

DR 29 356

Y después de estas orientaciones pasamos a otra materia en Revista de Derecho, se trata de Historia del Derecho Español. El profesor don Francisco Rodríguez Gallardo va a exponer el sistema jurídico constitucional. Se extenderá en los fundamentos de este sistema jurídico las características esenciales, su codificación, etcétera.

De nuevo nos enfrentamos con un sistema jurídico que no viene provocado por causas, por cambios externos. Recuerden, por ejemplo, el sistema jurídico hispanoromano, el visigodo, el alto medieval, vienen siempre provocados por una causa externa, una invasión. Y éste, al igual que sucedía con el sistema de la recepción del derecho común, viene provocado por causas esencialmente culturales, cambios, en este caso internos, cambios políticos.

Es el sistema que llamamos constitucional, sistema jurídico constitucional. Sus límites cronológicos van del siglo XIX, prácticamente vamos a decir hasta hoy, de hecho estamos todavía dentro de este sistema jurídico, el hoy también es historia. Su antecedente más inmediato lo encontramos en el siglo XVIII, la Ilustración, que implica unos cambios importantes dentro del sistema jurídico de la recepción del derecho común, pero que no llega a romper este sistema, a crear un sistema nuevo, pero sí es un precedente importante para el sistema jurídico constitucional.

Como siempre, nos planteamos el problema de el porqué de una denominación, el porqué de una periodificación histórica. Evidentemente, en Historia del Derecho tenemos que acudir a periodificaciones de tipo histórico jurídico en lo posible. Debemos huir de las periodificaciones propias de la historia general, no tiene sentido hablar de la contemporánea, y quizá la más exacta, la más precisa, sería ésta de Historia del Sistema Jurídico Constitucional.

También se podría llamar, se ha hecho así, de la Constitución y Codificación, quizá este nombre doble resulta un poco pesado, un poco lento, pero en realidad refleja bastante bien los dos puntales, las dos líneas básicas, los dos aspectos fundamentales de este sistema jurídico. De una parte, la existencia de una Constitución como norma básica, como norma que marca, diríamos, las reglas del juego a las que hay que atenerse en el gobierno del Estado. Por otra parte, la codificación, que aunque bastante relacionada con la Constitución, en rigor pueden considerarse fenómenos independientes.

Ha habido también quien ha hablado del periodo de la desnacionalización del derecho español, pero esta frase no tiene demasiado sentido. Tan nacional es el derecho en este periodo como en el de la recepción, derecho común, que viene de fuera, como en el periodo visigodo, derecho romano vulgar. En definitiva, es muy difícil pensar que un derecho sea estrictamente nacional, que nazca, se genere dentro de los términos de una nación, sin influencia ninguna del exterior.

¿Cuáles son las características esenciales de este sistema jurídico constitucional? Por un lado, y

desde el punto de vista político, nos encontramos con una nueva organización que implica, de un lado, la división de poderes, con lo que esto supone, a su vez, de jerarquía normativa, y, de otro, aunque siempre con matices, una soberanía nacional. Las leyes se hacen en las Cortes, las leyes son reflejo de la voluntad popular, la voluntad general, mejor dicho. De aquí, que haya una constitución que, por un lado, señala los límites de cada uno de los poderes, su estructura, etcétera, etcétera, y, por otro, marca los derechos de los ciudadanos.

Lo importante aquí es que el cambio esencial que se provoca en cuanto al sujeto del derecho, es decir, la igualdad de todos ante la ley. Esa igualdad, que viene consagrada ya en la Declaración de los Derechos francesa, y también en el Bill of Rights, es, como dice Pérez Prendes, obtiene en su base el valor cristiano de lo justo, valor que establece dignidades esenciales de la persona, que no pueden ser arrancadas de ella cualquiera que sea su sexo, raza, pensamiento, religión, condición social o económica. No obstante, al concebir el derecho como un medio o instrumento para que ese valor se realice en la convivencia humana, por obra del apoyo de la fuerza coactiva estatal, en ciertos ámbitos se presenta esa invocación al Estado como una ruptura de las fórmulas de lo justo histórico, progresivamente elaboradas por el cristianismo.

Por tanto, en este concepto de la dignidad de la persona, de hecho, no hay nada nuevo en el fondo, pero sí, como hemos visto, en su justificación, en su forma, si se quiere. Ese sistema jurídico se va implantando progresivamente en nuestra península, en nuestro país. No vamos a entrar a detallar cada una de las constituciones, cuáles son sus directrices, etcétera.

Sí, establecer básicamente las tres etapas de penetración de este sistema, las tres etapas en que podemos dividir este sistema jurídico-constitucional. Hay una primera etapa de lucha entre el antiguo régimen y el nuevo. Cada uno trata de imponerse al otro, va de 1812 a la muerte de Fernando VII, de 1834.

La segunda etapa, del 34 al 68, ya está aceptado el sistema jurídico-constitucional, ya nadie discute la idea de una constitución, se discute su contenido y, por tanto, es un momento en que aparece ya cómo ha arraigado este sistema. Del 69 al final, habría que decir también hasta nuestros días, es un periodo de revisiones, de cambios, a veces muy profundos, va a citar las dos repúblicas, la primera y la segunda, pero, en definitiva, dentro todavía de ese sistema jurídico-constitucional. El segundo punto importante, el problema que nos estamos planteando, es todo lo referente a la codificación.

La codificación implica una serie de ideas que algunas de ellas también son antiguas, vienen de muy lejos. ¿Qué es un código? En definitiva, un código es la reunión en un cuerpo legal sistemático, ordenado sistemáticamente, lo más coherente posible, de la regulación de todo un ámbito de lo jurídico, el ámbito de lo penal, de lo civil, etcétera, que se redacta de nuevo, es algo hecho ex novo, sobre la base, si se quiere, de todo el material anterior, a diferencia de la recopilación, que se limita a recoger textos ya redactados, leyes ya redactadas, y agruparlas con un sistema u otro. Pero la idea de que toda la legislación vigente se reúna en uno o en

pocos cuerpos, donde sean fáciles de consultar, es algo que viene desde las recopilaciones.

Basta recordar el codicilo del testamento Isabel I, para que quede claro esta idea, esta necesidad, de que las leyes no anden dispersas y haciendo casi imposible su consulta. La otra idea que subyace a la codificación es la idea de la unificación, la unificación legislativa. No olvidemos, ahora se va a justificar de otra manera, que la igualdad del hombre ante la ley, la igualdad del ciudadano ante la ley, implica, tal como se estima ahora, por un lado, el que no pueda haber diferencias de carácter personal por razón de raza, de sexo, de clase social, etcétera.

Pero por otro lado, el que no se admitan diferencias dentro de una misma nación por razón de regionalidad, etcétera. De aquí que haya la tendencia también a que se hagan los códigos para toda la monarquía. Sin embargo, insisto, esa tendencia, aunque quizá con otras justificaciones, también viene de lejos.

Ya en la época de Felipe IV se había propuesto con el Duque la idea de una unificación de la legislación para todos los reinos de la monarquía. Los problemas que va a plantear la codificación van a ser distintos según el ámbito del derecho, la rama del derecho en la que ésta se vaya a hacer. Evidentemente, la codificación mercantil o la codificación penal plantean problemas muy distintos a los que pueda plantear la codificación civil.

Aunque esta, precisamente por esa razón, es la última en realizarse, vamos, sin embargo, a hablar primero de ella. Así como en el ámbito de lo mercantil y en el ámbito penal, apenas se plantea el problema de unos derechos forales, unos derechos propios de cada región, con más o menos arraigo en la población, que esto sería bastante discutible, lo del arraigo, esto no sucede en el ámbito de lo civil. Ya la idea de la codificación viene desde la Constitución de 1812, que en su artículo 258 dice 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.

En esa línea se inicia un primer proyecto de código civil que surge en el Trienio Constitucional, el proyecto de 1821, simple proyecto, proyecto bastante interesante y que Castro ha calificado como el intento legislativo más curioso y original de nuestros tiempos modernos. La vuelta al absolutismo frena la codificación en cierta medida y, después de una serie de intentos, llegamos al proyecto más interesante, el de 1851, a partir del cual precisamente es cuando se van a plantear con más virulencia los problemas foralistas. En el proyecto de 1851, de carácter muy centralista, se dice así, que eran 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.

Supone la total desaparición de los derechos forales. Este carácter centralista provoca la reacción de los foralistas y, partiendo, aplicando en una medida un tanto extraña, la idea de la escuela histórica de que el derecho responde al espíritu del pueblo, etcétera, y uniéndose todo esto a la polémica sobre la oportunidad o no de la codificación, precisamente por esta razón,

entre el subjetivo, se frena la codificación concebida en esta línea y se pasa a la idea de leyes generales, leyes para todo el reino, de carácter especial, como puede ser la del notariado, la del matrimonio civil, etcétera. Esta polémica, los ecos de esa polémica que hay en la península, se van a utilizar como arma política por los partidos, dice Pérez Prentes, y por hombres regionalistas, para defender lo que en realidad no era otra cosa que una regresión al sistema jurídico privado del antiguo régimen, y como tal, sin ropaje científico alguno, sino como una restauración del absolutismo, había sido implantado en las regiones fernandinas contra el constitucionalismo.

El profesor de Castro, esto es importante para conocer bien el alcance de este movimiento foralista, califica acertadamente de forzada conexión la que ahora se va a establecer entre las aspiraciones de los movimientos políticos regionalistas, separatistas y autonomistas, y los derechos, a los que se llamará forales, desconocidos para el pueblo y poco aplicados por los juristas, pese a lo cual se les considerará como representativo del espíritu del pueblo, alegado por la escuela histórica, y ello con clara incongruencia si recordamos lo que se ha estudiado en capítulos anteriores sobre el origen autoritario y no consuetudinario y erudito de estos derechos. Se produce así una curiosa falsificación, sigue diciendo Pérez Prentes, en este movimiento foralista. Pero, de hecho, lo que nos importa es que este movimiento foralista va creciendo y que tras una serie de reuniones, congresos, de juristas, etcétera, se va a mantener esa línea que decíamos de la legislación especial de carácter general, la del notariado, del matrimonio civil, etcétera, y se va, se vuelve a la línea del fortalecimiento de los derechos forales.

La constitución del 45 había sustituido el artículo que citamos antes de la del 12 por algo mucho más simple, unos mismos códigos regirán en toda la monarquía. Ahora, en la del 69, se vuelve a la formulación de la del 12 y se dice, unos mismos códigos regirán en toda la monarquía sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes. Artículo 91.

En esta línea se inician ya los proyectos para la redacción de un código civil y, siguiendo la postura de Alonso Martínez, será sobre el criterio de una ley de bases. Dice Alonso Martínez, dos asambleas numerosas y de carácter eminentemente político pueden y deben discutir los grandes principios y las bases fundamentales de la legislación civil, pero no hacer el código, que es una obra científica y artística más propia de una comisión facultativa y, aun esto, debe componerse de un personal muy reducido para que la obra no se resienta de falta de unidad. La idea es, pues, que las Cortes aprueban una ley de bases, una ley donde se marcan las directrices generales a las que se ha de tener el código y, a partir de esa ley de bases, se elabora el código.

Fueron varios los proyectos de ley de bases. La que llega a concretarse luego en un código es la ley de bases de 1888. Y aquí ya queda resuelto, quizás sin resolver, el problema de los derechos forales.

La ley tercera, perdón, artículo quinto de la ley de bases, dice 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, en defecto del que lo sea en cada una de aquellas, por sus leyes especiales. El título preliminar del código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y los estatutos generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base tercera, relativa a las formas del matrimonio.

En esta línea será el código, que se promulgará en el año 89, bueno, la reforma del año 89, la segunda edición, el 11 de febrero de 1889, y será la solución adoptada como definitiva para la codificación civil. Posteriormente, en fechas bastante tardías, se harán los apéndices de derecho foral correspondientes a cada territorio. Disenta en la cuestión de la codificación penal.

La codificación penal no planteaba problemas de foralismo, por lo cual resultó mucho más fácil de codificar, y de aquí que el primer código que se hace sea precisamente el código penal de 1822. Pero una característica propia del derecho penal es su íntima vinculación al régimen político. Un código civil, por ejemplo, puede mantenerse en vigor bajo sistemas de organización política muy diferentes.

La prueba, nuestro actual código civil, mantenido en vigor tanto en la Segunda República como en el régimen del general Franco, por ejemplo. En cambio, una nueva constitución de cambio político lleva casi siempre aparejada una reforma, al menos una reforma, más o menos profunda del derecho penal. La Corte de Cádiz, además de una inmediata reforma en aquella parte de la legislación penal más característica del antiguo régimen, nombraron, en cumplimiento del artículo 156 de la Constitución del XII, comisiones encargadas de preparar un código penal.

El proyecto quedó frustrado por la vuelta de Fernando VII, la legislación absolutista, e incluso se duda si este código penal llegó a entrar en vigor. Debía comenzar a regir el 1 de enero de 1823 y la vuelta al absolutismo en abril de ese año entran en España los semillos de San Luis ha hecho que algún autor haya afirmado que no ha llegado a regir. Otros han puesto en duda su vigencia.

Recientemente Alicia Fiesta se ha demostrado que, aunque por poco tiempo, el código de 1822 estuvo vigente. Se trata de un texto que algunos autores han considerado muy superior a los que le siguieron, que tiene cierta modernidad, sobre todo en la amplia consideración de algunos eximentes, que tiene la supresión de algunas figuras delictivas como la sodomía, el incesto, el suicidio, lo que da cierto carácter progresista, pero por el contrario, en otro aspecto, las penas son excesivamente duras, se implica la pena de muerte en demasiadas ocasiones, etcétera. Al código del 22, ese de brevísima vigencia, la enseguida, aparte de una serie de intentos de códigos, el de 1848, que se promovió el 19 de marzo de 1848.

Es un texto muy breve que presenta la estructura que será la tradicional, los códigos penales

españoles, primero delitos, segundo los delitos, las faltas, las personas responsables de las penas, en una forma muy general, el segundo clasifica y tipifica los delitos y prevé sus penas, el tercero se dedica a las faltas, es decir, una parte general, delitos y faltas, y tienen diferencias importantes con el código anterior, en algunos aspectos incluso es más duro, hay agravación de ciertas penas, se carga de carácter político. En 1850 se promueve la refundición y llegamos así al código penal de más larga vigencia, el de 1870, que mantiene la estructura del 48 y, a pesar de una serie de modificaciones, en el 26, por ejemplo, hay un intento de modificación, la república del 31, la segunda república, promulga un texto refundido de este código, es el mismo, con fuertes modificaciones, que se refunde en 1944 y, por tanto, el de más vigencia en cuanto a los códigos penales. Para terminar, muy brevemente, con la codificación mercantil.

Esta tampoco plantea problemas graves por dos razones. Una, por el carácter casi universalista de esta legislación, ya los mismos redactores de las ordenancias de la consula de Málaga en 1824, supieron darse cuenta de esto y dicen haber imitado algunas leyes extranjeras, pues la legislación mercantil es casi universal. Por otra parte, al ser un derecho mucho más técnico, no había esa influencia, decíamos, de los derechos foralistas y sí era urgente su codificación.

El primer código de comercio que se promulga es el de 1827. Como características principales de este código, habría que señalar la concepción objetiva del derecho mercantil como derecho que regula los actos de comercio frente a la concepción subjetiva anterior como derecho de una clase profesional, los comerciantes, y la solución dada al problema de las relaciones entre el derecho mercantil y el civil, considerándose el primero como rama especializada del segundo, como una excepción a la normativa más general de aquel. Pero el código de comercio de 1829 quedaría muy pronto anticuado.

Es uno de los problemas que plantea la codificación mercantil, sobre todo en periodos de rápida evolución en lo económico. Había una serie de instituciones, de problemas, por decirlo, mercantiles, que no aparecían reguladas o se regulaban muy superficialmente en el código. Esto obligó a la aparición de una serie de leyes especiales, sociedades anónimas, banca, bolsa, etcétera, lo que lleva a la necesidad de la promulgación, la preparación de un nuevo código.

En el Real Decreto de 20 de septiembre de 1869, en el que se nombra una comisión que debe redactar el código, se apunta precisamente a estos problemas, a que el código en vigor no está a la altura de los adelantos de la época, y con el estilo altisonante propio de aquellos momentos, se dice, habla de la necesidad de hacer un código digno del siglo del vapor, de la electricidad, de las grandes asociaciones industriales, del crédito, del billete de banco y del seguro, etcétera, etcétera. El decreto de 20 de septiembre de 1869 es una verdadera ley de base, da una serie de directrices en la línea de los cuales hay que hacer la reforma del código. Se llega así a un proyecto de código de comercio, que se presenta el 6 de febrero de 1875, el gobierno no toma en consideración una nueva comisión para revisar el proyecto, y finalmente al proyecto del código de comercio de 1885, que entraría en vigor el 1 de enero de 1886.

Ha sido considerado inferior en calidad técnica de 1829, pero también ha sido juzgado

favorablemente por la doctrina. Tiene como ventaja principal frente al del 29, la inclusión de numerosas figuras ignoradas para aquel, pero, como sucediera con el código de Sainz de Andino, se ha quedado anticuado, y son múltiples las materias que por haber sucedido con posterioridad, o por haber sido objeto de un amplio desarrollo, están reguladas en leyes especiales. Así, por ejemplo, referente al derecho aéreo, el dinamito gráfico, etcétera.

Es, por consiguiente, obvia la necesidad de un nuevo código mercantil.