tiene como objeto delimitar la función, la naturaleza y el alcance de la Constitución de Bayona en el ámbito de la organización territorial de la Monarquía, relacionándola con los textos constitucio-

⁶³ CORONAS GONZÁLEZ, S. M., «Estudio preliminar a la primera edición iconológica de la Constitución de Cádiz», en *Constitución española*.

⁶⁴ CORONAS GONZÁLEZ, S. M., «Iconología constitucional: el grabado de la Constitución política de la Monarquía española de 1812», en ESCUDERO, II, pp. 561-590.

nales franceses que le sirven de referente y con las particulares circunstancias en que se encuentra España al tiempo de su elaboración⁶⁵.

Fernández Sarasola, en el primero de los dos trabajos señalados, analiza la doble influencia, nacional y francesa, que percibe en el articulado de la Constitución gaditana; se preocupa de delimitar los elementos procedentes del ideario político-constitucional francés que se difunden en España a través de varios frentes desde las últimas décadas del siglo XVIII y por medio de la Constitución de Bayona de 1808; y profundiza en las dos notas que considera originales del texto gaditano: el historicismo y la religiosidad⁶⁶.

Y en el segundo de los trabajos, en el publicado en la obra de José Antonio Escudero, el autor profundiza en la Constitución de Bayona como precedente de la Constitución de 1812. En la exposición refiere el particular «proceso constituyente» de Bayona; las aportaciones francesas y nacionales que detecta en el texto; la polémica doctrinal acerca de la naturaleza jurídica del texto de Bayona; y se ocupa, brevemente, de algunos aspectos del contenido de la Constitución de 1808. En concreto de los referidos al monarca, las Cortes, los tribunales de justicia y las libertades⁶⁷.

Y, por último, el texto publicado por Perona Tomás tiene como finalidad el análisis de la influencia que la Constitución francesa de 1791 ejerció sobre la Constitución española de 1812. Para alcanzar este objetivo, el autor repasa la historiografía publicada hasta la fecha acerca de la influencia francesa en el texto gaditano, para a continuación centrar su atención en los rasgos comunes y en las diferencias que observa entre los textos de 1791 y 1812.

3. Ignacio Fernández Sarasola se ocupa de la elaboración del proyecto constitucional en el capítulo segundo de su monografía. En tres epígrafes sucesivos, el autor reconstruye el proceso que permitió a la Junta de Legislación fijar las bases constitucionales; da cuenta del modo en que la Cámara asumió la tarea de elaborar una nueva Constitución a partir de lo establecido por la Junta de Legislación; y, finalmente, detalla las vicisitudes de la redacción del proyecto constitucional en el seno de la Comisión de Constitución⁶⁸.

El capítulo cuarto de la misma monografía de Fernández Sarasola se destina al análisis del valor normativo de la Constitución de 1812 y del sistema de fuentes definido en el texto constitucional⁶⁹.

A partir de la consideración de que la Constitución gaditana nunca se concibió como una norma jurídica suprema, el autor se ocupa de la configuración

⁶⁵ BUSAALL, Jean-Baptiste, «À propos de l'influence des Constitutions françaises depuis 1789 sur les premières constitutions écrites de la Monarchie espagnole. L'exemple de l'ordonnancement territorial dans la Constitution de Bayonne», *Iura Vasconiae*: 9-39.

⁶⁶ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «Los modelos de la Constitución de Cádiz: entre el historicismo nacionalista y la francofilia», en Fernández Sarasola, pp. 89-115.

⁶⁷ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «El precedente: La Constitución de Bayona», en ESCUDERO, II, pp. 354-366.

⁶⁸ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «El diseño del proyecto constitucional (1809-1811)», en FERNÁNDEZ SARASOLA, pp. 49-87.

⁶⁹ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «El valor normativo de la Constitución de 1812 y el sistema de fuentes», en FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio, pp. 117-143.

del primer texto constitucional español como una auténtica norma jurídica; da cuenta de la dualidad constitucional en la dogmática realista, lo que conlleva la diferenciación entre «Constitución formal» y «Constitución material»; se detiene en el análisis de la rigidez de la Constitución gaditana y de sus consecuencias; fija la relación entre la Constitución de 1812 y la ley sobre la base de la distribución de materias y del principio de aplicabilidad, relegando a un segundo plano la utilización de los criterios jerárquicos; y finaliza el capítulo analizando el sistema de fuentes que se deriva del articulado de la Constitución y estableciendo las diferencias entre la ley, los decretos, las órdenes y los reglamentos.

4. Gonzalo Martínez Díez, de la Universidad Rey Juan Carlos, se ocupa del *Discurso preliminar*. En el desarrollo del capítulo, el autor reconstruye la génesis del *Discurso*; plantea el debate acerca del carácter rupturista o continuista del contenido del texto; se acerca a la figura de Martínez Marina a partir de la idealización que el autor asturiano propició del orden político histórico; y se detiene en los grandes principios constitucionales presentes en el *Discurso preliminar*. De modo particular, su atención se fija en el principio de la separación de poderes, en la monarquía, en el poder judicial, en el gobierno de los ayuntamientos y provincias y en el libre otorgamiento de los impuestos⁷⁰.

Los derechos individuales en la Constitución de Cádiz son el objeto de análisis de los trabajos de Lorenzo Martín-Retortillo y de Yolanda Gómez Sánchez que forman parte del libro coordinado por José Antonio Escudero, y del capítulo octavo de la monografía de Ignacio Fernández Sarasola⁷¹.

Lorenzo Martín-Retortillo, profesor de la Universidad Complutense, inicia su exposición obligando al lector a meditar acerca de si a lo largo de la historia han existido tiempos propicios para las declaraciones de derechos. A continuación, el autor se acerca a las previsiones en materia de derechos humanos contenidas en el texto de Bayona y en varios Decretos dictados en la Isla de León, considerándolos preparatorios del camino que habría de permitir más adelante la definición de los derechos individuales en el articulado de la Constitución de 1812. Concluida esta parte de su exposición, el profesor Martín-Retortillo se ocupa del texto gaditano, incluido su *Discurso preliminar*.

En el análisis que realiza de las previsiones de la Constitución de Cádiz en materia de derechos humanos, el autor reflexiona sobre la dispersión de los derechos en el articulado del texto; llama la atención acerca de la inexistencia de cláusulas generales que conllevaran el reconocimiento explícito del principio de igualdad, de la abolición de la esclavitud y de la libertad religiosa; estudia también el contenido de los derechos humanos más cualificados que quedaron incorporados al texto de la Constitución de Cádiz; y concluye

⁷⁰ MARTÍNEZ DÍEZ, Gonzalo, «Viejo y nuevo orden político: El «Discurso Preliminar» de nuestra primera Constitución», en ESCUDERO, II, pp. 591-606.

⁷¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, LORENZO, «Los derechos humanos en la Constitución de Cádiz», en ESCUDERO, II, pp. 405-426; GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, «Las Cortes de Cádiz y los derechos humanos», en ESCUDERO, II, pp. 98-119; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «Los derechos individuales en la Constitución de Cádiz», en FERNÁNDEZ SARASOLA, pp. 241-269.

refiriéndose a los deberes y límites como complemento ineludible de todo sistema de derechos.

Yolanda Gómez Sánchez, profesora de la UNED, se ocupa, desde la perspectiva del Derecho constitucional, de los derechos humanos en Cádiz. Para ello toma como punto de partida los precedentes de su reconocimiento en la Escuela española del Derecho Natural, en el Humanismo, en la Reforma, en Inglaterra y América en los siglos XVII y XVIII y en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. A la vista de esta información, la autora analiza los derechos de la Constitución de Cádiz como derechos de primera generación y, a continuación, se ocupa de algunos de los derechos contemplados expresamente en el texto de 1812.

Ignacio Fernández Sarasola tras considerar que la ausencia de una declaración de derechos expresa y separada en el texto gaditano es una de las diferencias más notables de cuantas existen entre la Constitución de 1812 y el modelo revolucionario francés de 1791, 1793 y 1795 y recordar también que los derechos que se formulan en el texto gaditano se incluyen como límites a la actuación del Rey o de los jueces, se interesa por la fundamentación de los derechos en la dogmática que subyace a la Constitución de Cádiz; se ocupa de establecer la diferencia entre «español» y «ciudadano», una vez que los derechos se reconocen a exclusivamente los españoles o a los ciudadanos pero no al resto de los hombres; aborda el contenido y el objeto de los derechos; y, encaminándose hacia el final del capítulo, examina el principio de legalidad en materia de derechos subjetivos.

5. Desde perspectivas, sensibilidades y planteamientos historiográficos muy diferentes, Ignacio Fernández Sarasola, Pedro González-Trevijano, Pedro Pablo Miralles Sangro, Aniceto Masferrer, Bartolomé Clavero, Jesús Vallejo y Manuel Medina Ortega nos conducen al contenido del Título I de la Constitución de 1812 que los diputados gaditanos reservaron a la Nación española y los españoles y también al concepto de ciudadanía española prevista en el Título II⁷².

El principio de la soberanía nacional, vinculado con el concepto de Nación, una de las novedades más relevantes de la Constitución de 1812, reclama la atención de Fernández Sarasola en las primeras páginas del capítulo quinto de su monografía y de Aniceto Masferrer en el trabajo incluido en la obra coordinada por José Antonio Escudero.

En la exposición, Ignacio Fernández Sarasola da cuenta del triple concepto de Nación que manejaron los diputados gaditanos, una vez que realistas, liberales y diputados americanos sostenían ideas diferentes, mezclando cuestiones individualistas, corporativistas y territoriales.

⁷² GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro, «El concepto de Nación en la Constitución de Cádiz», en ESCUDERO, II, pp. 607-620; MIRALLES SANGRO, Pedro Pablo, «Españoles y *extrangeros* en la Constitución de Cádiz de 1812», en ESCUDERO, II, pp. 621-638; MASFERRER, Aniceto, «La soberanía nacional en las Cortes gaditanas: su debate y aprobación», en ESCUDERO, II, pp. 639-672; CLAVERO, Bartolomé, «Constitución de Cádiz y ciudadanía de México», en GARRIGA ACOSTA, C., pp. 141-172; VALLEJO, Jesús, «Paradojas del sujeto», en GARRIGA ACOSTA, C., pp. 173-199; MEDINA ESCUDERO, Manuel, «Los ciudadanos españoles en el texto constitucional», en ESCUDERO, II, pp. 673-685.

El debate y aprobación del principio de soberanía nacional en las Cortes gaditanas es el objeto de estudio de Aniceto Masferrer. El profesor de la Universidad de Valencia, después de plantear la soberanía nacional como un requisito imprescindible del constitucionalismo, analiza los pasos seguidos en Cádiz para la incorporación de este principio al texto constitucional. Del mismo modo se ocupa de los argumentos utilizados por los diputados para su justificación.

Pedro González-Trevijano, profesor de la Universidad Rey Juan Carlos, también se interesa por el concepto de Nación en el marco de la Constitución de Cádiz. El autor, una vez que llama la atención acerca de la trascendencia del concepto, refiere los perfiles que los diputados gaditanos otorgaron a la idea de Nación. En esta parte de la exposición su atención se detiene, entre otros aspectos, en la Nación como sujeto material del nuevo orden político-constitucional, como una formulación sobrevenida, como potestad suprema de la comunidad, como un nuevo concepto de representación política y como expresión del final del modelo absolutista del Antiguo Régimen. Finalmente, realiza una aproximación a los fines y objetivos de la Nación.

De los sujetos a los que se refiere el texto constitucional se ocupan los trabajos de Pedro Pablo Miralles, Bartolomé Clavero, Jesús Vallejo y Manuel Medina Ortega.

El primero se interesa por los conceptos de nacionalidad y *extrangería* en el Discurso preliminar, para a continuación analizar, por separado, el alcance de las nociones de español y extranjero presentes en la Constitución de 1812.

El concepto de ciudadanía establecido en la Constitución gaditana y su continuidad en el Derecho mexicano es el tema que interesa a Bartolomé Clavero, profesor de la Universidad de Sevilla, en el capítulo cuarto del libro coordinado por Carlos Garriga Acosta. El análisis, prescindiendo de la historiografía publicada hasta la fecha, se construye a partir de un caso visto y sentenciado en 1913 por la Corte Federal Suprema de Estados Unidos. En la resolución, el tribunal tuvo que decidir si los indígenas transferidos de México a Estados Unidos en 1848 en aplicación del Tratado de Guadalupe-Hidalgo, firmado por Estados Unidos y México para poner fin a la Guerra de Intervención Estadounidense, reunían la condición de ciudadanos.

Bajo el título «Paradojas del sujeto», Jesús Vallejo, también profesor de la Universidad Sevilla, presenta, en el capítulo que firma dentro del volumen coordinado por Carlos Garriga Acosta, una reflexión acerca de las «extrañas» situaciones que en relación al sujeto se plantearon en el marco del constitucionalismo decimonónico. Para el desarrollo de su análisis el autor toma como referente las previsiones constitucionales de 1812, 1837, 1845 y 1869 y los planteamientos incorporados al Proyecto de Código civil de 1821 en materia de muerte civil.

Jesús Vallejo se interroga acerca de quién era el sujeto español que en el siglo XIX se hallaba en el pleno goce de los derechos civiles, llegando a la conclusión de que no lo era el mayor de edad, sino el padre de familia. Al mismo tiempo observa que en contraposición al padre de familia, otros sujetos carecían de la plenitud de los derechos civiles. Era el caso de los muertos civiles, aunque

naturalmente vivos; de los hijos de familia, personas civiles, mayores de edad, que sin embargo por no estar casadas no podían disfrutar en plenitud de los derechos civiles; y los menores de edad, carentes de personalidad plena, que necesitaban la mediación de otros.

Y, por último, desde la perspectiva del Derecho internacional, Manuel Medina conduce al lector a los conceptos de ciudadanía originaria y nacionalidad originaria a la vista del Derecho castellano, del Derecho francés y de las previsiones de la Constitución de 1812. A partir de ahí, su interés se orienta hacia la fórmula prevista en el texto gaditano para la adquisición de la ciudadanía, hacia los efectos que se derivaban del disfrute de la condición de ciudadano español y hacia las situaciones en las que cabía la suspensión y pérdida de la calidad de ciudadano. El capítulo concluye con una breve referencia a la influencia que la Constitución de Cádiz ha tenido en la definición de la ciudadanía en el Derecho español con posterioridad.

6. A los territorios de las Españas y a su religión y gobierno, aspectos previstos en el Título II de la Constitución de 1812, se refieren los trabajos de Rafael García Pérez y Alberto de la Hera incluidos en la obra dirigida por José Antonio Escudero. También una parte del capítulo quinto de la monografía de Ignacio Fernández Sarasola. Y las aportaciones de Marta Lorente Sariñena y Margarita Gómez Gómez al volumen coordinado por Carlos Garriga Acosta⁷³.

Rafael García Pérez, profesor de la Universidad de Navarra, se interesa por los artículos 10 y 11 de la Constitución de 1812 en los que se determina la realidad territorial española a partir del concepto de Nación. De ahí la importancia que el autor confiere al alcance del término Nación. En virtud de su contenido, el territorio se entenderá de una manera u otra y su división también responderá a unas características u a otras.

Expuesto el planteamiento general del tema, Rafael García Pérez recapitula el proceso de redacción de los futuros artículos 10 y 11 de la Constitución de 1812 y el contenido de su debate y aprobación.

En la obra coordinada por José Antonio Escudero, Alberto de la Hera, profesor de la Universidad Complutense, analiza el artículo 12 de la Constitución de Cádiz y la cuestión religiosa.

Ignacio Fernández Sarasola aborda el principio de la división de poderes en la Constitución de 1812 en el mismo capítulo en el que analiza la soberanía nacional. Pero antes de exponer los órganos del Estado previstos en la Constitución gaditana, sus competencias y relaciones, el constitucionalista de la Universidad de Oviedo explica al lector la diferencia que existe entre la distinción de poderes, que es objeto de tratamiento doctrinal en España desde el siglo XVIII, y la separación de poderes que se impone en el pensamiento liberal y que conlleva

⁷³ GARCÍA PÉREZ, Rafael, «Los territorios de la Península, América, Asia y África», en ESCUDERO, II, pp. 686-694; DE LA HERA, Alberto, «El artículo 12 de la Constitución de Cádiz y la religión católica», en ESCUDERO, II, pp. 695-709; FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «Soberanía nacional y división de poderes», en FERNÁNDEZ SARASOLA, I., pp. 145-179, en concreto pp. 145-149; LORENTE SARIÑENA, Marta, «División de poderes y contenciosos de la administración: una –breve– historia comparada», en GARRIGA ACOSTA, C., pp. 307-345; GÓMEZ GÓMEZ, Margarita, «Del «ministerio de papeles al «procedimiento», en GARRIGA ACOSTA, C., pp. 347-378.

va la división del ejercicio de la soberanía entre diversos órganos. Aunque esto no significara en la Constitución de 1812 que el legislativo, el ejecutivo y el judicial ocuparan idéntica posición jurídico-política. Los constituyentes gaditanos situaron al legislativo en una posición de superioridad respecto del ejecutivo y el judicial, opción no compartida por un sector doctrinal partidario del equilibrio constitucional.

A continuación, el autor se centra en los tres poderes previstos en la Constitución gaditana, legislativo, ejecutivo y judicial, refiriendo las funciones de las Cortes, el Rey, los Ministros y los órganos judiciales y las relaciones fijadas entre ellos.

El capítulo historiográfico firmado por Marta Lorente se ocupa del poder ejecutivo y conlleva el cuestionamiento de la supuesta división de poderes consagrada en la Constitución de 1812, una vez que, coincidiendo con la implantación del Estado liberal, se sentaron las bases para que la administración y los administradores pudieran juzgarse a sí mismos con la creación de una jurisdicción administrativa. Del mismo modo, la autora llama la atención acerca del carácter esencialmente jurisprudencial del Derecho administrativo, poniendo en tela de juicio la idea de un Derecho administrativo de contenido fundamentalmente legal.

Y, por último, Margarita Gómez Gómez, desde su formación en historia del documento y de la escritura, analiza el papel que el texto escrito tuvo en las transformaciones operadas en el paso del Antiguo al Nuevo Régimen. La autora, después de aproximar al lector al valor y uso de la escritura y del documento en el Antiguo y en el Nuevo Régimen, relaciona el principio de igualdad del ciudadano con la consolidación y normalización de los expedientes administrativos.

7. Seis de los trabajos incluidos en las publicaciones objeto de esta reflexión tienen como finalidad el análisis de la institución de las Cortes prevista en el Título III de la Constitución de 1812. La mayor parte de ellos se integran en la obra dirigida por José Antonio Escudero⁷⁴ y uno se corresponde con el capítulo sexto de la monografía de Ignacio Fernández Sarasola⁷⁵.

Antonio Torres del Moral, tomando como punto de partida de su exposición la idea de la neta diferencia entre las Cortes de Castilla y las de Cádiz por tratarse de dos instituciones insertas en regímenes totalmente distintos, centra el grueso de su exposición en el análisis de varias cuestiones. En lo que concierne a la composición, organización y funcionamiento de las Cortes, el autor se detiene de manera particular en el sistema electoral, en el estatuto de los diputa-

⁷⁴ TORRES DEL MORAL, Antonio, «Las Cortes según la Constitución de 1812», en ESCUDERO, III, pp. 3-16; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Dolores del Mar, «Las Juntas electorales de parroquia, partido y provincia», en ESCUDERO, III, pp. 17-25; FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, María del Camino; «La disyuntiva unicameralismo-bicameralismo en la etapa previa a las Cortes de Cádiz», en ESCUDERO, III, pp. 26-32; GRANDA, Sara, «La celebración de las Cortes», en ESCUDERO, III, pp. 33-45; JUANTO, Consuelo; «El debate sobre la Diputación permanente de Cortes», en ESCUDERO, III, pp. 46-80.

⁷⁵ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «El unicameralismo revolucionario», en FERNÁNDEZ SARASOLA, pp. 181-205.

dos, en el mandato representativo y en el funcionamiento de la Cámara. En relación a las funciones que se atribuyen a las Cortes, se ocupa del orden legislativo ordinario, de las competencias que corresponden a la asamblea en el contexto de las relaciones que mantiene con el Rey y con los secretarios de Despacho, de las facultades que califica de cuasi jurisdicción constitucional y del ejercicio del poder constituyente constituido. El trabajo concluye con una referencia a la Diputación permanente.

Del régimen que la Constitución gaditana prevé para la elección de los diputados a Corte se ocupa Dolores del Mar Sánchez González. De modo particular su atención se ocupa de las Juntas electorales de parroquia, partido y provincia prestando atención a las condiciones del sufragio así activo como pasivo, del lugar y fecha de las elecciones, de la presidencia y de la mesa electoral y, finalmente, del ceremonial que se sigue en las tres fases del proceso electoral.

Los liberales gaditanos, defendiendo el principio de igualdad, el individualismo y la soberanía nacional, consiguieron que las Cortes previstas en el texto constitucional fueran unicamerales. El proceso que permitió el triunfo del unicameralismo es analizado por María del Camino Fernández Jiménez y de manera más amplia por Ignacio Fernández Sarasola.

María del Camino Fernández Jiménez, tras referir cómo desde 1808 se planteó la disyuntiva unicameralismo-bicameralismo, se ocupa brevemente del Decreto de 29 de enero de 1810 que regulaba la celebración de las Cortes.

Por su parte, Ignacio Fernández Sarasola, fiel a la metodología seguida en los anteriores capítulos, se detiene, en primer lugar, en el debate que hubo en España en relación la organización parlamentaria con anterioridad a las Cortes gaditanas. Para a continuación, estudiar la cuestión del bicameralismo en las Cortes de Cádiz y los intentos surgidos con posterioridad para superar el unicameralismo revolucionario.

En relación a la primera cuestión, Fernández Sarasola da cuenta de la indiferencia que existía en el siglo XVIII en relación a la organización parlamentaria. Entonces la preocupación se centraba en el debate acerca de la conveniencia de la existencia de unas Cortes. Aún no era el tiempo de discutir acerca del carácter unicameral o bicameral que debían tener. Y a continuación refiere el debate «oficioso» sobre el bicameralismo suscitado en España entre liberales y reformistas una vez que se reunió la Junta Central. También se ocupa de la discusión oficial planteada en la misma Junta una vez que se acordó la convocatoria a Cortes.

Y, en lo que concierne al segundo punto, el autor se detiene, en primer término, en la postura que mantuvieron los diputados realistas, partidarios del bicameralismo, y los liberales, defensores del unicameralismo, en las Cortes de Cádiz. Para a continuación fijarse en los intentos que hubo en 1819 y en el Trienio para diseñar un Senado. Esta posibilidad se planteó una vez que las filas liberales se fragmentaron en exaltados y moderados. Los primeros, defensores del unicameralismo y los segundos partidarios dispuestos a acoger el bicameralismo siguiendo el modelo de las naciones más avanzadas.

La responsabilidad del análisis de los preceptos de la Constitución de Cádiz relativos a la celebración de las Cortes se asume por Sara Grande en la obra coordinada por José Antonio Escudero.

La autora, una vez que afirma la existencia de radicales diferencias entre la antigua celebración de Cortes y el nuevo régimen que se prevé en el texto gaditano, se ocupa, siguiendo el capítulo VI del Título III de la Constitución de 1812, de la periodicidad, duración y sede de las Cortes, de su renovación bianual, de la preparación y constitución de las Cortes, del papel que cumple el Rey en las Cortes, de la autonomía reglamentaria que se reconoce a la Asamblea. Y concluye su exposición refiriéndose al régimen que concierne a los diputados, prestando una atención especial a las garantías y a las prohibiciones que les afectan.

Y, por último, Consuelo Juanto aproxima al lector al debate suscitado durante la fase de elaboración de la Constitución de Cádiz acerca de la institución de la Diputación permanente de Cortes.

Tras rememorar los rasgos fundamentales de la Diputación permanente tradicional o histórica, Consuelo Juanto se interesa por esta institución en el contexto gaditano. Con el fin de alcanzar este objetivo, la autora estructura la exposición en tres grandes epígrafes. El primero lo reserva al estudio del debate sobre la Diputación al tiempo que se discutía el Proyecto constitucional de 1812. En esta primera fase la preocupación de los participantes en la discusión se centró, principalmente, en la creación y composición de la Diputación permanente, en la manera de suplir la falta de vocales, en el modo en que debía realizarse la elección de la Diputación y en el día que debía procederse a su nombramiento y establecimiento.

Cubierta esta parte de la exposición, la autora pasa a analizar el régimen de la Diputación previsto en los artículos 157 y 160 de la Constitución y las discusiones que sobre la misma institución se suscitaron en las Cortes gaditanas, una vez promulgada la Constitución. El trabajo finaliza con el estudio de la primera Diputación permanente de Cortes, la del bienio 1813-1814.

8. Como no podía ser de otro modo, la institución de la Monarquía también está presente en las publicaciones que nos ocupan. José Antonio Escudero reservó tres colaboraciones para tratar de la Monarquía. Una institución particularmente conflictiva a principios del siglo XIX como consecuencia de las circunstancias que rodearon el abandono de Carlos IV y el acceso al trono de José I⁷⁶.

En el primero de los trabajos, Emiliano González Díez desmenuza la institución monárquica en el marco de la Constitución gaditana. En la exposición, el autor repasa, entre otras cuestiones, el contenido de la proclamación y jura de Fernando VII, las funciones que la Constitución atribuyó a la monarquía, las relaciones del Rey con los demás órganos constitucionales, para terminar seña-

⁷⁶ GONZÁLEZ DÍEZ, Emiliano, «Monarquía y Corona en la Constitución gaditana», en ESCUDERO, III, pp. 81-97; VAL GARIJO, Fernando, «Rey, Cortes y política exterior», en ESCUDERO, III, pp. 98-104; GÓMEZ RIVERO, Ricardo, «Gobierno, ministros y Consejo de Estado», en ESCUDERO, III, pp. 105-136.

lando los rasgos que en su opinión caracterizaban a la nueva monarquía frente a la del Antiguo Régimen.

Fernando Val Garijo se ocupa del reparto de atribuciones entre el Rey y las Cortes que la Constitución de 1812 preveía en el campo de la política exterior. El nuevo marco político conllevó una fuerte limitación de los tradicionales amplios poderes que el monarca había ejercido en el ámbito de la política exterior en los siglos anteriores. En la parte final del trabajo el autor plantea algunas reflexiones acerca de las consecuencias que el principio de soberanía nacional tuvo en la esfera de las relaciones internacionales.

Finalmente, Ricardo Gómez Rivero se detiene en el análisis del Ejecutivo de conformidad con las previsiones del Título IV de la Constitución de 1812. El Título en el que se contemplan los aspectos sustanciales de las facultades del Rey, de los Secretarios del Despacho, de la Regencia y del Consejo de Estado.

Tras formular algunas reflexiones de carácter general sobre las previsiones del mencionado Título, el autor se ocupa de la creación constitucional del Consejo de Estado y de la Regencia del Reino, de las competencias de la Regencia a consulta del Consejo de Estado, de este Consejo de Estado y de los Secretarios del Despacho. En relación a estas instituciones Ricardo Gómez Rivero se interesa de manera particular en las competencias que les fueron atribuidas, sin desatender por ello otros aspectos como son los concernientes a su nombramiento y al régimen de responsabilidades.

9. Desde dos perspectivas muy diferentes Fernando Martínez Pérez, Alejandro Agüero, Óscar Alzaga y Carmen Losa Contreras acercan al lector al mundo de la justicia con el trasfondo de la Constitución de 1812. Los dos primeros trabajos forman parte del volumen coordinado por Carlos Garriga Acosta y el tercero y el cuarto del dirigido por José Antonio Escudero⁷⁷.

Fernando Martínez Pérez plantea el tema de la administración de la justicia poniendo de relieve cómo la interiorización en la cultura constitucional española de los dogmas de la separación de poderes, la unidad y exclusividad de la jurisdicción, la vinculación de los jueces a una ley entendida como expresión de la voluntad general de la nación y la independencia, inamovilidad y responsabilidad de los jueces sólo empezaron a asentarse en España con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, a pesar de haber sido anunciados desde los años de Cádiz.

Al mismo tiempo somete a crítica otras interpretaciones generalizadas en la historiografía como son las que sostienen la irrelevancia política de la función judicial a partir del siglo XIX y las que reducen la justicia profesional a la justicia letrada, desterrando la existencia una justicia ciudadana lega.

⁷⁷ MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando, «De la potestad jurisdiccional a la administración de justicia», en GARRIGA ACOSTA, C., pp. 235-266; AGÜERO, Alejandro, «La justicia penal en tiempos de transición. La República de Córdoba, 1785-1850», en GARRIGA ACOSTA, C., pp. 267-305; ALZAGA, Óscar, «La Constitución de Cádiz y el poder judicial», en ESCUDERO, III, pp. 137-163; LOSA CONTRERAS, Carmen, «La Constitución de Cádiz como modelo en el diseño del poder judicial en el primer constitucionalismo mexicano», en ESCUDERO, III, pp. 585-602.

A partir de estos planteamientos, Fernando Martínez Pérez propone la elaboración de una nueva historia de la justicia del siglo XIX que abandone el paradigma estatalista que ha dominado la historiografía española y la utilización de conceptos de la actual dogmática que aplicados sobre la realidad del siglo XIX origina graves distorsiones.

Óscar Alzaga, aceptando que los constituyentes doceañistas introdujeron modificaciones sustanciales en la administración de la justicia, refiere los rasgos de la justicia bajo la Monarquía absoluta y los cambios que se plantearon en ésta bajo el influjo de la Ilustración, para a continuación centrar su atención en la situación de la administración de la justicia en el contexto gaditano, una vez que se impuso la doctrina de la división de poderes o de potestades.

En el marco de la Constitución de 1812 el autor llama la atención, entre otras cuestiones, sobre la concentración jurisdiccional, la independencia y responsabilidad de jueces y magistrados, la competencia del órgano jurisdiccional predeterminado por la ley y la planta judicial. Para concluir, realiza un pequeño apunte sobre el influjo de las Cortes de Cádiz más allá de la Constitución de 1812.

El aspecto de la justicia que interesa a Alejandro Agüero es en concreto el referido a la situación de la justicia penal en la República de Córdoba en el período que transcurre entre 1785 y 1850. El trabajo supone la presentación de los primeros avances de una investigación más amplia dedicada a la justicia penal de Córdoba, en Argentina, desde las últimas décadas de la época colonial hasta la primera mitad del siglo XIX.

Con esta investigación, el autor intenta evaluar el sentido con el que se elaboraron e interpretaron los textos normativos de los primeros gobiernos patrios y la primera Constitución de la República de Córdoba en lo que concierne a la justicia penal para determinar, a continuación, hasta qué punto la nueva legislación introducía cambios o se limitaba a consolidar tradiciones anteriores.

En esta primera aproximación, Alejandro Agüero repasa las tensiones a las que estaba sometida la justicia criminal en las últimas décadas del período colonial, analiza las normas de la legislación revolucionaria y constitucional elaborada entre 1810 y 1821 y, por último, pone de relieve las características de la justicia penal de la República de Córdoba entre 1820 y 1853.

Por último, Carmen Losa Contreras, cuyo trabajo se incluye en el volumen coordinado por José Antonio Escudero en el apartado reservado a la influencia de la Constitución gaditana en América, se interesa por el influjo del texto constitucional de 1812 en el diseño del poder judicial en el primer constitucionalismo mexicano. La especificidad del ámbito en el que la autora analiza la influencia gaditana en América, limitado a la administración de la justicia, justifica que hayamos preferido dar cuenta de su aportación al tiempo que nos referimos a los demás trabajos referidos a la justicia.

En el desarrollo del trabajo, Carmen Losa Contreras repasa los rasgos más sobresalientes del diseño de la administración de la justicia en la Constitución gaditana para a continuación realizar el mismo esfuerzo sobre el texto de la

Constitución de Apatzingán de 22 de octubre de 1814 y en el Reglamento provisional político del Imperio mexicano de 1823.

10. Del gobierno de las provincias y de los pueblos, la materia objeto del Título VI de la Constitución de 1812, se ocupan los trabajos de Tomás-Ramón Fernández, Manuel Santana Molina, Agustín Bermúdez Aznar, Carlos Merchán y José Cano, publicados en el trabajo coordinado por José Antonio Escudero⁷⁸; el capítulo séptimo de la monografía de Ignacio Fernández Sarasola⁷⁹; y la aportación de Carmen Muñoz Bustillo al volumen editado por Carlos Garriga Acosta⁸⁰.

Tomás-Ramón Fernández ofrece al lector una panorámica amplia del reto que supuso la organización territorial en el marco de la Monarquía gaditana, planteando la contraposición centralismo *versus* federalismo y señalando los rasgos generales de la división provincial, de su gobierno y de los ayuntamientos.

La atención de Manuel Santana Molina se dirige prioritariamente al estudio de las Diputaciones provinciales. Para ello aborda los fundamentos teóricos de esta nueva organización del gobierno provincial, los proyectos que se plantearon para su establecimiento y la situación en que quedaron las Diputaciones en la Constitución de 1812.

De la nueva organización local en el contexto gaditano se ocupan Agustín Bermúdez Aznar, Carlos Merchán y José Cano.

El trabajo de Agustín Bermúdez Aznar se estructura en tres partes en las que el autor analiza los modelos de control de la vida local que se sucedieron en la Monarquía española desde los años finales del siglo XVIII y hasta 1814. Cada uno de los cuales responde a la utilización de elementos institucionales diversos. El primero, que responde a un modelo histórico perfectamente consolidado, se corresponde con la institución del corregidor borbónico. El segundo se concreta en dos posibilidades alternativas, el corregidor josefino, de inspiración francesa, y el alcalde constitucional doceañista, fruto de la confluencia de la tradición autóctona, del modelo francés y de elementos de nuevo cuño. Y el tercero supone el retorno en 1814 al corregidor borbónico.

Carlos Merchán tras referir los rasgos principales del municipio borbónico, se ocupa brevemente del municipio a partir de la «Consulta» de 1809 y la Constitución de 1812. Y José Cano se centra en el ayuntamiento constitucional, refiriendo los aspectos principales de la nominación, constitución, composición, competencias y requisitos de sus oficiales; el sistema electoral en vigor; y el

⁷⁸ FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, «El gobierno interior de las provincias y de los pueblos», en ESCUDERO, III, pp. 232-242; SANTANA MOLINA, Manuel, «El gobierno territorial: las Diputaciones provinciales», en ESCUDERO, III, pp. 243-256; BERMÚDEZ, Agustín, «Las Cortes de Cádiz ante una nueva organización local. De los corregidores a los alcaldes», en ESCUDERO, III, pp. 257-275; MERCHÁN FERNÁNDEZ, A. Carlos, «Notas sobre el gobierno municipal ante la planta constitucional de 1812», en ESCUDERO, III, pp. 276-282; CANO, José, «El gobierno de los pueblos», en ESCUDERO, I, III, pp. 283-294.

⁷⁹ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «La descentralización del nuevo Estado constitucional», en FERNÁNDEZ SARASOLA, pp. 207-239.

⁸⁰ MUÑOZ DE BUSTILLO, Carmen, «Constitución y territorio en los primeros procesos constituyentes españoles», en GARRIGA ACOSTA, pp. 201-232.

control de los ayuntamientos. Finalizada esta parte, se ocupa de la implantación de los ayuntamientos. Da por concluido el texto con una referencia a la restauración del absolutismo y del régimen concejil.

Los planteamientos expuestos por Carmen Muñoz Bustillo en relación a la organización territorial que se diseña en los primeros procesos constituyentes poco tienen que ver con los expuestos en los trabajos anteriores. En consonancia con el planteamiento que inspira el conjunto del volumen coordinador por Carlos Garriga Acosta, la autora presenta un análisis particular del modelo territorial gaditano.

La primera parte del trabajo tiene como objeto el repaso de la división y organización del territorio durante el reinado de José I, diferenciando entre el proyecto teórico y su fracasada concreción práctica como consecuencia, entre otros factores, de la proliferación de comisarios, de su confusión con los prefectos, de las dificultades que hubo para que éstos se incorporaran a sus destinos y de los problemas que se plantearon para constituir los consejos y las juntas. Y a continuación, Carmen Muñoz Bustillo traslada al lector al constitucionalismo gaditano para dar cuenta de la relación que entonces se establece entre la Nación y los territorios y de las dificultades que surgen, ya vigente la Constitución, para proceder a la división provincial prevista en el artículo 11, una vez que era necesario determinar las provinciales constitucionales, crear los partidos judiciales y precisar los vínculos de las diputaciones con los ayuntamientos.

Y, finalmente, Ignacio Fernández Sarasola se ocupa de la organización territorial y local prevista en la Constitución gaditana en el capítulo séptimo de la monografía bajo el título «La descentralización del nuevo estado constitucional».

Tras relatar la aparición de las Juntas provinciales, establecidas para gestionar la guerra contra los franceses, el establecimiento de la Junta Central y los proyectos de 1810 y 1811 de reglamento para la organización provincial del país elaborados a instancia de las Cortes gaditanas, el autor centra su atención en las previsiones del texto constitucional en lo que concierne a la división territorial del Estado y al gobierno municipal y provincial, refiriendo, al mismo tiempo, las posiciones de los realistas y de los liberales sobre ambas cuestiones. Cabe recordar que los primeros seguían identificando la organización territorial del país con un conglomerado de reinos y señoríos históricos, mostrándose preocupados por la integridad de los antiguos reinos, mientras que los liberales hablaban ya de provincias y estaban inquietos por la integridad de la Nación española y la igualdad territorial.

El desarrollo legal de las previsiones contenidas en los artículos 10 y 11 también es objeto de la atención del profesor Fernández Sarasola, ocupándose de los decretos dictados en 1812 y 1813 para la formación de los ayuntamientos y el gobierno de las provincias.

El autor finaliza el capítulo refiriéndose a la situación que los constituyentes gaditanos dieron a los territorios de ultramar y, en particular, a su gobierno.

11. La grave situación en que se encontraba la Hacienda española en vísperas de la celebración de las Cortes gaditanas como consecuencia del desequi-

libro presupuestario, de la deficiente administración fiscal y de la inexistencia de un sistema y de unos principios fiscales hizo ineludible que los diputados reunidos en Cádiz se ocuparan de la fiscalidad, es decir, de las contribuciones conforme al lenguaje de la época.

En la publicación coordinada por José Antonio Escudero figuran dos trabajos dedicados a la fiscalidad. El primero firmado por Rafael Calvo Ortega, el segundo por José Sarrión Gualda⁸¹.

Rafael Calvo Ortega inicia su colaboración planteando los que considera antecedentes fiscales de la Constitución gaditana, básicamente el limitado desarrollo económico y el estancamiento fiscal del país, para a continuación detallar cómo la Constitución de 1812 supuso un cambio radical en materia fiscal.

Sobre la base de este planteamiento general se detiene en el análisis de los principios fiscales de la Constitución gaditana, de la posible influencia francesa en su definición y de las previsiones constitucionales en lo que concierne a la administración fiscal.

Merece una atención especial el análisis que el autor realiza de los nuevos principios fiscales: reserva de ley tributaria, reserva de ley presupuestaria, deber de contribución de todos los españoles y principio de capacidad económica para la medición de la carga tributaria.

Por su parte, José Sarrión Gualda se interesa por destacar los antecedentes más próximos, las ideas, los informes y los debates parlamentarios de las Cortes sobre las reformas tributarias de 1813 y 1821.

Tras señalar los aspectos más relevantes de la competencia de las Cortes en materia tributaria, la atención del autor se dirige hacia los principios de justicia, igualdad y generalidad del sistema tributario que, en su opinión, se encuentran en la base del sistema gaditano, para a continuación ocuparse del desarrollo legislativo de las previsiones constitucionales sobre el sistema fiscal. De modo particular se interesa por el contenido del Decreto de 13 de septiembre de 1813 que suprimió parcialmente la fiscalidad del Antiguo Régimen, incluyendo las rentas provinciales, y los Decretos de 29 de junio de 1821 que, separándose de la norma de 1813, dieron entrada a la imposición indirecta junto a la directa.

12. La transformación legal de los ejércitos del rey en ejércitos nacionales y su concreción a través de varias previsiones incluidas en el articulado de la Constitución gaditana, justifica la incorporación de cuatro capítulos sobre la «fuerza militar nacional» en la obra coordinada por José Antonio Escudero⁸².

⁸¹ CALVO ORTEGA, Rafael, «La Constitución de 1812 y la primera formulación de los principios fiscales», en ESCUDERO, III, pp. 295-313; SARRIÓN GUALDA, José, «La reforma fiscal en las Cortes de Cádiz y la distribución provincial de la carga tributaria», en ESCUDERO, III, pp. 314-324.

⁸² DOMÍNGUEZ NAFRÍA, Juan Carlos, «Ejércitos permanentes y milicias nacionales en la Constitución de Cádiz», en ESCUDERO, III, pp. 325-344; BOLAÑOS MEJÍA, Carmen, «El servicio militar obligatorio y la enseñanza militar», en ESCUDERO, III, pp. 345-355; MARTÍNEZ PEÑAS, Leandro, «El ejército», en ESCUDERO, III, pp. 356-369; PÉREZ FERNÁNDEZ-TURÉGANO, Carlos, «La armada», en ESCUDERO, III, pp. 370-381.

En este bloque de trabajos referidos al ejército, en el firmado por Leandro Martínez Peñas, el lector se encuentra con un análisis general de la institución.

Dos aspectos interesan al autor en su exposición. De una parte, el repaso de las previsiones relativas al ejército incluidas, fundamentalmente, en el Título VIII de la Constitución, pero también en otros preceptos del texto de 1812. Y de otra parte, el estudio de la tormentosa relación del ejército con la misma Constitución gaditana. No en vano en los tres períodos en los que la Constitución de 1812 estuvo en vigor en España estuvo sostenida por el ejército, aun cuando en sus filas no existía uniformidad en los planteamientos políticos de sus miembros.

El trabajo de Juan Carlos Domínguez Nafría nos aproxima a la transformación de las fuerzas armadas en el marco del proceso constitucional gaditano a partir del contraste entre el ejército permanente y las milicias, las dos posibilidades expresamente contempladas por los diputados gaditanos.

Tras referir brevemente los rasgos más sobresalientes del nuevo modelo militar, el autor se detiene en la influencia que el constitucionalismo americano y francés ejerció sobre los diputados reunidos en Cádiz, una parte de los cuales eran militares profesionales, y en las grandes cuestiones militares que ocuparon a las Cortes de Cádiz, aunque a ellas no les correspondiera la dirección efectiva de la guerra.

Entre estos asuntos destaca la creación de una milicia nacional, cuestión a la que el autor dedica el resto de su colaboración. En esta parte final del trabajo, además de ocuparse de las milicias nacionales en los debates de las Cortes y en el articulado de la Constitución, Juan Carlos Domínguez Nafría se interesa por el Reglamento de la milicia nacional local de 15 de abril de 1814 y, a modo de epílogo, se refiere a la presencia de las milicias nacionales en el contexto amplio del siglo XIX.

La Armada es el tema analizado por Carlos Pérez Fernández-Turégano. Después de relatar la desastrosa situación en que la marina española se hallaba a principios del siglo XIX, el autor se ocupa del análisis de la institución en el contexto de las Cortes gaditanas y de la Constitución de 1812. Cubierta esta parte de la exposición, Carlos Pérez Fernández-Turégano se detiene en los cambios que el Trienio Liberal introdujo en la política de Marina, definidos en la Ley Orgánica de la Armada de 1821.

El interés de Carmen Bolaños Mejía por el ejército en los comienzos del Estado liberal se concreta en el estudio del modo de reclutamiento de la tropa por el que optaron los diputados gaditanos y en la enseñanza militar. Desde la primera perspectiva se resalta, de un lado, la diferencia entre el ejército del Antiguo Régimen, vinculado a la persona del Monarca, integrado por mercenarios, sentenciados y alistados por la fuerza, y el nuevo ejército, de tierra y de mar, que surge de Cádiz formado por ciudadanos que ejercían, simultáneamente, el derecho de formar parte de él y la obligación de defender la Patria. Y, de otro, el reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo en todo lo relativo a la fuerza militar.

Desde la óptica de la enseñanza militar, la autora se ocupa de la preocupación sentida por los diputados gaditanos por la formación técnica pero también científica de los militares. Lo que condujo, finalmente, a la reglamentación de la carrera militar.

13. En un momento de cambio como fue el vivido en España en los comienzos del siglo XIX, la enseñanza, o como entonces se decía, la instrucción pública, no podía pasar inadvertida para los diputados gaditanos.

En las obras en las que nos estamos ocupando en estas páginas, tres trabajos se detienen, desde distintos enfoques, en la enseñanza en el tránsito del Antiguo Régimen al Estado liberal y, en particular, a partir de Cádiz. Son los trabajos firmados por Antonio Álvarez Morales, José María Lahoz y José Ramón Rodríguez Besné⁸³.

La exposición de las previsiones en materia de enseñanza contenidas en la Constitución de 1812 corresponde a Antonio Álvarez Morales. El autor, después de referir el alcance del discurso preliminar en los aspectos que conciernen a la instrucción pública, desmenuza uno a uno los artículos 366 a 371 del texto constitucional.

Entre las cuestiones que de un modo u otro tienen cabida en los preceptos constitucionales y que reclaman la atención del autor, interesa destacar las siguientes: la influencia de la Constitución francesa de 1795 sobre los diputados gaditanos, el lugar del castellano y del latín como lenguas en la enseñanza, la situación de analfabetismo en que se encontraba una parte muy importante de la población, la igualdad en la instrucción, las universidades y otros establecimientos para la enseñanza de las ciencias, la literatura y las bellas artes y la organización de una administración responsable de la enseñanza en España.

De la enseñanza del Derecho constitucional, esto es, de la Constitución de Cádiz, se ocupa José María Lahoz. El interés del autor por este aspecto concreto de la enseñanza tiene como origen el artículo 368 del texto constitucional que preveía la explicación de la Constitución Política de la Monarquía en todas las Universidades y establecimientos literarios en los que se enseñaran las ciencias eclesiásticas y políticas.

La exposición del tema objeto de análisis se organiza en dos epígrafes principales en los que José María Lahoz se ocupa de la enseñanza de la Constitución entre 1812 y 1814 y durante el Trienio Liberal. Al mismo tiempo, en otros apartados menores el autor da cuenta de las consecuencias que tuvo sobre la enseñanza universitaria el retorno de Fernando VII en 1814 y en 1823.

En el libro coordinado por José Antonio Escudero el último trabajo relativo a la instrucción pública es obra de José Ramón Rodríguez Besné. Si bien del título parece desprenderse que el autor circunscribe su análisis a la enseñanza de las ciencias, de la literatura y de las bellas artes, la lectura del trabajo mues-

⁸³ ÁLVAREZ DE MORALES, Antonio, «La enseñanza en escuelas y universidades», en ESCUDERO, III, pp. 382-392; LAHOZ, José María, «La Constitución de 1812 y la enseñanza del Derecho constitucional», en ESCUDERO, III, pp. 393-401; RODRÍGUEZ BESNÉ, José Ramón, «La enseñanza de las ciencias, literatura y bellas artes», en ESCUDERO, III, pp. 402-412.

tra que su objeto es más amplio. Y ello porque tras formular unas reflexiones generales sobre la educación en el contexto de los cambios vividos en el país a principios del siglo XIX, algunos de cuyos postulados hunden sus raíces en la Ilustración, el autor se detiene en los artículos que conforman el Título VIII de la Constitución de 1812, para, a continuación, dar cuenta del Informe redactado por la Comisión encargada de organizar la Instrucción pública en España sobre la base de las previsiones constitucionales y del Proyecto de Decreto de 7 de marzo de 1814. Este texto será el que se tenga como referente en el momento de elaborar el Reglamento General de Instrucción Pública en el Trienio. Por último, José Ramón Rodríguez Besné se ocupa de los centros que desde el siglo XVIII habían asumido la enseñanza de diferentes disciplinas científicas al margen de la Universidad.

14. En el contexto del Título X de la Constitución de 1812, reservado a la «observancia de la Constitución y del modo de proceder para hacer variaciones en ella», se sitúan los trabajos de Jorge de Esteban, profesor de la Universidad Complutense, Marta Lorente Sariñena, profesora de la Universidad Autónoma de Madrid, y Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, constitucionalista de la Universidad de Oviedo⁸⁴.

Jorge de Esteban se ocupa de explicar las circunstancias que hicieron de la Constitución de 1812 un texto de imposible reforma. Y ello porque la proposición de reforma debía presentarse por escrito con la firma de al menos veinte diputados; las Cortes que proponían la reforma debían efectuar una triple lectura de la propuesta antes de abordar su discusión; para la admisión de la propuesta era necesario una mayoría de dos tercios de la Cámara; unas segundas Cortes serían las encargadas de proceder a un nuevo examen de la proposición que sólo podría prosperar si se aprobase por una nueva mayoría de dos tercios; y, finalmente, unas terceras Cortes serían las que podrían aprobar la reforma definitivamente por una mayoría, igualmente, de dos tercios.

Marta Lorente Sariñena se interesa por los motivos del silencio que hubo en las Cortes en el momento en que la Comisión encargada de redactar el proyecto de texto constitucional presentó el núcleo básico de la *observancia de la constitución de 1812*, para a continuación detenerse en la eliminación del procedimiento por infracción de la Constitución en la España del siglo XIX.

Y, Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, después de referir la postura de los diputados liberales en relación a la posibilidad de reforma del texto constitucional, repasa el procedimiento de reforma constitucional previsto en la Constitución de 1812. En la parte final del capítulo se ocupa de la exclusión del Rey del proceso reformista y de la ausencia de límites materiales a la reforma constitucional.

⁸⁴ ESTEBAN, Jorge de, «La Constitución de Cádiz y su imposible reforma», en ESCUDERO, III, pp. 413-426; LORENTE SARIÑENA, M., «La observancia de la Constitución de 1812», en ESCUDERO, III, pp. 427-440; VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, «La reforma de la Constitución», en ESCUDERO, III, pp. 441-458.

15. La Codificación del Derecho español se vincula necesariamente con la tarea desarrollada por los diputados gaditanos y con la Constitución de 1812. De ahí que no llame la atención que en la obra coordinada por José Antonio Escudero cuatro trabajos tengan como objeto la Codificación.

Manuel Olivencia Ruiz establece las relaciones que históricamente han existido entre Constitucionalismo y Codificación⁸⁵. Blanca Sáenz de Santamaría Gómez-Mampaso refiere al lector el alcance que la idea de la Codificación tuvo en la Constitución de Cádiz para, acto seguido, detenerse en las Comisiones nombradas por las Cortes de Cádiz para la elaboración de los Códigos civil, criminal y de comercio. Unos nombramientos que en la primera etapa de la Codificación española vincularon la formación de los Códigos al ámbito parlamentario, dejando de lado al gubernativo⁸⁶. Manuel Torres Aguilar centra su atención en la Codificación penal y su relación con la Constitución de 1812⁸⁷. Para ello, el autor se ocupa de las vicisitudes de la Codificación penal hasta 1820, vinculándola con los principios constitucionales, para a continuación centrar su atención y la del lector en el Código penal español de 1822. Y, por último, Jesús Fernández-Viladrich destaca el modo en que los diputados de Cortes por Cataluña alentaron la continuidad del Derecho propio de Cataluña y quizás pudieron contribuir a introducir la cláusula «sin perjuicio de las variaciones» en la redacción del art. 258 de la Constitución que afirmaba el principio de la unidad legislativa del país. Al mismo tiempo el autor se interesa por la validez efectiva que el mencionado art. 258 del texto constitucional tuvo sobre el Derecho catalán⁸⁸.

16. La elaboración y entrada en vigor de la Constitución de Cádiz trascendió muy pronto las fronteras del país convirtiéndose en poco tiempo en un mito para Europa y para América Latina y también como un modelo a seguir.

Desde este punto de vista no extraña que la proyección internacional de la Constitución gaditana haya reclamado la atención de numerosos investigadores dentro y fuera de España. Por ello consideramos acertada la decisión de Ignacio Fernández Sarasola de reservar un capítulo de su monografía a la proyección europea y americana del texto de 1812⁸⁹ y la previsión de José Antonio Escudero de encargar un número importante de trabajos destinados al análisis de la influencia que la primera Constitución española ejerció a un lado y al otro del Atlántico. Para ello el coordinador organiza en secciones independientes los

⁸⁵ OLIVENCIA RUIZ, Manuel, «Constitución y Codificación», en ESCUDERO, III, pp. 164-175.

⁸⁶ SÁENZ DE SANTA MARÍA GÓMEZ-MAMPASO, Blanca, «Codificación y formación de los Códigos civil, criminal y mercantil», en ESCUDERO, II, pp. 469-481.

⁸⁷ TORRES AGUILAR, Manuel, «El proceso de la primera Codificación penal y la Constitución de Cádiz», en ESCUDERO, II, pp. 442-468.

⁸⁸ FERNÁNDEZ VILADRICH, Jesús, «Uniformismo jurídico y reacción en Cataluña», en ESCUDERO, III, pp. 176-190.

⁸⁹ FERNÁNDEZ SARASOLA, «La proyección europea e iberoamericana de la Constitución de 1812», en FERNÁNDEZ SARASOLA, I., pp. 271-336.

capítulos referidos a la influencia en Europa⁹⁰ y los destinados a la difusión del texto en América⁹¹.

De la proyección de la Constitución de 1812 en Europa y en Hispanoamérica se ocupa Ignacio Fernández Sarasola en el capítulo con el que cierra su monografía. En lo que concierne a la difusión que la Constitución española de 1812 tuvo en Europa, el autor plantea cómo la recepción del texto constitucional gaditano alcanzó distintas intensidades en el continente, de modo que mientras que en países como Gran Bretaña, Francia y Alemania, con una sólida tradición constitucional, el texto sólo fue objeto de conocimiento y de crítica doctrinal, en otros, como es el caso de Portugal, Italia, Rusia y Noruega, la influencia fue mayor hasta el punto que en algunos casos llegó a adoptarse como texto propio.

En los países europeos la Constitución gaditana fue objeto de importantes alabanzas formuladas por los liberales revolucionarios y progresistas, pero también de serias críticas. Éstas surgieron, principalmente, de las filas absolutistas que la consideraban una aberración política y de los partidarios del sistema británico.

Y en lo que toca a la influencia de la Constitución de 1812 en Iberoamérica, el autor se plantea como objetivo señalar las huellas más relevantes que el texto español marcó en los textos constitucionales de los nuevos estados hispanoamericanos. De ahí que tras referir las fuentes doctrinales presentes en América en los comienzos del siglo XIX, se ocupe de señalar el influjo del texto español en

⁹⁰ ROMANO, Andrea, «Cádiz en Italia. La recepción de la Constitución de Cádiz en Italia y la Revolución piemontesa», en ESCUDERO, III, pp. 459-472; ÁLAMO MARTELL, Dolores, «La influencia de la Constitución de 1812 en Italia», en ESCUDERO, III, pp. 473-480; MENDONÇA, Manuela, «Influência da Constituição espanhola de 1812 na portuguesa de 1822», en ESCUDERO, III, pp. 481-498; AGUILERA, Bruno, «Influencia de la Constitución de Cádiz en Francia», en ESCUDERO, III, pp. 499-514; MORENO ALONSO, Manuel, «Blanco White y la influencia de la Constitución de 1812 en Inglaterra», en ESCUDERO, III, pp. 515-523; ALEXEEVA, Tatiana, «La Constitución española de 1812 y los Decembristas rusos», en ESCUDERO, III, pp. 524-542; TAMM, Ditlev, «La influencia en Escandinavia: Cádiz 1812 y Eidsvoll 1814», en ESCUDERO, III, pp. 543-549.

⁹¹ PÉREZ-BUSTAMANTE, Rogelio, «A propósito de la influencia de la Constitución de Cádiz en la Independencia y en el Constitucionalismo hispanoamericano», en ESCUDERO, III, pp. 550-562; SOBERANES, José Luis, «La Constitución de Cádiz y su influencia en el inicio del Constitucionalismo mexicano», en ESCUDERO, III, pp. 563-584; LÓPEZ, Alf Enrique y MEZA, Robinzon, «Las Cortes españolas y la Constitución de Cádiz en la Independencia de Venezuela (1810-1823)», en ESCUDERO, III, pp. 603-625; MARTIRÉ, Eduardo, «La Constitución de Cádiz en el Río de la Plata», en ESCUDERO, III, pp. 626-637; WEHLING, Arno y WEHLING, María José, «Liberalismo ou democracia: a recepção brasileira da Constituição de Cadiz», en ESCUDERO, III, pp. 638-651; RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo, «Posibles influencias de la Constitución de Cádiz en la Constitución brasileña de 1824, en materia de derechos esenciales: un análisis externo», en ESCUDERO, III, pp. 652-663; PUENTE BRUNKE, José de la, «Influencia de la Constitución de Cádiz en la Constitución peruana de 1823 y en la bolivariana de 1826», en ESCUDERO, III, pp. 664-673; BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, «La Constitución de Cádiz en Chile», en ESCUDERO, III, pp. 674-699; NAVARRO, Karlos, «La influencia de la ideas de la Ilustración y de la Constitución de Cádiz en la Constitución Federal Centroamericana de 1824», en ESCUDERO, III, pp. 700-721; MAYORGA, Fernando, «La vigencia de la Constitución de Cádiz en las provincias del Virreinato de la Nueva Granada», en ESCUDERO, III, pp. 722-740; SUÁREZ SUÁREZ, Reinaldo, «Repercusiones de la Constitución de Cádiz en Cuba (1812-1814)», en ESCUDERO, III, pp. 741-763.

las Constituciones hispanoamericanas en dos cuestiones en particular. En primer lugar, en el ámbito de los derechos individuales y, a continuación, en la forma de gobierno que se acoge en los distintos textos constitucionales.

Volviendo a la obra coordinada por José Antonio Escudero y desde la perspectiva europea, Andrea Romano y María Dolores Álamo Martell se ocupan en dos trabajos autónomos de la recepción de la Constitución gaditana en Italia; la difusión del texto de 1812 en el vecino Portugal y su comparación con la Constitución portuguesa de 1822 es el objeto del trabajo de Manuela Mendonça; Bruno Aguilera refiere el eco que la Constitución de Cádiz tuvo en Francia; a la figura de Blanco White y a la proyección del texto gaditano en Inglaterra se destinan las páginas firmadas por Manuel Moreno Alonso; Tatiana Alexeeva analiza la influencia de la revolución y de la Constitución españolas en la sociedad rusa, en particular en los proyectos constitucionales de los Decembristas; y, por último, Ditlev Tamm se ocupa de la Constitución de 1812 en Escandinavia, particularmente en el texto constitucional de 1814.

La influencia del primer constitucionalismo español en Hispanoamérica y en particular en México, Venezuela, Río de la Plata, Brasil, Bolivia, Chile, República Federal de Centroamérica, Virreinato de Nueva Granada y Cuba se aborda en los capítulos elaborados por Rogelio Pérez-Bustamante, José Luis Soberanes, Alí Enrique López y Robinzon Meza, Eduardo Martiré, Arno y María José Wehling, Ricardo Rabinovich-Berkman, José de la Puente Brunke, Javier Barrientos Grandón, Karlos Navarro, Fernando Mayorga y Reinaldo Suárez Suárez.

IV. LA LEGISLACIÓN ORDINARIA DE LAS CORTES DE CÁDIZ

El primer trabajo del que queremos dar cuenta en el momento de referirnos a las aportaciones que, desde distintas perspectivas, tratan de las reformas iniciadas por los diputados gaditanos, es el firmado por Regina Pérez Marcos⁹². Y ello porque la autora propone un repaso sintético al conjunto de cambios introducidos en España a comienzos del siglo XIX a partir de la labor desarrollada por las Cortes reunidas en Cádiz.

Su exposición queda organizada en tres grandes partes. La primera, destinada a referir el elenco de reformas acometidas por los diputados gaditanos: abolición de señoríos, eliminación de privilegios, libertad de imprenta, abolición de la esclavitud y de la tortura, reformas penales, supresión de la Inquisición, reforma de la hacienda, libertad de industria y abolición de gremios y desamortización. La segunda circunscrita al estudio del grado de efectividad alcanzado por las reformas. Y, la tercera, dedicada a las resistencias que se plantearon a algunas de las medidas y que a la postre impidieron su eficaz realización. El trabajo concluye con una valoración final en la que se resalta la existencia de continuidades y rupturas en la ejecución de las reformas gaditanas.

⁹² PÉREZ MARCOS, Regina María, «Las reformas de Cádiz: lo que se hizo y lo que se pudo hacer», en ESCUDERO, II, pp. 185-203.

Eduardo Galván Rodríguez analiza la disolución del régimen señorial⁹³; los textos de María del Carmen Sáenz Berceo y José Antonio Pérez Juan se ocupan de la libertad de imprenta⁹⁴; Juan Sainz Guerra y David Torres se refieren a las reformas penales, procesales y penitenciarias⁹⁵; José Antonio Escudero regresa una vez más a la institución de la Inquisición⁹⁶; Jaime de Salazar y Acha se ocupa de la supresión de los privilegios nobiliarios⁹⁷; María Soledad Campos Díez aborda la atención prestada a la salud pública en las Cortes de Cádiz⁹⁸; y Beatriz Badorrey Martín analiza los debates de los diputados gaditanos en relación a los toros y al teatro, dos de las diversiones populares más importantes de la época⁹⁹.

A punto de concluir estas páginas, sólo queda felicitar a los promotores y autores de las cinco obras porque gracias a su publicación conocemos con mayor precisión los hechos que sucedieron en España a principios del siglo XIX y también el alcance de la actividad legislativa desplegada por las Cortes de Cádiz.

De igual modo debemos alegrarnos por la diversidad de perspectivas desde las que se han afrontado las diferentes materias por constituir una muestra relevante de la inquietud que existe en España por el conocimiento del derecho y de las instituciones del pasado.

Y, por último, también queremos llamar la atención acerca de la cuidadosa edición de las cinco obras.

MARGARITA SERNA VALLEJO

⁹³ GALVÁN RODRÍGUEZ, Eduardo, «La disolución del régimen señorial», en ESCUDERO, II, pp. 204-219.

⁹⁴ SÁENZ BERCEO, María del Carmen, «La libertad de imprenta», en ESCUDERO, II, pp. 220-229 y PÉREZ JUAN, José Antonio, «Los procesos de imprenta en las Cortes de Cádiz», en ESCUDERO, II, pp. 230-246.

⁹⁵ SAINZ GUERRA, Juan, «La Constitución de 1812: de las reformas penales y procesales a la abolición de la tortura», en ESCUDERO, II, pp. 247-276; TORRES SANZ, David. «El liberalismo gaditano ante el Derecho penal», en ESCUDERO, II, pp. 277-284.

⁹⁶ ESCUDERO, J. A., «Las Cortes de Cádiz y la supresión de la Inquisición: antecedentes y consecuentes», en ESCUDERO, II, pp. 285-308.

⁹⁷ SALAZAR Y ACHA, Jaime de, «La supresión de los privilegios nobiliarios», en ESCUDERO, II, pp. 309-320.

⁹⁸ CAMPOS DÍEZ, Soledad, «Salud pública en las Cortes de Cádiz», en ESCUDERO, II, pp. 120-132.

⁹⁹ BADORREY MARTÍN, Beatriz, «Las Cortes de Cádiz y las diversiones populares: el teatro y los toros», en ESCUDERO, II, pp. 133-153.



BIBLIOGRAFÍA



AGUILERA BARCHET, Bruno; FAJARDO, Isabel; MORALES, Miguel Ángel; MURO, Alberto, *Estado y Derecho en España. Un ensayo de historia comparada. I. Las bases: de los orígenes al año 711*. Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, Madrid, 2010, 450 pp. ISBN: 978-84-693-4668-6.

¿Cuándo aparecieron las primeras formaciones estatales? ¿Cómo se ha articulado el poder político a lo largo de la Historia? ¿Cuándo, cómo y por qué surgió el Derecho? ¿Es el Derecho una consecuencia de la interacción poder-sociedad? ¿Qué influencias han recibido el Estado y el Derecho? En el marco actual de la Unión Europea, ¿qué papel deben desempeñar los estudios histórico-jurídicos? ¿Qué importancia tiene la aproximación comparada a la Historia del Derecho?

He aquí algunos de los interrogantes a los que da respuesta este sugestivo libro, un estudio de Historia comparada del Derecho pero, también, un enjundioso compendio de Historia del pensamiento jurídico y político. Una novedosa aportación que nos ilustra sobre los estudios comparados del Derecho y su utilidad práctica. Si desde hacía tiempo se reclamaba la realización de un estudio de tales características, hoy se revela aún más evidente su necesidad al hallarnos inmersos en el proceso de integración universitaria europea.

No es la primera vez que el Profesor Bruno Aguilera Barchet nos ofrece una exposición de conjunto sobre Historia del Derecho. Su interés por elaborar síntesis explicativas de la disciplina queda testimoniado por títulos como *Historia y Derecho. Manual de iniciación* (I) (Barcelona, w1999), o *Iniciación histórica al Derecho musulmán. Seguida de un ensayo sobre la historia jurídica de Al-Andalus* (Madrid, 2007). A esa relación cabría añadir *Introducción jurídica a la Historia del Derecho* (Madrid, 1994), donde se refleja la preocupación del autor por los fundamentos conceptuales y epistemológicos, o el muy reciente *Entre Estado y nación. Sociedad, poder y derecho, de la prehistoria a la integración europea* (Madrid, 2011). En el libro que ahora nos ocupa, Aguilera Barchet ha contado con la colaboración de Isabel Fajardo, Miguel Ángel Morales y Alberto Muro, quienes han participado en una verdadera labor de equipo junto al autor principal. El libro es también fruto de las investigaciones que en el ámbito de la Historia del Derecho Europeo Comparado realizan desde hace años en paralelo el Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos –dirigido por Aguilera Barchet– y el Centre «Sources du Droit, institutions, Europe» de l'Université Paris-Est Créteil.

Estado y Derecho en España trasciende ampliamente el concepto de manual al uso, entendido como texto que contiene la información esencial o básica para el estudio de una asignatura. Tampoco es un ensayo, a pesar del subtítulo, pues nos encontramos ante

una aportación dotada de una actualizada y nutrida bibliografía, un aparato crítico de notas finales que glosan las ideas y conceptos vertidos en el texto principal, así como de una exhaustiva cronología al final de cada capítulo que permite ubicar al lector, orientarle en el devenir histórico y facilitarle la comprensión del contenido. Al final se incluye también un minucioso glosario de términos que permite una mejor consulta de la obra (pp. 439-450). De ahí que el libro constituya una imprescindible herramienta de trabajo para la enseñanza de la Historia del Derecho. El propio autor apela en el *Prólogo* a su experiencia docente y al Espacio Europeo de Enseñanza Superior para justificar una obra, insistimos que necesaria en el actual marco universitario, y capaz de «ofrecer una visión de conjunto de nuestro pasado político y jurídico como parte de la tradición occidental» (p. 11), máxime cuando los programas de la asignatura se han reducido drásticamente, no resultando extraño que la exposición se inicie en la Baja Edad Media, prescindiendo del Derecho romano, del visigodo y de la experiencia jurídica altomedieval. Este primer volumen, subtulado *Las bases: de los orígenes al año 711*, comprende un amplio y denso espacio cronológico que se inicia con la prehistoria reciente para detenerse, al menos teóricamente, en el año en que se inicia la conquista musulmana del reino visigodo de Toledo. Abordemos los capítulos del libro.

El Capítulo Primero nos introduce en las distintas concepciones sobre la Historia, la sociedad, el poder y el Derecho. En general, son continuos a lo largo del libro los interrogantes centrados en hipótesis o casos –muchos de ellos de máxima actualidad– que permiten enlazar con el origen de los problemas de naturaleza política o jurídica, invitando a reflexionar sobre la utilidad de los estudios histórico-jurídicos. ¿Qué interés tiene para el jurista conocer el pasado? ¿Por qué el aprendizaje y la práctica del Derecho no deben limitarse al análisis del presente, considerando que es sólo en el presente donde el jurista desarrolla su tarea? ¿Es la Historia un lujo superfluo?, son algunos ejemplos que demuestran el interés del autor por hacer accesible –y amena– una materia que puede resultar ardua para los no especialistas. Incluso recurre a un planteamiento utilitarista para poner en valor la Historia del Derecho y su necesaria aportación –vale decir, transferencia del conocimiento– a la sociedad actual. Algo muy acertado ante la necesidad de reivindicar la importancia de la disciplina en la formación crítica del jurista.

El autor expone sintéticamente las principales ideas sobre la Historia. Inicia su recorrido con el pensamiento de los presocráticos, el idealismo platónico y el realismo aristotélico, pasando por la concepción cartesiana, el positivismo y el irracionalismo vitalista, para desembocar en «una vía intermedia entre el racionalismo y el irracionalismo, un camino que permitiese simultáneamente no abandonar la realidad (...) y avanzar hacia ella de modo constructivo» (p. 20), atendiendo aquí a las ideas de Brentano, Husserl, Ortega y Gasset y Dilthey. A continuación aborda el trinomio sociedad-poder-Derecho. Resulta significativo que el autor dedique un epígrafe al poder como elemento aglutinante de la sociedad. El poder, definido como «la fuerza que se sobrepone a los individuos de una colectividad humana, y que determina que ésta sea social, en la medida en que sitúa el orden societario como algo diverso del conjunto de los elementos individuales que lo componen» (p. 24), se vincula a la Historia del Estado en Europa desde la Antigüedad, analizando la influencia de la Iglesia en las estructuras políticas medievales y la formación de éstas en el Renacimiento, y prestando particular atención al proceso de laicización del poder y a la formulación de la noción de soberanía.

Ahora bien, sostiene el autor, a pesar de su íntima vinculación, el Derecho tiende históricamente a diferenciarse como categoría distinta del poder. A continuación expone, en sucesivos epígrafes, las complejas relaciones entre poder y Derecho: las primeras manifestaciones del Derecho escrito, la influencia del cristianismo tras su consolidación

como religión oficial del Imperio romano, y los conflictos entre Pontificado e Imperio, para concluir que «el hecho religioso deja de constituir el fundamento del sometimiento de los hombres al poder y al derecho» (p. 31). Se llega así al iusnaturalismo, «primera explicación laica del poder y del derecho», que favorece la aparición de nuevas doctrinas, como la del pacto social. En *El derecho bajo el poder*, el autor aborda la formación del Estado de Derecho desde sus orígenes medievales, partiendo de la idea de pacto entre súbditos y soberano, de raigambre feudal. Es justamente el pacto feudal «el que tiende a disolver la concepción monárquica absolutista del poder heredada del Imperio» (p. 33) y conduce a la consideración del soberano como un *primum inter pares* y, en consecuencia, al nacimiento de una monarquía feudal. Una sugestiva interpretación, que se cierra con la referencia al tránsito de las curias regias a las asambleas estamentales de los distintos reinos europeos, y a la consolidación del pactismo en Inglaterra y en los reinos hispánicos de la Corona de Aragón. Y del pactismo al parlamentarismo, donde se sientan las bases del Estado liberal de Derecho, fundado en el principio de la limitación jurídica del poder. Bajo el expresivo epígrafe *El poder frente al derecho*, el autor analiza la crisis del Estado liberal ante la aparición de una nueva concepción del Estado, la aportada por el pensamiento socialista, y el triunfo del Estado totalitario en el primer tercio del siglo xx. Un epígrafe final, *El resurgimiento contemporáneo del Estado de Derecho*, resume el pensamiento jurídico de Hans Kelsen.

La última sección del Capítulo Primero, *La historicidad de lo jurídico*, se abre con una reflexión fundamental: «el derecho se adapta siempre a la realidad histórica de cada momento» (p. 41); le sucede un análisis de las tres dimensiones del Derecho (como norma, como ciencia y como instrumento de resolución de conflictos), para cerrarse con una suerte de epílogo introductorio centrado en una larga cita de Ortega, que concluye así: «Necesitamos de la historia íntegra para ver si logramos escapar de ella, no recaer en ella». El Capítulo se acompaña de unas copiosas notas que amplían e interpretan el elenco de obras citadas en texto principal y de las detalladas referencias bibliográficas que, a título de ejemplo, alcanzan en este caso quince páginas.

El Capítulo Segundo, *Poder y Derecho en la etapa prerromana*, rebasa ampliamente el ámbito geográfico europeo para exponer la problemática del poder en las sociedades primitivas, los orígenes orientales del Estado, representados por las llamadas «sociedades de jefatura» (las civilizaciones del Valle del Indo, el Egipto faraónico), las primeras sociedades estatalizadas, localizadas en Mesopotamia, y los albores del Estado en China. A continuación, el análisis se centra en Occidente y en los orígenes de la *polis* –analizando el tránsito de la tribu a la urbe– y, en particular, de la *polis* griega, desde los antecedentes de las monarquías minoica y micénica y los reinos homéricos, hasta el nuevo régimen político de la ciudad, paradigmáticamente simbolizado por Atenas, y caracterizado por «una participación de todos los ciudadanos en la vida pública» (p. 93), en contraposición al modelo aristocrático-militar espartano. Por último, el autor aborda la dualidad poder y sociedad en la Península Ibérica, desde el año 1000 a. C. hasta la llegada de los romanos, dedicando atención a las precisiones terminológicas y geográficas, y al sustrato social configurado tras las colonizaciones fenicia y griega y los asentamientos indoeuropeos. En la segunda sección del capítulo, el autor analiza los primeros testimonios jurídicos, identificados en las grandes civilizaciones orientales (Antiguo Egipto, Mesopotamia) y en los textos bíblicos. Prosigue el análisis con la aparición del Derecho en Occidente y, particularmente, en Grecia, para arribar ya al Derecho de la España prerromana, un Derecho pacticio, propio de una sociedad gentilicia; se estudian aquí el *hospitium* y las relaciones de clientela, con especial referencia a la *devotio* o *fides* ibérica, y se formula la hipótesis sobre la existencia de leyes escritas entre los pueblos prerromanos.

El Capítulo Tercero, *Poder y Derecho en la etapa romana (218 a. C. a 409 d. C)* se inicia con la Historia política de Roma, desde la Monarquía hasta el Dominado, para exponer acto seguido la conquista, colonización y romanización social y jurídica de la Península Ibérica, y las fuentes jurídicas para el conocimiento de la Hispania romana. En ese sentido, es recomendable la consulta previa de la detallada y minuciosa cronología (pp. 224-235), que aporta los hitos claves desde el siglo VIII a. C. hasta el siglo V d. C. Asimismo destaca la copiosa y actualizada bibliografía sobre la Historia del Estado y del Derecho en Roma, la administración territorial romana, España como territorio romano, y el Derecho en la España romana (pp. 249-261). Advierte el autor que los romanos «nunca fueron conscientes de que estaban sentando las bases de un nuevo modelo jurídico de poder. No entendían (...) el Estado como un poder abstracto que se impone a los individuos». De ahí que identificaran ese poder «con el conjunto de personas que integraban la sociedad romana» (p. 155).

La segunda sección del capítulo se consagra a la Historia de las fuentes de creación del Derecho en Roma: la costumbre –los *mores maiorum*–, el *ius*, la *lex*, las normas dictadas por los magistrados dotados de jurisdicción –singularmente, el edicto del pretor–, los senadoconsultos, la legislación imperial y sus compilaciones. Destaca, sin embargo, la relevancia que el autor otorga a la jurisprudencia romana, tanto por el número como por la densidad de las páginas dedicadas a la materia: el tránsito de la jurisprudencia religiosa del colegio de *pontifices* a la jurisprudencia laica de los *iuris consulti*, surgida como consecuencia de la complejidad alcanzada por el *ius* y de la subsiguiente necesidad de asesoramiento técnico de los particulares; la aparición de la literatura jurídica, algo «esencial, ya que a partir de entonces la obra de los juristas se convirtió en una de las bases del *ius*» (p. 200); la reforma de Augusto mediante el *ius publice respondendi* y las aportaciones de Pomponio y Gayo –considerados artífices «de la sistemática jurídica y de la jurisprudencia docente» (p. 205)–, el hundimiento progresivo de la ciencia jurídica en la época postclásica y la aparición del Derecho romano vulgar.

La tercera sección del capítulo se ocupa de la dimensión procesal del Derecho romano. En sucesivos epígrafes se analiza el tránsito de la justicia privada a la justicia reglada; la articulación del proceso romano clásico, con las dos fases –*in iure* y *apud iudicem*–; el papel de los pretores y los jueces y la ejecución de la sentencia, y el creciente intervencionismo del poder político en la sustanciación del proceso a través de la *cognitio extra ordinem*.

El Capítulo Cuarto aborda *La dimensión política y jurídica del cristianismo*. Siguiendo el esquema manejado en capítulos precedentes, el autor, tras exponer los orígenes y las relaciones del cristianismo con el Imperio romano y la expansión de las primeras iglesias cristianas –la dimensión política–, se ocupa de la influencia del nuevo credo religioso sobre la legislación imperial y de la aparición de un Derecho para la Iglesia, analizando los orígenes del Derecho canónico y el surgimiento de la jurisdicción eclesiástica –la dimensión jurídica–, para finalmente ocuparse del cristianismo hispano. Una vez más, antes de iniciar la lectura del capítulo, se recomienda la consulta de la cronología que precisa los acontecimientos históricos que marcaron los inicios y expansión del credo cristiano (pp. 289-292).

En este breve y sugestivo capítulo destacan las páginas dedicadas al papel de la Iglesia como heredera del Imperio, precisando que la «innegable supremacía política alcanzada por los obispos en el curso del siglo IV se vio sin duda robustecida tras el 476, ya que, al derrumbarse el aparato estatal del Imperio de Occidente, la única estructura organizada que quedó en pie fue la representada por las diversas iglesias provinciales» (p. 271). De ahí que la Iglesia se convirtiera en una «sólida organización política y

administrativa perfectamente estructurada que se extiende territorialmente a los últimos confines del Imperio» (p. 272). Similar interés reviste el epígrafe sobre las problemáticas relaciones entre el poder civil y el eclesiástico, como consecuencia del creciente intervencionismo, político y doctrinal, de los emperadores en el ámbito de la Iglesia (*cesaropapismo*), que conducirá a la doctrina gelasiana de las dos espadas, distinción que cobraría una extraordinaria relevancia a fines del siglo XI en un clima dominado por la querrela de las investiduras y el enfrentamiento entre el Pontificado y el Sacro Imperio Romano Germánico.

El Quinto y último Capítulo, *La etapa de los reinos germánicos (Siglos VI y VII)*, nos ubica en los albores del Medievo. En el apartado del poder, son analizadas las invasiones y la aparición y configuración de los reinos germánicos de Occidente, la asunción de las estructuras políticas romanas y la alianza con la Iglesia, y la problemática del ámbito de vigencia –personal o territorial– del Derecho. Y del ámbito general europeo, al hispánico: la formación del reino de Toledo, «la primera unificación política de Hispania», y la monarquía visigoda, que «refleja un modelo mixto en el que se conjugan instituciones de origen germánico con rasgos característicos del Estado romano de la etapa Bajo imperial» (pp. 327-328). En el apartado jurídico, se expone el Derecho de los reinos germánicos. Como es lógico, la legislación visigoda es objeto de particular atención, pero también se estudia detalladamente la producción legislativa en el reino franco, sin perder de vista el contexto socio-político; así, al referirse al *Liber Iudiciorum*, se alude a la intervención eclesiástica y a la pervivencia del texto en la época medieval. El autor vuelve a ocuparse de la problemática del ámbito de vigencia del Derecho, pero descendiendo ahora al ámbito del reino visigodo; asimismo, la cuestión de la pervivencia del Derecho consuetudinario germánico recibe profuso tratamiento, llegando a desbordar los límites cronológicos del capítulo –los siglos VI y VII– para ocuparse de «la segunda romanización jurídica de los pueblos germánicos» –léase recepción romano-canónica–, el redescubrimiento del Derecho germánico en los siglos XVII y XVIII, el germanismo de la Escuela Histórica del Derecho, el Derecho germánico y el III Reich, el *ius-germanismo* actual y la interpretación germanista en España.

En el mismo Capítulo Quinto, y bajo el epígrafe *El resurgimiento de la ciencia jurídica en el Imperio de Oriente*, halla acogida el estudio del Derecho romano en el Imperio de Oriente, con particular atención a la compilación justiniana, encaje sistemático que no deja de sorprender, habida cuenta de que si bien desde el punto de vista cronológico tiene pleno sentido la inclusión en un capítulo dedicado a los siglos VI y VII, resulta ya más discutible cuando se repara en que ese capítulo trata sobre los reinos germánicos. Quizá habría sido aconsejable la incorporación de ese epígrafe al final del Capítulo Tercero, o su ubicación en un capítulo independiente. Aquí merecen reseñarse especialmente las páginas sobre la labor de las escuelas de Berito y Constantinopla en la preservación del Derecho romano clásico, y en la recuperación global de la tradición jurídica romana, frente a la vulgarización de la ciencia jurídica en Occidente.

A continuación se abre un epígrafe procesal, donde el autor analiza la actividad originaria de las asambleas populares germánicas como órganos de administración de justicia, la recuperación de la función jurisdiccional por los reyes germánicos, la progresiva estatalización de la justicia y la tendencia a la unificación jurisdiccional, la administración de justicia en el reino visigodo, y la *desromanización* del proceso –con la irrupción de las ordalías–, lo que refleja «un alejamiento progresivo de la influencia romana, quizás imbuido por el resurgimiento de la costumbre procesal tradicional germánica» (p. 385). El capítulo se cierra con el estudio de la Iglesia y el Derecho canónico en los reinos germánicos, con pormenorizada atención a la Iglesia hispana: los enfrentamientos entre arrianos y católicos, la conversión al catolicismo de Recaredo, los concii-

lios toledanos, las relaciones con Roma y el inicio del movimiento monástico. Las fuentes normativas del Derecho canónico, la ciencia jurídico-canónica y la jurisdicción eclesiástica son cumplidamente analizadas.

Concluimos reivindicando de nuevo la oportunidad de *Estado y Derecho en España* en la actual coyuntura universitaria europea. Resulta evidente la existencia de un pasado político y jurídico común que precisa ser identificado y explicado. Esa tarea no corresponde a los historiadores ni a los romanistas, sino a los historiadores del Derecho. El libro de Bruno Aguilera y sus colaboradores nos ofrece una dilatada reflexión sobre la sociedad, el poder y el Derecho, donde la historia jurídica se ubica en cada época en el contexto de la organización política –del Estado, en la terminología del libro–, y el análisis del pasado jurídico trasciende ampliamente el ámbito hispánico para alcanzar una dimensión europea y, en ocasiones, universal. Como afirma Aguilera Barchet en el *Prólogo*, «sólo de este modo es posible obtener una visión de conjunto en la que sobresalgan, junto a aquellos aspectos que España ha tomado de otras tradiciones jurídicas, otros en los que ha sido pionera en Europa». Y todo ello servido con lenguaje depurado, amenidad no reñida con el rigor, riqueza de datos y erudición sabiamente dosificada. Así, los destinatarios de este libro pueden ser los estudiantes de Derecho, pero también aquellos juristas conscientes de que el Derecho sólo puede ser plenamente comprendido a través de la Historia.

YOLANDA QUESADA MORILLAS

AGUILERA BARCHET, Bruno, *Entre Estado y nación. Sociedad, poder y derecho, de la prehistoria a la integración europea*, Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales y Université de Paris-Est (XII). École Doctorale Droit, Europe, Société, Madrid-París, 2011, 457 pp. ISBN 978-84-615-5060-6.

Al iniciarse la segunda década del siglo XXI la Historia del Derecho concebida como ciencia y como disciplina docente no puede limitarse al estudio de las tradiciones jurídicas nacionales. Por eso Bruno Aguilera Barchet, quien desde hace más de tres lustros viene defendiendo la trascendencia que tiene en nuestro tiempo la tarea de los iushistoriadores¹, nos ofrece ahora una síntesis global de nuestra tradición jurídico-pública

El libro parte de considerar que no puede abordarse intelectualmente el complejo proceso de construcción de una Europa unida, sin seguir paso a paso la historia de la tradición constitucional de Occidente desde el principio. Por entender que la historia del Derecho desvinculada de la de los Estados resulta incomprensible. Y es que en la era de la «mundialización» resulta insoslayable tener una idea general de cómo y por qué nuestras trayectorias nacionales propias y peculiares han acabado convergiendo. Sobre todo en el ámbito de los Estados europeos que llevan poco más de medio siglo de andadura conjunta en el marco del proceso de la integración europea.

Ofrecer una visión de conjunto de la historia del Estado desde una perspectiva comparada no resulta una empresa novedosa, pues existen algunos libros clásicos sobre el particular que resultan extraordinariamente sugestivos. Algunos de naturaleza más polí-

¹ Concretamente en su obra *Introducción jurídica a la Historia del Derecho*, Madrid: Civitas, 2.ª edición 1996. ISBN 84-470-0809-6.

tica como el de R. H. Crossman² y otros más jurídicos como la síntesis de R. C. Van Caenegem³. No obstante, ambas monografías no ofrecen una visión global. La primera de las obras mencionadas se centra en el Estado moderno y a duras penas llega hasta la Segunda Guerra Mundial. Y por lo que se refiere a la segunda, comienza con las invasiones germánicas y concluye en la etapa del Estado liberal.

En *Entre Estado y nación*, en cambio, se hace un recorrido ininterrumpido, que abarca desde los orígenes de las sociedades occidentales hasta nuestros días, desde la prehistoria hasta la Europa comunitaria. Un itinerario en el que al hilo de los hitos esenciales de nuestra cultura jurídica común, el lector puede replantearse el significado de conceptos esenciales como son el Estado y la nación, en torno a los cuales ha venido girando la civilización europea desde sus orígenes. Unos términos que, como recuerda el profesor Aguilera Barchet, siguen formando parte de nuestro vocabulario, a pesar de que el mundo ha cambiado mucho desde que ambas palabras se forjaron. Por eso a menudo hoy resultan imprecisos e incluso contradictorios. Piénsese que aunque en el mundo global en el que vivimos ser nacional de un Estado tiene cada vez menos sentido, sin embargo no ha desaparecido el significado de la identidad nacional. Por una parte, porque los Estados tienden a integrarse en organizaciones supranacionales que cada vez tienen más competencias. Como por ejemplo esa Unión Europea en la que el acervo comunitario ha recortado seria e irrevocablemente la soberanía nacional. Y por otra, porque, probablemente como reacción frente a esta integración supranacional, la gente tiende cada vez más a identificarse con «su tierra», lo que explica el resurgimiento de los nacionalismos locales.

Ante esta doble tendencia, integradora por lo alto y disgregadora por la base, es preciso preguntarse si la Nación o el Estado siguen teniendo sentido o van a desaparecer. Es la interrogante a la que trata de responder *Entre Estado y nación* por la vía de recordar el sentido jurídico que ambos términos han tenido desde su aparición hasta nuestros días. Porque como sugiere Eric Hobsbawm, hoy nos encontramos en la tesitura de tener que escribir la historia de un mundo que no cabe ya, en el plano político, económico, cultural o incluso lingüístico, en los límites de las «naciones» y de los «Estados-nación» tal y como los definíamos habitualmente. De hecho las naciones y el nacionalismo seguirán estando presentes en esta historia, pero tenderán a desempeñar papeles cada vez más secundarios. Lo que no significa que la historia y la cultura nacionales dejarán de ocupar un lugar destacado –incluso más destacado que antes– en los sistemas educativos y en la vida cultural de los diferentes países, sobre todo de los más pequeños⁴.

² CROSSMAN, R. H. S., *Biografía del Estado moderno*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid, 2003.

³ VAN CAENEGEM, R. C., *An Historical introduction to Western constitutional Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.

⁴ «Y es que las palabras “nación” y “nacionalismo” no son ya términos adecuados para definir, y menos para analizar, las entidades políticas aludidas en ellos, ni siquiera los sentimientos que reflejaban antes. No es imposible que el nacionalismo entre en decadencia al mismo tiempo que el Estado-nación, sin el cual ser inglés, irlandés o judío, o una combinación de los tres, no es más que una forma mediante la cual la gente define su identidad, entre otras muchas que utilizan según las circunstancias. Sería absurdo pretender que este día está próximo. Sin embargo espero que al menos podamos contemplarlo. Después de todo, el mismo hecho de que los historiadores empiezan a progresar en el estudio y el análisis de las naciones y el nacionalismo, permite vislumbrar que, como ocurre a menudo, su momento culminante ha pasado. La lechuga de Minerva que aporta la sabiduría, decía Hegel, levanta el vuelo al atardecer. Que revolotee hoy en torno a las naciones y al nacionalismo es un buen síntoma». HOBBSAWM, E. J.,

La presente síntesis de Bruno Aguilera Barchet, catedrático de Historia del Derecho cada vez más centrado en ofrecer una visión comparatista, en la que la historia del Estado se presenta como presupuesto ineludible de la historia jurídica⁵, resulta original en la medida en que no parte tanto de disquisiciones teóricas como de ofrecer un estudio empírico del proceso de surgimiento y desarrollo del Estado en occidente. Un proceso que se contempla esencialmente desde el punto de la transformación jurídica de cada etapa. De ahí que al hilo de la narración vaya aflorando una sorprendente coherencia en el laberinto de una historia *a priori* casi inextricable. Una historia compuesta de diversidad y de particularismos, pero en la que también cabe vislumbrar rasgos comunes y sobre todo una relación causal, por cierto nada fácil de descubrir en nuestros veteranos «Estados-nación» europeos, donde llevamos muchos siglos de historia viviendo por nuestra cuenta. Sin embargo el profesor Aguilera-Barchet lo logra plenamente en «Entre Estado y nación», una obra divulgativa de calidad, donde el rigor se compagina con la claridad expositiva.

El autor, tras partir de la constatación de que el poder estructura la sociedad desde los orígenes de la humanidad, inicia un recorrido lineal en el que no se trata tanto de describir cómo están organizadas nuestras sociedades occidentales, sino por qué están organizadas de esa manera a la luz de su devenir histórico. No se centra en una historia política sino en analizar las líneas generales de la transformación jurídica de las sociedades occidentales desde el punto de vista de su organización política, que no es lo mismo. Por eso la propia estructura de la obra responde a criterios jurídicos y no políticos.

La obra se divide en cinco partes que se corresponden con las que el autor considera como etapas jurídicas claves de la organización del poder social en occidente: una primera que abarca de los orígenes de la ciudad-estado al Imperio romano, una segunda en la que aparecen las «naciones» europeas, una tercera en la que se describe el proceso de formación de los «estados» europeos, una cuarta en la que se contempla el surgimiento del Estado-nación y, finalmente, la quinta y última en la que se analiza la transición del modelo del Estado-nación al de la nación de Estados.

La primera parte (*De la ciudad-estado al imperio romano*) está dividida en tres capítulos. El *capítulo primero* (De los orígenes a la polis) se inicia con la revolución neolítica y en él se describe cómo las sociedades occidentales, desde la llegada de los indoeuropeos, se estructuran, frente a las grandes civilizaciones orientales de la Antigüedad, en torno a una familia de carácter gentilicio que constituye la base de la ciudad. Una ciudad que alcanza su primera estructuración avanzada con las polis griegas. En el *capítulo dos* (El modelo político romano: entre *res publica e imperium*) se parte de constatar que las polis griegas nunca consiguen unirse de modo duradero para crear un modelo político integrador, a diferencia de Roma que sí consigue superar las limitaciones de la ciudad-estado para convertirse en el primer gran poder territorial unificado de la historia jurídica de occidente. Aunque para ello tiene que superar la fase republicana, cuando, como consecuencia de la expansión territorial, la *civitas* romana se sume en la crisis de las guerras civiles, lo que permite a Augusto tomar el poder e instaurar una monarquía que va transformándose en un poder cada vez más absoluto entre la etapa del

Nations and nationalism since 1780. Programme, Myth, Reality, 17th printing, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pág 192.

⁵ Una aproximación que le llevó a publicar junto a Isabel FAJARDO, Miguel Ángel MORALES y Alberto MUÑOZ el libro *Estado y Derecho. Un ensayo de historia comparada. I. Las bases: de los orígenes al año 711*. Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales y Université de Paris este Créteil (XII), École Doctorale: Droit, Europe, Sociétés. Madrid-París, 2010. ISBN 978-84-693-4668-6.

Principado y la del Dominado, pasando por la del Alto Imperio. Una unificación que se consolida jurídicamente con la atribución de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio en lo que podría considerarse la primera «nacionalidad» de la historia de Occidente. En el *capítulo tres* (Del poder territorial al dominio espiritual. La dimensión política del cristianismo) se analiza finalmente cómo el cristianismo pasa de ser una religión perseguida a convertirse en la religión oficial del Imperio romano. Algo que tiene importantes consecuencias políticas y jurídicas, en la medida en que la Iglesia se convierte en la heredera del modelo romano de Estado, pues la idea de una monarquía imperial universal perdurará más allá de la desaparición del Imperio, a través del aparato estatal eclesiástico.

La segunda parte (*El origen de las «naciones» europeas*), que abarca en rasgos generales lo que se corresponde cronológicamente con la Alta Edad Media europea, se subdivide a su vez en otros tres capítulos. El *capítulo cuatro* comienza con unas invasiones germánicas que transformaron el mapa político del continente europeo desde finales del siglo IV, y en él se estudia cómo los pueblos o «naciones» germánicos impulsieron un nuevo modelo jurídico de organización política: el reino germánico, en el que se combina la tradición colectivista germánica con el modelo monárquico romano, apuntalado por las diversas iglesias surgidas en las distintas provincias del antiguo Imperio romano. En el *capítulo cinco* se analiza el peculiar resurgimiento del «universalismo» político y jurídico propiciado por el papado, a partir de la aparición de los Estados de la Iglesia, a mediados del siglo VIII, gracias a la alianza de la monarquía franca de Pipino el Breve con los papas romanos, y la reaparición del Imperio a partir de Carlomagno, aunque se consolida con el surgimiento del Sacro Imperio Romano Germánico, que pervive nada menos que hasta 1806. Aunque este universalismo dual tendría un carácter muy diferente del que había tenido el imperio romano, sin embargo sería una constante en la realidad política y jurídica europeas prácticamente hasta la Reforma luterana. Finalmente, en el *capítulo seis* (La privatización de las relaciones de poder y el retroceso de la concepción «monárquica» romana: la Europa feudal) se analiza como la destrucción de la relación jerárquica impuesta por el modelo monárquico imperial romano, parcialmente limitada por la Iglesia, provoca una equiparación jurídica de los soberanos con sus vasallos, en virtud del pacto feudal. Una práctica que tendría una importantísima influencia en la tradición del derecho público europeo, al permitir el establecimiento de un límite contractual a la autoridad real. Es el conocido «pactismo», en el que se basa por ejemplo el régimen parlamentario de monarquía limitada que se establece gradualmente en Inglaterra desde la Baja Edad Media o en la Península Ibérica, en la Corona de Aragón, partiendo de la Cataluña feudal.

En la tercera parte (*El origen de los Estado europeos*) el autor describe el proceso por el que tras el hundimiento del poder público que caracteriza la etapa feudal, el poder monárquico reaparece y se consolida. Primero con el surgimiento de las grandes monarquías bajomedievales que se estudian en el *capítulo siete* (Reaparición del principio monárquico y fin del universalismo cristiano: la formación de los grandes reinos territoriales en la Baja Edad Media); una etapa clave porque en ella, los reyes transformados en monarcas se imponen en el exterior a papas y emperadores, y en el interior a las clases privilegiadas de la etapa feudal, que sin embargo mantienen su influencia a través del principio pactista en parte gracias a las asambleas estamentales y en otra gracias a la aparición de los primeros textos de derecho pacticio, como los Decretos de las Cortes de León de 1188 o la Carta Magna inglesa de 1215. La forma monárquica se asienta decisivamente durante los siglos XVI y XVII con la aparición de una monarquía absoluta que consolida de modo duradero los primeros Estados europeos, aspecto analizado en el *capítulo ocho* (El apogeo del poder real: la monarquía absoluta). En él se estudia como

los monarcas de la Edad Moderna logran superar los límites del pactismo medieval, sin convertirse sin embargo en los monarcas tiránicos y dictatoriales descritos por los revolucionarios franceses, ya que tenían importantes límites jurídicos a su autoridad, como las llamadas «Leyes fundamentales». El absolutismo, además pronto evolucionó hacia un modelo diferente de Estado en el que el monarca no se limitó a garantizar el orden, sino que adquirió una función dinámica, al convertirse en el motor del progreso de sus súbditos, lo que se estudia en el *capítulo nueve* (Del rey conservador al monarca reformista: la etapa del absolutismo ilustrado). Otra variedad fue la del establecimiento progresivo de límites al poder real, un proceso que afecta a la monarquía británica, y que fue consecuencia del desarrollo del principio pactista en virtud del cual la vieja asamblea estamental fue cobrando un protagonismo institucional decisivo desde finales del siglo XIII, que se consolida como consecuencia de la Guerra de los Cien años a mediados del siglo XIV. Un conflicto que al ser perdido a la postre por los reyes de Inglaterra, reforzaría el poder del Parlamento, en un proceso gradual que, superadas las revoluciones del siglo XVII, se afirma en el siglo XVIII con el surgimiento de un régimen parlamentario que se democratiza en el curso del siglo XIX. Todo lo cual se trata en el *capítulo diez* (De la monarquía absoluta a la monarquía limitada: los orígenes británicos del régimen parlamentario).

La cuarta parte (El surgimiento del «Estado-nación»), recoge la fase decisiva en la que la transformación del modelo de Estado es impuesta por movimientos de corte revolucionario en los que el principio monárquico es reemplazado por el del gobierno de Asamblea. Lo que ocurre primero en América *capítulo once* (Del principio monárquico al régimen de asamblea: la «revolución» norteamericana) como consecuencia de la rebelión fiscal de los colonos frente a Jorge III de Inglaterra. Aunque ello es posible sobre todo porque el modelo de colonización anglosajona es muy diferente al llevado a cabo por la Monarquía española. El resultado es la aparición de una agrupación de Estados que no son dirigidos por un monarca sino por una serie de asambleas llamadas «congresos». Un primer intento de gobernar colectivamente un Estado moderno. En el *capítulo doce* (De la monarquía absoluta al absolutismo democrático: la Revolución francesa) se analiza cómo se produce la ruptura violenta con el régimen monárquico en una sociedad inmovilista como es la de la Francia del Antiguo Régimen. En contraste con la transformación gradual de la monarquía inglesa, en Francia el principio monárquico es abruptamente sustituido por un gobierno de asamblea. Algo tanto más notable cuanto que la monarquía francesa, después de la castellana, era la más consolidada de toda Europa. El autor insiste en que a pesar de la catarsis que supuso la Revolución francesa en toda Europa, su influencia en el aparato institucional y en el derecho francés se vio limitada como consecuencia de la anarquía resultante de los excesos de los gobiernos de asamblea. Por eso tanto en los Estados Unidos de América como en Francia fue necesario modificar el curso de la revolución para poder reinstaurar el principio de un poder monárquico fuerte. Ya por la vía del presidencialismo, en la República federal norteamericana, ya por medio de la instauración de la nueva monarquía instaurada en Francia por Napoleón Bonaparte. Todo lo cual se analiza en el crucial *capítulo trece* (La recuperación del principio monárquico: presidencialismo norteamericano versus monarquía bonapartista). Digerida la revolución francesa y recuperado el principio jurídico del gobierno monárquico la Europa del Antiguo Régimen abandona el modelo de la monarquía absoluta en su versión ilustrada para sustituirlo por el de un Estado liberal, basado en el esquema parlamentario británico. En el *capítulo catorce* (Auge y crisis del modelo liberal de Estado) se examina este largo proceso que transforma, a lo largo del siglo XIX, los Estados europeos y su derecho. Y ello con un éxito notable ya que gracias a la adopción del modelo liberal, los Estados-nación europeos controlan el

mundo en la etapa del Gran colonialismo, a finales de la centuria. Una etapa que provoca sin embargo una tensión tan considerable entre los Estados nación europeos que degenera en el conflicto apocalíptico de la Primera Guerra Mundial. Un conflicto que sanciona la decadencia del modelo liberal de Estado que es reemplazado por otro en el que el Estado pasa a ser todopoderoso. Esta transformación se analiza en el *capítulo quince* (Del Estado liberal al Estado intervencionista, pasando por el Estado totalitario) en el que se parte del surgimiento de la «cuestión social» en 1848 y la subsiguiente presión que ejerce la clase obrera sobre los Estados liberales. En 1917 la reacción contra el modelo liberal de Estado que había generado en Europa la explotación de las masas proletarias, provoca la revolución rusa. Un movimiento que no sólo propicia el final de la Guerra del Catorce sino una oleada totalitaria en toda Europa, que alcanza su punto culminante, además de en Rusia, en Italia y Alemania. La excepción son los Estados Unidos de América, que se convierten en 1918, en la primera potencia mundial. Una potencia que conoce una expansión económica sin precedentes durante la Era Coolidge, que acaba bruscamente con la crisis de 1929, de la que surgirá un modelo de Estado intervencionista, propiciado por el *New Deal* de F. D. Roosevelt. Este modelo del «Estado social» democrático, acabará imponiéndose en Europa tras la derrota hitleriana gracias a los planteamientos del jurista austriaco Hans Kelsen que defiende, en contra de los planteamientos de Carl Schmitt, la reaparición de un Estado de derecho, aunque diferente del modelo liberal, ya que el poder público mantiene una intervención decisiva en el ámbito económico para garantizar la paz social.

La quinta y última parte (*Del Estado nación a la nación de Estados*) se inicia con la constatación de que las dos grandes guerras de la primera mitad del siglo xx dejan a Europa postrada, hasta el punto de que los dirigentes europeos comprenden que sólo la unión de los Estados europeos permitiría que estos recuperasen un cierto protagonismo mundial. No obstante, ello no resultaba fácil en países que tenían siglos de una historia política y jurídica independiente. Por eso, el autor dedica el *capítulo dieciséis* (La crisis del Estado-nación: Estados Unidos versus Estados desunidos), a analizar los diversos modelos de unión de Estados aparecidos en la historia de Occidente. Desde el modelo universalista imperial, a las monarquías compuestas como la Corona de Aragón, la Monarquía hispánica o el Reino Unido de Gran Bretaña, pasando por el caso singular de la Confederación helvética. Aunque el precedente más interesante es sin duda el de los Estados Unidos de América que tras superar la etapa de los Artículos de Confederación, se convierten en una Unión federal reforzada a partir de 1787. Lo que entre otras cosas les permite incrementar el número de Estados integrantes de la Unión de trece a cincuenta, gracias a la famosa Ordenanza del Noroeste, por la que el Congreso de los Estados Unidos reguló la expansión de la nueva «nación de Estados» hacia el Oeste. Finalmente, en el *capítulo diecisiete* (De los Estados europeos a la Europa de los Estados) se describen y analizan las vicisitudes que han experimentado los Estados europeos desde 1950 para integrarse en una Unión, cuyos presupuestos distan mucho del modelo federalista norteamericano, ya que se basa en el modelo comunitario puesto a punto por Jean Monnet y Robert Schuman. Un modelo jurídicamente complejo en la medida en que los diferentes Tratados que crean las distintas comunidades europeas son normas jerárquicamente inferiores a las constituciones de los Estados miembros, lo que dificulta considerablemente el proceso de racionalización del Acervo comunitario.

«Entre Estado y nación» es aparentemente una obra didáctica, como subraya el autor en el prefacio, en la medida en que con ella se pretende recuperar el sentido de lo que significaba el término «lectio» en la Edad Media, donde la clase –en Bolonia y en las demás universidades europeas de entonces– comenzaba con la «lectura» de un texto extraído de un libro. Una lectura que constituía el «pretexto» para iniciar un debate entre

profesores y estudiantes, dirigido a situar el tema tratado como una cuestión abierta. Para evitar ofrecer una visión cerrada de la ciencia y el saber, sin la cual una y otro se esclerosan.

No obstante, *Entre Estado y nación* va mucho más allá del plano estrictamente docente. La síntesis parece sencilla pero es el fruto de una madurez intelectual y académica adquirida a lo largo de más de treinta años de una intensa labor investigadora y docente en diversas universidades de Europa y Estados Unidos. Es desde luego, a pesar de las advertencias que realiza el autor en la introducción, un trabajo académico, tanto más interesante, cuanto que en él se nos ahorra la erudición que oscurece. Ya que sólo se recogen referencias bibliográficas especializadas cuando favorecen la comprensión de un aspecto concreto, como sugerencia esencial para orientar al lector en el seguimiento del tracto de la transformación del Estado y del Derecho en la tradición occidental.

Los sólidos conocimientos jurídicos y la vasta cultura del autor convierten al último libro del profesor Aguilera Barchet en una obra indispensable en cualquier biblioteca jurídica. Sobre todo porque resulta tan abordable para el principiante, como fructífera para quienes llevamos años en el mundo de la academia jurídica.

GABRIELA COBO DEL ROSAL

ARREGUI ZAMORANO, Pilar, *La procura profesionalizada. La LOPJ de 1870. Consejo General de Procuradores, Madrid, 2011, 277 pp.*

I. En la Historia del Derecho español la institución procesal de la procura quedará por mucho tiempo unida a Pilar Arregui Zamorano. Sin perjuicio de que en distintas publicaciones otros autores se hayan aproximado al régimen jurídico de los procuradores, la historiadora del derecho de la Universidad de Salamanca, autora del libro que nos ocupa, es, sin duda, quien mayores esfuerzos y dedicación ha destinado al estudio de esta institución desde la perspectiva histórico-jurídica.

De las anteriores palabras, el lector que desconozca la trayectoria investigadora de Pilar Arregui deducirá que el libro objeto de esta reseña no constituye la primera incursión de la autora en el tema. Y así es. Desde que en el año 2004 se publicara la primera monografía de la profesora salmantina, aunque de origen navarro, sobre la Cofradía de Procuradores de Salamanca y hasta la fecha, la autora ha retornado a la institución en varias ocasiones. La elaboración de estos trabajos le ha permitido avanzar con paso firme en los entresijos jurídicos de la institución.

Si en las primeras publicaciones Pilar Arregui se acercó a la procuraduría desde una óptica fundamentalmente local, centrando su atención en los procuradores de la ciudad de Salamanca, aunque teniendo en cuenta el contexto general de la administración de la justicia en la Castilla bajomedieval y moderna, más tarde su campo de observación se amplió para abordar la institución desde una perspectiva general, de alcance nacional.

A la primera etapa, en la que Pilar Arregui circunscribió la investigación de la procura a la realidad judicial y procesal de Salamanca, corresponden dos monografías¹ y un capítulo incluido en la obra colectiva sobre los juristas salmantinos en memoria del

¹ *Apuntes sobre la historia de la Cofradía de Procuradores de Salamanca*, Salamanca, Ilustre Colegio de Procuradores de Salamanca, 2004 y *El Número de procuradores de Salamanca en la crisis del Antiguo Régimen y el primer liberalismo*, Ilustre Colegio de Procuradores de Salamanca, Salamanca, 2006.

profesor Francisco Tomás y Valiente, coordinada por los profesores Salustiano de Dios, Javier Infante y Eugenia Torijano, compañeros de la autora en el Seminario de Historia del Derecho en la Universidad de Salamanca².

Y, al segundo período, en el que se ha ocupado del estudio de la procuración en el marco de la administración de justicia del siglo XIX y, de modo particular, a partir de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, pertenece el capítulo publicado en otro de los volúmenes editados por los mismos profesores salmantinos sobre los juristas de Salamanca y la monografía objeto de esta recensión³.

II. El trabajo se estructura en cuatro capítulos a los que precede una breve introducción y a los que siguen unas conclusiones, un apéndice documental y la relación de las fuentes y de la bibliografía utilizadas para la preparación de la monografía.

Como apéndices, Pilar Arregui incorpora un artículo publicado en *El Corresponsal* de Madrid el 15 de mayo de 1841, interesante por la actitud contraria a la figura del procurador que expresa el anónimo autor del texto. Un borrador del Reglamento del Número de Procuradores de la Salamanca que, aunque carece de datación, la autora considera que puede corresponderse con el que se aprobó en 1862⁴. Y, por último, el borrador de unos Estatutos para el régimen del Colegio de Procuradores de Salamanca redactado con la finalidad de adaptar los que entonces eran los Estatutos salmantinos a los del Colegio madrileño de 1869.

III. En el primer capítulo de la monografía, la autora realiza un largo repaso histórico de la institución, desde Roma hasta finales del Antiguo Régimen, poniendo de manifiesto la importancia de la tradición romana en la configuración de la procura.

A través de estas páginas se proporciona al lector las claves necesarias para, más adelante, alcanzar la correcta comprensión del alcance y significado de los cambios que se introdujeron en la procuración desde comienzos del siglo XIX y, de modo particular, con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870.

Tras referir los rasgos principales que la institución tuvo en el Derecho romano y en la legislación visigoda, la atención de la autora se detiene en las previsiones relativas a la procuración incluidas en el Fuero Real y, de modo especial, en las Partidas. En ellas Alfonso X estableció las líneas maestras del que sería durante varios siglos el régimen jurídico de la procura en la Corona de Castilla.

La continuidad de los rasgos más sobresalientes del modelo de procuración definido en las Partidas hasta finales del Antiguo Régimen no significa que en tan largo período el régimen jurídico castellano de la institución permaneciera inamovible.

Entre la Baja Edad Media y fines del siglo XVIII la institución fue objeto de algunos retoques a través de sucesivas disposiciones de las que Pilar Arregui da cuenta en detalle. Los cambios tuvieron como objeto delimitar el campo de actuación de los procuradores frente a los abogados; garantizar que los procuradores se encontraran debidamente autorizados para actuar como tales; encauzar de mejor manera su actuación, examinando los conocimientos en los que estaban en posesión como requisito previo al ejercicio del oficio y estableciendo un número fijo de procuradores en los tribunales y juzgados; configurar el oficio del procurador de pobres siguiendo el ejemplo de lo que

² «Aproximación a la procuraduría de número en Salamanca», en Salustiano de Dios, Javier INFANTE y Eugenia TORIJANO (coords.). *El derecho y los juristas en Salamanca, siglos XVI-XX*. En «Memoria de Francisco Tomás y Valiente», Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2004, pp. 403-459.

³ «1870: un nuevo marco jurídico para los procuradores de los tribunales», en De Dios, INFANTE y TORIJANO (coords.). *Juristas de Salamanca, siglos XV-XX*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2009, pp. 311-352.

⁴ Pp. 122-124.

se había hecho con el abogado de pobres; y ajustar las obligaciones, prohibiciones, responsabilidades y derechos de los procuradores.

Cubierto el repaso a este itinerario histórico-legislativo anterior al Estado liberal, la autora da cuenta de los dos aspectos de la procuraduría que considera fundamentales para la correcta comprensión de la institución. Son los que definen el modelo de la procura del Antiguo Régimen. De un lado, la consolidación de la procuración, como una presencia necesaria, casi imprescindible, en el proceso, aunque no llegara a ser preceptiva, coincidiendo con la difusión del *ius commune* y la tecnificación del proceso. Y de otro, las carencias y los peligros a los que la institución tuvo que hacer frente durante varios siglos. Unas dificultades derivadas, principalmente, de la falta de formación de los procuradores y de su inclinación a la codicia. Para su corrección se arbitraron varias soluciones. Entre otras, la extensión del *numerus clausus*, los exámenes preceptivos y la fijación de aranceles.

IV. El capítulo II, deudor del trabajo publicado en 2009, es, al mismo tiempo una prolongación del capítulo anterior porque, en su desarrollo, la autora continúa con el repaso del itinerario histórico-legislativo de la institución, centrandó ahora su atención en los cambios introducidos a lo largo del siglo XIX hasta que el proceso culminó con la reforma y asentamiento de la procura con la Ley del Poder Judicial de 1870.

Pilar Arregui organiza su exposición a partir del análisis independiente de los que son, en su opinión, los rasgos fundamentales de la institución en el siglo XIX, lo que no le impide detenerse en las sucesivas normas a través de las cuales quedaron definidos.

En virtud de este esquema, la profesora de la Universidad de Salamanca se ocupa, en primer lugar, de la consolidación de la representación de las partes por el procurador como una de las dos funciones inseparables de la postulación procesal después de que la Ley de 1870 optara por su desdoblamiento. La otra es la defensa jurídica que se encomendó a los abogados.

A continuación su atención se centra en los cambios que hicieron de la procuración una presencia preceptiva en los procesos civiles y criminales, a diferencia de lo que había sucedido en el Antiguo Régimen, etapa en la que, aunque necesaria, como ya hemos referido, nunca llegó a ser obligatoria.

En tercer lugar, Pilar Arregui se detiene en la colegiación de los procuradores, después de que la Ley del Poder Judicial estableciera la obligatoriedad de la colegiación para abogados y procuradores. En lo que concierne a los procuradores, la obligatoriedad quedó limitada a los que ejercieran en las poblaciones sede de una Audiencia. Para el resto se entendió deseable.

Finalmente, el capítulo se cierra con el análisis de las circunstancias que condujeron a la supresión del *numerus clausus*. El libre acceso a la procuración fue una de las novedades más importantes de cuantas se introdujeron en el régimen jurídico de la procura en el siglo XIX.

V. La representación procesal que constituye la función principal de los procuradores es el objeto del capítulo III. Su lectura permite percibir con claridad la incorrección de la imagen reduccionista de simples mensajeros que con frecuencia se ha transmitido de los procuradores.

Con el objetivo de ofrecer en toda su dimensión el contenido de la función de representación ejercida por los procuradores, Pilar Arregui opta por organizar el capítulo en tres apartados sucesivos. El primero reservado a la relación del procurador con la parte; el segundo al vínculo que se establece entre el procurador y el órgano jurisdiccional; y, finalmente, el que surge entre el procurador y el abogado.

El análisis de la relación del procurador con la parte obliga a la autora a examinar la representación directa, voluntaria, con limitaciones legales y técnica que ejerce el pro-

curador y también el tipo de poder que la parte le confiere a fin de que le pueda representar procesalmente.

Desde la perspectiva de la relación pública que une al procurador con el órgano de la administración de justicia, Pilar Arregui se interesa en la necesaria colaboración que debe establecerse entre quien ejerce la procura y el órgano judicial. Y llama la atención acerca del limitado interés que la doctrina ha prestado a esta cuestión.

El capítulo se cierra con el repaso del vínculo que necesariamente debe establecerse entre el abogado y el procurador a fin de que resulte exitosa la postulación procesal de la parte. Sin entrar en el análisis del oficio de abogado, su función, obligaciones y responsabilidades, la autora sí se preocupa de señalar los aspectos que distancian las atribuciones de ambos profesionales de la justicia.

VI. Sobre la base de lo estudiado en los capítulos precedentes en los que Pilar Arregui ha expuesto el marco y el contenido de la representación que el procurador realiza ante el órgano jurisdiccional, la autora cierra la monografía con un último capítulo reservado al análisis del estatuto jurídico de la procuración tal y como quedó definido en el capítulo tercero del título XXI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870.

Siguiendo la sistemática que el legislador utilizó en el articulado de la ley, la profesora de la Universidad de Salamanca presta atención a los requisitos que la norma exige para ejercer el oficio de procurador; a las obligaciones que se le imponen; a los motivos que conducen al cese del ejercicio de la procuración; y, por último, a las responsabilidades asumidas por el procurador.

Entre los requisitos exigidos al interesado en ejercer como procurador destacan algunos generales que también se exigen a los abogados — tener la edad de veintiún años o no estar procesado criminalmente—, y otros específicos de la procuración. De manera particular, la autora se ocupa de la acreditación de la pericia que se concreta en la demostración de estar en posesión de los conocimientos teóricos y prácticos necesarios, de la experiencia conveniente y de la habilidad suficiente en el orden y tramitación de los juicios. También de la prestación de una fianza para responder, en su caso, de las multas que pudieran imponerse al procurador, de las cantidades recibidas de sus clientes para los gastos judiciales, así como de cualquier otra responsabilidad civil, criminal o disciplinar en la que pudiera incurrir el procurador en el ejercicio de su profesión. Y, de la colegiación para poder ejercer la profesión.

En lo que concierne a las obligaciones, a partir de la idea de que la exigencia fundamental del procurador es la de representar a la parte en juicio, Pilar Arregui establece una clasificación instrumental de las obligaciones particulares a la vista de las *Ordenanzas para todas las Audiencias* de 1822. En la exposición distingue entre las que afectan de modo directo al proceso y las que conciernen a la parte. Por último, la autora se detiene en la minuciosa relación de obligaciones que se establecen en 1870.

La exposición de las causas por las que el procurador cesa en la representación se presentan en el texto distinguiéndose entre las causas subjetivas que afectan al procurador, las también subjetivas que interesan al poderdante y, por último, las de naturaleza objetiva.

Por último, en materia de responsabilidades, la autora aproxima al lector a las responsabilidades civiles, penales y disciplinarias exigibles a los procuradores derivadas de su actuación profesional.

VII. Y para terminar, me gustaría llamar la atención del lector acerca de la importancia de la obra de Pilar Arregui para la historiografía jurídica española por tres motivos que me parecen relevantes. En primer lugar, porque ha venido a poner luz en una institución deficientemente conocida en nuestro país. Por otra parte, porque ha contribuido a mejorar notablemente el conocimiento que teníamos en torno a la Ley Orgánica

del Poder Judicial de 1870. Y, por último, porque sus investigaciones sobre la procuraduría pueden y deben servir de modelo para afrontar el estudio de otros oficios de la administración de la justicia, que sólo aparentemente son de segunda categoría, a los que los historiadores del derecho hemos prestado escasa atención hasta la fecha.

MARGARITA SERNA VALLEJO

CASTRO SÁENZ, Alfonso, *Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio de historia jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011. 493 pp. ISBN 978-84-9876-795-7.

A comienzos del siglo XXI parece que la figura de Cicerón ha dado tanto de sí, que poco queda en ella por explorar. El libro del profesor Alfonso Castro, no obstante, halla en él una veta interesantísima a la que dedica un libro excelente, de la mejor factura académica, que recibió en 2009 el Premio a la mejor Monografía Inédita concedido por la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla.

Se trata de un trabajo de amplio espectro, de riguroso análisis histórico e historiográfico, que da cabida ordenadamente a fuentes y textos, y que contiene más de dos mil trescientas notas. Es un estudio, por lo tanto, que merece tratarse con el máximo detalle, pues la obra descende hasta pormenores sutilísimos, suaves pinceladas que pocos especialistas pueden apreciar. Resulta difícil aprehenderlo unitariamente, por lo que tal vez sea mejor recensionarlo al hilo del texto.

La idea principal del libro es escribir la historia de la jurisprudencia en la época de Cicerón, tomándolo como punto de referencia de un pasado, un presente y un futuro del arte jurisprudencial romano (p. 23). Con ello pretende, por una parte, completar los estudios de Bretone, tales como *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (Napoli, 1982) (p. 60), cuyo punto de vista comparte mayoritariamente, así como refutar algunos excesos de Mommsen (p. 51), que en ocasiones han enturbiado la hiperbólica fama que el romano adquirió ya en vida.

Castro es un autor que no esconde su empatía con Cicerón, de quien valora sus habilidades políticas, su pluma privilegiada, su cabeza bien amueblada y, sobre todo, su dominio de la jurisprudencia, una técnica que —como recordó Bretone— en Roma se llegó a convertir en arte. Como algunos juristas romanistas, Castro vibra con la idealizada *civitas* y con los ideales republicanos que parece encarnar Cicerón, y que mueren prácticamente con él.

Siguiendo de cerca la metodología de Bretone, y en contra de la aprehensión antiprosopográfica de Schulz, el profesor Castro quiere trazar una genealogía de los juristas romanos y su jurisprudencia desde la obra de Cicerón. En este sentido, se convierte en figura central para examinar las generaciones de juristas desde la Ley decenviral hasta sus días. Tal pretensión genealógica muestra la evolución de la jurisprudencia romana a partir de las fuentes ciceronianas. La obra de Castro atiende fundamentalmente a la construcción de una «historia ciceroniana de la jurisprudencia romana».

El libro se divide en tres partes. La primera es una discusión detallada de los grandes paradigmas historiográficos del estudio de Cicerón, estudiando primero el anticiceronianismo de Mommsen en su época, para pasar sucesivamente al Cicerón de Costa, de Bretone, de Bauman y de Harries, cuyos enfoques se intentan superar o, como mínimo, complementar.

La segunda parte es una historia ciceroniana de la jurisprudencia, que merece ser calificada como *satis eruditam*, recogiendo ecos de Suetonio (p. 87). En ella se nos da una precisa definición del jurista: «experto en leyes y costumbres a que recurren los particulares de la ciudad, lo es también en aconsejarlos jurídicamente, dirigir los trámites de la acción, trazar las precauciones necesarias: una transparente descripción del tríptico medular del *respondere, agere y cavere*, característicos del *iurisconsultum*, que se complementa [...] como manifestación lateral de un oficio público, con la asesoría y la redacción de las leyes en la proximidad de los magistrados» (p. 103).

A partir del *Brutus* de Cicerón, Castro examina un denso y prolífico nudo de relaciones y de filiaciones científicas que configura una vasta genealogía de parentescos en la que se mezclan oradores y juristas, en enconada rivalidad (pp. 112-113). El profesor sevillano es uno de los investigadores más sensibles a problemas literarios y filosóficos como son los de la oralidad y la escritura, que permite articular la diferencia entre dos formas diferentes de entender el derecho. En este sentido, dice el autor que «la “ciencia del derecho”, al volverse literaria, muestra sus carencias de método –de enfoque–, también sus potencialidades de dominio, pues las mismas cosas por un jurista escritas están publicadas por muchos más y un mismo autor las desarrolla en más de un sitio» (p. 116).

Para Cicerón, siguiendo la tradición republicana (e incluso anterior), el jurista es el modelo del hombre público y el sabio que, en medio de las encrucijadas ideológicas y sociales, sabe aconsejar y actuar consecuentemente (p. 119). De ahí que el derecho estuviese tan imbricado en la ciudad como la propia moral y que los juristas tuviesen la capacidad de hacer valer su *auctoritas* en ambas esferas. Como a Cicerón le gustaba repetir, «un sabio nunca es un hombre privado. Y un sabio en Roma no es tal si no es jurista» (p. 122).

Desde luego, desde que gracias, entre otros, a Apio Claudio la jurisprudencia pasó a manos laicas (p. 130), el ideal de jurista como hombre sabio no dejó de estar en vigor. El extremo de la tradición oral a la que llega Cicerón es Sexto Elio, un autor estudiado por Bretonne (*Tecnique, cit.* p. 65 y ss) y también Marco Porcio Catón Censorius, que merecen detallado estudio en el marco del libro de Castro.

Con ellos se inicia el modelo del sabio romano, jurista y hombre de acción ciudadana, que es capaz de transformar el ideal ateniense el *sophos* por *sapiens*, un saber mucho más práctico e inclinado a cuestiones especulativas (p. 172). Si la tradición intelectual griega se había balanceado entre el modelo del sabio que abandona la ciudad y el que permanece en ella, intentando orientar su rumbo, en la República romana prevaleció el segundo modelo. Ciertamente, no puede hablarse de jurisprudencia helenística, pues toda la historia de la Roma republicana estuvo vertida hacia el compromiso del sabio hacia la ciudad, mientras que en Grecia existían el modelo estoico y el epicúreo, que permitían tanto la permanencia como la huida con respecto de la ciudad.

En este sentido, los Escévolas fueron portadores de los rasgos que después serían elevados al rango de *virtutes* por Cicerón y por sus coetáneos. Con los Escévolas se dio la identidad entre el ciudadano, el sabio y el jurista. Y, como recuerda Castro, «un jurista debía ser necesariamente muciano o no ser» (p. 178). Estos atributos los encarna Publio Mucio Escévola, considerado el más importante jurista del siglo II (p. 192). Y también «una jurisprudencia bajo la égida férrea de una familia ilustre consagrada al derecho como una forma –la más romana– de dedicarse a la vida pública» (p. 213-214). No es de extrañar que un ilustre jurista de esta época, como Rutilio Rufo represente los ideales estoicos que la familia Escévola había dictado y que de ellos hiciese bandera de *virtus* republicana (p. 216).

La figura de Quinto Mucio Escévola Pontífice representa la culminación del modelo jurisprudencial, capaz de combinar el casuismo con un gran espíritu de justicia y una

sistematización de todo el derecho (pp. 240-241). La visión que tiene Schiavone (*Ius*, Torino, 2005, p. 171 y ss.) es, sin embargo, negativa. Lo cierto es que con Quinto Mucio Escévola Pontífice, desaparece un mundo y empieza otro en el que el jurista, envuelto en un manto iusnaturalista, edifica una técnica que desvincula el derecho de la expresión de la voluntad, sino que lo transforma en un saber.

Tal problema, tan caro a Schiavone y, en parte a Bretone, resulta soslayado por el libro de Castro, que prefiere mostrar los perfiles generacionales antes que continuar la labor de elaborar una genealogía intelectual de corte foucaultiano. El interés de su obra se centra en la no poco ambiciosa labor de confeccionar un detallado árbol genealógico de los juristas posteriores al más grande de los Escévolas. De ahí sus elaborados estudios de Lucilio Balbo, que sirve como eslabón entre Quinto Mucio Escévola Pontífice y Servio Sulpicio Rufo (273 y ss.) y de Aquilio Galo (277 y ss.).

Como recuerda Castro, «Servio fue, así, para Cicerón, el primer jurista auténticamente sistematizador de aquel rico caos casuístico que a sus ojos venía a constituir la ciencia romana» (p. 297). En el capítulo 6 se analiza la biografía de Servio a la luz de los escritos de su amigo Cicerón, que lo ve como «el jurista más importante de todos los tiempos» (p. 318). El por qué de tal calificación se encuentra en el hecho de haber recogido las enseñanzas de los dos mejores discípulos de Mucio, que «lo convirtió, sin dejar de ser un jurista práctico, en el primer *iurisconsultum* teórico» (p. 321), que aunaba los rangos de pensador, orador, político y jurista.

Después de referirse con detalle a Servio, Alfonso Castro alude ya a los coetáneos estrictos de Cicerón y después a otros contemporáneos suyos, que le trataron. Los «auditores servii» representan la transformación de la jurisprudencia en un medio político cambiante. Cicerón no sólo se refiere a ellos en sus escritos, sino que también alude a otros importantes juristas, ajenos a la escuela de Servio, como Aulo Cascelio y Elio Tuberón, sobre los que pesan actualmente algunas dificultades de reconstrucción biográfica.

El último autor relevante del que se habla es Gayo Trebacio Testa, más joven que el propio Cicerón, pero de su íntima confianza. Castro parece indicar que Cicerón elevó las miras de este jurista y político a través de su prolongada amistad. La figura de Trebacio nos resulta conocida gracias a Cicerón (pp. 375 y ss.), que tuvo siempre gran inclinación hacia los jóvenes, sobre todo los más prometedores.

El libro contiene unas elaboradas conclusiones, que permiten enlazar todo lo anterior. En ellas se anudan la ciencia del derecho, la política y la retórica: se intenta –y se consigue– ofrecer un árbol genealógico de los juristas caros a Cicerón, a través de una lectura atenta de sus obras. He dicho que el libro tiene una tercera parte: es la dedicada a los apéndices y a las fuentes (pp. 405-473), donde se refrendan algunas ideas anteriores y permiten al lector confrontar nuevamente las ideas del autor con un caudal verdaderamente impresionante de datos.

Antes de concluir, cabe decir, elogiando al autor, que el estilo literario resulta sumamente cuidado. Lleno de sugerencias y de matices, el lector encuentra en la prosa de Castro una elevada exigencia romanística, pero también una notoria complicidad, llena de guiños e insinuaciones. Nada puede objetarse a la bibliografía romanística manejada. Jurídicamente es muy completa, pero también lo es (y he aquí la novedad con respecto a otros colegas suyos) el conocimiento de la bibliografía literaria e histórica, muy refinada y siempre pertinente.

El autor no ha querido entrar en el tema filosófico-jurídico, pese a las inevitables conexiones que tiene con la transformación del saber jurídico en una técnica, la aparición de un derecho natural como expresión de la universalidad de ese saber (y, tal y como sostiene Schiavone, como manera de difundir, disfrazadamente, esa técnica). Cas-

tro es uno de los pocos autores capaces de enfrentarse al reto de escribir sobre «Cicerón y el derecho», con los medios y las exigencias de nuestros días, pues aún la erudición de los más grandes, con la perspicacia crítica necesaria para cierta actividad genealógica (o, como mínimo «arqueológica»).

Para ese proyecto puede valerse de trabajos ambiciosos, como el de Salvador Mas, *Pensamiento Romano*, (Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006) u otros trabajos como M. Griffin y J. Barnes, *Philosophia togata. Essays on Philosophy and Roman Society*, (Oxford, OUP 1989), que el profesor Castro conoce bien. Las referencias a Guthrie, Ferrater Mora o Hirschberger (p. 18) no resultan útiles para este fin. Sin embargo, con toda la razón, Alfonso Castro indica que «la historia de Cicerón y el derecho es la de otro libro» (p. 402).

En definitiva, *Cicerón y la jurisprudencia romana* es uno de los mejores libros de temática romanística de los últimos años: representa un excelente esfuerzo de síntesis y de ordenación de unas generaciones de juristas que hasta poco eran bastante desconocidas. Lo mejor que puede decirse de un libro es que resulta breve y merece continuidad. Éste es el reto para el autor y la ilusión para el lector.

RAFAEL RAMIS BARCELÓ

IÑESTA PASTOR, Emilia, *El Código Penal Español de 1848*, Universidad de Alicante, Valencia, 2011, 935 pp. ISBN: 978-84-9985-038-2.

I. En los últimos años han aparecido distintas monografías sobre la codificación del derecho penal en España. Son conocidas y de gran mérito las aportaciones de Lasso Gaité sobre el proceso general de la codificación penal, parte de su magna obra *Crónica de la Codificación española* (1970), para la que se sirvió de los documentos que obraban en el archivo de la Comisión General de Codificación; así como la importante aportación de Aniceto Masferrer en su estudio sobre *Tradición y reformismo en la Codificación penal española* (2003); igualmente, merece ser tenida en cuenta la obra de Torres Aguilar sobre la *Génesis parlamentaria del código penal de 1822* (2008), que aporta datos novedosos del proceso de su redacción a la vista de las actas de las sesiones de las Cortes; del mismo modo, la amplia y ambiciosa obra de Sánchez González, sobre *La codificación penal española: los códigos de 1848 y 1850* (2004); o la obra de Martínez Dhier sobre *El jurisconsulto granadino Manuel de Seijas Lozano... (2009)*, artífice principal del código penal de 1848, son buenas muestras del avance de la investigación sobre la materia, desde la perspectiva del historiador del derecho, a las que hay que añadir las consideraciones de Bravo Lira en un sugerente artículo publicado en el Anuario sobre *La fortuna del código penal español de 1848* (2004).

A todos estos trabajos, a los que habría que agregar los que proceden del ámbito de los penalistas (Antón Oneca, Candil Jiménez, Casabó, Cuello Contreras) se añade ahora una nueva e importante monografía sobre el código penal español de 1848, de la que es autora la profesora de Historia del Derecho de la Universidad alicantina Emilia Iñesta Pastor, quien ya anteriormente había publicado diferentes trabajos sobre la proyección en Hispanoamérica del código penal de 1848 (Actas y Estudios, XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, 2003); sobre el código penal chileno de 1874 (Revista Chilena de Historia del Derecho, 2006); y sobre el código penal

peruano de 1863 (Actas del XV Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, 2008), entre otros.

Tras esos estudios parciales sobre la codificación penal, la autora centra su estudio sobre el que es sin duda el código más importante del largo proceso de la codificación penal en España. Y lo es en atención a dos circunstancias que no pasan desapercibidas a lo largo de la interesante monografía de la profesora Iñesta: de un lado, el código penal de 1848 supuso un decisivo avance en la configuración jurídico-penal del Estado liberal, con la aparición de un nuevo derecho penal que aunque basado en modelos y doctrinas nuevas no era del todo ajeno a la tradición; de otro, el nuevo código adaptado a los principios constitucionales vigentes se convierte a partir de su publicación en punto de referencia del derecho penal que se codifica a lo largo del siglo XIX y aun en el siglo XX. Por estas razones, vaya por delante el interés y la oportunidad del tema elegido por la autora, pese a la aparición en los últimos años de distintos trabajos que desde diversas perspectivas y con metodologías bien diferentes, se ocupan del mismo código penal.

Efectivamente, el código penal de 1848, reformado en alguno de sus aspectos en 1850, puede ser tenido como el código de mayor calidad de cuantos códigos penales han sido promulgados en España. Y ello pese a las difíciles circunstancias en que fue elaborado, en un contexto europeo marcado por movimientos revolucionarios que en Francia pusieron fin a la monarquía de Luis Felipe de Orleans. Ese ambiente de revolución no era ajeno a España, y sus ecos amenazaban el orden público y la estabilidad constitucional de un país que empezaba a sufrir el desgaste de guerras y revoluciones. En ese marco, en España estaba aún vigente el derecho penal del antiguo régimen, según se ofrecía en Partidas, o en la Novísima Recopilación, por lo que se estimaba de necesidad proceder a redactar un código penal que ajustado a los principios constitucionales del texto moderado de 1845, sirviese de garantía del orden constituido, e instrumento adecuado para la persecución de todo tipo de delitos.

Todos estos antecedentes pudieran explicar la consideración de algunas figuras delictivas contempladas en el código, así como las penas extremadamente duras que a los mismos correspondía. En tal situación, en un momento en que circulaban por Europa corrientes abolicionistas, apenas sorprende la inclusión entre las penas afflictivas de la pena de muerte, cuya ejecución con el recurso al garrote, aparece rodeada de un ceremonial innecesario; o de la cadena perpetua. Lo que sí sorprende es que pese a la expresa prohibición de las penas infamantes según se declara en el artículo 23 del mismo código penal, se incluyan algunas penas análogas a la pena de infamia judicial que expresamente quedaba abolida, y que recaían sobre la dignidad del penado: la pena de argolla, la degradación y la reprensión pública que quedan en el nuevo código como una reminiscencia del derecho penal del antiguo régimen.

II. El trabajo de investigación abordado por la profesora Iñesta Pastor ofrece una visión amplia y completa del código penal isabelino a la vista de la documentación que obra en el archivo de la Comisión General de codificación, donde la autora ha obtenido el grueso de la información que da fundamento a su estudio. Esa generosa información viene a ser completada con la obtenida del archivo del Congreso y el Senado, y con la referencia siempre provechosa a los debates parlamentarios recogidos en sus actas y a cuanta literatura jurídica se prodigó en los momentos previos y posteriores a la publicación del código, con una atención especial a la interpretación doctrinal coetánea obtenida de los numerosos *comentarios* que publicaron los mejores juristas de la época (Pacheco, Vizmanos, Ortiz de Zúñiga, Álvarez...), quienes además tuvieron parte más o menos relevante en la redacción del Código, lo que dota a esa doctrina de una autoridad innegable. El análisis de su código antecedente (el código de efímera vigencia de 1822) y de los proyectos posteriores, así como de los códigos penales europeos (fundamental-

mente, el Código penal austríaco de von Zeiller de 1803, el francés de 1810 y el de Nápoles de 1819) y americanos (con la decidida influencia del Código imperial brasileño de 1830, obra de Vasconcellos) en los que el legislador del código tuvo el acierto y la fortuna de inspirarse, como reconoce Bravo Lira, constituye una fuente idónea para completar el minucioso estudio que se presenta sobre el código de 1848, que se vería enriquecido con un estudio más a fondo de lo que de la tradición jurídica española conserva este buen código penal isabelino, así como con un análisis de las influencias que asumió procedentes de la jurisprudencia de los tribunales, y de modo particular del Tribunal Supremo, encargado ya entonces de la elevada función de uniformar la actuación de las distintas instancias judiciales de él dependientes.

Un apartado especial del libro de Iñesta se dedica a la debatida autoría del código de 1848. Tras la noticia aportada en 1965 por Antón Oneca en relación a la paternidad del código atribuida al jurisconsulto granadino Seijas Lozano, desmintiendo la participación de Pacheco hasta entonces considerado como su principal autor, la autora se inclina a dar participación en su redacción a otros juristas, entre otros al Catedrático sevillano José María Claros, pero destacando en todo caso la principal autoría de Seijas, quien aportó al texto redactado su propia filosofía y su propia concepción del derecho penal.

Efectivamente Seijas actuó como impulsor de los trabajos de la sección penal de la Comisión General de Codificación y como redactor y autor principal de buena parte del articulado del Código, incluyendo la parte general del mismo. Desplegó así una importante labor de liderazgo, de dirección efectiva de los trabajos, de redacción material de buena parte de su contenido, que recuerda mucho a la desarrollada por Florencio García Goyena, presidente de la Sección Primera (o de lo Civil), en la redacción del proyecto isabelino de 1851. Uno y otro, junto con Sainz de Andino son los personajes clave de la codificación en los primeros compases de ese largo proceso que se desarrolla a lo largo del siglo codificador por excelencia.

Ahora bien, la publicación por parte de Pacheco de sus muy celebrados y difundidos comentarios del Código (*Código penal, concordado y comentado*, Madrid, 1848), elaborados a la vista de las actas de la Sección que lo redactó, y en los que hace gala de su profundo conocimiento de la legislación penal española y extranjera, puede ser el motivo del equívoco respecto de la autoría del Código penal de 1848, máxime cuando estos comentarios se convirtieron doctrinalmente en punto de referencia obligado para la interpretación de sus preceptos y para la formación de una doctrina jurisprudencial uniforme ajustada al espíritu del Código, gracias sin duda a la inclusión en el mismo del deber de motivación de las sentencias.

III. El libro de la Dra. Iñesta sigue una correcta y completa sistemática que permite abordar todas y cada una de las cuestiones que plantea el código en su proceso de elaboración, en el momento de su aprobación y una vez producida esta, tras la oleada de informes recibidos de tribunales e instituciones de distinto orden, en su proceso de reforma y nueva publicación en 1850. El libro se inicia con un capítulo a manera de introducción que sitúa el marco previo a la redacción del código, con una acertada visión previa de las reformas del derecho penal que se emprenden en la Europa ilustrada, y con el análisis de la ciencia penal en España en el período inmediato anterior a la promulgación del código, con una referencia puntual al código de 1822 y a los proyectos posteriores. En el siguiente capítulo se desgana el proceso de redacción del código a través de las sesiones de la Comisión General de codificación hasta su promulgación. En un tercer capítulo la autora refiere el encendido debate sobre su autoría, sobre las ideas del eclecticismo de Rossi y Pacheco que fundamentaron su posicionamiento doctrinal, y el modelo codificador del código con sucinta referencia de las influencias reci-

bidat de la tradición jurídica española. Un nuevo capítulo, el IV se centra en el estudio de la parte general del código, la parte de más difícil elaboración en la que la autora muestra sus mejores artes, con un manejo sólido de la terminología jurídico-penal. El capítulo V incide en el estudio de la parte especial del código, con un análisis minucioso de las distintas figuras delictivas, para concluir en dos nuevos capítulos, el VI dedicado al proceso de reforma del código y a su publicación en 1850, y por último, un VIII capítulo de menor extensión que los anteriores con la valoración que el código ha merecido a la doctrina y con la influencia que el mismo ha tenido en los códigos penales hispano-americanos. Cierra la monografía una completa y actualizada bibliografía, cuya amplitud da idea del interés que los autores han otorgado a la codificación penal desde los primeros códigos.

IV. La obra es una buena síntesis de los aspectos externos e internos del código penal de 1848. Y como tal supone una aportación de relieve en el estudio siempre inacabado del largo proceso de la codificación española. La utilización de nuevos fondos documentales y de una amplísima bibliografía coetánea al proceso codificador, ilustran el esfuerzo de la autora por dar a conocer en sus mínimos detalles el proceso de redacción del código, convertido en punto clave y central del proceso de la codificación del derecho penal en España.

Por todo ello el libro del Dra. Iñesta merece ser tenido en cuenta como una aportación de calidad en la investigación sobre el proceso de la codificación del derecho penal español, y como punto de referencia en cualquier investigación que se proyecte sobre la codificación del derecho penal en España y en el mundo latinoamericano.

JUAN BARÓ PAZOS

MASFERRER, Aniceto (ed.), *Estado de Derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)*, Thomson-Aranzadi (Colección «The Global Law Collection»), Pamplona, 2011, 799 pp. ISBN: 978-84-9903-853-7.

El libro presenta, en su conjunto, tanto por su planteamiento inicial, como por su carácter interdisciplinar y metodología empleada, una clara impronta anglosajona: se plantea un problema, y se aborda desde distintas perspectivas, empezando por las lecciones que puede aportar la ciencia histórico-jurídica, no sólo para entender las raíces de una compleja cuestión, sino también para aportar posibles argumentos que permitan su correcto encauzamiento. De ahí el contenido histórico-jurídico de la I y II Parte, cuyos ocho capítulos llenan de contenido las primeras 393 páginas, esto es, la mitad del estudio monográfico, sobre la que se hará especial hincapié en la presente recensión.

Al enfoque histórico-jurídico se le añade la perspectiva comparada, penal, procesal, jurídico-filosófica y económica. En este sentido, este estudio muestra que si bien es cierto que la Historia del Derecho no tiene que abordar tan sólo las instituciones o realidades que gozan de vigencia o actualidad, tampoco ha de renunciar al estudio de éstas, contribuyendo así al enriquecimiento de un análisis y discusión científicas que trascienda un enfoque excesivamente positivista o utilitarista.

Como señala el editor en la nota inicial, el libro objeto de la presente recensión aborda el tema de la lucha contra el terrorismo en un Estado de Derecho en toda su complejidad, saliendo al paso de los peligros que entrañarían las respuestas, que, basa-

das en respuestas utilitaristas o consecuencialistas, conculcaran los derechos de los ciudadanos, cuya protección y salvaguarda corresponde al Estado según el principio consagrado en los inicios del Constitucionalismo moderno de finales del siglo XVIII principios del XX.

Como más adelante señala el Profesor Masferrer, el ataque terrorista del 11 de septiembre de 2001 llevó consigo un cambio de dirección en las prioridades de los sistemas penales del mundo Occidental. Se ha llegado a afirmar que tales actos, así como los acontecidos en Madrid, el 11 de marzo de 2004, y en Londres, en julio de 2005, constituyeron una amenaza a la vida y a la convivencia de los países democráticos. En este sentido, el debate surgido tras el 11 de septiembre en torno a la expansión del poder del Estado en la lucha contra el terrorismo ha desembocado en una falaz dicotomía sobre la primacía entre el principio de seguridad y el de libertad o derechos fundamentales del individuo, o lo que es lo mismo, ha derivado en una controversia en torno al difícil equilibrio entre la seguridad y la protección de los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo, a los límites del poder del Estado frente al individuo.

En este sentido, la obra plantea en qué medida la situación actual muestra una involución o un retroceso histórico. Para responder a esta cuestión, y dada su complejidad, su estudio se ha realizado desde un análisis interdisciplinar: desde una perspectiva histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica, lo que permite ofrecer las claves necesarias para entender el surgimiento de la dicotomía entre la seguridad y los derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo, mostrando, a tenor de los trabajos presentados, posibles soluciones que permitan al Estado garantizar la seguridad de los individuos sin tener que conculcar unos derechos para cuya salvaguardia ha sido constituido.

La obra se estructura en cuatro partes claramente diferenciadas. La Primera aborda, desde una perspectiva histórico-jurídica, la cuestión del poder político y la represión penal anterior al constitucionalismo. Esta consta de cuatro capítulos. En el primero, el profesor Obarrio Moreno estudia los límites del poder en la obra de Cicerón, quien ya, en el siglo I. a. C. reflexionó con agudeza sobre el alcance del Poder-Estado. En este sentido, muestra «cómo Cicerón retoma la idea estoica de un *ius* inmutable para sostener que la grandeza del Estado romano y la supremacía de la ley moral y eterna no eran magnitudes separables, porque *ius civile*, *ius naturale*, *iustitia*, *sapientia*, *bonorum* y *honestum* fueron una misma realidad, realidad que la Roma de los antepasados la plasmó en un cuadro de virtudes éticas, representado en la *fides*, en la *gravitas* –dignidad o prestigio social–, en la *constantia*, en la *virtus*, en la *pietas*, en la *concordia*, en la *humanitas*, en la *clementia* o en la *mansuetudo*, virtudes que nunca fueron contrarias a la ley divina, eterna y natural» (p. 22).

En el capítulo II, el profesor Casinos Mora aborda las raíces histórico-jurídicas del garantismo penal contemporáneo, cuya raíz la halla en el pensamiento ilustrado. En efecto, al recorrer por los distintos sistemas de represión criminal conocidos en la antigua Roma, Casinos «va descubriendo los “avances” y “retrocesos” en punto a lo que hoy designamos como “garantismo penal”, con especial detenimiento en la institución de la *provocatio ad populum*, la cual, junto con el auxilio tribunicio, constituyeron los baluartes de la libertad del ciudadano romano, las “arcas libertatis” (p. 23). Según el mencionado autor, el procedimiento de las *quaestiones perpetuae*, merced al cual se consolidó en parte el principio de legalidad penal y se introdujo el principio acusatorio en el proceso, “constituye el precedente histórico-romano de uno de los grandes elementos del garantismo penal contemporáneo”» (p. 23).

En el capítulo III, el profesor Galván Rodríguez aborda la cuestión sobre la guerra contra el terrorismo y el secreto inquisitorial, llegando a la conclusión de una inquietan-

te conexión o paralelismo entre lo que podía sentir un prisionero de la Inquisición y uno de Guantánamo. Al inicio de este capítulo, Galván cómo las concepciones jurídicas contemporáneas suelen vincular justicia y publicidad del proceso. Este principio, teniendo su reflejo en la Sexta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, donde se dispone que en los procesos penales el acusado tiene derecho a un juicio público, dejándose el secreto como excepción. Sin embargo –añade este autor–, «la normativa antiterrorista emanada de las autoridades estadounidenses a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001 presenta ciertas características de interés (...): informaciones en torno al encarcelamiento de sospechosos (bajo el concepto jurídico indeterminado de “enemigos combatientes”) en cárceles secretas o en instalaciones militares fuera y dentro de los Estados Unidos (sin que tengan conocimiento de las causas de su detención), y su mantenimiento bajo incomunicación sin juicio y sin asesoramiento legal durante años, han sido objeto de tratamiento por parte de autores, organizaciones no gubernamentales y medios de comunicación» (pp. 124-125), lo que le permite establecer una relación con el proceso inquisitorial, donde el secreto constituía «uno de sus elementos fundamentales» (p. 125), así como «uno de los mitos más persistentes en la literatura inquisitorial y, aun, en la misma dinámica institucional del Santo Tribunal» (p. 126). Tras un riguroso análisis de los diversos aspectos, entre los cuales destaca “El secreto en las instrucciones del Santo Oficio” (pp. 130-139), se plantea si existen razones que justifiquen el secreto inquisitorial, analizándose los diferentes intereses que pudieran aparecer tutelados por el secreto (pp. 139-158), concluyendo que «la evidencia histórica ha mostrado, ayer y hoy, cuánta razón anida en las palabras del evangelio de San Lucas cuando advierte: “No hay nada escondido que no se haga manifiesto, ni nada secreto que no haya de conocerse y salir a la luz”» (p. 158).

En el capítulo IV, la Dra. Sara Granda analiza la radicalización de las disposiciones legales contra los gitanos en el reinado de Fernando VI, lo que desembocó en el dramático episodio conocido como la gran redada. Como es conocido, durante el mencionado reinado la represión de la minoría gitana marginada alcanzó su punto culminante con la adopción de drásticas medidas legales tendentes a su erradicación. El Consejo de Castilla, participaba en el proceso legislativo, a instancias del rey, mediante la elaboración de *consultas* sobre materias de diversa índole que, una vez obtenida la sanción real, eran promulgadas como disposiciones legales. Granda describe cómo la *consulta* del gobernador Vázquez de Tablada condujo a la promulgación de la Pragmática de 8 de julio de 1748, texto legal que disponía la prisión de los gitanos, cuya aplicación desembocó en la dramática jornada del *miércoles negro* o *la gran redada*. Las medidas se completaron con la Real Resolución de 28 de octubre de 1749, dispuestas cuando gobernaba el Consejo de Castilla el prelado Santos Bullón. En esta línea, la profesora Granda muestra los avatares del organismo durante todo este periodo, sensibles al grupo de poder que apoyaba a sus dirigentes, advirtiendo sobre el «giro sustancial [que] se produciría en el siguiente reinado, el de su hermano y sucesor, Carlos III» (p. 184).

La Parte II, que trata de los derechos fundamentales y represión penal en los inicios del Constitucionalismo moderno, se inicia con un estudio del profesor Masferrer sobre los límites del poder del Estado en el mencionado periodo. El capítulo del mencionado profesor recoge un análisis comparado del constitucionalismo moderno que permita entender las claves de la situación actual de la lucha contra el terrorismo, caracterizada por la fragilidad de los derechos fundamentales. A su juicio, una aproximación comparada a la evolución del ejercicio del poder del Estado de Derecho y sus límites, esto es, los derechos fundamentales de los individuos, revela la existencia de tres marcos o ámbitos distintos que conviene diferenciar: 1) el constitucional; 2) el legislativo; y 3) el doctrinal. Sostiene el Prof. Masferrer que un análisis histórico de estos tres mar-

cos muestra su evolución divergente, cuando no una abierta oposición o contradicción entre ellos, de suerte que mientras las Declaraciones y textos constitucionales modernos han recogido –y siguen recogiendo– unos principios y derechos fundamentales, tales derechos apenas son respetados por unas leyes puestas al servicio de unos Gobiernos cuyos poderes ejecutivos, casi omnímodos, resultan difícilmente limitables y controlables. Si a ello se añade el progresivo debilitamiento de los derechos humanos en el pensamiento postmoderno, tanto en la filosofía del Derecho como en la filosofía política, se comprende la situación a la que se ha llegado actualmente cuando el Estado debe hacer frente a una amenaza como la terrorista, que parece poner en jaque los propios cimientos de los Estados democráticos y de Derecho.

En el capítulo siguiente, el profesor Sainz Guerra muestra las razones que motivaron a liberales, socialistas y republicanos a privar de cualquier apoyo político a una ley antiterrorista que pretendía perfeccionar la regulación precedente realizada por el partido liberal. En un clima social conflictivo, el partido conservador, dirigido por Antonio Maura, se encontró sin respaldo parlamentario, viéndose incapaz de detener la escalada de atentados que el movimiento anarquista estaba promoviendo. En sus estudio, Sainz Guerra parte de la situación del campesinado, que «carecía de tierras o las tierras que poseía eran insuficientes y de escasa calidad, razón por la que padecía una situación miserable, abundaban las grandes extensiones de tierras que estaban en manos de pocos propietarios» (p. 256). En ese contexto social y económico, el mencionado estudioso analiza, en primer lugar, las organizaciones obreras y la propaganda para la acción (pp. 256-280) y la Iglesia como objetivo del terrorismo (pp. 280-292), centrándose luego en la mencionada ley frustrada de Maura (pp. 293-304), y finalizando con el episodio de la guerra de Marruecos y el triunfo del anticlericalismo (pp. 304-315).

El papel del Ejecutivo en el proceso legislativo es abordado por la Dra. Cobo del Rosal, en su estudio sobre «la Codificación en un período de alteración de los Derechos Fundamentales: El Código Penal de 1928», donde se analiza con rigor y profundidad su proceso de elaboración y promulgación. Más en concreto, este capítulo contiene una rigurosa aproximación a la Codificación penal a luz de los mecanismos de creación normativa con la intención de determinar dos aspectos relacionados entre sí: el grado de participación de los poderes legislativo y ejecutivo y si dicho grado de participación varía durante un periodo de alteración de los Derechos Fundamentales. En este sentido, la autora presta especial atención a los pasos que se siguieron desde su promulgación hasta que efectivamente entraron en vigor y generaron la consiguiente jurisprudencia. Cobo del Rosal «constata la existencia de una idea recurrente en el pensamiento jurídico-político español, según la cual, buena parte de los cambios políticos en la estructura del Estado acarrear alteraciones, más o menos inmediatas, en la estructura del Código penal» (p. 332), concluyendo que, «si hacemos abstracción de los planos estrictamente político e ideológico, atendiendo pues exclusivamente al ámbito técnico, es necesario recordar que el Código de 1928 en ciertos aspectos resulta superior al Código provisional de 1870. Ello no impidió que la reacción política prefiriese volver a promulgar el *provisional* cuerpo penal decimonónico tras el advenimiento de la *Segunda República*. Todo lo cual sin tener en cuenta los graves inconvenientes que para la seguridad jurídica ello acarrearía. Y es que, el Código *primorriverista* en muchos aspectos se adaptaba mejor a las necesidades penales del momento, aunque solamente fuera porque habían pasado cincuenta y ocho años desde la promulgación del Código de 1870 en los que la ciencia penal había avanzado considerablemente. Por ello, cabe afirmar que el rechazo al Código de 1928 descansó esencialmente en razones políticas» (p. 353).

Otro ejemplo de la relación entre política y legislación nos lo ofrece la Dra. Sáez Berceo, en su estudio sobre «Terrorismo e independencia en América Hispánica: la

imprensa al servicio de la causa en Argentina», en el que se muestra como la libertad de imprenta constituyó un factor decisivo para la difusión de las ideas revolucionarias. La autora muestra como el proceso de reconocimiento y protección del derecho a la libertad de expresión en Argentina fue paralelo a su consolidación como nación. Este derecho gozó de especial relevancia al ser considerado uno de los pilares fundamentales de la libertad humana, siendo además de capital importancia en los movimientos emancipadores de los territorios del Plata y de toda la América hispana, habida cuenta de que los patriotas estaban seguros de que esa libertad favorecía la difusión de las ideas libertadoras. Sáez Berceo señala que para la independencia se emplearon todos los recursos posibles, tanto los pacíficos (reclamaciones, periódicos, folletos, etc.), como los violentos, con actos que ahora calificaríamos de terroristas, llevando el enfrentamiento a su máxima gravedad, la guerra.

Las Partes III y IV de la obra, de menor contenido histórico-jurídico, pueden resumirse como sigue. En la III se aborda la cuestión del Estado de Derecho y la contra el terrorismo desde una perspectiva penal-procesal.

La Dra. Francesca Galli, en su contribución titulada «La legislación antiterrorista en Europa», señala que, desde el 11 de septiembre de 2001, se ha tendido a un modelo más autoritario, donde se advierte que el acusado es tomado, muchas veces, por un enemigo público. La Dra. Manuela Fernández Rodríguez, en su estudio sobre las respuestas legislativas de las democracias occidentales al terrorismo, aborda los casos británico, alemán e italiano desde los años 70, llegando a la conclusión de que el conjunto de leyes promulgadas fueron una pieza clave para neutralizar el fenómeno terrorista. El profesor Leandro Martínez, en su estudio sobre la legislación antiterrorista británica (1990-2010), estudia la legislación promulgada para combatir a los grupos violentos en el conflicto irlandés, lucha que, a su juicio, trajo consigo medidas muy polémicas por conculcar derechos y libertades. Por su parte, la Dra. Oehmichen, al tratar de las «Huellas permanentes de los terroristas en el proceso penal alemán», muestra que en Alemania el derecho a la defensa se limitó hasta el punto que los letrados apenas se atrevían a implicarse en juicios sobre delitos de terrorismo. El caso italiano es tratado desde una perspectiva histórica y filosófica por el profesor Biondo, en su estudio titulado «Emergencia y garantías (el pensamiento de Luigi Ferrajoli)», donde destaca cómo en los orígenes del pensamiento de Ferrajoli se formuló ya una crítica a las medidas legislativas contra el terrorismo.

Los capítulos siguientes (XIV-XVI) se ocupan del Derecho español. En concreto, la Profesora Llobet Anglís analiza la apología del terrorismo en su estudio «¿Qué fue de la libertad de expresión y la disidencia política en la apología del terrorismo?». El Dr. Fernández Hernández, en su estudio sobre «la Imprescriptibilidad del terrorismo», pone de manifiesto como los elementos autoritarios del Derecho internacional se han venido introduciendo poco a poco en nuestra legislación, idea compartida por el profesor Jiménez Fortea en su estudio «De la restricción de derechos a un derecho procesal del enemigo», cuando señala que la respuesta legal al terrorismo ha llevado consigo una restricción de los derechos fundamentales. Finalmente, la Dra. Aparicio Chofré, en su estudio sobre la amenaza del terrorismo internacional en la regulación restrictiva de la inmigración, presenta una reflexión sobre las repercusiones que la disfunción del terrorismo a escala internacional ha tenido en la configuración de los extranjeros como una nueva categoría del denominado Derecho penal del enemigo.

La IV y última parte del libro analiza el tema presente desde una perspectiva filosófica y económica. El profesor Martínez Muñoz, en su estudio «El Derecho ante el terrorismo (el marco hermenéutico básico)», plantea salvar su actual indefinición conceptual y legal, considerando que se trata de la forma de violencia que se ejerce contra la cultu-

ra occidental, la ideología igualitaria radical y relativista, en su persistente intento por acceder al poder político sin autoridad, controlarlo sin justicia y construir un mundo sin verdad. El profesor Ruiz-Calderón, en su estudio sobre la «Restricción de la libertad en el tratamiento médico de la huelga de hambre», aborda la cuestión de las objeciones médicas en torno a quienes deciden dejarse morir de inanición. Por su parte, el profesor Puchades Navarro, en su estudio «Análisis económico de la respuesta a la amenaza del terrorismo y su impacto sobre las libertades públicas», contribuye a la comprensión de la interrelación entre terrorismo y libertades civiles desde un análisis económico.

Finalmente, cabe destacar el acierto del tema, la rigurosidad en el manejo de las fuentes doctrinales y de las cuestiones planteadas, así como la claridad expositiva de todos sus autores, lo que permite al lector adentrarse en su lectura con grato sosiego, criterios que son de agradecer en un trabajo denso de contenido pero nítido en su línea argumental.

JUAN B. CAÑIZARES NAVARRO

MASFERRER, Aniceto y OBARRIO MORENO, J. Alfredo, *La formación del Derecho foral valenciano. Contribución al estudio de las tradiciones jurídicas hispánicas en el marco del ius commune*, Dykinson, S.L., Madrid, 2012, 479 pp. ISBN: 978-84-9982-826-8.

Como señalan los autores en el prólogo, quien pensara que este libro contiene un estudio de carácter local, se hallaría en un error, no sólo porque Valencia fue reino (1238-1707) y no mero municipio o localidad, sino porque la reconstrucción histórica de su Derecho requiere un enfoque comparado, sin el cual, difícilmente cabría entender el origen y la evolución del Derecho valenciano. No es posible, pues, abordar de manera adecuada la tradición jurídica valenciana desde una perspectiva meramente local. En realidad, cabría decir lo mismo del resto de las tradiciones jurídicas peninsulares, pues el Derecho histórico en general, y el nuestro en particular, no puede ser estudiado (en el quehacer investigador) ni expuesto (en la tarea docente) sin la perspectiva comparada. De ahí que el presente estudio recurra de continuo al Derecho de otros reinos (a los de la Corona de Aragón, en particular), al Derecho real (o de la Monarquía), así como al marco supranacional del *ius commune*. Esta monografía constituye una notable aportación en esta línea.

A efectos de la delimitación del presente trabajo, los autores han procedido a su ordenación en base a una visión omnicompreensiva, recurriendo a una triple orientación: legal, doctrinal y documental, porque, como sostienen en las páginas introductorias, «el historiador sólo puede acercarse a la realidad jurídica si acude a una compleja disyuntiva valorativa, completando las numerosas lagunas o los principios contrapuestos que existen en los diversos Ordenamientos, lo que le facilita el análisis de los distintos elementos y aspectos de una tradición jurídica, la del *ius commune*, que fue incorporada a la Ciencia del Derecho durante el período de la Codificación.

Metodológicamente, los autores han recurrido a un estudio exhaustivo de las fuentes legales del Reino de Valencia, así como de las fuentes de los distintos Cuerpos legales bajo-medievales. Con relación a la doctrina, los autores han mantenido el criterio de recoger, no solo la valenciana en su práctica totalidad, sino que ésta se completa, en

mayor o menor grado, con la doctrina medieval que reconoce al *Corpus Iuris Civilis* como parte del Derecho común.

Con relación a su contenido, el trabajo se ha estructurado en ocho apartados, en los que tiene cabida el estudio de la figura del monarca como fuente del Derecho, el carácter paccionado del Derecho, las fuentes del Derecho, la transgresión del Derecho, la controversia del Derecho foral con el Derecho común, y dentro de éste, se han analizado las distintas vías de recepción, la vigencia del Derecho foral tras su abolición merced a los Decretos de Nueva Planta, hasta concluir con el estudio de las fuentes vigentes en el antiguo Reino de Valencia a lo largo del siglo XVIII.

En el primer capítulo se aborda la figura del monarca, en su triple aspecto: el judicial, el político y el legislativo. Con relación a la jurisdicción real, los autores advierten que con la recepción del Derecho romano-canónico declinó la concepción teocrática del oficio regio, así como la idea de la justicia como *imago deitatis*, lo que permitió a los monarcas asumir todas las prerrogativas que el Ordenamiento romano confería al emperador, llegando a presentarle, en el ámbito civil, como titular supremo de la *potestas iudicandi*.

En el ámbito político, la fórmula *El rey no reconoce al emperador en su reino*, supuso el final del conflicto que mantenía el emperador con los diferentes reinos por el control y la creación del Derecho, toda vez que la aceptación del Derecho romano, como Derecho del imperio, determinaba el reconocimiento tácito de la superioridad del emperador, así como la fuerza vinculante de las leyes imperiales. El reconocimiento expreso a que el Ordenamiento de cada reino era el Derecho del imperio en su territorio, y que su potestad recaía en la persona del monarca, fue asumido en los distintos reinos hispanos, siendo el Reino de Valencia un claro exponente de este criterio.

En el ámbito jurídico, los autores señalan que el reconocimiento del soberano como fuente del Derecho, como *conditor legum*, fue admitido por los tratadistas, al asumir que tanto la potestad judicial como la normativa confluían en la figura del príncipe. La aplicación más específica de esta argumentación se concretó en la inclusión de las fórmulas *non obstante, ex certa scientia, plenitudine potestatis*, en las que se encontraba implícitas el reconocimiento de la supremacía jurídica del príncipe, de su potestad normativa más allá de los límites establecidos por el Ordenamiento jurídico.

El segundo capítulo aborda la cuestión del Derecho paccionado. La complejidad del sistema jurídico valenciano fue puesta en evidencia por la propia doctrina foral, al abordar los posibles problemas que se derivaban de una pluralidad en la titularidad de la jurisdicción normativa, como consecuencia del denominado carácter paccionado del Ordenamiento valenciano; coexistencia que, en última instancia, provocó una compleja atribución de la potestad normativa. Como señalan los autores, la esencia del pactismo se hallaba reflejada ya en el Derecho romano, por entender que si bien en el *Codex* se afirmaba que tanto el poder político como el legislativo le fue transmitido del pueblo al emperador, no obstante, éste también concedía leyes con el consejo de los próceres, de los senadores del reino y de los jueces. Criterio que fue admitido por toda la literatura jurídica del Reino, desde Belluga hasta Bas y Galcerán.

En el capítulo tercero se aborda, con extensión y rigurosidad expositiva, las fuentes del Derecho: el fuero, la ley, el privilegio, los actos de corte, la costumbre, la costumbre de los tribunales y el estilo judicial. El capítulo es un buen ejemplo del espíritu de la obra: su resultado permite declarar al Ordenamiento valenciano como un *ius proprium* dentro del marco jurídico del *ius commune*, esto es, un Derecho con entidad propia, pero incardinado dentro de la tradición jurídica romana en la que está inmersa la historia del Derecho español.

En el capítulo cuarto se analizan las cuestiones referentes a la transgresión del Derecho: los contrafueros, agravios, *greuges* y *contrafurs*, esto es, se estudia los mecanismos de conservación del sistema foral, aquellos que permitían pedir justicia al rey. En este sentido, los autores no dudan en afirmar que los *greuges* eran «las protestas del reino por determinadas actuaciones, básicamente de la administración real».

En el mismo capítulo se aborda el control de los oficios públicos: la *tenença de taula*. Para la salvaguarda del Ordenamiento foral, la propia doctrina valenciana advierte que en el reino de Valencia se contaba con dos remedios, uno ordinario, que lo constituía la vía procedimental, a través del recurso de apelación, de súplica, de nulidad, o de la simple querrela; y otro subsidiario, como era la querrela contra los oficiales que contravenían el Derecho vigente.

El capítulo quinto se centra en el estudio de la contraposición entre el Derecho del reino y el *ius commune*. Los autores advierten que una vez admitida la existencia de reinos independientes por los juristas boloñeses, la propia doctrina bajomedieval se cuestionó el problema de la relación del Derecho romano con los Ordenamientos de las distintas ciudades, con el Derecho estatutario. El reconocimiento de estas dos realidades los autores lo hallan en las glosas de Azón y Acursio, en las que, al interpretar que la expresión *solus imperator* del texto justiniano no excluía a las ciudades de la potestad normativa, se abrió paso al principio de que al emperador se le reservaba la facultad de dictar disposiciones de carácter general, mientras que a las ciudades se les facultaba para dictaminar estatutos singulares; doctrina que fue asumida por la literatura jurídica valenciana.

En el capítulo sexto hallamos un amplio y sistemático estudio de las vías de recepción del Derecho romano: la doctrina de los doctores como fuente del Derecho: El *ius interpretandi*, el Ordenamiento procesal, el notariado y los manuscritos jurídicos.

El capítulo séptimo aborda la cuestión de la abolición del derecho foral: los Decretos de Nueva Planta para Valencia. En este capítulo se analizan cuestiones como vigencia oficial preeminente del Derecho privado castellano tras los Decretos, la endeble y fragmentada vigencia oficial de los *Furs*, la introducción de magistrados no valencianos en la Audiencia, la vigencia de las fuentes normativas castellanas La noción de «Reyno», la «Ley del Reino» y el «Derecho real» o «Derecho patrio», la noción de «Fuero municipal», la vigencia efectiva del Derecho foral valenciano tras la Nueva Planta. Un conjunto de cuestiones en las que los autores, a través de los aportes documentales, demuestran cómo, en la práctica, el Derecho foral valenciano siguió vivo tras la implantación del mencionado Decreto, cuestión ésta que no había sido constatado, hasta el presente estudio, con la claridad que hallamos en sus páginas.

En el capítulo octavo se estudian las fuentes del Derecho en la práctica forense del siglo XVIII. En este apartado, los autores se cuestionan sobre ¿qué Derecho se alegó y se aplicó ante los tribunales?, ¿qué fuentes normativas gozaban de mayor prioridad?, ¿qué papel desempeñaba la jurisprudencia de las Antiguas Audiencias forales?, ¿qué función ejercía la doctrina foral?, etc.

La obra concluye con la inclusión de un apéndice documental, un índice de fuentes normativas, doctrinales, forenses, así como un amplio aparato bibliográfico, del que da buena cuenta sus 2008 notas de pie de página, lo que da buena medida del rigor del trabajo objeto de recensión.

De las líneas expuestas en esta recensión, cabe que a lo largo de sus 479 páginas, escritas con rigor y claridad, los autores logran un estudio riguroso y exhaustivo sobre la formación y evolución de un Ordenamiento, el valenciano, en un ámbito y en una realidad concreta: el inicio y el fin del *ius commune*. Un estudio en el que se combinan valoraciones jurídicas, históricas y filosóficas, al amparo de una completa y rigurosa

selección de fuentes normativas, literarias, forenses y bibliográficas, lo que nos permite, no sólo redescubrir una formación académica muy alejada de los cánones académicos actuales, sino constatar que nos hallamos ante una obra que será –para quienes la conocemos, ya es– un referente obligado de la historiografía jurídica.

JUAN B. CAÑIZARES NAVARRO

OBARRIO MORENO, Juan Alfredo, *Estudios de tradición romanística: tutela et curatela*. Colección Monografías del Derecho Romano, sección *ius commune*, núm. 4, Dykinson, S.L., Madrid, 2011, 489 pp. ISBN 978-84-9982-121-4.

Estudio monográfico sobre las instituciones de la tutela y la curatela en el derecho foral valenciano. De hecho, poco antes el mismo autor ya se ocupaba de la curatela en el antiguo reino de Valencia en un artículo publicado en este mismo Anuario¹, aunque en este caso centrándose en cada una de las clases de curatela.

Ahora, en este libro que se divide en cuatro partes, Obarrio analiza las fuentes históricas, clásicas, que regulan ambas instituciones, tan íntimamente relacionadas, para después examinar la correspondiente regulación con sus diversas fuentes en el derecho propio del antiguo Reino de Valencia y según su práctica, de acuerdo con la literatura jurídica, las fuentes procedimentales y la praxis judicial. Incluso se acude al derecho comparado, sobre todo con el catalán y el castellano, lo que enriquece considerablemente la obra.

En su breve introducción, el autor ya define el derecho valenciano ciertamente como el *ius proprium* (*lex generalis*) del reino, pero en el marco del *ius commune*, incardinado perfectamente en la tradición jurídica romana. Así lo constata la obra de los comentaristas valencianos que elaboraron un sistema legal a partir de los textos justinianos.

En definitiva, se parte de los *Furs de València* (según varias ediciones), el *Aurem Opus* de Alanyà, y las principales y más conocidas ediciones de las fuentes romanas y canónicas. En cuanto a la doctrina, también se recurre a la valenciana; se completa como decíamos, con la catalana, la castellana, y la aragonesa; y asimismo se acude a la obra de los glosadores y comentaristas del *ius commune* (Azón, Acursio, Bártolo de Saxoferrato, B. de Ubaldi).

Obarrio aún consulta tratados específicos sobre las instituciones que trabaja y cuyo objetivo es fundamentalmente práctico.

Ya la primera parte del libro se refiere en general al menor según las fuentes generales. Un primer capítulo se ocupa de la protección del menor, de la que una expresión es precisamente la tutela y la curatela. Protección que en el derecho romano clásico se define como un poder y una potestad sobre una persona libre, pero que no podía valerse por sí misma por razón de su edad.

Esta necesaria potestad ampara pues a una persona menor o a un desvalido, de manera que el tutor se convierte en un segundo padre.

El capítulo II trata de la patria potestad: su declaración y la legítima administración paterna. Es evidente tratar de ella por cuanto la tutela y la curatela nacen únicamente cuando se extingue la patria potestad ejercida por el *pater*.

¹ Juan A. OBARRIO MORENO, «La curatela en el Reino de Valencia», *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXXX, Madrid, 2010, pp. 587-639.

La doctrina foral valenciana se ocupa de la institución ampliamente, aun reconociendo su carácter típicamente romano, como potestad del padre (siempre tratándose de ciudadanos romanos), sobre sus hijos nacidos de legítimo matrimonio. Ello por vínculos sobre todo naturales, no meramente civiles. Una sujeción por otra parte, que subsistía aunque el hijo adquiriera su mayoría de edad.

Una relación que tiene sus límites, aunque la doctrina valenciana los reduce prácticamente al peculio: el *peculium castrense*, los *quasi castrenses*, el *profecticium* (donado por el padre), y el *adventicium*. Todos ellos corresponderían a los hijos, y el padre no adquiriría ni su propiedad, ni su usufructo, ni tan solo asumiría su administración, salvo en el último caso y en supuestos excepcionales.

En el tercer capítulo Obarrio se ocupa ya de la edad, la minoría y la mayoría. En cuanto a la edad pupilar, la doctrina valenciana fija su duración común para hombres y mujeres hasta los 15 años (en contra de los criterios romanos, de 14 y 12 años respectivamente). En aquel momento se extingue la tutela, para dar paso a la curatela hasta los 25 años según el derecho romano, y ya los 20 en Valencia. Instituciones una y otra de todas maneras irrenunciables por el menor.

El autor refiere también como la mayoría de edad no confiere un trato de igualdad absoluta con sus semejantes. Por ejemplo, aun no podrán ocupar determinados cargos públicos para los que se exige cierta edad, o no podrán realizar determinados negocios hasta los 25 años, etc. En el ámbito contractual esta falta de capacidad plena podía suplirse con la concurrencia y el consentimiento de dos parientes consanguíneos.

Evidentemente, vinculado a lo anterior es el llamado beneficio de la *restitutio in integrum ab aetatem*. Así, si un ciudadano púber realiza un contrato con un menor de 25 años sin que le asista el curador, el menor podría solicitar una rescisión por la *actio legis plaetoriae* o la *restitutio in integrum*, o, ya en su defecto, oponer una *exceptio*.

En todo caso, el emperador Aureliano concedió a los menores de 25 años si eran varones, de 18 si eran mujeres, la *venia aetatis*, por la cuál podían liberar se de la curatela. La doctrina valenciana también lo admite, pero con ciertos límites: se reconoce que sólo el príncipe puede concederla a los menores, estuvieran o no casados, y pueden pedirla por sí mismos o por procurador. Sus efectos en resumen, son los de liberarse de la curatela, y entre otros los menores beneficiados pierden la posibilidad de utilizar el beneficio de *restitutio in integrum*. Conseguir aquella *venia aetatis* requiere probar la idoneidad del menor, su edad, etc., para lo cuál debían comparecer ante el juez del lugar, con una sumaria información testifical (5 testigos) y documentos suficientes para probar su estado civil, su recto juicio y su diligencia para administrar sus bienes.

El cuarto capítulo trata del estatuto del tutor y del curador, de su naturaleza jurídica, causas de su constitución y los límites para acceder a estas funciones (de edad, oficios, patrimoniales, familiares, incompatibilidades). Los designados podrán excusarse en un cierto plazo de tiempo desde que conocieran su designación.

A continuación se describen las obligaciones del tutor (alimentos al pupilo, hacer inventario de sus bienes y derechos, rendir cuentas de su gestión), y sus derechos (cierta asignación económica –prohibida por el derecho romano– si mediaba justa causa y autorización judicial, venta de patrimonio del pupilo –en pública subasta).

El capítulo V se ocupa del régimen de control al que se somete la institución. Un control tuitivo del poder judicial, que debía velar por la protección efectiva de los menores además de las mujeres, pobres y peregrinos. Un control de otra parte, que se ejerce sobre la administración de los bienes del pupilo (en la posible venta de los bienes en determinados casos, en la constitución de la dote para la menor), y sobre las personas que ejercen la función.

La segunda parte del libro ya se centra específicamente en el régimen de la tutela y la curatela en los *Fori Antiqui Valentiae*. Su primer capítulo trata de las clases de la tutela: testamentaria (designada por el padre, el abuelo, o la madre —esta solo para el hijo heredero—, o extraños a sus herederos, e incluso el adolescente para ciertos casos respecto de sus propios tutores), con descripción de sus obligaciones, y número (varios según la praxis), etc.; y la dativa o legítima, designada por el juez (un familiar próximo —un hermano era preferente, luego otros parientes, o incluso un extraño). Obarrio nos describe con detalle en cada caso, el procedimiento de elección y todas y cada una de las circunstancias que concurren en esos procesos.

El capítulo II de esta parte se refiere ya a las clases de la curatela. Distingue la *cura absentis*, la *cura haereditatis jacentis*, la *cura ventris* (concebido), la *cura prodigi*, la *cura furiosi et mentecapti*, y la *cura ad lites*. En cada caso explica el procedimiento de selección del curador, su naturaleza y sus límites².

El tercer capítulo trata del fin de la institución, de la tutela y de la curatela, y en particular de la remoción por sospecha. Es decir: por caer el tutor bajo sospecha por conducta fraudulenta o negligente. Se describen las causas y sus consecuencias.

La tercera parte del libro incluye un rico y completo apéndice documental. Son 60 textos transcritos, procedentes de tantas otras fuentes; fundamentalmente fragmentos de sentencias de la Real Audiencia de Valencia de los siglos XVI y XVII, que se refieren a los distintos aspectos y cuestiones tratados en este libro.

Finalmente la cuarta parte ya recoge los índices de la obra: de fuentes (jurídicas, documentales, y de autores), y por último la bibliografía.

Nos hallamos pues ante una aportación innovadora, rigurosa; Obarrio nos presenta esta monografía que describe estas dos instituciones de la tutela y la curatela, nos facilita considerablemente su comprensión y estudio, nos da a conocer sus fuentes, y nos muestra sobre todo la existencia y la consistencia de un derecho histórico del Reino de Valencia con sus diversas fuentes, en especial la relevancia de su elaborada doctrina.

Es de agradecer este esfuerzo, un paso más como decíamos, en el estudio y el conocimiento del derecho propio valenciano; un libro que cubre una laguna en la historiografía jurídica valenciana, uno más en esa línea de investigación emprendida con gran éxito, por Obarrio, autor de referencia obligada para los estudiosos del derecho romano y de los derechos peninsulares surgidos en la edad media.

Un trabajo por lo demás bien elaborado, con un lenguaje llano no carente de la inevitable y adecuada erudición de su autor, enriquecido con el recurso a los ordenamientos jurídicos de los reinos inmediatos de la Corona de Aragón y de la de Castilla.

JOSEP SERRANO DAURA

PALACIO RAMOS, Rafael, *El Corregimiento de Laredo y el gobierno de Cantabria en el Antiguo Régimen*, Asociación de Amigos del Patrimonio de Laredo/Ayuntamiento de Laredo, Santander, 2011, 300 pp. ISBN 978-84-615-6275-6.

Nos encontramos ante una obra que ofrece nuevas perspectivas sobre uno de los instrumentos fundamentales del gobierno del reino de Castilla desde la Edad Media

² En su artículo anterior (nota 1) Obarrio se ocupa específicamente de cada tipo de cura y profundiza y desarrolla todo lo relativo a la institución y en sus distintas modalidades.

hasta el final del reinado de Fernando VII: el corregimiento. Era éste el territorio sobre el que el corregidor, enviado real, ejercía labores jurisdiccionales y de mantenimiento del orden público como delegado directo del monarca. Paulatinamente este representante real fue adquiriendo nuevas competencias de control, desde las fiscales y el abastecimiento de los mercados hasta la sanidad y el mantenimiento de las obras públicas, sin olvidar su papel de jefe militar en los territorios fronterizos, tanto terrestres como –en el caso de la Cantabria histórica– marítimos. Precisamente factores como el estratégico explican que hubiera corregimientos letrados y militares, y que el de las Cuatro Villas se insertara en el ámbito castrense.

Palacio Ramos estudia esta institución, desde el siglo xvii hasta su final, en el desoyuntado territorio de la Cantabria del Antiguo Régimen, una zona bastante poco visitada por la historiografía modernista que estaba formada por los corregimientos reales de las Cuatro Villas de la Costa de la Mar (militar, *de facto*) y el de Reinosa y Real Merindad de Campoo (letrado). Analiza también los dos corregimientos señoriales que se mantuvieron hasta los últimos años del reinado de Fernando VII.

Hay que decir que la figura del corregidor y el mismo ámbito corregimental han sido ya desde hace décadas objeto preferente de atención por los estudiosos de la historia institucional, si bien los ámbitos geográficos se han centrado en la Corona de Aragón, que contó con esta planta desde comienzos del siglo xviii, y algunos territorios de Castilla la Vieja. Pero nunca se había abordado, con la ambición que se hace ahora, la situación de un corregimiento castellano con tantas peculiaridades.

En general, diremos que la labor de los corregidores se vería entorpecida en los territorios cantábricos por la difícil orografía, las pésimas comunicaciones y la lejanía de la Corte, lo cual impedía o, al menos, dificultaba que las directrices de la Corona llegaran sin interferencias a los súbditos.

Concentra su estudio en el de las Cuatro Villas de la Costa de la Mar, cuya capital estuvo situada en Laredo, de ahí que a esta jurisdicción se le conozca también como «Corregimiento de Laredo», que tenía unas dimensiones muy superiores a la media pues englobaba la práctica totalidad de la Cantabria histórica. Aunque no fue militar *de iure* hasta el Siglo de las Luces, desde el siglo xvi se dio el cargo a un militar, normalmente maestre de campo o coronel. Como el corregidor no era letrado, contaba como asesor con el alcalde mayor de Santander, que sí lo era.

Una de las cuestiones más interesantes que plantea este trabajo es la enorme complejidad que significaba la delimitación de competencias y jurisdicciones, no sólo entre los cargos de gobierno (existían varias alcaldías mayores, algunas incluso no letradas y dominadas secularmente por las oligarquías locales, y también alcaldías ordinarias que tenían la plena jurisdicción en segunda instancia), sino también entre los propios límites territoriales de las comarcas. Ello dificultaba la labor de gobierno y agudizaba los conflictos entre facciones y organismos, que llegaban muy a menudo hasta las instancias jurisdiccionales superiores, en una dinámica intrínseca al propio sistema de mercedes definitorio de la Monarquía.

Algo similar –la falta de homogeneidad en la administración– ocurría con los nombramientos que, al menos en principio, debían recaer en sujetos con experiencia militar pero propuestos por la Cámara de Castilla. En la práctica el monarca solía soslayar este principio, nombrando personas que le presentaban directamente sus peticiones por la vía reservada, actitud ésta típica del siglo xviii y que se fue acentuando con el nombramiento de miembros de las Guardias de Corps, personas sumisas y de la total confianza del soberano. Ello explica que, mientras en las centurias anteriores pesaban las previas experiencias gubernativas o de administración, a medida que avanzaba el siglo xviii se afianzara la figura de un gobernador político y militar con las funciones jurisdiccionales

anexas de experiencia sólo militar y cortesana, lo que disminuía su capacidad gubernativa y administrativa y provocaba las quejas de las jurisdicciones.

Dentro de las anomalías en el nombramiento de corregidores pueden encontrarse desde la necesidad de reforzar la flota real (y de ahí la elección en el reinado de Felipe IV del único magistrado no militar, el constructor de galeones Martín de Arana), hasta la simple venalidad; lo que es lo mismo que decir que las necesidades de la Corona dictaban en muchas ocasiones el nombre del elegido, llegándose a vulnerar la norma de que los corregidores no fueran vecinos del territorio administrado.

Otro aspecto que se pone en evidencia es la progresiva decadencia de los juicios de residencia a corregidores y demás oficiales de justicia, que desde el siglo xvii corrían a cargo del sucesor en el empleo. Ya en el siglo xviii, se demuestra, era costumbre extendida «dar las residencias por tomadas», y los expedientes analizados –pocos, por desgracia– muestran las arbitrariedades cometidas y lo leve de las condenas, las más de las veces puramente simbólicas a pesar de la gravedad de los cargos.

Una novedad es también el estudio de la competencia que desde mediados del xviii existió por la capitalidad del corregimiento. Esta, al igual que otros territorios históricos cantábricos, fue en un principio rotatoria entre las Cuatro Villas de la Costa –San Vicente de la Barquera, Santander, Laredo y Castro Urdiales–, si bien ya a finales del siglo xvi se aposentó en Laredo. Solo con el imparable despeque de Santander, cuyas opciones se verían reforzadas por la consecución del obispado y del título de ciudad en 1754 y 1755, respectivamente, se inició un proceso que culminaría a principios del siglo xix con el traslado de la capitalidad, y con ella del centro de gravedad de la inminente provincia.

Se complementa el libro con una minuciosa y exhaustiva lista de corregidores y cargos similares –gobernadores militares y políticos, jefes políticos– con sus correspondientes currículos profesionales, que abarca desde mediados del siglo xvii hasta el triunfo del sistema liberal en 1834. Es, forzando un tanto el término, un auténtico ejercicio de «prosopografía profesional» que complementa a la perfección y sirve de base a los capítulos anteriores. Es así como podemos comprender mejor lo que la institución significó para el desarrollo del gobierno de los territorios que conformaron la Monarquía Hispánica, a la vez que abre nuevos caminos para investigar la historia social del poder en la España del Antiguo Régimen.

Un esquema parecido al utilizado para analizar el Corregimiento de las Cuatro Villas se maneja para abordar el estudio del de Reinosa y Merindad de Campoo, este sí un típico corregimiento letrado de mediana importancia. Por desgracia la base documental empleada por el autor es bastante más delgada que la que usa para el anterior corregimiento, puesto que la documentación ardió en el incendio del ayuntamiento de Reinosa en 1932. No obstante, el manejo de otras fuentes alternativas nos ofrece novedosas perspectivas de un territorio –el campurriano– que tradicionalmente ha estado marginado por los investigadores modernistas y contemporaneistas de Cantabria.

Algo menos de entidad, lógico pues quedan fuera del objeto del estudio, nos ofrece el análisis de los dos corregimientos señoriales que coexistían en la Montaña a lo largo del Antiguo Régimen: el de Liébana, bajo el control de la casa ducal del Infantado –territorio que llegó a los Hurtado de Mendoza a través del casamiento de Leonor de la Vega con Diego Hurtado de Mendoza en 1387– y el de Soba (que también englobaba los valles de Villaverde y Ruesga), bajo el control de los Fernández de Velasco.

En suma, nos encontramos ante un trabajo riguroso y exhaustivo, pero claro y de fácil lectura, que pone negro sobre blanco un aspecto bastante poco trabajado, sobre todo en los ámbitos cantábricos, donde la complejidad orográfica y la lejanía de la Corte provocaba grandes dificultades para hacer llegar a los súbditos las directrices de la

Corona a través de la figura del corregidor que, si en un principio estaba destinado a velar por el orden público y la impartición de la justicia real, en realidad abarcaba otras muchas competencias, por lo que su estudio resulta clave para desentrañar los mecanismos de conformación de las redes de poder.

Un libro que, como subraya en su prólogo Juan Baró Pazos, catedrático de Historia del Derecho de la Universidad de Cantabria, abre nuevas líneas de investigación en un territorio realmente difícil, como es el de la historia de las instituciones antiguorregimentales en la región cántabra, poco hollado por los especialistas de la materia como se comprueba por la escasa docena y media de producciones científicas, muy pocas de ellas monografías, muestra de la dificultad de la labor emprendida por el autor.

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ GÓMEZ

PINO ABAD, Miguel, *El delito de juegos prohibidos. Análisis histórico-jurídico*, Dickinson, S.L., Madrid, 2011, 318 pp. ISBN 978-84-9982-736-0.

Permanente ha sido el interés sobre el estudio de la regulación del juego, al que la historiografía, más dadivosa en los ámbitos local y regional, ofrece por el contrario escasos estudios de conjunto. Esa invariable atención ha fructificado finalmente en 2011 con la monografía de Miguel Pino Abad, profesor de Historia del Derecho en la Universidad de Córdoba, en la que se acomete, por fin en España, dicha visión de conjunto.

El castigo y persecución constantes de la práctica de determinados juegos y su reciente despenalización en España (aun no se han cumplido los treinta años de la L.O. 8/1983, de 25 de junio, de reforma del Código penal), han llevado al autor a abordar este sugestivo estudio en el que se nos presentan diacrónicamente muchos de los diferentes factores que arbitraron en la regulación de la prohibición del juego. Un ambicioso trabajo, habida cuenta que el mismo se remonta a la etapa romana y concluye en nuestros días; pero aún más afanoso si cabe por el hecho de no conformarse con el estudio de las fuentes dispositivas, sino que acude a un amplio abanico de documentación de los más variopintos orígenes, intercalando en la narración fuentes normativas, legislativas, dogmáticas, periodísticas o políticas, sin perder por ello la coherencia del discurso en ningún momento.

La monografía se ha construido en tres partes diferenciadas de entre las cuales la segunda, pese a estar estructurada en siete apartados, se nos presenta como un todo unitario de indisoluble e inaplazable lectura. Una lectura que se intuye fluida desde el completo y bien elaborado índice que, informado por el orden cronológico de la exposición, revela la honestidad investigadora y corrección estilística que alberga la obra.

I. La primera de las partes señaladas la componen lo que el autor titula como Introducción y Planteamiento de la cuestión. Pese a tratarse de dos breves apartados en los que se aborda, entre otros, la metodología empleada, las fuentes estudiadas o la explicación de la acotación del estudio, al tiempo se erigen en marco ideológico de la problemática estudiada en la obra.

Y es que estamos ante una tipología que ha ido unida multiseccularmente a la idea de pecado, de vicio. Por ello el autor nos propone el acertadísimo enfoque de arranque en el que se cuestiona si el juego es recreación o vicio. Idea que el lector encontrará de forma recurrente en la obra, y en muchas ocasiones expuesta con tal proximidad a los

acontecimientos narrados que llegará a albergar la duda de si se trata efectivamente de vicio lo que fue calificado como delito por el atemporal legislador. En este sentido incorpora el juego al elenco de figuras en las que convergen delito y pecado y entre las que Tomás y Valiente refería el adulterio o el incesto. Pero es que el juego, como a lo largo del estudio demuestra el autor, no constituye en sí la preocupación de moralistas y juristas, sino que en muchos casos este desvelo se acrecienta considerablemente ante sus consecuencias indirectas. Ya el frontispicio de la obra, autoría de Francisco de Navarrete y Ribera, se advierte de lo que será la inquietud de no pocos autores y legisladores, pues el juego representa «la ruina y mayor pérdida que el más perdido pudo hallar y el camino en que todos los vicios juntos en que los hombres han entrado». Y es que el juego en sí no fue la preocupación principal de juristas, moralistas o políticos, sino sus nefandas consecuencias, e incluso el ambiente en el que el mismo se ejercía, a todas luces propicio al desorden.

Se nos presenta la obra, en fin, como una constante disputa entre lo que la costumbre y libertad individual imponen como realidad, frente a la oposición de elementos exógenos a éstos en los que se sustentaron las reiteradas prohibiciones del juego. En las páginas siguientes el autor desgrana uno a uno los fracasos y nuevas e inagotables iniciativas acometidas con la finalidad de acabar con el arraigado *vicio* del juego. Costumbre y libertad ganaron la guerra a la represión del juego, guerra sostenida a lo largo del tiempo en distintas escaramuzas, luchas y batallas de distinta índole e intensidad que son descritas a lo largo de la obra. El autor lo manifiesta con claridad al señalar que «se trata de un asunto donde nos encontramos con la permanente contradicción entre el derecho que asiste al individuo a jugar y una serie de elementos sociales, morales y económicos que se oponen al mismo [...] históricamente ha prevalecido el primero sobre los segundos, lo que demuestra el evidente fracaso de todas las leyes penales que sólo han buscado reprimir el juego, sin percatarse de que se trata de algo consustancial a la propia naturaleza humana y, por tanto, de imposible erradicación» (pp. 27 y s.).

Finaliza esta primera parte con un breve pero clarificador apartado en el que se sistematizan los tipos de juegos existentes, los lícitos e ilícitos y las características que informan los mismos, aquellos que fueron considerados como causantes de perjuicios sociales y económicos y por ello reprochables y susceptibles de prohibición.

II. Bajo el genérico enunciado de «Evolución de la normativa penal sobre los juegos» se desarrolla la parte nuclear del estudio que, como hemos adelantado, se subestructura en siete capítulos que sin embargo conforman un cuerpo indiviso. A través de ellos el autor realiza un recorrido diacrónico a lo largo de la prohibición del juego desde Roma hasta nuestros días ¹.

A modo de bosquejo de lo que será el verdadero núcleo del estudio que nos ocupa, se presenta la regulación prohibicionista del juego en Roma en contraste con la falta de regulación sobre la materia tanto en época visigoda como en la mayoría de los

¹ Un estudio complementario al de Pino, mas con un planteamiento metodológico esencialmente diferente, es el del profesor de Derecho romano de la Universidad de Las Palmas, José Luis ZAMORA MANZANO, *La regulación jurídico-administrativa del juego en el Derecho Romano y su proyección en el Derecho moderno* (Dikinson, 2011), en el que se aborda la misma figura desde la perspectiva romanística, para realizar un recorrido histórico por la permanencia de las normas romanas en las diferentes etapas históricas. Termina el trabajo del profesor Zamora en la más acuciante actualidad, con las propuestas de regulación sobre los juegos a través de internet. Monografía de indudable interés en la que las tesis del profesor Pino, pese a no ser recogidas expresamente por la coincidencia temporal, e incluso de editorial, de publicación de ambos estudios, se ven absolutamente avaladas. Es, a nuestro juicio, recomendable la lectura conjunta de ambos trabajos.

Fueros municipales, un vaivén que en el cuarto de los capítulos (Legislación territorial de la baja Edad Media) adquiere carta de naturaleza y que será el prolegómeno a la persecución del juego, desde entonces constante para los siglos venideros. El autor relata con especial atino el discurrir errático de las decisiones al respecto, en las que el reinado de Alfonso X es especialmente representativo, así desde la adscripción a la corriente dogmática del Derecho común, reproducida en el código alfonsino. Código que, por su parte, servirá de prolegómeno a lo estipulado en las Cortes de Jerez de 1268 en las que se establece la primera prohibición genérica del juego en España, prohibición revisada a los pocos años mediante el Ordenamiento de las tahurerías de 1276, en el que, como manifiesta acertadamente el autor «el propio Alfonso X, probablemente ante la ineficacia de su política represora en este asunto, dio un giro de ciento ochenta grados y autorizó la existencia de casas públicas de juego de suerte o azar, que eran arrendadas por las ciudades que recibieron el privilegio de tenerlas» (p. 46). De nuevo el acierto en la rectificación no serviría de nada para los sucesivos legisladores, quienes desde las Cortes celebradas en Valladolid en el 1312, dispusieron la prohibición de las tahurerías, posiblemente «ante la inmoralidad que supusieron las tahurerías y los incalculables daños económicos que debieron provocar en un sinnúmero de familias» (p. 53). Prohibiciones que fueron ampliadas y ratificadas en las sucesivas Cortes, entre otras las de Madrid de 1329, Burgos de 1338, Alcalá de Henares de 1348 o Briviesca de 1387.

Persecución y permisividad que alcanzan puntos álgidos desde la sanción con la pena capital hasta la permisividad más despreocupada, o incluso la instrumentalización del juego para la financiación de la beneficencia, como más adelante, al ocuparse del siglo XIX, se pone de manifiesto en el estudio.

Se hace gala en estos capítulos de un cuidadoso manejo de la historiografía y fuentes, como el Código de Justiniano, una veintena de Fueros municipales, ordenanzas municipales, Ordenamientos de Cortes, Ordenanzas Reales y literatura jurídica, todas ellas hilvanadas con destreza y un depurado estilo que facilita el recorrido por sus páginas.

En el capítulo 5 de la obra se trata de la agudización de la represión del juego durante la alta Edad Moderna. Efectivamente durante dicha etapa son abundantes y reiteradas las disposiciones punitivas con respecto a los juegos prohibidos, en absoluta consonancia con la abundante literatura jurídica sobre la materia expuesta por el autor con pericia. De entre todos, y como resumen del sentir general de la época, destaca el parecer de Castillo de Bobadilla sobre el juego del que decía era «padre de la ociosidad, maestro de la pereza, instrumento de la avaricia, fragua de los fraudes, disipador de la hacienda y del tiempo, olvido de la familia y de los amigos, ocasión de ruidos y peticiones, de blasfemias, corrupción de costumbres, mancha de la dignidad, ignominia insignificante, congoja de espíritu y fatiga continua» (p. 75). Ante tan contundente opinión, ampliamente compartida por la doctrina del momento, no es de extrañar la proliferación antedicha de disposiciones, de las que el autor da buena cuenta de forma pormenorizada, y en ocasiones, ilustrada con ejemplos provenientes de documentos de aplicación del Derecho.

Conviene destacar dentro de este apartado el gran interés que despierta en el lector las sucesivas reformas del siglo XVIII y las de las dos primeras décadas del XIX, expuestas en el capítulo 6, y que van conformando la opinión y el sentir de la sociedad española, al tiempo que ponen de manifiesto la ineficacia de las medidas adoptadas, pues como el autor manifiesta «una vez más la realidad demostró que la severidad de las penas que recogían las normas sobre los juegos no bastaba para evitar la comisión de estos com-

portamientos delictivos» (p. 111), y sin embargo la actitud represiva continuó tan vigorosa como exenta de resultados.

Especial atención se dedica a la aplicación directa de la legislación codificada decimonónica en torno a los juegos, así como a la opinión manifestada sobre el particular en la prensa escrita y, cómo no tratándose de un estudio iushistórico, de la jurisprudencia; aspectos todos ellos que jalonan el final de la obra con casos reales, al tiempo que completan en buena medida el cuadro descriptivo del tema de los dos últimos siglos.

También merece ser destacada la evolución que se ofrece del tratamiento punitivo durante el siglo xx hasta su despenalización. En este sentido es reseñable cómo tanto en la Segunda República, en su tan afamada como equitativamente denostada Ley de vagos y maleantes, y después en la dictadura franquista se mantuvo *grosso modo* el pensamiento del siglo xvii, pero no sólo eso, sino también cómo durante ambos regímenes se perpetuó una dura represión jurídico penal hacia los juegos ilícitos, en su denominación del código penal de 1944. Sin duda la mentalidad antiliberal y paternalista de ambos regímenes no resultaban propicias para mantener la inactividad penal ante el fenómeno del juego. De ahí la ilicitud hacia todos aquellos supuestos en que intervinieran intereses de orden económico y fueran concebidos como un foco criminógeno y socialmente desestabilizador, aspectos éstos que como el autor señala (pp. 204 y s.) motivan la represión penal del juego ilícito o prohibido tanto en la Segunda República, como en la Dictadura. La proliferación de instrucciones y circulares que tanto en una como en otra se transmitieron a alcaldes y guardia civil por todo el territorio nacional, en las que se les recordaba el deber que tenían de perseguir a los jugadores, refleja la mentalidad represivo-preventiva en torno al juego, porque resultaba que la preocupación no era ya por el juego en sí, sino por las consecuencias derivadas de *tal vicio* en todas las clases sociales, como recuerda el autor (p. 205). Se mantiene en suma la preocupación multiseccular de que no es el hecho del juego en sí mismo por el que se castiga a los jugadores, sino por la más que probable eventualidad de constituirse en semillero de irregularidades desestabilizadoras tanto del orden público como de las economías domésticas.

La actitud de los poderes públicos varía con el paso del tiempo y, antes del advenimiento de la democracia en España, se observa cierta tendencia a la flexibilización en esta materia reflejada en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto de 1970, en la que se dejaron de castigar «todos aquellos estados que hoy resultan anacrónicos o inútiles por ofrecer duda de suficiente peligrosidad» (p. 209). El minucioso relato nos lleva a través de la comisión interministerial de agosto de 1976 para despenalizar los hasta entonces juegos ilícitos, aún recogidos como tales en el Código penal, por el determinante Real Decreto Ley 16/1977 de 25 de febrero, a pesar del cual durante la década siguiente el autor nos muestra cómo seguía existiendo represión policial para concluir con la definitiva despenalización gracias a la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, que tendrá como efecto la proliferación de bingos y casinos por toda España.

III. El propósito de la obra de ofrecer una ordenada visión histórico jurídica del fenómeno del juego se alcanza sobradamente. A ello contribuye de forma notable la tercera parte de la obra, el apéndice documental incluido en el estudio, un *favor lectoris* que facilita aún más la aproximación al conocimiento de ciertos pormenores recogidos en el estudio y que lo hacen, si cabe, más atractivo.

ALBERTO MURO

RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *Acotaciones Histórico-jurídicas al Siglo de las Luces*, Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, Madrid, 2010, 356 pp. ISBN 978-84-9890-109-2.

El volumen objeto de esta reseña, aparecido en 2010, nos presenta un ambicioso proyecto donde el profesor Rodríguez Ennes da muestra de su habilidad al conjugar la doble faceta de romanista e historiador. Abordar un fenómeno fundamental en la cultura europea, como es la Ilustración dieciochesca, no es tarea fácil ni exenta de polémica. El revolucionario cambio social, cultural y científico, que propugnaron los ilustrados franceses, a pesar de las reticencias que en su momento expresaron Ortega o Artola, tuvo una repercusión fundamental en España, a uno y otro lado del Atlántico, y puso en valor problemas que no podían ser solucionados más que con un profundo cambio jurídico.

Pues bien, el autor ha retomado las principales líneas de trabajo de su dilatada carrera académica combinándolas en una monografía cuyo propósito no es otro que el de «examinar las instituciones jurídicas que han marcado un hito en el devenir contemporáneo como propiedad, abolición, antirromanismo, o arrojaron una luz esclarecedora sobre la naturaleza de instituciones muy actuales». A pesar de la modestia del autor al acotar su campo de trabajo, la obra, ordenada en ocho capítulos y con una bibliografía general imprescindible, no sólo nos ilustra sobre instituciones fundamentales –mayorazgo, universidades, tribunales y administración de justicia–, sino que contempla con indudable acierto cómo la Ilustración española, y en especial dos gallegos de origen o adopción, Feijoo y Sarmiento, trataron con agudeza crítica los grandes problemas jurídicos de su tiempo, con el convencimiento de que el sistema de Derecho imperante en las Universidades no era el adecuado, y propugnando una profunda reforma del mismo, para hacerlo más eficaz, y así alcanzar el progreso y la felicidad de los súbditos.

Esta reflexión nos permite trazar la línea argumental que vertebra la monografía: los problemas de la Galicia del Antiguo Régimen y las soluciones innovadoras que proponen los ilustrados, en especial Sarmiento, desde el profundo conocimiento de los problemas de su tierra. Además, el autor, en los capítulos VII y VIII, también con Galicia de fondo y dando voz a Sarmiento, trata dos cuestiones, que parecen apartarse un tanto de la línea argumental –la situación de la mujer en el siglo XVIII y una perspectiva general de las cuestiones protocolarias hasta el siglo XIX–, aunque examinando el tratamiento de dichas cuestiones en profundidad, podemos afirmar que su inclusión no es baladí, pues ofrecen una perspectiva diferente de lo que han considerado tópicos sobre la Ilustración, enriqueciendo una obra ya de por sí interesante.

Destaco la oportunidad del estudio introductorio para situar al lector en las coordenadas del fenómeno ilustrado. El autor recuerda y refresca el argumentario de los ilustrados, contrastando su pensamiento con el de los autores españoles de la época, llevado del firme propósito, a mi entender, de refutar la afirmación de que en España fracasó la «revolución intelectual ilustrada» por la falta de una clase educada y abierta a nuevas inquietudes intelectuales. Coincido plenamente con él en la necesidad de valorar tanto el esfuerzo crítico de precursores como Feijoo, como la innovación intelectual que se detecta en las obras de Luzón, Sarmiento, Mayans, Flórez, Isla y tantos otros que hacen gala de un acerado espíritu reformista. Ciertamente lo que marca la diferencia de estos pensadores de sus homónimos europeos es su fidelidad a la ortodoxia religiosa y a la defensa de la Monarquía, para desembocar su propuesta de reformas en el Despotismo; cuestión que los separa radicalmente de las revolucionarias propuestas de los autores franceses. Otra conclusión que aporta Rodríguez Ennes, resulta sugestiva, es la referida a la existencia de Ilustración en las Indias. El autor concluye que, a pesar de las caren-

cias políticas en estos territorios, la burguesía criolla tuvo en sus manos los elementos precisos (relaciones propiciadas por el libre comercio, cambios en las Universidades y amplia difusión, tolerada, de la literatura ilustrada) para configurar un movimiento intelectual original y creativo. Termina el autor afirmando con rotundidad que los ilustrados españoles suministraron la base ideológica de las revoluciones hispanoamericanas.

El segundo y tercer capítulo centra el objeto de la obra, al enfocar su reflexión sobre el mundo jurídico del siglo XVIII y su necesidad de transformación. El rechazo al Derecho Romano de raíz justiniana plantea la necesidad de un nuevo paradigma jurídico; que, en el caso de España, será el Derecho regio, si bien el apego a la tradición dotará al Derecho romano de un carácter supletorio. Consecuencia de ese carácter será su pervivencia en el sistema jurídico y universitario hasta el siglo XIX. El autor examina prolijamente los aspectos que más atacaban los Ilustrados, dedicando una atención singular al tratamiento que del Derecho romano hizo la Enciclopedia. Esto le lleva a afirmar que los autores españoles no eran en modo alguno ajenos a ese espíritu crítico, e incluso lo superaron, pero que, sin embargo, buscaron la solución en una profunda reforma del sistema universitario jurídico sobre la base de la enseñanza del Derecho real, con el fin de armonizar lo estudiado en la Universidad con lo que la práctica en el foro requería. Propósito que culminaría en las reformas de Planes de Estudios en las Universidades con Carlos III.

Extremadamente interesante es la coda con la que se vincula el antirromanismo de Sarmiento con las ideas de Ortega, tan afines a las del benedictino, demostrando en estas páginas Rodríguez Ennes su mejor faceta de romanista al exponer cómo se cuestiona la creación y contenido de la Ley de las XII Tablas, vinculándolas a posible origen griego (pp. 87 y ss). Creo que este capítulo se completa oportunamente con la reflexión sobre la sustitución del latín por las lenguas vernáculas en la Universidad, consecuencia directa del nuevo paradigma científico.

Como historiadora del Derecho, he disfrutado especialmente del tratamiento que en los capítulos IV y V se hace sobre los problemas jurídicos que venimos considerando como esenciales en el siglo XVIII. El autor deja hablar a los ilustrados, en especial a su conocido y querido Sarmiento, para plantear los problemas sobre la explotación y propiedad de las tierras en la Galicia del Antiguo Régimen (abusos en censos y foros, la ruina de la agricultura por la Mesta, el sistema de mayorazgos), llegando a propugnar la necesidad de una profunda reforma agraria, que Ennes califica como precursora de la de Ensenada para evitar un problema que desde entonces es endémico, la emigración y despoblamiento de Galicia (pp. 157 y ss).

Si novedosas eran las ideas anteriores, no puede por menos de calificarse de revolucionario el tratamiento que el Padre Sarmiento hace de la propiedad intelectual, como verdadero adelantado a su tiempo (pp. 160 y ss). En este capítulo se aborda otro problema esencial para Galicia donde el autor nos demuestra la pervivencia de las estructuras romanas en el Antiguo Régimen, me refiero al excelente compendio que de sus trabajos se hace en el tratamiento del demanio minero (pp. 163 y ss).

El Capítulo V es una cuidada exposición sobre la recepción del nuevo derecho punitivo de la Ilustración, en especial de las ideas de Beccaria, en la obra del benedictino Sarmiento, contrastándolas con las de otros ilustrados hispanos. Sarmiento se declara partidario de la abolición del tormento y de la sustitución de la pena capital por medidas de seguridad que permitan obtener provecho de una condena, en armonía con las novedades de un Derecho penal humanista. Las reflexiones sobre la administración de Justicia en el Cap. VI enlazan ambos discursos y, al poner de relieve los problemas de la Justicia en la Galicia del siglo XVIII: desarraigo de los jueces y aislamiento en su entorno social e, incluso, lingüístico; pluralidad de jurisdicciones; falta de formación en los jue-

ces de primera instancia y señoriales), nos ofrece un balance pesimista que se corresponde con la visión general de los ilustrados, quienes pretenden transformar con profundas reformas para dar utilidad una Justicia anquilosada e inútil.

Para concluir, no podemos por menos que subrayar la importancia de esta obra como instrumento para el conocimiento del siglo XVIII. Creemos que el profesor Rodríguez Ennes nos ha ofrecido una monografía que representa la madurez de su trayectoria científica en la doble perspectiva de historiador del Derecho y de romanista, siguiendo la tradición de tantos maestros que nos han precedido. En *Acotaciones...* ha abordado las preocupaciones fundamentales que han presidido su obra científica, pero no limitándose a compilar sus aportaciones más destacadas, sino ofreciéndonos una reflexión original y poliédrica, pero dotándolas de la unidad que marca dedicar esta obra a un período tan controvertido como es el siglo XVIII, a unas voces autorizadas y a un territorio específico: Galicia. En sus manos el Siglo de las Luces, gallego, y, por ende, español, se convierte en un calidoscopio de ideas y reformas que unos hombres de acendrado espíritu crítico ofrecieron como cimiento al nacimiento del Estado liberal, con sus luces y sus sombras.

CARMEN LOSA CONTRERAS.

RODRÍGUEZ OCHOA, José María, *Menahem ben Zerah, rabino estellés (1310-1385). Aproximación a una cultura que floreció en Sefarad, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2011. 358 pp. ISBN: 978-84-235-3273-5.*

Los iushistoriadores españoles apenas nos dedicamos al Derecho hebraico, de ahí que hayamos de celebrar la aparición de obras elaboradas por especialistas en otras materias que nos acercan las fuentes jurídicas de la comunidad hebraica de Sefarad. Es el caso de la publicación de José María Rodríguez Ochoa, que ha analizado la obra *Tzeda la-Derek* del rabino navarro Menahem ben Zerah. La importancia de esta aportación para la Historia del Derecho ha sido advertida por Roldán Jimeno Aranguren en el prólogo de la obra.

El título y subtítulo del estudio, *Menahem ben Zerah, rabino estellés. Aproximación a una cultura que floreció en Sefarad*, expresan cabalmente los dos aspectos fundamentales sobre los que versa el estudio. Por una parte, trata directamente sobre la persona y actuación del sabio navarro. Pero no se reduce únicamente a eso, pues ofrece al lector no especializado ni familiarizado con los temas judíos la oportunidad de iniciarse en una serie de conocimientos básicos pertenecientes al ámbito del derecho, la religión y cultura judías.

Una peculiaridad de las fuentes para el estudio del jurista Menahem ben Zerah consiste en que José María Rodríguez Ochoa no ha precisado acudir a archivos u otras fuentes literarias medievales para rehacer su biografía. Ben Zerah relata en su obra con toda precisión los acontecimientos que constituyen el entramado de su existencia personal, desde sus orígenes familiares hasta su propio nacimiento, en la ciudad navarra de Estella, en 1310. Fue el mayor de cinco hermanos, nacidos todos en Estella. Todo parecía discurrir de manera favorable a los ben Zerah hasta que ocurrió un hecho luctuoso que truncó la marcha de la existencia familiar: el incendio y destrucción de la judería estellesa de 1328, donde pereció toda su familia. Se trasladó a Tudela, en cuya judería estudió durante dos años tutelado por su maestro Rabbí Yoshuá ibn Shuaib.

De Navarra pasó en 1331 a Castilla, donde permaneció hasta el fin de sus días, sin retornar jamás a su tierra natal. Primero recaló en Alcalá y pasó un largo período dedicado a los estudios rabínicos en compañía de Yosef al-Aish. Años después pasó a Toledo, para proseguir estudios bajo la dirección del prestigioso Yehudá ben Yehiel hasta que, a la muerte del rabino alcalaíno en 1350, le ofrecieron ocupar su puesto de maestro de Torá en Alcalá, que desempeñó durante largo período. Pero la guerra civil entre Pedro I y su hermanastro Enrique II (1366-1369) volvió a perturbar gravísimamente la vida del rabino estellés. Durante su estancia en Alcalá le tocó sufrir las consecuencias de la guerra fratricida: «La gente del pueblo –dice textualmente– depredó y saqueó la mayor parte de las comunidades de Sefarad. Israel quedó sumamente empobrecido. No hubo época como ésta desde que llegaron expatriados hasta aquí...». No fue menor la desgracia en el plano personal: «También yo quedé sin nada de cuanto poseía anteriormente. Me robaron, me saquearon, me golpearon, me hirieron y me despojaron hasta del manto que me cubría. No me quedó nada de mis pertenencias, excepto los libros, la casa y la tierra». Un ilustre correligionario, que ocupaba un alto puesto en la corte de Enrique II, le propuso a Menahem ben Zerah en el año 1369 trasladarse a Toledo para vivir bajo su protección. Allí permaneció hasta su muerte en 1385, donde dirigió y presidió una escuela rabínica y ejerció de rabino en servicio de la comunidad toledana.

Durante la permanencia en la ciudad del Tajo compuso en 1373 su obra titulada *Tzeda la-Derek* («Provisión para el camino»), analizada por José María Rodríguez Ochoa y cuya extensa introducción biográfica traduce este hebraísta navarro al castellano.

La obra se considera una de las tres más importantes de su género aparecidas en la segunda mitad del siglo XIV. Tiene por destinatarios principales a los cortesanos y altos cargos judíos que, a causa de sus ocupaciones y frecuentes viajes, descuidaban el cumplimiento de sus deberes religiosos. Pertenece al llamado género halájico y es una compilación de normas de conducta ético-religiosa según la tradición rabínica, un código legal. En *Tzeda la-Derek* se distinguen dos partes perfectamente diferenciadas entre sí: una primera *introducción*, donde resaltan sus notas autobiográficas, y otra donde aparece el texto propiamente jurídico, un código halájico, que continúa la línea de la mishná, el talmud y los escritos rabínicos.

El libro de Rodríguez Ochoa se abre con un prólogo de Roldán Jimeno Aranguren, en el que se resume el contenido del libro, ofrece una semblanza académica e intelectual del autor y recalca la aportación de la obra para la Historia del Derecho y los estudios judaicos.

Rodríguez Ochoa ha dividido su estudio en dos partes, a las que siguen tres amplios apéndices de especial utilidad para los iushistoriadores. La primera parte consiste en una traducción al castellano de la «Introducción» de *Tzeda la-Derek*, sin ningún comentario adicional, a la que acompaña solamente un número considerable de notas explicativas. Tiene el mérito de ofrecer por vez primera la traducción íntegra de este texto hebreo a una lengua no hebrea, en este caso al castellano. El objeto de esta primera parte obedece a tomar contacto inmediato con la personalidad del autor y escuchar sus propias palabras sin intermediario alguno. En este sentido, el propio ben Zerah expone los principios científicos que desarrollará en la obra: *a)* en primer lugar, una síntesis detallada de la literatura rabínica a partir de las obras más antiguas hasta llegar, como último eslabón de la cadena, a la redacción de su libro *Tzeda la-Derek*; *b)* sigue a continuación la narración autobiográfica de los acontecimientos que le tocó vivir al autor y *c)* termina con el juicio sobre el alcance de su obra y la confrontación personal con la problemática e inquietudes que se debatían en la actualidad judeocastellana.

Tal y como advierte el propio Rodríguez Ochoa, los expertos en literatura rabínica considerarán esta «Introducción» como la aportación más novedosa de todo el libro, de ahí que haya optado por ofrecer su traducción íntegra al castellano. En todo caso, las dudas que puedan asaltar al lector en la comprensión de esta primera parte alcanzarán su sentido y auténtica dimensión a través de la segunda parte y de los apéndices respectivos.

La segunda parte de la obra lleva por título «Semblanza de Menahem ben Zerah», donde Rodríguez Ochoa reconstruye su biografía a partir de los datos consignados en la introducción, completados en el contexto histórico en el que le tocó vivir, tanto en Navarra como en Castilla. Tras la exposición del entorno sociopolítico en el que transcurrió la vida de ben Zerah, el hebraísta navarro se centra en el perfil humano e intelectual del rabino estellés. Las ansias de aprender y saber cada vez más acerca de la Torá y las disciplinas rabínicas constituyen el hilo conductor que da unidad a su existencia. Por esa razón, dedicamos una atención particular a su profunda formación intelectual, que comienza en Estella, continúa en Tudela y llega a la culminación en Alcalá y Toledo. Menahem describe con detenimiento el currículum talmúdico y la categoría científica y humana de los maestros que tuvo la suerte de frecuentar. Además del influjo derivado de ilustres maestros, se hacía preciso situarlo en relación con las corrientes religiosoculturales que configuran la época más o menos próxima en que se desenvuelve su vida.

Rodríguez Ochoa analiza detalladamente los dos fenómenos jurídicos y teológicos de gran relevancia en el medievo sefardita, como son la controversia antimaimonista y el movimiento cabalístico en relación con ben Zerah. Baste recordar, en el primero de los temas, que la controversia tiene relación con el intento de Maimónides de conciliar la verdad revelada con la verdad de la ciencia, concretamente la fe y la tradición judía con la razón y la filosofía. Es un problema de fondo, presente en todas las épocas de la teología en todas las religiones. Frente a este intento de Maimónides, la intelectualidad judía se dividió en dos direcciones radicalmente enfrentadas: los maimonistas, fervientes partidarios de la doctrina del gran maestro cordobés, y los antimaimonistas, contrarios a armonizar tradición hebrea y filosofía griega. Menahem manifiesta un perfecto conocimiento de la temática controvertida, si bien rehuyó inmiscuirse formalmente en ella.

El otro hecho religioso-cultural de gran envergadura es el movimiento cabalístico. Se trata de una corriente mística, dirigida a conocer a Dios y al mundo mediante la contemplación e iluminación interior, por encima del método intelectual y racional de la religión. La cábala tiene carácter simbólico y esotérico, se concibe como un sistema reservado a un reducido círculo elitista. Sus orígenes datan desde los primeros siglos de la era cristiana; pero alcanzó su punto culminante de desarrollo en los siglos XII, XIII y XIV, especialmente en los medios judíos hispanos. Durante la etapa de aprendizaje tudelana, tuvo Menahem como maestro a un rabino de los más expertos en temas cabalísticos; sin embargo, no creyó este oportuno introducir al discípulo en los derroteros de la cábala a causa de su juventud, hecho que lamentó ben Zerah hasta su ancianidad. Posteriormente no tuvo oportunidad de frecuentar maestros cabalistas y, sin un maestro director, le fue imposible, como él lo afirmó, afrontar el complicadísimo sistema de la cábala.

Tras estas disquisiciones sobre las corrientes intelectuales de Sefarad, Rodríguez Ochoa estudia detenidamente las facetas de ben Zerah como maestro rabínico y escritor, deteniéndose en la exposición de sus cualidades personales y jurídico-literarias. Se centra especialmente en las características más relevantes de su obra: su estructura, fuentes, destinatarios y cuestiones principales tratadas en *Tzeda la-Derek*.

Para facilitar la comprensión del escrito de ben Zerah, en atención al lector actual no versado en el universo cultural judío, Rodríguez Ochoa aporta en este libro todavía tres extensos apéndices, de una utilidad evidente. En el primero ofrece una panorámica general de la literatura rabínica, a fin de encuadrar en su justa dimensión la exposición que se encuentra en la «Introducción». En el segundo expone sistemáticamente los servicios diarios de oración que recitan los creyentes judíos, pues es un aspecto que trata en extenso la obra de ben Zerah. Y, por último, con objeto de que el lector pueda alcanzar una idea genérica de la temática jurídica desarrollada a través de la obra de ben Zerah, aporta en el tercero la traducción del extenso Índice de materias de *Tzeda la-Derek*, siguiendo el original hebreo.

M.^a IRANZU RICO ARRASTIA

SERNA VALLEJO, Margarita, *Los viajes pesquero-comerciales de guipuzcoanos y vizcaínos a Terranova (1530-1808): régimen jurídico*. Prólogo de Gregorio Monreal Zia, Instituto Vasco de Administración Pública/Marcial Pons, Madrid, 2010, 358 pp. ISBN, 978-84-9768-750-8.

M. Serna nos presenta una excelente y atractiva monografía, que, como ella misma indica en la Introducción, constituye la primera contribución de carácter general al estudio del régimen jurídico-institucional de los viajes pesquero-comerciales que guipuzcoanos y vizcaínos efectuaron a Terranova a lo largo de la Edad Moderna. Destacar, pues, ya desde el inicio de esta reseña la originalidad y carácter pionero de este trabajo, en el que confluye la Historia del Derecho mercantil, en concreto del Derecho y de las Instituciones marítimas, con la del Derecho internacional público, ámbitos no muy frecuentados hasta el momento en la disciplina de la Historia del Derecho en España. El estudio discurre entre 1530, año en que comienzan estas expediciones, y principios del siglo XIX, por tanto, abarca los casi tres siglos en que, con más o menos intensidad, se desplegó esta actividad. Período amplio que permite a la autora trazar una panorámica de conjunto y al lector comprender cómo evolucionaron a lo largo de estas tres centurias esos viajes a las costas del Atlántico Norte canadiense.

Después de un Prólogo de Gregorio Monreal Zia y de la Introducción, M. Serna divide su investigación en dos partes bien diferenciadas. En la primera, titulada «Pesquerías de altura en Terranova en época moderna, monarquías europeas y navegantes guipuzcoanos y vizcaínos», que contiene los tres primeros capítulos, aborda cuestiones geográficas, políticas e históricas que nos introducen en el complejo mundo de la práctica de las pesquerías de altura y de los problemas de toda índole que se suscitaron en torno a ellas. Y en la segunda, «El Derecho de las pesquerías de guipuzcoanos y vizcaínos en Terranova», que engloba los tres últimos capítulos, trata la parte jurídico-institucional propiamente dicha. Sistemática muy acertada que nos posibilita en esos seis capítulos conocer con claridad y amplitud todos los principales asuntos relacionados con estos viajes y pesquerías.

En el capítulo primero, «Las pesquerías de altura en Terranova en la época moderna», la investigadora explica en primer lugar, con la finalidad evidente de introducir el tema y facilitar su comprensión por el lector, cómo se desarrolló la pesca del bacalao y la caza de la ballena en el Atlántico Norte canadiense entre los siglos XVI y XVIII. En segundo lugar, se habla de los protagonistas españoles de esta empresa: los navegantes

vizcaínos y especialmente los guipuzcoanos, cuya presencia fue disminuyendo en tierras canadienses, sobre todo desde los inicios del siglo xvii, a la vez que aumentaba la de franceses e ingleses, explicando las razones de esta dedicación vasca a la pesca de altura bacaladera y ballenera en los caladeros de Terranova.

El marco temporal del desarrollo de estas pesquerías, con tres etapas sucesivas: el auge y esplendor de 1530 a 1580, el inicio de la decadencia con la paulatina relevancia de navegantes franceses e ingleses en detrimento de los vascos de 1580 a 1713, y la última, de 1713 a 1808, la de la crisis e intentos infructuosos de revitalizar esas pesquerías, se examina en tercer lugar. La determinación del ámbito geográfico en el que se desarrolló esa actividad, es decir, la descripción de la isla de Terranova y de la costa canadiense desde el sur de la península del Labrador a la península de Nueva Escocia se acomete en cuarto lugar. En quinto lugar, se detallan las tres modalidades pesqueras balleneras que se practicaban por vizcaínos y guipuzcoanos en las costas europeas: la caza gremial de la ballena en el litoral vasco, la caza de la ballena en el Cantábrico central y occidental con viajes organizados por comerciantes o armadores al margen del control de las cofradías de mareantes de la costa vasca y la pesca de altura en aguas de Irlanda e Inglaterra, para después resaltar las similitudes y diferencias con las pesquerías de altura en el Atlántico Norte canadiense. Y, por último, en sexto lugar, la autora hace una completa y pormenorizada exposición de cómo, desde el siglo xvi en adelante, se ha tratado en la historiografía desde diversos puntos de vista la presencia de los navegantes vascos en Terranova en los siglos de la Edad Moderna. Y es en esta exposición donde se confirma la casi ausencia total de trabajos desde una perspectiva jurídico-institucional, vacío que ha llenado M. Serna con brillantez y maestría.

«La actitud de las monarquías europeas respecto de Terranova» es el título del segundo capítulo de esta monografía. Con acierto, la autora no se limita a explicar la actuación de la Monarquía hispánica respecto a Terranova –su posible colonización e inclusión en sus posesiones ultramarinas–, sino que, ampliando el campo de visión, se preocupa de analizar el proceder de otras monarquías, las de Francia e Inglaterra, cuyos navegantes también participaron en la Carrera de Terranova, y que condicionó tanto a la postre la regulación jurídica de la actividad pesquera de los guipuzcoanos y vizcaínos. Las conflictivas relaciones internacionales y coloniales entre las grandes potencias quedan perfectamente reflejadas en estas páginas.

Siguiendo un criterio cronológico, como por otra parte no podía ser menos, distingue dos etapas bien diferenciadas. La primera desde fines del siglo xv, cuando se descubre Terranova (Juan Cabot, 1497), y durante las primeras décadas del siglo xvi, en la que la falta efectiva de conquista y colonización de esas tierras por las potencias europeas motivó que Terranova estuviese en manos de navegantes y comerciantes europeos, que explotaban las pesquerías de manera libre y autónoma conforme a un derecho consuetudinario surgido espontáneamente del desarrollo de esa actividad. No se puede hablar de asentamientos coloniales, sino de simples establecimientos de pescadores de carácter temporal. Analiza M. Serna en este contexto el desinterés inicial de Portugal, Francia e Inglaterra a finales del siglo xv y comienzos del xvi por colonizar estas tierras del este canadiense; algunas expediciones emprendidas en estos mismos años por la Monarquía hispánica y planes para otras, sobre todo la autorizada en 1511 a Juan de Agramonte, que no llegó a iniciarse; y otros proyectos castellanos de la primera mitad del siglo xvi, que, como hemos dicho, no se tradujeron en la efectiva ocupación de estas tierras.

En la segunda etapa, la de su colonización, la investigadora habla ya de verdaderos asentamientos coloniales estables vinculados a los intereses comerciales de diferentes compañías mercantiles, realizados con apoyo de las monarquías europeas, que imponen

nuevas reglas para la explotación de la riqueza pesquera. La autora diferencia tres fases sucesivas en esa colonización. Una primera de 1583 a 1610, en la que sobresalen planes de colonización impulsados por los ingleses, que fructificaron en la creación de algunos de esos asentamientos. La segunda, entre 1610 y 1660, en la que se divide Terranova en tres áreas de influencia: la colonizada por los ingleses; la controlada por los franceses, que no poseían colonias estables, en ambos casos con la aparición de las primeras compañías mercantiles dedicadas al comercio con Terranova; y la «tierra de nadie», que coincidía con el territorio costero en el que se practicaban desde el siglo anterior las pesquerías de bacalao y ballenas de los vizcaínos y guipuzcoanos sin que la monarquía española estableciese colonias permanentes. Y la última fase, de 1660, en que Francia constituye la primera colonia estable, a 1713 con la firma del Tratado de Utrecht; años en los que la creación de numerosas colonias reales por los franceses motivó una rivalidad franco-inglesa por el control de estas tierras canadienses, jalonada por numerosos conflictos entre ambas potencias. Tras el citado Tratado, Francia cedió el control de Terranova a Inglaterra.

El extenso capítulo tercero, que cierra la primera parte de este libro, lo dedica M. Serna a precisar todo lo relacionado con la presencia de «guipuzcoanos y vizcaínos en las pesquerías de Terranova». Para ello distingue tres etapas.

La primera que discurre entre 1530 y 1580, es la del indudable dominio de los guipuzcoanos y vizcaínos en la caza de la ballena en los caladeros de Terranova. Explica con solvencia y agilidad, por una parte, las causas que permitieron y favorecieron el establecimiento de estas pesquerías en tierras canadienses: en primer lugar, las todavía cordiales relaciones de la Monarquía hispánica con Inglaterra y Flandes; en segundo, la disponibilidad de recursos humanos y materiales –dinero y bastimentos– suficientes para hacer frente a esta empresa, haciendo hincapié en la forma de financiación de los viajes, en cómo eran estos barcos que hacían la Carrera de Terranova contruidos casi todos en los astilleros de Guipúzcoa, en los bastimentos, provisiones, instrumentos de trabajo, medicinas y armas que se transportaban en las naves desde las costas cántabras y en los hombres que componían las tripulaciones; y en tercer y decisivo lugar, el aseguramiento de los viajes a la costa atlántica norte por, sobre todo al inicio, comerciantes burgaleses, a los que posteriormente se unieron otros mercaderes de Bilbao y San Sebastián (seguros marítimos que cubrían los riesgos asumidos por los promotores de estos viajes).

Por otra parte, expone los primeros perjuicios, aún no demasiado importantes, originados desde mediados de la sexta década del XVI –generalmente antes de la partida de los navíos y a su regreso, pero no mientras faenaban en Terranova– en la práctica de las pesquerías de guipuzcoanos y vizcaínos. Varios fueron los motivos. Así, las crecientes tensiones entre España e Inglaterra y Flandes provocaron, por un lado, la requisita para la Armada de naves que en otras circunstancias habrían realizado la Carrera de Terranova, y por otro, dificultades para comercializar los productos de Terranova en las ciudades flamencas e inglesas. También las guerras contra Francia por motivos ajenos a Terranova ocasionaron sobre todo embargo de naves y prohibiciones de comerciar con los súbditos del país enemigo, destacando el papel de las Conversas o tratados de buena correspondencia, que permitieron la continuidad del comercio derivado de las pesquerías de altura entre españoles y franceses, a pesar de lo cual surgieron a partir de 1550 algunos enfrentamientos sobre ellos en Terranova por las pesquerías con frecuentes ataques a las naves de piratas, lo que obligó a que surcasen los mares con armamento para defenderse. Y, por último, las guerras de religión entre católicos y protestantes dificultaron, por ejemplo, el avituallamiento –especialmente de sal– de los barcos de los guipuzcoanos y vizcaínos y la comercialización de los productos obtenidos en Terranova en el

puerto de La Rochelle, lo que forzó a buscar rutas alternativas para llevar a cabo estos cometidos.

Continúa la autora analizando la segunda etapa en el acontecer de las pesquerías de guipuzcoanos y vizcaínos en las aguas del Atlántico Norte canadiense, que transcurre de 1580 a 1713 y que denomina el período de regresión. Como nos indica muy certeramente fueron varias las causas que motivaron el declive continuo de esa actividad. En primer lugar, el enfriamiento del clima con la consiguiente alteración de las rutas migratorias de los cetáceos, el exceso de explotación de los caladeros canadienses y el descubrimiento de otros en el Ártico que detrajeron recursos humanos y materiales de los de Terranova. También favoreció esa decadencia, en segundo lugar, el aumento de las pesquerías francesas e inglesas en las costas canadienses al compás de la creación de colonias y de asentamientos y la comercialización en puertos de Guipúzcoa y Vizcaya por comerciantes extranjeros de los productos obtenidos en Terranova.

En tercer lugar, constata la intensificación de esos perjuicios a los que se había referido en la etapa anterior, provocados por las guerras europeas en las que se enfrentaron España, Francia, Inglaterra y Holanda. En concreto, esos perjuicios fueron las consecuencias en los barcos y hombres que hacían la Carrera de Terranova del desastre de la Armada Invencible, los frecuentes ataques de los corsarios a esas naves, las continuas prohibiciones a los marineros, como en la etapa anterior, de incorporarse a las tripulaciones de los barcos de los enemigos, las levas de marinos y embargos de naves ordenadas por los monarcas para destinarlos al servicio de la Armada real y la prohibición de fletar navíos extranjeros con destino a Terranova, iniciativa con la que se pretendía suplir la falta de naos propias o nacionales. En cuarto lugar, relata el grave conflicto surgido entre España y Francia en 1697 como resultado de la prohibición establecida por Luis XIV (incumpliendo la Conversa de 1694) a los navegantes vascos de faenar en el entorno de la colonia francesa de Placencia, fuera de su área tradicional. Y, finalmente, en último lugar, nos habla, entiendo que no como causa de la crisis de esas pesquerías, de la paulatina sustitución de los burgaleses por donostiarras, bilbaínos y portugueses, en este último caso admitidos con cierta reticencia, como aseguradores de las naves que se embarcaban para practicar las pesquerías de altura en Terranova, como consecuencia del declive comercial y financiero de Burgos y de su Consulado y el paralelo auge del de Bilbao.

Y, por último, M. Serna examina la tercera etapa en el desarrollo de las pesquerías en Terranova, que abarca casi una centuria, de 1713 a 1808, la de la crisis definitiva de la ocupación de los guipuzcoanos y vizcaínos en la caza de la ballena en el Atlántico Norte canadiense. Esta crisis fue provocada, sobre todo, por el dominio inglés en las pesquerías de Terranova a raíz de la firma de la Paz de Utrecht en 1713, que dificultó enormemente la continuación de la actividad pesquera tradicional que los vascos habían practicado durante los dos siglos anteriores. En este contexto, analiza y compara con habilidad el artículo 20 del Tratado preliminar de paz de mayo de 1713 y el 15 del definitivo de julio de ese mismo año, menos ventajoso este que el primero citado, ya que se presta a interpretaciones subjetivas al reconocer únicamente a los navegantes españoles aquellos privilegios pesqueros en Terranova «que puedan con derecho reclamar».

De hecho, desde 1715 las autoridades inglesas dificultaron e impidieron a los españoles las pesquerías, lo que obligó a frecuentes, y a la postre infructuosas, gestiones de la diplomacia española para defender y obtener el reconocimiento de los derechos e intereses de los españoles en las pesquerías del Atlántico Norte canadiense, que por otra parte eran difíciles de justificar porque estaban basados únicamente en la costumbre inmemorial. A esta defensa contribuyeron incansablemente las propias instituciones del Señorío de Vizcaya y de la Provincia de Guipúzcoa, y también los guipuzcoanos y viz-

caños que ocupaban cargos estratégicos en la Corte, que influyeron en las reclamaciones de los monarcas españoles ante Inglaterra. También favoreció esa crisis el manifiesto desinterés de los armadores guipuzcoanos en invertir en fletar navíos para Terranova y el nuevo desastre militar de la Armada española en el cabo Passaro en 1718, que causó la pérdida de todas las naves balleneras que viajaban a Terranova, que no volvieron a reconstruirse.

La segunda parte del libro se inicia con el capítulo cuarto, «El Derecho mercantil y el Derecho internacional público: los sectores del ordenamiento jurídico con relevancia en las navegaciones a Terranova». Este capítulo, como se deduce de su enunciado, puede considerarse una visión general para dar a conocer al lector lego en la materia los rudimentos básicos de las cuestiones jurídicas que después desarrolla en los dos siguientes. Así, la autora explica, respecto al Derecho mercantil, su evolución desde un derecho medieval consuetudinario –el *ius mercatorum*– creado y aplicado por los propios comerciantes y de carácter universal, hasta un derecho creado a través de disposiciones legales por las monarquías y de ámbito nacional, y hace hincapié en que el régimen jurídico de las pesquerías de altura en Terranova se rigió por los distintos Derechos nacionales de los países implicados y por un Derecho marítimo consuetudinario, difundido por las costas del occidente y del norte de Europa.

En relación con el Derecho internacional público, en concreto el Derecho marítimo, primero traza unas breves pinceladas acerca de su origen y del reconocimiento en el siglo XVIII por los Estados del principio de libertad de los mares y de ciertos derechos –la jurisdicción– a los países ribereños sobre el espacio marino de sus costas. También bosqueja un esbozo de las dos principales fuentes de creación del derecho marítimo: el derecho consuetudinario y los tratados internacionales. Y después se refiere a cómo incidió ese Derecho internacional en los viajes pesqueros al Atlántico Norte canadiense. En concreto, expone diáfano cómo hasta 1697 se mantuvo el principio de libertad de navegación, pesca y comercio para regir esas pesquerías de los guipuzcoanos y vizcaínos en Terranova, que fue respetado por Francia e Inglaterra, que también estaban presentes en esas costas americanas; principio que se cuestionó claramente desde el Tratado de Utrecht en 1713, a partir del cual Inglaterra controló casi todo el territorio y, en cuanto titular de la jurisdicción sobre las aguas de la costa canadiense, impidió o dificultó las pesquerías de los españoles y de los franceses, en este último caso en menor medida puesto que Francia defendió los intereses de sus pescadores en estas tierras con las armas, mientras que España sólo lo hizo por la fallida vía diplomática que ya hemos expuesto.

También nos informa la autora de cómo hasta 1713 esos viajes a Terranova y la explotación pesquera de sus recursos se rigió por las costumbres derivadas de las actuaciones de los estados, que en todo caso respetaron esa libertad de navegación por los mares, de explotación de las pesquerías y de comercialización de sus productos. No obstante, a partir de esa fecha también se aplicaron los tratados internacionales, cuya interpretación a veces suscitó importantes problemas, como sucedió con la del artículo 15 del Tratado de Utrecht ya referida. Los españoles, ante la exigencia inglesa de probar sus derechos a esas pesquerías, alegaron la costumbre que existía desde al menos dos siglos a la libre pesca del bacalao y caza de la ballena respetada por todos los estados, pero solo pudieran probarla documentalente a través de la declaración de testigos, de los documentos diplomáticos o de disposiciones del derecho interno de cada estado, sin que se pudiera acreditar por otros medios importantes, como la existencia de redacciones de derecho consuetudinario marítimo en relación con Terranova, la existencia de precedentes judiciales o arbitrales, etc., lo que a la postre condenó al fracaso las aspiraciones españolas.

En los dos capítulos siguientes M. Serna diferencia claramente entre el derecho de creación regia, al que dedica el quinto capítulo titulado «El Derecho creado por la Monarquía hispánica para regir algunos aspectos de las pesquerías de guipuzcoanos y vizcaínos en Terranova», y el derecho consuetudinario, que expone en el sexto y último bajo el siguiente enunciado: «El Derecho marítimo consuetudinario de las pesquerías de guipuzcoanos y vizcaínos en Terranova».

En concreto, en el quinto analiza exhaustivamente cómo la explotación de los caladeros de Terranova en los inicios se rigió, como hemos dicho, por el principio de libertad de comercio sin interferencia alguna de los estados, aunque desde fines del siglo xvi y comienzos del xvii en Francia e Inglaterra las tesis mercantilistas fueron desplazando esa libertad absoluta de comercio, de manera que esos estados, en el orden interno, empiezan a imponer restricciones –a través de las compañías mercantiles– a esa libre navegación y explotación económica de los caladeros de Terranova practicada hasta ahora por sus súbditos. Eso no sucedió en España, ya que las ideas mercantilistas que se aplicaban en el comercio con las Indias nunca se implantaron en los viajes de los marinos vascos a Terranova, que quedaron al margen de la intervención y control de la monarquía, ya que las únicas limitaciones impuestas derivan, por ejemplo, de los enfrentamientos militares con las otras potencias y no del deseo de la Corona de aprovecharse de la riqueza pesquera canadiense, lo que explica la falta de interés en colonizar estas tierras a que ya hemos aludido en páginas anteriores. Esas restricciones fueron consideradas en Guipúzcoa como agravios al régimen foral, uno de cuyos pilares fundamentales fue la libertad de comercio, y por eso, ante la defensa encendida que la Provincia hace de esa libertad de comercio en todas sus manifestaciones, en muchas ocasiones esos límites se acaban retirando por los monarcas de turno, por ejemplo, la exigencia de licencia real para fletar naves con destino a Terranova o la consideración como ilícita de la entrada de la grasa de ballena en puertos donostiarras. Además estaban exentos del pago del diezmo, seco o marítimo, por la entrada de artículos a Guipúzcoa para consumo de los naturales y del pago del derecho del treinta por ciento en la salida de los productos procedentes de los mares canadienses, que se consideran frutos de la tierra desde 1606 –al igual que lo era el hierro–, y, por tanto, no sometidos a ese impuesto.

También puntualiza la autora en este capítulo las medidas adoptadas por la monarquía a partir del último cuarto del siglo xvi para favorecer esa actividad pesquera en Terranova, que, como sabemos, iniciaba ya su declive. La primera fue el proyecto de creación de una compañía ballenera en la segunda década del siglo xvii con la finalidad de recuperar la navegación y las pesquerías del Atlántico Norte canadiense que no prosperó; la segunda, las *Conversas* de 1536, renovada en 1537 y 1543, y la de 1653, así mismo renovada en 1667, 1675, 1690 y 1694, entre Vizcaya, Guipúzcoa y Labort, que aseguraron los intercambios comerciales entre estos tres territorios en períodos de enfrentamiento militar entre Francia y España; en tercer lugar, la adopción por parte de la monarquía de algunas soluciones para proteger las pesquerías en Terranova de guipuzcoanos y vizcaínos, como la concesión de privilegios personales a esos navegantes y de exenciones fiscales para facilitar el aprovisionamiento de las naves de los pertrechos, bastimentos y municiones necesarios para hacer la Carrera de Terranova; y, por último, la promulgación de disposiciones que amparan esta actividad frente a la competencia extranjera.

Finalmente, la investigadora estudia las modificaciones que en relación con el régimen jurídico de las pesquerías tienen lugar a partir del siglo xviii con la llegada de los Borbones, que contribuyen a acentuar el declive de esas pesquerías: la desaparición de las *Conversas* y el incremento de las prohibiciones de contratar a tripulación extranjera; la supresión de las medidas protectoras de los productos de las pesquerías de Terranova

que deben competir libremente en el mercado con otros productos extranjeros; y la eliminación de las exenciones de embargo de naves y leva de marineros adoptada por los monarcas para fortalecer la Armada real. También se detalla el postrero intento realizado con apoyo de la monarquía para reflotar las pesquerías de Terranova, que fue la creación de la Compañía para la pesca de la ballena de San Sebastián, que únicamente funcionó de 1732 a 1757.

El capítulo sexto, como ya hemos indicado, se dedica al derecho consuetudinario que ordena las relaciones profesionales y personales entre todas las personas que de una manera u otra participan en esta aventura de las pesquerías en Terranova, que es el establecido por los propios navegantes, y que no es otro que el derecho que regula las actividades pesqueras y comerciales en las costas del Atlántico europeo con las modificaciones necesarias para adaptarlo a las peculiares circunstancias del Atlántico Norte. M. Serna se detiene a estudiar, en primer lugar, dos aspectos relacionados con las naves: uno, su propiedad, siendo el modo de adquisición de las mismas más frecuente la construcción en los astilleros del litoral cantábrico; y otro, su titularidad, que casi siempre correspondió al régimen de copropiedad, debido al elevado coste de adquisición y a los enormes riesgos a que se exponían los barcos en los viajes a Terranova, que se traducían en un reparto proporcional a las cuotas de las ganancias y de las pérdidas obtenidas en cada expedición.

En segundo lugar, se ocupa de describir cómo eran explotadas económicamente esas naves, llegando a la conclusión de que generalmente eran los mismos copropietarios los que las ponían en explotación a través del contrato de fletamento por viaje redondo, en el que el aspecto principal era el arrendamiento del barco y no el transporte de las mercancías. A este respecto realiza un análisis pormenorizado y esclarecedor de este tipo de fletamento, centrándose primero en el estudio de los elementos personales (el fletante y el fletador) y después en los materiales (la nave; los viajes de ida y vuelta especificando los lugares de partida, destino y regreso de los barcos y las escalas intermedias si las hubiese; las pesquerías; y el flete, en dinero o especie, que tenía que pagar el fletador al fletante), exponiendo al mismo tiempo que examina cada uno de ellos las obligaciones y derechos de las dos partes del contrato. También alude brevemente a la posibilidad de resolución del contrato de fletamento.

En tercer lugar, explica minuciosamente las compañías pesquero-comerciales constituidas con fines mercantiles para la organización y la práctica de las pesquerías en Terranova, cuyo régimen jurídico, organización y funcionamiento se acomodó al modelo de compañía mercantil castellana contenido en las Partidas y también al de las sociedades de pesca del litoral vasco, que poseían dos características particulares: el carácter radial y jerarquizado de su estructura y la sujeción a las cofradías de mareantes y pescadores. La primera característica la comparten las compañías constituidas para organizar los viajes a Terranova, pero no las creadas, después de que se alcanzase la costa canadiense, para la caza de la ballena y transformación de sus productos, mientras que la segunda en ningún caso, puesto que estas expediciones a Terranova se organizaron siempre al margen de los gremios. Por tanto, la autora distingue claramente dos tipos de sociedades diferentes –las dos citadas arriba–, es decir, las constituidas en suelo peninsular y las que se creaban en suelo canadiense, cada una con su propia finalidad ya indicada, y estudia los caracteres de los contratos de sociedad concertados para constituirlos (naturaleza consensual, bilateralidad, la confianza y el carácter *intuitus personae* de los socios), las similitudes y diferencias entre ellas, los tipos de socios y sus aportaciones y la participación de los socios en las ganancias y las pérdidas, que se ajustaba a lo acordado por las partes.

M. Serna, en cuarto lugar, examina los préstamos a la ventura de mar como principal forma de financiación de estos viajes a Terranova, que además otorgaban protección al prestatario, ya que transferían los riesgos al prestamista durante el viaje, pero no antes o después. También se ocupa, al igual que cuando atiende al fletamento, de estudiar los elementos materiales (el objeto, el riesgo y el premio o prima que debía pagar el prestatario al prestamista como interés junto con el principal), los personales (prestamista y prestatario), el elemento formal y el contenido, es decir, la devolución del principal y la prima por parte del prestatario.

De los seguros marítimos trata la autora en quinto lugar. Mientras que en el préstamo a la gruesa la indemnización quedaba sujeta a la circunstancia de que la nave se perdiese, puesto que si llegaba a puerto el prestatario tenía que restituir al prestamista la cantidad recibida en préstamo y la prima, en el caso del seguro, el asegurado siempre está obligado a pagar la prima –que nunca recupera– al asegurador, que asume la cobertura de un riesgo incierto y satisface la indemnización con posterioridad al siniestro, en caso de producirse. Se podían asegurar el viaje de ida, el de vuelta y la estancia de los barcos en Terranova. Finalmente, en sexto lugar, estudia la institución de las averías gruesas o comunes, que permite repartir entre todos los interesados en el viaje marítimo los daños o gastos causados para salvar la nave o su cargamento o ambas cosas a la vez, siempre que esos gastos o daños fuesen consecuencia de las decisiones de algunos de esos interesados en el viaje, que existiese amenaza de un riesgo conocido y efectivo (por ejemplo, en estas expediciones a las costas del Atlántico Norte la posibilidad de que las naves quedasen atrapadas en el hielo), y que el acto que causase el daño fuese útil. También detalla quiénes eran esos interesados, cómo se determina el importe de esos daños o gastos reputados como avería gruesa, quiénes eran los beneficiarios de la contribución, cuáles eran los bienes sujetos a la obligación de contribuir y la forma de liquidación de esas averías

Acompaña la autora unos Apéndices en los que realiza una cuidada e interesante selección de algunos de los documentos –doce– más importantes en relación con estos viajes de navegantes vascos a Terranova. También intercala con acierto en el texto algunos mapas que ilustran determinadas cuestiones geográficas importantes.

En definitiva, el enorme esfuerzo que se intuye ha realizado la investigadora a la hora de elaborar este libro se confirma por el elevado número de archivos que ha visitado, por la extensa documentación, nacional y extranjera, manejada y por la abundante bibliografía consultada, aunque ello no es óbice para que la lectura de este libro sea amena y ágil, sin que en ningún momento la abundancia de datos que proporciona sea una carga pesada para esa lectura.

El libro de M. Serna tiene a mi entender el enorme mérito de proporcionar a los profanos en la materia, con una claridad, exhaustividad y rigor dignos de encomio, conocimientos sobre unas cuestiones de gran interés y que hasta ahora han permanecido prácticamente ajenas a los historiadores del derecho, y al mismo tiempo de abrir una nueva senda en los estudios iushistóricos que esperemos prosiga, cultivada por ella misma, como ya anuncia respecto de la actividad ballenera en lugares tan diversos como Islandia, Groenlandia, Brasil y la Patagonia, o por otros historiadores preocupados por esta materia.

Por todo ello quiero felicitar a su autora, que con esta investigación proporciona una nueva y excelente aportación a una materia, el derecho marítimo, en la que ya había realizado valiosas incursiones con anterioridad. Espero que M. Serna continúe sorprendiéndonos en el futuro con libros tan novedosos, documentados y atrayentes como el que reseñamos en estas páginas.

REGINA POLO MARTÍN

Las Siete Partidas, glosadas por Gregorio López, reedición facsímil, AEBOE, Madrid, septiembre de 2011, 3 vols., 1.776 pp. ISBN: 978-84-340-0223-X.

En el tomo XLIV del Anuario se daba breve noticia de la reedición facsimilar de «la bella edición de *Las Siete Partidas*, de Alfonso el Sabio, con la glosa de Gregorio López, realizada por Portonaris en Salamanca en 1555, en tres volúmenes» (p. 870), hoy nos agrada enormemente tener motivo para la reproducción de dichas palabras y, aún más, el bibliófilo disfrute de la depurada edición de la de entonces. La discreta pero constante labor que desde el Boletín Oficial del Estado se presta al ámbito de la Historia del Derecho a través de sus siempre selectas y cuidadas ediciones –y de la que tanto somos deudores en el Anuario de Historia del Derecho español, pues en el BOE depositamos nuestra obra confiándola a su siempre pulcra labor editorial– se perpetúa con la nueva reedición de la de 1973. No es esta la ocasión para la crítica textual tan brillantemente expuesta por consagrados maestros de la disciplina en estas páginas, sino la de congratularnos por el compromiso mantenido en tiempos tan difíciles para con nuestras fuentes. En esta ocasión la de aquel texto que, al gozar de sanción oficial desde su publicación a mediados del siglo XVI, ha servido de referente a tantos juristas prácticos y estudiosos de nuestro pasado legal. Nada nuevo contiene el facsímil que no sea una nueva ayuda al investigador. El mérito de esta nueva edición reside principalmente en la labor de limpieza tipográfica –patente desde la primera página– que permite una lectura más fluida y certera, lo que sin duda redundará en beneficio de los historiadores.

ALBERTO MURO

SUÁREZ BILBAO, Fernando, *El origen de un Estado: Toledo 1480*, Sanz y Torres S.L./Sicania University Press, Madrid/Messina, 2009, 498 pp. ISBN: 978-84-968-0853-9.

Muchos son los estudios dedicados a la historia de las Cortes de Castilla y León. El interés por esta institución que manifestaron en el pasado autores clásicos como Martínez Marina, Clemencín o Piskorsky, Colmeiro o Danvila, se ha venido prolongando hasta el presente como demuestran los relevantes trabajos sobre esta temática de Escudero, Suárez Fernández, Pérez-Prendes, De Dios, Clavero, Ladero Quesada y Carretero Zamora, las importantes contribuciones de Villapalos, Sánchez-Arcilla, Torres Sanz y Pino Abad o, en fin, la nutrida nómina de aportaciones historiográficas de la que dieron pormenorizada cuenta García-Gallo y Valdeón Barunque. Dedicados unos a periodos históricos dilatados, profundizando otros en momentos puntuales, o bien, encaminados a clarificar cuestiones controvertidas –el origen de estas asambleas, su naturaleza, el carácter de la representación ...–, todos ellos, desde ópticas diversas y heterogéneas, han contribuido al conocimiento de una institución cuya historia completa dista de estar acabada.

Parece evidente que para entender el sentido pleno de un organismo como las Cortes, estrechamente vinculado a los avatares políticos y económicos del reino, es tarea imprescindible reconstruir cada una de sus etapas históricas, profundizando en aquellas situaciones especiales o extraordinarias que justificaron su actuación. Sólo de este modo podrán cubrirse lagunas e incluso ciertos enigmas que aún a día de hoy subsisten.

Contribuir a este objetivo es el propósito del documentado ensayo del profesor Suárez Bilbao, que ha centrado su investigación en uno de los momentos que la historiografía ha considerado más trascendentales del reinado de los Reyes Católicos: las Cortes de Toledo de 1480 y su plasmación jurídica, el Ordenamiento de 28 de mayo del mismo año. La importancia de las medidas adoptadas en aquella asamblea, la reorganización de la justicia y de la hacienda para la configuración de un *Estado*, la jura del príncipe Don Juan como sucesor, el acuerdo con la nobleza, la ruptura del orden político anterior... evidencian el protagonismo que se les ha dado como punto de inflexión en el tránsito a la «modernidad» en Castilla, aunque, como señala el autor, no hayan sido valoradas de igual forma por todos los historiadores.

La elección del año 1480 como objeto de investigación no es fruto del azar, dado que fue la fecha en que se sentaron las bases de los grandes principios políticos que presidirían el reinado. Razona Suárez que, a partir de entonces, España entra en el trance de convertirse en una comunidad integrada por personas de idéntica fe –se persigue a los herejes, se conquista Granada palmo a palmo, se expulsa a los judíos, se obliga a los moros a convertirse– y delimitada geográficamente por unas fronteras que, incluyendo Navarra –cuyo protectorado anuncia su futura incorporación–, van desde los Pirineos al estrecho de Gibraltar. Un periodo, por tanto, crucial para la comprensión del devenir histórico de España.

El libro que comentamos contribuye a aportar una visión revalorizadora del reinado de los Reyes Católicos, visión por otra parte cada vez más extendida, como muestran, entre otros, los trabajos de Carretero Zamora. Y el estudio de la evolución de las Cortes de Castilla en esta época se utiliza como cauce para conocer los importantes cambios institucionales que surgieron entonces e influirían durante un largo periodo histórico. Unas Cortes que asistieron a fenómenos trascendentales en el proceso de legitimación de la Monarquía, en el establecimiento de un nuevo marco fiscal y de una nueva clase política, así como en la creación de un nuevo marco institucional.

La estructura y competencias de las Cortes castellanas se había ido transformando al socaire de las vicisitudes que afectaron a las instituciones político-administrativas a lo largo de la Baja Edad Media, y concretamente en el siglo xv. Se reflejan durante ese periodo, mejor que en ningún otro, las distintas tesis que se han mantenido acerca de la institución. Mientras autores como Colmeiro, Torres López o Pérez-Prendes, han considerado que las Cortes castellanas fueron meras asambleas consultivas supeditadas al poder real, otros, como García de Valdeavellano, brindan una imagen de la asamblea castellana como órgano limitador y fiscalizador del poder regio, tanto en sus atribuciones jurídicas como en el desarrollo de los acontecimientos políticos. Y, entre ambos extremos, no han faltado posiciones intermedias, y así para Escudero las Cortes fueron a menudo asambleas cuya justificación radicó en legitimar las decisiones unilaterales del monarca, pero también en ocasiones, por fuerza de las circunstancias, fueron órganos que, con mayor o menor eficacia, limitaron o moderaron el absolutismo regio. Es este último planteamiento el que se puso de manifiesto en las Cortes de Toledo de 1480, y de ahí el interés de los Reyes Católicos por obtener el consenso y beneplácito de la asamblea.

De los múltiples fenómenos dignos de análisis de la reunión de 1480, Suárez ha puesto el punto de mira en aquellos que están en la base de la fijación de un modelo de representación del reino, subrayando que revisten especial interés por haber sido esa una de las aportaciones más decisivas del reinado y de mayor calado para el futuro: la fijación del perfil del procurador, la creación del estatuto de ciudad con voto en Cortes y la definición de las funciones básicas de la asamblea. Respecto a estas últimas considera que «con un mínimo rigor histórico no es posible sostener que en el contexto del abso-

lutismo monárquico, sobre todo a partir de la experiencia política de los Reyes Católicos, las Cortes hubiesen gozado de poderes como la plena facultad legislativa, el control de los actos de gobierno de la Corona, la exclusividad en materia de fiscalidad, el carácter vinculante de sus resoluciones y consejo a la monarquía, etc.» (p.27). Fija así su posición respecto al debate *–exclusivamente historiográfico*, en palabras de Carretero Zamora– acerca de las funciones de las Cortes según las tesis decimonónicas, aún vigentes en algunos aspectos, en las que pesaron más las razones ideológicas y los intereses políticos coyunturales de quienes escribían sobre la institución, que la verdad documentada de las funciones que realmente desempeñó la asamblea representativa en el periodo anterior al constitucionalismo. Planteamientos que coadyuvaron a transmitir una visión distorsionada, *«ajena a la verdad histórica»* –como señaló, sin obtener demasiado eco, Sempere y Guarinos en su excelente obra sobre la institución– acerca de su evolución institucional y basados en una documentación en muchos casos escasa y en otros confusa en lo que se refiere a sus verdaderas funciones. Señala Suárez Bilbao que tales errores son particularmente reseñables en la interpretación de las atribuciones que tuvo la asamblea castellana en época de los Reyes Católicos, en tanto que ese reinado fue considerado por la historiografía decimonónica como decisivo en la evolución histórica de las denominadas «Cortes tradicionales». Se transmitió así una idea mitificada sobre dicho periodo como el de mayor esplendor de aquellas reuniones representativas y en el que se logró la perfección del sistema medieval. A la difusión de esta tesis contribuyó en no poca medida Martínez Marina, primer propagador del estereotipo de unas Cortes tradicionales plenas de facultades frente a la Monarquía del Antiguo Régimen, con notable éxito entre la historiografía posterior.

Como punto de partida, el autor acomete la tarea de precisar, recurriendo a la abundante documentación existente sobre el reinado de los Reyes Católicos, cuáles fueron las verdaderas funciones que los monarcas otorgaron y los procuradores asumieron en cuanto asamblea representativa. Unas facultades que fueron diseñadas desde la Corona, puesto que sólo ésta poseyó la capacidad de convocar a las Cortes y definir las materias a tratar, aunque la importancia de las cuestiones que debían ventilarse impulsaran a los monarcas a emplear su característica prudencia.

Destaca como primera y principal función de las Cortes de los Reyes Católicos la de ser la instancia legitimadora de la Corona, convirtiéndose a partir de entonces en la institución que gozó de la plena capacidad para confirmar la legitimidad dinástica. La aprobación del nuevo sistema hacendístico fue la segunda función claramente definida en las asambleas de Isabel y Fernando, pues si bien el establecimiento del servicio de Cortes es muy anterior a este periodo, los Reyes Católicos supieron dotarle de estabilidad y forma precisa, definiendo el modelo a través de una nueva distribución territorial. Fenómeno, por tanto, específico del reinado, con enorme trascendencia para el futuro: todo un sistema fiscal que permitiría la constitución de la hacienda extraordinaria de los Habsburgo hasta la aparición del servicio «de millones» a fines del reinado de Felipe II.

Por último, y como complemento de las dos anteriores, señala el autor una tercera que constituyó la gran novedad funcional de las Cortes del periodo, y un legado para reinados posteriores, la de ser expresión de las inquietudes concejiles a través de la fórmula de «la petición particular en Cortes». Los cuadernos de petición particular de las ciudades con voto eran una tradición medieval que quedaba perfectamente recogida en las «actas de Cortes». Es sabido que los primeros ejemplares de cuadernos particulares conservados son posteriores a la muerte de Isabel la Católica, pero desde esa fecha, en todas las reuniones, con independencia del cuaderno general del reino –las mencionadas «actas de Cortes»– cada ciudad, a título personal, presentaba a la Corona de manera

individual y fuera de los debates ordinarios, un cuaderno donde constaban las peticiones específicas de cada concejo.

Sentadas tales premisas, la exposición se centra en el programa concreto que se diseñó en Toledo en 1480. Una reunión que los Reyes Católicos prepararon con detenimiento y de cuya importancia sustantiva da muestras el extenso encabezamiento con que comienza el texto del Ordenamiento. La ciudad de Toledo fue el marco escogido por los monarcas para llevar a cabo sus propuestas de renovación y en aquella fecha se ha datado la génesis de la Monarquía moderna en Castilla.

Con la convocatoria de Cortes se iniciaba el complejo proceso que había de concluir en la reunión de los representantes. El privilegio regio de la convocatoria era la máxima expresión de la autoridad real y, asimismo, el principal límite a la autonomía de las asambleas. Suárez Bilbao dedica un amplio apartado a arrojar luz sobre uno de los aspectos todavía más desconocidos de la vida de las Cortes de Castilla y León, el de su estructura institucional: sede, órganos, composición de las representaciones estamentales, actuación y funcionamiento. Se utilizan, en este caso, documentos procedentes del Registro de Cortes, que permiten apuntar dos novedades significativas, la creación de la diputación permanente y la presidencia de la asamblea.

La burocratización fue el mejor instrumento para el intervencionismo regio en el funcionamiento de las Cortes. Fue obra directa de los Reyes Católicos la creación de una verdadera burocracia cuyo proceso constitutivo, como aquí se indica, tiene su punto de arranque en torno a las Cortes de Toledo de 1480, cuando se introdujeron oficiales regios para gestionar el desarrollo de las reuniones: un presidente, un letrado asistente, un secretario y escribanos de Cortes. El presidente era la máxima jerarquía de esa burocracia, el ministro más destacado de la Corona en las Cortes, ocupándose de su dirección y actuando en la práctica como portavoz de los intereses de la Monarquía. Esta misión que los Reyes Católicos encomendaron en aquella ocasión a Gómez Manrique —que en el solemne acto de apertura pronunció el discurso o «razonamiento», cuyo texto afortunadamente se conserva— se fue consolidando en lo sucesivo y, primero por vía de hecho y más tarde *de iure*, constituyó una de las numerosas prerrogativas patrimonio de un cargo de confianza regia, la presidencia del Consejo de Castilla.

Con los Reyes Católicos la tendencia de la Corona castellana a erigirse en única fuente normativizadora del Derecho se acrecienta mediante dos mecanismos preexistentes, pero que se potenciaron en aquel momento: la generalización del sistema de pragmáticas, exponente máximo del poder legislativo exclusivo del monarca, con capacidad —como ya señaló Clavero— para derogar leyes «dadas en Cortes»; y el reconocimiento de la capacidad derogatoria de todo el sistema normativo, incluyendo usos, costumbres y privilegios. Por ello el Ordenamiento de 1480 tuvo una gran importancia, pues en algún modo supuso el punto de inflexión de una forma de legislar y gobernar en Castilla, siguiendo la tradición impuesta por Alfonso XI y las Cortes de Alcalá de 1348.

Los asuntos abordados en la reunión de 1480 son objeto de análisis pormenorizado a través de una exposición estructurada en varios bloques temáticos: materias políticas, económicas y judiciales, sin olvidar las referidas a las reformas municipales, sociales y de índole militar.

La primera decisión de la asamblea toledana fue el acto solemne del acatamiento y jura del príncipe heredero, un acontecimiento que parte de la historiografía tradicional —no por cierto Martínez Marina ni tampoco Juan de Mariana— presentó como un hecho secundario y sin demasiada trascendencia política. Suárez lo destaca como uno de los eventos más importantes de aquellas Cortes, no solo porque el juramento y reconocimiento del heredero era función primordial de la institución, sino porque en 1480 signi-

ficó el cierre provisional de la división del reino y la ratificación de Isabel y Fernando como opción política legitimada frente a los rescoldos de la oposición nobiliaria.

Las medidas económicas trataban de abrir las fuentes de riqueza pública para fortalecer el proyecto político de la nueva Monarquía. Así, el comercio fue objeto de normas dirigidas a su protección y desarrollo con el objetivo de agilizar los mercados interiores, defendiéndolos de las acometidas externas y adaptando el sistema monetario a la realidad financiera europea del momento. En estrecha relación se encuentran las reformas hacendísticas, particularmente el acuerdo sobre la reducción de mercedes y juros. Una medida conocida por haber atraído la atención de la historiografía tanto clásica como moderna, hasta el punto de eclipsar muchos otros asuntos tratados por aquellas Cortes.

Tradicionalmente se tendió a sobrevalorar el alcance económico de las reducciones de 1480, considerándolas como pilar de una hipotética –hoy ya rechazada– política anti-nobiliaria de los Reyes Católicos. Suárez Bilbao, como ya apuntara Haliczzer, sostiene que fueron unas medidas hacendísticas que, inevitablemente, adquirieron proyección política, pues demostraron la fortaleza de la nueva Monarquía para imponer sus criterios a una nobleza, hasta entonces, reacia a los imperativos regios. La aplicación de las declaratorias perseguía dos fines precisos: determinar los justos titulares de las mercedes, para garantizarles la percepción de unas rentas antes inciertas, e incrementar los recursos de la Corona. De ahí concluye el autor que los dos grandes beneficiarios de la política de declaratorias fueron la Monarquía y la nobleza. A este respecto, las alusiones de Clemencín y la documentación del archivo del Ministerio de Hacienda, publicada por Matilla Tascón, se enriquecen en esta obra con la aportación de un valioso material, hasta ahora inédito –que completa la copia existente en Simancas– procedente de la Real Academia de la Historia, que sustenta con solidez las conclusiones extraídas y que, sin duda, será básico para ulteriores estudios que contribuyan a dar respuesta a los interrogantes que plantea el autor sobre un tema que no considera cerrado.

El análisis de las reformas judiciales se inicia, en buena lógica, con la atinente al Consejo Real de Castilla. La fijación en 1480 del número de sus miembros y la cualidad de los mismos tenía como objetivo evitar las presiones nobiliarias del pasado y, primordialmente, transformarlo en un organismo profesional de la administración. Como ya señalaron, desde diversos planteamientos, Suárez Fernández, Clavero o De Dios, la eficacia del Consejo *creado* por los Reyes Católicos obedeció a la singularidad política del reinado. La Monarquía, al imponerse a la nobleza y a las ciudades, pudo llevar a efecto el programa institucional que había diseñado sin cortapisa política alguna.

Además de su estructura orgánica, las nuevas disposiciones regularon su funcionamiento ordinario en aras a la agilización del despacho de los negocios por un organismo dotado de amplísimas competencias ejecutivas, normativas y de gracia y merced, amén de las jurisdiccionales, que ejercía por delegación y en nombre del rey, y que, como señaló De Dios, el Consejo tendió a acumular favorecido por la indeterminación legal al respecto.

Suárez Bilbao analiza con detenimiento la función judicial del Consejo, dado que esta cuestión aparece de forma reiterada en el Ordenamiento de 1480. Un organismo en cuya finalidad y origen prevalecía la función del gobierno sobre la de la justicia, pero que tenía reconocida la facultad para conocer de todos los pleitos que se llevasen ante el rey, sin que se aceptase contra sus decisiones otro recurso que el de duplicación o, excepcionalmente, el de revisión ante el propio Consejo. Se estableció, pues, de forma clara la supremacía judicial del sínodo sobre el resto de los tribunales, quedando estrechamente vinculados al Consejo los alcaldes de Casa y Corte.

Las reformas en materia judicial afectaron también a la Real Audiencia y Chancillería, tribunal superior de los Reyes Católicos. Las Cortes de Toledo fueron el primer

paso eficaz para su organización, de modo que a partir de entonces la Audiencia recuperó el prestigio de épocas pretéritas. Estas y otras medidas, como las encaminadas a regular la actuación de los abogados o la atención a la figura del fiscal, translucen la clara preocupación de los monarcas por la justicia.

Entre las claves para la consolidación del poder real se hallaba la necesidad de independizarse de otros poderes, hasta entonces tuteladores de la actividad política plena del monarca. Una de esas instancias de poder –quizás la más rotunda– era el Pontificado. Los Reyes Católicos participaron de ese nuevo espíritu que animó a otros monarcas de la Europa occidental en la construcción del «Estado moderno», cuyo ideal centralizador precisaba de la determinación de competencias, incluidas las que el Papado ostentaba. Suárez se refiere a ello en un interesante apartado sobre el planteamiento de la cuestión del patronato regio ante las Cortes, donde se manifestó la insoslayable necesidad de adoptar dos medidas concretas: rescatar los beneficios para el disfrute exclusivo del clero nacional, a fin de elevar el nivel de éste con la esperanza de mejores retribuciones; y el monopolio regio de las designaciones episcopales.

Uno tras otro, en el texto se desgranar y analizan los asuntos de mayor envergadura abordados en la reunión de Toledo. Y así la reforma e impulso de antiguas figuras administrativas territoriales, como los corregidores, cargo al que se atribuyen nuevas competencias y se racionaliza con criterios burocráticos. O la que afectó a las Órdenes militares –que tan brillante papel desempeñaron en la Guerra de Granada–. O, en fin, otras de índole social, destacando la incidencia de las medidas adoptadas sobre la población judía en la asamblea de 1480 –que supuso un drástico cambio de lo que hasta entonces había sido una política «comprensiva» con aquellas comunidades– como desencadenante de su expulsión en 1492.

Corolario de todo ello es que si en el ámbito político las Cortes de 1480 supusieron el marco ideal para la clarificación de la situación de la Monarquía, incluso la adscripción de una legitimidad propia discutida al inicio del reinado, otro tanto puede decirse en el terreno de la organización político-administrativa. Al margen de estériles polémicas sobre si las medidas adoptadas en Toledo pueden ser consideradas el origen del «Estado moderno» plenamente constituido en Castilla, es incuestionable la trascendencia y carga de futuro que tuvieron en la progresiva centralización de las decisiones políticas y en la creciente especialización de las más altas instituciones administrativas del reino. Puede considerarse que la obra de las Cortes toledanas de 1480 puso punto final a una larga lucha entre dos modelos, dos concepciones ideológicas, en relación al poder real: la centralista, de raíz romano-canónica, auspiciada por la Corona y los elementos más dinámicos de la sociedad; y la nobiliaria, propia del pensamiento más tradicional de origen germánico.

La ley pactada con aquellas Cortes, el Ordenamiento de 1480, se convirtió en un principio de autoridad para la nueva Monarquía, una autoridad ejercida a través de la ley, que se manifiesta en la administración de justicia. Sobre esta base se había construido el *pactismo*, como un acuerdo entre el rey y el reino. Un Ordenamiento que Suárez Bilbao califica como la primera Constitución de España, «entendida como se entendía entonces, como expresión del Derecho, la sociedad y economía que constituía el Estado, no como una realidad nueva creada por un grupo de hombres según su criterio, como creían que era posible en el siglo XIX» (p. 257).

Parte integrante, e imprescindible, de la obra es su *Apéndice documental*. En él se recoge un extenso documento, hasta ahora inédito, de la Real Academia de la Historia, Colección Salazar y Castro, concretamente el legajo K-85, que reproduce el texto completo de las Declaratorias. La valiosa aportación de este ejemplar y el conjunto de cédulas y albaes que acompaña constituye una base sólida que da cuerpo y originalidad a

la investigación sobre aquella asamblea toledana en la que se diseñó todo un programa político, básico en la construcción de la nueva Monarquía.

Un trabajo riguroso que tiene la virtud de arrojar luz sobre muchas cuestiones y, a su vez, el mérito no menor de plantear interrogantes que sólo podrán despejarse cuando, como en este caso, aflore nueva documentación. Todo un reto para futuros investigadores. En suma, este sugerente estudio de las Cortes de Toledo de 1480 –y del Ordenamiento que da a conocer las consecuencias de aquella reunión– contribuye, desde el preciso y fundamental escenario escogido, a la comprensión de una institución cuyo modelo, con evidentes matices, se proyectaría durante todo el periodo de los Habsburgo.

SARA GRANDA

SZÁSZDI LEÓN-BORJA, István, *Juan Ponce de León y su época. Estudios institucionales de la conquista*. Diputación, Valladolid, 2011, 179 pp. ISBN: 978-84-7852-301-6.

El 2 de marzo de 2010 se cumplió el quinto centenario de la real cédula por la que Fernando el Católico nombraba a Juan Ponce de León gobernador de la isla de San Juan Bautista, actual Puerto Rico. Para conmemorar tal evento varias fueron las actuaciones programadas. Entre ellas, la visita del actual gobernador de la isla caribeña a Valladolid y la celebración de un congreso científico sobre el quinto centenario de la gobernación de Puerto Rico. Y es a esta efeméride a la que el puertorriqueño Prof. Szaszdi, Director Ejecutivo de la Comisión del V Centenario, ha querido sumarse con la edición de la presente monografía, integrada tanto por anteriores estudios suyos (ahora nuevamente revisados) cuanto por otros nuevos. Esta estructura de la obra permite la aproximación a una temática que si en principio puede parecer meramente descriptora de acontecimientos históricos, ofrece sin embargo al historiador de las instituciones indianas unas enriquecedoras aportaciones sobre cinco importantes temas.

El primero de ellos es el del clientelismo, eficaz mecanismo de interrelación social de la época que nos facilita la comprensión de las vías de acceso a puestos de responsabilidad en el continente americano por parte de toda una serie de personajes, como fue por ejemplo el caso del propio Juan Ponce de León (*Juan Ponce de León y el infante D. Fernando de Habsburgo. Clientela y gobierno en el 1500 antillano*). A tales efectos el autor expone la vinculación de Ponce de León con el infante Don Fernando de Habsburgo y, en especial, las conexiones que estableció en la corte de los Reyes Católicos con altos personajes, circunstancia que le facilitó su acceso al todavía ignoto territorio americano. Decisiva fue a estos efectos su cercana relación con el gobernador de las Indias, Nicolás de Ovando. Éste fue en definitiva quien le encomendó la empresa de la conquista y colonización de la isla de San Juan Bautista, siendo su éxito en dicha empresa lo que le reportó la concesión del título de gobernador.

Un segundo tema para el que también sirve de ejemplo paradigmático Ponce de León es el referente a las dificultades y problemas que conllevó no ya sólo el descubrimiento y conquista del territorio americano sino también, y sobre todo, su pacificación y colonización (*Juan Ponce y los indios de Puerto Rico*). En el caso de la isla caribeña tales cometidos se inician tras su conquista en 1508, procediéndose a la fundación de la capital, Caparra, en 1509 y a la puesta en práctica de instrumentos pacificadores, como fueron los pactos de *guaitiao* establecidos con los más importantes caciques

indígenas. Pero este proceso, lento y complicado, no fue lineal sino que conoció inflexiones, como la ocurrida en 1510 con la rebelión indígena de la zona occidental y sur puertorriqueña. La destitución de Ponce de León, como consecuencia del reconocimiento judicial de los derechos hereditarios de Diego Colón sobre la isla, supondrá un paréntesis en la intervención de Ponce, quien reconducirá su actuación hacia nuevos descubrimientos y conquistas como fue el de La Florida en 1520.

El tercer importante problema abordado en la obra es el referido a los inicios de la encomienda indiana (*La naturaleza medieval original de la encomienda indiana*). A tales efectos el autor subraya los dos distintos tipos de soluciones iniciales al problema de la explotación del indio. Por un lado la colombina de repartimientos, sistema en el que priman esencialmente intereses económicos y de explotación laboral. Por otro lado el de la encomienda de indios, sistema que se establece durante la tercera gobernación y que comienza a practicarse por el gobernador Nicolás de Ovando, concretamente a partir de una real provisión de 20 de diciembre de 1503 que autorizaba la encomienda de indios. Poco a poco la práctica de la institución se irá concretando, sobre todo en su delimitación temporal, al prohibir don Fernando el Católico en 1509 la encomienda de por vida y limitarla a una duración de uno o dos años. Pero en este lento proceso de instauración de la encomienda indiana una de las primeras manifestaciones que el Prof. Szászdi estudia es la que se detecta en la información que el Rey Católico mandó hacer en 1501 sobre el posible establecimiento de una encomienda santiaguista a favor de Gabriel Varela, caballero de dicha orden. Aunque el proyecto no llegó a prosperar, debido al dictamen negativo que al respecto emitió el gobernador Nicolás de Ovando, su valor de antecedente de la encomienda indiana resulta incuestionable (*Compostela de Azua y el comendador Gallego, un contino entre África y las Indias. El inicio de la encomienda indiana*).

Igualmente es una cuestión que reviste el mayor interés institucional la relativa a los años iniciales del establecimiento de la Iglesia en Indias y, en concreto, de las dificultades que entrañó su dotación económica (*El licenciado Alonso Manso, natural de Becerril de Campos y el nacimiento de la Iglesia indiana*). En principio, el hecho de que la bula *Inter caetera* exigiera la evangelización de los naturales de las Indias, como obligada condición para la adjudicación papal de la soberanía a los reyes castellanos, determinó el necesario nacimiento de una iglesia misionera que llevara a cabo tan dificultosa empresa. A tales efectos las negociaciones con la Santa Sede para la puesta en práctica de dicha labor fueron lentas y complejas. Las primeras bulas papales de Julio II de cuatro de noviembre de 1504 aprobatorias de las tres primeras diócesis no obtuvieron de inmediato el pase regio. Tal vez la moratoria fue debida a la insatisfacción real por no contemplarse en los documentos papales todas y cada una de las exigencias pedidas, especialmente el reconocimiento de la capacidad real para delimitar los espacios diocesanos. Era ésta una cuestión importante pues, según estuvieran más o menos poblados dichos distritos, los diezmos pagados por su población permitirían dotar económicamente al clero y construir los pertinentes edificios religiosos. Pero la pobreza del territorio fue un hecho incuestionable que retrasaba dicha dotación, hasta el punto que en 1508 el Rey Católico debió autorizar a que en La Española se usaran los diezmos eclesiásticos para sufragar la construcción de iglesias. Será en 1511 cuando la bula *Romanus Pontifex*, que obtiene el pase regio, cree la diócesis de Concepción de la Vega con sede en Puerto Rico, articulándose como diócesis sufragánea de Sevilla. Para titular de la nueva diócesis fue nombrado Alonso Manso, canónigo de Salamanca, quien había desempeñado la dignidad de sacristán mayor de la capilla del príncipe don Juan, primogénito de los Reyes Católicos, y que gozaba del aprecio y confianza de éstos. Manso fue consagrado obispo en Sevilla y llegó a su diócesis de Puerto Rico en la Navidad de 1512, organizando a partir de entonces la labor misionera y de construcción de iglesias.

Por último, una mención aparte merece el estudio del Prof. Szászdi sobre los continos (*Los continos de don Cristóbal Colón*). En definitiva estos personajes no eran sino fieles servidores que gozaban de la máxima confianza de sus señores a cuyo servicio habían entrado, en ocasiones desde temprana edad. Los hubo prototípicamente al servicio de los reyes (contininos reales), pero también los hubo al servicio de altos personajes. Este último fue el caso de Colón, quien para cometidos diversos de sus empresas americanas se sirvió de sus propios contininos. Ya desde el segundo viaje, Colón logró que los Reyes Católicos aceptaran su propia comitiva de contininos frente a los intentos por parte de aquéllos de rodearle de contininos reales. El tema tuvo interesantes implicaciones para la más temprana historia institucional de las Indias porque ayuda a comprender la razón que motivó el nombramiento de ciertos personajes en puestos de delegados, tenientes, justicias, alguaciles etc., que efectuaron tanto los reyes como el Almirante o su hijo don Diego.

De cuanto antecede fácilmente puede deducirse que la heterogeneidad de los temas integrados en la obra del Prof. Szászdi impide que el conjunto responda a una estricta unidad temática. Ahora bien, en contra de lo que pudiera pensarse, la totalidad de las páginas de la obra se encuentra recorrida por dos elementos vertebradores que le prestan en definitiva la unidad y coherencia de la que por su temática carece: la cronología y la metodología empleada. Porque, en efecto, los estudios incluidos en la obra están todos ellos ubicados en los años iniciales del descubrimiento y conquista de América, un período cronológico del máximo interés ya que, debido a las deficiencias de las fuentes históricas y documentales, no nos es todavía bien conocido. Pero es que, además, la unidad del conjunto queda reforzada por el nexo metodológico empleado, por la perspectiva institucional adoptada para abordar los diversos temas tratados.

El resultado es una obra bien escrita cuyo rigor científico es producto de un riguroso aparato crítico y documental de la máxima solvencia. De aquí su indudable calidad y el interés que encierra para quienes estudien estas instituciones indianas durante los primeros años de su instauración y funcionamiento.

A. BERMÚDEZ

TODD, Emmanuel, *L'origine des systèmes familiaux*, t.1, *L'Eurasie*, Gallimard, Paris, 2011, 755 pp. ISBN: 978-2-07-075842-5.

C'est comme prévisionniste qu'Emmanuel Todd s'est fait connaître. Son premier ouvrage en effet prédisait la chute de l'URSS une quinzaine d'années avant qu'elle ne se produise¹. Si cette réputation n'a rien d'usurpé, elle ne saurait occulter la vraie nature et la portée scientifique de l'œuvre de l'un des meilleurs démographes et historiens français. Il ne faut pas oublier en effet que l'analyse prospective s'inscrit dans un paradoxe cher à l'historien, mais qui échappe souvent au grand public: seule une solide et exacte connaissance du passé permet de se projeter dans le futur. Il est donc tout naturel qu'Emmanuel Todd, surtout connu pour ses visions d'avenir, produise une monumentale étude d'anthropologie historique dont nous présentons ici le premier tome², dans laquelle il remonte aux sources de la famille. La famille et son organisation constituent

¹ *La chute finale, essai sur la décomposition de la sphère soviétique*, 1976.

² Le tome 2, en cours de réalisation, traitera de l'Afrique et du nouveau Monde.

en effet le cœur des préoccupations de ce disciple de Laslett et de l'école de Cambridge. Dans ses premiers travaux, constatant l'étrange superposition des cartes des systèmes familiaux et des idéologies, et ne croyant pas, en l'espèce, aux coïncidences, il avait eu l'intuition d'établir un lien entre les structures familiales et la diversité des organisations politiques et sociales. Ce nouvel ouvrage se situe dans le prolongement de ces travaux –on ne saurait parler d'aboutissement tant la pensée d'E. Todd est féconde et audacieuse–. Toutefois, à l'issue de plus de quarante années de recherches consacrées à la famille, ce ne sont plus les effets des structures familiales sur les idéologies qui passionnent notre chercheur –et par suite ses lecteurs!–, mais le processus de différenciation des types familiaux. C'est ce qui le conduit, dans cette vaste enquête, à remonter le temps pour reconstituer l'évolution des formes familiales à l'échelle de la planète. La conclusion de ses recherches est révolutionnaire et tient dans l'identification d'une organisation familiale originelle commune que l'humanité partage : la famille nucléaire. Tombent ainsi deux préjugés: ce que l'on a longtemps tenu pour une marque de modernité, la famille conjugale, est un archaïsme, et la diversité familiale, loin d'être originelle, est le produit de l'évolution historique. Mais avant d'entrer dans le détail de la démonstration, il convient de dire quelques mots de la démarche de l'auteur.

E. Todd aime à se présenter en chercheur plus qu'en intellectuel. C'est une façon pour lui de s'inscrire dans une longue chaîne de penseurs, dont il revendique l'héritage sans toutefois renoncer à son indépendance. La singularité de la démarche scientifique d'E. Todd tient en effet dans l'utilisation critique des travaux de ses prédécesseurs. L'exacte connaissance qu'il en a, lui permet d'y puiser de multiples données, sans jamais tenir aucune vérité pour acquise. Il se laisse conduire par les indicateurs qu'il recense. Ainsi, quand la démonstration l'y contraint, il peut sans réserve, se démarquer du structuralisme de Levi-Strauss, critiquer les grecs et les auteurs classiques qui s'en sont inspirés, égratigner Max Weber, corriger Le Play... et réfuter des thèses depuis longtemps établies. Il s'inflige le même traitement, reconnaissant ses erreurs passées, les failles de son raisonnement, les incertitudes de sa documentation, la fragilité de certaines de ses hypothèses. On est également séduit par l'étonnante érudition d'E. Todd. Pour les besoins de son enquête, il a réuni une quantité impressionnante de connaissances de tout ordre. Des données chiffrées bien sûr, car en bon démographe, notre auteur aime compter et décompter ; mais derrière les pourcentages précis, tirés de recensements de populations minutieusement analysés, se profilent des familles bien vivantes. Telle est la force évocatrice de l'écriture d'un chercheur à qui les chiffres parlent d'une manière bien particulière. Il voit, et donne à voir des hommes et des femmes vivant en famille, des groupes qui se forment et évoluent au fil des besoins et des circonstances. L'éclectisme et l'exhaustivité de la documentation permet à cet ogre de lecture de dresser une fresque étonnamment animée. Il recourt pour cela à l'anthropologie bien sûr –l'un des avantages, non négligeable, de cet ouvrage est qu'il dispense de la lecture des études anthropologiques majeures qui sont ici remarquablement commentées et critiquées–, mais aussi à l'archéologie, à la géographie, à l'histoire, à la religion, au droit, à l'art, qui lui fournissent autant d'éléments explicatifs³. C'est ainsi que l'hystérisation de l'érotisme indien lui offre l'indice de l'abaissement du statut de la femme en Inde, tandis que les statuettes mésopotamiennes qui représentent des couples suggèrent selon lui des relations conjugales égalitaires. Il offre ainsi à son lecteur un véritable plongeon dans l'histoire des civilisations, propre à adoucir l'austérité d'une approche quantitative et rigoureuse. Fruit d'une érudition qui n'est ni sèche, ni écrasante, cette somme formi-

³ Il n'est pas possible de rendre compte ici de la richesse des sources exploitées, mais la bibliographie de plus de 70 pages est un outil précieux.

dablement documentée reste néanmoins didactique. Notons de surcroît que la construction de l'ouvrage, en chapitres indépendants les uns des autres permet une lecture séquencée selon les approches régionales que l'on privilégie.

Espace et temps

Le projet initial d'E. Todd en écrivant ce livre était d'expliquer la diversité des formes familiales. Son enquête l'a alors conduit à cette découverte inattendue: la famille nucléaire bilocale ou indifférenciée constitue le modèle familial originel commun à toute l'humanité. Révolution scientifique qui tient en quelques lignes seulement, elle est le fruit d'une magistrale recherche dont l'intérêt réside aussi dans le processus déductif. L'auteur en effet se plaît à raconter d'un ton léger que, prisonnier de la pensée structuraliste, il ne parvenait pas à expliquer la diversité familiale observée dans le monde. C'est un ami linguiste qui, au hasard d'une conversation, le met sur la voie. L'approche diffusionniste en effet, dont les linguistes sont familiers, permet d'opérer un lien entre l'espace et le temps; mieux, de remonter le temps à partir d'une représentation cartographique. Elle consiste à chercher dans les systèmes périphériques, la trace du système archaïque, progressivement repoussé par un système innovant diffusant à partir d'un centre. La cartographie de la répartition des systèmes familiaux actuels sur l'ensemble des territoires considérés fait ainsi apparaître ces centres de diffusion, à partir desquels il est possible de tirer un jeu d'hypothèses explicatives de l'évolution. Fort de cette méthode, que Marc Bloch et son approche régressive n'aurait pas reniée, notre historien se lance dans un travail ambitieux, qui embrasse l'ensemble de la planète et remonte aux origines les plus lointaines. Il ne s'assigne d'autres limites que celles du monde connu. Ainsi, après avoir rappelé les concepts fondamentaux en anthropologie et proposé une nouvelle typologie de 15 catégories de formes familiales (qui constitue un indéniable apport technique), E. Todd dresse la carte de la répartition des systèmes familiaux en Eurasie, à partir d'un échantillon représentatif de 214 ethnies. Cette vue d'ensemble fait alors clairement apparaître, un centre de diffusion qui regroupe les familles communautaires, une zone intermédiaire où domine la famille souche, tandis que les familles nucléaires subsistent surtout à la périphérie. Ainsi, en suivant le principe du conservatisme des zones périphériques, il est possible non seulement d'établir avec certitude que les systèmes bilocaux et nucléaires présents en Eurasie sont «les restes d'un système caractéristique de toutes les populations placées entre l'Atlantique et le pacifique» et que la famille nucléaire est l'archétype familial originel, mais surtout de reconstituer dans ses traits généraux le processus de différenciation qui a mené aux émergences, successives ou simultanées, des divers types anthropologiques. La représentation cartographique relativement simple dans sa présentation synchronique est ainsi complétée par l'analyse historique qui révèle alors toute sa complexité. La même méthode et le même raisonnement se déclinent ensuite par région, au fil des chapitres. Mais le lecteur n'aura aucune impression de répétition tant les processus de différenciation décrits sont différents, qu'il s'agisse de la Chine, du Japon, du Sud-Est asiatique, du sous continent indien, de l'Europe ou du Moyen-Orient. D'autant que les reconstitutions historiques régionales contiennent des «pépites» que nous laissons le lecteur découvrir. L'historien appréciera tout particulièrement les lignes dédiées à la famille romaine, longtemps érigée en modèle, et dont on découvre qu'elle fait désormais figure d'exception dans le processus d'évolution des formes familiales.

Complexité et simplicité

Petite révolution incidente, il résulte de cette approche que, contrairement à la vieille sociologie historique qui retraçait une évolution de la complexité vers la simplicité, c'est-à-dire du communautarisme vers l'individualisme, la famille a suivi le mouvement inverse. Ne pouvant toutefois se satisfaire d'une simple hypothèse, Emmanuel Todd s'attache à retracer avec précision les étapes de l'émergence des systèmes complexes. Ainsi, à l'origine, la famille bilocale au sein de laquelle les valeurs sont indifférenciées, est souple et flexible. Rien n'exige en effet des règles rigides ou figées d'organisation. Une première étape est franchie avec l'adoption du principe de primogéniture, qui donne naissance à la famille souche. Cette forme de famille, plus complexe, repose sur les principes d'autorité et d'inégalité, puisqu'elle suppose de désigner parmi les descendants, un élu et des exclus. La sédentarisation, l'agriculture et l'impression d'un monde plein participent assurément à l'émergence de règles précises, relatives à la transmission du patrimoine. La deuxième étape permet l'introduction du principe patrilinéaire, d'origine non pas indo-européenne comme on l'a longtemps prétendu, mais sémitique, et même plutôt sumérienne, sans doute importé par les envahisseurs nomades. Enfin, dans une troisième étape, on voit le communautarisme naître de la superposition entre le système souche inégalitaire et la patrilinéarité symétrisée des nomades. Reposant sur les principes d'égalité et d'autorité, la famille communautaire est complexe mais surtout fortement contraignante.

Tout en faisant l'éloge de la simplicité, tant comme principe premier d'organisation familiale que comme principe de démonstration, E. Todd ne se laisse jamais abuser par les apparences, ni tenter par les évidences. Convaincu qu'il existe, en anthropologie, une relative proximité entre un concept et son contraire, il s'attache à déjouer les pièges de l'histoire. Ce qui donne lieu alors à des constructions argumentatives originales et ... fortement complexes! On appréciera particulièrement le concept de résistance, formidablement manié par l'auteur, qui conduit à des innovations radicales. Constatant, par exemple, qu'en Chine la famille matrilocale correspond au front de contact entre innovation et résistance, il l'analyse comme «une réaction négative, dissociative de milieux originellement bilocaux confrontés à l'avancée du principe patrilocal». Il évoque alors de façon générale un fantasme du matriarcat: invention des peuples patrilocaux, le matriarcat n'est autre que la perception qu'un groupe patrilinéaire a de populations encore bilatérales. C'est ainsi que les observateurs grecs et romains, fortement patrilinéaires, ont eu tendance à grossir le trait matrilinéaire des sociétés bilinéaires qu'ils rencontraient et dont ils ne comprenaient pas l'organisation. Ils ont «tendu le piège dans lequel tomberont les savants européens du XIXe s: celui d'un passé barbare matrilinéaire s'opposant à une civilisation patrilinéaire par essence», alors qu'en réalité, ces sociétés barbares étaient indifférenciées. Ce principe de résistance vaut aussi pour les mariages. Ainsi, notre anthropologue démontre que le mariage entre cousins posant l'interdit dans la branche paternelle, doit être considéré comme la réaction d'un groupe originellement bilocal à l'avancée patrilinéaire, un moyen de préserver en quelque sorte la branche maternelle, attaquée par la patrilinéarité.

La femme est l'avenir de l'homme

Les conclusions d'E. Todd sont «renversantes» au sens propre, puisqu'elles inversent la vision du monde. C'est d'abord la notion même de progrès qui se trouve entaillée, tandis que Max Weber et les théories évolutionnistes reçoivent un sérieux coup de griffe. Ce que l'on croyait moderne, la famille nucléaire, est en fait la forme la plus

archaïque d'organisation familiale. Après avoir longtemps décrit l'évolution comme une marche irréversible vers l'individualisme, l'individu s'émancipant progressivement des formes de vie sociale contraignantes, communautaires, pour s'épanouir dans une famille conjugale moderne et surtout libérale, on doit admettre le contraire. La famille à l'origine est non seulement souple mais surtout n'affiche pas de préférence, ni en faveur d'une branche, ni en faveur d'un héritier particulier. La mondialisation de l'étude offre aussi une autre vision de l'occident et de son développement. Car bien que L'Europe n'ait pas contribué aux inventions majeures: écriture, agriculture, ville, État, elle a été par la suite plus innovante que le reste du monde. C'est le paradoxe de l'Europe qu'E. Todd expose. Partant de l'hypothèse que les règles autoritaires qui apparaissent progressivement pour organiser les groupes familiaux sont autant d'obstacles à l'innovation, il en déduit que l'Europe, restée plus longtemps proche de la forme originelle, a échappé à des évolutions familiales paralysantes pour le développement. La conclusion remet en cause la vanité du monde occidental «qui s'est un peu facilement habitué depuis Max Weber à rechercher dans telle ou telle spécificité de sa culture, la clef de son succès historique». Autre inversion des valeurs, E. Todd, sans aucun parti pris féministe, tient l'abaissement du statut de la femme, qui accompagne l'émergence et l'adoption du système patrilinéaire, comme un facteur d'explication de l'arrêt civilisationnel. A l'inverse, le statut élevé de la femme constitue la preuve d'un système de parenté indifférencié. Étonnamment, la femme qui vivait à l'origine, dans une famille conjugale bilocale, bénéficiait d'un statut au moins égal à celui de l'homme... Dans ce domaine aussi, le progrès n'est pas manifeste. Enfin, E. Todd ne néglige pas la question du mariage qui donne lieu à des développements spécifiques au sein de chaque chapitre. Outre la question du mariage musulman sur laquelle il apporte des éclairages très novateurs, il défend l'idée selon laquelle, le mariage est tautologiquement essentiel à la vie de couple. Le lien conjugal s'affaiblit quand il perd son exclusivité au profit d'autres liens familiaux structurants. La fragilité du lien conjugal serait ainsi une construction de l'histoire et non pas l'expression de la «nature» du mariage.

L'origine des systèmes familiaux est une invitation au voyage, dans le temps et dans l'espace, puisqu'il s'agit de lire l'évolution des structures familiales en parcourant le monde. Et l'on chemine facilement aux côtés d'Emmanuel Todd, stimulé par l'ambition d'une pensée audacieuse, innovante et laborieuse au sens noble du terme, trop rare pour ne pas être soulignée et qui excuse les quelques failles de la démonstration... D'autant qu'il en faut pour susciter la polémique!

NATHALIE GOEDERT

VV. AA.: *El poder del dinero. Venta de cargos y honores en el Antiguo Régimen* (Francisco Andújar Castillo y María del Mar Felices de la Fuente, eds.), Biblioteca Nueva, Madrid, 2011, 358 pp. ISBN: 978-84-9940-274-1.

Con este interesante libro colectivo se da un paso más en el muchas veces complejo análisis de la venalidad de honores y oficios públicos –tanto por parte de la propia monarquía como entre particulares– en el extenso marco territorial de la Monarquía Hispánica (y de Portugal) en los siglos de la Edad Moderna, con el objetivo indisimulado, señalado por sus editores en la Presentación, de introducir nuevas metas y perspectivas que impidan que esta importante materia entre en «fase aguda de rendimientos

decrecientes». La senda abierta allá en los ya lejanos años setenta del siglo xx por los insignes profesores A. Domínguez Ortiz y F. Tomás y Valiente parece no decaer por el momento, sino incrementarse con novedosas aportaciones –entre las que se encuentra el volumen que reseñamos en estas páginas, amén de otros muchos trabajos notables, y otros no tan valiosos, aparecidos a partir de la última década del siglo pasado–, referidas a distintos ámbitos materiales y espaciales. Se unen, por tanto, en esta publicación el mérito de constituir a través de los diecisiete artículos que comprende una puesta al día de las investigaciones acerca de las prácticas venales en la España de la Modernidad, con el de plantear otros enfoques y horizontes temáticos y territoriales de gran trascendencia, en ocasiones transitados ya en parte por los estudiosos.

Abundan en este libro, como por otra parte no podía ser menos puesto que la formación y procedencia intelectual de sus autores es muy variada, las investigaciones elaboradas desde una perspectiva económica, política y social (puntos de vista que corren parejos a los problemas y preocupaciones de esa época: las acuciantes necesidades monetarias de la Corona; la intrínseca necesidad «del buen gobierno», idea tan querida y presente en esos siglos del Antiguo Régimen; y la determinación de la composición y movilidad de la sociedad en general y de las oligarquías urbanas en particular). Por el contrario, casi brilla por su ausencia el análisis histórico-jurídico e institucional de este amplio y generalizado proceso de venalidad, llevado a cabo por la Monarquía Hispánica de los siglos de la Edad Moderna como recurso para obtener dinero, y así paliar la penuria crónica de la hacienda regia y poder hacer frente a sus innumerables gastos, especialmente a los derivados de las frecuentes guerras en las que se vio inmersa España en esos siglos.

En definitiva, con una estructura bien trazada y una sistemática adecuada, el presente volumen nos adentra en el enrevesado mundo –sorprendente desde los parámetros actuales– de la venalidad de los cargos y honores, contemplado, como hemos indicado antes, desde diversas perspectivas y en ámbitos materiales y espaciales dispares, que no temporales, ya que todos los trabajos que lo componen se circunscriben a los siglos xvi, xvii y xviii, estos dos últimos sobre todo; siglos de la Modernidad durante los cuales, desde mediados del xvi y sin solución de continuidad hasta comienzos del xix, se generalizó con aquiescencia e impulso regio esta política de ventas casi indiscriminadas de innumerables oficios públicos y honores, y subyacente a ellas incontables transacciones privadas de los mismos.

Así, aparte de consideraciones metodológicas, se estudian en las diferentes colaboraciones que integran este trabajo conjunto las enajenaciones en la esfera de los oficios municipales, de los cargos militares y de justicia, de los honores y de las naturalizaciones. Y, además, lo hacen sin limitarse a lo acontecido en el escenario más explorado de la Indias y los territorios castellanos (no así en los aragoneses), sino ampliando su mirada a otros confines que formaban parte de la Monarquía Hispánica como Flandes, y aun a las tierras portuguesas, no olvidemos, incorporadas a la Corona española desde 1580 a 1640.

Los cinco apartados en que se divide el libro abordan con perspicacia y minuciosidad esas diferentes perspectivas y ámbitos que hacen de esta publicación una investigación completa y coherente del complicado universo de la venalidad en la época moderna, siendo esta apuesta una de los principales valías de este trabajo colectivo.

Las cuestiones conceptuales tratadas en el primer apartado se presentan en cuatro interesantes artículos que nos proporcionan y proponen diferentes metodologías y enfoques, algunos de ellos de indudable actualidad en estos momentos.

En concreto, en el primero Jean Pierre Dedieu plantea algunas sugerencias importantes, indicando que estas cuestiones hay que estudiarlas teniendo en consideración el

hecho mismo de las enajenaciones con todas las implicaciones que llevan consigo, junto con el contexto cultural y político en que se desenvuelven. A este último contexto se dedica el segundo trabajo, elaborado en colaboración por el citado Dedieu y Andoni Artola Renedo, en el que explican la evolución de este fenómeno de las ventas desde su consideración como una práctica casi normal, aunque con sus limitaciones, en la mentalidad de los hombres del Antiguo Régimen, hasta su estimación como algo totalmente inaceptable en el sistema político arrumbado por la revolución liberal.

Por su parte, Michel Bertrand en un esclarecedor trabajo nos informa sobre la corrupción y su relación con la venalidad en el ámbito concreto de la Real Hacienda de las Indias, exponiendo los distintos planteamientos desde los que se pueden estudiar las actuaciones corruptas. Finalmente, Francisco Andújar Castillo, partiendo del examen de las diferencias existentes entre oficios vendidos y beneficiados, se ocupa de los contratos de ventas de empleos públicos, incidiendo sobre todo en las cláusulas más frecuentes que solían incorporar.

Al ámbito específico de la vida municipal se dedica el bloque segundo, que comprende tres atractivos trabajos. En el primero, Alberto Marcos Martín nos ilustra sobre el acrecentamiento masivo, venta y consumo de oficios municipales acaecidos en el seno de la Corona de Castilla desde 1543 hasta fines del siglo xvi. Para ello, analiza las reiteradas peticiones al respecto de los procuradores en las sucesivas reuniones de las Cortes celebradas durante estos años. María López Díaz fija su investigación en los concejos de señorío, especialmente en Galicia, y hace unas consideraciones interesantes acerca de las dos titularidades que se podían poseer sobre los oficios enajenados: la propiedad y el ejercicio, y sobre sus repercusiones en la esfera de las oligarquías urbanas. Finaliza con unos breves apuntes sobre lo acaecido en el tránsito hacia el Liberalismo con la transmutación de los oficiales públicos en funcionarios públicos. Por último, Pilar Ponce Leiva se encarga de mostrarnos las particularidades de las ventas de cargos municipales en Quito a lo largo del siglo xvii.

El tercer apartado, relativo a la venalidad de cargos y oficios en general, contiene cuatro investigaciones que se refieren a ámbitos materiales diversos. Los dos primeros a la esfera del ejército, el tercero a la de la administración de justicia y el cuarto a la organización de la Corte. Carece, pues, de unidad temática en cuanto a su contenido.

El primero, de Antonio Jiménez Estrella, se centra en el estudio durante el siglo xvii del uso de la venalidad de los oficios militares con la finalidad de favorecer el reclutamiento de la tropa (a cambio de aportar hombres al ejército se concedían al reclutador asentista patentes para acceder a la oficialidad, sobre todo patentes de capitán, y suplimientos, que luego podía vender o ceder a otras personas que le ayudaban en el reclutamiento, pero también se otorgaban hábitos de órdenes militares e incluso títulos nobiliarios). Avanzando en el tiempo, Thomas Glesener se dedica en su artículo a analizar esa venalidad militar, practicada con gran éxito, en relación con el ejército de Flandes y durante el inicio del reinado de Felipe V; campañas venales que después se extendieron por Italia y en el territorio peninsular.

En el tercer trabajo de este bloque, Inés Gómez González, circunscribiéndose a la Chancillería de Granada, nos da cuenta de las ventas acontecidas en la esfera de los empleos subalternos de los tribunales reales, como medio por parte de sus adquirentes, no sólo de obtener beneficios económicos, sino de ascender en la escala social. Y en último lugar, María Victoria López-Cordón Cortezo nos introduce en la venalidad practicada en el abigarrado marco del funcionamiento de la vida palatina en el siglo xviii, fundamentalmente durante el reinado de Felipe V, en concreto en relación con los oficios de la Casa de la Reina.

Los trabajos comprendidos en el apartado cuarto aluden a las prácticas venales en relación con los honores (títulos nobiliarios y hábitos de Órdenes Militares) y con las naturalizaciones concedidas a extranjeros. Así, María del Mar Felices de la Fuente se ocupa del estudio de los diversos controles que se realizaban acerca del origen de los individuos para el acceso tanto a la baja y media nobleza (hidalgos y caballeros de hábito de las Órdenes Militares) como a la titulada.

Más específicos son los dos artículos siguientes. El de Antonio José Rodríguez Hernández se circunscribe a las más bien escasas ventas de títulos nobiliarios efectuadas a lo largo del siglo xvii, especialmente a partir de 1680, en las que la contraprestación consistía en reclutar nuevas unidades militares (vestir y armar a los soldados). Y el de Domingo Marcos Giménez Carrillo, que se refiere a las enajenaciones, siempre ocultas por temor a incurrir en el delito de simonía, de hábitos de las Órdenes Militares –asimilados a la nobleza media–, por parte de la monarquía (a cambio de dinero y sobre todo de soldados) y de los particulares, también en la decimoséptima centuria, singularmente durante el valimiento del conde-duque de Olivares. Finalmente, José Manuel Díaz Blanco amplía la esfera material del objeto de las ventas al analizar, así mismo durante el reinado de Felipe IV, las de las cartas de naturaleza a extranjeros para comerciar en la Carrera de Indias, distinguiéndose, por tanto, entre las naturalezas de justicia y las de donativo.

El último y quinto bloque, el más breve, contiene dos trabajos sobre la venalidad de oficios públicos en Portugal, país donde los estudios sobre estas materias no han alcanzado el mismo nivel cuantitativo que en España o Francia. En el primero, Roberta Gianubilo Stumpf hace referencia a esta escasez de las investigaciones sobre la enajenación de oficios lusos en comparación con su proliferación acerca de la monarquía castellana, realizando unas interesantes reflexiones sobre los caminos por los que a su juicio deben discurrir a partir de ahora las futuras líneas de investigación sobre la venalidad en el país vecino. En el segundo, Fernanda Olival lleva a cabo un acertado resumen sobre el estado de la cuestión en Portugal, en relación, por un lado, con las renunciaciones que en numerosas ocasiones encubren una enajenación, y por otro, con las ventas, tanto por parte de la monarquía como entre particulares, más frecuentes en los archipiélagos y en el Imperio que en territorio europeo. Parece que en la metrópoli esas ventas se restringieron a enajenaciones de oficios concretos para la obtención de grandes sumas de dinero, debido a la relevancia de la economía de la merced indispensable para mantener el centralismo político y respetar la concepción cultural de los súbditos contraria a la venalidad.

Los trabajos citados, además de la meticulosidad, sencillez y claridad expositiva y argumentativa de que hacen gala, incorporan todos ellos un amplio y completo aparato bibliográfico, que prueba el innegable esfuerzo de documentación llevado a cabo por sus autores y, en consecuencia, el dominio de los temas que abordan en sus colaboraciones. Estas referencias permiten a los más profanos en la materia disponer de un rico caudal bibliográfico en el que se recoge casi todo lo que sobre estas cuestiones se ha escrito desde la aparición de esta línea investigadora hace más de cuarenta años. Además, las numerosas aportaciones datadas en los últimos quince años son buena muestra de la vitalidad de que gozan hoy en día en España los estudios acerca de la venalidad de cargos y honores en el Antiguo Régimen.

En conclusión, como se señala en la Presentación, en el conjunto de trabajos reunidos en este volumen se refleja el estado actual de las investigaciones, se proporcionan nuevos puntos de vista y se abren nuevas y atractiva sendas a explorar. Igualmente, se constata como, a partir de las contribuciones iniciales circunscritas a los oficios municipales en Castilla y a lo acontecido en las Indias, se han ampliado y consolidado nuevas vías de estudio de la venalidad en la Monarquía Hispánica durante la Modernidad. Estos

nuevos caminos van dirigidos al análisis de otros ámbitos territoriales y de otras esferas como la militar, la jurisdiccional o la organización de la Corte, examinando las vertientes hacendística, social y política de este masivo fenómeno que convirtió la vida pública castellana en una gran almoneda que daba cabida a todo tipo de transacciones.

En todo caso, sería deseable que los historiadores del derecho retomásemos las indagaciones para proporcionar esa vertiente jurídico-institucional (normas y aplicación de las mismas) que se echa en falta en este espléndido libro, y que, indudablemente, contribuiría a enriquecer los estudios más recientes sobre las enajenaciones de los cargos públicos y honores en la Monarquía Hispánica.

REGINA POLO MARTÍN

VV.AA.: (Andrés Gambra Gutiérrez y Félix Labrador Arroyo, coords.), *Evolución y estructura de la Casa Real de Castilla*, Colección «La Corte en Europa», Temas 4, IULCE-Ed. Polifemo, Madrid, 2 vols., 2010. ISBN: 978-84-9681-345-8.

La Casa Real de Castilla, institución política y administrativa central de la monarquía medieval castellana se mantiene hasta el siglo XVIII. Lejos de tratarse de una serie de organismos con funciones más o menos anecdóticas o singulares, constituye el centro de poder que acompaña al monarca. Después del establecimiento de la Casa de Borgoña y de la estructuración administrativa de la Monarquía Católica ya desde los Reyes Católicos, con Carlos Quinto y Felipe II, continúa manteniendo importancia dentro del juego de poderes y de concepciones políticas.

Ciertamente los asuntos referentes a la Casa de Castilla no han sido objeto de un tratamiento singularizado más que en concretas monografías, y pequeños estudios particulares, cuando no en obras que obedecían a visiones más superficiales o de simple acopio descriptivo.

Con la publicación de *Evolución y estructura de la Casa Real de Castilla*, sin embargo, se pretende –y logra con éxito–, elevar la anécdota a categoría, conceptualizar los datos que ofrece la documentación, ofreciendo una interpretación útil para comprender la realidad histórica. Lo primero que se agradece en él es la sencilla, esmerada y elegante edición, en dos volúmenes con su caja, de Ediciones Polifemo, en la colección «la Corte en Europa», de la que constituye el número 4 de la sección «Temas».

Desde los años ochenta y noventa (con bases y precedentes anteriores) el estudio de la realidad histórica del funcionamiento de la Administración y estructuras centrales de gobierno ha sido profundamente renovado por dos vías: la primera, que cronológicamente se inicia con anterioridad, está constituida por los historiadores del Derecho que, siguiendo la estela de García-Gallo, han tenido por guía a su discípulo José Antonio Escudero y entre cuya producción más reciente destacan los importantes volúmenes sobre *Los validos* (2004) y *El rey. Historia de la Monarquía* (2009). La segunda, más joven, parte de bases y sede distintas, y puede indentificarse en gran medida con la escuela formada por Martínez Millán y que tiene al Instituto Universitario de «La Corte en Europa» (IULCE) como plataforma de proyección, entre cuya también abundantísima producción destacan los recientes estudios conjuntos sobre *La Monarquía de Felipe II* (2005) y *La Monarquía de Felipe III* (2007-2008).

Ambas escuelas, con formas de funcionamiento, presupuestos y proyectos distintos han generado, de modo independiente, una producción notable, incidiendo en temas de interés común, como el sistema polisinodial y la Corte y Casa del Rey.

La obra que nos ocupa constituye un acercamiento pluridisciplinar a la historia de la Casa de Castilla. Los trabajos publicados en buena medida han sido fruto de encuentros y seminarios conjuntos, auspiciados por el propio IULCE y la Universidad Rey Juan Carlos, y sus autores son mayoritariamente historiadores del Derecho e historiadores modernistas, vinculados más o menos directamente con las escuelas antes referidas, pero también hay varios medievalistas y estudiosos de la Historia del Arte y de la Arqueología. Es notable también que en esta obra puedan leerse trabajos de buena parte de los referentes españoles más importantes sobre la Corte y concretamente la Casa del Rey en Castilla, aunque también faltan algunos nombres fundamentales (sin duda alguna, Feliciano Barrios, el mismo Escudero, Gómez-Centurión, Fernández-Conti, Fernández de Córdoba, o Álvarez-Ossorio y Rivero, ambos participantes en el congreso que dio origen al libro, pero cuyas ponencias no se han publicado en esta obra).

El estudio de la Casa de Castilla hay que ubicarlo en este contexto de renovación historiográfica, que ha llevado a fijar la atención en el estudio de la corte y de las casas reales, materias antes preteridas al no encajar con los presupuestos ideológicos predominantes, fueran liberales, marxistas –y sus derivados–, o del grupo de los *Annales*. Estas corrientes habían concebido un proceso de racionalización progresiva e impersonal del Estado, que apartaba del estudio a cualquier otra realidad. Pero el juego de poderes en esta época es más rico que lo que estas corrientes suponían. En definitiva, existen otras instituciones o instancias de poder de gran relevancia en la vida política de las monarquías occidentales entre la Baja Edad Media y el inicio de las revoluciones burguesas. Entre ellas ha de contarse con la Casa Real y la Corte.

En realidad estos conceptos que están en la base de toda la obra aparecen convenientemente enunciados en la «Introducción» de los coordinadores, los profesores Gamba y Labrador. Manifiestan el concepto del que parte la obra colectiva que dirigen, considerando, con una terminología aristotélica acorde con los planteamientos intelectuales y conceptuales de la época que se estudia, que la Corte se constituye en «forma política del reino». Obviamente la institución, así considerada, adquiere gran relevancia con estos planteamientos metodológicos. Y con estos planteamientos parece justificado defender que precisamente «la Monarquía hispana fue una gran organización política articulada por cortes».

La obra abarca todo el espacio temporal de existencia de la Casa de Castilla: desde los precedentes medievales, su formación entre los siglos XI y XIII, hasta su extinción en el siglo XVIII. Se estructura en dos volúmenes, de los que el primero sigue un criterio cronológico, en la pretensión de ofrecer una perspectiva histórica general del devenir de la Casa de Castilla desde sus orígenes hasta su final, aunque, por las propias características de los estudios que se incluyen, no todas las épocas aparecen igualmente reflejadas con ese carácter general. Por ejemplo, el proceso de extinción quizá podría haber sido objeto de un tratamiento específico. El segundo de los volúmenes viene a ser una «parte especial», y acoge trabajos sobre aspectos particulares de la estructura y oficios de la Casa de Castilla y otros elementos relacionados con ella.

Los inicios de la Casa de Castilla en la Edad Media son objeto de sendos estudios bastante completos, sobre sus orígenes en los últimos reinados de la dinastía pamplonesa (desde 1037 a 1126), debido a Gamba, y sobre su institucionalización en el siglo XIII, realizado por Salazar y Acha.

Gamba, con depurado estilo de escritura que facilita la comprensión de los resultados de la investigación, se ocupa de tres reinados: Fernando I, Alfonso VI y D.^a Urraca

y, basándose siempre en una profusa consulta de la documentación, plantea varias cuestiones de tipo terminológico y diplomático, lo que le permite hablar de «emergentes voluntades de representación, poco precisas todavía», en esa corte curial, que «contenía como en germen la estructura posterior de la monarquía castellana», que se desarrolla en los reinados siguientes y así aparece consignada en *Las Partidas*. Esa Casa de Castilla formada en la Edad Media la estudia Salazar y Acha, de la Real Academia Matritense de Genealogía y Heráldica, quien estructura su trabajo para reflejar las transformaciones fundamentales que se operan en la Casa del Rey en el siglo XII.

De las postrimerías medievales se ocupa Cañas Gálvez, historiador de la Universidad Complutense, que estudia la organización y funcionamiento de la cámara real bajo Juan II, con un frecuente aprovechamiento de crónicas y documentación del Archivo General de Simancas y se esmera en describir la composición de la cámara, concebida claramente como ámbito privado del monarca y cuyo acceso significa participar de la intimidad del rey.

En el tránsito a una nueva época, Teresa Martialay estudia «La Casa de Isabel, princesa y reina», cuya figura bien conoce, puesto que es autora de la penúltima biografía publicada sobre Isabel la Católica (Homolegens, 2010), en la que recrea la época con un estilo sugestivo. Aquí aporta algunos elementos de análisis importantes para una adecuada comprensión del reinado de la Reina Católica desde su época como princesa y que van diferenciar su Casa de la que hereda de sus predecesores. La suya ya es la Casa del monarca, un «escenario doméstico que en muchas ocasiones se convirtió en escenario público». La autora presta particular atención a reflejar la mentalidad y las formas de comportamiento con las que se desarrolla la vida en ella, así como su propia organización, en funcionamiento, superando una mera descripción estructural de la misma.

La Casa de Castilla culmina con este reinado y el de su hija y sucesora, Doña Juana, con quien aparece la otra organización cortesana, la que aporta su esposo el archiduque Felipe. En esa convivencia entre dos modelos –Castilla y Borgoña–, las reinas –consortes– van a mantener inicialmente el referente castellano para sus propias casas, mientras que los reyes adoptan la de Borgoña, que desde Carlos I se convierte en el modelo oficial de Casa del Rey, como ya Martínez Millán demostrara. Es un destacado historiador de su escuela, Félix Labrador, quien aquí acomete el estudio de «La influencia de la Casa de Castilla en la organización de la Casa de las Reinas hispanas», repasando su devenir en el cambio de dinastías, desde D.^a Juana hasta D.^a Margarita de Austria.

El profesor Labrador ofrece una visión general de las casas de las consortes de los reyes de la Monarquía Católica, en una exposición ágil y clara, respaldada con apoyo documental abundante, del que hace uso también para ofrecer un apéndice selecto. Expone cómo los avatares históricos inciden en la inicial convivencia entre las dos casas reales: la de Castilla que sirve a la reina Juana y la de Borgoña, que trae su esposo, queda para los titulares de la Corona de Castilla –y de la Monarquía hispánica–. Pero también el autor se esmera en mostrar cómo las casas de las reinas reflejan la tensión política. Con cada una de las reinas queda evidenciada cuál es esa lucha que explica los cambios que se dan, así como la larga serie de reglamentaciones que inicia Felipe II y que llegan a ser más de diez en unos pocos años, hasta 1621.

Del reinado de Felipe III el historiador del Derecho de la Universidad de Burgos, Rafael Sánchez Domingo atiende a la formación y los hitos históricos de la Real Hermandad de Criados de los Reyes en Valladolid, durante el tiempo en que la Corte allí estuvo ubicada, prolongándose el estudio, desde una perspectiva institucional, hasta los siglos XVIII y XIX, ofreciendo también un apéndice documental con las ordenanzas de la corporación. Aunque *prima facie* parece obedecer a propósitos devocionales y asisten-

ciales, el autor pone de relieve algunos de los elementos significativos de su alcance político.

Quizá el núcleo central del primer volumen lo constituye el estudio que, bajo el título «La Casa de Castilla durante el reinado de Felipe IV» ofrece Martínez Millán, abarcando en realidad la evolución de la Casa de Castilla en general hasta el reinado de Felipe IV. El autor, a la cabeza de una importante escuela de renovación historiográfica, como anteriormente hemos recordado, y cuyo «manifiesto programático» podría considerarse que es el artículo que publicó en 2006 en *Studia Historia. Historia Moderna* sobre «La Corte de la Monarquía Hispánica», reiteradamente citado –generalmente con razón– en la mayoría de los trabajos de este libro; emprende en estas páginas una labor de actualización y síntesis bibliográfica e histórica de la evolución de la Casa de Castilla desde Felipe el Hermoso, hasta Felipe IV, reinado en el centra su atención. Además, de acuerdo con la práctica de la escuela, apoya su exposición en un notabilísimo trabajo de archivo, manejando diversos fondos documentales, en especial los del Archivo General de Palacio, pero también de Zabálburu, Histórico Nacional y Biblioteca Nacional. Con sólo este punto ya su labor es magnífica. Pero además, la interpretación y explicación del funcionamiento y del sentido de las Casas Reales en el contexto de la Monarquía son del mayor interés. Su largo artículo incluye un detallado estudio de la organización y el gobierno de la Casa de Castilla, haciendo uso con abundancia de apoyos documentales, que se completan con los cuatro apéndices de documentos de extraordinario interés para conocer el estado y funcionamiento de la Casa de Castilla en la segunda mitad del siglo XVII.

Martínez Millán repasa los elementos más característicos de sus investigaciones sobre la Corte: la tendencia a que los puestos cerca del monarca fueran acaparados por los castellanos con preferencia a otros reinos con Casas propias pero apartados de la principal; el juego político que tiene lugar bajo Felipe II (de lo que el mismo autor ya ofreció una relevante perspectiva en 1998 en *La Corte de Felipe II*), manteniendo a la Casa de Borgoña como modelo oficial, el propio de la dinastía, y que tiene su expresión en las Ordenanzas de 1575. También muestra a la Corte como medio de integración de los distintos territorios; y como escenario del proceso de «confesionalización», ligado al partido «castellano», hasta la última década de Felipe II, por lo que precisamente a su muerte las contradicciones generadas en su reinado afloran en forma de crítica a la Casa de Borgoña. Así explica que el plan de ahorro de Felipe III y Felipe IV pretenda afectar sólo a la Casa de Borgoña, dejando intacta a la de Castilla, consignando esa significativa respuesta del rey ante los intentos de acabar o reducir drásticamente a ésta, ante la angustiosa situación económica: «hay cosas (...) no se pueden reformar por resoluciones ni órdenes más declaradamente, o porque consisten en uso antiguo de mis Casas Reales que no se puede dejar de seguir sin desautoridad, ...» Martínez Millán ve en la función integradora de la Casa de Castilla, en relación con la propia configuración política de la Monarquía la razón de su preservación, aunque efectivamente no queda intacta: al final se impuso una extraordinaria reducción de plazas que deja a esa Casa convertida en un «apéndice molesto del servicio real», con cierto carácter de refugio político para la minoría «castellanista», que veía en este reino y la recuperación de su antiguo esplendor la base para el funcionamiento de la Monarquía.

También de tiempos de Felipe IV, pero con elementos significativamente diferentes, otro investigador del Instituto Universitario La Corte en Europa, José Rufino Novo Zaballos, estudia «El servicio de la reina Mariana de Austria en la Jornada a Madrid de 1649», un trabajo que puede ponerse en relación de ideas con los temas tratados por Labrador –Casas de las Reinas–, Martínez Millán –Felipe IV– y el de Martínez Peñas sobre Felipe V en la jornada de Italia, puesto que trata de la Casa de la Reina Mariana de

Austria en sus momentos constitutivos y su funcionamiento en unas circunstancias especiales como es su traslado de Alemania a España. El autor estructura su labor fundamentalmente a partir de la extensa crónica del capellán y limosnero mayor de la reina, D. Jerónimo Mascareñas. Además se sirve de otras fuentes, sacando partido del prolijo relato para mostrarnos el funcionamiento de la Casa de la Reina, en circunstancias un tanto singulares: su constitución, y su funcionamiento en un larguísimo trayecto desde Trento a Madrid, acertando a trascender el acopio de datos y elementos que describen minuciosamente la organización del servicio real, y de los que da exhaustiva cuenta, para ofrecer interesantes reflexiones del alcance político de la organización de la Casa y la situación internacional: la alianza de las dos ramas de los Habsburgos, que se agrieta con las paces de españoles y franceses, que llevarán al fin al cambio dinástico.

Del primer Borbón se ocupa Leandro Martínez Peñas, de acuerdo al estilo de la escuela del profesor Escudero: el tratamiento de la vertiente institucional y el rigor. El objeto de su estudio es un aspecto de la Casa Real de Felipe V: su funcionamiento en la «Jornada de Italia» realizada en 1702, para ser jurado como rey. Desde el primer momento el tenso ambiente internacional impregna las páginas sobre este viaje italiano, con un «gobernador mayor», el Duque de Medina Sidonia, «arquetipo de cortesano», al frente de la Casa Real, y en las puede verse cómo ésta se desenvuelve en unas circunstancias anómalas: en el viaje por mar y después en tierra italiana hasta la batalla de Luzzara, en una verdadera campaña militar –la «última vez que la Casa del Rey y la Casa de Castilla marchan a la guerra»–, intentando mantener una «normalidad» que puede ponerse en relación con la pretensión de estabilidad y continuidad que el nuevo rey pretende como primer objetivo al establecerse a la cabeza de la Monarquía.

Este estudio enlaza lo que podría concebirse como un episodio de Historia Militar, pero va mucho más allá, en su consideración de los aspectos jurídicos y políticos –como es característico de la escuela en la que se ha formado el autor–. Asimismo también resulta especialmente destacable el empleo de una exhaustiva bibliografía y el aprovechamiento de las fuentes publicadas.

En continuación cronológica con el anterior, Marcelo Luzzi se ocupa de un reinado efímero, el de Luis I, pero su estudio, con cierto carácter de monografía, es de tal interés, que en realidad explica el significado y devenir de la Casa de Castilla en toda la primera mitad del siglo XVIII. Aunque las reformas de la Casa Real de Felipe V han sido ya tratadas en profundidad por Gómez-Centurión (también hay un trabajo anterior de Magdalena Rodríguez Gil), una de las principales aportaciones de Luzzi es su interpretación general de las reformas de la Casa que el primer Borbón procura, y que entiende como un primer paso de reforma de la propia constitución de la Monarquía, en la misma dirección que después efectuarán los Decretos de Nueva Planta. Tras la acertada exposición de los precedentes, la investigación la centra en el Príncipe de Asturias, D. Luis, quien, llegado al trono, mantiene en gran parte la Casa de su padre, de quien el autor, examinando la documentación, infiere un propósito determinado de entroncar con las costumbres hispánicas.

El segundo volumen, bajo el título *Estructura y oficios de la Casa de Castilla*, se atienden a algunos oficios y funciones en conexión con la Casa de Castilla o, más ampliamente, con la Corte, aunque no estuvieran estrictamente inmersos en ella. En este sentido, de la Casa de Castilla más estrictamente, se estudian dos personajes al frente de sendos servicios de la Casa de Castilla: un caballero y mayordomo mayor; y un «gobernador» de la volatería; también la Capilla Real, en su doble aspecto de servicio

religioso y musical; y los porteros de Cámara. En otros trabajos se tratan aspectos de la Corte que se relacionan con la Casa del Rey: el mecenazgo, los escribanos, los Monteros de Espinosa y las guardias, y la administración de justicia vinculada a la Corte.

Cierto es que este segundo volumen acusa una mayor heterogeneidad y no resulta fácil de estructurar, aunque algunos trabajos sí presentan una relación clara con otros. Los dos primeros que cabe agrupar por su temporalidad medieval se refieren a la actividad de patrocinio del monarca Alfonso VI y a los escribanos de Cámara del siglo xv. El arqueólogo F. Palomero emplea la documentación para mostrar, más allá de la leyenda, el traslado de sede episcopal a Burgos y en el respaldo real al cenobio de Silos, en un estudio que aporta interesantes datos a la Historia medieval en el trasfondo de unos tiempos de cambio cultural y político. Y el también profesor de la Universidad Rey Juan Carlos, Tomás Puñal describe la organización institucional que ya en el siglo xv tienen los oficios de escribanía al servicio del rey, esmerándose en describir la tipología y diferencias entre los distintos profesionales de la escritura. Más allá de sus cometidos técnicos, el autor además ofrece un relevante «perfil socio-profesional y formativo» de los titulares de esos oficios, expresando notablemente la consulta bastante concienzuda de la documentación bajomedieval publicada (en algún caso, por él mismo), y también inédita.

La guarda real es estudiada en dos trabajos, uno –a cargo de Federico Gallegos– específico que se ocupa de los monteros de Espinosa, que custodiar el descanso real, y otro –a cargo de Eloy Hortal– sobre los restantes cuerpos militares encargados de velar por el Rey: archeros de corps, guarda española (alabarderos, caballería y guardia vieja) y guarda tudesca, encargados de la defensa de las personas reales. El primero pone de manifiesto la ausencia de bibliografía sobre los monteros de la localidad burgalesa de Espinosa, que desde unos orígenes legendarios en el siglo xi, adquieren el privilegio de velar por el descanso –también del eterno, hasta que el cuerpo recibía sepultura– del conde y luego rey castellano, del que surge la guardia, que secularmente se mantuvo durante más de novecientos años. El autor acierta a ofrecer un estudio completo hasta Felipe IV de estos oficiales, que actuaban como «escuderos de cámara» o «monteros de cámara» en el mismo cuarto real. Las fuentes históricas existentes –comenzando por crónicas– han sido consultadas con rigor y fundamentan la base del relato, que constituye un acercamiento serio, desde unas perspectivas histórico-jurídicas, a los elementos históricos, políticos y jurídicos de los monteros de Espinosa, planteando numerosas cuestiones para posteriores investigaciones.

Completando lo referente a la guarda del rey, Eloy Hortal expone lo referente a las tres guardas que fueron incorporadas a la Casa de Borgoña, dentro del proceso de definición de ésta como la principal, en la tensión entre «castellanistas» y partidarios de la visión más «pluralista» de la Monarquía. Su investigación se revela también dentro de la escuela de Martínez Millán por la metodología, el uso abundante de la documentación y los planteamientos con que explica los hechos en que se apoya, elevándose sobre los vivos retratos de conflictos y violentos roces de las guardas con otros órganos de la Corte y administración de la Monarquía –con el Bureo y señaladamente con la Sala de Alcaldes–, para referir el problema de imprecisión competencial en medio de la lucha política entre Consejo y Corte, que acabará inclinándose a favor de los alcaldes, *longa manus* del Consejo. El autor en estas páginas ofrece unas claves explicativas muy interesantes para conocer no sólo las guardas reales y su declive, sino los procesos políticos y jurídicos de la Monarquía del XVII y las concepciones distintas de ésta.

Dos de los servicios palatinos vinculados a la Casa de Castilla son la caballeriza y la caza, de los que se ocupan López Álvarez y Labrador (de nuevo), desde la perspectiva de dos personajes que ocuparon sus jefaturas en el siglo xvii: el Duque del Infantado

(entre 1621 y 1622) y el Marqués del Fresno (1645-1649/1651-1654). En ambos casos los autores han elaborado significativos apéndices prosopográficos, y el segundo también una relación de gastos. El primero de ellos es uno de los trabajos que, ya sólo la lectura del trabajado apéndice –oficios y titulares de ellos– permite hacerse una cabal idea de la organización de la Casa del Rey. Y ambos artículos atienden a dos módulos organizativos cuya jefatura podía disponer de quiénes podían tener acceso a la persona real, bien en sus salidas de palacio –el Caballerizo Mayor–, o bien específicamente durante las jornadas cinegéticas, numerosas y relevantes –el Cazador Mayor–. La referencia continua a los mandatos de los validos, quienes también alcanzaron el puesto de Caballerizo Mayor, y la pormenorizada exposición de las circunstancias personales en las que al Marqués del Fresno se le encomendó estar al frente de la caza de volatería se abren a un análisis histórico-político en relación con el marco español y de las monarquías del XVII, que refleja en ambos casos un rigor metodológico y una amplia base documental.

De la Capilla Real también se ocupan dos artículos: la profesora Granda realiza un trabajado acercamiento a la figura del Capellán Mayor, uno de los oficios exclusivos de la Casa de Castilla, que no tenía la de Borgoña. En la línea de la escuela de Escudero, describe los puestos y las funciones de los órganos, de la Capilla Real de Castilla, relacionándolos con otros órganos, atendiendo no sólo a las competencias y estructura jurídica, sino a su actividad efectiva y a su dimensión política, destacando la relación curricular entre la presidencia del Consejo de Castilla –a la que la autora anteriormente ha dedicado un importante investigación– y los capellanes de la Casa de Castilla. Desde una perspectiva fundamentalmente musicológica Gustavo Sánchez escribe acerca de «La Real Capilla durante el magisterio de Carlos Patiño (1634-1675): esplendor de la música religiosa en España», ocupándose de esta sección de la Real Capilla, que también sirvió al monarca en actos profanos, reflejando el valor que ésta llegó a adquirir como modelo de «estilo musical», en el que se miraron e intentaron emular iglesias y monasterios de toda España. En este punto el autor ha desarrollado una cuidadosa investigación sobre las relaciones entre el órgano musical de la Corte y el coro de El Escorial, específicamente mientras el maestro Patiño estuvo al frente de aquél en una época en la que las angustias financieras, de dramáticas consecuencias en los pagos a sus miembros, no impidieron el gran esplendor de la policoralidad barroca que entonces se consolida.

Prosiguiendo su línea de trabajo, el profesor Ezquerria Revilla, cuyo carácter de historiador no le impide tratar con propiedad y precisión temas de relevancia jurídica (desde su imprescindible *El Consejo Real de Castilla bajo Felipe II* hasta otro tipo de estudios más particulares (junta de Policía, porteros de vara del Consejo, cuerpo de los Treinta Jueces, ...), aquí ofrece la relevancia institucional de los porteros de Cámara, desde su inicial conexión directa con el rey, a cuyo acceso servían de filtro, hasta sus funciones al servicio del principal órgano de gobierno castellano, simbolizando la continuidad de la Cámara Real en dos instituciones que se separan materialmente del monarca, como son el Consejo y la Audiencia. A juicio del autor –autorizado por sus investigaciones–, la Cámara fue un instrumento de cohesión de la Administración regia, como expresión de su esencia doméstica, toda vez que el gobierno y la jurisdicción, consistieron, según este punto de vista, en «un fenómeno de ampliación doméstica».

A partir de los porteros se hace ver la evolución histórica de la Cámara en el proceso general de incorporación de elementos borgoñones y de conservación de otros autóctonos castellanos. Como ha hecho en otros trabajos al tratar de distintos oficios cortesanos, Ezquerria ofrece una perspectiva bastante completa sobre el trasfondo político del reinado de Felipe II –la tensión entre el cardenal Espinosa, presidente de Castilla, y el duque de Alba, Mayordomo Mayor–, y sobre el oficio de los porteros, y su principal

virtud, la cercanía al monarca, tan evidente en sus orígenes, en la que se apoyan a lo largo del tiempo, para justificar sus preeminencias, que desde el siglo xvii entra en crisis, al tiempo en que Juan de Moriana elabora un interesante memorial en su defensa, cuyo análisis es uno de los elementos que más destacan de estas trabajadas páginas, que, desde una perspectiva histórica, ofrecen relevantes consideraciones de alcance político, social y jurídico.

Bajo el título «Los casos de Corte y su enjuiciamiento por los Alcaldes del Rey», Antonio Bádenas realiza un minucioso estudio sobre un tema arduo, complejo y confuso, que, sin embargo es tratado en profundidad y con rigor infrecuente. Y es que si bien sólo recientemente la figura de los Alcaldes de Casa y Corte, al menos, ha sido objeto de algún tratamiento monográfico –la tesis y otros trabajos de De Pablo Gafas–, se precisaba un acercamiento algo más jurídico. Ya Ezquerro Revilla ha contado con esa visión más completa en varios de sus trabajos, que resultan de referencia obligada. Sin embargo, además de esos estudios sobre la Sala de Alcaldes, tan directamente subordinada al Consejo de Castilla, se echaba en falta una clarificación sobre los «casos de corte», en apariencia y con tanta frecuencia vinculados a la justicia en la Corte. En este trabajo, el autor, historiador de Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos, con una notable consulta de fuentes jurídicas, normativas y doctrinales, escribe unas páginas de metodología muy clásica para esclarecer cuál fue el contenido y la jurisdicción de los casos de corte, abarcando todo el espacio temporal de su existencia, que por tanto entra plenamente en la época de la codificación. El artículo ofrece una perspectiva de Historia del Derecho pura, al explicar la existencia y funcionamiento de estos casos de corte, en progresivo aumento, y su íntima relación con la jurisdicción del rey, en proceso de expansión frente a la justicia señorial o municipal, como «instrumentos eficaces para consolidar la potestad jurisdiccional del monarca» en la Edad Moderna.

En fin, pienso que se puede reconocer que verdaderamente esta obra no es definitiva, ni es exhaustiva. Aunque en muchos aspectos quizá sí. Pero, más aún, me parece que constituye el más importante estudio científico de la Casa de Castilla en su consideración completa en el tiempo y en su funcionamiento. Una obra de referencia que haya de consultarse de forma obligada por quienes aspiren a conocer la realidad histórica española en la época moderna o para los estudiosos de la evolución de las formas políticas en España y su régimen jurídico.

JESÚS MARÍA NAVALPOTRO Y SÁNCHEZ-PEINADO



VARIA



TESIS DOCTORALES DE HISTORIA DEL DERECHO

Tras las palabras del año pasado en las que anunciábamos la recuperación de esta sección en nuestras páginas, hemos recibido referencia de las tesis doctorales defendidas por los ya doctores Cañizares Navarro, Capdeferro Pla, Gómez Maya, Rodríguez Arrocha, Salgado Fernández y Verdú Mira. Desde estas páginas felicitamos a los nuevos doctores y a sus directores, al tiempo que animamos a quienes se encuentren en condición de remitir noticia de sus tesis que lo hagan a la Secretaría del Anuario antes del cierre del tomo, según el siguiente formulario:

- Nombre, apellidos y dirección electrónica del nuevo doctor.
- Título de la Tesis; Departamento, Área de conocimiento y Universidad en la que se ha realizado; nombre, apellidos y dirección electrónica del Director (o tutor) de la misma; fecha de su defensa pública; palabras clave, en español e inglés.
- Resumen de la Tesis en el que, en cincuenta líneas como máximo, se haga constar el estado de la cuestión en el momento del inicio de la investigación, las fuentes empleadas, los criterios que han determinado la elección de la estructura y sistemática elegidas, las principales conclusiones y, en su caso, los aspectos o problemas que quedan irresueltos.

Las penas infamantes en la Codificación penal francesa, por CAÑIZARES NAVARRO, Juan B., bajo la dirección del Dr. Aniceto Masferrer Domingo, con mención «Doctor internacional».

Título: *Las penas infamantes en la Codificación penal francesa.*
Autor: Juan Benito CAÑIZARES NAVARRO. juan.canizares@uch.ceu.es.
Director: Aniceto Masferrer Domingo. aniceto.masferrer@uv.es
Universidad: Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política. Área de Filosofía del Derecho (Historia del Derecho y de las Instituciones), de la Universidad de Valencia Estudio General.

Fecha de defensa: 27 de julio de 2011

- Palabras clave: Codificación penal francesa; Código penal de 1791; Código de los delitos y de las penas de 1795; Código penal de 1810; sistema penal francés; argolla; degradación cívica; extrañamiento; escuelas penales.
- Key words: French penal codification; penal Code of 1791; Code des délits et des peines of 1795; penal Code of 1810; French penal system; carcan, pillory, stocks; dégradation civique, civic degradation; bannissement, banishment; / penal schools:
- Resumen: La historiografía existente hasta la fecha sobre el tema desarrollado en la Tesis doctoral se había centrado fundamentalmente en los siguientes aspectos: el estudio del origen y evolución de la codificación del Derecho penal francés, el continuismo y reformismo de la represión penal francesa a lo largo de la Edad Contemporánea, la protección del honor o conceptos sinónimos como bienes jurídicos protegidos por la normativa aprobada durante la Edad Contemporánea francesa, los estudios sobre penas deshonrosas durante la Edad Media y la Edad Moderna francesas, las obras aglutinadoras de las conclusiones alcanzadas sobre el Derecho penal sustantivo y adjetivo francés desde la Edad Antigua hasta la actualidad, y el desarrollo del régimen jurídico de un grupo heterogéneo de penas reguladas en los Códigos penales franceses. Por lo que se refiere a la doctrina jurídica existente sobre la materia tratada en la presente Tesis doctoral, la mayorías de las publicaciones existentes tenían por objeto principal la exégesis del contenido del articulado del Código penal francés de 1810, si bien algunas de las obras existentes desarrollaron el régimen jurídico del sistema punitivo francés existente durante el Antiguo Régimen. En consecuencia, hasta ahora no inexistían obras que tratasen monográficamente sobre las concretas penas de los Códigos penales franceses que tenían por finalidad lesionar el honor de los condenados a las mismas a través del pronunciamiento y ejecución de esas sanciones penales, y el estudio del mencionado tema pretendía, por una parte, colmar una laguna científica sobre la referida temática tanto en España como en el resto de países, y, por otra parte, ahondar en el seguimiento de una línea de investigación consistente en el estudio de instituciones desde el punto de vista de la Historia del Derecho comparado, conociendo la experiencia iushistórica francesa sobre esta temática.
- Para abordar la investigación del tema indicado, la primera cuestión a plantearse era el acotamiento de las «penas infamantes», labor que se realizó con base en las fuentes normativas, en las fuentes doctrinales y en las fuentes lingüísticas para poder conocer el significado de lo que podía entenderse como «infamante» a lo largo de la Edad Contemporánea francesa.
- Conocido dicho significado, y conocidas en consecuencia las sanciones penales que tenían por finalidad principal infamar a los condenados a las mismas según los diferentes Códigos penales citados por ajustarse a ese significado, la segunda cuestión planteada a la que se quiso dar respuesta en la presente investigación consistió en detallar todas las penas consideradas «infamantes» que existieron a lo largo del período codificador penal francés, y, una vez conocidas las con-

cretas penas consideradas infamantes en cada Código penal francés en vigor, desarrollar el régimen jurídico completo de las referidas sanciones penales en los diferentes Códigos penales franceses –sujetos pasivos, forma de imposición y ejecución, lugar de ejecución, prescripción de la ejecución, efectos jurídicos y extinción de los efectos jurídicos–. Las fuentes primarias utilizadas para esta parte de la investigación fueron tanto las fuentes normativas coetáneas como las actas de deliberaciones y los Proyectos existentes sobre los diferentes Códigos penales franceses, mientras que las fuentes secundarias manejadas fueron los comentarios de tipo exegético elaborados por numerosos juristas y/o políticos franceses y belgas, la jurisprudencia existente sobre la efectiva aplicación y ejecución de este tipo de penas, los Informes y Exposiciones de Motivos existentes sobre los diferentes Códigos penales franceses, y las obras aglutinadoras de las conclusiones obtenidas a lo largo de la historia de Francia sobre investigaciones que versaron sobre cualquier tema relacionado con la Historia del Derecho penal francés.

La última parte de la Tesis doctoral defendida se centraba en la enumeración y desarrollo de los concretos ilícitos penales en los que las fuentes normativas francesas establecieron como consecuencia jurídica la imposición de una «pena infamante», haciendo uso para ello de las mismas fuentes primarias y secundarias especificadas anteriormente; con el desarrollo de este tercer grupo de materias, se permitía conocer qué concretos supuestos de hecho y en qué casos unas determinadas conductas eran merecedoras de imposición de «penas infamantes».

Tras el desarrollo de todos los apartados anteriormente indicados, las principales conclusiones a las que se llegaron en la Tesis doctoral afectaban fundamentalmente a las cuestiones siguientes: el significado y alcance de lo que se entendió como «infamante» en el ámbito jurídico-penal francés durante la Edad Contemporánea, los diferentes motivos de diversa índole por los que existieron «penas infamantes» y conductas merecedoras de «penas infamantes» en la Codificación penal francesa, y las razones de la persistencia o desaparición de este tipo de sanciones penales incluso en la normativa penal actual.

Joan Pere Fontanella (1575-1649), un advocat de luxe per a la ciutat de Girona. Plets i negociacions jurídicopolítiques d'un municipi català a l'alta edat moderna, por CAPDEFERRO PLA, Josep, bajo la dirección del Dr. Tomàs de Montagut Estragués. Puede consultarse en <http://hdl.handle.net/10803/7324> <2010>

Título: *Joan Pere Fontanella (1575-1649), un advocat de luxe per a la ciutat de Girona. Plets i negociacions jurídicopolítiques d'un municipi català a l'alta edat moderna.*

Autor: Josep CAPDEFERRO PLA. josep.capdeferro@upf.edu

Director: Tomàs de Montagut Estragués. tomas.montagut@upf.edu

- Universidad: Departamento de Derecho, Área de Historia del Derecho y las Instituciones, Universitat Pompeu Fabra.
- Fecha de defensa: 17 de septiembre de 2010
- Palabras clave: Joan Pere Fontanella, Poder municipal, Girona, Cataluña, Alta edad moderna, Abogados, Asesoramiento jurídico, Cortes, «Diputació del General», Pleitos, Fuentes epistolares.
- Key words: Joan Pere Fontanella, Urban governments, Girona, Catalonia, Early modern ages, Lawyers, Juridical assessment, Cortes; «Diputació del General», Litigation, Epistolary sources.
- Resumen: La tesis se divide en cuatro bloques temáticos. En el primero se describen y transcriben las fuentes epistolares que han desencadenado la investigación. El segundo propone una actualización de la biografía de Joan Pere Fontanella, con aportaciones significativas a partir de documentación de archivo inédita que complementan el trabajo de Joan Lluís Palos titulado *Els juristes i la defensa de les Constitucions* (Vic, Eumo ed., 1997). El tercero arroja luz sobre los equipos de abogados y procuradores que, en la Cataluña moderna, ponían sus conocimientos jurídicos al servicio de municipios, con especial atención a la ciudad de Girona, en el marco de una cultura iuscentrista donde la rotación anual de magistraturas y oficios locales daba el máximo relieve a figuras técnicas de asesoramiento dotadas de mayor continuidad temporal. El cuarto bloque visita, a través de doce casos significativos, los más de cuarenta años (!) en los que Fontanella ejerció como abogado de Girona en Barcelona, donde tenían su sede las principales instituciones del Principado.
- La tesis tiene un marcado carácter casuístico. Así, trasciende un mero análisis del trabajo diario de un jurisconsulto de prestigio para presentar muchas piezas de un rico mosaico que refleja la sociedad, la economía, la cultura o el poder en la Cataluña de los siglos XVI y XVII. La inmensa mayoría de temáticas abordadas son inéditas o casi. Por ello, merecen ser destacadas las fuentes que se han explorado –en múltiples archivos y depósitos documentales catalanes y franceses– y se han explotado –con lealtad hacia el método histórico-crítico de los profesores Font i Rius y Montagut–: a) alrededor de doscientas cartas de Joan Pere Fontanella a los ediles de Girona, de Tortosa o de Vic, y muchísimas más de otros abogados, de síndicos o procuradores, de autoridades; b) alegaciones jurídicas y memoriales políticos de Fontanella y/o de otros abogados –porcosnes–; c) protocolos notariales, algunos localizados después de una árdua investigación y en lugares poco verosímiles; d) materiales procesales y resoluciones jurisdiccionales de muy distinta naturaleza; e) privilegios, ordenanzas, deliberaciones municipales, etc. de Girona y de muchos otros municipios catalanes; f) documentación para conocer los entresijos de la Diputació del General y de las sesiones de Cortes catalanas del año 1626; g) fuentes publicadas de época, entre las que destacan las dos obras de doctrina fontanellanas, *De pactis nuptialibus tractatus* (1612-1622) y *Sacri Regii Senatus Cathalonie decisiones* (1639-1645).

Tales obras de literatura jurídica son, de hecho, una presencia discreta pero constante que se percibe a lo largo de toda la tesis. Pues el interés de la investigación reside en identificar los estrechísimos vínculos entre praxis cotidiana y reflexión teórica en Fontanella. Del foro al libro. De la experiencia a la ciencia. Este es el recorrido continuo de las ideas y materiales que el jurista genera en la conducción de pleitos y negociaciones de sus clientes.

Además del carácter intrínsecamente pragmático de la doctrina fontanellana, cabe subrayar la «osadía» de Fontanella de producir dos volúmenes con seiscientos capítulos de *Decisiones* a pesar de no haber ocupado nunca una alta magistratura regia en Catalunya; más todavía, el valor de integrar en la obra casos y resoluciones procedentes de otras jurisdicciones, a menudo independientes de la real, reflejando así el entorno institucional poliárquico en el que vive. Es éste y no otro el gesto «revolucionario» del itinerario vital del jurista nacido en Olot. El presunto activismo «revolucionario» que John Elliott e historiadores sucesivos le han imputado –como instigador o inspirador de la secesión catalana de 1640-1641–, en cambio, no se percibe en sus abundantes cartas. A la hora de aconsejar a municipios medianos, Fontanella aconseja a sus clientes que presten sin rechistar los servicios militares y/o fiscales exigidos por el aparato de Felipe IV. Sugiriéndoles, ¿cómo no?, el dejar la máxima constancia de ellos y el tener preparada una lista de contraprestaciones que la monarquía supuestamente no debería tardar en cumplir. En este ámbito se hace patente algo recurrente en todo el *iter* fontanellano: su plena integración en la cultura de las obligaciones naturales o antidoriales. Una cultura de la que él mismo participa a la hora de establecer y potenciar una red familiar de desarrollo social y profesional donde, ahí sí, crecerán las semillas del enfrentamiento con la corte de los Austrias. Josep Fontanella Garraver logrará dos ambiciones negadas a su padre: una silla preeminente en el Consejo Real catalán –bajo soberanía francesa– y el ennoblecimiento. Lo pagará con el exilio en Perpiñán y con una dispersión del patrimonio y el honor familiar. Su progenitor tendrá más suerte: sus páginas quedarán grabadas en la historia de la literatura jurídica del *ius commune* europeo tardío.

Gobierno y Administración Militar en la II República española (14-abril-1931/18-julio-1936) por HUERTA BARAJAS, Justo Alberto, bajo la dirección del doctor Juan Carlos Domínguez Nafría.

Título: *Gobierno y Administración Militar en la II República española (14-abril-1931/18-julio-1936)*.

Autor: Justo Alberto HUERTA BARAJAS; huerbar@hotmail.com

Director: Juan Carlos Domínguez Nafría, domnaf@ceu.es

Universidad: Departamento de Disciplinas jurídicas básicas, Universidad San Pablo-CEU.

Fecha de defensa: 12 de enero de 2011

Palabras clave: Historia del Derecho y de las instituciones jurídicas. Hacienda Pública y presupuestos. Segunda República española. Organización militar española. Administración Pública. Tecnología militar.

Key words: History of law and legal institutions. Public finances and budgets. Second Spanish Republic. Spanish military organization. Public administration. Military technology.

Resumen: La Tesis Doctoral aborda el estudio de la organización militar española desde la proclamación de la Segunda República hasta la sublevación del 18 de julio de 1936. El objeto de la misma es presentar y analizar el entramado institucional de los diversos resortes dispersos en la Administración del Estado que controlaban los mecanismos de seguridad y defensa de la Segunda República. Por ello se reflejan las capacidades que el régimen republicano tenía para enfrentarse a la sublevación, al mismo tiempo que nos permite analizar qué debilidades aprovecharon los insurrectos para acometer la conquista de los mecanismos del Estado.

Esta Tesis, por otra parte, también pretende ser un estudio histórico y al mismo tiempo jurídico de las instituciones de carácter militar que existieron en la Segunda República. Por dicha razón, se estudian las fuentes legislativas que día a día regulaban las competencias que tenían los poderes republicanos para dirigir el brazo armado de la Nación, lo que, en definitiva, supone una visión normativa de los elementos defensivos del Estado en ese tiempo.

Para la realización del presente estudio se ha llevado a cabo un trabajo de campo que, partiendo del examen de una amplia bibliografía del período, se centró en el trabajo de archivo, la exploración de fuentes primarias, documentales y los boletines y diarios oficiales, además de la prensa periódica del momento.

Localizadas estas fuentes, se estructura el trabajo en cuatro grandes capítulos. El primero analiza las competencias de dirección militar que derivaban de la propia Constitución republicana en relación con los presidentes de la República y del Gobierno; del segundo al cuarto, las propias de los ministros, de la Guerra, Gobernación y Hacienda, con el propósito de poder deslindar las referidas competencias.

En lo que respecta a las funciones ministeriales, se han intentado analizar todas las competencias militares dispersas, fruto de las peculiaridades históricas acumuladas por los Ministerios de la Guerra, Gobernación (Guardia Civil y Seguridad y Asalto) y Hacienda (Carabineros e Intervención), que producen una distorsión de la realidad.

Para conocer estos resortes militares de la República, también se ha hecho necesario profundizar en los elementos de que disponía la Administración militar, tanto en su estructura central, como periférica. Para ello se analiza su normativa y competencias, que evolucionaron de muy distinta manera en tan escaso tiempo, debido a las grandes alteraciones que padeció el régimen republicano.

También se estudia la labor legislativa de los principales ministros de la Guerra, como: Azaña, Hidalgo, Gil Robles, Molero Lobo, Masquelet

y Casares Quiroga; y se analiza la triple estructura administrativa del Ministerio de la Guerra: central, periférica y de África. Sin que se haya entrado en el funcionamiento práctico del Ejército, en cuestiones tales como: estrategias, tácticas, formación o empleo del armamento; aunque sí se han sumado un conjunto de peculiaridades, que modificaron la estructura militar por su propia finalidad, como fue la aviación, industria militar, presupuesto, control administrativo y financiero, y justicia militar.

Otra perspectiva desde la que se ha pretendido realizar una aportación original a esta investigación ha sido el análisis de la política presupuestaria, lo que se ha tratado fundamentalmente desde los textos legales, al no existir fuentes documentales, que fueron destruidas como consecuencia de la propia guerra, lo que a su vez ha provocado la ausencia de la necesaria doctrina sobre la materia.

Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación española. por GÓMEZ DE MAYA, Julián y bajo la dirección del doctor Enrique ÁLVAREZ CORA.

Título: *Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación española.*

Autor: Julián GÓMEZ DE MAYA. juliangomezdemaya@yahoo.es

Director: Enrique Álvarez Cora.

Universidad: Departamento de Historia Jurídica y de Ciencias Penales y Criminológicas. Área de Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad de Murcia.

Fecha de defensa: 24 de mayo de 2011.

Palabras clave: Codificación penal, penología, penas restrictivas de la libertad ambulatoria, deportación, relegación, extrañamiento, expulsión de extranjeros, confinamiento, destierro, sujeción a la vigilancia de la autoridad.

Key words: Penal codification, penology, penalties restricting freedom of movement, deportation, banishment, expulsion of foreigners, exile, subjection to surveillance by authorities.

Resumen: La tesis de referencia aborda el análisis de un sector de la penalidad algo desatendido no solo por la investigación iushistórica, sino incluso por la penalista respecto al Derecho positivo en las distintas épocas de admisión de tales medios dentro del arsenal punitivo. Mientras otros grupos de penas exhiben una bibliografía copiosísima, las de restricción geográfica adolecen todavía de cierto descuido monográfico. Aparte de la Antigüedad romana que paulatinamente fue elaborando las primeras categorías, tal vez sea el proceso codificador el período más relevante en el devenir de estas sanciones penales: curiosamente la más pormenorizada regulación de sus circunstancias se vio acompañada de un creciente descrédito político-criminal, dos llamativos aspectos a cuyo engranaje se aplica el trabajo reseñado, yendo más allá de la indefectible comparación diacrónica de ele-

mentos técnico-jurídicos. Por lo demás, no se ha desdeñado en ningún caso el conocimiento de los tiempos anteriores a la Codificación, hasta remontarse al Derecho de Roma en procura de una contextualización apropiada de la etapa acotada para la investigación. Con tales miras, se ha procurado un amplio manejo de fuentes, por supuesto jurídicas, pero también otras procedentes de diversos campos de la cultura, entre los que destaca la memoriografía acrecida por personajes que bajo las sucesivas regulaciones vieron restringida su libertad locomotiva. En cuanto a las fuentes de naturaleza jurídica, se ha buscado ofrecer un friso bastante completo del *iter* codificador, con utilización no sólo de los diferentes Códigos penales que alcanzaron vigor, sino además de los anteproyectos y proyectos de variada filiación que durante los siglos XIX y XX fueron postulándose, bastantes de los cuales nunca habían sido estudiados hasta hoy en sus soluciones concretas, *de lege ferenda*, ante los problemas penales, lo que no parece desdeñable a la hora de discernir aquello que con cada pena se propuso el legislador y lo que al cabo ensayara. También se acude con toda amplitud a los *Diarios de Sesiones de Cortes*, para el rastreo de la génesis normativa, con sus interpretaciones e iluminaciones; a la *Colección Legislativa* en sus sucesivas presentaciones, con el análisis de cuantas disposiciones concomitantes al tema complementan el núcleo de los Códigos; así como a los archivos de la Comisión General de Codificación. Por descontado, la doctrina, histórico-jurídica y penal, está representada con pretensión de la mayor integridad. Un último nivel, el de lo logrado en efecto, tampoco queda sin su debida indagación, con recurso a repertorios jurisprudenciales y a las noticias suministradas por los penitenciaristas o, en algunos casos, por la prensa histórica. Interrelacionando dichos materiales, se ha proyectado una metodología apta al objeto de construir, para esta específica penalidad, esa teoría general histórica no existente hasta ahora por la ya alegada incuria en que han permanecido tales consecuencias del delito. Ello ha supuesto una clarificadora disección de cada castigo: desde su ubicación en las escalas y enunciado legal hasta los tipos delictivos particularizadamente reprimidos, con minucioso detenimiento en el contenido punitivo. Sintéticamente, la ávida admisión de fuentes jurídicas, con el estudio de textos penales que no pasaron de una factura *in fieri*, ha redundado en la superación de reducidos enfoques positivistas, permitiendo un acopio de datos que, al enriquecer el cotejo entre soluciones, acaba ofreciendo la aludida construcción dogmática para esta penalidad. Merced al recurso a otras fuentes metajurídicas, en muchos casos ha sido posible comprobar la ejecución real de la política criminal con cada corpus implementada. Estas penas, habiendo sido ampliamente utilizadas en alguna de sus formas por la Justicia del Antiguo Régimen, y sin grandes objeciones, a partir de la elaboración científica del Derecho penal ya desde el siglo XVIII, reciben severas críticas en cuanto a su utilidad o eficacia coincidiendo con el movimiento codificador. El debate, dilatado en el tiempo, parecía resolverse en su contra, mas al cabo pervivencias en el terreno de las medidas de seguridad vienen a redimir aquellas aplicaciones para las

que tales mecanismos político-criminales continúan reputándose necesarios. El desprestigio científico condujo a su erradicación del Código vigente, pero prueba quizás de que no todo en su potencialidad penológica era censurable, de que había en ellas aspectos a los que el ordenamiento no podía renunciar ha sido el rescate de ciertas formas de restricción ambulatoria como respuestas a la peligrosidad: se trata, obvio es, de medidas puramente eliminatorias o cautelares, pero estos fines, por mucho que los principios generales de la penalidad y el tratamiento postdelictual sean otros, representan al igual intereses legítimos, aun no tan eminentes, de la sociedad.

La Justicia Penal en Canarias en el Antiguo Régimen (siglos XVI-XVIII), por RODRÍGUEZ ARROCHA, Belinda y bajo la dirección de la doctora Carmen Sevilla González.

Título: *La Justicia Penal en Canarias en el Antiguo Régimen (siglos XVI-XVIII)*.

Autor: Belinda RODRÍGUEZ ARROCHA; belindarodrguez@gmail.com.

Director: Carmen Sevilla González. msevilla@ull.es

Universidad: Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas; Área de Historia del Derecho y de las Instituciones; Universidad de La Laguna.

Palabras clave: Delito, Edad Moderna, Islas Canarias, Justicia Penal, Monarquía Hispánica, Mundo atlántico;

Key words: Atlantic World, Canary Islands, Crime, Criminal Justice, Early Modern Age, Hispanic Monarchy.

Resumen: La presente tesis ha tenido como principal objetivo solventar la inexistencia de monografías que analizaran la aplicación de la justicia penal en las Islas Canarias durante el vasto período de la Edad Moderna, pese a que ya se habían publicado libros y colecciones documentales imprescindibles para el estudio de la justicia criminal, como la Colección Documental de La Gomera del Fondo Luis Fernández (1536-1646), a cargo de la doctora Gloria Díaz Padilla, y el Libro II de Acuerdos de la Real Audiencia de Canarias, por Juan Alberto Rodríguez Segura. Las fuentes archivísticas que han contribuido a su fundamentación teórica proceden, entre otros archivos y bibliotecas, de la Biblioteca Británica (British Library), del Archivo Histórico Nacional, del Archivo General de Simancas, del Archivo General de Indias y de los archivos histórico provinciales, diocesanos y municipales del Archipiélago.

Partiendo del análisis de las transformaciones operadas durante el citado período histórico en el derecho europeo continental en general, y en el de la Monarquía Hispánica en particular, la tesis muestra a continuación los aspectos fundamentales del organigrama judicial canario, seguidos por las características del proceso penal vigente en la época. A este respecto, plantea las similitudes y divergencias entre

la realidad judicial del Archipiélago y la de otros territorios de la Corona.

El siguiente bloque de la tesis gira en torno a la identificación de los delitos presentes en la documentación judicial, la normativa aplicable y la doctrina jurídica referida a estas conductas. La configuración de los epígrafes responde a la clasificación de los bienes jurídicos vulnerados, como la honestidad, el honor o la propiedad.

Seguidamente es analizada la actuación de los diferentes estamentos o grupos sociales en los procesos judiciales. La presencia de los miembros del sector eclesiástico, la situación de los esclavos o la multiplicidad de fueros y los consiguientes conflictos competenciales son aspectos tratados en este bloque temático.

Las conclusiones inciden especialmente en la adscripción del Archipiélago Canario al modelo jurídico y procedimental de la Monarquía Hispánica, en la medida en que las sentencias aparecen imbuidas del amplio margen de actuación del que gozaban los jueces del Antiguo Régimen. En este sentido, se observa el predominio de los corregidores legos en leyes durante el referido período histórico, y, en consecuencia, la necesidad del asesoramiento letrado desempeñado por los tenientes letrados y los alcaldes mayores. La sujeción de los territorios de señorío y de realengo al derecho histórico castellano queda fuera de toda duda tras la implantación de la Real Audiencia de Canarias en la ciudad de Las Palmas y, al mismo tiempo, las ineficaces actuaciones de los jueces insulares en la persecución de algunos delitos vienen puestas de manifiesto por los juicios de residencia.

Los comportamientos delictivos que aparecen con mayor frecuencia en la documentación judicial son los hurtos o robos, las injurias, las lesiones y los estupro. Entre las principales particularidades relativas a la criminalidad en el Archipiélago y derivadas del contexto histórico y geográfico, han de ser mencionadas la inexistencia de un bandolerismo organizado y las frecuentes prácticas de amancebamiento –vinculadas al descenso coyuntural de la población masculina, motivado por la emigración a Indias–. Es un hecho reseñable la elevada presencia del género femenino en los procesos penales, ya sea en calidad de víctimas de los delitos, bien como parte acusada o como testigos.

El siglo XVIII se erige en el escenario temporal, por una parte, del incremento de los conflictos jurisdiccionales –a raíz de la militarización institucional emprendida por los Borbones–, y por otra, de una mayor sofisticación en el proceso judicial, auspiciada por la difusión de libros de práctica procesal, redactados en castellano y con un elevado sentido del pragmatismo.

El Jurado en la Historia de las Islas Canarias (1820-1936), por SALGADO FERNÁNDEZ, José Andrés, bajo la dirección del doctor José María Vallejo García-Hevia.

Título: *El Jurado en la Historia de las Islas Canarias (1820-1936)*.

Autor: José Andrés SALGADO FERNÁNDEZ. andres.salgado@udc.es

- Director: José María Vallejo García-Hevia¹, josemaria.vallejo@uclm.es.
- Universidad: Departamento de Ciencia Jurídica y Derecho Público. Área de Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad de Castilla-La Mancha.
- Fecha de lectura: 10 de junio de 2010. Facultad de Derecho de Albacete.
- Palabras clave: Jurado, Administración de Justicia, Islas Canarias, indicio, veredicto.
- Key words: Jury, Administration of Justice, Canary Island, indication, verdict.
- Resumen: En el momento de acometer la elaboración de esta tesis doctoral, ya existía algún estudio de importancia acerca de la historia del Tribunal del Jurado en España, pero no se había realizado ninguno sobre la evolución de dicha institución en alguno de los territorios que, durante el siglo XIX y la primera mitad del XX, formaban parte del Estado español. Era necesario, por tanto, tratar de completar un vacío sobre un tema que gozaba, entonces como ahora, y puede decirse que siempre, de plena y polémica actualidad, ya que se estaba debatiendo sobre la reimplantación del Jurado en España. Las Islas Canarias contaban, además, con el atractivo de ser un territorio que presentaba importantes particularidades: su condición periférica, de alejamiento de la Península, centro en el que se elaboraban las normas que allí se aplicaban; y su configuración insular, lo que constituía una dificultad añadida para la implantación de la institución.
- En el Archivo de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife fue acometida la labor de recopilación de las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado tinerfeño de Santa Cruz. No obstante, dicha Audiencia se creó en 1914, por lo que quedaba mucha documentación de época anterior, que hubo que consultar en el Archivo del Tribunal Superior de Justicia y en el Archivo Histórico Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, ciudad en donde radicaba la única Audiencia de Canarias hasta aquella fecha, junto con la Biblioteca Nacional de Madrid. Además, para el período de tiempo que discurre entre 1820 y 1856, en el que el Jurado, caracterizado más por sus tintes municipales que judiciales, se limitó a entender de los abusos de imprenta, fueron esenciales, al objeto de indagar acerca de su actuación, las Actas de Ayuntamiento y de la Diputación Provincial de Canarias, junto con la prensa, escritos y folletos en los que se vertían opiniones sobre la institución. Pero, a partir de la promulgación y entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, y de la Ley del Jurado de 20 de abril de 1888, en las que se estableció un Jurado con competencia sobre toda clase de delitos, no sólo fueron indispensables las sentencias para conocer su funcionamiento, sino que también constituyeron fuentes jurídicas y documentales esenciales los artículos de la Prensa periódica, los informes de los Fiscales, en especial de

¹ La dirección de esta tesis doctoral fue iniciada y llevada a cabo, en su mayor parte, por el doctor Roberto Roldán Verdejo, Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de La Laguna, y Presidente de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife. Interrumpida, la misma, a su muerte, fue proseguida y terminada por el Profesor Vallejo García-Hevia.

los de Canarias, los debates en las Cortes, y la bibliografía doctrinal sobre el Jurado, no siempre coincidente, desde luego, en sus apreciaciones sobre la institución judicial popular.

Para dotar de una pertinente estructura y sistemática a la investigación, ha primado el hecho de que, el primer Jurado, cuya implantación y actividad se ha fijado, aun de forma intermitente, entre 1820 y 1856, y que reducía su ámbito de actuación a enjuiciar los delitos contra la libertad de imprenta, en poco tenía que ver con el que fue puesto en práctica después del estallido revolucionario de 1868, y que iba a conocer de todo tipo de delitos. Por eso, tras una introducción y una breve exposición del Jurado que se encontraba vigente en otros países europeos, se distinguen, siguiendo un criterio cronológico, dos partes: la primera, que constituye el contenido del Capítulo I, se centra en el estudio del *Jurado de Imprenta*. La segunda, que abarca desde el capítulo II al VI, se refiere al *Jurado para toda clase de delitos*, y se diferencian, en él, el denominado *Jurado de la Restauración*, que se prolongó entre la aprobación de la susodicha Ley del Jurado de 20 de abril de 1888, hasta la suspensión de su actividad, el 26 de septiembre de 1923, por la Dictadura de Primo de Rivera; y el restablecido *Jurado de la Segunda República*, desde su advenimiento hasta su periclitación, por obra del Decreto de la Junta de Defensa Nacional, de 8 de septiembre de 1936, que suspendió su funcionamiento en todo el territorio nacional. Dentro de cada una de dichas partes, se exponen, con un enfoque sistemático, las diferentes cuestiones que surgieron con ocasión del funcionamiento del Jurado: la elección y selección de los jurados, sus excusas y reclamaciones, las recusaciones, las vistas y sus retrasos maliciosos o por el desplazamiento de los magistrados de la Audiencia, la unidad de acto y las suspensiones de los juicios, los veredictos (en su caso, del Jurado de acusación y del Jurado de calificación) con sus tendencias según los delitos calificados, la repercusión del resumen del Presidente en los jurados, las opiniones vertidas sobre su actuación, los recursos (de reforma del veredicto, de revista ante un nuevo Jurado), los Fiscales y el Jurado, la Prensa canaria y su opinión sobre el Jurado, etc.

Por lo que se refiere a las conclusiones, se constata, entre otros particulares, la manipulación de que fue objeto el primer *Jurado*, el *de Imprenta*, por parte de las instituciones locales. Además, se aprecia la huella que dejaron, en el Jurado de Canarias, las leyes de tipo censitario que afectaron a todas las instituciones decimonónicas, al demandar, para formar parte del Jurado, unas exigencias de riqueza tan difíciles de alcanzar que dificultaron extraordinariamente o imposibilitaron, en la práctica, su constitución. En relación con el denominado *Jurado para toda clase de delitos*, entre los muchos problemas que planteó su funcionamiento, es de destacar que, si bien fue eliminado el problema de la escasez de elegibles para ser jurado, el elevado índice de analfabetismo existente, junto con la influencia caciquil, constatable en las Juntas encargadas de hacer su selección, hicieron mella en la composición de los Jurados que se constituyeron. Por otra parte, fueron proclives a emitir veredictos de inocencia en determinados tipos de delitos, como los de falsedad, los cometidos por emplea-

dos públicos o los de imprudencia, e incluso en los delitos contra la honestidad y contra las personas. Una tendencia que tuvo su reflejo en los informes de los Fiscales canarios, que, muy críticos con la lenidad del Jurado, propusieron, desde extraer de su competencia dichos delitos, hasta la suspensión de la institución. En lo que respecta a las opiniones expresadas por la Prensa, si bien no dudaron en criticar los casos más sangrantes de veredictos de inculpabilidad, no fueron siempre coincidentes en la valoración del Jurado, dependiendo en gran medida, del color político del periodista redactor de la crónica o artículo de opinión. Una actuación que apenas sufrió modificaciones bajo la II República, a pesar de los retoques legislativos que se fueron introduciendo. Finalmente, al estallar la Guerra Civil, el aludido Decreto, dictado en la Zona nacional o franquista, de 8 de septiembre de 1936, suspendió definitivamente, como se ha anticipado, la institución del Jurado, que no pudo ser reinstaurada hasta que fue restaurada la democracia, bajo la vigencia de la actual Constitución de 1978.

El Tribunal Provincial de lo Contencioso-Administrativo de Alicante (1888-1936), por VERDÚ MIRA, Antonio-Tomás, bajo la dirección del doctor Ricardo Gómez Rivero.

Título: *El Tribunal Provincial de lo Contencioso-Administrativo de Alicante (1888-1936)*.

Autor: Antonio-Tomás VERDÚ MIRA. averdum@dip-alicante.es

Director: Ricardo Gómez Rivero, r.gomez@umh.es

Universidad: Departamento de Ciencia Jurídica. Área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad Miguel Hernández.

Fecha de lectura: 2 de julio de 2010.

Palabras clave: Tribunal, control jurisdiccional de la Administración pública.

Key words: Cort, judicial control of public administration.

Resumen: Se realiza un análisis de la organización, el funcionamiento y las competencias del Tribunal Provincial de lo Contencioso-Administrativo de Alicante, así como un estudio sistemático de las sentencias dictadas por dicho órgano jurisdiccional, todo ello referido desde la creación del mismo por la Ley de 13 de septiembre de 1888, sobre el ejercicio de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, hasta el inicio de la guerra civil española, es decir, el 18 de julio de 1936, utilizando como fuente principal los fondos del Archivo Histórico Provincial de Alicante.

En dicho Archivo solo se conservan para su comentario sistemático que es lo que se pretendía, las sentencias dictadas en los períodos históricos referidos a la dictadura del General Primo de Rivera y a la 2ª República, que son las que se analizan por materias –personal, hacienda, contratación ... –, así como también se examina la repercusión de tales sentencias en la prensa local de la época.

Dicho estudio jurisprudencial con carácter previo se enmarca en un análisis sobre el contexto histórico de los indicados años de 1888 a 1936, así como la evolución de la legislación sobre la jurisdicción de lo contencioso-administrativo en dicho espacio cronológico.

La memoria doctoral tiene como corolario las pertinentes conclusiones y la mención pormenorizada de las fuentes consultadas y su correspondiente bibliografía, también forman parte de las mismas los anexos que contienen las fichas de las sentencias estudiadas ahora siguiendo un orden cronológico respecto a fecha en que se dictaron, así como de la totalidad de autos y providencias que se conservan y un apéndice documental de las copias de las sentencias de mayor relevancia.

Por lo que hace a las conclusiones, merece destacar que de las 286 resoluciones jurisdiccionales analizadas, un 60 % de las mismas se refieren a la temática de personal de las entidades locales; el 81,4% de tales resoluciones jurisdiccionales se refieren a la Administración Local; el año en que se dictaron más sentencias fue 1.934 con un número de 64, así como la duración media de los litigios en primera instancia es de 16,6 meses y la duración media respecto de los recursos de apelación ante el Tribunal Supremo es de 22,3 meses.

El principal problema que se ha tenido es la imposibilidad de referir tales datos respecto a otros Tribunales Provinciales, toda vez que parece ser el primero de los mismos que se estudia.

NUEVOS CATEDRÁTICOS DE HISTORIA DEL DERECHO

Como viene siendo habitual en los últimos tomos, a continuación damos cumplida información de los nombramientos y acreditaciones al cuerpo de Catedráticos y Profesores Titulares de Universidad de la asignatura, de que hemos tenido noticia en la Redacción del Anuario.

La doctora Remedios Morán Martín, ha sido nombrada Catedrática de Universidad del área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Nacional de Educación a Distancia, por Resolución de 29 de noviembre 2011 (*BOE* de 6 de diciembre). La toma de posesión tuvo lugar el día 7 de diciembre de 2011.

En la misma Universidad y área ha sido nombrada Catedrática de Universidad la doctora Consuelo Maqueda Abreu, por Resolución de 12 de diciembre de 2011 (*BOE* de 20 de diciembre). Se celebró la toma de posesión el 21 de diciembre de 2011.

La doctora Magdalena Martínez Almira, ha sido nombrada Catedrática de Universidad del área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Alicante, por Resolución de 2 de abril de 2012 (*BOE* de 14 de abril). La toma de posesión tuvo lugar el 25 de abril en la Sala de Juntas del Rectorado de Alicante.

Por su parte el doctor Enrique Álvarez Cora ha obtenido la acreditación para el cuerpo de Catedráticos de Universidad por Resolución de 19 de enero de 2012.

NUEVOS PROFESORES TITULARES DE HISTORIA DEL DERECHO

La doctora Marta Frieria Álvarez ha sido nombrada Profesora Titular de Universidad en el área de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Oviedo, por Resolución de 4 de abril de 2012 (*BOE* de 28 de abril). Tomó posesión el 30 de abril.

El doctor Alejandro Martínez Dhier, ha obtenido la acreditación para el cuerpo de Profesores Titulares de Universidad por Resolución de 14 de noviembre de 2011.

JUBILACIÓN DEL PROFESOR CORONAS GONZÁLEZ

En esta ocasión, la jubilación acaba de alcanzar a nuestro querido compañero Santos M. Coronas González, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Oviedo, persona de proverbial e inigualable bonhomía y laboriosidad, autor de una obra inmensa de extraordinaria calidad y asiduo colaborador del Anuario, de cuyo Consejo de Redacción forma además parte muy activa. Sus inusuales cualidades personales y profesionales, su exquisita ponderación, su sabiduría, su espíritu de trabajo, su esforzada e ininterrumpida entrega a las tareas universitarias, han moldeado una rica trayectoria académica cuya ejemplar limpieza me satisface sobremedida reconocer y proclamar en este momento. Lo hago sin reservas y con indisimulada alegría, habida cuenta sobre todo de que Santos accede a su nueva condición administrativa en la plenitud de su madurez intelectual y sin merma alguna de su entusiasmo por la investigación, del que espero y deseo fervientemente que nos sigamos beneficiando durante muchos años sus puntuales y agradecidos lectores.

B.G.A.

IN MEMORIAM: RAMÓN FERNÁNDEZ ESPINAR (1927-2011)

El pasado 29 de octubre de 2011 falleció en su Granada natal nuestro compañero Ramón Fernández Espinar, catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Facultad de Derecho granadina hasta su jubilación en 1991 y, a partir de entonces, Profesor Emérito de la misma durante un dilatado período.

Se puede afirmar con propiedad que la suya fue una larga vida dedicada en su integridad, en la vertiente profesional, a la Universidad, al Derecho y, muy en particular, a la Historia del Derecho. En los años centrales del pasado siglo, recién concluida la Licenciatura en Derecho, inició sin solución de continuidad los estudios de doctorado bajo el magisterio de don Rabel Gibert, a la sazón catedrático de la asignatura en la Facultad de Granada, quien dirigió su Tesis Doctoral sobre *La compraventa en el Derecho medieval español* que más tarde aparecería publicada en el tomo xxv del

Anuario correspondiente al año 1955, lo que marcó el comienzo de la colaboración de Fernández Espinar en nuestra Revista, de la que durante varios años fue Vicesecretario.

Fernández Espinar desarrolló posteriormente su labor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid –la «Central» luego rebautizada como Complutense–, junto a quienes en aquellos años eran los grandes maestros de la Historia del Derecho en España, y muy especialmente al lado de don Galo Sánchez y del luego destacado cano-nista don José Maldonado.

En el ámbito de la investigación, el quehacer de Fernández Espinar se orientó principal-mente hacia la Historia del Derecho privado, penal y procesal, aunque sin desaten-der otros campos como, por ejemplo, la Historia de las fuentes. Entre sus estudios publicados me conformaré ahora con recordar el dedicado a *Las prohibiciones de contraer matrimonio entre parientes en la época visigoda* o la monografía en la que analizó *El principio «testis unus testis nullus» en el Derecho histórico español*. En su producción escrita –tanto en los trabajos editados como en los inéditos– se advierte en general la preocupación de Fernández Espinar por explorar ante todo los aspectos espe-cíficamente jurídicos de las materias objeto de consideración y por ajustarse a los crite-rios y coordinadas metodológicas propias del examen tradicional del Derecho.

Profesor entusiasta, dotado de envidiable dinamismo, proyectó además su incansa-ble actividad –más allá del ámbito estricto de la docencia– en la esfera de lo que hoy se ha dado en denominar «gestión» universitaria. Secretario técnico de la Asociación Nacional de Profesores Adjuntos de Universidad, le cupo una intervención tan intensa y prolongada como al cabo decisiva en la creación del Cuerpo que supuso el acceso de dichos docentes a la condición funcionarial. Y no menos destacada fue, en fin, su parti-cipación en los momentos fundacionales de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, institución de la que fue su primer Secretario General mientras, simultánea-mente, desplegaba su preparación y experiencia docente en la confección de las prime-ras Unidades Didácticas de Historia del Derecho.

La trayectoria universitaria de Ramón Fernández Espinar culminó al obtener en 1983 la cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones de la Universidad de Granada, lo que le permitió retornar a la para él tan querida Facultad de Derecho en la que había despuntado su andadura académica. En los claustros granadinos desgranó una etapa por fortuna prolongada, que afrontó con redoblada ilusión y se reveló sumamente fecunda. En su transcurso vieron sucesivamente la luz sendas exposiciones de conjunto de las fuentes e instituciones de nuestro Derecho histórico, complementadas por la colección que por último apareció, en su edición postrera, bajo el título de *Antología de textos jurídicos históricos con orientaciones metodológicas para su comentario*.

Hace años, en el tomo LXIII-LXIV de este Anuario, don Rafael Gibert dedicó a su discípulo Fernández Espinar (con motivo de su jubilación y de su consiguiente acceso a la condición de Profesor Emérito) una amplia y sentida semblanza a la que, por la riqueza de los datos que aporta y por su tono entrañable –tan sobrio y contenido como emotivo– remito al lector interesado en un conocimiento más profundo del colega cuya reciente desaparición lamentamos ahora. Entiendo, no obstante, que aquellas páginas de Gibert no eximían a los actuales responsables del Anuario del deber de recordar en esta hora, siquiera sea en ceñida síntesis, los rasgos predominantes de la poderosa per-sonalidad de Ramón Fernández Espinar y, sobre todo, de tributarle con hondo pesar el sincero homenaje de respeto y de afecto del que no puede faltar constancia en las pági-nas de este Anuario, a cuyo Consejo de Honor ha pertenecido hasta su muerte.

B.G.A.

IN MEMORIAM: JOSÉ SARRIÓN GUALDA (1941-2011)

El viernes 9 de diciembre de 2011 falleció el Profesor José Sarrión Gualda, Catedrático de Historia del Derecho en el Departamento de Derecho Privado de la Universitat Jaume I de Castellón. Nos dejó en Valencia, ciudad en la que residía desde algunos años, muy cerca de donde vivo, razón por la cual mantenía y mantengo buena relación con su familia, esposa, tres hijos y tres nietos. Luchó con gran entereza y dignidad, sin una queja, siempre con una sonrisa en sus labios, contra uno de los males crueles de nuestra época. Había nacido un uno de febrero de 1941 en Tobarra, en la provincia de Albacete. Persona polivalente, deportista, miembro de un orfeón y sobre todo intelectual. Quienes lo conocieron y trataron como amigo y profesor universitario reconocen a un hombre entrañable, dulce de carácter y siempre dispuesto a colaborar.

Licenciado en Derecho por la Universidad de Murcia en 1965 y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona en 1980, con la tesis doctoral, *Historia de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya*, bajo la dirección de su maestro Joaquín Cerdá Riuz-Funes. José Sarrión inició su dedicación a la enseñanza universitaria de la Historia del Derecho durante el curso 1972-73 en la Universitat Autònoma de Barcelona, año en el que don Joaquín Cerdá Riuz-Funes, acababa de llegar a la citada Universidad procedente de Murcia. Su maestro le pidió que colaborase con él en la nueva Universidad barcelonesa debido al incremento del número de alumnos que había motivado la creación de otra universidad.

En esa misma Universidad fue Profesor Titular durante los años 1986 a 1992, pasando el curso siguiente, 1992-1993 a la Universidad de Gerona donde obtuvo la Cátedra de Historia del Derecho, tomando posesión el 16 de noviembre de 1993. Su posterior y último destino sería la Universitat Jaume I de Castellón, donde también por oposición, consiguió la Cátedra en 1996, que realmente desempeñó a partir de 2001. Tras su reciente jubilación, en septiembre de 2011, fue nombrado Profesor Emérito de esta Universidad que le llenó de satisfacción porque le permitía alargar su vida académica unos años más. Con anterioridad fue funcionario del Cuerpo Superior de Administración Civil del Estado ocupando desde 1967 el puesto de Técnico de Administración Civil del Estado, donde llegaría a ocupar el cargo de Subdirector General de la Conselleria de Governació de la Generalitat de Catalunya, que dejó para dedicarse a la actividad académica porque él amaba profundamente el mundo universitario. Su labor académica giró en torno a la docencia, la investigación y el desempeño de cargos académicos como el de Director de su Departamento durante seis años. Dirigió la tesis doctoral del actualmente profesor titular de la Universidad de Valencia Aniceto Masferrer, defendida en enero de 2000, bajo el título *La pena de infamia en Cataluña y Castilla. Una aproximación a las fuentes normativas y doctrinales bajomedievales y modernas*.

La investigación fue una de las actividades que nunca abandonó por su vasta cultura y amplitud de conocimientos formó parte de varios proyectos de investigación siempre centrados en la Historia del Derecho de los diferentes territorios de la Corona de Aragón. El primero, dirigido por el profesor Tomás de Montagut, *Historia de una institución jurídica: la monarquía en la Corona de Aragón*, llevado a cabo entre los años 1997 a 2000 para a continuación integrarse en el que dirigió el profesor Ricardo Gómez Rivero, *La monarquía en la Corona de Aragón*, desde octubre del 2001 a 2004. A partir de ese momento, año 2004, hasta la actualidad ha formado parte de los tres proyectos I+D concedidos por los respectivos Ministerios de Ciencia y Tecnología,

Educación y Ciencia y Educación e Innovación, *Parlamentos y Ciudades en la Corona de Aragón. De la Historia a la Modernidad I y II. Parlamentos y Ciudades de la Corona de Aragón en la encrucijada de la crisis del Antiguo Régimen* de los cuales soy la investigadora responsable.

Su conocimiento del Derecho y de la Administración del Estado se vio reflejado en muchas de sus publicaciones: *Historia de l'Escola d'Administració Pública de Catalunya (1912-1939)*, Barcelona, 1983; «Métodos de formación y técnicas de selección del funcionario en el siglo XIX», en *Revista vasca de administración*, 1984; «La función pública durante la Generalitat de Catalunya», en *Revista d'administració pública*, Universidad Autónoma de Barcelona; «La Escuela de Administración Pública de Cataluña entre 1912 y 1924» en *Autonomies, Revista catalana de derecho*, Barcelona, 1988; «Los licenciados y doctores en administraciones en la universidad española. Su ingreso en la función pública» en *Doctores y Escolares*, Valencia, 1995; «La Diputación provincial de Catalunya sota la constitució de Cadis», Generalitat de Catalunya, Barcelona, 1991; «La diputación provincial de Cataluña y el intendente: historia de un conflicto permanente» en *Estudios dedicados a la memoria del profesor L.M. Díez de Salazar*, San Sebastián, 1992; «El régimen señorial y el estado constitucional en Cataluña a comienzos del siglo XIX» en *Las divisiones territoriales y la creación de los municipios*, Orta, 1997; «La instrucción de 23 de junio de 1813 para el gobierno económico-político de las provincias y la "rebelión" de sus diputaciones» en *AHDE*, II, 1997; «L'organització política del pla de Barcelona abans de 1854». «El régimen constitucional» en «V Congrés d'història de Barcelona. Centenari de les agregacions municipals (1897-1997)», Ajuntament de Barcelona, Barcelona, 2000; «La organización del territorio español del estado constitucional. Provincia, partido judicial y término municipal (primera mitad del XIX)» en *Las innovaciones en la historia del derecho*, Madrid, 2000; «Crónica de una Diputación efímera: Játiva (17 de mayo de 1822 / 2 de octubre de 1823)» en *AHDE*, I, 2001; «Elección de ayuntamientos y señalamiento de su término municipal en los albores del constitucionalismo español» en *Autonomía municipal en el mundo mediterráneo. Historia y perspectivas*, Valencia 2002; «Representatividad, atribuciones y actividades políticas de las Diputaciones provinciales durante la vigencia de la Constitución de Cádiz» en *Rudimentos Legales. Revista Historia del Derecho*, Jaén, 2002; *La regalía de crear ciudades y villas (la doctrina jurídica catalana en la edad moderna)*, Barcelona-Lleida, 2003; «El Decreto de Nueva Planta para Cataluña: efectos y consecuencias» en *Génesis territorial de España*, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007; «La reforma fiscal de las Cortes de Cádiz y la distribución provincial de la carga tributaria», en *Cortes y Constitución de Cádiz 200 años*, Espasa libros, 2011.

Otros temas no le fueron ajenos como, «El control del rey sobre la designación y poderes de los procuradores en las cortes castellano-leonesas durante los siglos XVI-XVII» en *Homenaje al profesor Jesús Lalinde*, Barcelona, 1990; «La Diputación de la Generalidad del Reino de Valencia» en *Ivs Fvgit*, 2002, «El testamento por comisario en las leyes de Toro y en los formularios notariales» en *AHDE*, 2005; «Encantamiento, herbolarias y hechiceras en el fuero de Cuenca y en los de su familia» en *Espacios y fueros en Castilla-la Mancha (siglos XI-XV)*, 1995. En colaboración con Aniceto Masferrer «Tenencia de taula en el derecho foral valenciano. Contribución al estudio de los procedimientos de control de los oficios públicos en el antiguo régimen» en el siglo XVIII *Congrés de la Corona d'Aragó*, Valencia 2005; «La naturaleza jurídico-política de las cortes valencianas a finales del antiguo régimen en la doctrina de los juristas» en *Corts y Parlaments de la Corona d'Aragó*, Universidad de Valencia 2008. Asimismo, publicó varios artículos con M^a Jesús Espuny, «El tribunal de alzadas o de apelaciones

del consulado de comercio de Barcelona» en *Pedralbes, Revista de Historia Moderna*, 1988; «Las ordenanzas de 1766 del consulado de comercio de Cataluña y el llamado proyecto de Código de Comercio de la Diputación» en *Documentación jurídica (Ministerio de Justicia)*, Barcelona, 1989; «Las ordenanzas de 1766 de la junta de comercio de Barcelona. Datos para su reconstrucción» en *Asociación de Historia Económica*, 1989; «El derecho de asilo en la Cataluña del siglo XVIII» en *UNED* (centro asociado de Cervera), 1990; «La hacienda y los bienes de propios de los municipios catalanes a comienzos de la revolución liberal» en *UNED* (centro asociado de Cervera), 1991.

En la última etapa de su vida colaboró con la Fundación Universitas formando parte del GESI (*Grupo de Estudios Sociales e Interdisciplinarios*), siendo ponente de los diversos congresos y seminarios organizados por dicha Fundación en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Como miembro del GESI, durante dos años y hasta el final de sus días, publicó diversos artículos de opinión en Las Provincias y como señalaba en uno de sus artículos «Estas reflexiones pueden parecer exclusivas del estamento universitario, pero la universidad no debe ser un coto cerrado, sino un ámbito abierto a toda la sociedad». Los temas que abordó fueron diversos: *Estado unitario y Estado federal*, martes 6 diciembre 2011, en el cual planteaba si un Estado unitario podía convertirse en Estado federal. *Al loro, ni chocolate*, domingo, 18 septiembre 2011, aludiendo a un tópico, como el chocolate del loro, refiriéndose a los gastos menudos de las Administraciones públicas que, por su escasa cuantía, no parecía necesaria una estricta justificación de los mismos. En *La perversión de la política*, domingo, 6 marzo 2011, hace un recorrido histórico de la «polis» partiendo del momento en que los griegos se organizaron políticamente en varios Estados-ciudad («polis») y llevaron a la cultura occidental el vocablo «política» y otros términos derivados y cuando los romanos lo hicieron igualmente en un Estado-ciudad: Roma («civitas»). *Los eufemismos y el lenguaje políticamente correcto*, domingo, 10 octubre 2010, analiza el lenguaje como medio de comunicación humano más importante y sin embargo puede ser utilizado para tratar de ocultar la realidad. *La Constitución de 1978: un pacto para la convivencia*, domingo, 12 septiembre 2010, en el que repasa las diferentes constituciones españolas desde la primera Constitución española de 1812. *Habemus statutum*, domingo, 18 julio 2010, en el que confiesa que «gran parte de mi carrera funcional y académica la he desarrollado en Cataluña, donde no solo he publicado en catalán sino también he defendido esta lengua» y donde analiza el estatuto de autonomía de Cataluña aprobado en el año 2006 y objeto de sentencia del Tribunal Constitucional. *Estudiantes de Erasmo en Bolonia*, domingo, 16 mayo 2010, que le sirve de excusa para referirse al humanista Erasmo de Rotterdam y la Bolonia a mediados del siglo XIII.

Había comenzado sus colaboraciones en Las Provincias con artículos de reflexión: *España: Estado y nación*, domingo, 28 marzo 2010, donde tras analizar los últimos acontecimientos importantes en la historia de España, entre ellos, el levantamiento del pueblo español contra el invasor francés en 1808 en defensa de su independencia y la aprobación de la primera Constitución española de 1812 por las Cortes de Cádiz, señalaba que «Convendría que estas conmemoraciones no se quedasen solo en la celebración de congresos, jornadas, sino también que sirviesen para reflexionar sobre lo que los españoles hemos sido, somos, y estamos dispuestos a ser o dejar de ser». Con anterioridad publicó *El Estado (stare) en continuo «fieri»*, domingo 17 enero 2010, haciendo referencia a la permanencia del Estado y al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades autónomas, que no ha sido establecido de forma definitiva y cerrada en el texto constitucional. De manera que, como ha revelado la praxis, son los estatutos de las Comunidades Autónomas los que gozan precisamente de la firmeza y

permanencia de sus competencias, respondiendo así mejor a su etimología. El Estado, expuesto a una Constitución abierta y a un proceso

Nada hacía presentir la proximidad de tan fatal desenlace puesto que él mismo y el resto de compañeros que formábamos parte del grupo de investigación teníamos planes a largo plazo. Sus cualidades intelectuales, su amabilidad, su profunda humildad y su saber estar nos acompañarán a todo el equipo.

REMEDIOS FERRERO MICÓ

RESÚMENES



FICHAS DE LOS TRABAJOS

SECCIÓN MONOGRÁFICA

- Autor:** SERNA VALLEJO, Margarita. Universidad de Cantabria.
- Título:** *La Codificación civil española y las fuentes del derecho.*
- Resumen:** A partir de la Constitución de Cádiz se planteó en España la posibilidad de construir un nuevo sistema jurídico en el que la ley, resultado de la voluntad general, se erigiera en la fuente exclusiva del ordenamiento. Sin embargo, la concurrencia de distintas circunstancias y la recepción de varias influencias de diversa naturaleza impidieron que este planteamiento teórico se llevara a sus últimas consecuencias. De ahí que el resultado fuera la construcción de un orden jurídico en el que la ley cumple, sin duda, un papel preeminente, pero de ninguna manera exclusivo.
- La situación descrita se produjo con anterioridad al Código de 1888-1889 porque, no obstante las ideas, en la práctica, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina continuaron teniendo valor de fuente del derecho con mayor o menor intensidad. Y también a partir de la entrada en vigor del Código civil porque sus autores reconocieron como fuentes del ordenamiento jurídico español no solo a la ley, sino también a la costumbre y a los principios generales del derecho.
- El análisis de las condiciones que en el marco de la Codificación civil española permitieron la admisión de la costumbre y de los principios generales del derecho junto a la ley como fuentes de producción de derecho y la exclusión de la doctrina y de la jurisprudencia del sistema de fuentes del derecho español constituye el objeto de este trabajo.
- Palabras clave:** Fuentes del derecho, Codificación civil, Ley, Costumbre, Jurisprudencia, Principios generales del derecho
- Abstract:** The Constitution of Cadiz raised the possibility in Spain of building a new legal system in which legislation, a product of the will of the

people, would be sourced exclusively from the Code of Laws. However, the concurrence of various circumstances and influences prevented this theoretical approach from being taken to its logical conclusion. Hence the result was the construction of a legal system in which the law, without doubt, played a prominent role, but in no way was it an exclusive one.

This situation occurred prior to the Code of 1888-1889 because, despite the ideas, in practice, custom, jurisprudence and doctrine continued to hold sway as a source of law with varying intensity. This was also the case following the entry into force of the Civil Code, because its authors recognised as sources for the Spanish Code not just the legislation but also the custom and the general principles of law.

The aim of this study is to analyse the conditions that within the framework of Spanish civil codification enabled the admission of the custom and general principles of law along with the legislation as sources of law production, and the exclusion of the doctrine and jurisprudence from the system of Spanish sources of law.

Key words: Sources of law, Civil codification, Law, Custom, General principles, Jurisprudence.

Recibido: 1 de marzo de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012

Autor: GARCÍA VALDÉS, Carlos. Universidad de Alcalá de Henares.

Título: *La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias.*

Resumen: El presente trabajo estudia los diversos aspectos de la Codificación penal española del siglo XIX, así como sus concordantes recopilaciones legales penitenciarias y de orden público. Partiendo de la primera Constitución, la de Cádiz de 1812, se analizan los textos penales de 1822, 1848 y 1870, significándose los nombres de sus inspiradores y sus principios esenciales, alguno de los cuales se han sustancialmente mantenido hasta épocas muy recientes. Del mismo modo, las iniciales reglamentaciones penitenciarias se recogen, destacándose el paralelismo contemporáneo de estas con los Códigos criminales y su divergencia humanitaria. El artículo finaliza con la mención de las normas creadoras de la Policía y la Guardia Civil, también coetáneas en el tiempo.

Palabras clave: Constitución de 1812. Proceso Codificador. Códigos penales de 1822, 1848 y 1870. Humanitarismo penitenciario. Ordenanza de presidios de 1834. Legislación de seguridad ciudadana.

Abstract: This paper examines the various aspects of the criminal codes in the nineteenth century. Also examines the prison law and security policy from the same period. Starting with the 1812 Constitution, the text discusses the penal codes of 1822, 1848 and 1870, pointing to those

who were its promoters and its main principles, referring to those that have remained until recent times. Prison rules are also collected, highlighting the parallels in the criminal codes and finally its humanitarian different outcome. The paper ends by mentioning the regulation provisions that created the Police and Civil Guard, institutions also contemporary in time.

Key words: Constitution of 1812. Coding legislative Process. Criminal codes of 1822, 1848 and 1870. Humanitarians criteria prisons. Presidios Ordinance of 1834. Public security legislation.

Recibido: 5 de febrero de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012

Autor: BERCOVITZ, Alberto. Universidad Complutense de Madrid. Comisión General de Codificación

Título: *Pasado, presente y perspectivas de la codificación mercantil.*

Resumen: Este trabajo parte, como no podía ser de otra manera, de la promulgación de los dos Códigos de Comercio en el siglo XIX, poniendo de manifiesto que el Código de 1885 todavía en vigor no experimentó cambios sustanciales hasta la segunda mitad del siglo XX. Los primeros pasos modernizadores del Ordenamiento jurídico mercantil tuvieron lugar en los años 50 en leyes cuyo texto había sido preparado en la Sección de Justicia del Instituto de Estudios Políticos, se trata fundamentalmente de las leyes de sociedades anónimas y de sociedades de responsabilidad limitada.

En los años 70 se realizan las primeras modificaciones que inciden en temas importantes del Código de Comercio, tales como los títulos referentes al Registro Mercantil y a los libros de los empresarios. Esas modificaciones tienen un carácter asistemático y a partir de entonces tiene lugar un proceso que podríamos denominar de vaciamiento del Código de Comercio.

Ante la proliferación de leyes especiales mercantiles y el vaciamiento del Código de Comercio surgieron dudas en la doctrina sobre la política legislativa a seguir, esto es, si debe renunciarse a la codificación en materia mercantil, sustituyéndola por leyes especiales o si debe procederse a la redacción de un nuevo Código de Comercio.

El hecho es que la doctrina mercantilista ha pasado a considerar necesaria la preparación de un nuevo Código Mercantil, diferente al Código Civil, por cuanto la legislación mercantil es competencia exclusiva del Estado y permitirá por tanto aplicar la misma regulación jurídica en todo el territorio español, como exige el principio constitucional de unidad de mercado. Por ello, se dictó la Orden ministerial para que la Sección Segunda de la Comisión General de Codificación preparara el texto de un nuevo Código Mercantil dedicándose la últi-

ma parte de este trabajo a poner de manifiesto las razones que justifican la redacción de ese nuevo Código Mercantil cuyo anteproyecto debería ser terminado durante el presente año.

Palabras clave: Código de Comercio, Código Mercantil, Leyes Especiales, Unidad de Mercado, Estado, Comunidades Autónomas, Operadores Económicos

Abstract: The starting point of this work is, as it could not be otherwise, the enactment of the two Commercial Codes in the 19th century, showing that the Code of 1885 still in force did not experience substantial changes until the second half of the 20th century. The first steps towards modernization of the mercantile legal system took place in the 1950s in laws whose text had been drafted in the Justice Section of the Institute of Political Studies. These were, basically, the Acts of Companies by Shares and of Limited Liability Companies.

In the 1970s the first changes that have an impact on important issues of the Commercial Code are carried out, such as the headings relating to the Mercantile Registry and the books of entrepreneurs. These modifications are asymmetrical in nature and since then a process that could be called of emptying of the Commercial Code takes place.

Due to the proliferation of special commercial laws and the emptying of the Commercial Code, doubts arose in the doctrine on what legislative policy should be followed, that is, if the coding in the commercial field should be given up, substituting it with special laws or, differently, if the drafting of a new Commercial Code should be undertaken.

The fact is that the mercantilist doctrine has evolved to consider the preparation of a new Commercial Code —different from the Civil Code— as necessary, whereas commercial law is the exclusive competence of the Spanish State and would therefore allow the application of the same legal regulation throughout the whole Spanish territory, as required by the constitutional principle of market unity. This is the reason why the ministerial Decree was issued ordering that the Second Section of the General Codification Commission drafts a new Mercantile Code. The latter part of this work is devoted to highlight the reasons for the drafting of such new Mercantile Code whose preliminary draft should be completed during the current year.

Key words: Commercial Code, Mercantile Code, Special laws, Market unity, State, Autonomous Communities, Economic operators.

Recibido: 1 de marzo de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: *ÁLVAREZ CORA, Enrique*. Universidad de Murcia.

Título: *La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX.*

Resumen: El trabajo analiza la evolución de la legislación y en particular la codificación de los procedimientos civil y penal durante el siglo XIX, así como la organización judicial y otros aspectos institucionales relacionados.

Palabras clave: Administración de justicia. Procedimiento civil. Procedimiento criminal. Organización judicial.

Abstract: This work analyzes the evolution of the legislation and particularly of the civil and criminal procedures' codification during the 19th century, as well as the judiciary organization and other institutional related aspects.

Key words: Administration of Justice. Civil procedure. Criminal procedure. Judiciary Organization.

Recibido: 20 de febrero de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: PACHECO CABALLERO, FRANCISCO L. Universidad de Barcelona.

Título: *Derecho histórico y Codificación. El derecho sucesorio.*

Resumen: Partiendo de la base de que el derecho codificado atribuye un nuevo significado al material que está en su base, se examina aquí la forma en que la tradición histórica ha sido aprovechada por el Código en materia de derecho sucesorio.

Palabras clave: Código Civil, tradición histórica, derecho privado, derecho sucesorio.

Abstract: Based on the fact that the codified law gives new meaning to the material that is at its base, is discussed here how the historical tradition has been profiteer by the Code regarding succession law.

Key words: Civil Code, historical tradition, civil law, law of successions.

Recibido: 27 de febrero de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: GARCÍA PÉREZ, RAFAEL D. Universidad de Navarra.

Título: *Derechos forales y codificación civil en España (1808-1880)*

Resumen: Tradicionalmente se ha visto en la existencia de los denominados «derechos forales» una de las principales dificultades para la codificación del derecho civil en España. El presente artículo constituye una primera aproximación al estudio de la transformación de los derechos propios no castellanos en «derechos forales», frente al «derecho común» español, de origen castellano. En este proceso, el proyecto de Código Civil de 1851, unido a la asimilación en algunos

territorios de doctrinas políticas y filosóficas como el carlismo o el historicismo de la Escuela alemana, adquirieron una particular importancia. Los derechos forales terminaron así por adquirir una dimensión política identitaria y constituir, efectivamente, una barrera eficaz frente a cualquier intento de unificación jurídica del territorio español en materia civil.

Palabras clave: Legal historiography has traditionally interpreted the existence of the so-called *derechos forales* as one of the main difficulties for the codification of the Spanish civil law. This paper is a first attempt to study the transformation of these non-Castilian rights in a *new* kind of provincial right known as *derechos forales*, opposed to the Spanish common law. In this process, the draft in 1851 of a new Civil Code's project, as well as the assimilation in some Spanish areas of new political and philosophical doctrines (as the *Carlismo* or the Savigny's legal historicism), took on special relevance. Thus, toward the end of the Nineteenth century, these *Derechos forales* acquired a strong political identity and became an effective barrier against any attempt to unify the Spanish civil law.

Abstract: Derechos forales, código civil, codificación, Estado liberal, carlismo, unificación legislativa, Escuela histórica.

Key words: *Derechos forales*, civil code, codification, Liberal State, Legal unification, *carlismo*, German Historical School.

Recibido: 29 de febrero de 1012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: ROCA TRÍAS, Encarna. Universidad de Barcelona. Magistrada del Tribunal Supremo

Título: *La post codificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta.*

Resumen: El artículo trata de la evolución del pluralismo legislativo civil en España desde la entrada en vigor del Código Civil en 1889. Las proclamaciones contenidas en las diversas Constituciones que exigieron siempre que unos mismos Códigos rigieran en toda la Monarquía, encontraron la resistencia de determinados territorios y ello produjo y aun produce un sistema plural, ampliamente aceptado, pero no debatido.

Palabras clave: Codificación. Competencias en materia civil. Derechos civiles autonómicos.

Abstract: The article deals with the plural structure of the Spanish Civil Law. From the enactment of the Civil Code in 1889, the unification has been impossible due to political demands of the peripheral territories. The requirements about a unic Code, in the civil, commercial and criminal Laws, became void formuls due to the resistance of specific territories until now. This has produced the plural system now in force, generally accepted, but not debated.

- Key words:** Codification. Jurisdictions in Civil Law; Civil Law of the Autonomous Communities.
- Recibido:** 22 de febrero de 2012.
- Aceptado:** 3 de mayo de 2012.
- Autor:** MOREU BALLONGA, José Luis. Universidad de Zaragoza.
- Título:** *La codificación del Derecho civil aragonés y el código de Derecho Foral de Aragón de 2011.*
- Resumen:** En los últimos quince años la Compilación de Derecho civil aragonés de 1967 ha sido sustituida por cuatro leyes aragonesas, refundidas junto a otras dos en el Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, que contiene el denominado Código de Derecho Foral Aragonés. De las seis leyes aragonesas allí refundidas cuatro han sido elaboradas por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y otras dos por los políticos directamente en las Cortes aragonesas. El autor valora críticamente esta reforma legal que ha venido a cuadruplicar en extensión la buena ley que era, al menos en sentido técnico, la Compilación de 1967. En su opinión, esta reforma legal del Derecho aragonés se ha hecho con debate insuficiente tanto técnico o doctrinal como sobre los fundamentos ideológicos de las normas. También sin suficiente debate sobre las específicas fuentes del Derecho aragonés, que considera una herencia muy discutible del pensamiento de Joaquín Costa. Sostiene el autor que las nuevas leyes han sido en ocasiones excesivamente conservadoras o hasta inmovilistas, al mantener ideas o institutos jurídicos claramente anticuados. Se explica que, pese a su muy ampliada extensión, el nuevo Código de Derecho Foral de Aragón no tiene en realidad ideas nuevas de entidad que no estuvieran ya en el Apéndice foral de 1925 o en el Código civil español, con excepción de la regulación de las «parejas de hecho» y de las situaciones de ruptura de la pareja y autoridad en esos casos sobre los hijos, contenidos estos incorporados directamente por las leyes de los políticos.
- Palabras clave:** Derecho civil aragonés. Política legislativa. Codificación. Fuentes del Derecho. Normas imperativas. Costa y el liberalismo.
- Abstract:** During the last fifteen years, the compilation of Aragonese Civil Law drafted in 1967 has been fully replaced by four Aragonese laws rewritten in addition to another two laws into the Decreto Legislativo 1/2011 of March 22, where the so-called Código de Derecho Foral Aragonés is included. Four of these six rewritten Aragonese laws were drawn up by the Aragonese Civil Law Committee and the remaining two laws were worked out directly by politicians in the Cortes de Aragón. The paper offers a critical assessment of this legislative change as a result of which the technically well-constructed compilation of 1967 has been substituted for a code four times its length. According to the author's opinion, the

reform has been carried out with insufficient debate and consideration to the ideological and technical aspects involved and also to the specific sources of Aragonese Law, pointed out by the author as an arguable legacy of the ideas of J. Costa. The paper affirms that the new compilation is sometimes exceedingly conservative or even resistant to change, as it holds up many obsolete legal principles. Evidence is given to show that, despite its expanded extent, the new Código de Derecho Foral Aragonés contains no essential new legal concepts when compared with the Apéndice Foral of 1925 or the Spanish Civil Code, except for regulation worked out by politicians to deal with co-habiting couples, couple breaking-off and consequent questions concerning the custody of the children.

Key words: Aragonese Civil Law. Legislative policies. Codification. Sources of law. Mandatory rules. J. Costa and liberalism.

Recibido: 22 de febrero de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: PLANAS ROSSELLÓ, Antonio. Universidad de las Islas Baleares.

Título: *El derecho del antiguo Reino de Mallorca ante la codificación liberal.*

Resumen: El artículo estudia el impacto que tuvo sobre el derecho del reino de Mallorca la Codificación liberal que se desarrolló durante el siglo XIX, hasta la entrada en vigor del Código Civil en 1889. A raíz del Decreto de Nueva Planta de 1715, el derecho procesal y penal de Mallorca se había transformado lentamente mediante unas leyes generales que se debían aplicar en casi todos los reinos de la monarquía. En cambio, en los inicios de la etapa codificadora, su derecho privado permanecía prácticamente intacto, pues la legislación Borbónica sobre esta materia había sido muy escasa. Los informes enviados por las instituciones mallorquinas para la convocatoria de las Cortes de Cádiz, se opusieron a la unificación del derecho español, aferrándose a algunas instituciones civiles de especial raigambre. Sin embargo, esta postura inicial no se manifestó en los debates constitucionales ni en una posterior oposición a la codificación del Derecho Mercantil, Penal o Procesal. Solo tras el fracaso del proyecto de Código Civil de 1851 surgió una corriente partidaria de la preservación de determinadas instituciones civiles. Por entonces, muchas de ellas se habían adaptado por sí mismas al derecho castellano. En esta circunstancia, los juristas mallorquines no defendieron una postura historicista, sino meramente pragmática. Pretendían conservar aquellas instituciones cuya modificación entrañaría un trastorno para los usos sociales. Sin embargo, una vez aprobado el Código Civil, la tardanza en compilar el derecho de las Baleares supuso que el ordenamiento histórico se mantuviese durante decenios en situación de precariedad e inseguridad jurídica.

Palabras clave: Código, costumbre, Derecho Civil, Derecho Foral, Derecho Romano, Mallorca.

Abstract: The article examines the impact of liberal Codification on the right of the kingdom of Mallorca during the 19th century, until the entry into force of the Civil Code in 1889. As a result of the Decree of Nueva Planta (1715), procedural and criminal law of Majorca was slowly transformed by general laws that should apply in most realms of the monarchy. In contrast, in the beginning of the Codification age, its private law remained virtually intact, because the Bourbon legislation on this subject had been very limited. The reports sent by the Majorcan institutions before to the convocation of the Cortes of Cadiz opposed the unification of Spanish law, clinging to some deeply-rooted civil institutions. However, this initial position was neither reflected in the constitutional debates nor in a subsequent opposition to the codification of commercial, criminal and procedural law. Only after the failure of the civil code draft bill of 1851 arose a favorable current to the preservation of certain civilian institutions. At the time, many of those institutions had adapted themselves to the Castilian Law. In this circumstance, the Mallorcan Lawyers did not defend a historicist position, but merely pragmatic. They sought to preserve those institutions whose modification would entail a disorder for social uses. However, after approval of the Civil Code, the delay in compiling the right of the Balearic Islands carried the historical Legal System was maintained for decades in a precarious situation and legal uncertainty.

Key words: Code, custom, Civil law, regional law, roman law, Majorca.

Recibido: 27 de febrero de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: JIMENO ARANGUREN, Roldán. Universidad Pública de Navarra.

Título: *Derecho civil navarro y codificación general española.*

Resumen: El artículo examina la evolución del Derecho civil navarro en el marco de la Codificación general española. Los mismos artífices de la Compilación Foral vigente han elaborado la mayor parte de la historiografía sobre el proceso codificador. Las fuentes del Derecho civil navarro han ido perfilándose progresivamente: las fuentes legislativas históricas, definidas desde el siglo XIX y nunca revisadas, han generado interpretaciones legislativas y jurisprudenciales en ocasiones deficientes. Se estudia el devenir histórico del Derecho civil navarro tomando en consideración tres grandes bloques: en primer lugar, la experiencia codificadora española decimonónica, que coincide en Navarra con la crisis de la foralidad y la desaparición del reino y de sus instituciones legislativas y judiciales. Después, los diferentes Proyectos y Anteproyectos de Apéndice al Código civil que se han elaborado en Navarra, y su culminación en la Compilación civil foral

de 1973. Y, por último, se examina el encaje del Derecho civil navarro en la Constitución y en la Ley Orgánica 13/1982 de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, consignando las posteriores modificaciones del Fuero Nuevo, para concluir con unas reflexiones sobre la necesidad de revisar el ordenamiento de la Comunidad Foral –plagado de incoherencias e imperfecciones técnicas y con muchas instituciones historicistas obsoletas–, y de adaptarlo al contexto de europeización del Derecho privado, si bien manteniendo y actualizando las instituciones históricas que tengan encaje en el siglo XXI.

Palabras clave: Navarra. Derecho civil foral. Codificación española. Código civil. Compilación civil foral. Fuero Nuevo.

Abstract: The article examines the evolution of the Navarrese civil law within the framework of the Spanish general Coding. The authors of the Foral Compilation have developed much of the historiography on the subject. The navarrese civil Law sources have been emerging gradually: historical legislative sources, defined from the 19th century and never revised, have led, sometimes, to poor legislative and jurisprudential interpretations. We study the historical evolution of the navarrese civil law taking into consideration three large blocks: Firstly, the nineteenth-century Spanish encoding experience, which coincides in Navarre with the foralidad crisis and the disappearance of the Kingdom and its legislative and judicial institutions. Later, the different projects and preliminary projects of Appendix to the civil Code have been drawn up in Navarre, and its culmination in the Foral Civil compilation of 1973. And, finally, it examines the adjustment of the navarrese civil law to the Constitution and the Organic Law 13/1982, entering the subsequent amendments of the Foral Civil compilation, to conclude with a few thoughts on the need to revise the law in the Autonomous Community –riddled with inconsistencies and technical imperfections and with many obsolete historicist institutions–, and adapt it to the context of Europeanization of private Law, while maintaining and updating the historical institutions who have fit in the 21st century.

Key words: Navarre, Foral Civil law. Spanish Coding. Civil code. Foral Civil Compilation. New Law.

Recibido: 29 de febrero de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino. Universidad de Barcelona.

Título: *Derecho civil gallego*.

Resumen: Del papel de la Historia del derecho o de los límites de la razón y su derrota por los sentimientos

Palabras clave: Concepto de Historia. Derecho nacional. Mito y razón. Derecho gallego. Codificación. Constitución de Cádiz

Abstract: About the role of Legal History or the limits of reason and its defeat in front of the feelings

Key words: History concept, National law, mith and reasons arguments, galician law, Codification, Cadiz Constitution.

Recibido: 27 de febrero de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: ARREGUI ZAMORANO, Pilar. Universidad de Salamanca.

Título: *Intercambios codificadores entre ambos lados del Atlántico (A propósito de la codificación del Derecho civil)*

Resumen: Desde el mismo momento del descubrimiento de las Indias Occidentales el Atlántico se convirtió en la vía de comunicación ente dos mundos que dejarían de serlo para convertirse en uno sólo. Estas líneas pretenden ser un repaso del flujo de modelos y de ideas que a lo largo del siglo XIX cruzaron el Atlántico en una y otra dirección y que hicieron suyos los hombres de aquella época que tuvieron en su cabeza y en su pluma la tarea de volcar en códigos el derecho civil de aquellas sociedad post-revolucionaria.

En una primera etapa, ni España ni los territorios que se fueron emancipando supieron codificar, por lo que utilizaron como fuente o copiaron principalmente al *Code civil* francés. Pero la lección codificadora no tardaron mucho en aprenderla juristas de talla como Andrés Bello, Florencio García Goyena, Vélez Sarsfield o Justo Sierra capaces de cargar sobre sí el peso de tal empresa. Ellos supieron cómo hacerlo, no a imagen y semejanza de otros, sino con la experiencia de aquellos, adaptando los principios liberales a las circunstancias de su propia tradición. En esta empresa, el que tuvo más acierto y, por tanto, alcanzó más proyección y más gloria fue Andrés Bello. Pero su brillo no eclipsa a los demás, porque las ideas se entrecruzaron y enriquecieron hasta dificultar sobremanera la disección y adjudicación de cada una a cada cual.

Palabras clave: Codificación civil española, codificación civil hispanoamericana, modelos, mutuas influencias, Florencio García Goyena, Andrés Bello, Dalmacio Vélez Sarsfield, Justo Sierra.

Abstract: From the moment of the West Indies discovery, the Atlantic became the communication route between two worlds that eventually converted into a single world. The following lines pretends to be a review of the exchange of models and ideas that, the nineteenth century, crossed the Atlantic in both directions. These models and ideas were assumed by jurists that took the responsibility of translating into codex the civil law of the post-revolutionary society.

In a first stage, neither Spain nor the territories that emancipated, were able to codify, so they used the French Civil Code either as a source of inspiration or directly copied it. But soon a group of jurists, including Andres Bello, Florencio Garcia Goyena, Velez Sarsfield and Justo Sierra, learned the codification process, and were able to take upon themselves the weight of such task. They were able to do it, but not at the image of others, while using previous experience, adapting liberal principles to the circumstances of their own tradition. In this task, who was more successful and, therefore, reached more projection and more glory was Andrés Bello. But his brilliance does not outshine the others, because the ideas became intertwined and it was difficult to separate one from the other and consequently it was not possible to attribute the merit of each idea to one specific jurist.

Key words: Spanish civil codification, Hiapanoamerican civil codification, models, mutual influences, Florencio García Goyena, Andrés Bello, Dalmacio Vélez Sarsfield, Justo Sierra.

Recibido: 1 de marzo de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: PRIETO SANCHÍS, Luis. Universidad de Castilla-La Mancha.

Título: *Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI.*

Resumen: El proyecto codificador que tiene su origen en el racionalismo y en la Ilustración comprende tanto una técnica legislativa como una política del Derecho. Ambas dimensiones han conocido una profunda crisis a lo largo de los dos últimos siglos como consecuencia de distintos factores, que son objeto de sucinto tratamiento. En particular, se presta atención al constitucionalismo contemporáneo que pone en cuestión algunos de los valores de la codificación, sobre todo la figura del intérprete que entonces fue diseñada. La revitalización de la ciencia de la legislación que se observa en las últimas décadas puede ayudar a una mejor técnica legislativa, pero es muy dudoso que hoy concurren las condiciones culturales para que la política legislativa recupere los valores utópicos de la codificación racionalista.

Palabras clave: Racionalismo jurídico, crisis de la ley, interpretación constitucional, ciencia de la legislación.

Abstract: The codification Project which originates from enlightenment rationalism includes legislative drafting as well as legislative policy. Both aspects have fallen into deep crisis over the last two centuries, as a consequence of several factors that are addressed in this paper. Attention is paid, in particular, to contemporary constitutionalism, which calls into question some of the values of codification, mainly

the figure of interpret that was designed at that time. The revitalization of the legislative science experienced in recent years may contribute to improve the legislative drafting. It is highly doubtful, however, that legislative policy can recover the utopian values of rationalist codification.

Key words: Legal rationalism, crisis of law, constitutional interpretation, legislative science.

Recibido: 9 de enero de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

ESTUDIOS

Autor: ARVIZU, Fernando de. Universidad de León.

Título: *Navarra: un reino en la Monarquía española (1512-1829)*

Resumen: Después de unas consideraciones historiográficas de orden general, se examina el proceso de incorporación de Navarra a la Corona de Castilla. A continuación, se tratan diferentes aspectos e instituciones de Navarra en cuanto reino dentro de la Monarquía española. Por último se tratan algunos problemas importantes derivados de la inclusión de Navarra en la Monarquía española.

Palabras clave: Monarquía española, Reino de Navarra, incorporación, frontera, rey, súbditos, virrey, Consejo de Navarra, Cortes de Navarra.

Abstract: After some general historiographical considerations, the work analyzes the incorporation process of Navarre Kingdom to the Castille Crown. Afterwards are examined different aspects and institutions of the Navarre Kingdom situation inside the Spanish Monarchy. Finally, the work examines some important problems derived from the inclusion of Navarre Kingdom in the spanish Monarchy.

Key words: Spanish Monarchy, Kingdom of Navarre, incorporation, frontier, king, subjets, viceroy, Royal Concil of Navarre, Parliament <Cortes> of Navarre.

Recibido: 29 febrero de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: RAMOS VÁZQUEZ, Isabel. Universidad de Jaén.

Título: *La Administración civil penitenciaria; militarismo y administrativismo en los orígenes del Estado de Derecho.*

Resumen: La Administración del Estado se consolidó durante los siglos diecinueve y veinte, asumiendo nuevas responsabilidades públicas. Una

de ellas fue la derivada del desarrollo de la prisión moderna o competencia penitenciaria, desde que la pena de prisión se impusiera como la pena principal del ordenamiento jurídico. Durante el Antiguo Régimen, las cárceles habían estado gestionadas por una compleja amalgama de iniciativas públicas y privadas, y las primeras prisiones pertenecían al orden militar, a pesar de que cada vez más fueran utilizadas para el castigo de la población civil. Este trabajo pretende analizar como la competencia penitenciaria fue siendo asumida a lo largo de diferentes etapas por la Administración civil del Estado, en detrimento del poder militar, imponiéndose finalmente la teoría de que un verdadero sistema penal correctivo depende principalmente de un buen cuerpo de funcionarios civiles del Estado.

Palabras clave: Administración civil, reforma penitenciaria.

Abstract: State governments played an increasingly important role throughout the nineteenth and twentieth centuries, assuming new public responsibilities. One of these new state capacities was the development of the modern prison, since the imprisonment emerged as the main punishment of the legal order. In the Ancient Regimen, jails were managed by a complex mixture of public and private initiatives, and the first prisons belonged to the military order, although they were containing more and more civil offenders. This work attempts to analyze how the prison matters were assumed in different stages by the civil Administration to the detriment of the military power, succeeding the theory that the value of a true corrective prison system depends mainly on a good and well-trained civil staff.

Key words: Civil Administration, prison reform.

Recibido: 1 de marzo de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: BÁDENAS ZAMORA, Antonio. Universidad Rey Juan Carlos.

Título: *Consideraciones acerca de la supresión de los casos de Corte.*

Resumen: Los denominados «casos de Corte» constituyen una antigua institución procesal que, si bien es frecuentemente citada en nuestra legislación histórica, aún no ha merecido la necesaria atención por parte de la historiografía jurídica. De ahí que los perfiles de su naturaleza jurídica no estén suficientemente bien definidos. Esta deficiencia, desde luego, no ayuda a comprender porqué tanto la creación como la extinción de este instituto jurídico fueron objeto de palabras elogiosas por parte de la literatura jurídica del siglo XIX. Siendo, precisamente, esta discordancia la que ha alentado al autor de este trabajo para dar contenido histórico a los fundamentos que empleó el legislador liberal español para tomar la decisión de erradicar los casos de Corte del ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Administración de Justicia, Antiguo Régimen, Aforamiento procesal, Constitución, Liberalismo, Igualdad jurídica.

Abstract: The denominated «Court lawsuits» represent an ancient procedural institution, which although it is frequently mentioned in our historical legislation, the legal historiography has not considered it worth of attention. This is the reason why the profiles of its legal nature have not been well established. By all means, this deficiency does not lead to understand why the creation and extinction of the legal institution received so many praises from the legal literature in the XIX century. This dissonance is what motivated the author of this book to support with historical context the bases of the Spanish liberal legislator that made him take the decision of eradicating the Court lawsuits of the legal system.

Key words: Ancient Regime, Procedural assessment, Constitution, Liberalism, Legal equality.

Recibido: 28 de febrero de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: COBO DEL ROSAL, Gabriela. Universidad Rey Juan Carlos.

Título: *El proceso de elaboración del Código penal de 1928.*

Resumen: Análisis del proceso técnico por el que se elaboró el Código penal de 1928. Desde el punto de vista histórico jurídico dicho Código y el periodo de la Dictadura de Primo de Rivera parecen haber caído en el olvido y adolecen de un estudio que parta de dicha perspectiva. El objeto formal de estas páginas es el Código penal de 1928 desde una perspectiva puramente técnica: su producción en el sistema de las fuentes del Derecho.

Palabras clave: Código penal de 1928, Codificación penal, Dictadura de Miguel Primo de Rivera.

Abstract: Analysis of the technical process that ended up producing the Criminal Code of 1928. Such a Code and the Dictatorship of Primo de Rivera's period seem to be forgotten and there is a lack of a study that parts from a historical and juridical perspective. The very formal objective of these pages is the Criminal Code of 1928 from a pure technical perspective: its production inside the system of the sources of Law.

Key words: Spanish criminal code of 1928, criminal codification. Miguel Primo de Rivera's Dictatorship.

Recibido: 2 de diciembre de 2011.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

- Autor: AGUILERA BARCHET, Bruno. Universidad Rey Juan Carlos.
- Título: *De la etapa liberal a la era social. Las transformaciones jurídicas del Estado español entre 1923 y 1939.*
- Resumen: En Europa, el Estado liberal entra en crisis como consecuencia de la catarsis de la Primera Guerra Mundial y su corolario inevitable: la Revolución rusa. Fue el inicio de la etapa de entreguerras (1919-1939), un período singular en la historia del derecho público occidental en el que el parlamentarismo decimonónico se ve reemplazado por regímenes dictatoriales, no solamente en Rusia, sino también en Italia y en Alemania, donde surge una fuerte reacción frente al bolchevismo. Como resultado, en toda Europa prevalece una tendencia al autoritarismo que lleva a los gobiernos a abandonar la neutralidad social del modelo estatal del «laissez faire» para adoptar regímenes intervencionistas, autoritarios o directamente totalitarios. En el presente artículo el autor analiza desde una perspectiva jurídica cómo se produce ocurre esta transición en España, a través del sinuoso itinerario que se inicia con el colapso de la Monarquía parlamentaria tras la dictadura de Primo de Rivera, continúa con la instauración de la Segunda República y termina con el estallido de la Guerra civil, que da paso al nuevo Estado impuesto por Franco a partir del 1 de octubre de 1936. Una transformación que fue trascendental si consideramos que el actual sistema democrático español, regido por la Constitución de 1978, deriva directamente del Estado franquista, en la medida en que se llega al proceso constituyente siguiendo formalmente el itinerario jurídico de reforma establecido en las Leyes Fundamentales. El análisis considera, desde una perspectiva comparada, lo que ocurre simultáneamente en el resto de Europa, con el objetivo de poner de relieve las peculiaridades de las transformaciones jurídicas del Estado en España durante este período crucial.
- Palabras clave: Fascismo. Bolchevismo. Estado liberal. Estado totalitario. Dictadura de Primo de Rivera. Segunda República. Guerra civil. Régimen franquista. Legalidad. Legitimidad.
- Abstract: In Europe the Liberal State suffered a crisis as a result of the catharsis of the First World War and its inevitable corollary: the Russian Revolution. It was the beginning of the Interbellum (1918-1939), a singular era in the history of Western public law, when 19th century Parliamentarism was supplanted by dictatorial regimes, not only in Russia, but also in Italy and Germany, which saw powerful reactions against Bolshevism. As a result, all across Europe a tendency towards authoritarianism prevailed which led governments to abandon the social neutrality of the «laissez faire» model in favor of interventionist, authoritarian or outright totalitarian States. In the present article the author analyzes from a legal perspective how this transition occurred in Spain, examining the winding process which began with the collapse of Parliamentarian monarchy and the ensuing dictatorship of Primo de Rivera, continued with the founding of the Second Spanish Republic, and ended with the outbreak

of the Spanish Civil War, yielding the «new State» imposed by Franco on October 1st, 1936. This transformation was essential if we consider that Spain's democratic system today, under the rule of its 1978 Constitution, was derived directly from the Francoist regime, as its constituent constitutional process was formally based upon the framework of legal reforms established by Franco's Fundamental Laws. The analysis considers, from a comparative perspective, what happened simultaneously in the rest of Europe, in order to emphasize the peculiarities of the Spanish State's legal transformations during this crucial period.

Key words: Facism. Bolshevism. Liberal State. Totalitarianism. Dictatorship of Primo de Rivera. Second Spanish Republic. Spanish Civil War. Francoist Regime. Legality. Legitimacy.

Recibido: 27 de febrero de 2012.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

MISCELANEA

Autor: LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente. Universidad de Sevilla.

Título: *La jurisdicción de hacienda a finales del Antiguo Régimen.*

Resumen: El presente trabajo tiene por objeto estudiar, basándose principalmente en fuentes normativas y doctrinales, la Jurisdicción especial de Hacienda a finales del Antiguo Régimen. Se analizan los diversos órganos de dicha Jurisdicción –tanto en lo referente a su organización como a su estatuto y funciones–, principalmente el Consejo de Hacienda, el Superintendente General de Hacienda y los Intendentes, pero también otros que ejercen funciones relevantes, tales como los Subdelegados de Rentas no Intendentes, los asesores, administradores y escribanos. Entre ellos se produce un reparto de funciones, para lo cual resulta decisiva en diversas ocasiones la dicotomía contencioso-gubernativo, distinción que a su vez se utiliza para el reparto de competencias con determinados órganos ajenos a la Real Hacienda. Asimismo se estudia el ámbito competencial –de una gran amplitud– de la Jurisdicción de Hacienda, destacando la importancia de los asuntos de contrabando y fraude.

Palabras clave: Jurisdicción, contencioso, Intendente, Consejo de Hacienda, Real Hacienda, Antiguo Régimen.

Abstract: The present paper has for object to study, being based principally on normative and doctrinal sources, the special Finance Jurisdiction at the end of the Old Regime. There analyze the diverse organs of the above mentioned Jurisdiction – so much in what concerns his organization as his statute and functions–, principally the Finance Council,

the General Superintendent of Finance and the Intendants, but also other organs as the Subdelegates, the advisers, the administrators and the notaries. Between them a distribution of functions takes place, for which turns out to be decisive in diverse occasions the dichotomy contentious – governmental, distinction that in turn is in use for the distribution of attributions with certain organs foreign to the Royal Finance. Likewise the area is studied competencial – of a great extent – of the Finance Jurisdiction, emphasizing the importance of the matters of smuggling and fraud.

Key words: Jurisdiction, contentious, Intendant, Finance Council, Royal Finance, Old regime.

Recibido: 13 de junio de 2011.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: POLO MARTÍN, Regina. Universidad de Salamanca.

Título: *De cómo los diputados del común de Arévalo pleitearon en defensa de su habilitación como regidores.*

Resumen: A comienzos del siglo XIX muchos eran los síntomas que mostraban la descomposición creciente de los fosilizados ayuntamientos absolutistas, que todavía vertebraban la organización municipal en esos años. Uno de ellos era la constante ausencia de los regidores perpetuos y renunciables, que, por tanto, no asistían a las reuniones consistoriales, lo que obligaba a adoptar medidas que permitiesen la celebración de esas reuniones, como la habilitación como tales regidores de otros oficios del ayuntamiento, o, con más trascendencia, la introducción en esos ayuntamientos absolutistas de regidores elegidos a través del mecanismo de las ternas ordenado por la Real Cédula de 1824 de Fernando VII. El objetivo de este trabajo es mostrar a través de un episodio concreto acaecido en un municipio determinado –el litigio que sostuvieron dos diputados del común de Arévalo en contra de los regidores en defensa de su habilitación como tales regidores– los desórdenes o alteraciones (en buena medida provocadas por la ambiciones personales que dominaban el gobierno de las ciudades) a que conducía la aplicación de estas medidas correctoras ante la falta de una regulación del régimen municipal adecuada a la nueva situación que se iba gestando.

Palabras clave: Diputados del común, regidores habilitados, Real Cédula de 1824.

Abstract: At the begining of XIX century there were many sympton that showed the increasing destruction of the old absolutist cities council, that they still ruled the municipal organization in those years. One of them it was the continual absence of the «regidores perpetuos y renunciables», that, so, they didn't go to the consistorial meetings, and it required to take some different measures that allowed the celebration of these meetings, such as the qualification as rulers of other offices of the municipality or, more importante, the

introduction into such absolutist rulers councils electeds through the mechanism of these lists ordered by Real Cédula of 1824, by Fernando VII. The aim of this paper is to show through a particular episode occurred in a given municipality –the issue taht kept two «diputados del común» of Arévalo against the «regidores» in defense of his qualification as such «regidores– disorders or abnormalities (and good as caused by personal ambitions that dominated the city government) which led to the application of corrective actions in the absence of a proper municipal regulation of the regime to the new situation that was happening.

Key words: «Diputados del común», «regidores habilitados», Real Cédula of 1824.

Recibido: 1 de junio de 2011.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.

Autor: PINO ABAD, Miguel. Universidad de Córdoba.

Título: *Los delitos contra el orden público en el marco de la Ley de Defensa de la República.*

Resumen: Como en numerosas ocasiones se ha aseverado, los diversos gobiernos de la Segunda República española no fueron capaces de encajar correctamente la administración del orden público en el contexto del sistema democrático y se vieron abocados a declarar, de forma casi permanente, estados de excepción, lo que supuso la suspensión de las garantías constitucionales. Entre otras, se han apuntado como posibles causas la crisis internacional del momento, la lentitud en acometer la reforma agraria, el crecimiento del paro, los enfrentamientos entre trabajadores y Fuerzas Armadas y las insurrecciones anarquistas. Como reacción a todo lo que estaba pasando, el Gobierno examinó el 23 de julio de 1931 un proyecto de decreto de «Defensa de la República». Aunque al final no se aprobó, sí se decidió que se tuviera en cuenta en el futuro como proyecto de ley, lo que se hizo tres meses más tarde. Así, el 19 de octubre se reunió el Consejo de Ministros para debatir, con indiscutible acaloramiento, el contenido de la futura ley de orden público, que especificaba once categorías de delitos sujetas a su jurisdicción. Tras analizar su génesis, me ocupo de señalar algunos de los ejemplos más significativos de aplicación de la ley, para lo cual ha resultado de especial relevancia el manejo de la prensa de la época. Por último, ya en junio de 1933, la remodelación del Gobierno, con la entrada de los federales, fue aprovechada para forzar la extinción de ley de Defensa de la República y su sustitución por la ley de Orden Público, aunque la experiencia demostró que el panorama apenas cambió por el asedio constante de las organizaciones anarquistas a la República.

Palabras clave: Orden público, Segunda República, España, delitos.

- Abstract:** As has often been asserted, the various governments of the Second Spanish Republic were unable to fit properly the administration of public order in the context of the democratic system and they were forced to testify, in an almost permanent state of emergency, which led to the suspension of constitutional guarantees. Among others, have pointed out as possible causes of the current international crisis, slow to undertake land reform, rising unemployment, clashes between workers and military uprisings and anarchist. In reaction to all that was happening, the Government reviewed the July 23, 1931 a draft decree to «Defense of the Republic.» Though ultimately not approved, they decided to take into account in the future as a bill, which was done three months later. Thus, on 19 October, the Cabinet met to discuss, with unquestionable warmth, the content of future Public Order Act, which specified eleven categories of crimes under its jurisdiction. After analyzing its genesis, I take care to point out some of the most significant application of the law, which was of particular relevance handling the press of the time. Finally, and in June 1933, the government reshuffle, with input from the feds, was used to force the extinction of Defense Law of the Republic and its replacement by the Public Order Act, but the experience showed that landscape hardly changed by the constant harassment of anarchist organizations in the Republic.
- Key words:** Public order, Second Republic, Spain, crimes.
- Recibido:** 23 de febrero de 2012.
- Aceptado:** 3 de mayo de 2012.

DOCUMENTOS

- Autor:** POLO MARTÍN, Regina. Universidad de Salamanca.
- Título:** *Ordenanzas de un lugar de señorío: Cepeda.*
- Resumen:** La redacción, aprobación y confirmación de ordenanzas municipales fue un fenómeno común en las ciudades y villas castellanas, tanto realengas como de señorío, desde finales del siglo xv. El objetivo de este trabajo es precisamente transcribir uno de esos cuerpos de ordenanzas que apareció en esos años en Cepeda, pequeña localidad de señorío perteneciente al condado de Miranda del Castañar. Se trata de unas ordenanzas incompletas, pues carecen de encabezamiento y, además, su presunta confirmación por el conde de Miranda es ilegible. Regulan fundamentalmente materias básicas para el desarrollo económico de la villa y la protección de los lugares comunes y para el sustento y abastecimiento de la población, como las relativas a los bosques y montes y su aprovechamiento, los pastos, el ganado, la siembra de pan, la venta de mercaderías de primera necesidad (carne

y pan) y su vigilancia por los fieles o almotacenes, las viñas, las majadas y colmenas, etc., fijando en casi todos los capítulos la correspondiente multa pecuniaria que los infractores tenían que abonar al concejo de la villa.

Palabras clave: Ordenanzas, señorío, pastos, bosques, ganados, siembra.

Abstract: The writing, approval and confirmation by ordinances was a common phenomenon in Castilian cities and villages, as «realengas» as a feudal estate, from the end of the 15th century. The objective of this project is to transcribe exactly one of these corporation of ordinances that appeared in those years in Cepeda, small village of feudal estate which belongs to the country of Miranda del Castañar. It's about incomplete ordinances, because they don't haven heading and, so on, its supposed confirmation by the Earl of Miranda is illegible. They govern mainly basic contents for the economic development of the village and the protection of the common places and for people's provisions and food, like those ones that have to do with forest and woods and its exploitation, fields, cattle, sowing bread, the sale of absolutely essential goods (meat and bread) and its vigilance by «fieles» or «almotacenes», vineyards, sheepfold and beehives, etc., fixing almost in all the chapters the appropriate money penalty that offenders had to pay to the Council of the village.

Key words: Ordinances, feudal estate, fields, woods, cattle, sowing.

Recibido: 1 de junio de 2011.

Aceptado: 3 de mayo de 2012.



OBJETIVOS

Fundado en 1924 y dotado desde entonces de rigurosa periodicidad anual, el ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL es una de las más antiguas y prestigiosas revistas jurídicas especializadas europeas, en la que han colaborado –y así continúan haciéndolo– los más destacados especialistas españoles, hispanoamericanos y de los restantes países europeos. Acoge en sus secciones trabajos de investigación originales e inéditos sobre la temática propia de la Historia del Derecho y de las Instituciones, así como, en su caso, la publicación de documentación inédita, conteniendo, además, en todos sus números una nutrida sección final dedicada a la noticia y comentario crítico de la bibliografía histórico-jurídica. En fechas recientes se ha visto enriquecido en alguno de sus tomos con una sección referida al examen monográfico de determinadas cuestiones o materias particularmente relevantes. El ANUARIO está destinado primordialmente a especialistas, pero también a todos aquellos juristas, historiadores y cultivadores de las ciencias sociales interesados en el conocimiento del pasado jurídico y de la trayectoria histórica de los ordenamientos hispánicos.



NORMAS DE PUBLICACIÓN

La publicación de trabajos en el Anuario de Historia del Derecho Español se ajustará a las siguientes instrucciones.

1. Los trabajos que se remitan para su publicación deberán ser originales y sus autores harán constar expresamente, en escrito dirigido a la Secretaría del AHDE, que no han sido publicados en otros idiomas ni simultáneamente remitidos a otras revistas o publicaciones. El autor deberá notificar si alguna parte del trabajo ha sido publicada con anterioridad.
2. Los trabajos irán precedidos de una página en la que conste el título del trabajo, así como un resumen y seis palabras claves en español y en inglés. Dichos resumen y *abstract* describirán en unas 250 palabras el objetivo, fuentes, metodología, argumentos y conclusiones del artículo ¹.
3. Todos los trabajos irán cumplimentados con el nombre del autor del artículo junto con sus datos profesionales, afiliación institucional, correo electrónico y dirección del centro del trabajo y personal.
4. El Consejo de Redacción y, en su caso, la Dirección del AHDE determinarán la sección en la que aparecerán aquellos trabajos que previamente hayan sido aceptados.
5. Todos los trabajos remitidos al AHDE deberán ajustarse a las normas de elaboración de referencias bibliográficas ISBD. Para la sección de Bibliografía, donde habrá de encabezarse el trabajo de dicho modo, la norma a seguir será la ISO 690-1987 y su equivalente UNE 50-104-94. Cualquier consulta sobre este particular se dirigirá por correo electrónico a la Secretaría del AHDE: secretaria.ahde@gmail.com
6. Los envíos se remitirán bien por correo electrónico a la Secretaría del AHDE (secretaria.ahde@gmail.com) bien, mediante una copia en papel y otra en soporte informático, a la siguiente dirección: Bruno Aguilera Barchet. Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rey Juan Carlos. Avda. de los Artilleros S/N. 28032 Madrid.

¹ Se recomienda que todos aquellos trabajos cuya extensión exceda de veinticinco páginas (en torno a 80.000 caracteres) estén estructurados en epígrafes y que se remitan provistos del correspondiente sumario.

7. El período de aceptación de originales para el volumen en curso de edición finalizará cada año el día 1 de marzo.
8. El AHDE acusará recibo de los originales recibidos, y resolverá sobre su publicación después de someterlos a un proceso de evaluación anónimo por parte de los especialistas en la materia pertenecientes al Consejo de Redacción. De acuerdo con los informes emitidos, la Dirección del AHDE decidirá la publicación y, si fuere el caso, solicitará a los autores de aquéllos las modificaciones sugeridas por los informantes. La evaluación se llevará a cabo manteniendo sin excepción y rigurosamente el anonimato tanto del autor como de los evaluadores.
9. La comunicación definitiva de la aceptación de un trabajo para su publicación se realizará en el transcurso del mes de abril inmediatamente posterior al cierre de recepción de originales.
10. Los autores recibirán las primeras pruebas de imprenta para su corrección, que consistirá exclusivamente en subsanar los errores gramaticales o tipográficos que no se ajusten a las normas de edición. No cabrá introducir en el texto modificaciones que alteren de modo significativo el ajuste tipográfico. Para evitar retrasos en la publicación se ruega la máxima rapidez en la devolución de las pruebas corregidas. La corrección de las segundas pruebas correrá a cargo de la Dirección del AHDE.
11. Los autores de los trabajos ceden, desde el momento de la remisión de sus originales al Anuario y por ese acto, los derechos de explotación y copia de sus artículos; cesión de derechos que tiene por finalidad la protección del interés común de los propios autores y editores.

RELACIÓN DE COLABORADORES

AGUILERA BARCHET, Bruno (Universidad Rey Juan Carlos)
ÁLVAREZ CORA, Enrique (Universidad de Murcia)
ARREGUI ZAMORANO, Pilar (Universidad de Salamanca)
ARVIZU, Fernando De (Universidad de León)
BÁDENAS ZAMORA, Antonio (Universidad Rey Juan Carlos)
BARÓ PAZOS, Juan (Universidad de Cantabria)
BÉRCOVITZ, Alberto (Universidad Complutense / Comisión General de Codificación)
BERMÚDEZ AZNAR, Agustín (Universidad de Alicante)
CAÑIZARES NAVARRO, Juan B. (Universidad CEU-Cardenal Herrera)
COBO DEL ROSAL, Gabriela (Universidad Rey Juan Carlos)
FERRERO MICÓ, Remedios (Universidad de Valencia)
GARCÍA PÉREZ, Rafael (Universidad de Navarra)
GARCÍA VALDÉS, Carlos (Universidad de Alcalá de Henares)
GOEDERT, Nathalie (Universidad de Paris Sud)
GRANDA, Sara (Universidad de Castilla-La Mancha)
IGLESIA FERREIRÓS, Aquilino (Universidad de Barcelona)
JIMENO ARANGUREN, Roldán (Universidad Pública de Navarra)
LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente (Universidad de Sevilla)
LOSA CONTRERAS, Carmen (Universidad Complutense)
MOREU BALLONGA, José Luis (Universidad de Zaragoza)
MURO, Alberto (Universidad de Extremadura)
NAVALPOTRO Y SÁNCHEZ-PEINADO, Jesús María (Universidad Rey Juan Carlos)
OBARRIO, Juan Alfredo (Universidad de Valencia)
PACHECO CABALLERO, Francisco L. (Universidad de Barcelona)
PINO ABAD, Miguel (Universidad de Córdoba)
PLANAS ROSSELLÓ, Antonio (Universidad de las Islas Baleares)
POLO MARTÍN, Regina (Universidad de Salamanca)
PRIETO SANCHÍS, Luis (Universidad de Castilla-La Mancha)
QUESADA MORILLAS, Yolanda (Universidad de Granada)
RAMIS BARCELÓ, Rafael (Universidad de las Islas Baleares)
RAMOS VÁZQUEZ, Isabel (Universidad de Jaén)

RICO ARRASTIA, M.^a Iranzu (Universidad Pública de Navarra)
ROCA TRÍAS, Encarna (Universidad de Barcelona)
SÁNCHEZ GÓMEZ, Miguel Ángel (Universidad de Cantabria)
SERNA VALLEJO, Margarita (Universidad de Cantabria)
SERRANO DAURA, Josep (Universidad Internacional de Cataluña)
VALLEJO GARCÍA-HEVIA, José María (Universidad de Castilla-La Mancha)

ÍNDICE



SECCIÓN MONOGRÁFICA: Dos siglos de códigos (balance y perspectivas de la codificación).....	7
<i>La codificación civil española y las fuentes del derecho</i> , por Margarita Serna Vallejo	11
<i>La codificación penal y las primeras recopilaciones legislativas complementarias</i> , por Carlos García Valdés	37
<i>Pasado, presente y perspectivas de la codificación mercantil</i> , por Alberto Bercovitz	67
<i>La evolución del enjuiciamiento en el siglo XIX</i> , por Enrique Álvarez Cora	81
<i>Derecho histórico y Codificación. El derecho sucesorio</i> , por Francisco L. Pacheco Caballero	113
<i>Derechos forales y codificación civil en España (1808-1880)</i> , por Rafael D. García Pérez	149
<i>La postcodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta</i> , por Encarna Roca Trías	175
<i>La codificación del Derecho civil aragonés y el Código de Derecho Foral de Aragón de 2011</i> , por José Luis Moreu Ballonga	201
<i>El derecho del antiguo Reino de Mallorca ante la codificación liberal</i> , por Antonio Planas Rosselló	237
<i>Derecho civil navarro y codificación general española</i> , por Roldán Jimeno Aranguren	267
<i>Derecho civil gallego</i> , por Aquilino Iglesia Ferreirós	313
<i>Intercambios codificadores entre ambos lados del Atlántico (A propósito de la codificación del Derecho civil)</i> , por Pilar Arregui Zamorano	337
<i>Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI</i> , por Luis Prieto Sanchís	387
ESTUDIOS	
<i>Navarra: un reino en la Monarquía Española (1512-1829)</i> , por Fernando de Arvizu	413

	Páginas
<i>La Administración Civil Penitenciaria: militarismo y administrativismo en los orígenes del Estado de Derecho</i> , por Isabel Ramos Vázquez	471
<i>Consideraciones acerca de la supresión de los casos de Corte</i> , por Antonio Bádenas Zamora	521
<i>El proceso de elaboración del Código penal de 1928</i> , por Gabriela Cobo del Rosal	561
<i>De la etapa liberal a la era social. Las transformaciones jurídicas del Estado español entre 1923 y 1939</i> , por Bruno Aguilera Barchet	603
 MISCELÁNEA	
<i>La jurisdicción de Hacienda a finales del Antiguo Régimen</i> , por José Vicente Lorenzo Jiménez	683
<i>De cómo los diputados del común de Arévalo pleitearon en defensa de su habilitación como regidores</i> , por Regina Polo Martín	717
<i>Los delitos contra el orden público en el marco de la Ley de Defensa de la República</i> , por Miguel Pino Abad	743
 DOCUMENTOS	
<i>Ordenanzas de un lugar de señorío: Cepeda</i> , por Regina Polo Martín	763
 HISTORIOGRAFÍA	
<i>Sobre Cádiz y su Constitución, desde la Historia Política</i> , por José María Vallejo García-Hevia	785
<i>Un mosaico de las Cortes de Cádiz y su obra legislativa desde la pluralidad historiográfica y la interdisciplinariedad (A propósito de cinco publicaciones recientes)</i> , por Margarita Serna Vallejo	821
 BIBLIOGRAFÍA	
AGUILERA BARCHET, Bruno, <i>et alii, Estado y Derecho en España</i> , (Yolanda Quesada Morillas)	865
AGUILERA BARCHET, Bruno, <i>Entre Estado y nación</i> , (Gabriela Cobo del Rosal)	870
ARREGUI ZAMORANO, Pilar. <i>La procura profesionalizada. La LOPJ de 1870</i> . Consejo General de Procuradores, Madrid, 2011, 277 pp. (Margarita Serna Vallejo)	876
CASTRO SÁENZ, Alfonso, <i>Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio de historia jurídica</i> , Tirant, Valencia, 2011, 493 pp. (Rafael Ramis Barceló)	880
IÑESTA PASTOR, Emilia, <i>El Código Penal Español de 1848</i> . Universidad de Alicante, Valencia, 2011, 935 pp. (Juan Baró Pazos)	883

	Páginas
MASFERRER, Aniceto (ed.), <i>Estado de Derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar (histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica)</i> , Thomson-Aranzadi (Colección «The Global Law Collection»), Pamplona, 2011, 799 pp. (Juan B. Cañizares Navarro)	886
MASFERRER, Aniceto y OBARRIO MORENO, Juan Alfredo. <i>La formación del Derecho foral valenciano. Contribución al estudio de las tradiciones jurídicas hispánicas en el marco del «ius commune»</i> . Dykinson S.L., Madrid, 2012, 479 pp. (Juan B. Cañizares Navarro)	891
OBARRIO MORENO, Juan Alfredo, <i>Estudios de tradición romanística: tutela et curatela</i> , Colección Monografías del Derecho Romano, sección ius commune, núm. 4, Dykinson, SL., Madrid, 2011, 489 pp. (Josep Serrano Daura)	894
PALACIO RAMOS, Rafael, <i>El Corregimiento de Laredo y el gobierno de Cantabria en el Antiguo Régimen</i> , Santander, Asociación de Amigos del Patrimonio de Laredo/Ayuntamiento de Laredo, 2011, 300 pp. (Miguel Ángel Sánchez Gómez)	896
PINO ABAD, Miguel, <i>El delito de juegos prohibidos. Análisis histórico-jurídico</i> . Dikinson, S.L., Madrid, 2011, 318 pp. (Alberto Muro) ...	899
RODRÍGUEZ ENNES, Luis, <i>Acotaciones Histórico-jurídicas al Siglo de las Luces</i> . Iustel, Biblioteca Jurídica Básica, Madrid, 2010, 356 pp. (Carmen Losa Contreras)	903
RODRÍGUEZ OCHOA, José María, <i>Menahem ben Zerah, rabino estellés (1310-1385). Aproximación a una cultura que floreció en Sefarad</i> , Gobierno de Navarra, Pamplona, 2011, 358 pp. (M. ^a Iranzu Rico Arrastia)	905
SERNA VALLEJO, Margarita, <i>Los viajes pesquero-comerciales de guipuzcoanos y vizcaínos a Terranova (1530-1808): régimen jurídico</i> . Prologo de Gregorio Monreal Zia. Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 2010, 358 pp (Regina Polo Martín)	908
<i>Siete Partidas, Las, glosadas por Gregorio López</i> , edición facsímil de la de Salamanca, 1555. AEBOE, Madrid, 2011, 3 vols., 1776 pp. (Alberto Muro)	916
SUÁREZ BILBAO, Fernando, <i>El origen de un Estado: Toledo 1480</i> . Sanz y Torres S.L. – Sicania University Press. Madrid – Messina 2009, 498 págs. (Sara Granda)	916
SZÁSDI LEÓN BORJA, István, <i>Juan Ponce de León y su época</i> . Estudios institucionales de la conquista. Diputación, Valladolid, 2011, 179 pp. (Agustín Bermúdez Aznar)	922
TODD, Emmanuel, <i>L'origine des systèmes familiaux, T.1, L'Eurasie</i> , Gallimard, Paris 2011, 755 pp. (Nathalie Goedert)	924

	Páginas
VV.AA., <i>El poder del dinero. Venta de cargos y honores en el Antiguo Régimen</i> (Francisco Andújar Castillo y María del Mar Felices de la Fuente, eds.), Biblioteca Nueva, Madrid, 2011, 358 pp. (Regina Polo Martín)	928
VV.AA., <i>Evolución y estructura de la Casa Real de Castilla</i> , (Andrés Gamba Gutiérrez y Félix Labrador Arroyo, coords.), Colección «La Corte en Europa», Temas 4, IULCE-Ed. Polifemo, 2 vols., Madrid, 2010. (Jesús María Navalpotro y Sánchez-Peinado)	932
VARIA	
<i>Tesis doctorales de Historia del Derecho</i>	943
CAÑIZARES NAVARRO, Juan B. <i>Las penas infamantes en la Codificación penal francesa</i> . Dirigida por Aniceto Masferrer Domingo	943
CAPDEFERRO PLA, Josep. <i>Joan Pere Fontanella (1575-1649), un advocat de luxe per a la ciutat de Girona. Plets i negociacions jurídicopolítiques d'un municipi català a l'alta edat moderna</i> . Dirigida por Tomàs de Montagut Estragués	945
HUERTA BARAJAS, Justo Alberto, <i>Gobierno y Administración Militar en la II República española.(14-abril-1931/18-julio-1936)</i> . Dirigida por Juan Carlos Domínguez Nafría	947
GÓMEZ DE MAYA, Julián, <i>Las penas restrictivas de la libertad ambulatoria en la Codificación española</i> . Dirigida por Enrique Álvarez Cora	949
RODRÍGUEZ ARROCHA, Belinda, <i>La Justicia Penal en Canarias en el Antiguo Régimen (siglos XVI-XVIII)</i> . Dirigida por María del Carmen Sevilla González	951
SALGADO FERNÁNDEZ, José Andrés, <i>El Jurado en la Historia de las Islas Canarias (1820-1936)</i> . Dirigida por José María Vallejo García-Hevia	952
VERDÚ MIRA, Antonio-Tomás, <i>El Tribunal Provincial de lo Contencioso-Administrativo de Alicante (1888-1936)</i> . Dirigida por Ricardo Gómez Rivero	955
<i>Nuevos Catedráticos de Historia del Derecho</i>	956
<i>Nuevos Profesores Titulares de Historia del Derecho</i>	957
<i>Jubilación del profesor Santos Coronas (B.G.A.)</i>	957
<i>In memoriam: Ramón Fernández Espinar (B.G.A.)</i>	957
<i>In memoriam: José Sarrión Gualda (Remedios Ferrero Micó)</i>	959
RESÚMENES	963
OBJETIVOS	987
NORMAS DE PUBLICACIÓN	989
RELACIÓN DE COLABORADORES	991
ÍNDICE	993



