

Capítulo primero. La codificación	3
I. La codificación en Europa	3
II. Las codificaciones en particular	9
1. La codificación en el derecho español como antecesor de las codificaciones hispanoamericanas	13
2. La Constitución de Cádiz de 1812	36
3. La transición del orden jurídico en el México independiente	42
Orden de prelación	46

CAPÍTULO PRIMERO

LA CODIFICACIÓN

I. LA CODIFICACIÓN EN EUROPA

Con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789,² frente a la concepción jurídica del antiguo régimen, existen sólo dos valores político-constitucionales: el individuo y la ley como expresión de la soberanía de la nación. Sostiene Maurizio Fioravanti que el término “ley” en la Declaración contiene, junto al significado de “límite” al ejercicio de libertades, de sumisión, el de garantía de que los individuos ya no podrán ser ligados por ninguna autoridad que no sea la del legislador, “intérprete legítimo de la voluntad general”.³

En este sentido, la ley se concibe por los revolucionarios franceses como un valor, más que un mero instrumento, gracias al cual se hacen posibles los derechos y las libertades de todos.⁴ La validez de las normas jurídicas dependerá de sus formas de producción; su juridicidad ya no dependerá de su justicia o racionalidad intrínsecas, sino de su positividad; es decir, del hecho de ser expedida por una autoridad competente en la forma prevista para ello.⁵ El sometimiento de los poderes del Estado a la ley consistirá en la regulación por la ley de las relaciones entre el Estado y la sociedad, al suponer que el primero actúa conforme a leyes y a través de ellas.⁶

² Sobre los antecedentes de la Declaración, véase Gazzaniga, Jean Louis, “La dimension historique des libertés et droits fondamentaux”, en Cabrillac, Remy *et al.* (coords.), *Libertés et droits fondamentaux*, 8a. ed., París, Dalloz, 2002, pp. 16-23. Para la evolución de los derechos del hombre resulta de interés la obra de Dufour, Alfred, *Droits de l'homme droit naturel et histoire*, París, Presses Universitaires de France, 1991.

³ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, 3a. ed., trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2000, p. 58.

⁴ *Ibidem*, p. 62.

⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 1999, p. 66.

⁶ Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto de ley*, Madrid, Trotta, 2000, p. 19.

A partir del siglo XVIII se va a considerar, cada vez con mayor fuerza, que la ley es la única fuente legítima del derecho, única capaz de expresar la voluntad general, y por ello se impone por encima de cualquier otra forma de producción jurídica, debilitando a las demás, “el viejo pluralismo jurídico, que tenía a sus espaldas, aunque con varias vicisitudes, más de dos mil años de vida, se sofoca en un rígido monismo”.⁷ En este sentido, la división de poderes será el cimiento para asignar la producción jurídica al Poder Legislativo, que se identifica como titular de la soberanía popular. Así, la voluntad general será expresada a través de la representación y ésta se expresa a través de la ley, “fundamento material de su lugar en la jerarquía normativa”.⁸ La codificación sostiene la idea de superar el particularismo jurídico y afirma la autoridad del Estado.⁹

Se concebirá al código, por una parte, como “un ensemble cohérent de dispositions juridiques concernant un domaine plus ou moins étendu”, y por otra revestirá “un caractère normatif”.¹⁰ Se trata de “una ley amplia, sistemáticamente construida, expresada en principios claros, que ordena al menos toda una esfera de la vida, si no toda la vida de una sociedad determinada”.¹¹ El código deberá ordenar y orientar la libertad e igualdad de los individuos exigida por el derecho natural. Desde un punto de vista formal, el código debe ser sistemático y claro en su expresión, apartándose de particularismos casuísticos y de sutilezas; debe contener principios.

La codificación devino como un símbolo de la modernidad en el mundo occidental, fuente de prestigio personal para el soberano, y en este sentido se le puede ver como una expresión del poder del gobernante¹² y como la expresión de un “derecho nacional” al que afirma, y que intenta ser más vigoroso y eficiente que el *ius commune*.¹³

⁷ Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, trad. Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2003, p. 75.

⁸ Cabo Martín, Paolo, *Sobre el concepto.... cit.*, p. 20.

⁹ Dickmann, Renzo, “Codificazione e processo legislativo”, en Costanzo, Pasquale (coord.), *Codificazione del diritto e ordinamento costituzionale*, Nápoles, Facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Camerino, 1999, p. 61.

¹⁰ Oppetit, Bruno, *Essai sur la codification*, París, Presses Universitaires de France, 1998, p. 17.

¹¹ Coing, Helmut, *Derecho privado europeo. I: Derecho común más antiguo (1500-1800)*, traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, t. I, p. 113.

¹² Véase Oppetit, Bruno, *Essai sur la codification.... cit.*, p. 8.

¹³ Ramos Núñez, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1997, p. 51.

El término “código”, como señala Guzmán Brito, tiene su origen en la antigüedad, y significa tronco de árbol o unión de varias tablas, es decir, un ensamblado de madera que se aplicó a diversos objetos, entre ellos a ciertos navíos.¹⁴ Su sentido se especificó para referirse a un ensamblado de madera de dimensiones reducidas compuesta por cuatro lados y un fondo cubierto de cera, sobre la cual se escribía con un punzón.¹⁵

Este formato denominado *codex* pasó de la madera al papiro y al pergamino, lo que permitió que cortados en piezas del mismo tamaño y unidas entre sí dieran lugar a códigos con aspecto similar al de un libro. En este sentido, se debe tener presente que, “en este punto de la historia de la palabra *codex*, lo único que ella denotaba era un libro (*liber*) de formato determinado, mas para nada aludía a un libro de contenido jurídico”. Así, al hacerse referencia al *Codex Gregorianus* y al *Codex Hermogenianus* se referían a los libros gregoriano y hermogéniano, ya que habían sido publicados bajo el formato editorial *codex*.¹⁶ Su utilización se vio reforzada por Justiniano al denominar éste a su recopilación de leyes *Codex Iustinianus*, de tal forma que el término “código” quedó reservado para esta colección durante toda la Edad Media y “bajo el concepto de que publicar un *codex* era algo propio y exclusivo del emperador romano-germánico”¹⁷.

No fue sino hasta la época de la Ilustración cuando se empezó a utilizar el término “código”. La codificación del derecho es un proceso iniciado en el siglo XVIII y desarrollado a plenitud en el XIX, que lleva a la supresión de las estructuras jurídicas del antiguo régimen basado en el *ius commune*, sustituyéndolo por un nuevo régimen jurídico. Se

¹⁴ Véase la definición que el *Diccionario de Autoridades* nos ofrece de código: “Uno de los cuerpos ó libros de que se compone el Derecho Civil. Llamóse así, porque estaba escrito su contenido en tablas de troncos de árbol, que en Latín se llaman *Codex*”. Asimismo, *Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las phrases o modos de hablar, los proverbios o refranes, y otras cosas convenientes al uso de la lengua...*, compuesto por la Real Academia Española, Madrid, Imprenta de Francisco del Hierro, 1726, ed. facsimilar, ed. Gredos, 1990, t. I.

¹⁵ Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*, Santiago, Editorial Jurídica del Chile, 2000, pp. 16-17.

¹⁶ *Ibidem*, p. 18. Asimismo Motilla, Agustín, “La codificación como técnica de producción legislativa”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, junio de 1987, p. 546. Los antecedentes romanos de la codificación, en Pugliese, Giovanni, “Spunti e precedenti romani delle moderne codificazioni”, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, Nápoles, Jovene Editore, núm. 14, 1986.

¹⁷ Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil...*, cit., p. 18.

inicia con el humanismo y prosigue con el iusnaturalismo racionalista,¹⁸ “La codificación es la consecuencia lógica de la ideología de la Ilustración; a través de los códigos, el iusnaturalismo halla la forma más gráfica de expresión de las ideas acuñadas por Domat, Tomasio, Pothier, Loysel, Püfendorf...”.¹⁹ El ascenso del racionalismo y el desarrollo de los Estados-nación provocaron la decadencia de las antiguas estructuras jurídicas.²⁰ Sostiene Grossi que el iusnaturalismo desemboca así en un pesadísimo positivismo jurídico, y el código, aunque portador de valores universales, se ve reducido a ser la voz del soberano nacional, a ley positiva del Estado.²¹

Sin embargo, se debe tener claro que la codificación no significó innovación de los contenidos del derecho, sí en cambio de sus modos de creación, conservación, manifestación y fijación.

La codificación no se limita a reunir materiales legislativos preexistentes tal y como se formularon en su tiempo y a sistematizarlos, cual era el método de las colecciones anteriores. Los códigos, a partir de finales del siglo XVIII y hasta nuestros días, suponen una nueva formulación de la norma legal.²²

Los códigos reflejan el derecho tradicional y dan cabida a nuevas instituciones, reformando y adecuando unos y otros. Como señala Abelardo Levaggi, “aunque la codificación moderna se presentó como una ruptura con la tradición romanística, ésta fue sólo parcial: mucho más formal que material”.²³ Guzmán Brito ve a la codificación desde dos puntos de vista: como una etapa evolutiva del *ius commune*, de forma que la codificación del derecho en realidad significa codificación del *ius commune*, y como una operación destinada a sustituir al *ius commune* en cuanto a su forma y reexpresarlo aprovechando su materia en los nuevos códigos.²⁴ Con la codificación, el latín dejó de ser la lengua uni-

18 Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho argentino*, 2a. ed., Buenos Aires, De-palma, 1998, t. I, p. 185.

19 Baró Pazos, Juan, *La codificación del derecho civil en España (1808-1889)*, Santander, Universidad de Cantabria, 1992, pp. 11 y 12.

20 Reinhard, Zimmermann, *Estudios de derecho privado europeo*, trad. de Antoni Vaquer Aloy, Madrid, Civitas, 2000, p. 20.

21 Grossi, Paolo, *Mitología jurídica...*, cit., p. 74.

22 Agustín Motilla, “La codificación como técnica...”, cit., p. 546.

23 Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho...*, cit., p. 187.

24 Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil...*, cit., p. 23.

versal del jurista europeo e iberoamericano al mantener la redacción de la legislación y ahora de la doctrina en las lenguas nacionales.²⁵

El fundamento filosófico-jurídico de la codificación es la doctrina del derecho natural racionalista, cuyos autores aportaron dos ideas básicas:

1. La posibilidad de obtener un derecho materialmente justo de una vez para siempre, por su conformidad con la razón universal, y
2. La idea de sistema o de organización del derecho sobre la base de un plan lógico axiomático-deductivo.²⁶

Lo verdaderamente nuevo en la codificación fue “la ideología política del código, individualista liberal e igualitarista, expresada con un cabal sentido jurídico”.²⁷ Los legisladores ilustrados presentaron a sus súbditos una codificación, “a un tiempo exhaustiva y fundamentada en la razón natural, que les debía permitir conocer de forma más inteligible sus derechos y obligaciones dentro del Estado”.²⁸ En este sentido, la codificación significa un intento de racionalizar y tecnificar la actividad legislativa.²⁹

La tendencia a la codificación se ve impulsada por la idea de que existe un derecho racional conforme a la naturaleza y destinado a la felicidad de los hombres, que había que descubrir, fijar su contenido y publicarlo como derecho vigente.³⁰

En cuanto a los fines de la codificación, Rémy Cabrillac señala que éstos se pueden dividir en tres grandes rubros: fines técnicos, fines sociales y fines políticos.³¹

Fines técnicos. Toda codificación persigue un objetivo fundamental, que consiste en lograr una mayor seguridad jurídica ante la crisis de fuentes del derecho. Se pretende racionalizar al derecho, suprimiendo las antinomias y las disposiciones obsoletas. Se persigue una unidad le-

²⁵ Ramos Núñez, Carlos, *El Código Napoleónico...*, cit., p. 52.

²⁶ Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho...*, cit., p. 187, núm. 61.

²⁷ *Ibidem*, p. 192.

²⁸ Reinhard Zimmermann, *Estudios de derecho...*, cit., p. 20.

²⁹ Motilla, Agustín, “La codificación como técnica...”, cit., p. 546.

³⁰ Cannata, Claudio Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. de Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Tecnos, 1996, p. 176.

³¹ Cabrillac, Remy, *Les codifications*, París, Presses Universitaires de France, 2002, p. 136. Seguimos de cerca a Cabrillac en el desarrollo de las finalidades de la codificación, véase las pp. 136-181.

gislativa.³² Se reescriben los textos con un estilo más accesible, si bien se cae en el problema de privilegiar un derecho bien escrito (*beau droit*) frente a un derecho justo (*bon droit*).

Fines sociales. La codificación persigue un fin civilizador, sostiene Cabrillac: “le droit étant au coeur de toute société humaine, sa manifestation la plus visible et la plus symbolique que constitue le code, reflet des valeurs de la société qu'il engendre, peut être concu comme l'instrument de civilisation”.³³ La codificación busca constituir un nuevo orden social, así como la unificación social y geográfica de la población. Se intenta, mediante la codificación, la unificación jurídica mediante la abolición de las costumbres.³⁴ En el caso francés, el programa revolucionario plantea un proyecto de transformación social creando un nuevo derecho civil,³⁵ así como logrando la unidad jurídica de Francia.³⁶

Fines políticos. Como señalamos anteriormente, el código expresa el poder personal del soberano, además de que rinde un servicio a la consolidación de los Estados nacionales.³⁷ La elaboración, o bien la adopción de un código, suele ir seguida del nombre del que la ordenó; en este sentido, el Código Napoleón es un ejemplo claro de la asociación entre el código y el codificador. Asimismo, el código puede estar al servicio de una ideología determinada. Todo código persigue el ideal de la instauración de un derecho bello y bueno, de la justicia.³⁸ Nuevamente el Código Napoleón sirve de ejemplo como portador de las ideas de la Ilustración y de la escuela del derecho natural.

³² Véase Lévy, Jean-Philippe y Castaldo, André, *Histoire du droit civil*, París, Dalloz, 2002, p. 7.

³³ Cabrillac, Remy, *Les codifications...*, cit., p. 147.

³⁴ Sobre la relación costumbres-codificación en Francia véase Paul-Ludwig Weinacht, “Teoría y política de la costumbre y de la codificación. Montesquieu y la doble cultura jurídica en la antigua Francia”, trad. de Hugo Laitenberger, *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*, agosto de 2000, núm. 52.

³⁵ Hilaire, Jean, *Histoire du droit. Introduction historique au droit et histoire des institutions publiques*, 9a ed., París, Dalloz, 2002, pp. 40 y 44.

³⁶ Renaut, Marie-Hélène, *Histoire du droit de la famille*, París, Ellipses, 2003, p. 10.

³⁷ Motilla, Agustín, “La codificación como técnica...”, cit., p. 554.

³⁸ Cabrillac, Remy, *Les codifications...*, cit., p. 169.

II. LAS CODIFICACIONES EN PARTICULAR

Con el surgimiento del nuevo concepto de ley como producto de la voluntad general, las leyes formarán un todo coherente al proceder de un mismo grupo social, también coherente y articulado en sí mismo.³⁹ Se debe tener presente que el Estado moderno se erige como el titular de las funciones del *imperium* y de las capacidades normativas, y a partir de ahí se define a las libertades desde una perspectiva más o menos autoritaria o más o menos revolucionaria.⁴⁰ El Estado no se contenta con avalar las codificaciones privadas, sino que toma la tarea codificadora en su provecho político.⁴¹

Los Estados europeos en el siglo XVIII empezaron a desarrollar sus codificaciones particulares, resultado en gran medida del trabajo de juristas cercanos al poder político, no de juristas que formasen parte del ámbito universitario o judicial.⁴² “Se trataba más bien de funcionarios de gobierno o parlamentarios premunidos de la confianza y el respaldo de un soberano ilustrado”⁴³.

Señala Franz Wieacker que el supuesto íntimo de las codificaciones iusnaturalistas era la convicción ilustrada de que la actividad libre, conforme a razón y ética del gobernante o la común voluntad nacional podían construir una sociedad mejor.⁴⁴

Las primeras se producen en Baviera el *Codex juris Bavarici criminalis*, de 1751; el *Codex juris Baravarici judicialis*, de 1753, y el *Codex Maximilianeus Bavanicus civilis*, de 1756, cuyo autor y comentarista fue Wiguläus Aloysius Frh. von Kreittmayr. Este código mantiene como sub-

³⁹ Cabo Martín, Carlos de, *Sobre el concepto...*, cit., p. 21.

⁴⁰ Véase en este sentido a Maurizio Fioravanti, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli Editore, 1995, p. 18. Existe una traducción al castellano del trabajo de Fioravanti, publicado por la editorial Trotta, 1996.

⁴¹ Cabrillac, Remy, *Les codifications...*, cit., p. 79.

⁴² Sobre los códigos frances, prusiano y austriaco véase el conocido trabajo de Savigny, F. K. von, “Los tres códigos modernos”, en Savigny, Friedrich Karl von, *Textos clásicos*, estudio preliminar de Agustín Squella, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1981, pp. 63-89.

⁴³ Ramos Núñez, Carlos, *El Código Napoleónico...*, p. 53.

⁴⁴ Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Granada, Editorial Comares, 2000, p. 303.

sidiario al *ius commune*, de ahí que se le considere precursor de las codificaciones del derecho natural.⁴⁵

En Prusia, en 1794 entra en vigor la *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (ALR), obra de Samuel von Cocceji en un primer término, terminada por Johann Heinrich Casimir von Carmer y Carl Gottlieb Svarez, misma que permaneció vigente hasta su derogación por el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) el 1o. de enero de 1900. La ALR es una “compilación de prácticamente todo el derecho vigente: civil, mercantil (terrestre y marítimo), constitucional, eclesiástico, penal y administrativo”. Se trata del primer gran código de la época moderna.⁴⁶

En Austria, la codificación del derecho civil se produce paralelamente a la del ALR prusiano, si bien concluye posteriormente a la elaboración del *Code civil* francés. Los trabajos se iniciaron tempranamente en 1709, sin éxito, obteniéndose el primer resultado concreto por María Teresa, que buscó unificar el derecho de los territorios austriacos. Ella encargó a una comisión en 1753 elaborar un *Codex Theresianus juris civilis*, basado en el *usus modernus*, completado y corregido por el derecho de la razón. Una segunda comisión, presidida por Joseph Ritter von Azzoni, quien sustituyó el latín por el alemán como idioma de trabajo, asumió los trabajos dando a luz un proyecto en ocho volúmenes en 1766. Se designó una nueva comisión en 1772, que debía velar por la precisión, brevedad y simplicidad del código, privilegiando a la equidad natural frente a la complicación de la tradición romanista, prefiriendo los principios y eliminando el casuismo de los proyectos anteriores. Una primera parte del código se publicó como ley el 1o. de noviembre de 1786 bajo el título de *Josephinisches Gesetzbuch* (con el nombre del emperador reinante Jose II). Un nuevo proyecto, de inspiración romanista se preparó por K. A. von Martini, mismo que fue publicado experimentalmente en 1797 como *Westgalizisches Gesetzbuch* y sometido al mismo tiempo a revisión por los organismos públicos y facultades de derecho.

El ponente de las conclusiones del análisis fue un alumno de Von Martini, Franz von Zeiller, para que finalmente el 1o. de junio de 1811 se publicara el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die Deutschen*

⁴⁵ Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de José Javier de los Mozos Touya, Valladolid, Lex Nova, 1998, p. 251.

⁴⁶ Cannata, Claudio Augusto, *Historia de la ciencia jurídica...*, cit., p. 182.

Erblände (ABGB),⁴⁷ calificado por Hemut Coing como modelo de un código civil puro, concebido como el derecho civil de una sociedad de ciudadanos libres e iguales.

Todos los códigos mencionados, sostiene Ramos Núñez, “no obstante haber sido dados bajo la inspiración parcial del humanismo del setecientos, no acogieron las ideas de libertad ni auspiciaron una firme voluntad de reforma burguesa, como luego acontecerá en Francia”,⁴⁸ en donde se produce la codificación más influyente en Europa y América, el *Code Civil* de 1804 o Código Napoleón.⁴⁹

Desde el siglo XVI se había hecho en Francia, sin éxito, intentos de una legislación general. Será la Revolución francesa la que asuma la tarea codificadora, que se desarrollará en un espacio de veinte años durante los cuales Francia conocerá sucesivamente de diversos regímenes: monarquía constitucional, Convención, Directorio, Consulado e Imperio. La inestabilidad política se vio acompañada de una inseguridad jurídica, ya que la desaparición del derecho del antiguo régimen tuvo que ser compensada con la aparición de un nuevo derecho.⁵⁰ En 1790 ante la Asamblea Constituyente se promovió una codificación y en 1791 se incluyó como objetivo dentro del texto constitucional, si bien el derecho privado emanado de la revolución se estaba publicando en forma de leyes particulares, conocido como derecho intermedio, mismo que preparó de alguna manera el camino para la codificación, al suprimir las cargas feudales, restringió el derecho de primogenitura, introdujo el matrimonio civil y el divorcio, así como un inicio del derecho de patentes.⁵¹

El proyecto de Código Civil le fue encargado por la Convención a un comité de legislación. Jean Jackes Régis de Cambacérés, “jurista de indiscutible pericia”, estableció tres comisiones en 1793, 1794 y 1796, respectivamente, sin éxito. Si bien se obtuvieron diversos proyectos en esos años.⁵²

⁴⁷ *Ibidem*, p. 186.

⁴⁸ Ramos Núñez, Carlos, *El Código napoleónico...*, cit., p. 55.

⁴⁹ Coing, Helmut, *Derecho privado europeo....*, cit., p. 114. Los antecedentes remotos de la codificación en Francia pueden verse en Gazzaniga, Jean Louis, “Le code avant le code”, en Beignier, Bernard (coord.), *La Codification*, París, Dalloz, Institute d’Etudes Judiciaires, Faculté de Droit de Toulouse, 1996.

⁵⁰ Robaye, René, *Une histoire du droit civil*, 2a. ed., Bruselas, Bruylant-Academia, 2000, p. 36.

⁵¹ Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *Historia del derecho privado....*, cit., p. 252.

⁵² Véase Dezza, Ettore, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*, 2a. ed., Turín, G. Giappichelli Editore, 2000, pp. 21-33.

Fue con Napoleón Bonaparte, después del golpe de Estado del 18 brumario (9 de noviembre de 1799) quien primero como cónsul y posteriormente como emperador le atribuía gran importancia a la redacción de un código civil. Se designaron a cuatro juristas para la tarea: François-Denis Tronchet, Félix-Bigot de Préameneu, Jacques de Maleville y Jean-Etienne Marie Portalis.⁵³

El proyecto fue sometido al Tribunal Supremo y a los tribunales de apelación cuyas observaciones se remitieron al Consejo de Estado, que en ciento dos sesiones, presididas cincuenta y siete por Napoleón Bonaparte, puso a punto el texto, para que el 21 de marzo de 1804 fuese publicado el Código Civil de los franceses, seguido en 1806 por el de procedimientos respectivo, en 1807 por el de comercio,⁵⁴ el Penal en 1810 y el de Enjuiciamiento Criminal en 1811.

El Código Napoleón se ha interpretado como el resultado del compromiso entre el derecho romano y el derecho natural, así como del derecho consuetudinario francés.⁵⁵

Sin duda el Código Napoleón ha sido el código más influyente de todos,⁵⁶ “primer y verdadero Código”, según Paolo Grossi,⁵⁷ fue recibido ampliamente tanto en Europa como en América.⁵⁸ Bélgica,⁵⁹ Luxemburgo, Holanda, parte de Alemania, Polonia, Italia, España y Rumania; en Haití, México (Oaxaca), Bolivia, República Dominicana, Perú, Costa Rica y Venezuela.

Constitucionalismo y codificación son dos conceptos que se relacionan entre sí⁶⁰ inclusive se concibe al constitucionalismo como un capítulo

⁵³ Cannata, Claudio Augusto, *Historia de la ciencia jurídica...*, cit., p. 184.

⁵⁴ Sobre éste véase Locré, J. G., *Esprit du Code de Commerce, ou commentaire puisé dans les procès-verbaux du Conseil d'état, les exposés de motifs et Discours, les observations du tribunalat, celles des Cours d'appel, tribunaux et chambres de commerce, etc.*, París, Garnery, 1811.

⁵⁵ En este sentido Sacco, Rodolfo, “Diritto romano e Code Napoléon”, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, Nápoles, Jovene Editore, núm. 14, 1986, p. 101.

⁵⁶ Sobre este aspecto Cabanis, André, “Le Code hors la France”, en Gazzaniga, Jean Louis, “Le code avant le code”, en Beignier, Bernard (coord.), *La Codification*, París, Dalloz, Institute d’Etudes Judiciaires, Faculté de Droit de Toulouse, 1996.

⁵⁷ Grossi, Paolo, *Mitología jurídica...*, cit., p. 70.

⁵⁸ Dezza, Ettore, *Lezioni di storia della codificazione civile...*, cit., pp. 85-90.

⁵⁹ Para su recepción en Bélgica véase Robaye, René, *Une histoire du droit civil*, 2a. ed., Bruselas, Bruylant-Academia, 2000.

⁶⁰ Sobre el tema véase Clavero, Bartolomé, “Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio”, *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giurídico Moderno*, Florencia, núm. 18, 1989.

del proceso de codificación, referido al derecho público.⁶¹ Así, se habla del proceso de la codificación constitucional entendiendo por tal “quello per cui la costituzionalizzazione si realizza con la produzione di un documento giuridico sistematico, di solito chiamato costituzione, o dichiarazione, o carta”.⁶² De cualquier manera se debe tener presente que constitucionalismo y codificación no van necesariamente juntos en términos de evolución histórica, de ahí que se tengan ejemplos de codificación del derecho previas al constitucionalismo y regímenes constitucionales que no han visto su derecho codificarse.

Aún así, la codificación, como instrumento para imponer seguridad y certeza jurídica, se verá impulsada por los textos constitucionales. Por ejemplo, la Constitución de Cádiz estableció la codificación como forma de expresión del derecho; en su artículo 258 se disponía que el Código Civil, el de Comercio y el Criminal serían uno solo para toda la monarquía.⁶³ La disposición constitucional española excluyó en su texto los códigos procesales, “lo que explica que actualmente en España no tengan códigos de procedimientos, sino leyes de enjuiciamiento tanto civil como criminal...”.⁶⁴

1. La codificación en el derecho español como antecedente de las codificaciones hispanoamericanas

En la península ibérica la Alta Edad Media aparece dominada por el derecho, si bien se trataba de un derecho en donde no se distinguía entre el derecho divino y el derecho positivo. El hombre medieval no creó el derecho, sino que se limitó a descubrirlo dentro del orden divino.

⁶¹ Levaggi, Abelardo, *Manual de historia del derecho...*, cit., p. 192.

⁶² Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, Il Mulino, 2000, p. 24. Para una evolución del constitucionalismo véase el trabajo de Matteucci, Nicola, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Turín, UTET Libreria, 2001.

⁶³ González, María del Refugio, *El derecho civil en México, 1821-1871 (apuntes para su estudio)*, México, UNAM, III, 1988, p. 76. Véase, también, Vázquez Pando, Fernando Alejandro, “Notas para el estudio de la historia de la codificación del derecho civil en México, de 1810 a 1834”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 4, 1972, p. 388.

⁶⁴ Soberanes Fernández, José Luis, “Las codificaciones del derecho privado mexicano en el siglo XIX”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, México, Escuela Libre de Derecho, año 10, núm. 10, 1986, pp. 378 y 379.

Se trata de un derecho de manifestación consuetudinaria en donde la sociedad tiende a ser estática. Los reyes son sumamente débiles y no legislan; el derecho se concibe como costumbre, y se manifiesta mediante normas consuetudinarias. Derecho y tradición se identifican; el derecho antiguo, permanente, estable, de hecho; mientras más viejo mejor, pues tiene mayor autoridad. Incluso el *Liber Iudiciorum* rige como derecho consuetudinario de la población.

Los reyes y señores aceptan las costumbres; algunas veces las confirman; en otras, prohíben algunas de ellas. Su papel en lo referente a la creación del derecho es secundario, pares deja en manos de estudiosos y prácticos del derecho “el arduo deber de extraerlo de una profunda plataforma consuetudinaria y definirlo”.⁶⁵ El poder político en la Edad Media se caracteriza por “hallarse intrínsecamente inacabado”, es y se mantiene como un poder inacabado. Existe una indiferencia hacia lo jurídico: “el principio medieval, de hecho, limita sus propios intereses a las áreas del derecho que se hallan directamente implicadas en el gobierno”.⁶⁶

En el lenguaje de la época, la costumbre recibe diversas denominaciones: *usus*, *usus terrae*, *consuetudo*, *forum*, etcétera, y se refiere a la creación popular del derecho por medio de prácticas no escritas a través del tiempo y aceptadas por la comunidad. Generalmente, su ámbito de aplicación es local.

Las costumbres se manifestaban en los *iudicia* o decisiones judiciales del rey, condes o tribunales concejiles. Aquellas decisiones judiciales que por su importancia merecían ser recordadas recibían el nombre de *fazañas*, en el sentido de hazañas o hechos memorables.

A decir de Paolo Grossi, el derecho del mundo medieval pertenece a las entrañas de la sociedad. Es una realidad basilar, es un orden que vive en un nivel diferente de la pendenciera y confusa superficie socio-política y que obviamente muy poco tiene que ver con ella. El derecho no llega a mezclarse con los entes políticos que van sucediéndose y mutando convulsivamente. De frente a la inestabilidad y fluidez de lo apolítico representa la estabilidad y la solidez de “lo social”.⁶⁷

⁶⁵ Grossi, Paolo, “Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval”, *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. IX, 1997, pp. 172 y 173.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 172.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 173.

Con el tiempo, y en la medida en que los reyes adquirieron mayor poder y fuerza, fueron otorgando protección jurídica a determinados ámbitos, como la casa, los caminos, las iglesias y los mercados. Surgió la llamada *Paz de Dios*, o interrupción de hostilidades en días determinados y durante fiestas religiosas.

Ante la dispersión jurídica los problemas nuevos se resolvieron no por el *Liber Iudiciorum*, sino mediante la creación de instrumentos jurídicos *ad hoc*, con lo que se profundizó aún más el localismo jurídico. Las fuentes de los derechos locales fueron los instrumentos jurídicos de la reconquista, documentos en donde se recogían total o parcialmente esos derechos locales. Éstos fueron prácticamente la única forma de manifestación del derecho del siglo IX hasta los inicios del siglo XIII, a partir del cual, si bien continuaron vigentes dichos derechos locales, convivieron con otras normas de vigencia general.

Los fueros constituyeron una creación esencialmente popular y consuetudinaria.⁶⁸ Se presentó un proceso de diferenciación económica, social y jurídica entre el campo y la ciudad, pues el crecimiento y desarrollo de las ciudades dependían de las franquicias que se les concedieran. La franquicia o derecho más importante era erigirse en municipio, ya que con ello se liberaban del régimen señorial.

En un momento dado, a partir del siglo XII, los elementos que integraban los derechos locales (fueros breves, privilegios recibidos posteriormente, costumbres no escritas, decisiones judiciales y *fazañas*) se plasmaron por escrito y se tendía a una concepción legislativa del derecho, es decir, se asistió a un proceso de redacción de los derechos locales,⁶⁹ con una fuerte presencia de legislación real de vigencia general con el surgimiento de un derecho nuevo, técnico y erudito.

Las ciudades, ante el florecimiento de este nuevo derecho procedieron a la fijación de sus derechos locales y privilegios procurando obtener del rey o señor la confirmación del mismo. La redacción de los derechos locales fue resultado, en ocasiones, de la labor del municipio, bien de la confirmación señorial o real, o fruto de un acuerdo entre municipio y señor.

⁶⁸ García Gallo, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, Madrid, Artes Gráficas y Ediciones, 1984, p. 76.

⁶⁹ Barrero, Ana María, "Notas sobre algunos fueros castellanos", *Homenaje al profesor Alfonso García Gallo*, Madrid, Universidad Complutense, Editorial Complutense, 1996, t. III, vol. II, p. 11.

La labor de redacción suprimía generalmente lo anecdótico de las sentencias judiciales, modificaba algunas normas antiguas y le debía cabida a otras.

Las transformaciones jurídicas empezaron a dar cabida a la concepción de un derecho culto.

El fenómeno del localismo jurídico en el derecho altomedieval español propició un derecho de vigencia territorial limitada a ámbitos restringidos. Ante esta situación se presentaron una serie de situaciones o prácticas destinadas a enmendarla. Hubo manifestaciones en contra de este localismo, ya sea como simple resistencia o de una manera más activa. La implantación de una política real dirigida a uniformar los derechos locales mediante textos elaborados por los reyes concedidos a diversas ciudades y villas será la acción más acabada para lograr el objetivo uniformador.

Con Fernando III (1217-1230-1252) y Alfonso X (1252-1284) se inicia una política real tendente a unificar los derechos locales, apoyada en dos textos fundamentales que son el *Liber Iudiciorum*, traducido al castellano con el nombre de F uero Juzgo, y el F uero Real. Ambos textos se utilizaron complementariamente como instrumentos de una misma política real de unificación de f ueros municipales.

En la península ibérica, a partir del siglo XIII hubo un nuevo entorno sociopolítico que llevó al fortalecimiento del poder real en Aragón y Castilla, la consolidación de las fronteras, delimitadas claramente, la configuración del reino como unidad política básica, con fortalecimiento del vínculo súbdito-rey, en detrimento del vínculo súbdito-señor, el fortalecimiento en el campo ideológico del poder real mediante el derecho romano y la centralización del poder en órganos de decisión superiores.

Durante los siglos XIII y XIV se concibió al poder político de dos maneras: como radicado principalmente en el pueblo y en el rey (concepción pactista), como un poder autoritario que recaía exclusivamente en el rey (concepción monárquica absolutista) o ambos. En Castilla predominó el absolutismo y en Aragón, el pactismo.

A finales del siglo XV y durante el reinado de Isabel I de Castilla y Fernando II de Aragón se produjo la aparición del Estado español en donde predominó la línea autoritaria del poder monárquico; considerado absoluto, superior y desligado del derecho, dominante política y militarmente sobre los señoríos.

La aparición de una monarquía única, y en torno de ella de un Estado español, no hizo desaparecer a los diversos reinos. Se era súbdito de un mismo y común rey, pero se era natural de tal o cual reino. Tampoco aniquiló los privilegios del clero y ni los de la nobleza, quienes buscaron ocupar lugares clave en la burocracia real, ni implicó una unificación jurídica, ya que el monarca no era rey de España, sino señor de los demás reyes.⁷⁰ Así, la monarquía española era un Estado formado por diferentes reinos, ciudades y provincias, en que cada uno de ellos disfrutaba de su propio derecho, aunque todos estaban sometidos a un mismo y único poder: el monarca soberano.⁷¹

El derecho romano, tanto en España como en el resto de Europa, había perdido su carácter de derecho vigente desde las invasiones bárbaras, aunque el *Breviario de Alarico* no había dejado de ser objeto de estudio por los juristas fuera de la península hasta el siglo XI. A mediados de ese siglo aparecieron en las bibliotecas italianas algunos manuscritos del *Código*, la *Instituta*, la primera parte del *Digesto o Pandectas* y del *Epitome* de las *Novelas* hechas por Juliano.

Más tarde, aparecieron las partes central y última del *Digesto*, así como las *Novelas*.⁷² Es decir, se había encontrado la obra más importante de la historia del derecho romano llevada a cabo por el emperador Justiniano entre los años 528 a 533, que a partir del siglo XII recibió el nombre de *Corpus Iuris Civilis*.

La importancia y novedad de estos textos hizo que se estudiaran en las escuelas italianas de Roma, Rávena y Bolonia, en vez del *Breviario* que contenía derecho teodosiano. Fue la escuela de Pavia la que inició los estudios del derecho desde una nueva perspectiva, si bien “el honor de ser los primeros en mostrar la compilación justiniana... le corresponde a Bolonia”.⁷³ El primer profesor de derecho en Bolonia aparentemente fue un *causidicus* o juez consultivo de nombre Pepo hacia

⁷⁰ Tomás y Valiente, Francisco, “El ‘Ius Commune Europaeum’ de ayer y de hoy”, *Glossae, Revista de Historia del Derecho Europeo*, Murcia, Instituto de Derecho Común Europeo, Universidad de Murcia, núm. 5-6, 1993-1994, p. 178.

⁷¹ Iglesia Ferreirós, Aquilino, *La creación del derecho, manual. Una historia de la formación de un derecho estatal español*, 2a. ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, t. II, p. 249.

⁷² García Gallo, Alfonso, *op. cit.*, p. 82.

⁷³ Véase Stein, Peter G., *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, trad. César Hornero y Armando Romanos, Madrid, Siglo XXI Editores, 2001, pp. 64 y 65.

finales del siglo XI, si bien será Guarnerio, Wernerius⁷⁴ o Irnerio (1055-1125) quien inicie el estudio de los textos justinianeos con mayor profundidad.⁷⁵

Los estudios sobre los textos justinianeos tuvieron un gran éxito. Los juristas se encontraron ante un ordenamiento completo, extenso y técnicamente perfecto como ningún otro, por lo que buscaron conciliar su contenido con el derecho canónico, el feudal y el consuetudinario del norte de Italia, para lo que redactaron, a finales del siglo XI, unos extractos de todas estas fuentes. Formaron dos colecciones llamadas *libros de Tubinga* y *Ashburnham*, que fueron refundidas tiempo después por un jurista francés de nombre Pedro, quien agrupó los capítulos sistemáticamente como *Exceptiones Petri legum romanorum*. Su obra tuvo gran difusión en Cataluña y sirvió para despertar el interés por el derecho romano y su utilidad práctica.⁷⁶

El derecho romano justiniano introdujo un cambio fundamental en la concepción del derecho, pues desde entonces se le concibió como producto de juristas.

A decir de Paolo Grossi, el derecho común se encarna y se identifica con la *interpretatio*, es decir, tiene una dimensión científica. Este derecho común se despliega en dos momentos íntimamente ligados: de validez, representado por el *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici*, y el de efectividad, representado por la construcción doctrinal. “Nuestra ciencia jurídica no es pensable sin un texto que interpretar”.⁷⁷

Los glosadores fueron partidarios del imperio tanto política como ideológicamente, y consideraban al derecho romano un derecho vivo en el ámbito del imperio. Para ellos, los textos romanos eran algo casi sagrado, por lo que se limitaban a entenderlos y explicarlos. Francesco Calasso

⁷⁴ Forma original del nombre de este personaje con posible ascendencia germánica, “forma obviamente germánica (*Werner*)”, véase Cortese, Ennio, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, Il Cigno Edizioni, 2002, p. 251 (la traducción es nuestra).

⁷⁵ Ledesma Uribe, José de Jesús, “El derecho romano en los primeros siglos de la Europa medieval”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 5, 1973, p. 349.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 83.

⁷⁷ Grossi, Paolo, *El orden jurídico medieval*, trad. Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 225. Se ha definido al derecho común como el “sistema jurídico resultante del entrecruce del derecho justiniano, el derecho canónico y el derecho feudal”, véase Pérez-Prendes Muñoz-Arraco, José Manuel, *Interpretación histórica del derecho. Notas, esquemas, prácticas*, Madrid, Universidad Complutense, 1996, p. 685.

sostiene que a los glosadores de los siglos XII y XIII corresponde el mérito de haber dado las bases de una interpretación jurídica del problema político.⁷⁸

Irnerio le dio a la enseñanza del derecho plena autonomía y le otorgó un lugar independiente dentro de la enseñanza al separarlo de la retórica; además, reintrodujo la lectura y el estudio directo del *Digesto*, que él mismo había hallado en Bolonia.

Sostiene Peter Stein que uno de los propósitos de las enseñanzas de los glosadores consistió en el descubrimiento de los principios generales o brocados inherentes en el *Corpus Iuris*, parte de los cuales ya se encontraba en el último título del *Digesto* referido a las máximas.⁷⁹

A los glosadores les sucedieron los *posglosadores*, quienes a finales del siglo XIII y durante los siglos XIV y XV buscaron enriquecer los métodos de la glosa. Se les conoce también como *comentaristas*, *consiliatores* o *bartolistas*, creadores del *mos italicus*, y buscaban compaginar el derecho justiniano con el canónico, el feudal y el estatutario que regía en los municipios italianos a través de la utilización de la siguiente doctrina: *las lagunas deben integrarse con el derecho romano*.⁸⁰

Siendo para ellos el *Corpus Iuris Civilis* algo totalmente práctico cuya utilización no requería conocimientos especiales de orden histórico, filosófico o literario,⁸¹ sus comentarios no se limitaron a la glosa de los textos romanos, sino que integraron los derechos locales y todo aquello que por contraposición al derecho común era de carácter particular o propio. Son ellos los creadores del derecho común, que relegó a un segundo plano al derecho justiniano a favor de la opinión y comentarios de los doctores y juristas de la época: fue, entonces, un derecho de juristas.⁸²

⁷⁸ Calasso, Francesco, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, 2a. ed., Milán, Giuffrè Editore, 1965, p. 207.

⁷⁹ Stein, Peter G., *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, trad. de César Hornero y Armando Romanos, Madrid, Siglo XXI Editores, 2001, pp. 68 y 69.

⁸⁰ Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *Historia del derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. José Javier de los Mozos Touya, Valladolid, Lex Nova, 1998, p. 64.

⁸¹ Carpintero, Francisco “*Mos italicus, Mos Gallirus* y el humanismo racionalista. Una contribución a la historia de la metodología jurídica”, *Prudentia Iuris*, Buenos Aires, núm. 7, p. 13.

⁸² Escudero, José Antonio, *Curso de historia del derecho. Fuentes e instituciones políticoadministrativas*, 2a. ed., Madrid, Solana e Hijos, 1995, p. 414.

Los posglosadores “no sólo crearon nuevas figuras jurídicas, sino incluso disciplinas jurídicas enteras” en el campo del derecho mercantil y del derecho internacional privado, a impulso del creciente tráfico comercial del norte de Italia.⁸³

El derecho común no fue la continuación medieval del antiguo derecho romano, y tampoco se trataba de un derecho romano modernizado, ya que se integró de todo el conjunto de elementos medievales que le rodearon, pareciera en realidad el derecho común fue “un gran hecho de civilización medieval”.⁸⁴

El *mos gallicus* o humanismo jurídico nació en Italia con Petrarca, Traversari, Filelfo, Vegio y Valla. Fue una reacción de los juristas ante los cultivadores de las humanidades. Sus autores se propusieron de manera principal redescubrir y restaurar el derecho romano, que suponían corrompido por la actividad de los ministros de Justiniano y por los juristas de los siglos XIV, XV y XVI. Para ello se sirvieron de la concordancia interna del *Corpus Iuris*, de la historia, la literatura clásica (latina y griega), que les ayudaba a comprender mejor la *ratio legis* de cada disposición.⁸⁵ En Francia alcanzó un fuerte desarrollo y de ahí su nombre.

El derecho romano contenía numerosas disposiciones que favorecían el ejercicio amplio y personalizado del poder por parte del monarca, y sosténía que el emperador era fuente creadora del derecho.⁸⁶ Además, diversos preceptos del derecho justiniano reconocían al monarca una amplia gama de derechos, como la creación de impuestos, imposición de monopolios sobre acuñación de moneda, etcétera. Es en este contexto donde se presenta una alianza entre los emperadores y los juristas del derecho común, pues se apoyan mutuamente.

Por otra parte, la imagen política del emperador del Sacro Imperio Romano Germánico sirvió de modelo por imitar ya que los reyes trataron de asumir los mismos poderes que el derecho romano y los juristas atribuían al emperador. De este modo, en cada reino el derecho romano

83 Wesenberg, Gerhard y Wesener, Gunter, *Historia del derecho privado...*, p. 64.

84 Grossi, Paolo, *op. cit.*, pp. 22-226.

85 Carpintero, Francisco, *op. cit.*, p. 23.

86 Margadant, Guillermo Floris, *La segunda vida del derecho romano*, México, Miguel Ángel Porruá, 1986, p. 90.

empezó a cumplir la misma función fortalecedora del poder político que llevó a cabo con el Imperio.⁸⁷

Los reyes europeos buscaron separarse políticamente del Imperio, que se fue desmoronando en diversos reinos con reyes independientes. Esta separación se logró acudiendo a la fórmula de equiparar la figura del rey a la del emperador: *rex est imperator in regno suo.*⁸⁸

En España este problema con el Imperio no se presentó, ya que los reinos hispánicos nunca fueron parte del Sacro Imperio y, por lo mismo, no tuvieron que separarse de él. Sin embargo, se adoptó la idea de la potestad plena del monarca.

Fueron las universidades el ámbito propio de creación y vehículo de difusión del derecho común. No puede entenderse su aplicación en Europa sin un proceso de científicación.⁸⁹ Las universidades de Bolonia, París, Oxford y Salamanca contaban con una gran movilidad e intercambio de alumnos y profesores; esto provocó que una misma cultura jurídica persistiera en toda Europa desde el siglo XII al XIII.⁹⁰

La enseñanza se impartía en latín como lengua culta común a toda Europa, y también con ella se escribieron los libros de derecho hasta el siglo XVII, lo que permitía que la bibliografía manejada en las distintas universidades fuera la misma.

Además, el derecho que se enseñaba era el romano-canónico, pues los derechos nacionales se aprendían en la práctica. El *Corpus Iuris Civilis* y el *Corpus Iuris Canonici* fueron los únicos textos estudiados.

En España la vigencia del *Liber* significó un fácil acceso inicial para el derecho común. En Cataluña fue donde más rápidamente se admitió el derecho romano. En Castilla, el *ius commune* tuvo que enfrentarse con derechos viejos y profundamente enraizados.

Si bien la actitud de los reyes fue favorable a la recepción del derecho común, en ocasiones sostuvieron posiciones encontradas. Así, por un lado el derecho común reforzaba políticamente al rey y le otorgaba el carácter de legislador, por otro, si bien en un reino se admitía la plena vigencia de este derecho, se impedía al mismo tiempo el desarrollo del

⁸⁷ Véase Maravall Casesnoves, José Antonio, *El concepto de España en la Edad Media*, 4a. ed., Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 435 y 436.

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ Mozos, José Luis de los, “El derecho común y el nacimiento de Europa”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, año LXVIII, noviembre-diciembre, núm. 613, p. 2530.

⁹⁰ Tomás y Valiente, Francisco, “El ‘Ius Commune Europaeum’ de ayer y de hoy”, *cit.*, p. 13.

derecho creado por el rey, ya que existía un ordenamiento completo y de amplio contenido. Esta situación provocó que los reyes, por una parte, apoyaran el estudio del *ius commune* en las universidades y se rodearan de juristas, mientras que por la otra confirmaran derechos municipales y privilegiaran la aplicación del derecho real.

Así, en un litigio debían aplicarse tres ordenamientos distintos: 1. Los derechos municipales y señoriales; 2. El derecho real, y 3. El derecho común como derecho de juristas.

La obra más importante de la historia del derecho español son las Siete Partidas o libro de las leyes.⁹¹ Muestra de la “madurez de la conciencia jurídica española”,⁹² representaron la recepción del derecho común en Castilla, y se trató de una magna obra humanística y doctrinal. Su redacción se inició en 1256 y se terminó entre 1263 y 1265. Escudero señala como fecha para su elaboración hacia 1290.⁹³

Esta obra se divide en siete libros, debido a la especial significación que el siete tenía tanto en las antiguas tradiciones paganas y cristianas, como en los misterios órficos o los siete dones del Espíritu Santo. En su elaboración intervinieron el maestro Jacobo,⁹⁴ autor de la obra titulada *Las flores de las leyes*, el obispo Fernando Martínez de Zamora y el maestro Roldán.

Las Partidas pronto adquirieron un gran prestigio entre juristas, políticos y demás estudiosos, y se convirtieron en una obra de lectura obligada y consulta.⁹⁵

En cuanto a su vigencia, no la tuvieron durante el reinado de Alfonso X ni durante el reinado de sus sucesores inmediatos. No fue sino hasta

⁹¹ Martínez Marina, Francisco, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, Imprenta de Fermín Villalpando, 1820, p. 282.

⁹² Calasso hace notar la fama de los estudiantes hispanos en la escuela de Bologna y su enorme afluencia, al punto de que el Cardenal Egidio de Albornoz en su testamento redactado en Ancona el 29 de septiembre de 1364 instituyera el *Collegio di Spagna*, para estudiantes y maestros, con la consecuente influencia de la escuela bolognesa en la ciencia jurídica española. Véase Calasso, Francesco, *Introduzione...*, cit., p. 320.

⁹³ Escudero, José Antonio, *op. cit.*, p. 452.

⁹⁴ Sobre este jurista véase Gibert, Rafael, “Jacobo el de las leyes en el estudio jurídico hispánico”, *Glossae, Revista de Historia del Derecho Europeo*, y Pérez Martín, Antonio, “Jacobo de las leyes: datos biográficos”, ambos en *Glossae, Revista de Historia del Derecho Europeo*, cit., núm. 5-6, 1993-1994.

⁹⁵ Estuvieron vigentes en México hasta 1870.

1348 con el Ordenamiento de Alcalá cuando Alfonso XI otorgó valor de derecho supletorio y, por tanto, vigencia a las Partidas.

La aplicación del derecho en Castilla al final del siglo XIII y primera mitad del XIV se llevó a cabo en un clima problemático, provocado por los acuerdos de las Cortes de Zamora a los que se llegó debido a la sublevación popular.

Durante el reinado de Alfonso XI las Cortes de Alcalá promulgaron en 1348 el llamado Ordenamiento de Alcalá, considerado el “monumento más precioso de la legislación Española, que nos ha quedado de D. Alfonso XI”,⁹⁶ que tuvo la virtud de establecer por vez primera un orden de prelación de fuentes en virtud del cual, de acuerdo con el título XXVIII, ley primera, se dispuso que

por las quales leys en este nuestro libro mandamos que se libren primeramente todos los pleytos civiles, è criminales; è los pleytos, è contiendas que se non pudieren librar por las leys deste nuestro libro, è por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leys contenidas en los libros de las siete Partidas, que el Rey Don Alfonso nuestro Visabuelo mandò ordenar...

Así, el orden de prelación del derecho castellano quedó integrado de la siguiente forma:

1. En primer lugar el propio Ordenamiento de Alcalá y el derecho real y de Cortes.
2. En su defecto los Fueros Municipales.
3. En tercer lugar las Siete Partidas.

Con la inclusión de las *Partidas* en el orden de prelación se abrieron las puertas al derecho común, pero de manera limitada, pues sólo estaba vigente el contenido en la obra alfonsina. Este orden de prelación se mantuvo vigente hasta el siglo XIX.⁹⁷

⁹⁶ Jordán de Asso y del Río, Ignacio y Manuel y Rodríguez, Miguel de, *El Ordenamiento de leyes que D. Alfonso XI hizo en las Cortes de Alcalá de Henares el año de mil trescientos y quarenta y ocho. Publicanlo con notas y un discurso sobre el estado, y condición de los judíos en España*, Madrid, Joachín Ibarra, Impresor de Cámara de S. M., 1774, ed. facsimilar, Lex Nova, 1960, p. I.

⁹⁷ Coronas González, Santos M., *Manual de historia del derecho español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, p. 263. También Iglesia Perreirós, Aquilino, *op. cit.*, t. II, p. 60.

Ante las Partidas, tanto el Ordenamiento como los Fueros resultaron ser textos de corto alcance, lo que propició una aplicación efectiva y constante de las Partidas.

En cuanto a la recepción del *ius commune*, éste se vía asegurado por el Ordenamiento de Alcalá y por el hecho de que en 1427 el papa Juan II, mediante una pragmática, autorizó la alegación en juicio de las obras de glosadores y posglosadores.

El crecimiento inmoderado de la legislación real y de Cortes a partir del reinado de Alfonso X el Sabio, con la subsecuente abundancia de leyes dispersas y la existencia de leyes revocadas al lado de otras vivientes, hizo necesario efectuar un trabajo de recopilación para facilitar su conocimiento, estudio y aplicación correcta. En 1433 las Cortes de Madrid solicitaron a Juan II que recopilara en un solo volumen la legislación dispersa, labor que no se llevó a cabo en ese entonces, y tampoco se hizo la recopilación solicitada a Enrique IV por las Cortes de Madrid en 1458; no fue sino hasta el reinado de los Reyes Católicos cuando se inició el proceso recopilador.⁹⁸

Durante la Época Moderna, los juristas que estaban al servicio del poder político se esforzaron por reunir y recopilar el derecho propio en un solo volumen, reordenado y expuesto conforme a criterios racionales. Esta tarea supuso una selección del derecho existente, la fijación de su texto, sistematización y, finalmente, su publicación. Estos esfuerzos recopiladores fueron tanto públicos como privados.⁹⁹

Las recopilaciones pretendieron recoger el derecho real vigente de un reino determinado. El orden de esas normas recopiladas podía ser de carácter cronológico o sistemático. En las primeras, los textos legales están colocados por fecha, es decir, de acuerdo con su antigüedad. Las segundas requerían una formación jurídica de cierto nivel por parte del recopilador, que le permitiera clasificar correctamente las leyes.

Las recopilaciones castellanas alteraban los textos recopilados refundiéndolos en uno solo todas las disposiciones coincidentes sobre un mismo tema, difícil labor que no siempre tuvo éxito. Esta refundición en nuevos textos hizo necesario que el rey promulgara las recopilaciones oficiales.

⁹⁸ Coronas González, Santos M., *op. cit.*, p. 266. Una recopilación es un cuerpo de leyes en el que se inserta la parte dispositiva de cada norma, subdividida en libros, títulos y leyes.

⁹⁹ Pérez-Bustamante, Rogelio, *Textos de historia del derecho y de las instituciones públicas de España*, Madrid, Dykinson, 1995, p. 127.

La acumulación de leyes fue un fenómeno particularmente apremiante en Castilla, debido a lo extenso de los territorios y a la cantidad de pobladores. A esto hay que añadir que el rey y el Consejo Real centralizaban el poder político castellano. Abundaban las pragmáticas, que únicamente podían ser expedidas por el rey,¹⁰⁰ y que simbolizaban el ejercicio de su poder absoluto como creador del derecho. Las cortes no intervenían en ciertas modalidades, como concesión de privilegios contra el derecho ya establecido o suspensión de vigencia de una norma. Los reyes consideraron a las pragmáticas con fuerza suficiente para derogar leyes dictadas en Cortes.¹⁰¹

Las Cortes se opusieron terminantemente a las pragmáticas; sin embargo, los reyes las siguieron utilizando si bien sólo en las materias relacionadas con la cosa pública, ya no respecto de negocios entre particulares. De todas formas, con el tiempo acabaron siendo aceptadas.¹⁰²

Las disposiciones reales se fueron acumulando ya que en Castilla no existía un sistema de derogación como lo conocemos actualmente. Las nuevas disposiciones no derogaban a las anteriores, las cuales continuaban como derecho vigente. En este sentido, las recopilaciones castellanas tuvieron una doble función: por una parte sirvieron como instrumento de difusión del derecho real y, por la otra, al refundir y seleccionar disposiciones, se entendía que las no recopiladas estaban tácitamente derogadas.¹⁰³

El primer fruto del movimiento recopilador castellano se presentó durante el reinado de los Reyes Católicos, con el Ordenamiento de Montalvo.

En 1484, Alonso Díaz de Montalvo, jurista castellano de finales del siglo XV y ex corregidor en Murcia, realizó una primera recopilación del derecho de Castilla, aparentemente por encargo de los Reyes Católicos, aunque no se sabe a ciencia cierta si fue así o si la emprendió de *motu proprio*.

¹⁰⁰ La actividad legislativa del monarca alcanzó una gran importancia junto con los ordenamientos de Cortes. El monarca expedía pragmáticas, cartas reales, cédulas, ordenanzas y provisiones.

¹⁰¹ Véase García Gallo, Alfonso, "La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI", *Estudios de historia del derecho indiano*, III Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1972, p. 186.

¹⁰² *Ibidem*, p. 187.

¹⁰³ Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, pp. 265-267.

La obra de Montalvo recibió el nombre de Ordenanzas Reales de Castilla u Ordenamiento de Montalvo y alcanzó una enorme difusión. Se imprimió por primera vez en 1484 y fue reimpresa por lo menos 30 veces en menos de un siglo. Si bien no se sabe si los Reyes Católicos la promulgaron, tampoco la prohibieron y sabemos que en 1500 ordenaron que en los consejos castellanos hubiera siempre un ejemplar de las Partidas, del Fuero Real y del Ordenamiento de Montalvo.¹⁰⁴

Montalvo pretendía que las leyes no recopiladas dejaran de estar vigentes y que su recopilación debía tener primacía. Incluyó la ley del Ordenamiento de Alcalá que establecía el orden de prelación, y puso en primer lugar en este orden el Ordenamiento de Montalvo. Contiene, además, leyes de Cortes posteriores a 1348, disposiciones tomadas del Fuero Real, pragmáticas y ordenanzas.¹⁰⁵

Por encargo de los Reyes Católicos se llevó a cabo en el Consejo de Castilla una compilación de leyes reales y pontificias conocida con el nombre de libro de las bulas y pragmáticas, obra del escribano del Consejo Juan Ramírez, promulgada en 1503 y de amplia utilización en los tribunales hasta mediados del siglo XVII; hubo hasta nueve ediciones antes de 1552.

En esta obra el autor no refunde ni resume textos; sólo reproduce las leyes recopiladas de manera individual, íntegras y con fidelidad respecto de los textos originales. Es una obra asistemática, ya que su contenido se ordenó unas veces en función de las personas y otras en función de la materia.¹⁰⁶ Contiene, además de las bulas y las pragmáticas, una ley del Fuero Real, cuatro de las Partidas y nueve leyes de Cortes, todas referidas a la administración de justicia.¹⁰⁷

Isabel I de Castilla proyectó, en las Cortes de Toledo de 1502, la realización de un ordenamiento de leyes que, a su muerte, fueron aprobadas en las Cortes de Toro de 1505, que se reunieron para atender sus

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 267.

¹⁰⁵ Las ordenanzas son un conjunto de preceptos ordenados que se refieren a una materia o a una institución jurídica que se trata de organizar, con tal que su agrupación se entienda como la expresión de un pensamiento jurídico común y concreto desarrollado en párrafos... fue una manera o especie de legislar común a los reyes, a las autoridades que gozaban de autonomía de esta clase (por ejemplo, los virreyes y los cabildos municipales). Véase Altamira y Crevea, Rafael, *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación Indiana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987.

¹⁰⁶ Coronas González, Santos M., *op. cit.*, p. 266; Escudero, José Antonio, *op. cit.*, p. 684.

¹⁰⁷ Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, p. 268.

disposiciones testamentarias. Se publicaron mediante pragmática de la reina doña Juana por orden del rey Fernando, su padre, el 7 de marzo de 1505.¹⁰⁸

Una comisión presidida por Juan López de Palacios Rubios, acompañado de Alonso Díaz de Montalvo y los licenciados Mújica, Tello, Fernández y de Santiago, prepararon las Leyes de Toro, cuerpo legal integrado por 83 disposiciones, sin distribución en títulos y basada en gran parte en la jurisprudencia y en la doctrina de los juristas. Trata de materias propias del derecho privado, penal y procesal. Además, reproduce el orden de prelación de fuentes establecida por el Ordenamiento de Alcalá, se sitúa al inicio de éste y atribuye al rey la interpretación de la ley en casos dudosos.¹⁰⁹

Un año antes había muerto Isabel la Católica. En el codicilo de su testamento expresó el deseo de que se elaborara una nueva recopilación de leyes y pragmáticas, que se concluyó más de medio siglo después con el nombre de Nueva Recopilación.

El consejero Lorenzo Galíndez de Carvajal fue el primer encargado de llevar a cabo la disposición testamentaria de la reina Isabel, e hizo una recopilación que no fue publicada. Durante el reinado de Carlos V se encargó la tarea recopiladora a López de Alcocer, a quien sucedió a su muerte el doctor Escudero; cuando éste murió, le siguieron los licenciados López de Arrieta y Bartolomé de Atienza; este último terminó la obra durante el reinado de Felipe II. Esta compilación se promulgó por pragmática del 14 de marzo de 1567 y se publicó en 1569. Recibió el nombre de Recopilación de las Leyes destos Reynos, mejor conocida como Nueva Recopilación y se elaboró sobre la base del Ordenamiento de Montalvo, corregido y aumentado con las leyes posteriores, ordenanzas y pragmáticas, publicadas entre 1484 y 1567, incluidas las Leyes de Toro la obra está dispuesta en nueve libros, divididos en títulos y contiene cerca de 4,000 leyes. Es una obra sistemática. Las ediciones posteriores recogieron las leyes que se fueron promulgando insertándolas en su libro y título correspondiente.

¹⁰⁸ Martínez Guijón, José, “La vigencia temporal de las Leyes de Toro”, *Homenaje al profesor Alfonso García Gallo*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Editorial Complutense, 1996, t. II, vol. 2, p. 115.

¹⁰⁹ Pérez-Bustamante, Rogelio, *op. cit.*, p. 110.

En cuanto al orden de prelación de fuentes, la Nueva Recopilación pasó a ocupar el primer lugar, antes de las Leyes de Toro.

La Nueva Recopilación es el gran cuerpo legal de los siglos XVII y XVIII. Durante el siglo XVIII en diversas ocasiones se promovió la actualización de la Recopilación. Por lo pronto, desde 1723 se integró un volumen aparte de autos acordados del Consejo de Castilla. Se hicieron ediciones en 1772, 1775 y 1777.

Durante el reinado de Carlos III, el Consejo de Castilla comisionó a Manuel de Lardizábal y Uribe para que llevara a cabo un *suplemento* a la Recopilación integrado por las disposiciones dictadas desde 1745; sin embargo, su proyecto nunca fue aprobado.¹¹⁰

Debido a la necesidad de contar con un cuerpo de derecho actualizado, Carlos IV encargó a Reguera Valdelomar que elaborara un nuevo *suplemento* de la Nueva Recopilación. En 1802, Reguera terminó sus trabajos porque aprovechó el hecho por Lardizábal. Reguera presentó un plan para la elaboración de una Novísima Recopilación, que fue aprobado; tras dos años de trabajo quedó terminada. Así, el 15 de julio de 1805, mediante una cédula real, se promulgó la Novísima Recopilación de las Leyes de España, ocupando el primer lugar en el orden de prelación y con suplementos anuales que recogieron la legislación posterior, de los cuales únicamente uno llegó a publicarse.

La obra consta de 12 libros divididos en títulos y leyes, con un índice por materias y disposiciones. En virtud de que no incluye ninguna cláusula derogatoria, se entiende que la Nueva Recopilación continuaba vigente como derecho supletorio.

El gran defecto de esta Novísima Recopilación fue que reiteró el tradicional sistema recopilador cuando —como sabemos—, ya estaba publicado en Francia el Código Napoleón.¹¹¹ Además, incluyó leyes derogadas o contradictorias con otras también recopiladas.¹¹² La Novísima Recopilación recibió más censuras que elogios. Entre los primeros destacan la de Francisco Martínez Marina, quien en su *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, hace una dura crítica y análisis del trabajo de Reguera. Señala que el lenguaje es arcaico, desagradable e incomprendible, con un péssimo sistema de redacción, plagado de anacronismos,

¹¹⁰ Escudero, José Antonio, *op. cit.*, pp. 684 y 685.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 686.

¹¹² Tomás y Valiente, Francisco, *op. cit.*, p. 398.

errores, inexactitudes, redundancias, contradicciones y omisiones; en fin, la califica de “cuerpo deforme, sin unidad, enlace, armonía ni proporción entre sus partes; un código monstruoso”.¹¹³

La España que había dejado Carlos II estaba en crisis económica y social, con una grave carga burocrática y una armada en malas condiciones. España carecía de industrias y su vinculación con el resto de Europa era básicamente de carácter económico, como compradora de productos elaborados en el resto de los países europeos que habían entrado en un proceso de intenso desarrollo industrial. Las posturas políticas y económicas españolas se habían quedado rezagadas respecto de las del resto del continente, que manejaban nuevas ideas de corte racionalista. La Ilustración fue un movimiento supranacional que en el caso español evolucionaría el pensamiento con dirección a la Constitución de Cádiz, pasando de la mentalidad del vasallo que se somete al monarca por voluntad divina a la del ciudadano que acepta la voluntad popular.¹¹⁴

Francia se encontraba al frente del racionalismo en Europa y de ese país llegaba el nuevo monarca a España, acompañado de una corte que se encontró con una España en graves problemas. Se inicia el Siglo de las Luces, ya que el hombre, guiado por la luz de la razón, podría iluminarlo todo descubriendo sus más remotas causas, la Ilustración es una consecuencia del proceso iniciado en el Renacimiento.¹¹⁵

El absolutismo ilustrado entra en España y los monarcas iniciarán los cambios necesarios para levantar a la península de su postración y devolverle su anterior carácter de potencia de primer orden.¹¹⁶ Se busca dar una fundamentación racional y absolutista al poder, unificar los reinos hispánicos, extender el control sobre la Iglesia, modificar los planes y esquemas educativos, ampliar los conocimientos científicos, etcétera.

Los Borbones traen consigo una concepción centralista y autoritaria del poder monárquico.¹¹⁷ El pueblo debe limitarse a obedecer. Al monarca defiere su soberanía el pueblo, en virtud de un pacto irrevocable por el

¹¹³ Martínez Marina, Francisco, *Juicio crítico de la Novísima Recopilación*, Madrid, Imprenta de Fermín Villalpando, 1820, pp. 43 y 44.

¹¹⁴ Sánchez-Blanco, Francisco, *La ilustración en España*. Madrid, Akal, 1997, p. 15.

¹¹⁵ Dougnac Rodríguez, Antonio, *Manual de historia del derecho indiano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 189.

¹¹⁶ Pietschmann, Horst, *Las reformas borbónicas y el sistema de intendencias en Nueva España. Un estudio político administrativo*, trad. Rolf Roland Meyer Misteli, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 25.

¹¹⁷ Sánchez-Blanco, Francisco, *La ilustración..., cit.*, p. 38.

que éste se compromete a obedecer las leyes y aquél a regular las actividades de los súbditos para lograr el bien común. Por ello es necesario un poder absoluto, justificado por su origen divino.¹¹⁸ Se impone la noción de que el poder proviene directamente de Dios al monarca, de ahí que éste no tenga que dar cuentas al pueblo de sus acciones y decisiones. En la política nacional y local existe un interés en participar activamente en el programa de reformas, así los ciudadanos exponen o *representan* cada vez con mayor frecuencia sus opiniones e intereses al monarca y al gobierno, en el que destacan personajes como José Campillo, Jerónimo de Ustáriz, Bernardo Ward y Pedro Rodríguez de Campomanes.¹¹⁹

La estructura estatal debía ser modificada, eliminando el antiguo sistema de Consejos sustituyéndolo por Secretarías de Estado, a las cuales mediante la *vía reservada* los monarcas transmitirían directamente las órdenes. Estas reformas alcanzarán a la organización política, económica, comercial y militar india.

Del sistema de oficios se pasará al concepto de oficina, en donde el ministro o secretario de Estado delega en una entidad integrada por funcionarios ciertos poderes. La ideología ilustrada es eminentemente moderada, no revolucionaria, y corresponde a un grupo de individuos pertenecientes a la pequeña nobleza, vinculados con el Estado. En su mentalidad predomina la condición de funcionario.

La ideología de la Ilustración se define como “un conjunto integrado de ideas, un sistema inspirado en ciertos valores, que propone una precisa orientación histórica a la comunidad y que explica y justifica la situación de la propia colectividad ilustrada”.¹²⁰ Su orientación será conservadora, a fin de hacer compatibles las reformas con las exigencias estatales y la estabilidad social.

Se eliminan los derechos forales de Aragón, Cataluña y Valencia, uniformándolas con Castilla. Los reinos indianos dejarán de ser tratados como tales, para considerarlos provincias ultramarinas. La Iglesia verá también grandes cambios en su relación con el Estado.

La decadencia cultural da pie a diversos movimientos de crítica en el campo de los estudios filosóficos y de la medicina. Se promoverá la

¹¹⁸ Morales Moya, “La ideología de la ilustración española”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, nueva época, núm. 59, enero-marzo de 1988, p. 85.

¹¹⁹ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

¹²⁰ Morales Moya, “La ideología...”, *cit.*, p. 71.

enseñanza en todos los niveles, controlada estrictamente por el Estado, y los programas universitarios se adecuan a las nuevas ideas.

En el campo de la enseñanza del derecho se terminará con la enseñanza del derecho romano para pasar a la enseñanza del derecho real en su lugar, así como del derecho natural.

Durante esta época se desarrolla la *tertulia* como forma de comunicación privada y espontánea, alternativa de la universidad y de las academias oficiales en donde se trataban toda clase de temas con los nuevos enfoques de la época.¹²¹

Se crean las sociedades económicas de amigos del país para difundir las luces fundamentalmente mediante de la enseñanza de la economía y el fomento a la agricultura, la industria y el comercio. Las ideas de la Ilustración se esparcen también gracias a la prensa.¹²² En la Nueva España, tuvo gran influencia la Sociedad Vascongada de los Amigos del País a la que pertenecían un buen número de criollos (297 en el virreinato de Nueva España).¹²³

La Ilustración en la Península se caracterizó por su patriotismo en la búsqueda por la recuperación de España por medio de la revitalización económica. Las reformas necesarias habrían de partir del Estado y, por ende, del rey, al que se debía reforzar. Por ello, se presentaron una serie de reformas en el aparato administrativo del Estado, por ejemplo, se les asignó a los burócratas una importante tarea dentro de las reformas políticas, sociales y económicas. También se llevaron a cabo importantes cambios en la estructura de los consejos.

En materia de justicia en 1776 se expidió la Instrucción de Regentes; el *Tribunal de Minería* nació en 1783 y se organizaron los nuevos consulados de Guadalajara y Veracruz en 1795. Igualmente se liberalizó el comercio con las Indias mediante diversas disposiciones de comercio libre y, fundamentalmente, con el *Reglamento* de 1778.

En lo que se refiere a las ideas políticas de la Ilustración, éstas se infiltraron fácilmente en los círculos novohispanos, dada la tolerancia que los Borbones dispensaron a tales ideas, al menos hasta el estallido

¹²¹ Sánchez-Blanco, Francisco *La ilustración...*, cit., 19.

¹²² Morales Moya, “La ideología...”, cit., pp. 98 y 99.

¹²³ Díaz Cid, Manuel Antonio y Aguilar Víquez, Fidencio, *Ilustración e Independencia en Hispanoamérica*, México, Universidad Popular Autónoma de Puebla, 1992, p. 121.

de la Revolución Francesa. Las nuevas ideas se difundieron de las siguientes maneras:¹²⁴

1. Los libros extranjeros, fundamentalmente los procedentes de Francia, que evitaban el control inquisitorial y circularon ampliamente en la Nueva España. Muchas de las obras fueron copiadas a mano para quienes no podían hacerse de ejemplares impresos. Se leyó a Voltaire y a Rousseau. Las publicaciones periódicas fueron también un vehículo típico de la Ilustración, por ejemplo, la *Gaceta de México*, *El Mercurio Volante*, el *Diario de Lima* y *El Correo Curioso, eruditó, económico y mercantil de Santa Fe de Bogotá*.¹²⁵
2. Las ideas de la Ilustración también se diseminaron en América por el contacto con los franceses residentes en México, que llegaron huyendo de las posesiones francesas en las Indias ante el movimiento revolucionario.¹²⁶ Otros entraron como técnicos y profesionales.
3. Por medio de algunos de los españoles procedentes de la península.
4. Por medio de novohispanos residentes en el extranjero.

Por otra parte, los movimientos políticos extranjeros tuvieron también influencia en el desarrollo de las ideas políticas novohispanas, como la independencia estadounidense y la Revolución Francesa. Sin embargo, como señala Silvio Zavala, la Independencia de México y el liberalismo no se deben exclusivamente a una imitación de modelos extraños, sino a la difusión de la idea de libertad cristiana en las universidades indias y la familiaridad con las leyes inspiradas en el mismo principio, ambos factores contribuyeron a fomentar el liberalismo y a crear una actitud de hermandad humana en la sociedad novohispana.¹²⁷

¹²⁴ Véase Miranda, José, *Las ideas y las instituciones políticas mexicanas; primera parte 1521-1820*, México, UNAM, Instituto de Derecho Comparado, 1952, pp. 149-151.

¹²⁵ Domínguez Ortiz, Antonio, *Carlos III y la España de la Ilustración*, Madrid, Alianza Editorial, 1990, p. 222.

¹²⁶ Hussey, Roland D. "Traces of french enlightenment in colonial Hispanic America", en Whitaker, Arthur P. (ed.), *Latin America and the enlightenment*, 2a. ed., Ithaca, Cornell University Press, 1961, p. 33.

¹²⁷ Zavala, Silvio, *La filosofía política en la conquista de América*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 144.

En el ámbito de la administración y división territorial surge la figura del intendente de provincia en tiempos de Felipe V,¹²⁸ tomada a partir de los intendentes franceses, quienes existían desde 1555 en Córcega y Lyons.¹²⁹ Con Luis XIV se consolidó el sistema en Francia: el intendente era un comisario del monarca, facultado por una patente de comisión. Este intendente representaba a la Corona y vigilaba la obediencia a las leyes, además de que procuraba el fomento y la policía de sus provincias. Los intendentes desaparecieron con el estallido de la Revolución Francesa en 1789.¹³⁰

En España, durante el reinado de Felipe V, Luis XIV de Francia envió a Jean Orry a la península para auxiliar al monarca en la administración financiera del reino. Fue Orry quien propuso la implantación de las intendencias en España.

Mediante ordenanza del 4 de julio de 1718 Felipe V estableció el sistema de intendencias en España, y José Campillo y Cossío, secretario de Hacienda de Felipe V propuso en 1743 la implantación del sistema de intendencias en Indias.¹³¹ Esta propuesta se cristalizó en 1764 con la creación de la intendencia de La Habana y en 1765 para Luisiana. En 1765 Carlos III nombró a José de Gálvez visitador general de la Nueva España a efectos de impulsar los cambios necesarios en la administración y en la economía. Gálvez, después de su visita, recomendó en un informe suscrito por el virrey marqués de Croix el 26 de enero de 1768 la instauración del sistema,¹³² por el que los corregidores y alcaldes mayores debían ser sustituidos por los intendentes, un proceso de depuración del sistema de impartición de justicia. Ante esto, el monarca expidió, el 10 de agosto de 1769, una real orden para que el virrey novohispano, marqués de Croix estableciera las intendencias correspondientes. En 1774 su sucesor, Antonio María de Bucareli, envió sus comentarios al rey en los que señalaba su desacuerdo con el nuevo sistema. Sin embargo, Gálvez, desde su puesto como secretario de Indias, se encargaría de impulsar

¹²⁸ Pietschmann, Horst, *Las reformas borbónicas...*, cit., p. 37.

¹²⁹ Orduña Rebollo, Enrique, *Intendentes e intendencias*, Madrid, Ediciones Tres Américas, 1997, p. 39.

¹³⁰ Rees Jones, Ricardo, “Introducción”, *Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de Intendentes...*, cit., p. XVI.

¹³¹ *Ibidem*, p. XIX.

¹³² Orduña Rebollo, Enrique, *Intendentes...*, cit., p. 135.

las intendencias americanas. Se crearon otras en Caracas, en 1776, y en Buenos Aires, en 1777.

En 1782 Carlos III expidió la Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia en el Virreinato del Río de la Plata,¹³³ quedando Buenos Aires como la General de Ejército y Provincia. Posteriormente, se crearon intendencias en Quito, 1783; Perú, 1784; Puerto Rico, 1784; Puno, 1784; San Salvador, 1785; Chile, Ciudad Real, Nueva Granada, León y Comayagua, en Guatemala, en 1786.¹³⁴

En la Nueva España, a partir de la vigencia de la Real Ordenanza para el Establecimiento e Instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia en el Reino de la Nueva España del 4 diciembre de 1786, el virreinato se dividió en 12 intendencias y éstas en partidos, a cuyo frente se encontraban los subdelegados. El intendente sustituyó a los gobernadores, a los adelantados e incluso a los corregidores.¹³⁵ Algunos corregimientos y alcaldías mayores se unieron inmediatamente a las intendencias de las provincias respectivas, otras lo hicieron conforme fueron vacando o cumpliendo sus términos los titulares. La organización interior de las intendencias se concretaba a los cuatro departamentos fundamentales que eran de justicia, policía, hacienda y guerra.¹³⁶

Esta ordenanza consta de introducción y 306 artículos divididos en las cuatro causas de Justicia, Policía, Hacienda y Guerra. De las 12 intendencias erigidas, la de la capital de México era la General de Ejército y Provincia, y su titular era el superintendente subdelegado de hacienda. Las restantes intendencias eran:¹³⁷ Antequera de Oaxaca, Arizpe, Durango, Guadalajara, Mérida de Yucatán, Puebla de los Ángeles, San Luis Potosí, Santa Fe de Guanajuato, Valladolid de Michoacán, Veracruz, Zárate.

¹³³ Sobre la Ordenanza de Intendentes del Virreinato del Río de la Plata véase los trabajos de San Martino de Dromi, Ma. Laura, *Constitución Indiana de Carlos III. La Real Ordenanza de Intendentes de 1782*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1999; *Intendencias y provincias en la historia Argentina*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1999, y *La burocracia en el siglo XVIII*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1996.

¹³⁴ Rees Jones, Ricardo, “Introducción...”, cit., p. XXIII.

¹³⁵ Véase Beneyto, Juan, *Historia de la administración española e hispanoamericana*, Madrid, Aguilar, 1958, p. 501.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 502.

¹³⁷ *Ordenanza de Intendentes*, artículo 1o.

Como sostiene Rafael García Pérez: “La aplicación de la Ordenanza de Intendentes en Nueva España supuso un nuevo reparto de papeles entre las autoridades del virreinato”,¹³⁸ así, el superior de los intendentes era el intendente general de ejército y hacienda, establecido en la ciudad de México, quien a la vez era el superintendente subdelegado de la Superintendencia General de Real Hacienda de Indias,¹³⁹ aunque sólo de manera temporal, pues por las fricciones que hubo ese cargo se transfirió al virrey en 1787. Este superintendente fue el director general de la Real Hacienda y presidía la recién creada Junta Superior de Real Hacienda, que era un tribunal de segunda instancia en causas relativas al gobierno y administración de la Real Hacienda, económicas de guerra, asuntos de propios y arbitrios y bienes de comunidad de los pueblos, con posibilidad de recurrir sus fallos ante el rey por la *vía reservada* del Despacho Universal de Indias.¹⁴⁰ Estaba integrada además por el regente de la Real Audiencia, el fiscal de la Real Hacienda, el ministro más antiguo del Tribunal de Cuentas y el ministro más antiguo contador o tesorero general de Ejército y Real Hacienda. A las juntas debía asistir también el escribano de la Superintendencia, para autorizar los acuerdos y las resoluciones que no fueran del ramo de propios y arbitrios o bienes de la comunidad.

La ordenanza de 1786 fue derogada por la Ordenanza General para el Gobierno e Instrucción de Intendentes de Ejército y Provincia, de 1803; pero ésta fue retirada en 1804, para restablecer la anterior.¹⁴¹

Con la Constitución de Cádiz de 1812 se ordenó que el mando político pasara a los jefes superiores asistidos por diputaciones provinciales. Los intendentes eran miembros de tales diputaciones, pero eran presididas por los jefes políticos superiores. En los pueblos se establecieron ayuntamientos presididos por jefes superiores o, en su defecto, por los alcaldes. Las facultades de los intendentes en materia de justicia, hacienda y guerra fueron transferidas por el texto constitucional a otros tribunales y autoridades competentes, lo que minó en gran medida su poder.

¹³⁸ García Pérez, Rafael D., *Reforma y resistencia. Manuel de Flon y la Intendencia de Puebla*, México, Porrúa, 2000, p. 6.

¹³⁹ El secretario de Estado y del Despacho Universal de Indias era el superintendente general de la Real Hacienda de Indias.

¹⁴⁰ *Ordenanza de Intendentes*, artículos 2o., 4o. y 249.

¹⁴¹ Rees Jones, Ricardo, “Introducción...”, *cit.*, p. LXVI.

Con la Constitución de Apatzingán del 22 de octubre de 1814 se establece que se creará una Intendencia General que administraría las rentas y fondos nacionales, compuesta por un fiscal, un asesor letrado, dos ministros, un secretario y el jefe principal, quien retendría el nombre de *intendente general*; sin embargo, su actuación quedaría restringida al ramo de hacienda y duraría tres años en el cargo.¹⁴² Posteriormente, poco antes de la proclamación de la nueva Constitución de 1824, el 21 de septiembre de 1824 el Congreso expidió un decreto, las Reglas para la administración de la hacienda pública de la federación en los estados, cuyo artículo primero dispuso la desaparición de los intendentes; éstos deberían ser sustituidos por *comisarios generales* en los ramos de hacienda, crédito público y guerra. Tales comisarios generales serían los jefes superiores de todos los ramos de hacienda en el estado o estados respectivos.¹⁴³ El 22 de diciembre de ese mismo año, se crearon las comisarías generales de Chiapas, Durango, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Oaxaca, Puebla, San Luis Potosí, Sonora y Sinaloa, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.¹⁴⁴

2. La Constitución de Cádiz de 1812

En 1807 fue descubierto el plan de Fernando, hijo de Carlos IV, para derrocarlo. Los encausados en el proceso fueron absueltos por falta de pruebas y desterrados de la Corte y el príncipe heredero obtuvo el perdón real. Desde 1806 Napoleón consideró la invasión a España. En 1808 la turba pidió la abdicación de Carlos IV, quien le entregó la Corona a su hijo Fernando. Fernando VII subió al trono por aclamación popular, sin el refrendo de las Cortes del reino. Poco después intervino Napoleón, con la subsecuente guerra que habría de tener importantes repercusiones para España y América. Napoleón instaló en el trono español a José

¹⁴² Véase el *Decreto Constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814*, capítulo XIII, arts. 175 a 180, en *El Congreso de Anáhuac, selección documental*, México, H. Congreso Libre y Soberano de Guerrero, LV Legislatura, Instituto de Estudios Parlamentarios Eduardo Neri, Miguel Ángel Porruá, 1998.

¹⁴³ “Decreto del 21 de septiembre de 1824, Reglas para la administración de la hacienda pública de la federación en los estados”, en Dublán y Lozano, *Legislación mexicana o Colección completa de las disposiciones legislativas expedidas desde la independencia de la república*, México, Imprenta del Comercio, 1876, t. 1, p. 715, núm. 423.

¹⁴⁴ Rees Jones, Ricardo, “Introducción...”, *cit.*, p. LXXIII.

Bonaparte (1808-1813), quien expidió la Constitución de Bayona, en virtud de la cual los siguientes eran los principales órganos de gobierno: 1. Las Cortes, formadas por los tres estamentos: nobleza, clero y pueblo; 2. Los Ministerios, en número de nueve, y 3. Los Consejos. Uno de los Ministerios y uno de los Consejos eran de Indias, así como 22 diputados del estamento popular que debían ser designados por los reinos y provincias de América y Asia. Cuatro de ellos le correspondían a la Nueva España; que gozaría de los mismos derechos que España; además, se concedería la libertad de comercio entre los reinos indianos y la península.¹⁴⁵

La invasión de España y la manera en que se llevó a cabo, trajo consigo el levantamiento generalizado del país contra el emperador. España tuvo, ante la falta de dirección, que crear sus propios órganos rectores conformándolos con miembros de las clases ilustradas, quienes inesperadamente se hallaron a sí mismos en el poder, con lo que las reformas políticas por ellos anheladas se llevarían a efecto con la inevitable revolución política.

El levantamiento en contra de Napoleón en un principio se llevó a cabo de manera local. Así, cada provincia le declaró la guerra al invasor y las juntas locales se subordinaron a las provinciales, se encargaron de llevar a cabo la lucha armada.¹⁴⁶ De la Junta de Murcia partió la idea de formar un gobierno central, representativo de todas las provincias y reinos, la cual emitiría las órdenes y pragmáticas a nombre de Fernando VII. Se creó una junta central integrada por los representantes de las provincias el 25 de septiembre de 1808 en Aranjuez, y se denominó Junta Suprema Gubernativa del Reino. Como presidente se nombró al conde de Floridablanca. Esta junta fue la depositaria de la soberanía en ausencia del monarca. Entre sus medidas de gobierno, estableció un Supremo Consejo de España e Indias, en el que fueron integrados todos los consejos del reino.

Muerto el conde de Floridablanca, los reformistas propusieron el asunto de llamamiento a Cortes. Calvo de Rozas, vocal de Aragón, le asignó a las Cortes el cometido principal de elaborar una carta fundamental. El 22 de mayo de 1809 se expidió el respectivo decreto de convocatoria.

145 Miranda, José, *Las ideas..., cit.*, p. 330.

146 *Ibidem*, pp. 211-217.

En él se instituyó una comisión para que llevase a cabo los planes y trabajos base para la convocatoria. Gracias al trabajo de esta comisión, la junta declaró por decreto del 4 de noviembre que las Cortes del reino serían convocadas el 1o. de enero de 1810 e iniciarían sus sesiones el 1o. de marzo siguiente. El decreto de 22 de mayo convocabía así a Cortes para los primeros meses de 1810, cuya organización dependía de la comisión de Cortes presidida por Jovellanos.¹⁴⁷

En virtud de las condiciones bélicas imperantes, antes de que se pudiera reunir a las Cortes, la Junta decidió traspasar sus poderes a un Consejo de Regencia al frente del obispo de Orense, con la obligación de reunir a las Cortes. Sin embargo, ante la oposición del Consejo de España e Indias, los regentes poco hicieron por juntar las Cortes. Fue gracias a las presiones de los diputados de las juntas provinciales que se logró que la Regencia reiterara la convocatoria a Cortes y se mandó a los que habrían de concurrir a ella que se reuniesen en la isla de León, junto con los representantes de América. En esta nueva convocatoria no se llamó a la nobleza y al clero. Ante esta dificultad, se decidió por la convocatoria sin distinción de estamentos.

La integración de las Cortes de Cádiz favoreció al bando liberal, compuesto principalmente por hombres ilustrados de clase media. Con estas Cortes, “nos hallamos en plena y abierta revolución liberal”.¹⁴⁸ Ellas llevaron a cabo una serie de reformas de tipo eminentemente liberal. La más trascendental por articular el sistema de gobierno y cubrir la totalidad del área política fue la Constitución de Cádiz.

La discusión de su articulado se inició en agosto de 1811 y terminó en marzo de 1812; el documento se promulgó, una vez aprobado, el 19 del mismo mes. El 20 de septiembre de 1813 se clausuraron las Cortes Generales y Extraordinarias que fungieron como constituyentes. El 1o. de octubre se reunieron las ordinarias, de acuerdo con lo prescrito por la Constitución. Se promulgó el 19 de marzo de 1812.¹⁴⁹

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 35. Véase sobre el proceso de elección de diputados en América a Guerra, Francois-Xavier, *Modernidad e independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, 3a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, MAPFRE, 2000, pp. 177-225.

¹⁴⁸ Miranda, José, *Las ideas...*, cit., p. 223.

¹⁴⁹ Véase la *Constitución política de la Monarquía española, promulgada en Cádiz á 19 de marzo de 1812*, en Carbonell, Miguel et al., *Constituciones históricas de México*, México, Porrúa, 2002.

La libertad de imprenta consagrada en la Constitución rápidamente dio frutos, como *El Pensador Mexicano*, de José Joaquín Fernández de Lizardi, y *El Juguetillo*, de Carlos María de Bustamante.¹⁵⁰

En 1813 se llevaron a cabo elecciones para los miembros de las diputaciones provinciales y de los individuos de los ayuntamientos, debiendo designarse a un diputado por cada 70,000 almas de acuerdo al artículo 29 constitucional. La Diputación Provincial fue, a decir de Lee Benson y desde el punto de vista del papel que representó en la evolución del Estado federal mexicano, la institución más interesante de las creadas por la Constitución de Cádiz.

Su origen se encuentra en las juntas provinciales que surgieron en toda España en 1808 a raíz de la emboscada napoleónica en que cayeron Carlos IV y Fernando VII, para quedar cautivos en Francia. Desde aquella fecha hasta que se reunieron las Cortes en septiembre de 1810, con objeto de dar una Constitución a la monarquía española, las juntas provinciales, por propia iniciativa, gobernaron una gran mayoría de las provincias (antes reinos o intendencias) de España.¹⁵¹

De hecho para poder realizar las elecciones de las cuales resultarían los diputados novohispanos que irían a España era necesario establecer los nuevos ayuntamientos previstos por la Constitución, ya que en sus manos quedaba parte importante del proceso electoral.¹⁵²

Las elecciones parroquiales o primarias debían ser organizadas por los ayuntamientos constitucionales y en ellas debían participar todos los ciudadanos y correspondió a los párrocos explicar a los habitantes el sentido y alcance de la reforma electoral y de las votaciones.

Se celebraron en noviembre de 1812 las correspondientes a la ciudad de México con el triunfo de individuos “todos americanos honrados y del mejor modo de pensar” afectos todos ellos al partido criollo o bien afectos a la insurgencia o sospechosos de infidencia al régimen. Sin embargo las irregularidades que se presentaron en el proceso llevaron a

¹⁵⁰ Zavala, Silvio, “La Constitución política de Cádiz, 1812. Marco histórico”, en Galeana, Patricia (coord.), *México y sus Constituciones*, México, Fondo de Cultura Económica, Archivo General de la Nación, 1999, p. 17.

¹⁵¹ Lee Benson, Nettie, *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, 2a. ed., trad. Mario A. Zamudio Vega, México, El Colegio de México, 1994, p. 21.

¹⁵² Ávila, Alfredo, *En nombre de la Nación. La formación del gobierno representativo en México*, México, CIDE, Taurus, 1999, p. 120.

Francisco Javier Venegas a detener el proceso electoral y a encomendar a la Real Audiencia una investigación de lo sucedido, cuyos resultados fueron enviados por la misma a España, con una justificacióndel porqué de la investigación ya que conforme a la Constitución, la Audiencia conservaba solamente funciones judiciales, ya no políticas.¹⁵³

La Real Audiencia concluyó en su investigación: toda la felicidad que hubiera podido traer la Constitución a Nueva España se veía empañada por el uso que hicieron los partidarios de la independencia de las nuevas libertades civiles y políticas.

Cuando José María Calleja llega como nuevo jefe político superior, intenta equilibrar las cosas pero no tiene más remedio que instalar al nuevo ayuntamiento constitucional el 4 de abril de 1813, compuesto en su totalidad por americanos.

Estaban pendientes la elecciones de diputados por la Nueva España para acudir a la península. Las elecciones se llevaron a cabo con menos problemas que las de los ayuntamientos, triunfando también los candidatos americanos, en su mayoría abogados y clérigos.

Si bien Calleja no pudo anular las elecciones, sí hizo todo lo posible para evitar su salida a España, siendo todos profesionistas que dependían de su trabajo, no tenían los recursos para partir a España y el gobierno no se los otorgaría.

A principios de 1814, una vez expulsados los franceses de España, Fernando VII rechazó el régimen de Cádiz y mediante un golpe de Estado reinició el antiguo régimen absoluto hasta 1820, con lo que se dio fin al llamado *bienio liberal*.

Al crearse la Junta Central, ésta se integró exclusivamente con los diputados de la península, sin incluir a los representantes americanos. Incluso, cuando se reunieron los consejos en el Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias,¹⁵⁴ tampoco fueron consultados. Sin embargo, por decreto del 22 de enero de 1809 se les concedió representación en la Junta Central a los diferentes reinos y provincias americanas.¹⁵⁵ Por la Nueva España se designó a Miguel de Lardizábal, quien, cuando fue disuelta

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 122 y 123.

¹⁵⁴ Sobre éste, remitimos al estudio de Puyol Montero, José María, "La creación del Consejo y Tribunal Supremo de España e Indias (Consejo reunido) por la Junta Central en 1809", *Cuadernos de Historia del Derecho*, Madrid, Universidad Complutense, núm. 2, 1995.

¹⁵⁵ Miranda, José, *Las ideas...., cit.*, p. 223.

dicha Junta y creada la Regencia, en enero de 1810, quedó como representante americano.

A partir del 14 de enero de ese año, se dispuso que para la celebración de las Cortes irían un diputado por cada capital virreinal, electos por el ayuntamiento respectivo. En la Nueva España, la Audiencia ordenó que se diera cumplimiento al decreto de la Regencia, con lo cual se eligieron a los diputados novohispanos, quienes participaron en los debates políticos de Cádiz y en su momento plantearon la igualdad de derechos de peninsulares y ultramarinos.

Los primeros intentos codificadores en España se presentan sin resultados, con la Constitución de Bayona de 1808. El artículo 258 de la Constitución de Cádiz establecía que: “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”.

La disposición constitucional llevó al establecimiento de las comisiones de redacción de los códigos civiles y criminales. La Comisión para el Código Civil quedó integrada por Ramón Utges, José de Espiga y Gadea, José Antonio Sombiela, ex diputados de las Cortes Generales y Extraordinarias; Manuel Ruiz Dávila, abogado; Francisco Marina, canónigo de San Isidro; Antonio Tamayo, abogado en cataluña, y Manuel de Lardizábal, ministro del extinto Consejo de Castilla. Para la del Código Criminal se nombró a José María Calatrava, Agustín Argüelles, ambos ex diputados de las cortes generales y extraordinarias; Manuel José Quintana, secretario de la interpretación de lenguas; Manuel Cuadros; Eugenio Tapia, redactor de la *Gaceta del Gobierno*; Guillermo Moragues, ex diputado de las Cortes Generales y Extraordinarias, y Nicolás Salcedo, vecino de Madrid.¹⁵⁶ Los trabajos dieron como fruto la redacción del primer proyecto de Código Civil español en 1821, que incorpora en su articulado materias de derecho público o constitucional.¹⁵⁷ El primer proyecto completo de Código Civil en España se redactó en 1836 y sirvió de base para el proyecto de 1851 mejor conocido como Proyecto de

¹⁵⁶ “Orden de 5 de abril de 1814. Se nombran los individuos que han de componer las comisiones de los códigos civil y criminal”, *Colección de los Decretos y Órdenes que han expedido las Cortes Ordinarias, desde 25 de setiembre de 1813, día de su instalación, hasta 11 de mayo de 1814, en que fueron disueltas. Mandada publicar de orden de las actuales*, México, Imprenta de J. M. Lara, 1853, t. III.

¹⁵⁷ Baró Pazos, Juan, *La codificación del derecho civil..., cit.*, p. 17.

García Goyena o Proyecto Isabelino, de enorme influencia en México.¹⁵⁸ El Proyecto de García Goyena fue objeto en su momento de tres grandes críticas consistentes en su afrancesamiento, la regulación sobre matrimonio influenciada por las doctrinas de Pistoya, Pothier y el mismo Código Napoleón; y su tendencia centralista en detrimento de los derechos forales.¹⁵⁹ Sin embargo, serviría como fuente principal para el Código Civil español, publicado por virtud de la Ley de 11 de mayo, mediante Real Decreto de 6 de octubre de 1888.¹⁶⁰ Sostiene Baró Pazos que el Código de 1888 constituye el último eslabón de la legislación liberal, y la consolidación del orden burgués y del Estado de derecho en España.¹⁶¹

3. La transición del orden jurídico en el México independiente

El *ius commune* se recibió en Indias a través del estamento letrado, culto de la sociedad, ya sea formado en América o bien en la península. La universidad se constituyó en el vehículo de recepción por excelencia y se encargó de la integración de los grupos letrados indios, que desde el primer momento se encargaron de formar sus bibliotecas, bases de apoyo para sus diversas argumentaciones y actuaciones en el foro.¹⁶²

Aunque para el siglo XVI el *ius commune* ya mostraba una profunda decadencia, en Castilla y otros reinos de la península vivió un esplendor inigualable. Algunos de los más distinguidos representantes del *mos italicus* tardío se desarrollaron junto con los famosos teólogos juristas españoles y con la corriente de los humanistas del derecho o *mos gallicus*.

Puesto que el *ius commune* es un derecho de juristas, éstos se convirtieron en los pilares políticos de las grandes burocracias que se ex-

¹⁵⁸ El nombre correcto de su autor es Florencio Francisco García de Ororbia y no Florencio García Goyena, que era el apellido de su padre. Véase Reparáz Padrós, María, “García Goyena: biografía de un jurista liberal (una aportación al estudio de la codificación civil española)”, *Anuario de historia del derecho español*, Madrid, Ministerio de Justicia, Ministerio de la Presidencia, 1996, t. LXVI, p. 690.

¹⁵⁹ Castán Vázquez, José María, “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, marzo, 1989, pp. 222 y 223.

¹⁶⁰ Véase *Código Civil precedido de los artículos que han sido reformados en virtud de lo dispuesto en la Ley de 26 de mayo de 1889, y al que seguirá un Apéndice en que se le anota por la Redacción de la gaceta Jurídico-Universal*, Madrid, Manuel Minuesa de los Ríos, Impresor, 1889, pp. 17 y 18.

¹⁶¹ Baró Pazos, Juan *La codificación del derecho civil...*, cit., p. 19.

¹⁶² Barrientos Grandón, Javier, *La cultura jurídica en la Nueva España*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 37 y 38.

tienden desde finales de la baja Edad Media hasta el fin de la Edad Moderna.¹⁶³

Con la llegada de la Ilustración, este sistema jurídico fue objeto de numerosas críticas de corte racionalista, adoptadas por el despotismo borbónico que preparó a España y a las Indias para el camino de la codificación. Como señala Alejandro Mayagoitia, uno de los grandes representantes de la nueva corriente del derecho español fue Juan Francisco de Castro, con sus *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*,¹⁶⁴ en los que critica la práctica del derecho canónico, romano y real, y afirma que:

...si se hiciese reflexión sobre la extensión enorme y disonancias de los tres cuerpos de derecho, romano, canónico y real, la necesidad de instruirse en ellos, la precisión de leer los volúmenes de los intérpretes y decisiones de los tribunales, distinguir entre sus diversas clases, y formar concepto entre sus diversas opiniones y adaptaciones al uso del país... pocos habría que quisiesen esponerse a tan molestas tareas.¹⁶⁵

Castro señala que la ciencia necesaria en un abogado, juez y profesor abarca no sólo el texto de las leyes, sino también la filosofía, la teología, la historia y “tener noticia de otras ciencias”¹⁶⁶. Continúa con la afirmación de que después de la recepción de abogado,

...según cada uno se aplica al estudio y trabajo, así son sus progresos. El lugar de su residencia, la abundancia más o menos de litigios y su especie, hacen la fortuna y progresos del abogado. Animado su estudio con la utilidad suele crecer tanto su aplicación como los emolumentos de su empleo, y la experiencia le va adiestrando en aquella especie de pleitos, que se acostumbran ventilar en el país de su residencia sin cuidar de otros. De donde viene que un abogado diestro en unas materias, suele ser enteramente idiota en otras...¹⁶⁷

Las críticas de Castro al derecho de la Península también eran aplicables para el indiano, que participaba de los defectos del primero y

¹⁶³ Mayagoitia, Alejandro, “Notas para el estudio...”, *cit.*, pp. 265 y 266.

¹⁶⁴ Utilizamos la segunda edición, Madrid, Imprenta de E. Aguado, 1829, t. I.

¹⁶⁵ Castro, Juan Francisco de, *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, 2a. ed., Madrid, Imprenta de E. Aguado, 1829, t. 1, pp. 263 y 264.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 264-267.

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 267 y 268.

contaba con deficiencias propias de su sistema. Después de la Recopilación de 1680, el derecho indiano llegó al siglo XVIII en un estado caótico, y la dispersión de la legislación Indiana emitida desde España es clara.¹⁶⁸

En esta situación jurídica del siglo XVIII se atacó el estudio y la práctica del *ius commune*, y el derecho legislado empezó a ganar terreno frente al derecho de juristas.

Esta tendencia desembocó finalmente en el proceso codificador del siglo XIX en México,¹⁶⁹ en donde entrarán en pugna lo hispánico con “otras concepciones iusfilosóficas como el utilitarismo inglés, el racionalismo francés y el positivismo italiano”.¹⁷⁰

Con la independencia alcanzada en 1821, se hace presente en México el problema de la transición hacia un nuevo orden jurídico, misma que se puede analizar desde dos puntos de vista: uno, la sustitución del orden jurídico, y dos la manera de administrar justicia. Esto implica la necesidad de modificar las leyes y elaborar nuevos ordenamientos. La transición es un movimiento que se inicia desde antes de la independencia, hacia el constitucionalismo y la codificación.¹⁷¹

La sustitución de ordenamientos debía llevarse a cabo por tres razones fundamentales:

1. El derecho vigente en México en el momento de la independencia y aún después era el castellano-indiano y había sido dictado por el rey,
2. Una gran parte de ese derecho ya no correspondía a las ideas de un gran número de mexicanos, cuyo gobierno a lo largo del siglo XIX emitió y ejecutó diversas leyes nacionales, y
3. Debido a que la realidad se fue modificando a ritmo acelerado.

¹⁶⁸ Mayagoitia, Alejandro, “Notas para el estudio...”, *cit.*, p. 267.

¹⁶⁹ Sobre este proceso y el papel de Juan Francisco de Castro, véase Tau Anzoátegui, Víctor, “El pensamiento español en el proceso de la codificación hispano-americana: los discursos críticos de Juan Francisco de Castro”, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici*, Nápoles, Jovene Editore, núm. 14, 1986.

¹⁷⁰ Rodríguez Gil, Magdalena, “Consideraciones sobre la codificación civil española y su influencia en las codificaciones iberoamericanas”, *BFD. Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, segunda época, núm. 6, verano-otoño de 1994, p. 213.

¹⁷¹ González, María del Refugio, *El derecho civil en México 1821-1871 (apuntes para su estudio)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, p. 116. En este punto seguimos de cerca lo señalado por María del Refugio González en su texto.

Este proceso se inicia inmediatamente después de consumada la independencia y toma su perfil definitivo con la expedición del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales de 1870, para concluir en la primera década del siglo XX, cuando se completó la sustitución del antiguo orden jurídico al dictarse los códigos federales de procedimientos en materia civil y en materia penal. La transición en sentido estricto se inició con la expedición del Código Civil de 1870, que empezó a regir el 1o. de marzo del año siguiente;¹⁷² con él se presentaron dificultades en temas como la no retroactividad de la ley, que los juristas de la época debieron resolver.

Los juristas en el México independiente conocían la doctrina de la época anterior a la independencia, muchos de ellos habían sido formados en ella y buscaron adaptarla a la nueva realidad.¹⁷³

A lo largo del siglo XIX estos juristas produjeron una amplísima gama de obras jurídicas que abarcó desde los libros, la folletería y las tesis académicas hasta los artículos periodísticos y discursos políticos.¹⁷⁴ Las obras de estos autores respondían, en ciertos casos a la necesidad de construir un nuevo Estado, separado doctrinalmente de España. Así participaron ampliamente desde la independencia en el proceso de sustitución del antiguo derecho aún vigente, que continuó estandolando durante buena parte del siglo XIX, en todo aquello que no contraviniere el nuevo orden constitucional. Las autoridades fueron habilitadas y confirmadas por la Soberana Junta Provisional Gubernativa del Imperio Mexicano mediante decreto de 5 de octubre de 1821, “considerando que desde el momento en que declaró solemnemente su independencia de España, debe emanar del mismo imperio toda la autoridad que se necesita para el ejercicio de la administración de justicia y demás funciones públicas”. La confirmación y habilitación se hizo en calidad de “por ahora” y con arreglo al Plan de Iguala y los Tratados de Córdoba, para dotar de legitimidad el ejercicio de sus respectivas funciones.¹⁷⁵ Mismas que fueron

¹⁷² González, María del Refugio, “Derecho de transición”, en Bernal, Beatriz (coord.), *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, t. I, pp. 447 y 448.

¹⁷³ González, María del Refugio, *El derecho civil...*, cit., p. 152.

¹⁷⁴ Véase el apartado correspondiente a la literatura jurídica mexicana en el siglo XIX en Cruz Barney, Óscar, *Historia del derecho en México*, México, Oxford University Press, 2003.

¹⁷⁵ Véase *Decreto IV de 5 de octubre de 1821, Habilitación y confirmacion de todas las autoridades para la legitimidad de sus funciones*, en *Colección de ordenes y decretos de la Soberana Junta Provisional Gubernativa, y Soberanos Congresos Generales de la Nación Mexicana, Segunda*

confirmadas el 26 de febrero de 1822, incluidos todos los tribunales, justicias y autoridades civiles y militares, que debían seguir administrando justicia conforme a las leyes vigentes.¹⁷⁶ Como señala Alejandro Guzmán Brito, en términos generales, la idea moderna de codificación penetra en las Indias una vez consumado el proceso de la independencia, si bien hubo casos excepcionales como Venezuela, las Provincias del Río de la Plata (futura Argentina), la futura Colombia y Nueva Granada.¹⁷⁷

Con la independencia y supervivencia del derecho español en México, el orden de prelación del derecho indiano será adoptado y adaptado dentro del derecho mexicano, con el siguiente resultado:¹⁷⁸

Orden de prelación

1. En los estados, las leyes de los congresos que cada uno ha tenido; pero en el Distrito y Territorios, las leyes generales.
2. Decretos de las Cortes de España y reales cédulas de 1811 a 1821.
3. La Ordenanza y Reglamento de Indias del Cuerpo de Artillería del 10 de diciembre de 1807.
4. La Ordenanza del Real Cuerpo de Ingenieros del 11 de julio de 1803.
5. La Ordenanza General de Correos del 8 de junio de 1794.
6. La Real Ordenanza Naval para el servicio de los baxeles de S. M. de 1802.

Edición corregida y aumentada por una comisión de la Cámara de Diputados, México, Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arevalo, 1829, t. I, p. 3.

¹⁷⁶ Decreto de 26 de febrero de 1822, “Confirmación interina de todos los tribunales, justicias y autoridades civiles y militares: reconocimiento y juramento de obediencia al Congreso: tratamiento de éste, y del poder ejecutivo: fórmula para la publicación de los decretos y leyes”, *Colección de los decretos y ordenes del soberano congreso mexicano, desde su instalación en 24 de febrero de 1822, hasta 30 de octubre de 1823, en que cesó*, México, Imprenta del Supremo Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, en Palacio, 1825, pp. 3 y 4.

¹⁷⁷ Guzmán Brito, Alejandro, *La codificación civil...*, cit., pp. 206 y 207. Véase asimismo González, Juan Carlos, *Influencia del derecho español en América*, Madrid, MAPFRE, 1992, pp. 145-149.

¹⁷⁸ Mercado, Florentino, *Libro de los códigos, ó prenociónes sintéticas de codificación romana, canónica, española y mexicana*, México, Imprenta de Vicente G. Torres, 1857, p. 620. Véase también Roa Bárcena, Rafael, *Manual razonado de práctica criminal y médico-legal forense mexicana*, 2a. ed., México, Eugenio Maillefert, Editor, 1869, pp. 5 y 6.

7. La Ordenanza de Intendentes del 4 de diciembre de 1786.
8. La Ordenanza de Minería del 25 de mayo de 1783.
9. Las Ordenanzas de S. M. para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus Exercitos del 20 de septiembre de 1769.
10. La Ordenanza de Milicia Activa o Provincial del 30 de mayo de 1767.
11. Las Ordenanzas de Bilbao del 2 de diciembre de 1737.
12. La Recopilación de Indias de 1680.
13. La Novísima Recopilación de Castilla.
14. La Nueva Recopilación de Castilla.
15. Las Leyes de Toro.
16. Las Ordenanzas Reales de Castilla.
17. El Ordenamiento de Alcalá.
18. El Fuero Real.
19. El Fuero Juzgo.
20. Las Siete Partidas.
21. El derecho canónico.
22. El derecho romano.

Este orden de prelación estuvo vigente mientras se promulgaban los códigos de carácter nacional. El parteaguas en esta sustitución fue el Código Civil de 1870, pedido por todos, ya que era imposible manejar tal cantidad de disposiciones sin perderse.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Escobedo, Manuel G., “Algunas modificaciones introducidas al derecho civil por el Código de 1870”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, Universidad Iberoamericana, núm. 3, 1971, p. 275.