

HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL
Materiales de trabajo

Adela Mora
Manuel Martínez Neira
María José María e Izquierdo
Ramon Aznar i Garcia

Curso 2007-2008

NOTA DE LOS AUTORES

La idea inicial de elaborar estos materiales se fraguó en un curso de formación inicial para docentes universitarios impartido en la Universidad Autónoma de Madrid. Su redacción ha corrido a cargo fundamentalmente de Adela Mora Cañada, con la colaboración de Manuel Martínez Neira, María José María e Izquierdo y Ramon Aznar i Garcia.

Su estructura actual obedece a la experiencia acumulada en casi 10 años de utilización en las aulas de la Universidad Carlos III de Madrid, en el seno de distintos proyectos de innovación docente. Y viene condicionada, como cualquier otro material didáctico, por unas necesidades concretas. Por ello no se presentan como un texto definitivo: su uso diario nos lleva a plantearnos cambios y mejoras que incluimos curso a curso.

Con todas sus limitaciones, nos satisface compartir un trabajo que ha obtenido el premio a las mejores prácticas docentes de la Universidad Carlos III de Madrid en 2007.

INTRODUCCIÓN

1. Organización de la docencia

El método que se propone en estos “Materiales” sustituye el de clases magistrales y trata de incardinarse en las pautas establecidas para la convergencia europea. La participación en el mismo le permite al alumno aprobar mediante la reflexión y la discusión como instrumentos para la comprensión y el aprendizaje. La actividad principal en el aula no es “lo que hace y dice el profesor” sino lo que hacen, dicen y van aprendiendo los estudiantes.

Debe ser consciente de que el estudio individual sigue siendo imprescindible, si bien se trata de un método más reflexivo y participativo que el tradicional en el que, desde luego, no se prescinde de la memoria. Es también necesario ser consciente de que este modo de organizar la docencia exige la presencia continuada del alumno en el aula durante las horas de trabajo de la asignatura, lo que requiere un compromiso personal en este sentido que a veces resulta difícil de cumplir por la sobrecarga de los horarios lectivos. Debe estar dispuesto a asistir con regularidad a las clases y a tomar parte activa en su propio aprendizaje, por una parte trabajando en grupo, pero también trabajando solo y pensando por sí mismo.

Se trata de un sistema de evaluación continua que consta de dos partes, igualmente evaluables: una en la que se valora el esfuerzo constante a lo largo del cuatrimestre, tanto el personal como el realizado en y con el grupo; otra que trata de evaluar mediante pruebas periódicas realizadas al finalizar cada uno de los temas, el resultado final del proceso de aprendizaje, contrastando los conocimientos personales adquiridos gracias al trabajo desarrollado durante dicho período.

Para servir de base a las tareas que los alumnos deben llevar a cabo en aras de su aprendizaje, se han elaborado unos materiales que podrá obtener y manejar a través de “Aula Global”.

2. Materiales

Éstos se adecuan al contenido del programa oficial de la asignatura “Historia del derecho español”, adaptado a las horas lectivas reales. Constituyen la base para ayudarle a realizar un trabajo semanal que, junto con las clases, le permita obtener el nivel de conocimientos adecuado para superar la asignatura.

2.1. Se inician con el Programa de los temas (cada uno de los cuales representa una unidad didáctica) que componen la materia de este curso.

2.2. A continuación se incluye la Bibliografía básica: contiene la lista de las obras por cuya lectura y comprensión se recomienda empezar para preparar la asignatura.

2.3. Tras esto, se realiza una exposición más detallada, respetando la sistemática del programa, de cada uno de los Temas que se van a trabajar durante el cuatrimestre. Tras el enunciado de sus epígrafes, se señalan los autores cuyas obras corresponden a la bibliografía básica, con la precisión de las páginas que, en cada uno de ellas, se refieren a las materias del enunciado. Todos los alumnos deberán iniciar el conocimiento del tema trabajando sobre estas páginas señaladas para el mismo. En ocasiones existen contradicciones entre los distintos autores apuntados; esto forma parte del método de aprendizaje.

2.3.1. Sigue el enunciado de las lecturas y los textos que se desarrollarán más adelante, en las páginas inmediatas, tras las Claves de comprensión que, a modo de guía, se incluyen a continuación y que por ello es conveniente que lea con atención. En éstas se establecen las líneas o los puntos esenciales del tema en cuestión, y deben servirle para interpretar y comprender los contenidos más amplios de la bibliografía básica, las lecturas y los textos.

2.3.2. Aparecen después las Lecturas –resúmenes de artículos o capítulos de monografías– en las se abordan aspectos, datos u opiniones que no se encuentran en la bibliografía básica. Son también de lectura obligada para todos.

La misma finalidad tienen los Textos, igualmente de lectura obligada para todos los alumnos. Permiten, además, aproximarse a los hechos históricos y a las

opiniones de sus contemporáneos de un modo mucho más inmediato que la bibliografía o la historiografía actuales.

2.3.3. Finalmente, el epígrafe Contestar incluye una serie de preguntas cuya misión, si es capaz de responderlas, es la de ayudarle a fijar la comprensión y memorización de las cuestiones fundamentales del tema. No se contestan con un sí o con un no sino razonadamente. Para ser capaz de responder a las preguntas deberá haber realizado previamente las tareas que se especifican más adelante en el epígrafe “Trabajo personal”. Pueden ser contestadas con la información disponible proporcionada por los manuales, las lecturas y los textos. Trate de buscar cuidadosamente sus argumentos para defenderlos, en su caso, ante sus compañeros.

Sin embargo, el conocer sólo las respuestas no le proporciona la información suficiente para saber los contenidos del tema, porque estas preguntas no son sino un instrumento de control de su conocimiento, no el medio para obtenerlo.

3. Grupos

El trabajo en grupo permite comparar los argumentos propios –basados en su conocimiento– con los de los demás, y esforzarse en formalizarlos para que todos puedan entenderlos. Este modo de aprendizaje sirve no sólo para aprobar la asignatura, sino para poner en práctica técnicas que serán necesarias para un adecuado desempeño profesional en el futuro. Puede elegir a sus compañeros de grupo, teniendo en cuenta que en cada uno habrá, como máximo, cinco personas y que cada una de ellas deberá elegir dos temas del programa en los que prefiera profundizar y convertirse en “experta”.

Esta organización tiene como objetivo cubrir todo el programa distribuyéndolo entre los miembros de cada grupo –que actuarán sucesivamente como expertos–, originándose en el seno del mismo un ámbito de planteamiento, discusión y resolución de dudas que contará siempre con una persona que pueda ayudar, con su mayor conocimiento, a las demás. Si el grupo tuviera menos de cinco miembros (nunca menos de 3), alguno de ellos deberá especializarse en más de dos temas.

4. Trabajo individual

4.1. El trabajo individual es ineludible; no debe descargar la responsabilidad de su propio aprendizaje sobre los hombros del experto. Como deberá abordarlo de forma individual cuando termine su carrera, pruebe a entrenar su capacidad para aprender por sí mismo ahora que cuenta con un grupo que le escucha y un profesor que puede guiarle. Es, además, una buena fórmula para rentabilizar el esfuerzo que va a hacer cuando le corresponda ser experto en algunos temas. Reflexionar sobre los temas incluidos en el programa le va a permitir, en principio, enfocarlos desde otros puntos de vista, entresacar aspectos novedosos, complejos o importantes que, con menos tiempo y menos información, le hubiesen pasado desapercibidos. Además de ello, obtendrá información para aprender la asignatura y poder aportarla al trabajo del grupo y a la resolución de las dudas de sus compañeros.

Para que este sistema, elegido voluntariamente, sea eficaz, cada miembro del grupo, de forma individual, como una tarea a realizar antes de la primera hora de clase destinada a cada uno de los temas, deberá leer y comprender el material correspondiente: la bibliografía básica, las lecturas –tal y como se le proporcionan en estos materiales– y los textos.

En su trabajo individual puede servirle de ayuda:

- escribir las dudas, para plantearlas en la hora de trabajo con su grupo, o en las siguientes si no ha logrado aclararlas en la primera;
- escribir las respuestas y los argumentos que utilizaría en “Contestar”;
- escribir algunas frases sobre el significado de las lecturas y los textos para fijar la comprensión de sus contenidos.

4.2. Cuando sea experto en el tema, es imprescindible que lea las Lecturas completas pues, además de servir para su propia comprensión y conocimiento, deberá utilizarlas para ayudar en esa tarea a sus compañeros de grupo que no habrán leído más que un resumen.

Otros aspectos importantes de su aportación como experto son: la asistencia activa a todas las clases y a las reuniones del grupo, la dirección del estudio los días en que se traten los temas en los que sea experto, estar siempre disponible para ayudarles a resolver las dudas que planteen.

5. El trabajo durante las clases

Se dedican a cada tema cuatro horas de clase en el aula.

5.1. La primera hora se dedicará al trabajo del profesor con todos los expertos del tema, pero sólo con ellos. Tiene como objetivo solventar con el profesor las dudas que sobre los materiales puedan haber surgido al realizar las tareas señaladas en el punto 4 (Trabajo individual).

El nivel de preparación mostrado por cada uno de los alumnos durante esta sesión será objeto de calificación; por ello es ineludible acudir habiendo preparado el tema previamente con todos los materiales del mismo, tal y como corresponde a su calidad de experto.

Atendiendo a los planteamientos del plan de Bolonia, el resto de los compañeros se supone que estarán realizando en la biblioteca las tareas individuales que, a su vez, les competen para el conocimiento del tema y su trabajo en el aula en las horas siguientes.

5.2. La segunda hora se dedicará al trabajo en grupo. El experto es quien dirige el grupo y resuelve las dudas de sus compañeros sobre la bibliografía básica, las lecturas y los textos, y para ayudarles a responder a las preguntas de “Contestar”. Para ello es necesario que todos los miembros del grupo hayan preparado la materia, tal y como se explica en el punto 4.

La tarea del experto consiste en comprobar el nivel de comprensión del tema por parte de los restantes miembros del grupo a través de su capacidad de responder correctamente y con argumentos lógicos a todas y cada una de las preguntas finales y, en su caso, en tratar de aclarar las dudas de sus compañeros sobre el contenido de los materiales. No hay tiempo para explicar lo que no se sabe por

no haber realizado el trabajo previo que se exige para el desarrollo normal de esta hora de clase que ha de ser, si todos han realizado de modo conveniente sus tareas, necesariamente dinámica. Esta hora habrá de ser utilizada, además, para que cada uno de los expertos, con la colaboración de su grupo, realice el esquema que se elaborará en común, por todos los alumnos, durante la hora siguiente.

El experto no trabaja con el grupo desarrollando en él un remedo de clase magistral (que es, precisamente, lo que se intenta evitar con este sistema de trabajo), contando lo que quiera explicarles con la ayuda o no de un guión previamente elaborado. Actuar de este modo con el grupo redundará negativamente en la calificación correspondiente a la valoración de su trabajo como experto durante esa hora.

Los restantes miembros del grupo deben, lógicamente, preguntar dudas y esperar que el experto se las aclare; su actitud no sólo puede sino que debe ser activa y contribuir, con su propia comprensión y a través del diálogo, a la de los restantes miembros del grupo –incluido, por qué no, el experto–.

Es básica la asistencia de todos los miembros del grupo en esta primera hora (con lo que no se afirma que haya vía libre para no asistir a las demás).

Es importante que durante cada una de estas dos primeras horas (los expertos con el profesor y el experto con su grupo) todos los alumnos traten de solventar los problemas de comprensión que el tema les hubiera suscitado, porque de su correcto conocimiento dependerá su calificación en la prueba ulterior.

El profesor no es una figura pasiva, sino que, durante la primera hora, podrá él mismo plantear dudas o hacer preguntas para ser respondido por los alumnos y, durante esta segunda hora podrá, si lo estima conveniente, incorporarse sucesivamente a los distintos grupos y trabajar con ellos como si fuera un miembro más.

5.3. En la tercera hora el profesor elaborará en la pizarra un esquema ordenado de las cuestiones fundamentales del tema. Pero lo hará atendiendo a las propuestas de los expertos, que podrán debatir entre ellos las distintas opiniones que puedan surgir a lo largo de esta puesta en común. Se trata de dar un último repaso al

tema, bajo un método diferente al de las anteriores horas lectivas, elaborando una visión sintética comprensible para todos. Por ello cualquier alumno podrá preguntar, para que conteste cualquiera de los expertos, cuando no entienda alguna de las propuestas o cuando no esté, razonadamente, de acuerdo con ella.

5.4. A grandes líneas, lo que se pretende con la combinación del trabajo tanto individual, como en grupo o con toda la clase es que el alumno aprenda

- leyendo y esforzándose por comprender (solo);
- contrastando sus conocimientos y sus opiniones (en el grupo o con el resto de sus compañeros);
- argumentando para convencer de la lógica de sus afirmaciones, y como un medio para demostrar su comprensión (tanto en el grupo como ante sus compañeros y, en su caso, también con su colaboración).

6. Las pruebas

6.1. Durante la cuarta hora, la última de las dedicadas a cada tema, para demostrar el nivel de sus conocimientos, todos los alumnos redactarán por escrito la respuesta a una pregunta. Podrá ser tanto una de las incluidas en el apartado “Contestar” como una libremente formulada por el profesor. En todo caso habrá de poder ser contestada con los materiales utilizados para el estudio del tema.

Esta prueba se realizará al terminar cada uno de los diez temas de que consta el programa.

Como la respuesta consistirá en una elaboración personal (aunque Ud. haya trabajado, en parte, formando parte de un grupo), basada en los conocimientos obtenidos con unos materiales que son plurales (bibliografía, lecturas, textos), para poder redactarla con lógica es preferible que haga primero un borrador que luego pasará a limpio, tratando de ir a lo esencial de su argumentación sin poder escribir más de dos carillas de un folio, con una letra de tamaño normal (no convirtiéndola en diminuta para que quepa más, ni ampliando las líneas o juntándolas hasta lo imposible, porque ha de dejar lugar para las ocasionales correcciones). Y es que la finalidad de esta prueba es demostrar que sabe, desde luego, pero no a base de cantidad sino mediante su capacidad de sintetizar yendo

a lo fundamental, y de razonar lo que expone. También le servirá a Ud. para controlar su nivel de conocimiento a través de su capacidad de explicar correctamente lo que se le pregunte.

6.2. Podrá utilizar, si lo necesita, los materiales propios del tema, pero no tiene que confiar en que, gracias a ello, podrá, sin más, copiar la respuesta. Podrán servirle para poco si no ha realizado convenientemente, antes de cada tema, las tareas indicadas en el epígrafe 4, o si no ha seguido regularmente el curso de las clases.

6.3. Los ejercicios de esta prueba serán calificados sobre 10, según el siguiente baremo:

- 4 puntos para el conocimiento y la comprensión de la materia tratada;
- 4 puntos para la lógica de su redacción, que no tiene porqué estar reñida con la claridad y la concreción de sus argumentos;
- 2 puntos por cuestiones como la adecuación y la precisión del lenguaje así como el uso correcto de la gramática y de la ortografía.

El profesor corregirá las pruebas de todos los expertos y, aleatoriamente, en un número determinado por él, los de los restantes alumnos.

7. Examen final

7.1 Se realizará en el día y hora fijados para el examen oficial. En él se contestarán una o más preguntas cuya respuesta permita demostrar que el alumno ha alcanzado una comprensión general de la materia (pertinente interpretación de los problemas históricos, capacidad de relación entre ellos...).

Deberán realizarlo quienes no hayan obtenido la media a través de las calificaciones de su evaluación continua. Es una segunda oportunidad para estos alumnos, que no agotan con ella convocatoria alguna. A estos efectos, y a los del examen extraordinario de septiembre, no se tendrá en cuenta las calificaciones obtenidas durante el curso.

7.2. Esta prueba no es un examen al modo tradicional en el que se trata de repetir lo más fielmente posible y de modo mecánico el contenido de un manual. El alumno debe tener presente que cuenta con materiales variados para elaborar sus respuestas –los mismos que ha utilizado para aprender la asignatura–, y debe saber ponerlos en relación entre sí. Las respuestas, pues, no se encontrarán ni en un único tema, ni en una sola de sus fuentes de conocimiento.

Debe tener en cuenta, además, de que aquí ha de tratar de poner de manifiesto lo que es capaz de recordar, lo que ha aprendido gracias al tratamiento reiterativo que, a lo largo de las clases, ha recibido cada uno de los temas. Pero, sobre todo, debe demostrar lo que ha sido capaz de comprender. No bastará, por lo tanto, con un ejercicio meramente descriptivo o memorístico, sino que deberá tratar de explicar además las posibles causas de los acontecimientos que narre, así como las relaciones de éstos con otros, siempre dentro de los límites impuestos por el enunciado de la pregunta.

7.3. En el examen final, lo que se trata de valorar, respondiendo a las preguntas propuestas, es, se reitera una vez más, el conocimiento y la comprensión de la materia estudiada durante el curso (4 puntos). También en esta ocasión se tendrá en cuenta la corrección del lenguaje utilizado para la exposición, así como su coherencia y sistemática (4 puntos), la ortografía, la letra y la corrección gramatical y sintáctica de la redacción (2 puntos).

7.4. Si hubiera de recurrirse al examen extraordinario de septiembre el sistema para la realización de la prueba será el mismo que el de la convocatoria oficial ordinaria.

8. Las calificaciones

El trabajo de cada alumno, ya lo realice en grupo ya de modo individual, obtendrá una nota final constituida por la media (sobre 10 puntos) resultante de dividir por dos:

- la valoración de su nivel de preparación y conocimiento como experto (10 puntos),
- la evaluación de las pruebas realizadas al finalizar cada tema (10 puntos).

8.1. Para la valoración del primero de estos dos elementos, el trabajo de los expertos, se tendrá en cuenta:

- la preparación demostrada durante la hora de trabajo con el profesor destinada especialmente a ellos (ver epígrafe 5);
- su trabajo con el grupo;
- sus respuestas o intervenciones en relación con el debate que pueda suscitarse en la elaboración del esquema durante la tercera hora de clase.

Se obtendrá la nota media sumando la de las calificaciones obtenidas como experto de cada tema y dividiendo el resultado por dos –aunque haya sido experto en tres temas–.

8.2. La nota definitiva correspondiente a las pruebas se calculará sumando la de todas ellas y dividiendo la cifra resultante por el número de ejercicios corregidos.

9. La asistencia a clase

No será objeto de calificación la presencia del alumno en el aula durante las horas de clase dado que es una obligación cuyo cumplimiento es la base del funcionamiento de este método de trabajo.

Por ello, la acumulación de tres faltas, aun justificadas, le impedirá seguir el sistema de evaluación continua.

10. Tutorías

Como norma general, cada profesor dedica seis horas semanales a tutorías. En ellas también podrá resolver las dudas, antes o después de tratar los temas en clase, dudas que pueden ser individuales o de todo el grupo, de los expertos o de quienes no lo son.

Son útiles igualmente para orientarle en otras cuestiones relacionadas con la asignatura o para proporcionarle, si lo desea, bibliografía adicional.

Siempre dispondrá de las tutorías para apoyo de cualquiera de las tareas expuestas en esta “Introducción”.

11. Últimas consideraciones

11. 1. Ahora ya tiene una idea de lo que supone este método de trabajo. Antes de decidir si le conviene o no seguirlo piense que si quiere aprovecharlo al máximo debe comprometerse consigo mismo

– a asistir regularmente,

– a participar

– y a seguir la asignatura tema a tema, realizando las tareas ya explicadas.

11.2. Recuerde que se compromete voluntariamente y por lo tanto ha de ser consecuente con esa decisión y actuar con responsabilidad, porque va a ser un recurso para su grupo durante todo el cuatrimestre. Si no quiere o no puede comprometerse, no lo haga. Es mejor que tome la decisión antes de dejar colgados a los miembros de su grupo que, al formarlo, han confiado en Ud.

11.3. Si decide seguir el método de evaluación continua, deberá rellenar y entregar una ficha con su fotografía en el transcurso de la primera semana lectiva. En ella anotará el profesor todo lo que concierne a la valoración de su trabajo. Si no hay ficha para recoger sus datos, no quedará constancia de su actividad.

11.4. Es conveniente que refresque sus conocimientos históricos. Para ello puede utilizar los manuales y las obras de historia general que están a su disposición en la Biblioteca.

12. Método tradicional

Para aprobar la asignatura no es necesario seguir el método de evaluación continua. Existe total libertad para elegir el sistema tradicional de evaluación, estudiando un manual que el profesor indicará al comienzo del cuatrimestre, y

realizando el examen, ordinario o extraordinario, en las fechas oficiales fijadas de antemano.

Esta prueba constará de tres preguntas. Cada una obtendrá una nota de cuya media se obtendrá la calificación final, siempre y cuando una de ellas no haya obtenido un cero.

13. Distribución del trabajo durante el cuatrimestre

Véase para ello el cuadro de la página siguiente; interesa solamente a quienes sigan el sistema de evaluación continua.

Materias	Octubre / Febrero	Noviembre / Marzo	Diciembre / Abril	Enero / Mayo	Febrero / Junio
Organización de los grupos					
Tema 0					
Tema 1					
Tema 2					
Tema 3					
Tema 4					
Tema 5					
Tema 6					
Tema 7					
Tema 8					
Tema 9					
Tema 10					

PROGRAMA

Baja edad media (siglos XII-XV)

La superación del modelo feudal y la “recepción” del derecho común

Tema 0

La sociedad corporativa.

La construcción de un concepto de poder: la iurisdictio.

Los reinos y el pacto de sujeción

Los rasgos del derecho bajomedieval.

El derecho común y sus textos jurídicos.- La obra de los juristas.

El derecho común y el derecho de los reinos.

Alta edad moderna (siglos XVI-XVII)

El monarca soberano y la revisión humanista del *ius commune*

Tema 1

Las “monarquías compuestas”.

El poder político y las teorías sobre su origen: las teorías medievales del origen divino del poder.

El ejercicio del poder: el monarca soberano y absoluto.

Tema 2.

El ejercicio del poder real a través de sus instituciones.- Su evolución en la Edad Moderna hasta el siglo XVII.

Limitaciones al ejercicio del poder.- Las Cortes.- Otros mecanismos

Tema 3.

El derecho.

Las leyes del rey en el entramado jurídico.- Tipos de normas.

Las recopilaciones y su significado.

Tema 4.

Humanismo jurídico.- Mos gallicus y usus modernus Pandectarum.

Regalismo.

Baja edad moderna (siglo XVIII)

Gobierno del monarca y derecho patrio

Tema 5.

El siglo XVIII: el poder como jurisdicción y la “monarquía administrativa”.- El régimen de nueva planta.

A la búsqueda de un nuevo origen del poder: el contrato social.

Tema 6.

Derecho natural racionalista.

La Ilustración y el código.

Edad contemporánea (siglo XIX)

Estado y códigos

Tema 7.

La época de la revolución.

La sociedad de clases. ¿Existió la “burguesía”?

El Estado liberal.- El Estado de derecho.

La separación de poderes.

Tema 8.

Las fuentes de creación del derecho.- Las leyes y su jerarquía.

Los códigos.

La ciencia jurídica.

Tema 9.

Revolución y constitución: de leyes fundamentales a ley fundamental.

Estado de derecho y constitución. El modelo constitucional del siglo XIX.

Edad contemporánea (siglo XX)

Estado y constitución

Tema 10.

La crisis del sistema liberal.

El “Estado constitucional”. La constitución como norma fundamental.

Los derechos.

El derecho y su descodificación.

La ciencia jurídica.

Bibliografía básica

Costa, P., Ciudadanía, Madrid-Barcelona 2006.

Escudero, J. A., Curso de historia del derecho, Madrid 2003.

Gacto Fernández, E., y otros, Manual básico de historia del derecho, Madrid 2006.

Hespanha, A. M., Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio, Madrid 2002.

Iglesia Ferreirós, A., La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español, 2 vols., Madrid 1996.

Peset, M., y otros, Lecciones de historia del derecho, Valencia 2000.

Tomás y Valiente, F., Manual de historia del derecho español, Madrid 1983.

MATERIALES

TEMA 1

Las “monarquías compuestas”.

El poder político y las teorías sobre su origen: las teorías medievales del origen divino del poder.

El ejercicio del poder: el monarca soberano y absoluto.

Tomás y Valiente (282-289)

Lecturas

* J. H. Elliott, “A Europe of composites monarchies”

* F. L. Pacheco, “Non obstante. Ex certa scientia. Ex plenitudine potestatis. Los reyes de la Corona de Aragón y el principio princeps a legibus solutus est”

Textos

1. Baltasar Porreño, Dichos y hechos de Felipe II

2. Jean Bodin, Los seis libros de la república, libro I, caps. VIII y X

Claves de comprensión

En el proceso histórico de fortalecimiento del poder ejercido por el príncipe se utilizan tanto instrumentos materiales como doctrinales (teóricos).

A) Demostración material del aumento del poder de los monarcas fue el crecimiento de sus dominios y la concentración de territorios. Para su gobierno se solían respetar las normas y las instituciones originarias. Esta solución, que establecía diferencias entre unos territorios y otros, se resolvía, pese a ello, en el contexto de una cultura jurídico-política común a la Europa occidental. Este crecimiento territorial era en parte base de la riqueza que las monarquías requerían para sostener la ampliación de su poder.

B) La doctrina se construye en grandísima medida por teólogos y juristas, tanto civilistas como canonistas. Se discute sobre el origen del poder, sobre su ejercicio, sobre sus límites. Para todo ello el punto de partida hay que buscarlo en las construcciones bajomedievales, que siguen muy presentes en la Edad Moderna aunque sujetas a evolución y coexistiendo con otras teorías que surgen

dentro de las nuevas corrientes de pensamiento (humanismo y racionalismo) y que se verán en el Tema 5.

A través de dichas construcciones, el poder del príncipe (iurisdictio) sigue una trayectoria iniciada claramente en la Baja Edad Media: se busca el sustentar un poder cada vez más fuerte, más amplio más activo frente a otras instancias que también gozan de poder. En cuanto a su origen, éste le viene dado por Dios para ejercerlo sobre una comunidad política que también nace de la voluntad divina.

Respecto al ejercicio del poder, el modelo jurisdiccional de origen bajomedieval es el que encerró, hasta el final del Antiguo Régimen, el discurso teórico para explicar lo que estaba sucediendo en la práctica: el príncipe ejercía de una forma cada vez más activa el poder de hacer las leyes (poder soberano) y trataba de hacerlo de un modo cada vez menos sujeto a constricciones y cada vez más legitimado por su voluntad (soberanía absoluta), una voluntad en cualquier caso dirigida a la consecución del bien público.

Lecturas

* J. H. Elliott, “A Europe of composites monarchies”, Past and Present, 137 (1992), pp. 48-71.

1. El actual concepto de “Europa” implica unidad, y sin embargo la realidad de Europa, tal y como se ha venido desarrollando desde los últimos quinientos años, revela un alto grado de desunión derivado del establecimiento de la figura característica de su organización política: un competitivo sistema de estados soberanos, territoriales y nacionales.

La historiografía política de la Europa de los siglos XIX y XX suele referirse al fracaso de las expectativas de unidad europea basada en el dominio de un imperio o de una Iglesia universales (o de cualquier otro agente), unido a un lento y tortuoso proceso a través del cual un grupo de estados soberanos independientes consiguieron definir sus fronteras territoriales y establecer una autoridad centralizada que trascendía las lealtades locales. Como resultado de este proceso, la Europa que en 1500 contaba con alrededor de quinientas

unidades políticas independientes se transformó, hacia 1900, en una Europa con tan sólo unas veinticinco, de las cuales las más fuertes resultaban ser las que se pensaba que habían alcanzado el nivel más alto de integración como estados nacionales completamente desarrollados. Así interpretada, la historia europea se concibe como un inexorable avance hacia un sistema de estados nacionales soberanos.

2. Pero hay otros enfoques alternativos y, entre ellos, el que se inspira en la afirmación de Koenigsberger de que “la mayor parte de los estados, durante el período moderno, fueron estados compuestos que incluían más de un país bajo la soberanía de un solo gobernante”. Los divide en dos categorías: la primera, los estados compuestos separados entre sí por otros estados o por el mar, como la Monarquía Hispánica de los Habsburgo, la monarquía Hohenzollern de Brandemburgo-Prusia, e Inglaterra e Irlanda; la segunda categoría es la de los estados compuestos contiguos, como Inglaterra y Escocia, Piamonte y Saboya, y Polonia y Lituania. Durante dicho período, algunos estados compuestos se habían disuelto o estaban a punto de hacerlo; otros, como el Sacro Imperio Romano, luchaban por su supervivencia.

Si la Europa del Quinientos era una Europa de estados compuestos que coexistían con una miríada de territorios y de unidades jurisdiccionales más pequeños guardando celosamente su status independiente, su historia debe ser evaluada más bien desde este punto de vista y no desde el de la sociedad unitaria de estados nacionales en la que se convertiría después. Es verdad que la creación, ya en el medievo, de numerosas unidades políticas (Francia, Inglaterra, Castilla) que construyeron un aparato administrativo relativamente fuerte y favorecieron una idea de identidad colectiva, apunta sin duda hacia una idea de unidad. Pero las ambiciones dinásticas, derivadas del concepto de familia y de patrimonio, fuertemente enraizadas van en contra de las tendencias unitarias, siempre amenazadas por la permanente búsqueda de nuevas adquisiciones territoriales. Éstas suponían un incremento de prestigio y potenciales fuentes de riqueza. Eran máspreciadas si poseían las ventajas adicionales de la contigüidad y de lo que se designaba como “conformidad”, aunque por sí solas tales ventajas no producían la unión integral.

3. Según el jurista hispano del siglo XVII Juan de Solórzano Pereira, los territorios nuevamente adquiridos por un monarca podían unirse a sus otros dominios de dos maneras. Una era la unión “accesoria”, por la cual un reino o una provincia unidos a otros eran considerados jurídicamente como una parte de los mismos, y en ellos sus habitantes poseían los mismos derechos y estaban sujetos a las mismas leyes (las Indias occidentales respecto a Castilla). También existía la unión aeque principaliter, en virtud de la cual los reinos eran tratados, tras su unión, como entidades diferentes, con pervivencia de sus leyes, fueros y privilegios. Estos reinos, escribía Solórzano, deben ser gobernados como si el monarca que los obtiene fuera rey solamente en cada uno de ellos (Aragón, Valencia, Cataluña...).

Esta segunda vía gozaba de ventajas para los gobernantes y para los gobernados porque aseguraba la supervivencia de sus leyes e instituciones tradicionales y mitigaba los males de estas transacciones dinásticas ayudando a la reconciliación con las elites.

La disparidad de sistemas podía llevar a fricciones entre las partes constitutivas de estas uniones, pero la alternativa de reducir el status de tales territorios a unidad era demasiado arriesgada en el siglo XVI. Parecía más razonable aceptar el statu quo y mantener la maquinaria en funcionamiento. Algunas innovaciones institucionales podían ser posibles, pero era importante evitar el distanciamiento de las elites por cambios demasiado rápidos.

¿Qué instrumentos se utilizaban para asegurar el control efectivo del nuevo territorio? La presencia militar tuvo su papel en algunas uniones. Pero a falta de ella, la elección recaía sobre la creación de nuevos órganos institucionales y la formación de redes clientelares para conseguir la lealtad de las elites administrativas y políticas.

El absentismo real constituía uno de los mayores problemas estructurales de las monarquías compuestas si bien, a cambio, las elites locales gozaban de un nivel de autogobierno que no les urgía a poner en tela de juicio el statu quo. En otras palabras, las monarquías compuestas estaban construidas sobre un pacto entre la Corona y las clases gobernantes de sus diferentes provincias que otorgaba estabilidad incluso a las uniones más artificiales.

Pero la supervivencia de los proyectos de estas monarquías compuestas estuvo amenazada por numerosos acontecimientos a lo largo del siglo XVI. El más peligroso potencialmente fue la división religiosa, pues contribuyó a crear un sentimiento colectivo de identidad provincial frente al más amplio de comunidad de estados compuestos y frente al territorio dominante en ella (Holanda protestante; España católica).

4. Los gobernantes del siglo XVII mostraron una creciente impaciencia ante el sistema de unión aeque principaliter, junto a una elevada idea de las prerrogativas reales y a una menor tolerancia hacia la diversidad. Todo ello conducía hacia una estructura estatal más unitaria concebida, primordialmente, en términos de unidad de religión, de leyes y de impuestos. Las monarquías compuestas que se basaban en laxas uniones dinásticas aeque principaliter solamente podían sobrevivir si sus sistemas de redes clientelares eran respetados y si ambas partes guardaban celosamente las normas fundamentales subyacentes al acuerdo de unión originario. La permanente diversidad comenzaba a ser vista como un dispendio en un competitivo sistema de estados en el cual el más poderoso, Francia, era también el más unido (aunque con más éxito en unas provincias que en otras).

La Monarquía Hispánica adoptó la solución unitaria, tras la victoria contra los rebeldes, con la Nueva Planta de 1707-1716, aunque ni siquiera estas medidas unificadoras (supresión de viejas instituciones, abolición de aduanas interiores) lo abarcaron todo.

¿Qué fue lo que hizo que estas uniones, artificiales en su concepción y laxas en su articulación, fueran tan duraderas? Atendiendo a los rasgos de la Europa moderna, con su profundo respeto por las estructuras corporativas y por los derechos, privilegios y costumbres tradicionales, la unión de territorios aeque principaliter parece ajustarse bien a las necesidades de los tiempos. El relajamiento de la asociación parecía ser su mayor fortaleza, pues garantizaba a las elites locales el continuar disfrutando de sus privilegios anteriores junto a los beneficios derivados de su participación en una asociación más amplia.

Los estados fiscales-militares del siglo XVIII, con mayor poder que los del XVII, tenían también más que ofrecer en términos de oportunidades económicas y de empleo. Por eso las monarquías “ilustradas” del Setecientos siguieron siendo, esencialmente, compuestas. El surgimiento del nacionalismo a la vuelta de los siglos XVIII y XIX le dio más impulso a la creación del estado nacional unitario que el que los decretos reales y la acción de los burócratas habían conseguido a lo largo de muchas décadas.

* F. L. Pacheco Caballero, “Non obstante. Ex certa scientia. Ex plenitudine potestatis. Los reyes de la Corona de Aragón y el principio *princeps a legibus solutus est*”, El dret comú i Catalunya, Barcelona 1998, pp. 96-117

El presente trabajo pretende llamar la atención sobre el empleo por parte de los reyes de la Corona de Aragón de las cláusulas non obstante [no obstante], ex certa scientia [en virtud de un conocimiento cierto], ex plenitudine potestatis [en virtud de la plenitud de mi poder].

Este interés es un interés fundamentalmente medieval, momento en que, pese a la afirmación por parte de los monarcas de su plenitud de poder, no existe, sin embargo, y en ello consiste el pluralismo jurídico medieval, un único titular de poder al que quepa considerar centro exclusivo de imputación del derecho que hoy llamaríamos positivo u objetivo.

El uso de las citadas cláusulas, juntas o por separado, se generaliza a partir del siglo XIII, como manifestación de la capacidad del monarca para subvertir o modificar el ordenamiento a través del privilegio, de la dispensa, de la derogación, de la revocación o de la gracia, y de la capacidad para impedir que situaciones nacidas al amparo del derecho existente desplieguen sus efectos.

El empleo de estas cláusulas implica también la aceptación de planteamientos teóricos en torno al problema de la capacidad del príncipe para modificar el ordenamiento y en torno al problema de la formación de la voluntad del príncipe. Todas las intervenciones del príncipe amparadas por dichas fórmulas implican, en último término y en sentido lato, derogaciones del derecho existente, bien a través de la dispensa, bien a través de la revocación, bien a través del privilegio

instaurador de situaciones contrarias al derecho común [= general], bien a través del desconocimiento consciente de las solemnidades del derecho. En todos los casos, las intervenciones apostilladas con tales cláusulas vienen a significar grados de independencia del poder regio, de su plenitud de poder (plenitudo potestatis) respecto al derecho existente (a legibus solutus).

Desde 1283, tanto en Aragón como en Cataluña, aunque con un alcance en cada caso diferente, los brazos de las Cortes intentaron limitar la plenitudo potestatis del rey y, por lo tanto, de limitar la eficacia del principio princeps a legibus solutus est (el príncipe está desligado de las leyes). Lo que no impidió que el rey aprovechara cualquier ocasión para poner una y otro de manifiesto. Es necesario advertir que esta actividad del rey en relación con el derecho era consentida si convenía a los intereses de quienes, en otros casos, podían encontrarse en condiciones de oponerse a ella.

Independientemente de la concreta operatividad de las cláusulas aludidas, el príncipe se encuentra con límites: causa de utilidad pública, no existencia de perjuicios a terceros, respeto a los derechos adquiridos (iura quaesita). Y sin embargo, es el príncipe (o, indirectamente, sus oficiales) quien conoce de la justicia o injusticia de sus privilegios y concesiones. Es él quien decide, respecto de sus privilegios, lo que más interesa a la utilidad pública, y, en fin, se presume que el príncipe actúa siempre por justa causa y en adherencia a la utilidad pública. Me temo que, en relación a estos últimos aspectos, no existen diferencias de nota entre el pactista rey aragonés y el absoluto monarca castellano.

Textos

Texto 1. Baltasar Porreño, Dichos y hechos de Felipe II, Cuenca 1628 [Citado por F. Bouza, ed., Cartas de Felipe II a sus hijas, Madrid 1988, nota 211, p. 198]

Caminando Su Majestad al Real Monasterio de Poblete [...], que está en el principado de Cataluña, llegó su aposentador al monasterio diciendo venía hacer el aposento al Rey. Dixo el portero que en aquel monasterio no conocían al Rey ni era su dueño. Supo Su Majestad el caso y dixo: “el fraile dixo bien; dixérades vos que iba el Conde de Barcelona y viérades cuán de otra suerte se os

respondía”. Y fue así, que a título de Conde de Barcelona se le hizo el más solemne recibimiento que se ha hecho al Príncipe [...].

Texto 2. Jean Bodin [1530-1596], Los seis libros de la República (1576), Madrid 1992, libro I, caps. VIII y X

Cap. VIII

La soberanía (souveraineté) es el poder absoluto y perpetuo de una república [...]. Digo que este poder es perpetuo puesto que puede ocurrir que se conceda poder absoluto a uno o varios por tiempo determinado [...].

La soberanía no es limitada ni en poder, ni en responsabilidad, ni en tiempo [...]. El príncipe soberano [...] sólo está obligado a dar cuenta a Dios [...]. Así, la soberanía dada a un príncipe con cargas y condiciones no constituye propiamente soberanía ni poder absoluto, salvo si las condiciones impuestas al nombrar al príncipe derivan de la ley divina o natural [...].

Es necesario que quienes son soberanos no estén de ningún modo sometidos al imperio de otro y puedan dar ley a los súbditos y anular o enmendar las leyes inútiles; esto no puede ser hecho por quien está sujeto a las leyes de otra persona. Por esto se dice que el príncipe está exento de la autoridad de las leyes [...]. Puesto que el príncipe soberano está exento de las leyes de sus predecesores, mucho menos estará obligado a sus propias leyes y ordenanzas [...]. Por naturaleza, es imposible darse ley a sí mismo, o imponerse algo que depende de la propia voluntad [...]. Las leyes del príncipe soberano, por más que se fundamenten en buenas y vivas razones, sólo dependen de su pura y verdadera voluntad.

En cuanto a las leyes divinas y naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas si no quieren ser culpables de lesa majestad divina [...].

En cuanto a las leyes que atañen al estado y la fundación del reino, el príncipe no las puede derogar por ser anejas e incorporadas a la corona, como es la ley sálica [...].

Vemos así que el carácter principal de la majestad soberana y poder absoluto consiste, principalmente, en dar ley a los súbditos en general sin su consentimiento [...]. Es necesario que el príncipe soberano tenga las leyes bajo su poder para poder cambiarlas y enmendarlas [...].

Cap. X

El primer atributo del príncipe soberano es el poder de dar leyes a todos en general y a cada uno en particular [...] sin consentimiento de superior, igual o inferior [...]. Bajo este poder de dar y anular leyes se comprende también su interpretación y enmienda [...]. Bajo este mismo poder [...] están comprendidos todos los demás derechos y atributos de la soberanía, de modo que, hablando con propiedad, puede decirse que sólo existe este atributo de la soberanía. Todos los demás derechos están comprendidos en él: declarar la guerra o hacer la paz, conocer en última instancia de los juicios de todos los magistrados, instituir y destituir los oficiales más importantes, gravar o eximir a los súbditos con cargas y subsidios, otorgar gracias y dispensas contra el rigor de las leyes, elevar o disminuir la ley, valor o tasa de las monedas [...].

Contestar

1. ¿De qué trata este tema?

2. Resumen de la primera lectura. ¿Con qué epígrafe de este tema cabría relacionarla?

Destaque las ideas principales.

* ¿Podría identificar las líneas de la política desarrollada por las monarquías modernas?

* ¿Qué objetivos persiguen las uniones territoriales? ¿Bajo qué modalidades se realizan? ¿Qué indica, en este sentido, el texto 1?

3. ¿A qué epígrafe del tema corresponde el texto 2?

* ¿Cuáles le parece que son los conceptos-clave del mismo?

* Acerca de la soberanía: ¿qué rasgos destaca Bodino?

¿Cuál es el atributo más relevante de la soberanía? ¿Por qué?

¿En qué relación se halla respecto al resto de los atributos?

* Con lo que en este texto expone ¿se coloca Bodino fuera del modelo jurisdiccional de poder elaborado por los juristas bajomedievales?

¿Percibe el cambio entre la concepción del poder en la Baja Edad Media y la que se irá construyendo a lo largo de la Edad Moderna?

4. ¿Sobre qué versa la lectura de Pacheco? Haga un resumen.

* ¿A qué territorio se refiere esta lectura? ¿Cuál es, en su opinión, su relación con este tema? Exponga razonadamente qué elementos de comprensión le aporta.

5. Recapitulación:

* ¿En relación con este tema, qué rasgos y elementos de la etapa anterior (Baja Edad Media) siguen estando presentes?

* ¿Podría señalar también las novedades? Como siempre, razone su respuesta.

TEMA 2

El ejercicio del poder real a través de sus instituciones.- Su evolución en la Edad Moderna hasta el siglo XVII.

Limitaciones al ejercicio del poder.- Las Cortes.- Otros mecanismos de control del poder real.

Escudero (537-541; 742-752, 778-779); Peset (196-200); Tomás y Valiente (290-297)

Lecturas

* J. Arrieta Alberdi, “Experiencias parlamentarias de la Corona de Aragón moderna (siglos XVI y XVII)”

* S. de Dios, “Corporación y nación. De las Cortes de Castilla a las Cortes de España”

Textos

1. * Juan II, en Cortes de Valladolid, 1442, Cuaderno de peticiones

* Cortes de Ocaña, 1469, Cuaderno de peticiones

2. * Cuaderno de peticiones de las Cortes de Burgos, 1512

* Cortes generales del Reino de Valencia (1645)

Claves de comprensión

Tras hablar en el tema anterior de las doctrinas acerca del origen del poder y de cómo explican en qué consiste su ejercicio, en éste, el interés va a seguir centrandose, en primer lugar, en el ejercicio del poder. Sobre esta base teórica, se asientan los pilares del gobierno de la monarquía.

En las monarquías de Europa occidental, el ejercicio del poder es un asunto cada vez más complejo, en primer lugar por el crecimiento territorial –experimentado durante la baja edad media y con un importante auge en la moderna– que obliga a la multiplicación de órganos y oficiales que, en nombre del príncipe y por delegación suya, constituyen la maquinaria del poder. Este poder, concebido como ejercicio de la jurisdicción, con todas las consecuencias que esta

concepción acarreaba, imponía demasiados límites a un monarca que aspiraba a acrecentar su poder y a ampliar la esfera de su incidencia, con un mayor protagonismo en ámbitos anteriormente ajenos a su interés.

Esto promueve una serie de cambios a lo largo de los siglos modernos afectando, obviamente, a las instituciones del rey, pero no sólo a éstas individualmente consideradas, sino también, y esto podemos ir adelantándolo, al propio modelo en el que desarrollan sus competencias.

Por lo que a la Monarquía Hispánica se refiere y como reflejo de esta complejidad, la organización del ámbito de actuación del monarca reconoce cuatro sectores: justicia, gobierno, hacienda y guerra (en la Corona de Castilla), o justicia, gobierno, gracia y hacienda (en la de Aragón), división –esto es necesario tenerlo muy en cuenta– más nominal que efectiva.

Estos ámbitos a los que se extendía el gobierno de la monarquía se desarrollaron gracias a una serie de órganos regios, de origen también bajomedieval, que experimentaron un aumento proporcional al proceso de expansión territorial y de crecimiento del poder de monarca. Consejos, audiencias y chancillerías, como prolongación de la persona de rey, así como numerosos ministros y oficiales, formaban parte de la burocracia en la que se apoyaba el ejercicio del poder.

Como se ha visto en el tema anterior, la construcción de la soberanía absoluta del príncipe llevaba aparejados, necesariamente instrumentos de diversa índole, más o menos eficaces, para fijar sus límites, no para su anulación. En este tema, como segundo punto a tratar, se hace referencia a dichos instrumentos y a las diferentes vías para fijarlos y hacerlos efectivos, aunque algunas alusiones y precisiones se hicieron ya en el tema anterior.

El pacto entre rey y reino es una elaborada construcción, frecuentemente utilizada para limitar y controlar el poder real. Este pacto, es conocido en la doctrina como pactum subjectionis, pacto de sujeción del reino al rey. Con la teoría del pacto se pretende someter a los súbditos al poder (iurisdictione) del rey, siempre que éste respete los derechos, privilegios y libertades del reino y no introduzca cambios sin su acuerdo. El pacto o contrato no tiene la finalidad de establecer una sociedad o comunidad política, sino que éste se acuerda entre el

rey y una comunidad (el reino) que se entiende preexistente por ser de origen por divino, y se materializa, sobre todo, en las Cortes.

Las cortes fueron concebidas, desde la Baja Edad Media, como corporación representativa del reino para el juramento recíproco del rey –de respetar los derechos y privilegios del reino– y del reino –de servir y guardar fidelidad al rey– con ocasión de la llegada de aquél al trono; para el otorgamiento de las leyes del rey –leyes pactadas, pacticias o paccionadas–; para el reparo de agravios; para la concesión de las peticiones y servicios al rey... Pero en consonancia con el crecimiento del poder del príncipe a lo largo de la Edad Moderna, las Cortes fueron vaciándose de contenido. (Dejemos apuntado aquí, aunque se verá con mayor detalle en el tema 3, que la referencia a las leyes dadas en las Cortes no supone sino hablar, siempre y en todo caso, de leyes dadas por el rey, de leyes y, como tales, no pueden ser sino del rey).

La teoría del pacto rey-reino, a la que hemos dedicado estas líneas, no agota el repertorio de los mecanismos que a lo largo de la historia fueron acumulándose con tal de limitar y de controlar el ejercicio del poder absoluto por parte del rey o de sus representantes, tal y como veremos en este tema.

Lecturas

* J. Arrieta Alberdi, “Experiencias parlamentarias de la Corona de Aragón moderna (siglos XVI y XVII)”, en A. Romano, ed., “De Curia semel in anno facienda”. L’esperienza parlamentare siciliana nel contesto europeo. Atti del Convegno Internazionale di Studi (Palermo, 4-6 febbraio 1999), Milano 2002, pp. 93-127.

1. Todavía en Francisco Grases y Gralla decía en 1711 que el “poder hacer leyes” en Cataluña corresponde al rey porque es su “suprema regalía”, si bien, “por su Real Clemencia, no usa de esta regalía sino en las Cortes”. El valenciano Lorenzo Mateu y Sanz (1618-1680) afirma que es “principio indubitado que la fuerza de la ley nace de la autoridad real, que se halla en el decreto, no en la súplica”. Con esta diferencia cronológica, para ambos autores no hay duda de que es el rey quien da las leyes y estatutos generales, pero según un modelo de

elaboración consensuada, lo que hace que sean leyes paccionadas. Es decir, otorgadas en un modelo de funcionamiento en el que el rey y los estamentos tratan conjuntamente las cuestiones que afectan al bien y utilidad públicas, las debaten y, si es necesario incluso mediante la confrontación, para llegar a un conjunto de normas que regulen la convivencia futura, selladas por el juramento de cumplir lo pactado como uno contrato en el que el reino contribuye con una cantidad de dinero.

La cuestión es que las deficiencias de funcionamiento de las Cortes en los reinos ibéricos de la Corona de Aragón durante el siglo XVII, en relación con la frecuencia de su celebración, fueron tales que ponen en entredicho la posibilidad de hablar de un modelo pactista. Es significativo que, a pesar de esa evidente crisis, en el plano doctrinal se mantuviera la idea pactista.

2. En la Corona de Aragón tomó cuerpo a fines del siglo XIII la obligatoriedad de la anualidad de la reunión de Cortes (periodicidad difícil de mantener), luego cada dos o cada tres años a principios del siglo XIV. Durante el reinado de Fernando el Católico, aunque la frecuencia de las Cortes no fue muy alta, no hubo grandes novedades transmitiéndose la forma de relación parlamentaria de un siglo a otro. Con Carlos V, la forma de relación con sus súbditos se caracteriza por la continuidad con el “estilo” vigente. Más bien dedicó notable atención a la celebración de Cortes: en el período 1518-1552 obtendremos una frecuencia aproximada de una reunión cada cinco años.

3. Después de proclamado rey Felipe II, descendió la frecuencia. Los cambios y las crisis de la institución pacticia se nos muestran con claridad en el siglo XVII. ¿Hasta qué punto la ausencia de Cortes favorecía al rey? El vacío institucional no siempre repercutió en beneficio de su autoridad, sino que pudo contribuir al reforzamiento de las Diputaciones y también de los brazos, que se organizaron en Juntas de brazos extraparlamentarias. Al no mediar Cortes con un mínimo de periodicidad, Diputaciones y Juntas de brazos mostraron a lo largo del siglo XVII su tendencia a hacerse con el máximo de potestad jurisdiccional mostrándose como entes enfrentados al monarca. La defensa unilateral de los brazos de su potestad para determinados actos de jurisdicción llegaba a afirmar que no necesitaban del rey para, estando reunidos, “hacer nuevas ordenaciones y estatutos” sin carácter de ley universal [= general].

La obtención del servicio se hallaba directamente relacionada con las necesidades dinerarias por las empresas bélicas en que estaba empeñada la monarquía. Que la necesidad de esta aportación aumentó es una obviedad, pero no concuerda con la escasez de convocatorias para su recaudación a lo largo del siglo XVII. Luego hay que concluir que las convocatorias de Cortes no le resultaban rentables al rey.

4. Éste no fue el único aspecto en el que el funcionamiento de las Cortes estaba lejos de sus caracteres ideales, poniendo de manifiesto la crisis de las mismas. Cabe destacar el propio proceso de preparación y formulación de los textos normativos. Los debates se hacían excesivamente largos y dificultosos, llenos de reticencias y maniobras de todo tipo. A veces quedaba aplazada, tras la clausura, la redacción final; la disputa sobre quién era competente para hacerla pasaba a primer plano, considerándose, una vez más, que estaba en juego la titularidad de la jurisdicción.

Pero en el siglo XVII el rey no abandonó, por el hecho de reunirse con los brazos, su condición de máximo titular de la jurisdicción, tanto la contenciosa como la voluntaria, que ejercía, la primera, en forma de sentencias y, la segunda, a través de los “decretos” con los que respondía a las suplicas que se le presentaban. Ello no obstaba para que, en el solio de clausura, se manifestara el “simultáneo consenso”.

5. Bajo el cambio dinástico, Grases y Gralla, partidario y secretario del despacho del archiduque Carlos, se pronunció en el sentido apuntado al comienzo de estas líneas, precisamente en el momento en que la pugna con Felipe V se hallaba en su punto más elevado, habiendo sido derogados ya los fueros aragoneses y valencianos. Grases posiblemente pretendía recuperar el funcionamiento tradicional de las Cortes, asumiendo las premisas del pactismo pero reservando al rey la resolución final de cada petición de los brazos.

El resultado final de la Guerra de sucesión trajo consigo una “planta” radicalmente nueva.

* S. de Dios, “Corporación y nación. De las Cortes de Castilla a las Cortes de España”, De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi, Madrid 1995, pp. 202-242

1. A través de la representatividad de las Cortes podemos comprender la evolución de la institución en la Edad Moderna.

Varias cuestiones son de destacar en la época de los Reyes Católicos, entre ellas la habitual inasistencia de la Iglesia y la gran nobleza que, en apariencia favorecía la conducción de las Cortes por la monarquía, al contar en ellas con menos resistencias de los estamentos más poderosos. En todo caso, ello no hizo perder a las Cortes de Castilla su condición de generales.

La cuestión más controvertida fue la de la libertad de voto, es decir la de los poderes de los procuradores, sometida a dura pugna entre la Corona y las ciudades, aunque el conflicto parece mantenerse larvado en la época de los Reyes Católicos.

La política de los Reyes Católicos en este punto se dirigió a lograr que los procuradores gozaran en las Cortes de voto decisivo, de capacidad de decisión con independencia de las instrucciones de sus mandantes (las ciudades con privilegio de voto) con tal de controlar los poderes de los procuradores al desvincularlos de sus ciudades.

Determinadas prácticas –que los procuradores tuvieran poderes suficientes y bastantes para decidir en Cortes cuanto les fuera requerido por el monarca y que se eligieran candidatos próximos a los reyes– iniciadas en reinados anteriores, fueron reforzadas con otras: el juramento de los procuradores de guardar el secreto de las deliberaciones, para impedir cualquier comunicación con sus ciudades; el pago de retribuciones a los procuradores por el monarca y no por sus ciudades, así como la concesión de mercedes.

2. Reinando Carlos I, los comuneros fueron capaces de generar un programa de Cortes casi antitético al modelo de los Reyes Católicos, dirigido al control de las Cortes por los concejos. Reclamaban, para ello, la completa libertad de las

ciudades para elegir a sus representantes en Cortes y para otorgar sus poderes, con expresa exclusión de las instrucciones enviadas por el monarca.

Solamente las ciudades podrían dárselas a sus procuradores, otorgándoles un mandato imperativo (o voto consultivo) que les obligaba a consultar con sus ciudades las demandas regias que sobrepasaran las instrucciones que llevaban. Igualmente pretendían que se pudiera exigir responsabilidad a los representantes ciudadanos por sus actuaciones en Cortes una vez finalizadas las mismas.

Con las Cortes de 1532, las primeras después de la derrota de Villalar, se abre un período caracterizado por el voto consultivo de los procuradores, lo que supone un mayor protagonismo de las ciudades de voto y serias dificultades por parte de los monarcas para someter las Cortes a su dominio. En estas Cortes desaparecen definitivamente los prelados y la gran nobleza.

El rey continúa entrometiéndose en las elecciones de los procuradores (no de modo directo sino mediante cédulas dispensando a determinadas personas de la obligación de estar presentes en sus ciudades en el momento de las elecciones, o dispensándolas de vecindad, o supliendo la menor edad del candidato...). Por su parte, las ciudades entregaban a sus procuradores unos capítulos con órdenes precisas y juramento solemne de atenerse a ellas, y les daban los poderes con la cláusula in solidum, a los dos conjuntamente, no al uno sin el otro, para evitar discrepancias de voto entre ellos.

3. Los votos consultivos contribuyeron a que las Cortes se hicieran más complejas, lentas y costosas, en especial cuando se aprobaban y administraban los encabezamientos de alcabalas* y los servicios de millones*. Obligaban a un sinnúmero de consultas con los concejos sobre cada una de las condiciones del respectivo contrato. Las Cortes se hacían, así, de difícil manejo para el rey y tan complicadas y onerosas que en el reinado de Felipe III se pensó incluso en volver al voto decisivo de los procuradores.

Para atraérselos, la monarquía trató de que sus ingresos provinieran de ella en una cuantía bien generosa, lo que también redundó en perjuicio del monarca porque los procuradores, para recibir mayores retribuciones, alargaban las Cortes, a veces durante años. Todo ello determinó que el rey Felipe IV decidiera

en 1632 que los procuradores votaran decisivamente, sin esperar a las consultas de sus concejos. Una secuela del voto decisivo será que los procuradores ya no votarán los servicios por sus ciudades sino a título individual; los procuradores, singularmente considerados, serán ahora los únicos responsables.

Pero pronto se vio que ni las ciudades aceptaban con docilidad el voto decisivo, ni los procuradores otorgaban los servicios con la celeridad que cabía presumir. No sorprenderá, pues, que la Corona no supiera qué era lo mejor para sus intereses: si continuar acudiendo al reino reunido en Cortes o presentar directamente las demandas ante las ciudades de voto, y de hecho en varias ocasiones se recurrió a este expediente para la obtención de recursos financieros. Además, las opiniones eran cada vez más favorables a no convocar más Cortes y acudir directamente a las ciudades.

4. Las ideas, ya maduras al final del reinado de Felipe IV, sólo necesitaban una coyuntura propicia, y ésta se dio al comienzo del reinado de su sucesor, Carlos II. La reina regente anuló la convocatoria de 1665 y se acudió a las ciudades con voto (ahora veintiuna) para que prorrogaran ellas mismas los servicios de millones. Esto fue en 1667 y ya no volvieron a convocarse más Cortes en Castilla durante el siglo XVII.

Pero si la Corona no las deseaba, las ciudades, por diversas razones, tampoco debían mostrar mucho entusiasmo, sobre todo porque los votos decisivos desvinculaban a los procuradores de sus mandantes.

5. Después de muchos años sin reuniones, los Borbones volvieron a convocar estas asambleas para uno de sus fines tradicionales, el asegurar la legitimidad dinástica de la monarquía, mientras se olvidaban otros objetivos. La novedad más digna de tener en cuenta es la incorporación a las Cortes de Castilla de unas cuantas ciudades de los territorios de la Corona de Aragón, una vez que los decretos de Nueva Planta suprimieron sus Cortes propias. Los brazos eclesiástico y nobiliario de Valencia, Aragón y Cataluña no fueron llamados a Cortes, en perfecta consonancia con lo que acontecía en Castilla. Ello no obstaba para que las Cortes siguieran tildándose de generales.

No eran Cortes de las Coronas de Castilla y de Aragón, y menos aún de España porque no perdieron su naturaleza corporativa, una corporación cuya cabeza seguía siendo el rey. Se trataba de una agregación de las ciudades de la Corona de Aragón a las de la Corona de Castilla. Ningún aspecto de las Cortes de la Corona de Aragón influyó en la organización y funcionamiento de las de Castilla.

Textos

Texto 1. Juan II, en Cortes de Valladolid, 1442, Cuaderno de peticiones

[...] Y yo, viendo que es cumplidero a mi servicio [...] y habido respeto y consideración a los muchos y buenos y señalados servicios que [...] mis Reinos me han hecho y hacen cada día, especialmente en las necesidades que han ocurrido y ocurren en mis Reinos [...], es mi merced de mandar y ordenar, y mando y ordeno por la presente, la cual quiero que tenga fuerza y vigor de ley y pacción y contrato firme y estable, hecho y firmado e inido entre partes [...].

* Enrique IV, Cortes de Ocaña, 1469, Cuaderno de peticiones

[4] [...] E vuestro cargo es que mientras vuestros súbditos duermen, Vuestra Alteza vele guardándolos. [5] Y su mercenario sois, pues soldada desto vos dan vuestros súbditos, parte de sus frutos e de las ganancias de su industria, y vos sirven con sus personas muy ahincadamente a los tiempos de vuestras necesidades, por vos hacer más poderoso para que relevéis las suyas y quitéis sus vejaciones. [6] Pues mire Vuestra Alteza si es obligado por contrato callado a los tener y mantener en justicia [...].

Texto 2. Cortes de Burgos, 1512, Cuaderno de peticiones

Muy Alto y Muy Poderoso, Muy Christianísimo Príncipe Rey Nuestro Señor: Los procuradores de Cortes que aquí estamos juntos por el real mandamiento de Vuestra Alteza, en nombre de estos Reinos e señoríos, suplican a Vuestra Alteza sea servido de nos otorgar y conceder lo que aquí suplican, que les parece ser utile y provechoso para estos Reinos.

* Cortes generales del Reino de Valencia (1645)

Contrafueros

[...]

2. Item, por cuanto el duque de Arcos [lugarteniente y capitán general de la ciudad y del reino de Valencia] mandó poner en prisión a Leandro Escales, encerrándolo en un calabozo con cadena, grillos y guardas [...] en el que estuvo muchos meses. Y una noche accedió a dicha prisión [...] el escribano de mandamiento, con orden del duque de Arcos, y lo embarcó en el puerto de la presente ciudad y lo llevaron a un galeón de la armada real [...], y de allí fue llevado a la fortaleza del Peñón, donde actualmente se encuentra. Lo que es contra el privilegio 29 del rey Alfonso III, fueros, usos y buenas costumbres, así como por no habersele hecho cargo en el plazo de tres días y porque he sido desterrado sin denuncia, proceso ni cognición de causa, imponiéndole una pena tan rigurosa como es la de estar en el Peñón. Suplican por tanto los tres brazos a vuestra majestad que, por su real clemencia, mande declarar que todas las actuaciones antedichas han sido realizadas contra dichos fueros, privilegios, usos y buenas costumbres, [...] poniendo a dicho Leandro Escales en libertad.

Place a su majestad que se guarden los fueros que dispongan sobre esto.

(Traducción propia; en Ll. Guía Marín, *Cortes del reinado de Felipe IV. II. Cortes valencianas de 1645*, Valencia 1984, p. 205).

Contestar

1. ¿De qué se habla en este tema? ¿Qué relación cree que tiene con el anterior?
2. ¿Cuáles son los sectores en que se dividen el ámbito de actuación del monarca? ¿A qué cree que es debido?
 - * ¿Cuáles son los pilares materiales en los que se apoya el rey para gobernar sus territorios?
 - * ¿Cuáles son las competencias de los consejos? ¿Cuáles son las competencias de las audiencias? ¿A qué cree que obedece el ejercicio de tales competencias por parte de las instituciones reales?
3. ¿Cuál es el concepto clave de ambas lecturas?

A través de estas lecturas y de las páginas de los manuales ¿cree que tiene información para describir cómo se manifiesta la actividad de las Cortes como límite al poder real?

4. Precise un poco más ahora el tema de la primera lectura (brevemente).
¿Cuáles son los problemas más evidentes en ella de la relación rey-Cortes?
5. ¿Cuál es el hilo conductor de la segunda lectura?
- * ¿Tratan ambas lecturas del mismo problema? ¿Cuál es o cuáles son, a su entender?
 - * ¿Cree necesario añadir algo más, basándose en la información obtenida de los manuales?
6. Texto 1: ¿A qué se refiere?
- * ¿Qué relación existe entre los dos fragmentos que integran el texto 2.1?
 - * ¿Con qué relaciona el rey el contrato?
 - * ¿En qué territorios tuvo lugar lo que estos textos nos narran?
 - * ¿Qué conclusión o conclusiones se pueden extraer acerca de lo que se pone de manifiesto en este texto sobre el pacto rey-reino? Relaciónelo con la información que acerca de dicho pacto le ha proporcionado los demás materiales.
7. Ateniéndose al lenguaje empleado en ambos fragmentos ¿qué puede concluir acerca de la relación del reino con el rey? ¿Tienen algo que ver las cortes con el pacto rey-reino? ¿Por qué cree que consideraba necesario controlar el poder real? ¿Sobre qué actividad del rey se centran, principalmente, los diferentes medios de control de su poder? ¿Podría explicar la razón?

TEMA 3

El derecho.

Las leyes del rey en el entramado jurídico.- Tipos de normas.

Las recopilaciones y su significado.

Iglesia (II, 342-355); Peset (209-216; 220-222); Tomás y Valiente (377-378)

Lecturas

* B. González Alonso, “Jueces, justicia, arbitrio judicial (Algunas reflexiones sobre la posición de los jueces ante el Derecho en la Castilla moderna)”

Textos

1. Juan II, Pragmática, año 1427

2. * Constitucions de Catalunya (1495)

* Juan II, Cortes de Madrid, 1433

* A. Díaz de Montalvo, Ordenanzas reales de Castilla (1484) 2.13.16

Claves de comprensión

El orden jurídico responde, por un lado, al proceso de cambio del modelo de poder y, por otro, al modelo de sociedad que regula, lo que conduce a la permanencia, durante la Edad Moderna, de un derecho diversificado.

Una vez más, aunque resulte reiterativo, es necesario recordar que las raíces del orden jurídico de este período hay que buscarlas en la Baja Edad Media. Por ello persiste el llamado derecho común –es decir, tanto el derecho romano como el derecho canónico, con un desarrollo de elaboración fundamentalmente doctrinal y judicial– inspirando la formación del derecho de cada reino.

Es manifiesta la permanente pretensión de la monarquía de homogeneizar el derecho a través de sus cada vez más abundantes leyes dadas unilateralmente o dadas en Cortes, y de imponerlas como derecho general tanto frente al derecho particular de corporaciones, estamentos y reinos, como frente a las distintas vías existentes en este período para la integración del ordenamiento jurídico (las sentencias, la doctrina, la costumbre).

Para ello se siguieron diversos caminos: se puso énfasis en la vertiente legislativa de la potestad jurisdiccional del soberano; se legitimaron las leyes como emanación de la voluntad del príncipe (fueran o no dadas en Cortes); se recopilaron las leyes del monarca (pragmáticas y/o leyes de Cortes) para su fijación.

Pero la relevancia de las competencias legislativas del príncipe no elimina la importancia de la actividad judicial como manifestación de su jurisdicción. Vimos en el tema anterior la multiplicación de los órganos –tanto Consejos como Audiencias– que, en representación del rey y en diferentes grados, cumplían con estas funciones. Por eso es necesario atender a la actividad judicial como importante vía de integración de un derecho casuístico por naturaleza.

Tampoco este tema deja de mostrar los cambios experimentados por el derecho a lo largo de la Edad Moderna, cambios sobre los que se profundizará en el siguiente al tratar de las teorías elaboradas por los juristas en torno al orden jurídico.

Lecturas

* B. González Alonso, “Jueces, justicia, arbitrio judicial (Algunas reflexiones sobre la posición de los jueces ante el Derecho en la Castilla moderna)”, Vivir el siglo de Oro. Poder, cultura e historia en la época moderna. Estudios en homenaje al profesor Ángel Rodríguez Sánchez, Salamanca 2003, pp. 223-241.

1. La realización paradigmática del orden jurídico se concreta en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, consistente en declarar en las cuestiones litigiosas la solución ajustada a derecho y, eventualmente, en determinar e imponer la sanción en la que incurren quienes conculcan las normas.

2. En los siglos de la Edad Moderna coexistieron diversas clases de jueces y el modo en que se impartió justicia no fue homogéneo. Mediaba un abismo entre la administrada por jueces legos en derecho, no siempre asistidos por expertos en

materias jurídicas, y la de los jueces de nombramiento regio, jurisperitos de extracción universitaria o, cuando no, auxiliados por un asesor letrado.

Inmensa era, por otra parte, la distancia que separó a los jueces regios inferiores de los superiores (oidores y alcaldes de las Audiencias y Chancillerías, alcaldes de Casa y Corte, consejeros de Castilla), a los que la doctrina atribuía amplísimas posibilidades de actuación, como representantes de la persona misma del rey y juzgando en su lugar. De ahí derivaba para ellos un alto grado de discrecionalidad y el disfrute de unas facultades que los jueces inferiores no poseían.

3. El derecho del Antiguo Régimen no era un ordenamiento monista, integrado únicamente por leyes. Éstas ocupaban el lugar primordial y gozaban de primacía frente a cualquier otro sector del ordenamiento jurídico. Ahora bien, la ley regia, que era lo primero, no era lo único ni se bastaba a sí misma. Junto a ella se hallaban las normas tradicionales de cuño consuetudinario, los principios suprapositivos cuya invocación no era infrecuente, el ius commune continuamente renovado merced a las aportaciones de la doctrina.

Este derecho, aun combinando ingredientes de variada densidad era un producto esencialmente plural, elástico, incompleto. El discurso jurídico se ceñía a pautas casuísticas en la aplicación de un derecho en el que se alternaba la atención a las leyes regias con la prestada a la masa ingente de las opiniones de los doctores del derecho común.

En estas condiciones debían llevar a cabo su tarea los jueces, modulando y adaptando las normas a cada una de las múltiples situaciones que la organización de la sociedad generaba.

4. El arbitrio judicial era una pieza de la que no cabía prescindir. Considerarlo un abuso introducido por los jueces y tolerado por la corona sería incurrir en un error. Sin él el derecho del Antiguo Régimen hubiera resultado literalmente inaplicable.

Como la estructura pluralista del derecho no era caprichosa, sino que emanaba del orden social, el arbitrio judicial era el eslabón que engarzaba la justicia con el derecho y la sociedad coetáneos.

La doctrina de la época vincula el arbitrio a la justicia y la equidad, y lo coloca a su servicio como mero instrumento de las mismas. También fue la doctrina la que configuró el arbitrio y delimitó su contenido. Pugnó por encauzarlo y someterlo a la disciplina del ius (derecho), la ratio (razón) y la aequitas (equidad) porque la actividad judicial no consistía sólo en decir el derecho (ius dicere) sino también en estatuir la equidad (statuere aequitatem). El examen de la doctrina autoriza a concluir que el arbitrio no era expresión de la voluntad caprichosa del juzgador, esto es, abuso o pura arbitrariedad.

5. El arbitrio corrige el tenor de las normas vigentes o suple su silencio, permite ahondar en la consideración de las circunstancias del caso concreto. Su ejercicio no era privativo de los jueces superiores sino que se extendía a los jueces inferiores, pero no encarnaba su voluntad desnuda ni conducía por fuerza a la comisión de irregularidades y abusos. Su identificación con la arbitrariedad ignora que el derecho de la época segregó los correctivos precisos para encauzar el arbitrio y evitar su perversión.

Los jueces debían plegarse en sus decisiones a la communis opinio doctorum (opinión común de los doctores), primera barrera del arbitrio. Pero igualmente estaban limitados por el estilo judicial (los usos procesales de los tribunales), cada vez más desarrollado y con un rango que en ocasiones se equiparó al de la propia ley.

Textos

Texto 1. Juan II, Pragmática, año 1427

[...] Por ende, Yo, como rey y señor [...], de mi propio motu y cierta ciencia y poderío real absoluto, establezco y quiero y mando y ordeno por esta mi carta, la qual quiero que sea avida e guardada como ley y haya fuerza de ley, bien así como si fuese hecha en Cortes [...].

Texto 2. Constitucions de Catalunya (1495). Prólogo (Traducción propia)

Por orden de las cortes generales del principado de Cataluña, celebradas en la ciudad de Barcelona por el serenísimo Rey don Fernando primero, de gloriosa memoria, a XXXI de agosto del año mil cuatrocientos trece, fue ordenado que los Usatges de Barcelona* y constituciones de Cataluña fuesen colocados en sus propios títulos y en lengua vulgar, para que fueran generalmente comprendidos por todas las personas. Y en ejecución de dichas cosas, fueron elegidas ciertas personas por dicho señor Rey, con aprobación y consentimiento de la dicha corte, expertas y prácticas en los derechos de la tierra, las cuales con mucho trabajo y diligencia dieron obra con todo efecto, que todos los usos, constituciones de Cataluña, capítulos de corte*, Conmemoraciones* de Pere Albert y costumbres escritas de Cataluña fueron colocados con el debido orden y por títulos, según el orden de las rúbricas del Código, en lengua vulgar [...] por ser cosa tan útil y necesaria así para los juristas como para los notarios y procuradores, y más para todos los oficiales de dicho principado obligados a la observancia de aquéllos [...].

* Juan II, Cortes de Madrid, 1433

[...] A lo que me pedistes por merced diciendo que en los ordenamientos hechos por los reyes pasados, mis antecesores, y asimismo en los ordenamientos hechos por mí desde que tomé el regimiento de mis reinos, hay algunas leyes que [...] fueron temporales o hechas para lugares ciertos, y otras algunas que parecen repugnar y ser contrarias unas a otras, en que sería necesaria alguna declaración e interpretación por las dudas que de ellas nacen, que me suplicabais que quiera diputar algunas personas de mi Consejo que vean las dichas leyes y ordenamientos, así de los dichos reyes mis antecesores como mías, y desechando lo que pareciese ser superfluo, copilen las dichas leyes por buenas y breves palabras, y hagan las declaraciones e interpretaciones que entendieren ser necesarias, porque así hechas las muestren a mí para que ordene y mande que hayan fuerza de ley y las mande asentar en un libro que esté en mi cámara, por el qual se juzgue en mi corte y en todas las ciudades y villas de mis reinos.

A esto os respondo que decís bien y yo lo entiendo así mandar hacer.

* Alonso Díaz de Montalvo [1405-1499], Ordenanzas reales de Castilla, (1484), 2.13.16

Que los merinos e justicias non arrienden las rentas del rey nin sus ofiçios. El rey don Alonso en León. E ley del cuaderno de las monedas.

Los merinos, juezes e alguaciles, en los logares donde tovieren ordinaria juridiçión e poder, non sean osados de arrendar los pechos*, nin tributos, nin derechos reales, nin sus ofiçios.

Fuentes utilizadas por A. Díaz de Montalvo

1) Ayuntamiento de León 1345

12. Alo que me pedieron por merced, que mandásemos que en las çibdades e villas, e lugares de nuestro sennorio que los ofiçiales que fueren en cada una dellas que non arrienden, nin compren ellos, nin otros por ellos, nin los omes que venieren con ellos, yantares*, nin pechos nuestros, nin del lugar onde ovieren el ofiçio.

A esto respondemos que tenemos por bien que los juezes e alcalles, e merinos* e alguazilles que non arrienden en aquellos lugares [en] que an la justiçia ordinaria.

2) Leyes y ordenanzas de Segovia 1433

E mando e defiendo que los dichos adelantados* e merinos*, ni alguno de ellos, no sean osados de arrendar, ni arrienden los adelantamientos e merindades, ni persona alguna sean osadas de los arrendar, ni arrienden de ellos, so pena de la mi merced e de privación de los ofiçios; e de más, que aquéllos que lo arrendaren no puedan aver, ni ayan ni otros ofiçios algunos dende en adelante.

(En M.^a J. María e Izquierdo, Las fuentes del Ordenamiento de Montalvo, Madrid 2004, pp. 214-215)

Contestar

1. ¿De qué trata este tema? ¿De qué modo se relaciona con el anterior o con alguno de los precedentes?

2. ¿Qué sentido tiene el primer texto? ¿Con qué otro texto ya visto podría relacionarlo? ¿Por qué se hace esta equiparación entre pragmática y ley de Cortes?

* ¿Qué criterios pueden manejarse para distinguir los distintos tipos de normas del rey?

* ¿Cómo explicaría la relación entre las leyes del rey y los otros órdenes jurídicos existentes en la Edad Moderna?

3. ¿De qué trata la Lectura?

* ¿Tiene que ver lo que en ella se expone con el modelo jurisdiccional? ¿Por qué?

* ¿Cuál es la función del arbitrio de los jueces en el orden jurídico de la Edad Moderna?

* ¿Cuál es la relación existente entre las diferentes vías utilizadas para la formación del derecho?

4. Segundo texto: ¿sobre qué versan los tres fragmentos? ¿Cree que tienen relación entre sí?

¿Existe mayor relación entre algunos de ellos? ¿Por qué? ¿Tienen todos ellos el mismo origen?

¿Cuál es el contenido de las recopilaciones? ¿Qué se pretende con ellas?

* ¿Modifican las recopilaciones el derecho vigente? Razone su respuesta.

5. ¿Estaría ahora en condiciones de describir cuál es la política del rey en relación con sus normas?

TEMA 4

Humanismo jurídico. Mos gallicus y usus modernus Pandectarum.

Regalismo.

Hespanha (137-144); Peset (285-290); Tomás y Valiente (379-382)

Lecturas

* A. Mazzacane, “Sistemáticas jurídicas y orientaciones políticas y religiosas en la jurisprudencia alemana del siglo XVI”

* M. Martínez Neira, “La ilustración jurídica española”

Textos

1. Jean Doujat, Praenotiones canonicarum libri quinque

2. Melchor de Macanaz, “Pedimento fiscal”

Claves de comprensión

La crítica de los humanistas contra las tradiciones medievales se extendió a los diferentes campos de los saberes de la época.

En el ámbito jurídico, el humanismo renacentista, se abrió a las corrientes críticas frente al antiguo “modo” de elaborar la doctrina (mos italicus), atacando el escaso conocimiento filológico de los juristas medievales, las lagunas de las fuentes utilizadas así como sus defectuosas lecturas y su nula acomodación histórica.

Para superar las deficiencias que encontraban en los juristas de los siglos precedentes, los humanistas profundizaron en el conocimiento de la lengua latina y aprendieron la griega. Se preocuparon por situar en la historia los textos y las instituciones jurídicas del Corpus iuris. Gracias a estos conocimientos y también a la búsqueda de nuevas fuentes, dirigieron su mirada hacia el derecho romano clásico pero igualmente hacia la literatura clásica griega y latina (“humanidades”) para hacer “renacer” a sus autores, todo ello bajo una nueva óptica.

En estas circunstancias, se fue debilitando la autoridad del derecho romano como depósito de la equidad ruda y fundamento último del derecho positivo. Adelantemos ya, lo veremos en el tema 6, que su pérdida de trascendencia tuvo que ser colmada con otros materiales; el vacío fue ocupado paulatinamente por el derecho natural racionalista, que, de todos modos, nunca alcanzó a eliminar por completo el derecho romano, carente ya de sus atributos medievales.

La crítica al tratamiento medieval de los textos romanos tuvo diferentes manifestaciones en los diferentes territorios europeos bajo influencia del derecho común. Dada la contribución de la teología a la construcción del derecho, el resultado de la reforma en el seno de la Iglesia –no solo en el ámbito religioso sino, desde luego, también en el político– condicionó la actitud adoptada en los distintos territorios frente a la renovación humanista, tanto en la profundidad con que fue acogida como en su desarrollo.

Estas corrientes jurídicas de los primeros siglos modernos no resultaron ser una simple elucubración teórica sobre el modo de tratamiento y de interpretación de los textos, ni tan solo la difusión de nuevos métodos para la enseñanza del derecho. Si estos cambios por sí solos ya hubieran significado ver los textos, y por lo tanto construir la doctrina, con otros ojos, el sustentar los intereses de los diferentes poderes estuvo muy presente en las elaboraciones de los juristas humanistas.

Lecturas

* A. Mazzacane, “Sistemáticas jurídicas y orientaciones políticas y religiosas en la jurisprudencia alemana del siglo XVI”, Studi di Storia del diritto medioevale e moderno, Bologna 1999, pp. 213-217; 232-235; 244-246; 251.

1. A partir de las enseñanzas de Savigny, entre los rasgos más relevantes de la jurisprudencia humanística se ha venido destacando, hasta nuestros días, el método sistemático de elaboración del derecho privado romano. Junto a ello, se ha señalado, como una segunda aportación, la indagación histórico-filológica sobre las fuentes antiguas. Ambas vías serían el origen de las principales direcciones emprendidas por la romanística, culminadas y superadas en la

síntesis realizada por Savigny y por la pandectística durante el siglo XIX. En breve, aquella sistematización del derecho constituiría el primer paso para esa otra sistematización que constituye la conquista irrenunciable y definitiva del “pensamiento jurídico” de los dos últimos siglos.

Pero esta visión se está liberando ya, en muchos aspectos, de los esquemas interpretativos elaborados por la pandectística; se pone en duda el desinterés de aquellos juristas por las cuestiones prácticas; se atiende a su método sistemático en el tejido discursivo de su época sin entender necesariamente que resultara más moderno [que el anterior].

Este tipo de interpretaciones sobre las experiencias del pasado corren el riesgo de reducir cualquier análisis a una búsqueda equivocada de sorprendentes anuncios de una forma de entender el derecho más tardía, como arquitectura lógico-formal completa y autosuficiente, concepción ésta que no aparece en el horizonte conceptual de la cultura europea sino a finales del siglo XVIII, con Kant y con los kantianos, con el idealismo y con Savigny. En el humanismo jurídico, en cambio, la ciencia del derecho (iuris scientia) está conectada con el ars, –con la buena técnica competente– y con la prudencia –una virtud moral e intelectual de jurisconsulto–. Es doctrina, es decir se trata de un saber acumulado por el intérprete quien lo ordena y lo expone siguiendo cierto orden.

Es, sin embargo, innegable que el abandono del procedimiento exegético medieval que consistía en ilustrar los preceptos jurídicos según el “orden legal” – es decir, siguiendo el orden de las “leges” contenidas en el corpus iuris– sustituyéndolo por un tratamiento lineal y relativamente poco extenso pero abarcando todo el derecho romano estudiado sobre sus fuentes “auténticas”, favoreció la formación de definiciones abstractas y de principios generales no contradictorios, útiles ambos para confirmar o rechazar interpretaciones controvertidas y para formular reglas innovadoras.

Pero con ello, esta sistemática humanista no respondía solo a necesidades teóricas. Afrontaba problemas concretos en la aplicación del “derecho común” y expresaban también opciones de naturaleza política particularmente urgentes en un período de crisis del Imperio y de formación de estados territoriales.

2. En los debates de la jurisprudencia humanista se manifiesta un desacuerdo en la valoración del “estado de la res publica” y diferentes opiniones sobre los cambios a introducir. En el seno de una cultura en gran parte común a todos los contendientes, se ponían de manifiesto ideas semejantes en las exigencias fundamentales aunque difirieran en las soluciones por tener distintas fuentes de inspiración tanto en el plano político como en el religioso. Solo reconduciéndolas a este contexto es posible encontrar significado a discusiones que, de otro modo, parecen vagas e improductivas. Así, mientras en Francia las condiciones de una monarquía independiente permitían e incluso exigían el rechazo del derecho romano de los bartolistas, en Alemania, el equilibrio político y religioso de la primera mitad del siglo XVI, aún no destruido totalmente por la Reforma, parecía estar ligado, para algunos, a la continuidad del sistema imperial. Su conservación era la garantía más eficaz contra las guerras desencadenadas por el furor teológico (Zasio), la condición necesaria para cultivar el ideal erasmista de la unidad de los cristianos (Amerbach).

En 1547-1548 la debilidad del edificio que Carlos V se esforzaba por construir era evidente. La guerra enterraba el mito de la unidad que se dio por concluso en la paz de Augsburgo (1555) al sancionar un compromiso entre las religiones que imponía a cada uno la obligación de observar la confesión oficial del propio principado (cuius regio eius et religio).

El proceso de formación de las Iglesias territoriales y la integración de las instituciones eclesiásticas en la esfera del príncipe le dio un impulso decisivo al reforzamiento interno de los estados alemanes, atenuando el papel supremo atribuido al Imperio al tiempo que se cerraban los espacios para los “herejes” y los enemigos del orden.

La construcción de una nueva “enciclopedia” del saber jurídico estaba en función de aquel mundo cuyos problemas más urgentes eran tanto el asentamiento normativo e institucional de los principados como sus efectos sobre las relaciones entre luteranos y calvinistas y de éstos con otros grupos. De modo que la polémica contra el bartolismo y contra el abuso del comentario no era el resultado de una crítica solo contra la tradición o meramente gramatical. Del mismo modo, la indagación filológica no nació del purismo de los latinistas o del placer por la erudición. En Alemania, lacerada por las luchas confesionales, tanto

la filología aplicada a los textos del derecho romano como su reorganización en compendios y la reforma didáctica se tiñeron de un carácter religioso que las aproximaba entre sí. No había detrás unos objetivos simplemente intelectuales. Se trataba de abrir la vía a una renovación del saber capaz de satisfacer las exigencias de la práctica pero también de reflejar los valores esenciales del “auténtico” cristiano, de sus elecciones éticas, civiles y religiosas.

3. La idea de transformar los estudios y de realizar una síntesis de las instituciones del derecho civil buscaba organizar sobre nuevas bases, en una enciclopedia clara y exhaustiva, todo el cuerpo normativo heredado de la tradición, pero trataba también de reformar el ordenamiento en vigor.

Así por ejemplo, Konrad Lagus (1500-1546): su derecho civil no se agotaba en el derecho “imperial” (el derecho romano con la integración del canónico), sino que sus esfuerzos se dedicaron también a la sistematización del derecho territorial – en concreto el de Sajonia–. Su construcción “metódica” aspiraba a configurar el régimen jurídico del principado como un conjunto ordenado, lo que no quiere decir dotado de una rígida concatenación unitaria completa y totalizadora (como ocurrirá en el siglo XVIII) sino estructurado sobre numerosos dualismos: derecho romano-derecho canónico; derecho común del Imperio-derecho común del territorio de Sajonia; derecho escrito-costumbre; derecho regional-derecho municipal y sus respectivas subespecies (derecho feudal y derecho mercantil-derecho estamental y derecho de las corporaciones).

4. Así pues, el esfuerzo de los juristas alemanes durante el siglo XVI es inseparable de los procesos de asentamiento de la sociedad y de sus instituciones, en particular del problema de la definición de los ordenamientos de los estados territoriales en su relación con la tradición romanista y con el sistema imperial. Es necesario ponerlo de relieve porque éstos son aspectos descuidados normalmente por la historiografía.

* M. Martínez Neira, “La ilustración jurídica española”, en Gregorio Peces-Barba y otros (eds.), Historia de los derechos fundamentales, Madrid 2001, vol. 2-1, pp. 394-396.

1. El humanismo jurídico, que se desarrolló a fines del siglo XV, aplicó el método filológico al estudio del derecho. Esto supuso la desmitificación del derecho romano que ya no se veía como modelo de todo orden jurídico, sino sólo como el derecho del pueblo romano, y como tal se estudiaba con un interés erudito, en el contexto de otras fuentes de la antigüedad clásica. Esta nueva perspectiva, produjo así la historificación del derecho romano, su encuentro con la historia. Todo este proceso no era aséptico, tenía un interés ideológico. Por un lado, enfrentarse al texto romano despojado de las cargas medievales era enfrentarse al individualismo propio de Roma –que había sido asfixiado por la estructura corporativa medieval– precisamente en un momento histórico de donde arranca la valoración del individuo propia de la modernidad. Por otro, esta nueva visión del derecho romano permitía al derecho regio alcanzar una primacía que hasta ahora se le había negado.

En efecto, el fortalecimiento de la monarquía que se produjo con el abandono del medievo no sólo se hizo frente al poder nobiliario y otras varias instancias como eran los reinos, los municipios o las universidades, sino también frente al poder de la Iglesia en materias políticas y económicas. Para ello el monarca intentaba imponer su derecho frente al denominado derecho común, que estaba imbuido de las doctrinas del derecho canónico y que por lo tanto defendía una serie de prerrogativas del poder de Roma.

2. En el siglo XVII abundan juristas que defienden los derechos inalienables de la monarquía –las regalías– frente a la jurisdicción eclesiástica, por lo que se denominarán regalistas. Éstos se afanarán en el estudio del derecho regio, denominado también derecho patrio o nacional, buscando en él una legitimación frente a lo que exponía la doctrina del derecho común, al que calificaban de derecho extranjero.

Puede afirmarse que la doctrina regalista en España arranca en 1633 con el memorial de Chumacero y Pimentel presentado a Urbano VIII en nombre de Felipe IV sobre agravios y abusos del tribunal de la Nunciatura. Después se suceden los autores de esta corriente durante el siglo XVII: Gerónimo de Ceballos, Frasso, Salgado, González de Salcedo, Solórzano, Larrea. Figura destacada fue desde luego Melchor de Macanaz (1670-1760).

Frente a Roma los regalistas eran unos patriotas, amaban a su rey y pretendían el fortalecimiento de su poder –que era el fortalecimiento del reino– para favorecer así el desarrollo de las reformas necesarias. Se entiende bien que estos letrados, metidos en asuntos de gobierno, deseosos de realizar reformas, vieran todo tipo de privilegios como obstáculos para su tarea y, frente a ello, promovieran la autoridad real para la que trabajaban. Buenos católicos, al menos en las formas – Macanaz asistía diariamente a misa–, pedían a la Iglesia que no invadiera la esfera política.

3. El regalismo no era sólo cuestión de poder, de autoridad, sino también –y no de manera secundaria– una cuestión económica. Para extender el poder se necesitaba dinero y para hacer las reformas también. Muchas de las fuentes de esos recursos públicos estaban en manos de la Iglesia. El regalismo era, así, una lucha por esas fuentes. Esto se observa con claridad en el “Pedimento fiscal” de Macanaz, cuyo trasfondo era sobre todo económico, pues trataba de impedir que Roma continuara recaudando fondos de los patrimonios españoles. Así, se pedía que las dispensas matrimoniales fuesen una competencia regia, o que los eclesiásticos seculares y regulares participaran en los repartimientos generales. Incluso, llegó Macanaz a proponer al Consejo de Castilla que los confesores no pudieran aconsejar donaciones a favor de la Iglesia. No extrañará que el 31 de julio de 1714 el cardenal Del Giudice publicase en París la condena del pedimento de Macanaz junto a los libros de Barclay y Talon, dos grandes regalistas franceses.

4. En una carta de Macanaz a Belluga, obispo de Murcia, a raíz de los privilegios eclesiásticos sobre la tasa de la sal, leemos: «Lea V.E. los concilios generales, los hechos apostólicos y la doctrina de la Iglesia de los catorce primeros siglos y no hallará cosa que favorezca su idea [...] Déjese V.E. de Juan Gutiérrez que ha perdido a muchos muy cuerdos y vea los hechos de las Cortes de los Reyes, las leyes de San Fernando y doctrinas conciliares en que se funda [...]». Ese volver a la doctrina de la Iglesia de los primeros catorce siglos, ese ir a los acuerdos de cortes, a la legislación de Fernando III... es un recurso político de su tiempo al que Macanaz está acostumbrado desde sus años universitarios. De ahí el interés que tenía por la historia de España, que era un interés político, de ahí el interés por el derecho patrio, que necesitaba de la historia para su conocimiento: todo era un intento de legitimación. En efecto, los regalistas acudían al derecho patrio

para declarar como indiscutible la autoridad de los reyes en el gobierno de lo temporal, entendido éste en sentido amplio como gobierno de lo político, en el que se incluía la amortización* eclesiástica o el examen y retención de bulas*.

Textos

Texto 1. Jean Doujat [1609-1688], Praenotiones canonicarum libri quinque (1687), Venecia, 1762 [En R. Aznar i Garcia, “Humanismo y derecho canónico”, Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija, 8 (2000), pp. 65 y 67]

[...] Así pues, los alumnos más avanzados no deben ser enseñados por medio de compendios (por esta vía jamás se ha alcanzado la cima de la ciencia); sino conducidos a las mismas fuentes, a los mismos cánones, a las decretales mismas, junto con las leyes afines que conviene explicar detalladamente. Y creo que está muy probado lo que sostiene Boetius Epo, en el capítulo segundo de su libro De iure sacro: haber sido para él un escrúpulo primordial no interpretar el derecho pontificio sino desde sus fuentes; escrúpulo que recomienda grandemente a sus sucesores en esta clase de oficio y aún más a toda la posteridad. De este modo, son discernidos perfectamente los verdaderos de los falsos, los olvidados de los recibidos.

Texto 2. Melchor de Macanaz [1670-1760], “Pedimento fiscal” (1714)

40. Los Señores Reyes de España, desde el principio de su restauración, dieron también en erigir [convertir] las Mezquitas en templos, dándoles rentas, y después han ido fundando y dotando por sí y, en virtud de su licencia, sus mismos vasallos todos los Conventos, Iglesias y Patronatos que España tiene; y de aquí provino poner también en ellas los eclesiásticos de su aprobación, como explicó el Pontífice Urbano II en su Bula el año 1095 y han justificado después acá otros muchos sucesores en la Santa Sede [...]. De poco tiempo a esta parte, se concordó quedar el Rey con la elección de los Obispos y el Papa con la aprobación, a cuya concordia ha faltado la Corte Romana, no sólo por haberse negado a la aprobación de los presentados por S.M. [...] sino por haber también al mismo tiempo aprobado S.S. los presentados por el Archiduque [Carlos de

Austria], bien que en vasallos de S.M., rebeldes, escandalosos, ignorantes y llenos de vicios y pecados públicos [...].

Contestar

1. En este tema se sigue hablando del derecho: ¿desde qué punto de vista se produce la aproximación? ¿Cómo podría relacionarse con alguno o algunos de los precedentes?

2. Explique qué plantea el llamado humanismo jurídico.

¿Qué información le proporciona, en este sentido, el texto 1?

* ¿Por qué se le llama “humanismo”?

* ¿Qué consecuencias tuvieron los planteamientos de los humanistas sobre el valor que, desde la Baja Edad Media, se le había otorgado al derecho romano? Argumente su respuesta.

3. ¿Podría establecer diferencias entre el antiguo mos italicus y el nuevo mos gallicus?

¿Habría que dar por supuesto que el mos gallicus desterró el modelo anterior?

En el seno de las corrientes del humanismo jurídico, vistas aquí desde una óptica bastante general, ¿qué matices cree que introduce el usus modernus Pandectarum?

4. ¿Cuáles son, en su opinión, las ideas más relevantes que pueden extraerse de la primera lectura en relación con la aportación del humanismo jurídico?

¿Cree que le aporta alguna información suplementaria que no le hayan proporcionado los restantes materiales?

5. Explique la segunda lectura mediante la exposición de sus ideas principales.

* ¿De qué se habla en el texto 2? Póngalo en relación con esta segunda lectura

* ¿Podría hallar algún nexo entre las dos lecturas propuestas en este tema?

6. Para acabar, ¿cree que tuvieron alguna consecuencia para el poder real los planteamientos del humanismo? Argumente su respuesta.

TEMA 5

El siglo XVIII: el poder como jurisdicción y la “monarquía administrativa”.- El régimen de nueva planta.

A la búsqueda de un nuevo origen del poder: el contrato social.

Escudero (752-754); Tomas y Valiente (369-374)

Lecturas

* B. Sordi, “Justicia y administración”

* B. González Alonso, “Las raíces ilustradas del ideario administrativo del moderantismo español”

* C. Garriga, “El corregidor* en Cataluña (Una lectura de la obra de Josep M. Gay Escoda)”

Textos

1. Marqués de la Ensenada, “Representación a Fernando VI” (1751)

2. Real Decreto de Felipe V de nueva planta para los reinos de Aragón y de Valencia (29 de junio de 1707)

3. Thomas Hobbes, *Leviatán*, II Parte “Del Estado”, cap. 17

4. John Locke, Ensayo sobre el gobierno civil, caps. 8, 13, 19

Claves de comprensión

Desde mediados del siglo XVII, y sobre todo a partir del XVIII, el proceso de ampliación del poder regio está encontrando nuevas vías de actuación. La antigua jurisdicción medieval ha visto cómo la actividad de decir derecho a través de la ley trata de situarse en un lugar preeminente, tal y como lo contempla el concepto de ‘soberanía’. Ésta se define en el ámbito del poder como jurisdicción, por lo que toda la actividad del príncipe queda sujeta al procedimiento cuyas fases han de ser observadas necesariamente para dotarle de legitimidad, pero también sometiéndola a límites.

Así, si a comienzos de la Edad Moderna los soberanos vieron necesario el aumento del número de Audiencias y de Consejos, se fue abriendo otro proceso – para el ejercicio de las actividades gubernativas, más ++ que las de justicia– que

buscaba una actuación más ágil tratando, además, de evitar las constricciones de un modelo excesivamente limitado por el “procedimiento” propio de la vía jurisdiccional.

Por esta razón y porque el monarca se ocupa cada vez de un mayor número de cuestiones difíciles de encuadrar en el concepto de ‘decir el derecho’, se han ido gestando nuevos instrumentos que permiten, por un lado, legitimar y, por otro, facilitar el gobierno de los reinos. Es visible, sobre todo a partir de la segunda mitad del siglo XVII –y en la Monarquía Hispánica a partir del siglo XVIII– que la actividad de gobierno o de policía, adquiere un gran peso entre las competencias del monarca, que toma la iniciativa para impulsar actividades (fomento) en campos a los que no les había dedicado atención o al menos no se la había dedicado de modo preferente (economía, comercio, industria, el conocimiento y su difusión...).

Surge así lo que los historiadores han dado en llamar la ‘monarquía administrativa’, un término que indica la existencia de una nueva lógica del poder, sin querer dar a entender con ello la existencia de una administración semejante a la que nace junto al Estado liberal o de una función gubernativa específica dotada de identidad propia y de autonomía, y sin que desaparezca tampoco el marco jurisdiccional a través del cual se sigue interpretando el ejercicio del poder.

Todo ello contribuía al robustecimiento del poder absoluto de los monarcas europeos. Y en este contexto se produjo en los territorios de la monarquía hispánica –en unos con mayor extensión que en otros– cambios jurídicos e institucionales coincidiendo con la llegada de la dinastía borbónica al trono –la guerra de Sucesión proporcionó la oportunidad–. Algunos se manifestaron a lo largo del siglo XVII y, quizá menos sistemáticamente, incluso desde el siglo XVI. Pero a partir del reinado de Felipe V, aun con dificultades, encontraron mayor arraigo.

En cuanto al origen del poder, siguen vigentes las teorías que indican su origen divino. Coexistiendo con ellas, en esta línea de fortalecimiento de la posición del soberano, el pensamiento racionalista del siglo XVII lo situó en la sociedad, en la comunidad política, cuyo nacimiento era debido a un acto humano voluntario

plasmado en un acuerdo para instituir la –el llamado pacto social o pactum societatis–, otorgando después al soberano el poder de regirla.

Lecturas

* B. Sordi, “Justicia y administración”, en M. Fioravanti (ed.), El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho, Madrid 2004, pp. 72-76.

1. Las monarquías de la Edad moderna se vieron obligadas a aumentar progresivamente su radio de acción hacia nuevas competencias. La cultura política francesa, en el curso del siglo XVII, comprobó que a la antigua justice se había unido el apartado de la finance y el amplio territorio de la police, actividades todas ellas manifiestamente administrativas pero que no suponían, de ningún modo, la puesta a punto de una “función administrativa” sino que confluyeron, como nuevas actividades, en el contexto conceptual de un modelo jurisdiccional de poder.

2. La carga de estas actividades recaía sobre los entes intermedios, que en el Antiguo Régimen fueron los encargados de satisfacer las necesidades colectivas. Desde la cúspide del poder se comprobaba el correcto cumplimiento de todos los nuevos deberes públicos que el soberano iba introduciendo poco a poco. Aunque ello provocó el crecimiento cualitativo y cuantitativo de los órganos regios, no reclamó la invención de ninguna nueva función.

3. Durante los siglos XVII y XVIII los soberanos absolutos fueron comprendiendo que el tradicional gobierno a través de tribunales podía ser un obstáculo para sus nuevas exigencias fiscales y militares. Y es que los ministros y oficiales regios habían acabado por considerar sus oficios como una especie de propiedad estamental, sustrayéndolos a la disponibilidad del príncipe.

Por ello, los monarcas trataron de establecer una organización “alternativa” respecto a la tradicional, basándola no en el “oficio” sino en la “comisión”, es decir no en una delegación de poder permanente y jurídicamente definida, sino en un título procuratorio revocable en cualquier momento. A través de esta

técnica se creaba una rama de la burocracia real que iba a funcionar con una lógica distinta a la del universo jurisdiccional.

4. Los comisarios potenciaron la tradicional capacidad del príncipe de juzgar por sí mismo. La figura del monarca continuó siendo la del rey-juez y la nueva realidad no apareció institucionalmente hasta finales del Antiguo Régimen.

Los mismos autores del constitucionalismo del siglo XVIII, cuando elaboran la primera versión de la separación de poderes, no tienen en la mente el formalizar un “poder administrativo”.

* B. González Alonso, “Las raíces ilustradas del ideario administrativo del moderantismo español”, De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi, Madrid 1995, pp. 161-168, 172-179.

1. En el siglo XVIII las instituciones regias se organizaban en cuatro sectores: justicia, gobierno, hacienda y guerra. Esta clasificación se había gestado lentamente desde el siglo XV y era común a todas las monarquías occidentales. Por lo que se refiere a las materias de justicia y de gobierno, su diferenciación conceptual no se tradujo en la adscripción de unas y otras a órganos también diversos ni siquiera en pleno siglo XVIII.

La delimitación de los asuntos gubernativos fue siempre problemática, solapándose con otras nociones que alcanzaron gran difusión en dicha centuria. Pensemos en lo relacionado con la policía, término que aglutinaba un conjunto de asuntos objeto de la actuación de los organismos públicos que los contemporáneos oponían a menudo a los de justicia, y suponía la expansión de la acción de gobierno hacia ámbitos antes descuidados. Comprendía todo lo que podía contribuir a la felicidad de los súbditos mediante su protección y defensa así como mediante el fomento del bienestar.

2. Pero a lo largo del siglo XVIII, junto a la superposición de gobierno y policía, tiene lugar un segundo proceso por el cual la policía va quedando reducida, en sentido estricto, a los asuntos de seguridad interior y de orden público, y en sentido lato va transmutándose en administración.

Ya a mediados del siglo el objetivo por excelencia de la actuación gubernativa se cifraba en el fomento (de las fábricas, de la ganadería, de la agricultura..., en suma de la población y de las fuentes de riqueza), contribuyendo a impulsar la actividad del poder público y provocando transformaciones en el tradicional ramo de gobierno, la primera de ellas en lo que atañe a sus relaciones con el de justicia. La concurrencia de ambos ramos en unos mismos órganos era la norma (aunque ya hubo críticas desde mediados del Setecientos propugnando el reparto de las distintas atribuciones entre órganos diferentes) y llegó incluso al siglo XIX.

Otra de esas transformaciones se materializó en una pugna entre los partidarios y los oponentes de desgajar lo civil [modelo jurisdiccional de poder] de lo militar.

* C. Garriga, “El corregidor* en Cataluña (Una lectura de la obra de Josep M. Gay Escoda)”, Initium. Revista catalana d’Història del dret, 3 (1998), 535-541, 545-551, 572-574, 578-581

1. Con los decretos de Nueva planta, abolición, uniformidad, castellanización son las nociones básicas que entran en el juego de poder. La nueva planta catalana (decreto de 1715) intentó convertirse en modelo a seguir para la articulación institucional del dominio político sobre los restantes territorios.

Hubo un objetivo irrenunciable: la efectiva implantación de la soberanía real absoluta. ¿Cuáles fueron los medios para llevarla a cabo? ¿Qué instrumentos institucionales tenía a su disposición el rey a principios del siglo XVIII? Frente a los Consejos y la tradicional vía de consulta, Felipe V primó desde un primer momento el gabinete y la vía reservada para la adopción de decisiones que expresaban la voluntad real (secretarios de Estado y del despacho).

Por otro lado, el proyecto político de Felipe V obliga a plantearse qué tipo de agente requería su puesta en práctica. Este problema no se planteó en abstracto, sino en plena ocupación militar de unos territorios ganados para el rey por la fuerza de las armas. A la hora de organizar el gobierno, esta situación tuvo su importancia como argumento en pro de los militares. El decreto de 1715 dispuso

las cosas de tal modo que diez de los doce corregimientos que preveía pudieran ser conferidos sin ninguna dificultad a militares.

3. ¿Era posible el nuevo gobierno mediante viejos oficiales? ¿Podían los letrados dependientes del Consejo [Real de Castilla] ejecutar la política de nueva planta, definida en el gabinete y en buena medida contra su criterio? El problema del oficial, al mismo tiempo agente y obstáculo de la política real cobra una dimensión extraordinaria. ¿Por qué los militares como agentes administrativos?

Entre 1716 y 1808 hubo en Cataluña cinco corregidores de capa y espada y tan sólo dos letrados. En el reinado de Fernando VI, los corregimientos tenían de facto un régimen muy distinto del tradicional castellano, determinado por el estatus militar de sus titulares. Aunque la militarización no siguió el mismo camino en cada uno de los corregimientos, el verdadero carácter de la política de nueva planta no por casualidad resultó encarnado en un aparato militar de dominación.

Durante los primeros años de su implantación, los corregidores actuaron sin más instrucción que la Instrucción secreta de 1716 –hasta que en 1737 se redactaron las públicas– que, en las competencias del corregidor, no daba primacía a la vertiente de justicia sino a la de gobierno.

La designación de militares para los corregimientos parece implicar el ejercicio separado del gobierno político y de la justicia que integran el oficio de corregidor. Por esta vía el gobierno político quedaba liberado de la vis atractiva de la justicia y podía ser ejercido más fácilmente con otros criterios que ésta.

Textos

Texto 1. “Consulta” de la Cámara de Castilla, 11 de noviembre de 1720 [En E. Giménez López, *Gobernar con una misma ley. Sobre la Nueva Planta borbónica en Valencia, Alicante, Universidad de Alicante, 1999, p. 33*]

[A los gobernadores militares] [...] los Gobiernos no se les dieron por tiempo limitado, ni en los militares concurren ley y costumbre de mudarlos cada tres años como sucede con los Corregimientos, aunque V.M. se reserva siempre la

facultad de mudarlos o deponerlos cuando haya motivo, o sea cuando sea del Real Agrado.

* “Consulta” de la Cámara de Castilla, 21 de octubre de 1765 [En E. Giménez López, *Gobernar con una misma ley. Sobre la Nueva Planta borbónica en Valencia, Alicante*, Universidad de Alicante, 1999, p. 43]

[...] Las leyes del Reino recomiendan y piden sabiduría, práctica y blandura en los corregidores*, y [...] para este oficio prefieren y tienen por más útiles a los letrados que a los que se han empleado en el uso de las armas.

Texto 2. Marqués de la Ensenada [1702-1781], “Representación” (1751) [En P. Fernández Albaladejo, *Fragmentos de monarquía*, Madrid, Alianza, 1993, p. 408]

[...] Conviene reglar los tribunales, y si fuese sobre el pie de Francia, resultaría gran beneficio al reino. En tal caso se emplearían en lo que es de su natural y primitivo instituto, que es el ejercicio de la justicia civil y criminal [...].

Texto 3. Real Decreto de Felipe V de nueva planta para los reinos de Aragón y de Valencia, de 29 de junio de 1707, *Novísima Recopilación de las leyes de España*, 3,3,1.

Considerando haber perdido los Reynos de Aragón y Valencia [...] por el delito de rebelión que cometieron faltando enteramente al juramento de fidelidad que me hicieron como a su legítimo Rey y Señor, todos los fueros, privilegios, exenciones y libertades que gozaban, y que con tan liberal mano se les habían concedido, así por mí como por los Señores Reyes mis predecesores [...], y tocándome el dominio absoluto de los referidos Reynos de Aragón y Valencia, pues a la circunstancia de ser comprendidos en los demás que tan legítimamente poseo en esta Monarquía, se añade ahora la del justo derecho de la conquista que de ellos han hecho últimamente mis Armas con el motivo de su rebelión; y considerando también que uno de los principales atributos de la Soberanía es la imposición y derogación de leyes, las cuales con la variedad de los tiempos y mudanzas de costumbres podría yo alterar aun sin los graves y fundados motivos y circunstancias que hoy concurren para ello en lo tocante a los

de Aragón y Valencia. He juzgado por conveniente, así por esto como por mi deseo de reducir todos mis Reynos de España a la uniformidad de unas mismas leyes, usos, costumbres y Tribunales, gobernándose igualmente todos por las leyes de Castilla (tan loables y plausibles en todo el Universo), abolir y derogar enteramente, como desde luego doy por abolidos y derogados, todos los referidos fueros, privilegios, práctica y costumbres hasta aquí observadas en los referidos Reynos de Aragón y Valencia [...].

Texto 4. Thomas Hobbes [1588-1679], Leviatán (1655), II Parte, “Del Estado”, cap. 17 [Edición y traducción C. Mellizo, Madrid, Alianza, 1999]

La causa final, propósito o designio que hace que los hombres [...] se impongan a sí mismos esas restricciones de las que vemos que están rodeados cuando viven en comunidad (commonwealth), es el procurar su propia conservación y, consecuentemente, una vida más grata. Es decir, que lo que pretenden es salir de esa insufrible situación de guerra que [...] es el necesario resultado de las pasiones naturales del hombre cuando no hay un poder visible que los mantenga atemorizados y que, con la amenaza del castigo, los obligue a cumplir sus acuerdos y a observar las leyes de naturaleza [...]. Si no hay un poder instituido, o ese poder no es suficientemente fuerte para garantizar nuestra seguridad, cada hombre habrá de depender, y podrá hacerlo legítimamente, de su propia fuerza e ingenio para protegerse de los otros hombres [...].

[...] Lo que se requiere es un poder común que mantenga atemorizados a los súbditos y que dirija sus acciones al logro del bien común. El único modo de erigir un poder común que pueda defenderlos de la invasión de extraños y de las injurias entre ellos mismos, dándoles seguridad que les permita alimentarse con el fruto de su trabajo y con los productos de la tierra y llevar así una vida satisfecha, es el de conferir todo su poder y toda su fuerza individuales a un solo hombre o a una asamblea de hombres que, mediante una pluralidad de votos, puedan reducir las voluntades de los súbditos a una sola voluntad [...]. Esto es algo más que consentimiento o concordia; es una verdadera unidad de todos en una y la misma persona, unidad a la que se llega mediante un acuerdo de cada hombre con cada hombre [...]. Una vez hecho esto, una multitud así unida en una persona [= un cuerpo] es lo que llamamos comunidad [política] (commonwealth), en latín civitas (ciudad). De este modo se genera ese gran Leviatán, o mejor, para

hablar con mayor reverencia, ese dios mortal a quien debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y seguridad [...].

Esa persona del Estado está encarnada en lo que se llama el soberano, de quien se dice que posee un poder soberano; y cada uno de los demás es su súbdito.

Texto 5. John Locke [1632-1704], Ensayo sobre el gobierno civil (1690)

Cap. 8

95. Siendo [...] los hombres libres, iguales e independientes por naturaleza, ninguno de ellos puede ser arrancado de esa situación y sometido al poder político de otros sin que medie su propio consentimiento. Éste se otorga mediante pacto hecho con otros hombres de juntarse e integrarse en una comunidad destinada a permitirles una vida cómoda, segura y pacífica de unos con otros, en el disfrute tranquilo de sus bienes propios, y una salvaguardia mayor contra cualquiera que no pertenezca a esa comunidad. Esto puede llevarlo a cabo cualquier cantidad de hombres, porque no perjudica a la libertad de los demás, que siguen estando, como lo estaban hasta entonces, en la libertad del estado de Naturaleza. Una vez que de hombres ha consentido en constituir una comunidad o gobierno, quedan desde ese mismo momento conjuntados y forman un solo cuerpo político, dentro del cual la mayoría tiene el derecho de regir y de obligar a todos.

96. En efecto, una vez que, gracias al consentimiento de cada individuo, ha constituido cierto número de hombres una comunidad, han formado, por ese hecho, un cuerpo con dicha comunidad, con poder para actuar como un solo cuerpo, lo que se consigue por la voluntad y la decisión de la mayoría [...].

[...]

99. [...] Quienes saliendo del estado de Naturaleza se constituyen en comunidad, entregan todo el poder necesario para las finalidades de esa integración en sociedad a la mayoría de aquélla... Y se da por supuesto que esto lo realizan por el simple hecho de unirse dentro de una sociedad política, no requiriéndose otro pacto que ése entre los individuos que se unen o que integran una comunidad. Tenemos, pues, que lo que inicia y realmente constituye una sociedad política cualquiera no es otra cosa que el consentimiento de un número cualquiera de

hombres libres capaces de formar mayoría para unirse e integrarse dentro de semejante sociedad. Y eso, y solamente eso, es lo que dio o podría dar principio a un gobierno legítimo.

[...]

106. [...] El comienzo de la sociedad política depende del consenso de los individuos para reunirse e integrar una sociedad. Una vez integrados esos individuos, pueden establecer la forma de gobierno que juzguen más apropiada [...]. Agreguemos a ello que la monarquía es una forma de gobierno sencilla y que se ofrece espontáneamente a los hombres [...].

[...]

Cap. 13

149. [...] Le queda siempre al pueblo el poder supremo de apartar o cambiar a los legisladores, si considera que actúan de una manera contraria a la misión que se les ha confiado [...]. En ese caso, el poder volverá por fuerza a quienes antes lo entregaron; entonces, éstos pueden confiarlo de nuevo a las personas que juzguen capaces de asegurar su propia salvaguarda [...].

Cap. 19

243. Para terminar. El poder que cada uno de los individuos entregó a la sociedad al entrar a formar parte de la misma no puede revertir de nuevo al individuo mientras la sociedad subsista, sino que permanecerá siempre en la comunidad, porque sin eso no podría existir comunidad política, lo cual sería contrario al convenio primitivo[...].

(Madrid, Aguilar, 1990)

Contestar

1. ¿Cuáles son las cuestiones fundamentales tratadas en este tema?

Diga qué puntos de los temas anteriores pueden tener relación con él.

2. ¿De qué habla la primera lectura? Exponga las ideas principales que se pueden extraer de la misma.

* Y la segunda lectura: ¿De qué habla?

¿Tiene puntos en común con la primera? ¿Cuáles?

3. Exponga las ideas principales de la tercera lectura.

¿Podría conectarla con las dos anteriores?

¿Con la información que las lecturas le proporcionan, podría explicar en qué consisten los cambios que se aprecian en el ejercicio del poder de la “monarquía administrativa”?

4. Los cambios de los que venimos hablando ¿suponen una merma del poder del monarca? Razone su respuesta.

5. Texto 2: ¿Cuál es la causa de las reformas introducidas con los decretos de nueva planta para la Corona de Aragón? ¿Y cuáles, en términos generales, sus consecuencias jurídicas e institucionales?

*¿Qué argumentos se utilizan en el decreto para legitimar las medidas que en él se toman?

* ¿Se podrían concretar, a partir de este texto y con la ayuda de los manuales, cuáles fueron los cambios introducidos a comienzos del siglo XVIII por Felipe V?

* ¿Encajan estas medidas en el modelo de las monarquías del Setecientos de las que trata este tema?

6. ¿Con los materiales utilizados para este tema, cree que hay diferencias apreciables entre el rey-juez medieval y el rey de finales del Antiguo Régimen dedicado a actividades administrativas? Razone su respuesta.

7. * Resumen del texto de Hobbes.

¿Cuál es el fin del pacto según este autor?

¿Dónde coloca Hobbes el origen del poder? ¿Qué consecuencia(s) deriva(n) de este origen?

* Destacar las semejanzas del texto de Locke con el de Hobbes.

¿Existen también diferencias destacables? ¿Cuáles? Razone su respuesta.

TEMA 6

El derecho natural racionalista.

La Ilustración y el código.

Hespanha (145-172); Peset (291-296; 252-258)

Lecturas

* G. Tarello, “Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y estructura de los códigos”

Textos

1. Hugo Grocio, De iure belli ac pacis, (1625), Prolegómenos

2. Samuel Pufendorf, De iure naturae et gentium, (1672), libro II, cap. 3 “De la ley natural en general”

3. Christian Thomasius, Fundamentos de derecho natural y de gentes (1705).

* Índice

* Capítulo V § 33

Claves de comprensión

La actitud crítica frente a la concepción medieval del mundo –presuntamente establecido por obra de la voluntad divina y sin posibilidad de intervención por parte del hombre– abrió un proceso que condujo hacia un predominio de la razón humana (“racionalismo”) en busca del fundamento de toda la actividad del hombre –y por ende del orden social, político y jurídico– en una naturaleza cuyas leyes podían ser ahora conocidas mediante la intervención humana, gracias a la razón.

La utilización, por parte de los juristas, de los nuevos instrumentos metodológicos utilizados para elaborar las “ciencias de la naturaleza” aproximó la doctrina jurídica al more geometrico, al modelo de la geometría. La razón interviene en esta elaboración, pero no lo hace de cualquier manera, sino siguiendo un método, un sistema que le permite alcanzar la verdad.

Construido matemáticamente, concebido como “sistema”, surge en el siglo XVIII el concepto de ‘código’ como ley, una ley cuyo contenido deriva, a través de la lógica, de los principios del derecho natural conocidos mediante la razón. Con carácter unitario y uniforme, el código era dado por el príncipe para todos sus territorios.

Basándose en el derecho natural racionalista surgieron interpretaciones no sólo sobre la ley real sino también sobre el poder, la sociedad, etc., en un afán de legitimar al soberano absoluto del Antiguo Régimen. Pero al mismo tiempo, las teorías acerca del hombre, su libertad, la propiedad, la igualdad y los derechos abrieron otras vías que dieron lugar a otros resultados: los procesos revolucionarios y el establecimiento de los regímenes liberales.

Lecturas

* G. Tarello, “Ideologías del siglo XVIII sobre la codificación y estructura de los códigos”, en *Cultura jurídica y política del derecho*, México 1995, pp. 39-47

1. El término código hace referencia a un libro de reglas jurídicas organizadas según un sistema (un orden) y caracterizadas por la unidad de materia, vigente para toda la extensión geográfica de una unidad política, dirigido a todos los súbditos o sujetos a la autoridad política, querido y publicado por esta autoridad, que abroga todo el derecho precedente sobre la materia por él regulada y por ello no integrable con materiales jurídicos antes vigentes, y destinado a durar mucho tiempo.

Se trata de un término especializado que corresponde al surgimiento de una novedad en las organizaciones jurídicas de la Europa continental entre finales del siglo XVIII y XIX.

Muchos Estados europeos se dieron códigos, en el sentido nuevo y especializado de la palabra, códigos civiles, penales, comerciales, de procedimiento civil y de procedimiento penal.

2. Si se analiza el sentido del vocablo código salta a la vista la escasa compatibilidad ideológica de sus dos rasgos característicos: a) el carácter de libro de leyes hecho por alguien, destinado a los súbditos de la autoridad política de quien hace el libro, para estar vigente en el área sobre la que se extiende aquella autoridad, y b) el carácter de libro de leyes sistemático dotado de unidad de materia y destinado a la larga, más bien ilimitada, duración.

El primer rasgo indica un acto de voluntad (derecho arbitrario), concreta e históricamente determinada; el segundo indica la existencia de un sistema no en un momento determinado sino siempre y donde quiera que sea (derecho natural).

El primer elemento indica que el derecho es voluntad de la autoridad suprema, y de ello se deducen algunas consecuencias, sobre todo la de que la voluntad es mutable en el tiempo. Pero, además, si el derecho es voluntad de la autoridad, el área de vigencia del derecho coincide con la esfera territorial de esa autoridad. Esto lleva, en el siglo XVIII, a dos consecuencias: una, la identidad del derecho dentro de cada Estado, superando el particularismo regional; la otra, la diferenciación del derecho de los diferentes Estados, superando la noción geográfica de “derecho común”.

Otra consecuencia de la idea de derecho como voluntad de la autoridad es que el derecho no consta de afirmaciones sino de mandatos. Por ello el derecho debe ser publicado para que no deje lugar a dudas. Esta preferencia por la ley publicada (ley-documento frente a costumbre y práctica judicial) ha tenido un importante papel en la tendencia hacia el código.

3. El segundo elemento pone de manifiesto una de las grandes corrientes ideológicas de la cultura jurídica entre finales del XVII y finales del XVIII. Para ésta (Leibniz, Wolff) el derecho es el conjunto de las proposiciones jurídicas verdaderas; entonces a) el derecho es coherente; b) entre las proposiciones jurídicas se establecen relaciones lógicas; c) el derecho aún no conocido se descubre mediante la lógica a partir de las proposiciones jurídicas conocidas. Por ello, una gran cantidad de material jurídico puede reducirse a un pequeño librito en el que conste solamente la lista de las proposiciones jurídicas fundamentales verdaderas (o axiomas jurídicos).

Estas proposiciones se ordenan en un sistema, es decir según un orden: de los axiomas generales y fundamentales a las proposiciones más particulares, de tal manera que cada proposición está en relación sistemática, lógica y conceptual con todas las demás. Estas ideas llevan a los códigos, en los que las normas en ellos ordenadas toman la forma de proposiciones.

4. Aparece así el primer código moderno, bajo Federico II de Prusia, en 1794 (el Allgemeines Landrecht für die Königlich-Preussischen Staaten, el “Derecho patrio general para los estados de la monarquía prusiana”), considerado como la transcripción, en términos de voluntad innovadora, de un "sistema" ideado para describir y conocer el derecho viejo.

Dicho “sistema” se convirtió en la técnica para hacer los códigos, fruto de una voluntad innovadora y esencialmente racionalizadora para sistematizar el derecho antiguo (de manera predominante el sector del derecho romano).

Esta técnica tendía a producir códigos con pretendida duración; pero esta pretensión encontraba obstáculos precisamente en el hecho de que algunos sectores del derecho no se adecuaban a una disciplina durable. Los principales objetos de los códigos fueron, desde la segunda mitad del siglo XVIII, el derecho civil y el derecho penal. Un particular filón de la ideología jurídica racionalista, desde la segunda mitad del XVII, indicó que el derecho civil era el campo privilegiado para un código sistemático y duradero (Jean Domat), pues en él se hallan las cualidades “naturales” que, por ello, son duraderas. Y Domat descubrió que estas cualidades naturales y duraderas coincidían, en gran parte, con los contenidos del derecho civil romano.

5. Estas corrientes ideológicas, a la pregunta de ¿qué es el derecho?, respondieron que el derecho eran “las leyes”, y coincidieron en afirmar que éstas debían ser simples, claras y pocas, breves y concisas.

Textos

Texto 1. Hugo Grocio [1583-1645], De iure belli ac pacis (1625), Prolegómenos

6. Entre las cosas que son propias del hombre se encuentra el deseo de sociedad, es decir, de comunidad. Y no de cualquier forma, sino tranquila y ordenada, conforme a la condición de su entendimiento con los que pertenecen a su especie [...].

8. La conservación de esta sociedad propia del entendimiento humano es la fuente de su derecho, del que propiamente se designa con este nombre. A esto pertenece la abstinencia de lo ajeno, la restitución si tenemos algo de otro o de ello hemos obtenido alguna ganancia, la obligación de cumplir las promesas, la reparación del daño que se causa con culpa, y el merecimiento de la pena entre los hombres.

Texto 2. Samuel Pufendorf [1632-1694], De iure naturae et gentium (1672), libro II, cap. 3 “De la ley natural en general”

1. La condición natural del hombre, que no permite [...] que actúe únicamente por capricho, sin tener ningún principio fijo de conducta, hace necesario examinar ahora cuál es la regla más general de las acciones humanas; es decir, la que cada uno sigue en su calidad de animal racional. Ésta es lo que se llama ordinariamente derecho de la naturaleza o ley natural; y a la que también podría llamarse ley universal porque todo el género humano está obligado a observarla, o ley perpetua porque la misma no está sujeta a cambios, como las leyes positivas [...].

Texto 3

Christian Thomasius [1655-1728], Fundamentos de derecho natural y de gentes (1705)

* [Índice]

Capítulo I. Sobre la naturaleza moral del hombre

Capítulo II. Sobre las pasiones del ánimo

Capítulo III. Sobre los distintos bienes [= virtudes, pasiones] y costumbres de los hombres

Capítulo IV. Sobre las normas de la conducta humana, el consejo y la imposición

Capítulo V. Sobre el derecho natural y de gentes

Capítulo VI. Sobre el principio del derecho natural y de gentes y los principios de la justicia, el decoro y la honestidad

Capítulo VII. Sobre las normas de aplicación

* Capítulo V § 33, “Sobre el derecho natural y de gentes” [Traducción, S. Rus Rufino y M^a A. Sánchez Manzano, Madrid, 1994]

Por su parte, el derecho natural, como está escrito en los corazones de cualquier persona, no necesita ser revelado por otros ni de una autoridad exclusiva; por eso se llama divino, a saber, porque tiene su origen en el autor de toda naturaleza, también de la naturaleza humana, en Dios.

Contestar

1. ¿Existen en este tema, a su juicio, conexiones con alguno o algunos de los anteriores? Señálelas.

* ¿Por qué se habla de un derecho natural ‘racionalista’?

* ¿Qué comentarios le sugiere el índice de los Fundamentos de derecho natural y de gentes de Thomasius?

* A tenor de la información que sobre el iusracionalismo ha obtenido de los manuales, ¿qué puede decir sobre el texto de Thomasius?

2. Poniendo ahora dicha información en relación con lo que vimos en el tema 4 – dedicado al humanismo– ¿qué lugar vino a ocupar el derecho natural racionalista?

¿Significó la total desaparición del orden jurídico que trataba de sustituir? Cualquiera que sea su respuesta, exponga sus razones.

3. ¿Existe algún nexo entre los dos textos 1 y 2?

* ¿Qué dice Grocio en este breve fragmento?

* ¿Le traen este autor a la memoria otras ideas ya vistas en algún texto anterior?

* ¿Qué expone Pufendorf en este fragmento?

4. Con la lectura de Tarello nos adentramos de nuevo en el mundo de la producción de normas en el contexto del racionalismo jurídico. ¿Cuál es el

modelo para elaborar un derecho “racional”? ¿Qué consecuencias se derivan de ello para el mundo del derecho?

* Trate de enumerar las características del modelo ‘código’ con el cual se pretende dar forma a la ley.

De los textos aquí recogidos, ¿aporta alguno de ellos afirmaciones útiles para la construcción del concepto de ‘código’?

* ¿Aportaban los códigos alguna novedad al modelo jurídico del Antiguo Régimen?

¿Reportaban alguna ventaja para la legislación procedente del rey? Razone su respuesta.

En resumen, ¿responden a una cuestión de mera técnica jurídica o sirven otros intereses?

5. Puesto que ésta es la última pregunta a responder antes de entrar en el bloque de temas de la Edad contemporánea, trate de señalar, a modo de recapitulación, los rasgos que definen el modelo jurídico anterior a la implantación del liberalismo.

TEMA 7

La época de la revolución.

La sociedad de clases. ¿Existió la “burguesía”?

El Estado liberal.- El Estado de derecho.

La separación de poderes.

Tomás y Valiente (401-406, 420-427)

Lecturas

* J. Cruz, Los notables de Madrid. Las bases sociales de la revolución liberal española

* M. Fioravanti, “Estado y constitución”

Textos

1. Montesquieu, Del espíritu de las leyes, libro XI, cap. VI

2. A. de Tocqueville, El Antiguo Régimen y la Revolución

3. * J.G. Fichte, Discursos a la nación alemana

* E. Renan, ¿Qué es una Nación?

* Emmanuel Sieyès, ¿Qué es el tercer estado?

Claves de comprensión

Las revoluciones liberales señalan el fin del Antiguo Régimen. Fueron los protagonistas de la “revolución” quienes utilizaron el término: en América con un uso más próximo al sentido tradicional de vuelta de las cosas a su orden regular, con un nuevo significado en Francia, como ruptura con el modelo anterior para instaurar un orden también nuevo. Pero cada nación, tanto en Europa como en América, hizo su revolución, condicionada por la propia situación que se pretendía superar por ese medio. Hay que atender, por tanto, a la existencia, más o menos duradera, de continuidades.

Se debe hacer notar que por mucho que tuvieran el término “pueblo” en su vocabulario, las revoluciones, a lo largo del Novecientos, perdieron o carecieron de carácter democrático y éste tardó prácticamente un siglo para adquirir carta de naturaleza. Igualmente, si “revolución” fue el concepto utilizado por los actores

de los cambios, no emplearon el de “burgués” ni el de “burguesía” para identificarse.

El término nación comenzó a llenarse de un contenido político que no había tenido durante el Antiguo Régimen, hasta el punto de convertirse en titular de la soberanía que hasta entonces residía en el monarca. Al tiempo, el modelo liberal empieza también a construir un fuerte aparato político, el Estado, como organización con personalidad propia, en dialéctica con la pretendida entronización del individuo y de sus derechos. En el modelo continental, este Estado puede calificarse, en sus inicios, como un Estado “legalista” –en el que el derecho se identifica con la ley– para pasar a considerarse, sólo más tarde, como “Estado de derecho”. Se debe evitar, por lo tanto, la creencia de que la revolución liberal es el momento del nacimiento del Estado de derecho que, por su parte surge con una fuerte intención de moderación de las consecuencias más radicales de la revolución.

La separación de poderes que se fue diseñando e incardinando en el modelo político liberal a través de los textos constitucionales había nacido en el Antiguo Régimen –aunque no se había materializado sino en el modelo británico– como una fórmula más para limitar el poder del monarca absoluto. Con ella se pone fin, teóricamente, al modelo jurisdiccional de poder.

Lecturas

* J. Cruz, Los notables de Madrid. Las bases sociales de la revolución liberal española, Madrid 2000, pp. 274-285

1. El concepto de burguesía no tiene una definición simple y ha variado a lo largo de la historia dependiendo del lugar.

La consideración acerca del concepto de burguesía ha oscilado entre planteamientos excesivamente restrictivos o exageradamente abiertos. Vicens Vives consideró que entre 1750 y 1833 la burguesía la formaban exclusivamente los comerciantes sin almacén abierto y los fabricantes e industriales de algodón y seda, y tan sólo los de Cádiz y Cataluña.

La historiografía marxista amplió mucho más el contenido (empresariado capitalista, propietarios de la tierra, artesanos y maestros gremiales, parte de la pequeña nobleza y, en general, todos aquéllos que, sin ser propietarios, defendieron la ideología liberal), concibiendo algunos historiadores (Ruiz Torres) la burguesía como una clase media procedente de la transformación de varios grupos sociales situados entre la nobleza y el pueblo, cuyo núcleo lo constituían los profesionales liberales y los intelectuales. Su principal característica la constituiría su heterogeneidad.

La noción de “burguesía” se convierte así en una especie de cajón de sastre que puede ser cualquier cosa menos una clase social y no ayuda a comprender la historia porque deja fuera muchos grupos sociales y muchas variables acerca de sus características, de sus sistemas de valores, de sus a menudo cambiantes posturas políticas.

2. En el libro al que pertenecen estas líneas se presentan las biografías familiares de una serie de personas que vivieron en la misma época, muchas de ellas compartiendo ideas y empresas políticas y económicas. Pese a ello, por la diversidad de sus orígenes sociales, de la naturaleza y procedencia de su riqueza y de sus relaciones no formaban parte de una misma clase social. Más bien constituyeron un conglomerado de clases caracterizado por su posición de dominación social. Por eso es preferible hablar de grupo dominante o, a lo sumo, de clases medias y altas porque el concepto de burguesía resulta insuficiente.

3. No hay lugar tampoco para hablar de una clase ascendente en formación. Desde luego que hubo también nuevos ricos, pero el elemento nuclear de este grupo, que formó la elite política y administrativa en la transición del siglo XVIII al XIX, lo constituyó un conjunto de familias cuyo estatus y riqueza no habían sido adquiridos recientemente.

Lo que surgió de este proceso fue una sociedad de notables que combinaba los nuevos hábitos surgidos del régimen político liberal con comportamientos y estructuras tradicionales que sólo la transformación económica hizo desaparecer. Se trataba de una sociedad de rasgos oligárquicos.

* M. Fioravanti, “Estado y constitución”, Constitución. De la Antigüedad a nuestros días, Madrid 2001, pp. 132-143.

1. El constitucionalismo posterior a la Revolución aceptó la herencia que ésta dejó: la supremacía de la ley y el principio de igualdad. Pero cerró filas contra esta imagen cuando se le superpuso otra en la que el protagonista era el pueblo soberano dotado de un poder constituyente, en esencia, privado de límites.

Durante toda la primera mitad del siglo XIX preocupaba la estabilidad de la obligación política, puesta en peligro por una interpretación radical de la Revolución; es decir, se admitía la Revolución en sus contenidos y principios, pero con la condición de que no diera lugar a un movimiento generalizado de continua puesta en discusión de los poderes constituidos.

2. Dicha preocupación por la estabilidad dio lugar a un auténtico pensamiento contrarrevolucionario que negaba de raíz las ideas mismas de los derechos individuales y de la constitución escrita, y que buscaba un núcleo fundamental estable, sustraído a la fuerza corrosiva de la lucha política, a la influencia de los intereses particulares y, así, a la ilimitada y permanente soberanía del pueblo. Esta idea, que venía de Alemania, era la de la constitución estatal defendida por primera vez por Hegel (1770-1831) en La Constitución de Alemania. Hegel lamentaba que los alemanes considerasen “constitución” lo que no era sino “un catastro de los derechos constitucionales más diversos adquiridos, a la manera del derecho privado”, mediante contratos, pactos, actos de arbitraje, sin más sanción formal que, en ocasiones, la de las sentencias de los tribunales. Alemania estaba, pues, condenada a sucumbir en el plano político porque tenía una constitución jurídica establecida contractualmente y, como tal, exigible ante los tribunales, pero no tenía una constitución estatal en la que se expresase la existencia de un Estado, de un principio político común dotado de autoridad propia. Un Estado que, para Hegel, tenía una dimensión institucional formada por la burocracia, la administración financiera y el ejército.

La constitución estatal era, pues, la norma de derecho público llamada a imponerse sobre la tradicional estructura privada de la [antigua] constitución estamental y feudal, cuya finalidad era la de combatir todo tipo de privatismo, en particular el que derivaba de una concepción de la constitución como pura norma

de garantía de las propiedades y de los derechos de los individuos. En definitiva, la constitución había de combatir el antiguo privatismo de los estamentos pero también el moderno de los individuos, ya que tanto uno como otro destruían el principio de unidad política y reducían el Estado a mero resultado de un contrato entre partes siempre susceptible de revocación.

Lo que realmente afirmaba la constitución estatal era la soberanía del Estado que hacía impensable la soberanía de cualquier sujeto político al margen de la constitución, ya fuera el monarca, ya el mismo pueblo. La constitución, además, no es algo que viene dado, que resulte de la voluntad de un sujeto y, por ello, pudiendo siempre disponer de ella. Así entendida ya no era simplemente una norma que ordenaba los poderes y garantizaba los derechos, sino que era más bien el orden fundamental de la convivencia civil.

3. El mensaje que venía de Alemania era bastante claro: una constitución fuerte, representativa de un sólido vínculo entre las fuerzas sociales, llamada a producir un poder público igualmente fuerte, es decir un Estado soberano, capaz de imponer la primacía del interés general sobre los intereses particulares. Este mensaje fue recibido de distintas maneras en la misma Alemania y, posteriormente, en otros países europeos (Prusia, Bélgica).

Así coincidió inevitablemente, en la cultura constitucional del siglo XIX, la soberanía del Estado con la soberanía del ordenamiento jurídico dado por ese mismo Estado que, con sus reglas, anulaba la soberanía política del monarca o del pueblo y la transformaba en poderes jurídicamente regulados insertos en ese mismo ordenamiento. Esto era el Estado de derecho que, precisamente en los últimos años del siglo, asumió su forma teórica definitiva gracias a la obra de Georg Jellinek (1851-1911).

4. En la reflexión de Jellinek, la mejor garantía para los derechos de los individuos y de los ciudadanos viene dada por el Estado de derecho, por el principio del Estado soberano a cuya ley están confiados los derechos. Para él “la Constitución del Estado comprende los principios jurídicos que determinan cuáles son los órganos supremos del Estado, el modo de su formación, sus relaciones recíprocas y su esfera de acción y, en fin, la posición fundamental del particular respecto al poder del Estado”.

La constitución es esencial para la vida del Estado, pero además la relación entre uno y otra es tan estrecha que hace imposible tanto la existencia del Estado sin constitución como la de la constitución sin Estado. Ya está lejano el tiempo inmediatamente posterior a la Revolución en el que a través de la constitución se expresaban los valores y principios políticos, como el de la soberanía del pueblo, o se emprendían batallas, como la de la limitación de los poderes. Ahora la constitución existe sólo y exclusivamente para sostener un Estado soberano, para organizarlo, disciplinarlo, limitarlo; sin él, la constitución carecería de fundamento. El triunfante Estado de derecho sometía la misma democracia y el mismo principio de soberanía popular. Este Estado venía a dar una respuesta fuerte y adecuada a la necesidad de estabilidad que atravesaba la Europa liberal, negando el origen revolucionario del derecho público europeo y manifestándose de manera explícita contra el principio democrático.

Textos

Texto 1. Montesquieu [1689-1775], Del espíritu de las leyes (1748), libro XI, cap. VI, "De la constitución de Inglaterra" (Traducción propia)

Hay en cada Estado tres suertes de poderes: la potestad legislativa, la potestad ejecutiva de las cosas que dependen del derecho de gentes, y la potestad ejecutiva de las que dependen del derecho civil. Por la primera, el príncipe o el magistrado hace leyes, para cierto tiempo o para siempre, y corrige o abroga las hechas. Por la segunda, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadores, establece la seguridad, previene las invasiones. Por la tercera, castiga los crímenes o juzga los litigios de los particulares. Llamaremos a esta última la potestad de juzgar, y a la otra simplemente la potestad ejecutiva del Estado.

[...]

Cuando están reunidas en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados la potestad legislativa y la potestad ejecutiva no existe libertad porque es de temer que el propio monarca, o el propio senado haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco existe libertad si la potestad de juzgar no está separada de la potestad legislativa y de la ejecutiva. Si estuviese unida a la potestad legislativa, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería

arbitrario pues el juez sería legislador. Si estuviese unida a la potestad ejecutiva, el juez podría alcanzar la fuerza del opresor.

Texto 2. Alexis de Tocqueville [1805-1859], El Antiguo Régimen y la Revolución

[...] Mirabeau escribía secretamente al rey: “Comparad el nuevo estado de cosas con el antiguo régimen [...] La idea de no formar más que una única clase de ciudadanos le habría gustado a Richelieu: esta superficie igualitaria facilita el ejercicio del poder. Muchos reinados del gobierno absoluto no habrían hecho tanto por la autoridad real como este año de revolución.

(Madrid, Alianza, 1989, I, p. 58)

Texto 3. Johann.-Gottlieb Fichte [1762-1814], Discursos a la nación alemana, [1807-1809]

Reseña del contenido del discurso decimotercero. Continuación del análisis iniciado

[...] Quienes hablan la misma lengua están unidos entre sí por una serie de lazos invisibles, simplemente por naturaleza, y mucho antes de cualquier artificio humano; se entienden entre sí [...], pertenecen al conjunto y constituyen por naturaleza un todo único e inseparable [...]. Como consecuencia de esta frontera interior levantada por la naturaleza espiritual del hombre mismo, resulta la frontera exterior del lugar donde se habita. Y considerando el aspecto natural de las cosas, resulta que los hombre en modo alguno constituyen una unidad de pueblo por el hecho de vivir rodeados de montañas y ríos, sino al revés, los hombres viven juntos, rodeados de ríos y montañas, si la suerte así lo ha querido, porque ellos ya antes, por una ley muy superior, formaban una unidad de pueblo.

(Barcelona, 1984, p. 235)

* Ernest Renan [1823-1892], ¿Qué es una nación? (1882)

[...] Las naciones [...] son algo bastante nuevo en la historia. La antigüedad no las conoció [...] La nación moderna es [...] un resultado histórico producido por una serie de hechos convergentes [...].

La consideración etnográfica no ha existido [...] para nada en la constitución de las naciones modernas [...]. La verdad es que no hay raza pura y que hacer

descansar la política sobre el análisis etnográfico es hacerla apoyarse sobre una quimera [...].

Lo que acabamos de decir de la raza debe decirse de la lengua. La lengua invita a la unión, pero no fuerza a ella. Estados Unidos e Inglaterra, la América española y España, hablan la misma lengua y no forman una sola nación. Por el contrario, Suiza, tan bien construida [...], cuenta con tres o cuatro lenguas. Hay en el hombre algo superior a la lengua: es la voluntad. La voluntad de Suiza de permanecer unida, pese a la variedad de estos idiomas, es un hecho bastante más importante que una similitud a menudo obtenida mediante vejaciones [...].

(Madrid, Alianza, 1987)

Texto 4. Emmanuel Sieyès [1748-1836], ¿Qué es el tercer estado? (1789)

Capítulo V

[...] La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ella sólo existe el derecho natural. Si queremos hacernos una idea justa de la serie de leyes positivas que pueden emanar de su voluntad, vemos en primera línea las leyes constitucionales [...]. La constitución no es obra de un poder constituido, sino del poder constituyente.

[...]

Sería ridículo suponer que la nación estuviera sujeta a sí misma por las formalidades o por la Constitución a que ha sometido a sus mandatarios. [...] La nación se forma tan sólo por derecho natural. [...] No sólo la nación no está sometida a una Constitución, sino que no puede estarlo, no debe estarlo, lo que equivale a decir que no lo está.

[...]

Las naciones de la tierra deben concebirse como individuos [...] en estado natural. El ejercicio de su voluntad es libre e independiente de toda forma civil. [...] Una nación no sale nunca del estado de naturaleza, [...] es independiente de toda forma; y de cualquier manera que quiera, basta con afirmar su voluntad para que todo derecho positivo se interrumpa ante ella como origen y dueña suprema de todo derecho positivo

(Madrid, Alianza, 1989, 81-181, pp. 145-148)

Contestar

1. ¿A qué momento histórico corresponde este Tema?
¿De qué modo se relaciona este tema con el anterior? ¿Y con otros de los ya trabajados?
*¿Podría decir que tiene una idea cabal de lo que es la revolución liberal? Trate de exponerla.

2. ¿Qué propone la primera lectura?
¿Podría deducir de ella alguna conclusión que le permitiera comprender quiénes son los protagonistas de la revolución en España?

3. ¿De qué habla el primer texto?
¿A quién están referidas esas “tres suertes de potestad” de las que habla Montesquieu? O si lo prefiere ¿quién es el titular de las mismas? ¿A qué conclusión le lleva esto?
* Así pues ¿en qué contexto político y doctrinal surge la idea de “separación de poderes”? ¿Cuál es su contenido? ¿Con qué objeto se formula?
* ¿Por qué cree que se incluye en este tema sobre la revolución liberal un texto de Montesquieu?

4. ¿Existen continuidades entre la “monarquía absoluta” y el Estado liberal? Razone su respuesta, tanto si es afirmativa como negativa.
¿Le indica algo en este sentido el texto 2? ¿Podría explicar el significado de las palabras de Mirabeau citadas por Tocqueville?

5. A través del texto 3 ¿podría decir cuál es la idea de nación para Fichte? ¿Y para Renan?
¿Cree que podría derivarse alguna consecuencia de estas dos diferentes maneras de concebir la nación?

6. ¿De qué nos habla la segunda lectura?
¿Qué significado tiene su inclusión en este tema?
* ¿Qué información le proporciona el texto 4 para comprender la revolución? ¿Qué relación tiene con la ‘invención’ del Estado de derecho?
* ¿Podríamos afirmar que revolución da lugar a la instauración inmediata del Estado de Derecho?

¿Podría establecer, sirviéndose de esta lectura, algunas de las características del llamado “Estado de Derecho”? ¿De dónde deriva, en todo caso, esta construcción?

¿Tiene el nacimiento del ‘Estado de derecho’ rasgos democráticos?

TEMA 8

Las fuentes de creación del derecho.- La ley y el código.

La ciencia jurídica.

Gacto Fernández (341-347); Hespanha (173-179, 196-202); Tomás y Valiente (483-492)

Lecturas

* P. Grossi, “Una fuente novísima para la nueva cultura jurídica”

* P. Caroni, “El código para una nueva sociedad”

Textos

1. Montesquieu, Del espíritu de las leyes, libro I, cap. III

2. Code civil des français, Título preliminar

3. * Art. 6 Código civil (1888-1889)

* Art. 1.691 LECivil (1881)

Claves de comprensión

Para comprender lo que el nuevo orden liberal pretende conseguir, es necesario tener siempre presente lo que hemos venido viendo en los temas anteriores. El nuevo modelo –que no es el único de los posibles– aun rechazando el pasado – como ocurre en el caso francés y, por otras vías, en el alemán– trae causa y hunde sus raíces en el racionalismo, como no podía ser de otra manera.

En el modelo que surge tras la Revolución francesa, la pluralidad de fuentes del “antiguo régimen” se reduce a una única –pretensión que, a estas alturas no nos puede sorprender–: la ley (principio de legalidad), general y abstracta, para todos por igual (igualdad ante la ley) como medio de superar la sociedad de cuerpos y privilegios.

La ley emanada de la voluntad general se convierte en el centro del sistema jurídico, con exclusión (a partir del modelo revolucionario francés) de todas las demás “fuentes de creación” (sentencias, costumbre, doctrina). Es elaborada por un poder legislativo –con exclusión de los otros dos– que, como representante de

quien ostenta la titularidad de la soberanía, pretende ser superior al ejecutivo y al judicial (jerarquía normativa o legislativa).

Si éste es el modelo con mayor influencia en el español, existen en el occidente revolucionario otros sistemas de fuentes con una concepción diversa de las mismas (el inglés –con evidente proyección en el americano– y el alemán). Estos distintos modelos dieron lugar igualmente a corrientes doctrinales y a construcciones jurídico-políticas con enfoques diferentes.

El código, solución jurídica ideal que nació del racionalismo ilustrado para resolver los problemas a los que se enfrentaba la potestad legislativa del monarca, tuvo su apogeo con la instauración del sistema jurídico liberal basado en la ley. Éste supo eliminar las trabas que en el Antiguo Régimen impedían el establecimiento de códigos generales para todos los habitantes de un mismo territorio –principio de igualdad, abstracción de la ley–, permitiendo así unificar la legislación. Para el sistema que había entronizado la ley como sinónimo de derecho, el código resultaba ser la mejor expresión posible de esa ley.

Lecturas

* P. Grossi, “Una fuente novísima para la nueva cultura jurídica”, Convegno ‘Il bicentenario del Codice napoleonico’, Roma, 2006, pp. 19-42

1. En 1804 los tiempos estaban maduros para la aparición del Code. A finales del Setecientos se habían producido dos de sus presupuestos: el movimiento de la Ilustración jurídica y la Revolución francesa. El iluminismo jurídico, concreción del pensamiento iusnaturalista, estaba convencido de poder construir un orden jurídico racional tendente a la universalidad, la generalidad y la abstracción. Es necesario añadir una característica específica: su idealización del príncipe y su confianza en que habría de hacer una correcta lectura y consiguiente traducción en normas del orden natural. Se trataba de una visión optimista de la voluntad soberana encarnada en leyes generales y abstractas, ciertas, claras y racionales.

La Revolución absorbió los planteamientos iluministas incardinándolos en una realidad histórica concreta, no ya la ‘corporación de corporaciones’ del Antiguo

Régimen sino una renovada construcción estatal compacta, no debilitada por la estructura corporativa del pasado.

La Revolución, además, hundió el cuchillo en el viejo pluralismo de las fuentes sustituyéndolo por un derecho legal general, abstracto y rígido. El derecho se engarza con la ley, es decir, con la voluntad soberana que se corresponde con la voluntad de la nación.

2. El Code civil supone la entrada de las reflexiones de la Ilustración y presupone la ruptura de la plurisecular tradición jurídica. Sin estos acontecimientos históricos, un producto jurídico similar sería impensable. Todavía en 1797, Portalis animaba a renunciar a la “peligrosa ambición” de redactar un código. El proyecto codificador tomó forma con la Revolución, ya en 1790, al hilo del debate sobre la reforma judicial: debía redactarse un “código general de leyes simples y claras, y ajustadas a la Constitución”. Napoleón hizo suyo el diseño codificador, incluyéndolo en la trama de su proyecto hegemónico, encarnando a la perfección al príncipe fuerte de la Ilustración, pero también al Estado centralizador y controlador de la revolución jacobina. El Código se separó de la geometría ilustrada para identificarse como una de las piedras angulares del poder napoleónico.

3. El Code civil representa el triunfo del legalismo. La ley consigue, finalmente, penetrar en el terreno de las relaciones privadas. El derecho es ya, plena y definitivamente, estatal. Se separa y se destaca respecto a las más recientes realizaciones ilustradas (el Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis, el Allgemeines Landrecht prusiano...). El código prusiano dejó en pie los derechos locales, situándose frente a ellos en una relación de subsidiariedad; el estamento seguía siendo protagonista; los sujetos seguían siendo diversos y estando discriminados; permanecía intacta la secular estructura socio-económica.

En el Code civil, el sujeto es el sujeto unitario del derecho civil, que coincide con el individuo abstracto del derecho natural, más un modelo de individuo que un personaje real. Pero por ello, dotado de una igualdad jurídica que alcanza también a los bienes.

La trama interna del Code, construida sobre las nociones de ‘sujeto’ y de ‘bien’, rompe también con el pasado. Pero más aún que la trama, existe un elemento de fondo que se afirma como rotura fundamental con la tradición jurídica prerrevolucionaria: se trata, precisamente, de su posición como fuente del derecho civil, pasando del viejo pluralismo a una rígida visión monista.

Las relaciones privadas habían sido una zona reservada a la disciplina del derecho consuetudinario. Incluso el edificio colbertiano de las ordenanzas, con la Ordonnance civile reguló el procedimiento pero dejó intacto el terreno del derecho civil sustantivo.

En 1804 se lleva a cabo una revolución incruenta pero total en relación con las fuentes jurídicas. El orden jurídico privado se encontró reducido y encerrado en tres libros divididos en 2.281 artículos. Era claro el objeto que Napoleón y sus colaboradores tenían: ocuparse de todo el derecho civil y disciplinarlo, desde las personas a la familia, de la propiedad y los derechos reales a los contratos y obligaciones y a la sucesión por causa de muerte.

4. Para el historiador del derecho, la novedad del Code está en un plano que no le hace asimilable a ningún experimento precedente: se trata de un modo totalmente nuevo de concebir y de resolver la producción del derecho, sobre todo en una zona que durante el antiguo régimen resultaba ajena a la ingerencia del poder. En este sentido, el Código es hijo genuino de la Revolución rígidamente interpretada, al menos en este punto, por Bonaparte: la exigencia de controlar todo el derecho, incluido el privado.

5. Se ha afirmado que en el Code no deja de haber rastros del antiguo derecho —muchos de ellos por inspiración de Domat y de Pothier—: por ejemplo, el propio droit coutumier, empezando por la costumbre de París. Pero a esto cabe hacerle dos precisiones. Para los redactores del código, no se trataba de ‘antiguo derecho’ sino de ‘derecho francés’, es decir, derecho nacional.

La segunda precisión, de mayor relieve, tiene que ver con la estrecha relación entre estas opciones y la enorme presencia de Napoleón en la comisión para la redacción del código. No se limitó a bendecir la labor de de sus miembros sino que trató de moldear el texto ajustándolo a su propio proyecto político. Para ello

no tuvo inconveniente en rechazar soluciones jurídicas del pasado próximo para buscarlas en un pasado más remoto (al regular, por ejemplo la potestad marital, que quedó muy fortalecida). Pero tampoco se trataba de un homenaje al viejo derecho sino de un cálculo político.

6. También la red conceptual es novedosa: sujeto unitario y abstracto. Y si pasamos a las instituciones basilares de su estructura, propiedad y contrato, la conclusión se confirma: no se trata ya de las propiedades del antiguo derecho, sino de la propiedad única ligada a la libertad del individuo; no ya de los contratos, sino del contrato como intercambio libre, testimonio de la voluntad individual.

Se debe añadir una observación. Es obvio que, en el plano de los contenidos, el pasado deja oír su voz. La composición de la comisión redactora tenía una vertiente técnica dominada por juristas que habían actuado, durante largo tiempo, en el tejido jurídico del Antiguo Régimen. Dicho esto, examinando el Code globalmente a través de su laboriosa preparación y de su estructura final, queda patente que fue una criatura nueva para la nueva cultura jurídica postilustrada y postrevolucionaria.

* P. Caroni, "El código para una nueva sociedad", Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación, Madrid 1996, pp. 40-42.

1. La sociedad del siglo XVIII no es homogénea e igualitaria. Se substrahe a la 'simplificación', a la 'nivelación' pues es contrario a su naturaleza. Es una sociedad dividida en estamentos y grupos diversos que dan lugar a una pluralidad. Y entre las prerrogativas de éstos está la de tener un derecho propio. Por este motivo, la vieja sociedad prerrevolucionaria no le concede mucho espacio al movimiento codificador.

La codificación, tal como se ha descrito, no es un modelo realizable en cualquier contexto político y social: está ligada a premisas y condiciones precisas de naturaleza tanto política como social.

2. ¿De qué naturaleza eran estas premisas? Para intuirlo basta examinar los programas a cuya realización tendían las llamadas ‘revoluciones burguesas’. Postulaban reformas dirigidas a neutralizar la incidencia política de los estamentos y a conferir poder al tercer estado (Revolución francesa). La revolución política, eliminando los estamentos, creó las premisas que permitieron descubrir el elemento igualitario e imponerle de modo uniforme la misma ley, lo que sería como decir que sólo con la codificación del derecho podía considerarse concluida la revolución.

Textos

Texto 1. Montesquieu, Del espíritu de las leyes (1748), libro I, cap. III, “De las leyes positivas”

La ley, en general, es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra; las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares a los que se aplica la razón humana.

Por ello, dichas leyes deben ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas, de tal manera que sólo por una gran casualidad las de una nación pueden convenir a otra.

(Madrid, Sarpe, 1984, I, p. 38)

Texto 2. Code civil des français (1804), Título preliminar

Artículo 1º. Las leyes son ejecutivas en todo el territorio francés en virtud de la promulgación realizada por el Primer Cónsul.

Se ejecutarán en cada parte de la República a partir del momento en el que la promulgación pueda ser conocida.

Art. 2. La ley sólo dispone para el futuro, no tiene efecto retroactivo alguno.

Art. 3. Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan en el territorio.

Los inmuebles, incluso los poseídos por extranjeros, se rigen por la ley francesa.

Las leyes sobre el estado y la capacidad de las personas rigen para los Franceses incluso cuando habiten en país extranjero.

Art. 4. El juez que rehúse juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia.

Art. 5. Está prohibido que los jueces se pronuncien por vía de disposición general o reglamentaria sobre las causas que les son sometidas.

Art. 6. No se pueden derogar mediante convenciones particulares las leyes que atañen al orden público y a las buenas costumbres.

Texto 3. Código civil (1888-1889)

Art.6: Las Leyes sólo se derogan por otras Leyes posteriores y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario.

Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del derecho.

* Ley de enjuiciamiento civil (1881)

Art. 1.691: El recurso de casación habrá de fundarse en alguna de las causas siguientes: 1ª Infracción de ley o de doctrina legal en la parte dispositiva de la sentencia [...].

Contestar

1. ¿De qué se habla en este tema? ¿Podría encontrar elementos de conexión con otros ya estudiados?

2. Primer texto: ¿cuál es el concepto nuclear de estas líneas?

¿Qué dice de la ley?

* Si recordamos aquí el texto de Montesquieu ya estudiado (tema 7), ¿podría deducir, aunque aquí no se diga, quién se supone que es el autor de la ley?

Con la ayuda de este primer texto podemos ver que, ya a mediados del siglo XVIII, se están estableciendo doctrinalmente cambios acerca de la legitimación de la ley ¿Podrían apreciar cuáles son?

* Al introducirse el concepto de voluntad general como creadora de la ley ¿cree que existen en él reminiscencias del Antiguo régimen?

* Con la ayuda de la información que le proporcionan los materiales y del contenido del texto 2, exponga los caracteres de la ley en el sistema liberal.

3. ¿Cuáles son, en su opinión, los cambios más apreciables introducidos en el derecho tras la revolución liberal?

* ¿Refleja el texto 3 esos planteamientos?

¿Cree que la primera redacción del art. 6 del Código civil se ajusta exactamente al principio de legalidad establecido por los liberales?

¿Qué se puede deducir de los dos fragmentos que en él se recogen?

* Al final del siglo XIX ¿qué se puede decir acerca del mito de la primacía y de la exclusividad de la ley como fuente del derecho español?

4. Recuerde ahora de nuevo qué se intenta conseguir con la idea de código.

¿Dónde se encuentran las raíces de este modelo legislativo?

* ¿Existen diferencias entre los códigos de la Ilustración y los liberales? ¿Por qué?

* ¿Es cierto que el código es un producto totalmente nuevo?

* Explique de qué habla la primera lectura y trate de relacionarla con estas cuestiones.

5. ¿Qué información transmite la segunda lectura?

* ¿Por qué cree que se producen más códigos a partir de la instauración del liberalismo?

6. Recuerde de una vez por todas: ¿qué tipo de fuente del derecho es un código? ¿Qué significado tiene, por lo tanto, dentro del sistema jurídico liberal?

7. ¿A qué concepto de derecho corresponde la escuela de la exégesis? ¿Cuáles son sus ideas principales?

* ¿Qué plantea la escuela histórica del derecho? ¿Sobre qué postulados construye su doctrina?

* ¿Cuáles son los conceptos-clave sobre los que giran ambas doctrinas?

8. ¿Existe alguna relación entre la doctrina jurídica del siglo XIX y el modelo político liberal propugnado y practicado en Europa?

TEMA 9

Revolución y constitución: de leyes fundamentales a ley fundamental.

Estado de derecho y constitución. El modelo constitucional del siglo XIX.

Peset (322-329); Tomás y Valiente (429-433)

Lecturas

* F. Tomás y Valiente, “Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola constitución”

* M. Fioravanti, “Estado y Constitución”

Textos

1. Gaspar Melchor de Jovellanos, “Dictamen” o “Consulta” de 21 de mayo de 1809
2. Constitución política de la monarquía española, 19 de marzo de 1812
3. * Constitución política de la Monarquía española, 18 de junio de 1837
* Constitución de la Monarquía española, 30 de junio de 1876
4. José Posada Herrera, “Discurso”
5. Antonio Cánovas del Castillo, “Discurso” de 24 de abril de 1888

Claves de comprensión

A la regulación mediante códigos –ahora en plural– no escapó el ordenamiento político, bajo forma de constituciones que resultaron ser el primero de los códigos promulgados en cada una de las naciones que promulgaron constituciones, dotadas por lo tanto de los rasgos que se predicaban de los códigos en la Ilustración.

‘Constitución’ no fue un término inventado por los liberales; ya corría en el lenguaje político del s. XVIII, si no antes, como sinónimo de organización del poder. La constitución formal le añade a este significado el de los límites al poder, que dejan de ser límites difusos al ser recogidos por escrito y en un único texto con rango de ley que se cargó, además, de principios liberales.

En España, la constitución, sin embargo, sin dejar de ser una ley (código político), adquirió caracteres propios al ser considerada como norma fundamento del ordenamiento –no siempre unánimemente reconocido–, como una ley de la que debían derivar todas las demás leyes.

Ni en España ni en las restantes naciones europeas del siglo XIX y principios del XX fue democrático el modelo constitucional adoptado por el liberalismo (Estado de Derecho). Atendía a los intereses tan solo de determinados sectores de la sociedad formados –por las autodenominadas en España ‘clases medias’ y por representantes de las elites de los estamentos dominantes del Antiguo Régimen– cuyo denominador común era el de ser propietarios o el de haber alcanzado determinados niveles de formación. Esta realidad condicionó la consideración de la propia constitución, contemplada como una ley ordinaria. Igualmente determinó que su contenido se dedicara, básicamente, a regular la organización de los poderes y sus relaciones, prestando menor atención a los derechos subjetivos.

Lecturas

* F. Tomás y Valiente, “Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola constitución”, Anuario de Historia del Derecho Español 65 (1995), pp. 13-18, 86-93

1. La crisis política que desembocó en la aprobación de una constitución escrita, la Constitución de 1812, no contaba con ésta como una opción claramente formulada desde el comienzo. Frente a otras se fue abriendo paso la conservación de “nuestras leyes fundamentales” o “nuestra constitución histórica”, términos por cierto equivalentes. ¿Qué entendían por constitución histórica integrada por “nuestras leyes fundamentales”? No se trata de que definamos nosotros los conceptos sino de conocer sus contestaciones a unos interrogantes que ellos mismos se formulaban.

En la coyuntura de 1808 no todos querían una ruptura con el pasado inmediato, sino que muchos defendían opciones de reforma, precisamente de “nuestras leyes fundamentales”. Pero no todos pensaban lo mismo al evocarlas. Había algún

concepto autoritario de leyes fundamentales pero también una concepción de tales leyes como limitativas del poder del monarca absoluto.

Además, tales leyes, ¿a qué sujeto histórico eran atribuibles: a España como un todo, o a algunas de las entidades políticas –Reinos, Coronas, Provincias– que la integraban?

2. Una vez reunida, la Junta de legislación [auxiliar de la Comisión de Cortes y dependiente de la Junta central, cuyas reuniones se celebraron en Sevilla desde el 4 de octubre de 1809 hasta el 14 de enero de 1810,] debía empezar “recogiendo y separando las leyes fundamentales esparcidas en los diversos Códigos de la Jurisprudencia Española” con el fin de “fixar en adelante la verdadera Constitución de la Monarquía”, “una Constitución única y uniforme para todos los dominios que comprende la Monarquía española”, aunque el fijarla podía significar algo diferente a reunir las leyes fundamentales.

La Junta partía de la tesis de que España, desde sus orígenes visigodos, había sido una “Monarquía moderada” en cuyas leyes fundamentales estaba determinada la distribución y separación de los tres poderes que era necesario configurar al hacer un proyecto de Constitución, nueva en parte pero también fiel a la tradición.

3. En la sesión de 10 de diciembre se dio a conocer la “Nota de las leyes fundamentales de la Monarquía, clasificadas y ordenadas”, entre las que se encontraban leyes visigodas, otras de Felipe V, pasando por todos los “Códigos legales castellanos”. Esta relación de leyes, unas cuantas decenas de “leyes fundamentales”, que deja fuera otras “leyes fundamentales” de otros reinos y provincias no fue, sin embargo, tenida en cuenta por la Junta en sus trabajos posteriores.

Con esta relación de leyes visigodas y castellanas –que todas ellas fueran leyes es más que discutible–, no de sus textos, se demostraba lo ya demostrado: la existencia de una monarquía templada. Las leyes fundamentales sirven sólo como instrumento para comprobar un axioma de todos conocido. Para nada más valen.

4. Se utilizó el mito de las leyes fundamentales como escudo frente a incómodas acusaciones de comportamientos revolucionarios o extranjerizantes, pero no se tomaron como objeto directo de la “reforma constitucional” como hubiera querido Jovellanos. No influyeron en absoluto ni en el trabajo ni en las decisiones de la Junta.

* M. Fioravanti, “Estado y Constitución”, El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho, Madrid 2004, pp. 22-26 y 34-36

1. En la revolución se encuentra la raíz y el origen de una fase totalmente nueva en la existencia del Estado moderno europeo. Una página que continúa siendo fundamental es la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (26 de agosto de 1789). Leamos el artículo 3: “El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún cuerpo, ningún individuo puede ejercitar una autoridad que no emane expresamente de ella”.

El artículo es realmente fundamental. Une inseparablemente el ejercicio de los poderes de imperium que una gran cantidad de sujetos había ejercido antes de la revolución, al principio de soberanía, a la situación de la exclusividad: el ejercicio de la autoridad es ahora posible y legítima sólo a condición de ser única. Ningún otro tipo de autoridad puede ser tolerado: ahora existe un solo “cuerpo”, el de la nación, y la multiplicidad de los “cuerpos” hasta entonces existentes es barrida, reduciéndose cada uno de ellos a mera articulación de la propia nación. En fin, la fuerza soberana de la nación abarca también al monarca –que es ciertamente el “individuo” del artículo citado–. Ahora sólo puede permanecer en cuanto expresión, también él, de la soberanía de la nación, autorizado por ella y por su constitución a ejercer la autoridad.

La revolución recoge el resultado de la tendencia plurisecular de concentración de las funciones de imperium. Culmina entonces esta tendencia, pero produciéndose una ruptura que da lugar a una nueva constitución y una nueva forma de Estado.

2. Conviene poner de relieve el derrumbamiento del pilar sobre el que se sostenía el Estado jurisdiccional: el protagonismo de la función jurisdiccional. Tal función

es redimensionada. Su actividad no puede considerarse ya de “gobierno”, como ocurría en la monarquía del Antiguo Régimen; queda ahora neutralizada y reducida al papel de mera aplicación, lo más mecánica y uniforme posible, de la voluntad soberana contenida en la ley. La ley –y por ello también la función legislativa– se sitúa como la primera entre las funciones puesto que “La ley es expresión de la voluntad general” (artículo 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano).

La ley está en la vanguardia de la nueva forma de Estado porque contiene la voluntad de la nación soberana. Los jueces vienen después, y sobre ellos recae la sospecha de que puedan tener la ambición de restaurar el protagonismo perdido aumentando su poder de interpretar la ley.

3. Para comprender la nueva forma de Estado generada por la revolución, se debe considerar un segundo aspecto. Junto al protagonismo de la ley se sitúa una segunda novedad, consecuencia también de la desaparición de la ‘monarquía jurisdiccional’: la ejecución de la ley, por obra, ahora, de un nuevo sujeto, la administración pública. Esta es la otra diferencia respecto a la antigua monarquía, que nunca tuvo necesidad de una función administrativa autónoma de la jurisdiccional.

Si antes teníamos un Estado jurisdiccional, ahora tenemos un Estado legislativo y administrativo.

4. Sin embargo, esto no es suficiente. Falta todavía un elemento para definir la nueva forma de Estado: el límite. En efecto, la soberanía que surge con la revolución no es una fuerza imparable, destructora de todo particularismo. No es una fuerza dotada en sí misma de valor y de legitimidad para dirigir la sociedad hacia los más dispares resultados. La soberanía es una fuerza que nace limitada, pues existe para una finalidad exclusiva: la de generar una ley positiva estatal que garantice los derechos de los individuos en condición de igualdad.

Poco importa que el arranque de la revolución estuviera en los derechos individuales naturales, anteriores por ello a la norma estatal. La realidad es que a lo largo de todo el siglo XIX se extenderá, como un hilo conductor, el fuerte ligamen existente entre soberanía, derechos individuales y principio de igualdad

y dará el salto adelante con el nacimiento del Estado de derecho y de su ‘constitución liberal’. De nuevo, la Declaración de derechos nos ofrece los nuevos elementos: la soberanía y los derechos individuales. Y ambos quedan ligados según los criterios y principios de la nueva constitución liberal

5. ¿Qué criterios y qué principios?

a) El principio de la presunción de libertad. Según el artículo 5 de la Declaración, “Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y ninguno puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena”. Aquí la ley es al mismo tiempo afirmación de soberanía y de garantía a favor de los individuos.

b) El criterio de la reserva de ley, según el cual sólo la ley puede disciplinar y limitar el ejercicio de los derechos de los individuos. Como dispone el artículo 4 de la Declaración, “el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre tiene como límites sólo los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos”, y tales límites, precisamente por la reserva legal, pueden “ser determinados sólo por la ley”.

c) El principio de la constitución como acto que garantiza los derechos y separa los poderes, según lo dispuesto en el artículo 16: “Una sociedad, en que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de los poderes determinada, no tiene constitución”. Lo que equivale a decir que la “constitución” debe cumplir al menos estas dos operaciones fundamentales.

En conclusión, el Estado de derecho posrevolucionario es la forma de Estado dotada de una constitución liberal, es decir, de una constitución que parte de la presunción general de libertad a favor de los individuos; que reserva a la ley la fijación de los eventuales límites que –en interés de todos– deban establecerse al ejercicio de los derechos de los individuos; que provee, siempre para garantizar los derechos, al establecimiento de formas de gobierno no absolutistas. Tales principios representan un “tipo histórico” que no se afirmó totalmente nada más terminar la revolución y que se dio de modo diverso en los distintos Estados nacionales del siglo XIX.

En ese modelo está encerrada la línea de fondo que caracteriza la experiencia europea desde la revolución hasta los primeros decenios del siglo XX: el protagonismo de la ley como manifestación de soberanía y al mismo tiempo como principal instrumento de garantía de los derechos, y el recurso a las cartas

constitucionales con la finalidad de establecer formas de gobierno moderadas, no absolutistas, estables y ordenadas.

6. Hay que poner de relieve un último elemento, la constitución liberal. Ésta se basa, en toda Europa, en una especie de presupuesto tácito pero no por ello menos decisivo: que se pueda considerar ya apagado el motor del poder constituyente que la revolución había encendido, que se pueda considerar ya cerrada la gran discusión política sobre el sujeto llamado a expresar con su voluntad el principio de soberanía. Se aleja así cada vez más no sólo del radicalismo del pueblo soberano, sino también de la imagen poderosa del legislador revolucionario destinado, con su voluntad, a destruir todo un sistema político y social, el Antiguo régimen. A la soberanía ligada a un sujeto le sustituye la idea de la soberanía de la ley en sentido objetivo.

Que el autor de la ley sea un parlamento republicano –Tercera República en Francia– o sean parlamentos con la permanente presencia del principio monárquico –en el área alemana– o que se trate, en fin, del noble y soberano parlamento de Inglaterra, poco importa: lo que cuenta es que todos estos parlamentos afirman la soberanía de la ley, no sólo desde abajo frente a otras fuentes del derecho jerárquicamente sometidas a ella, –como los actos del ejecutivo–, sino también desde arriba, en el espacio que ocupaba durante la revolución el poder constituyente del pueblo soberano. En este espacio, la ley se encuentra con la constitución, y ésta termina por ver reducida su relevancia en el Estado de derecho posrevolucionario.

La constitución delinea la forma de gobierno en la que se desarrollan las relaciones político-institucionales, y los parlamentos aumentan su peso para fortalecer las reservas de ley y, de esta manera, reducir la arbitrariedad de los ejecutivos, pero no puede situarse, en esta época, por encima de la ley. No resulta casual que el control de constitucionalidad sea rechazado.

Textos

Texto 1. Gaspar Melchor de Jovellanos [1744-1811], “Dictamen” o “Consulta” de 21 de mayo de 1809

Y aquí notaré que oigo mucho de hacer en las mismas Cortes una nueva constitución y aun de ejecutarla y en esto sí que, a mi juicio, habría mucho inconveniente y peligro. ¿Por ventura no tiene España su constitución? Tiénela sin duda; porque ¿qué otra cosa es una constitución que el conjunto de leyes fundamentales que fijan los derechos del soberano y de los súbditos, y los medios saludables de preservar unos y otros? Y ¿quién duda que España tiene esas leyes y las conoce? ¿Hay algunas que el despotismo haya atacado y destruido? Restablézcanse. ¿Falta alguna medida saludable para asegurar la observancia de todas? Establézcase. Nuestra constitución entonces se hallará hecha, y merecerá ser envidiada por todos los pueblos de la tierra.

(En F. Tomás y Valiente, “Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución”, AHDE 65 (1995), p. 71).

Texto 2. Constitución política de la monarquía española de 19 de marzo de 1812

D. Fernando Séptimo, por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas, y en su ausencia y cautividad la Regencia del Reyno nombrada por las Córtes generales y extraordinarias, á todos los que las presentes vieren y entendieren, sabed: Que las mismas Córtes han decretado y sancionado la siguiente constitucion politica de la monarquia española.

Texto 3. Constitución política de la Monarquía española de 18 de junio de 1837

Art. 12. La potestad de hacer las leyes reside en las Córtes con el Rey.

Art. 13. Las Córtes se componen de dos cuerpos colegisladores, iguales en facultades: el Senado y el Congreso de los Diputados.

Art. 36. El Rey y cada uno de los cuerpos colegisladores tienen la iniciativa de las leyes

* Constitución de la Monarquía española, de 30 de junio de 1876

Art. 18. La potestad de hacer las leyes reside en las Córtes con el Rey.

Art. 50. La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y su autoridad se extiende á todo cuanto conduce á la conservación del orden público en lo interior y á la seguridad del Estado en lo exterior, conforma á la Constitución y á las leyes.

Art. 74. La justicia se administra en nombre del Rey.

(Los fragmentos de las constituciones en R. Rico Linage, *Constituciones históricas*. Ediciones oficiales, Universidad de Sevilla, 1989)

Texto 4. José Posada Herrera [1815-1885], “Discurso”, Diario de sesiones (12 de noviembre de 1844)

[...] No quería yo tampoco crear un Poder constituyente, como se ha querido suponer. ¿Cómo había de querer yo crear otro Poder que tal vez no tuviera existencia tan legal? Esto no podía caber en mi cabeza. No se ha dicho que para reformar la Constitución se revistan los Poderes del estado del carácter de Poder constituyente, siempre temible, siempre peligroso, y que expone al país á grandes trastornos.

(En J. Posada Herrera, *Veinticinco discursos y un prólogo*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 1997, p. 138)

Texto 5. Antonio Cánovas del Castillo [1828-1897], “Discurso” (24 de abril de 1888)

El hecho es que hoy no se puede negar que la Constitución, aunque aparezca que se modifica, y aunque se modificara realmente en ciertos casos [...], no necesita otros trámites que los de cualquier ley ordinaria.

(Discursos parlamentarios, ed. de D. López Garrido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. XLVII)

Contestar

1. ¿Tiene alguna relación este tema con alguno de los anteriores? Señálelos y señale también las conexiones.

2. ¿En qué contexto jurídico y político nacen las primeras constituciones?
¿En relación con las españolas, tiene para Ud. algún sentido el texto 1 (Jovellanos)?
3. ¿Qué son las constituciones? ¿Cuál es la finalidad de su redacción?
* Atendiendo a la segunda lectura, la de Tomás y Valiente y, de nuevo, al texto 9.1 ¿qué cabría decir de la identificación de la constitución con las leyes fundamentales?
* ¿Tiene el mismo significado hablar de ‘leyes fundamentales’ (en plural) o del término actual ‘ley fundamental’ (en singular)? ¿Nacen ambas en el mismo período histórico? ¿Qué se quiere decir con cada una de estas expresiones?
4. ¿Qué podría decir sobre la Constitución de Cádiz a partir de las escasas líneas aquí incluidas en el texto 2? Para completar su opinión, recurra de nuevo a la primera lectura.
5. ¿Qué cree que tienen en común los dos fragmentos del texto 3?
* ¿De qué habla Posada en el fragmento del texto 4?
¿Y Cánovas en el 5?
* ¿Tienen alguna relación estos dos textos entre sí? ¿Y con los fragmentos de las constituciones recogidos en el 3?
* Teniendo en cuenta el momento en el se promulgan dichas constituciones y se manifiestan estas opiniones ¿a qué modelo político cree que corresponden? Explique por qué.
6. ¿Puede exponer qué modelo de ‘constitución’ consagró el liberalismo español?
* Explique cuáles son sus características generales a tenor de la información que le proporciona la segunda lectura.
* A partir de la bibliografía básica, ¿podría dar algunos ejemplos concretos correspondientes al modelo de constitución al que se refiere dicha lectura?

TEMA 10

La crisis del sistema liberal.

El “Estado constitucional”. La constitución como norma fundamental.

Los derechos.

El derecho y su descodificación.

La ciencia jurídica.

Costa (139-153); Hespanha, (209-224, 227-228)

Lecturas

* M. Fioravanti, “Estado y Constitución”

* G. Bongiovanni, “Estado de derecho y justicia constitucional. Hans Kelsen y la Constitución austriaca de 1920”

* P. Costa, “Derechos”

* N. Irti, La edad de la descodificación

Textos

1. José Antonio Primo de Rivera

* “Discurso de la fundación de la Falange Española”

* “Discurso pronunciado en Carpio de Tajo”

2. Constitución de la República española (9 de diciembre de 1931)

3. Sentencia del TC, n. 76 de 1983

Claves de comprensión

Hacia la segunda mitad del siglo XIX, el Estado de Derecho consolidó su posición central en la organización política y jurídica. Su voluntad se manifestaba, gracias a la actividad de uno de sus poderes (legislativo), a través de la ley que, sin considerar superior a la constitución estatal, era depositaria de los principios permanentes y estables de la sociedad.

Pero la crisis del sistema se manifestó dramáticamente en los inicios del siglo XX con la I Guerra mundial. Ésta puede tomarse como un hecho sin precedentes que obligó a replantear muchas de las convicciones y a dar entrada a novedades que, operando desde luego desde el sistema liberal, permitieron dar entrada con voz

propia en la vida política a grupos e intereses que hasta entonces no habían tenido reconocimiento.

El Estado ya no se consideró como soberano. El pueblo fue reconocido como titular de la soberanía. Aun admitiendo que el Estado pudiera ser calificado de derecho, ahora iba a ser democrático, social y, desde luego, constitucional. La constitución adquirió un rango, como necesario límite de los poderes, que la colocó como norma suprema dentro del ordenamiento jurídico de cada Estado.

Las corrientes doctrinales que desarrollaron el enfoque historicista, la crisis del pensamiento racionalista y las influencias de otros ámbitos científicos –como el de las ciencias naturales– produjeron ya a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX algunos cambios que dieron lugar a planteamientos más radicales y plurales. Al considerar las fuentes del derecho, algunas de ellas proponían un nuevo reequilibrio en ocasiones, aunque no en todos los casos, lejos del principio de legalidad, lo que no significaba necesariamente la renuncia al legalismo.

En el sistema liberal los derechos subjetivos tuvieron un reconocimiento –más o menos extenso–, generalmente, a través de constituciones con valor de leyes ordinarias. Hasta los inicios del siglo XX, los titulares de tales derechos eran los varones en los que concurrieran determinadas condiciones económicas o intelectuales. Como superación de la crisis del sistema liberal que, a comienzos de dicha centuria, optó por negar la existencia de los derechos del individuo, el elenco se enriqueció con la toma en consideración de los derechos sociales y políticos, declarando asimismo su carácter universal.

Lecturas

* M. Fioravanti, “Estado y Constitución”, El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho, Madrid 2004, pp. 26-28 y 37-39

1. El Estado de derecho, forma política dominante en la Europa del siglo XIX y primera mitad del XX, está dotado de una constitución liberal que facilita el equilibrio de los poderes, en particular entre monarquía y parlamento. La ley asumirá la forma de código. Al mismo tiempo se formará el derecho

administrativo, propio y específico de la administración pública, destinado a regular la acción de los poderes públicos y a acrecentar la posibilidad de los particulares de recurrir contra los actos de la administración, controlada por el juez.

Pero el Estado de derecho tiene una tendencia que le incapacita para afrontar los desafíos del siglo XX. Vislumbra, en el nuevo tiempo histórico de la democracia, una amenaza para su integridad y, por tanto, para la propia ley estatal, proveniente de la relevancia política de los intereses particulares organizados incluso a través de partidos políticos así como de la idea cada vez más recurrente de la constitución como norma superior a la propia ley del Estado.

2. La consecuencia de esta última idea es que una ley puede ser juzgada y considerarse nula por ser contraria a la constitución. Esto es algo que desquicia el Estado de derecho porque sacude la fuerza y la autoridad de la ley. Y requiere de una nueva forma de Estado, el ‘Estado constitucional’, queriendo expresar con esta denominación la continuidad de la presencia del Estado, pero también que la diferencia con su anterior fase de desarrollo que le ligaba, como Estado de derecho, al principio de la soberanía.

Ciertamente, esta diferencia es parcial porque la ley continúa teniendo un lugar relevante como expresión del principio democrático, pero existe una característica específica, que no se hallaba en el Estado de derecho, a saber, la vocación pluralista y el papel relevante de la jurisdicción. De este modo, ya no puede el Estado constitucional del presente encerrarse en los límites diseñados por la revolución.

3. En el siglo XX la nueva sociedad democrática irrumpe en las instituciones y en el corazón de la experiencia constitucional europea. Los partidos, las organizaciones de intereses, los sindicatos terminan por demoler la grandiosa imagen de la ley como expresión de la voluntad general, dotada de generalidad y abstracta.

A partir de la Constitución de Weimar de 1919 se pone en vigor un nuevo tipo de constitución, distinto del precedente liberal. Es una constitución democrática que no se limita a diseñar la forma de gobierno y a reforzar la garantía de los

derechos. Pretende expresar mucho más: encerrar el contenido esencial de los regímenes políticos que se están instaurando. Contiene, por ello, los principios fundamentales que caracterizan a ese régimen, y se crean así las condiciones para que la constitución se sitúe por encima de la ley ordinaria del parlamento.

La constitución contiene los principios que nadie puede violar –ni siquiera el legislador–. Y entre ellos se encuentra el de la inviolabilidad de los derechos fundamentales, considerados como tales por las constituciones y por ello necesariamente tutelados mediante el control de constitucionalidad.

4. Con todo, el cambio más profundo en el paso del Estado de derecho al Estado constitucional ha sido la separación del Estado y de la constitución del principio de la soberanía política. Los Estados de hoy están dotados de constituciones, gobiernan sus respectivos territorios, mantienen firme el vínculo de la ciudadanía, pero no recurren para ello al principio de soberanía.

* G. Bongiovanni, “Estado de derecho y justicia constitucional. Hans Kelsen y la Constitución austriaca de 1920”, en P. Costa y D. Zolo (eds.), Lo stato de diritto. storia, teoria, critica, Milán 2003, pp. 317-346

1. Es unánime la consideración de Hans Kelsen como el “creador de la justicia constitucional”. Su reflexión, desarrollada a partir de 1911, realiza una profunda revisión del concepto de Estado Derecho, criticando la construcción doctrinal alemana y elaborando una alternativa al *Rechtstaat*.

2. En cuanto al primer aspecto, subraya que dicha construcción se basa en el dogma de la personalidad jurídica del Estado y en la consiguiente preeminencia del Estado sobre el derecho. Daba por supuesto el papel central del Estado como “sujeto” soberano respecto al cual se construían las relaciones jurídicas. El sujeto estatal fue considerado como autoridad originaria y, por ello, soberana. Y en el derecho público alemán se invirtió la relación entre derecho y Estado, afirmándose la preeminencia de éste sobre el primero. Se trataba, así, de un sujeto diferente y superior respecto a todos los demás sujetos.

Además, la idea del “Estado-persona” daba por supuesta la existencia de una “voluntad unitaria” en el Estado como expresión de las voluntades de los diferentes órganos del mismo. Dado que los órganos estatales están volcados en el interés general de la sociedad, éste interés general se identifica con el interés general del Estado y, por ello, Estado y sociedad no están separados.

Kelsen señala igualmente los límites de Estado de Derecho así concebido. En primer lugar, falta una norma superior que vincule la decisión legislativa sobre los derechos: la Constitución, con el mismo rango que la ley, no puede actuar como límite al poder del legislador –formado en Alemania por el monarca y el parlamento como expresión de la voluntad estatal–. En segundo lugar, los derechos aparecen como creación del Estado que, autolimitándose, permite el nacimiento de derechos individuales.

3. En cuanto a la reelaboración del concepto ‘Estado de derecho’ por parte de Kelsen, desarrolla una concepción distinta y alternativa basada, por una parte, en la soberanía del ordenamiento jurídico y en la necesaria delegación normativa y, por otra, en la negación de la distinción público/privado y la afirmación de la igualdad entre los distintos sujetos jurídicos. En la reflexión de Kelsen, el concepto de Estado de Derecho adquiere una dimensión “sustancial” que le lleva a introducir la justicia constitucional como “condición para la existencia” de la democracia.

La obra de Kelsen en este campo está ligada a la doctrina austriaca que le precede y en particular con las propuestas defensoras de un rígido principio de legalidad y de un modelo ‘jurisdiccional’ de administración pública.

La discusión sobre el principio de legalidad se desarrolló en torno al significado de la discrecionalidad administrativa. La reflexión austriaca propugnaba la paridad entre administración y jurisdicción y su idéntico sometimiento a la ley.

Kelsen niega que el Estado sea una autoridad originaria, como defendía la doctrina alemana, y que éste nazca antes que el derecho. Su negación de la soberanía estatal subordina el Estado, en todas sus manifestaciones, al exclusivo poder de la ley. Su concepción del ‘Estado de derecho’ se sintetiza en dos puntos: a) es necesario distinguir entre norma jurídica y acto del Estado determinado por

dicha norma; b) la norma jurídica crea, entre los diversos sujetos, una relación jurídica, es decir deberes y obligaciones recíprocos.

4. El desarrollo de la doctrina kelseniana construye el Estado de derecho de los sistemas democráticos constitucionales. En un sentido técnico-jurídico, construye una estructura jerárquica en grados del ordenamiento (Stufenbau) junto a la primacía de la constitución.

La construcción jerárquica del ordenamiento –y su correlato de la superioridad de la constitución– está ligada a una nueva interpretación de la doctrina de los tres poderes del Estado. Los considera como funciones ejecutivas de la constitución, que se convierte así en una sólida plataforma de unificación del Estado y reconduce los poderes estatales a las normas. La constitución se convierte en la base de la unidad del Estado y en instrumento de la integral juridificación del poder. La estructura jerárquica del ordenamiento pone de manifiesto que el legislador tiene algo por encima, y este algo es la constitución. Y además, todas las actividades del Estado son funciones determinadas jurídicamente, es decir, realizadas gracias a una concreta autorización normativa.

5. En cuanto al concepto de constitución, Kelsen lo construye teniendo en cuenta la relación entre los poderes estatales, pero también teniendo en cuenta la relación entre Estado e individuo, atendiendo sobre todo a los límites que la constitución impone al proceso legislativo, que no se limitan al procedimiento de formación de las leyes sino que alcanzan también al contenido de las mismas. Por ello la constitución no es solo una regla de procedimiento sino también una regla sustancial. En el concepto de constitución se distinguen, por ello, dos partes: la primera, la referente a la organización de los poderes del Estado, la segunda a los derechos fundamentales.

También plantea Kelsen un nuevo concepto de libertad. De la visión clásica de libertad ‘negativa’ entendida como espacio de autonomía individual frente al poder del Estado, la transforma en libertad ‘positiva’, es decir, en la participación del individuo en el poder del Estado. Y ello comporta igualmente una nueva relación entre libertad e igualdad: la democracia es el sistema que trata de llevar a cabo una síntesis entre ambos valores. Se ha señalado que el análisis kelseniano sobre la libertad está relacionado con el paso del Estado liberal de derecho al

Estado democrático y social. La libertad de la democracia no supone un individuo aislado como el de la tradición liberal sino un sujeto que encuentra su dimensión esencial en las formaciones sociales, es decir, como ‘sujeto social’.

6. En esta nueva dimensión, la constitución es una condición para la existencia del sistema democrático. Determina las reglas del juego democrático. La necesidad de fijar las reglas de la formación de la voluntad política no puede dejarse a la determinación de mayorías cambiantes. La constitución rígida es, desde esta óptica, la garantía de un correcto desarrollo del proceso de formación de la voluntad política.

En este sistema, los derechos fundamentales no son solamente un instrumento de protección del individuo frente al Estado sino que se transforman en instrumento de protección de las minorías.

La democracia adquiere dimensión “constitucional: es decir, no se identifica con la soberanía popular ni con el principio de la mayoría”, sino que encuentra su consumación en los límites a dicho principio y en el compromiso entre mayorías y minorías.

7. Este concepto de Estado de derecho y del papel de la constitución son la base de la idea kelseniana de jurisdicción constitucional. Para este autor, “una constitución que carezca de la garantía de la nulidad de los actos inconstitucionales no es, desde un punto de vista técnico, completamente obligatoria”. La justicia constitucional es el instrumento jurídico principal que le permite realizar su papel de garantía de la democracia. Debe ser una justicia independiente tanto del parlamento como del gobierno. Un tribunal constitucional no contradice la división de poderes; es más bien su confirmación.

* P. Costa, “Derechos”, en M. Fioravanti (ed.), El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho, Madrid 2004, 45-64.

1. La aparición de los derechos es un proceso largo y complicado, sin una definida fecha de nacimiento. Si bien la Revolución americana y la francesa, con sus declaraciones y constituciones, se proponen como un momento fundacional,

el “discurso de los derechos” sería incomprensible al margen de los sucesos precedentes como el iusnaturalismo y el desarrollo constitucional inglés.

Para el iusnaturalismo, el individuo es un sujeto caracterizado por necesidades y derechos fundamentales. Hablar de “estado de naturaleza” no es una fábula ingenua e inocua: es introducir un método de trabajo que permite sacar a la luz los derechos del sujeto “como tal”, enfrentándose con ello a toda la tradición medieval.

Al sujeto en estado de naturaleza se le atribuyen dos características, la libertad y la igualdad, que se convertirán en puntos de referencia obligados en el futuro constitucionalismo. Pero estas novedades del iusnaturalismo, ya en el siglo XVII, no deben hacernos olvidar su argumentación: si los derechos están referidos al ser humano en su esencia (el “estado de naturaleza”) –lo que posibilita la igualdad de los sujetos–, en el plano de la existencia reintroduce las diferencias y las jerarquías (tanto en la familia como en el orden político).

2. En las páginas de los ilustrados la llamada al fundamento iusnaturalista de los derechos comienza a desempeñar cada vez con más frecuencia una función retórica peculiar. La naturaleza humana, con su bagaje de prerrogativas y derechos, se propone como un indiscutible modelo normativo al que se contrapone la realidad: se describe la esencia humana para demostrar que la existencia la desmiente duramente, para denunciar la inadecuación del orden real respecto al orden ideal. La realidad político-social no es como debería ser, y sin embargo podría ser distinta si se interviniese sobre ella para reformarla adecuadamente: reforma como una de las palabras claves de la ilustración, reforma como intervención capaz de colmar la brecha que separa el orden ideal del orden real.

3. Los ilustrados aguardan la reforma, no la revolución. Y sin embargo la revolución es lo que estalla a finales del siglo XVIII. Los derechos están en el centro de los debates revolucionarios. Los derechos no se “crean” sino que se “declaran”, porque existen desde siempre. Pero esta proclamación se hace por un nuevo sujeto colectivo, la nación, compuesta de sujetos iguales y no privilegiados. A través de la nación soberana, a través de la ley que expresa su voluntad, los derechos existen materialmente.

Es una constante a lo largo de toda la cultura decimonónica la exigencia de superar la visión ilustrada del sujeto, tratando de reconducirle a alguna entidad colectiva (el Estado, la sociedad, la nación) superando la “absolutización” del individuo de la que la ilustración era responsable. Se replantean así los derechos del sujeto, la libertad y la propiedad, por una parte reafirmandolos pero por otra asumiéndolos no como predicado inmediato del individuo sino como el efecto del nexo que une a los individuos con una entidad colectiva [= corporación].

El eje libertad-propiedad y su defensa es también el núcleo de la discusión que afronta, igualmente en el siglo XIX, el “problema social” constituido por la reivindicación de los “derechos sociales”. Ciertamente, la efectiva construcción de órdenes político-sociales fundados sobre el nexo libertad-propiedad no es un acto inmediato y sincrónico, sino una operación larga y compleja, desarrollada con tiempos y modalidades diversas en distintas zonas de Europa.

4. Esta centuria concluye sin que tales derechos encuentren su consagración jurídico-positiva. Sólo tras la primera guerra mundial, auténtico cierre del siglo XIX, toma cuerpo en Alemania un experimento constitucional –la constitución de Weimar de 1919– dispuesto a conceder a ‘todos’ los derechos una atención inédita. Este generoso intento tuvo una vida breve.

Se abre un panorama radicalmente nuevo para el discurso de los derechos. Fascismo y nacionalsocialismo desarrollan una lucha “contra” los derechos en un momento en que el poder político apuesta por una total manipulación de los ciudadanos y por la anulación de la autonomía individual.

* N. Irti, La edad de la descodificación, Barcelona 1992

1. El estilo de los códigos decimonónicos es deudor de una necesidad de protección externa y de garantía de la previsión individual. La inmutabilidad es considerada el primer y fundamental carácter de la legislación civil: la discontinuidad y los cambios, no sólo alteran los cálculos y frustran las expectativas de los individuos, sino que están en contradicción con las leyes naturales, que han sancionado, de una vez para siempre, las prerrogativas del

individuo. El derecho de propiedad, la libertad contractual, la sucesión por causa de muerte son instituciones perennes, a las que los códigos añaden la tutela del poder del Estado, pero que no podrían ni suprimir ni modificar.

El legislador se ilusiona con la creación de un repertorio de figuras y disciplinas típicas, de forma que el juez poco o nada pueda añadir a la comprobación del hecho concreto y a la lectura del hecho normativo. Al carácter de inmutabilidad se añaden la pretensión de ausencia de lagunas y la ambición de dar respuesta a todos los problemas de la realidad. En la relación entre el código civil y las otras leyes, las leyes externas o están dedicadas a instituciones que se prestarían mal a ser insertadas en el armónico sistema del código, o señalan, en medida siempre exigua, excepciones a la disciplina del código civil.

2. En la experiencia legislativa de entreguerras, el Estado ya no puede permanecer inerte, simple garante de las reglas del juego, sino que interviene en la economía, limita los poderes negociales de los particulares, asume –son ahora los años de las grandes crisis– la figura y la responsabilidad del empresario. La historia sufre así una imprevista aceleración; apenas en el transcurso de unas décadas, la sociedad ya no se reconoce en la escala de valores y de modelos propuestos por la burguesía liberal. El eclipse se consuma en años trágicos.

Las estructuras jurídicas no pueden eludir una desmesurada emersión de necesidades y problemas, de nuevas clases y de grupos particulares: la ley especial se brinda como el instrumento más adecuado para prestar, por un lado, un extrínseco homenaje a la unidad de los códigos, y para dar respuesta, por el otro, a las demandas apremiantes de la realidad.

3. Las leyes especiales edifican, junto a las solemnes arquitecturas de los códigos, otro derecho: más cambiante y efímero, pero portador de exigencias y de criterios de regulación desconocidos para el viejo sistema. Frente al denso y cotidiano multiplicarse de las leyes especiales, los códigos civiles asumen una función diferente. Representan, no ya el derecho exclusivo y unitario de las relaciones privadas, sino el derecho común, es decir, la disciplina de los supuestos de hecho más amplios y generales.

La técnica legislativa es modificada radicalmente. La ley asume ahora las características de concreción y de individualidad que eran propias del negocio privado: no más cánones abstractos y generales, sino respuestas a específicos y determinados problemas. Irrumpen así en el lenguaje legislativo, por un lado, indicaciones de programas y de resultados deseables para el bien común y la utilidad social; y, por otro, terminologías científicas, económicas, industriales conexas con los problemas de la edad contemporánea. Las leyes se multiplican adaptándose al léxico particular de la materia regulada. Cada vez se aleja más el mito de un lenguaje matemático que se desarrolla sobre la base de significados convencionalmente preestablecidos y según precisas reglas de transformación. La variedad expresiva que era propia de los negocios privados, se transfiere a las leyes, desprovistas, por la novedad de los campos de regulación, de toda conexión con las fuentes romanísticas y con el vocabulario riguroso de la doctrina.

4. La ley invade campos que la ideología liberal reservaba a las decisiones de los particulares. Se transforma así, de general y abstracta, en individual y concreta; de regla del juego, ignorante de los resultados obtenidos, en voluntad de dirección y de tutela de intereses específicos. La presencia, cada vez más penetrante e incisiva, del Estado determina una juridificación de las elecciones y de facetas de la vida anteriormente confiadas al acuerdo de las partes o a normas extraestatales.

5. El código civil ha perdido todo valor “constitucional”: las libertades políticas y civiles, el derecho de la propiedad y la iniciativa privada económica reciben hoy la tutela de la constitución, es decir, de una norma jerárquicamente superior.

Tampoco parece que el código civil gane en nuestro tiempo nuevas funciones. Tan sólo disciplinas generalísimas conservan una concreta eficacia: así, las reglas sobre el contrato o sobre las obligaciones, que son presupuestas por las leyes relativas a particulares figuras contractuales y a determinados tipos de obligaciones.

La edad de la descodificación está ante nuestros ojos. El código civil ya no es el centro del sistema de fuentes, ya no es sede de las garantías del individuo ahora asumidas y desarrolladas por la constitución. La historia del pasado siglo revela,

desde la perspectiva de las vicisitudes legislativas, una radical dirección centrífuga. Mientras el siglo XIX converge en los códigos civiles que, por esto, ofrecen, no simples criterios normativos, sino completas imágenes de una sociedad laica y moderna, el siglo XX resquebraja, junto con el poder estatal, sus símbolos más altos y sugerentes. La fuga del código civil se refiere a instituciones fundamentales y enteros complejos de relaciones.

Textos

Texto 1. José Antonio Primo de Rivera [1903-1936], Obras completas, s.l., 1954

* “Discurso de la fundación de la Falange Española” (29 octubre 1933), p. 66

[...] He aquí lo que exige nuestro sentido total de la Patria y del Estado que ha de servirla [...]. Que desaparezcan los partidos políticos. Nadie ha nacido nunca miembro de un partido político; en cambio, nacemos todos miembros de una familia; somos todos vecinos de un Municipio; nos afanamos todos en el ejercicio de un trabajo. Pues si éstas son nuestras unidades naturales, si la familia y el Municipio y la corporación es en lo que de veras vivimos, ¿para qué necesitamos el instrumento intermediario y pernicioso de los partidos políticos, que, para unirnos en grupos artificiales, empiezan por desunirnos en nuestras realidades?

Queremos menos palabrería liberal y más respeto a la libertad profunda del hombre [...] como portador de valores eternos [...]. Sólo cuando al hombre se le considera así, se puede decir que se respeta de veras su libertad, y más todavía si esa libertad se conjuga, como nosotros pretendemos, en un sistema de autoridad, de jerarquía y de orden [...].

[...] Si esto ha de lograrse en algún caso por la violencia, no nos detengamos ante la violencia.

* “Discurso pronunciado en Carpio de Tajo” (25 febrero 1934), pp. 176-177

[...] Lo peor de las anteriores revoluciones estaba en que comenzaban por dividirnos.; la revolución liberal nos dividía en partidos políticos, nos exasperaba a unos contra otros en la necesidad de disputarnos los sufragios; la revolución

socialista nos dividía por clases, una contra otra, en inacabable lucha. Y así no se llega a ninguna parte [...]. Los países donde los obreros han logrado las mayores ventajas y el trato más digno son aquellos en que no han impuesto una dictadura de clase, sino en que, sobre todas las clases, se ha organizado un Estado al servicio de la misión total, suprema, integradora de la Patria.

Texto 2. Constitución de la República española de 9 de diciembre de 1931

Art. 1º. España es una República democrática de trabajadores de toda clase que se organiza en régimen de Libertad y Justicia.

Los poderes de todos sus órganos emanan del pueblo.

[...]

Art. 36. Los ciudadanos de uno y de otro sexo, mayores de veintitrés años, tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes.

[...]

Art. 51. La potestad legislativa reside en el pueblo que la ejerce por medio de las Cortes o Congreso de los Diputados.

Art. 52. El Congreso de los Diputados se compone de los representantes elegidos por sufragio universal igual, directo y secreto.

[...]

Art. 121. Se establece, con jurisdicción en todo el territorio de la República, un Tribunal de Garantías Constitucionales, que tendrá competencia para conocer de:

a) El recurso de inconstitucionalidad de las leyes [...].

Texto 3. Sentencia del TC, n. 76 de 1983

En el momento en el que se establece la Constitución; la voluntad y la racionalidad del poder constituyente objetivizadas en la Constitución no sólo fundan la Constitución en su origen, sino que fundan permanentemente el orden jurídico estatal y presuponen un límite a la potestad del legislador.

(En F. Tomás y Valiente, Constitución: escritos de introducción histórica, Madrid, 1996, p. 38, ahora también en *Íd.*, Obras completas, 6 t., Madrid, 1997, t. 3, pp. 2485-2646)

Contestar

1. ¿Qué relación tiene este tema con alguno o algunos de los anteriores?

* ¿Cuáles fueron las respuestas a la crisis del liberalismo?

¿Qué indica la primera lectura respecto a esos cambios en el modelo político del pasado siglo?

* ¿Cuáles son sus planteamientos jurídicos y políticos de la deriva totalitaria? Como guía para sus respuestas, tenga presente que son otras tantas respuestas a la crisis del modelo liberal.

* ¿En relación con los idearios totalitarios, qué información le aportan los fragmentos del texto 1?

2. ¿Con la ayuda, de nuevo, de la primera lectura, qué concepto de ‘constitución’ toma cuerpo en el siglo XX?

* Señale las líneas fundamentales del pensamiento kelseniano reflejadas en la segunda lectura.

* Texto 2: ¿qué puede decir de la Constitución de la República de 1931 en relación con el nuevo modelo constitucional?

Compárela también con los fragmentos de las constituciones decimonónicas del tema anterior.

* ¿Qué conclusión podría extraer del fragmento del texto 3?

3. Resuma brevemente la tercera lectura.

* Al final del recorrido por estos temas, tiene ahora en su haber suficiente información como para poder hacer una comparación entre la situación de los derechos individuales en el siglo XIX y en la primera mitad del XX. Explique razonadamente el porqué los cambios.

4. Retomando el concepto de derecho como lo dejamos a finales del siglo XIX (tema 8) y poniéndolo en conexión con los planteamientos doctrinales del último cuarto de siglo y de la primera mitad del XX, ¿cuál es el panorama en relación con las fuentes del derecho?

No olvide, en su respuesta, el cambio experimentado por la propia constitución.

5. ¿Se siguen manejando hoy los códigos?

* Atendiendo a la cuarta lectura, ¿cuál es, con todo, el panorama jurídico en el que sobreviven?

* ¿Qué se mantiene hoy del concepto ilustrado de código y de su desarrollo liberal?