
La Ilustración, el Estado y las crisis de la modernidad

PID_00265341

Manuel José Vial Dumas

Tiempo mínimo de dedicación recomendado: 7 horas



Manuel José Vial Dumas

El encargo y la creación de este recurso de aprendizaje UOC han sido coordinados por el profesor: Manuel José Vial Dumas (2020)

Primera edición: febrero 2020
© Manuel José Vial Dumas
Todos los derechos reservados
© de esta edición, FUOC, 2020
Av. Tibidabo, 39-43, 08035 Barcelona
Realización editorial: FUOC

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño general y la cubierta, puede ser copiada, reproducida, almacenada o transmitida de ninguna forma, ni por ningún medio, sea este eléctrico, químico, mecánico, óptico, grabación, fotocopia, o cualquier otro, sin la previa autorización escrita de los titulares de los derechos.

Índice

1. Nuevas formas de pensar, nuevas formas de actuar: el progreso.....	5
1.1. Iusnaturalismo racionalista: el derecho como razón	8
1.1.1. El derecho como sistema lógico	10
1.1.2. El derecho como abstracción (universal)	11
1.1.3. El derecho y su principio individualista	11
1.2. La crisis del sistema feudal	12
2. La Ilustración y el derecho como proyecto.....	13
2.1. El gobierno. La Europa de los Estados	16
2.1.1. El imperio de la ley	17
2.1.2. El (frustrado) carácter universal	18
2.2. El proyecto liberal	19
2.2.1. La revolución y la onda expansiva	21
2.2.2. Las naciones, el Estado y el mercado	25
2.3. Una idea novedosa: el derecho como voluntad nacional	28
3. Fijar el derecho, realizar el proyecto.....	30
3.1. Una cuestión previa: describir o constituir	30
3.2. La influencia del parlamentarismo inglés, un modelo premoderno para el Estado constitucional	32
3.3. La influencia del modelo norteamericano	33
3.4. Constituir y regular en los países de tradición romano-germánica	35
3.4.1. Constituciones para constituir	37
3.4.2. Los nuevos códigos	41
3.4.3. Algunas consideraciones en torno a la codificación civil	43
3.4.4. Algunas consideraciones en torno a la codificación penal	46
3.4.5. Un derecho unidimensional y nacional	48
3.4.6. El juez como mero aplicador	50
4. Lo que queda dando vueltas en la cabeza: algunos problemas del proyecto liberal.....	53
4.1. Un parlamento sin control	53
4.2. La igualdad formal	55
4.3. Individualismo	57
4.4. Tensión entre tradición y proyecto	59
4.5. Mercado, trabajo y cuestión social	61

5. La crisis del Estado de la Ilustración liberal y la transformación del derecho.....	66
5.1. Las guerras: la pesadilla, el sueño y otra vez la pesadilla de Europa	66
5.2. El socialismo jurídico o socialización del derecho	70
5.2.1. El derecho del trabajo	70
5.3. El estado de bienestar y el milagro europeo	72
5.4. El pluralismo jurídico	74
5.5. La constitucionalización del derecho y el nuevo <i>ius commune</i>	78
5.6. La Unión Europea	82
6. Epílogo. El pesimismo y la crisis del estado de bienestar.....	84
Bibliografía.....	87

1. Nuevas formas de pensar, nuevas formas de actuar: el progreso

En 1705, Denis Papin (1647-c. 1712), uno de los precursores de la máquina de vapor, recibió un diseño de Thomas Savery (c. 1650-1715). A partir de ese boceto perfeccionaría una máquina para elevar aguas. La máquina de vapor y con ella la Revolución Industrial estaban en ciernes, Europa bullía en adelantos tecnológicos y descubrimientos científicos, el mundo estaba a punto de dar un salto en la técnica, en el acceso a bienes, en las comunicaciones y en la capacidad productiva no visto desde hacía milenios, tal vez solo comparable al que se produjo con el nacimiento de las primeras civilizaciones. Quien entregó a Papin el boceto con las ideas de Savery fue Gottfried Leibniz (1646-1716), un intelectual universal, matemático, filósofo y, también, jurista. Él sería en buena medida uno de los padres de la idea moderna e ilustrada de un derecho codificado en base a criterios científicos, una idea que cuajará entre mediados de ese mismo siglo y principios del siglo XIX. No es casual esta anécdota, el mundo intelectual de la época estaba convulsionado por nuevas ideas que eran impulsadas desde la ingeniería por esos adelantos técnicos que a su vez retroalimentaban una nueva manera de entender el mundo. **Detrás de todos estos cambios, de los tecnológicos y filosóficos, subyace una misma idea que actúa como telón de fondo de toda esta época: la del progreso basado en la razón humana.**

La idea de progreso

La creencia en un progreso indefinido que lleva a las sociedades a un continuo perfeccionamiento material y espiritual por medio de la acumulación del saber tuvo su auge en los siglos XVIII y XIX

Entre mediados del siglo XVIII y mediados del siglo XIX la vida se transforma. Al menos en las grandes ciudades, las máquinas comienzan a tener un lugar en la vida cotidiana, la producción industrial permite la multiplicación de productos y el acceso a ellos a una parte de la población cada vez más grande, la industria genera la aparición de nuevas oportunidades de trabajo y nuevas vías de desarrollo. En términos materiales, el mundo había sido muy similar desde la aparición de las primeras civilizaciones, desde el desarrollo de la agricultura y la construcción de las primeras ciudades, la vida de los humanos que vivían en civilización no había experimentado cambios tan grandes como los que las máquinas, el nuevo sistema económico y el pensamiento de esta época inauguraban. La vida de un campesino sumerio en el 3000 a. C. no era muy distinta a la de uno romano del siglo I, o de un longobardo del VI d. C. No distaba demasiado, tampoco, la vida del habitante del París del siglo XIV d. C. con el de Roma en el siglo II d. C. La fragilidad del soporte del conocimiento suponía que la vida de los hombres y las mujeres de una época pudiera ser, en términos tecnológicos, incluso más rudimentaria que la de sus antepasados. El adelanto y el retroceso en términos técnicos, económicos y culturales estaba a la orden del día. Una invasión, una sequía, una crisis económica de calado podía hundir por muchas décadas o incluso siglos una determinada área; una época de esplendor podía estar sucedida por una de decadencia, y viceversa.

Antes del siglo XVIII, mirar hacia delante y hacia atrás en el tiempo era como mirar una gran llanura con alguna que otra colina reconocible en el horizonte. Si una persona del siglo XVI miraba al pasado veía a los antiguos en su colina, o la de Jerusalén en tiempos de Cristo; pero no sentía respecto de una o de la otra una distancia tan inquebrantable como la que impone el progreso, lo único que lo separaba de ellas era el tiempo. En cambio, le unía la tradición y la pertenencia a un mismo tiempo espiritual.

El progreso abre una brecha mucho más profunda: el pasado es entendido como algo superado por la evolución de las sociedades humanas, la llanura se transforma en una rampa que la humanidad transita hacia unas alturas que hacen que lo que ha quedado atrás también esté más abajo.

El progreso supone la cancelación de los ciclos, de la posibilidad de que el futuro sea peor.

Los adelantos científicos y las máquinas tienen mucho que ver. Hasta entonces, los seres humanos viven de las fuerzas que la naturaleza provee. Si algo se desplaza o se mueve lo hace por la tensión y la distensión de los músculos de un animal, o por la fuerza del viento o por la de las aguas. Por entonces, el ser humano no se ha distanciado de la naturaleza ni cree poder dominarla, como mucho aplacarla. La realidad le viene dada, las condiciones son las que la naturaleza dispone y que la sociedad organizada logra modelar sobre esa realidad.

Por eso el pasado goza de prestigio, porque es constitutivo y constituyente de la sociedad en la que se habita; el mundo está compuesto por la creación de Dios y la sociedad de los hombres ordenada según la forma que el paso del tiempo le ha ido dando. Fe y tradición son parte de la razón por la cual se conoce el mundo. Esto está a punto de cambiar.

A mediados del siglo XVI, Nicolás Copérnico planteaba la teoría heliocéntrica. Poco después, Johannes Kepler proponía sus tres leyes sobre el movimiento de los astros y Galileo Galilei, que construyó uno de los primeros telescopios, pretendía confirmar el movimiento de la Tierra, además de otras muchas observaciones. En 1628, William Harvey descubre que la sangre circula a través del cuerpo y que el corazón es el órgano que la bombea. En 1644, Torricelli inventa el barómetro; en 1685, Isaac Newton presentaba sus leyes del movimiento y la ley de la gravitación universal. Poco antes, Anton van Leeuwenhoek descubre, usando lentes de aumento, la existencia de los microorganismos, y ese mismo siglo se produce un salto sin precedentes en las ciencias médicas, procedimientos de diagnóstico, anatomía, técnicas quirúrgicas. Estamos a las puertas del siglo XVIII y con él vendrá la máquina de vapor, las

Un nuevo modelo de conocimiento

En 1637, René Descartes publica su *Discurso del método*, cuyas tesis describen las nuevas formas de conocer que se consolidarían como dominantes en los dos siglos siguientes.

vacunas, el sextante, la incipiente industria. A los ojos de los hombres de esos siglos, el progreso era una realidad evidente; de pronto, lo anterior, el pasado se convierte en una preparación de lo presente, en una antesala de algo mejor. Cuando esas ciencias de la naturaleza son capaces de desentrañar la realidad del cosmos, cuando es posible transformar la naturaleza, lo que viene dado, cuando es posible mover objetos con hierros y calor, un nuevo modo de entender el mundo se impone. **Entre los siglos XVII y XVIII, las ciencias físicas y matemáticas comienzan a erigirse en modelo de conocimiento, son el nuevo faro que sustituye a las ciencias morales y jurídicas, y serán estas últimas las que tengan que adaptarse al método de las primeras.**

La fe y la tradición, que eran hasta ese momento pilares del conocimiento racional, son poco a poco expulsadas de ese marco científico. Esta nueva manera de conocer, que ha llevado a estos descubrimientos, es empírica, no parte de la base de un conocimiento dado ni revelado ni que forma parte de la tradición. De modo que la fe y la tradición poco a poco dejan de ser relevantes para el conocimiento; en otras palabras, estamos ante una nueva razón, un pensamiento crítico que es la madre de la Ilustración. Eso no significa que el pensamiento ilustrado sea antirreligioso o que desprecie la historia y la tradición. Pero sí significa que ese conocimiento debe ser sometido a la crítica del nuevo método. En efecto, el método con el que se conoce el mundo físico y matemático puede ser exportado, en la visión de los pensadores de la Ilustración, al análisis metafísico de las sociedades o del derecho.

De ahí que el orden social entero quede encima de la mesa para ser debatido y desmenuzado por los pensadores, políticos, juristas y poderosos de la época. La Ilustración es un movimiento que se desarrolla en esas clases y en prácticamente la totalidad de Europa.

Entre esos hombres existe esa convicción profunda de que el ser humano ha llegado a desentrañar la naturaleza de las cosas y a dominarla. Así como descubre y utiliza las leyes de la física, también así puede, a partir de las leyes naturales del comportamiento humano, modelar el mundo y una sociedad diferente.

Una convicción que lleve la luz a cada uno de los miembros de esas sociedades y que inaugure una época de felicidad pública. A ese carro se suben, como decimos, aristócratas, príncipes, filósofos, juristas e intelectuales en general. Allí arriba, en lo mejor de esas sociedades, se discute el nuevo modelo y la estructura que estas deben tener. El derecho, como no puede ser de otra manera, es uno de los polos más importantes de ese debate.

1.1. Iusnaturalismo racionalista: el derecho como razón

Para el pensamiento iusnaturalista y en general para el pensamiento pre-ilustrado el derecho es razón. Esto quiere decir que el derecho es algo dado, existente o preexistente, que toca a los seres humanos descubrir y desentrañar. Podemos, por ejemplo, predicar que el derecho es razón divina, como en el mundo medieval, en el que los juristas entendían que la sociedad en su conjunto y la propia naturaleza estaban ordenadas según un plan divino. En ese plan, el derecho se encuentra en las mismas cosas, en la misma naturaleza y en esa organización social a la que la tradición había dado forma. El poder se estructura a partir de la legitimidad que ese orden le otorga y se remodela también en función de la realidad que lo sostiene. Por eso los juristas cultivan el derecho como una serie de herramientas para dar con la respuesta ante la pregunta de la justicia que entraña cada problema, cada caso concreto. No existen reglas universales para todos los hombres y todos los tiempos, sino herramientas que sirven para encontrar la solución justa al caso concreto. **La equidad es, como ya hemos visto, encontrar esa razón natural que debe dar solución al caso concreto.** Toda la construcción del derecho se funda en el convencimiento de que lo que hacen los juristas es elaborar caminos para llegar a esa solución. **La equidad escrita o constituida es aquella que los juristas y los legisladores han ido plasmando en derecho positivo, y que es fruto de la tradición secular y de los textos antiguos.**

Desde el humanismo del siglo XVI –que, como vimos, ya es antropocéntrico, centrado en el individuo, optimista y confiado en el orden social dirigido por un soberano–, esta manera de entender el derecho comienza a dar un vuelco. El cambio tiene que ver con la idea que citamos al principio de este módulo, la de progreso. En un mundo donde el pasado está no solo atrás sino también más abajo, poco a poco la tradición deja de ser determinante y el orden divino puede solo esgrimirse en el discurso público como razón creadora, como acto primero del universo, pero no como tradición religiosa ni revelada. Si nos deshacemos, pues, de la fe y de la tradición como modos de entender y justificar el mundo, si esas esferas quedan canceladas como argumentos en el debate público y científico, entonces cabe reformular todo el orden establecido hasta ese momento; y no es solo posible, sino también necesario. Por eso no es extraño que los precursores de este pensamiento comiencen sus disquisiciones sobre el orden social preguntándose no por el que se les presenta delante, no por la sociedad en la que viven, sino por aquel que origina el orden social, por el deber ser de las sociedades humanas, para luego intentar corregir aquello en lo que ese orden originario y sus límites han sido alterados por la tradición. Esto es muy importante, pues si la sociedad no puede explicarse en la tradición o en la fe, tampoco esas dos dimensiones pueden servir de fundamento a la legitimidad del poder, del derecho, del orden social en general.

Por eso Thomas Hobbes (1588-1679), por ejemplo, despliega un intento para justificar el poder político en la necesidad que impone un estado de naturaleza que es sinónimo de guerra; John Locke (1632-1704) también remite a un

estado de naturaleza que, en cambio, concibe como estado de paz pero que, ante el conflicto, necesita de una organización creada y querida por los mismos que la integran; una organización pactada, ineludible y, en cualquier caso, independiente de la forma que la tradición ha dado hasta entonces a dicha sociedad. Esa organización social tradicional, la que estos hombres tienen delante, en su visión, es una rémora que aleja al individuo y a la comunidad de la organización natural, de la igualdad natural, del individualismo natural. El orden social dado, tradicional, no se justifica por sí mismo, al contrario, ante el pensamiento contractualista parece una perversión de un acuerdo original. Esto genera un problema fundamental: es necesario encontrar un relato que explique y legitime el poder político, pues el relato anterior basado en la tradición no es ya válido.

Esta explicación, este relato, debe basarse ahora en la nueva razón, en las leyes de la naturaleza que, investigadas por unos, darán origen a las máquinas e, investigadas por otros, dan origen a una nueva concepción del poder y del derecho.

Esta es la base del iusnaturalismo racionalista, es lo que comienza a conquistar el pensamiento de los juristas de la época. Para esta corriente de pensamiento, el derecho es razón, está en la naturaleza, pero no tiene que ver con la tradición ni con la fe, tiene que ver con las leyes naturales que se descubren mediante la especulación filosófica.

Las ciencias de la naturaleza han entregado un nuevo canon al mundo intelectual, uno que debe apegarse a la razón empírica y empeñarse en, a través de ella, encontrar las leyes de la naturaleza. Así como Otto von Guericke (1602-1686), físico y a la sazón también jurista, construía la primera máquina de vacío y daba así el puntapié inicial al estudio de la termodinámica, o mientras Newton (1642-1727) desentrañaba las leyes del funcionamiento cósmico, Samuel Pufendorf (1632-1694) o Gottfried Leibniz (1646-1716) construían un derecho basado en leyes naturales desentrañadas por la razón. Los juristas de la época comienzan a adoptar este método cuyo objetivo era el mismo que el de las ciencias físicas: descubrir las leyes de la naturaleza que, por fuerza, son universales e inmutables, válidas para todos los hombres y para todos los tiempos.

En ese empeño están, por ejemplo, Locke (1632-1704), y luego Voltaire (1694-1778) y Rousseau (1712-1778) cuando sientan las bases de una sociedad liberal e individualista. Es esa sociedad, en su visión, a la que originariamente da lugar un pacto social y un derecho fruto de una especulación racional en búsqueda de las leyes de la naturaleza. En cambio, para ellos, la tradición política y religiosa que ha dado como fruto una sociedad corporativa es una adición prescindible e indeseable si impide el desarrollo del espíritu humano.

El contrato social

La idea del contrato social no es nueva, puede rastrearse hasta la Antigüedad, en la modernidad se observa en las obras de Francisco de Vitoria, Hugo Grocio y Thomas Hobbes, y en otros autores como los citados en el texto.

Estos pensamientos, que se desarrollan entre las altas esferas de esas sociedades, no pueden concebir un derecho venido de abajo, rústico, de costumbres antiguas, proveniente del hacer popular sin justificación que lo respalde.

Así como para las ciencias físicas las creencias y las tradiciones del pasado resultan obstáculos que hay que desarraigar de las mentes de los contemporáneos para iluminarlos, también lo es, para los *philosophes*, la tradición política y jurídica; sobre todo porque consideran que supera los límites sustanciales del pacto y que no está acorde con las leyes de la naturaleza que rigen el comportamiento humano. La naturaleza y el pacto que da origen a la sociedad es, para ellos, sinónimo de libertad, de justicia, es el nuevo relato que sirve para justificar la organización política.

Philosophes

Philosophes es la denominación que en el siglo XVIII se dieron a sí mismos los intelectuales franceses que promueven el movimiento de la Ilustración.

1.1.1. El derecho como sistema lógico

Para el iusnaturalismo racionalista, el derecho y la organización política siguen siendo algo dado, algo que preexiste en la naturaleza; el derecho, por lo tanto, es razón, una razón que hay que descubrir no ya en la interminable variedad de hechos, ni en la tradición, ni en la realidad mutable de las sociedades. El derecho, la razón que lo estructura, se debe descubrir en la naturaleza inmutable. Como en las ciencias naturales, los juristas deben encontrar los principios y las leyes fundamentales del actuar humano, ciertos, innegables, autoevidentes. Esta tradición, que hunde sus raíces en el pensamiento de Francisco de Vitoria (1483 c.-1546) o Hugo Grocio (1583-1645), no hace más que arraigar en los siglos siguientes hasta tomar forma, sobre todo a partir de finales del siglo XVII. Si los principios son evidentes, no es necesaria la revelación divina para el descubrimiento del derecho, a partir de estos principios –el primero de todos: la autoconservación– puede construirse el edificio jurídico. Esto no se opone a la religión, sino que separa el conocimiento del derecho de la tradición religiosa; lo hace independiente también de la tradición y la historia social, de los hechos, al fin y al cabo.

De estos principios, valiéndose de operaciones lógicas, se deben deducir otras reglas más concretas y de estas tal vez otras. El último ejercicio deductivo es el del juez en la sentencia. De esa manera, el último y más alto principio se conecta con la realidad más concreta y específica. A través de un razonamiento lógico, la justicia universal contenida en los principios de la naturaleza desciende al caso concreto. **Esta estructura de pensamiento supone disciplinar todo el aparato del Estado y la estructura social a la ley, desde la más alta administración hasta el último juez,** todos están obligados a acatar este instrumento precioso que es la ley, sin excepción. Es fundamental que esto sea así; de lo contrario, la realidad no se conecta con la justicia universal. Todo se concentra en el legislador que, antes de la revolución burguesa, es por definición el rey. Volveremos sobre esto más adelante cuando tratemos la configuración del Estado y la división de poderes.

1.1.2. El derecho como abstracción (universal)

La forma de entender el derecho que inaugura el iusnaturalismo racionalista implica también que el derecho no emerge ya del caso concreto, sino de una especulación racional de carácter universal. El jurista debe cambiar de impronta y de objeto de estudio, si antes su objeto eran las tradiciones de una sociedad, los derechos propios, la pluralidad de ordenamientos jurídicos que emergen de la práctica, los principios de la ciencia jurídica reunidos en la denominación de *ius commune*, la moral y la religión, las circunstancias de los hechos y las valoraciones jurídicas que se podían extraer de ellos para lograr una solución equitativa, etc., ahora su objeto de estudio es la legislación que proviene de esos principios naturales. El derecho puede escribirse desde un despacho y sin conocer realidad alguna, pues el derecho no viene de la realidad social, concreta y diversa sino de la natural, abstracta y universal. Este derecho está hecho para un hombre medio que no existe, que es igual en todas partes y en todas las épocas, porque no habita en ninguna. Sus relaciones, sus derechos, su propiedad, su libertad son todas abstracciones, no son cosas concretas que emergen de los hechos como el derecho anterior que tenía, como ya hemos estudiado, un marcado carácter factual y casuista.

Este derecho ya no tiene que ver con la historia ni con la cultura de un pueblo determinado; es, o pretende ser, al modo de las ciencias naturales, universal. Los rasgos culturales del derecho son, a la postre, deformidades, lastres que arrastran las sociedades desde el pasado. Toda esta postura ante el fenómeno del derecho y la organización social tiene, como es evidente, una consecuencia política pues, como veremos, este derecho es único, no puede ser de otra forma, es un derecho que proviene de una sola fuente, de un solo productor, el Estado. Ya hemos visto que, en cambio, el derecho anterior es plural, proviene de múltiples fuentes.

1.1.3. El derecho y su principio individualista

Imaginar las nuevas sociedades supone imaginar el momento de su constitución como tales. Es ahí donde aparece la idea del pacto, un pacto entre individuos que viven en un estado natural, previo a una organización social compleja. En las visiones optimistas del estado de naturaleza, como la de John Locke (1632-1704), en las que los hombres viven en perfecta libertad antes de verse obligados a la organización política compleja, la necesidad de salvaguardar los derechos del individuo es más acentuada. Ese individuo es el centro que el poder debe respetar y el derecho proteger. Su libertad no puede verse afectada más allá de los límites que el propio pacto autoriza, y eso supone defender al individuo y lo que es suyo, su propiedad. Desde ahí arranca el ideario liberal que quedará plasmado, como veremos, en las primeras constituciones escritas y que ponen su acento en la defensa de esos dos extremos de lo mismo: libertad y propiedad.

El giro copernicano del derecho

Este es el primer salto a un derecho moderno e ilustrado. Es de la mano del iusnaturalismo racionalista que el derecho da este primer giro que supone un cambio radical.

Libertad y propiedad

Para el primer liberalismo, la vida, la libertad y la propiedad individual son los bienes cuya defensa constituye la primordial misión del Estado.

No es casual. Ningún pensamiento nace aislado de su tiempo y las personas que abrazan un pensamiento determinado son también partícipes de su tiempo, un tiempo de expansión colonial y precapitalismo que reclama la defensa del propietario burgués.

1.2. La crisis del sistema feudal

Los príncipes ilustrados eran conscientes de la decadencia del sistema feudal. Ya en el siglo XV mostraba signos de agotamiento y entonces, en pleno siglo XVIII, con un capitalismo mercantilista rampante y uno industrial a las puertas, el sistema productivo feudal quedaba obsoleto. La burguesía es la principal afectada de este problema, es una clase que no encuentra su sitio en el antiguo esquema. Es una nueva clase que ostenta poco a poco una cuota de poder económico, pero que tiene que vérselas con un derecho que privilegia a la nobleza y el alto clero.

Por otro lado, el comercio en general está lleno de trabas. Ya hemos dicho que el derecho medieval se funda en el privilegio, en la diferencia, en la regulación local, en la autonomía regional y en la autonomía corporativa. Así, un gremio puede controlar la producción en una determinada zona, o una ciudad puede conceder permisos a ciertos comerciantes o productores. Cada comunidad política puede cobrar derechos de aduana y otros impuestos especiales. Como sabemos, esto genera, a su vez, la existencia de múltiples ordenamientos jurídicos, la gran proliferación de estatutos territoriales, urbanos, gremiales, del reino, etc. El cambio que desencadenaba el nuevo capitalismo necesitaba de otro marco comercial. El gobierno económico en ese momento significaba poco más que fijar precios, controlar quién produce y limitar el acceso al mercado a comerciantes externos, todo esto en el plano local. Lo que la nueva burguesía reclama es, en cambio, un mercado más amplio, uno sin barreras de municipio a municipio, sin protección local.

Además del derecho relacionado con el mercado, el ordenamiento jurídico en general está en crisis. El derecho va acumulándose sin sistematización. No era costumbre derogar leyes ni cuerpos normativos anteriores en la medida en que estos forman parte de la tradición y del acervo que tenía el juez para buscar una solución equitativa (volveremos sobre esto). La ingente acumulación de normas y de recopilaciones de estas hacen difícil llamarlo sistema normativo. Y, como hemos visto, en esta época es precisamente esta la idea en boga, construir un sistema, primero de las fuentes, poniendo a la ley en primerísimo lugar, y luego establecer una regulación sistemática de cada ámbito de la vida social. Para efectuar los cambios necesarios en el sistema económico y en el jurídico, los monarcas europeos se ponen en marcha. En estas reformas, juristas y fisiócratas (los primeros economistas) serán protagonistas. Las reformas ilustradas, algunas de las cuales analizaremos, tienen esa dirección.

2. La Ilustración y el derecho como proyecto

Hasta el siglo XVII, los juristas y los gobernantes del mundo occidental fueron restauradores, albañiles o aparejadores del edificio de lo jurídico. Quienes practican estos oficios modelan, remodelan, corrigen la estructura de una construcción; cambian fachadas, colores, formas, refuerzan donde se ha producido un defecto, echan abajo tabiques y paredes, reconstruyen otras. Algunos aparejadores van incluso más allá y son capaces de añadir un ala o una nueva planta, de reutilizar construcciones antiguas y reformarlas hasta hacerlas parecer nuevas. Pero todos ellos parten de un proyecto dado, de una construcción de base que no han ideado, que les precede. Los juristas y gobernantes del mundo ilustrado, en cambio, se convirtieron, o pretendieron convertirse, en arquitectos. En unos capaces de levantar nuevas estructuras de la nada, en los eriales con los que se hicieran o bien derribando las antiguas construcciones para rehacer desde cero.

En el mundo pre-ilustrado, el derecho y el poder son realidades dadas, construidas desde siglos atrás, montadas piedra a piedra como una obra colectiva, como una catedral cuyo hacedor no alcanza a ver terminada, ni su sucesor ni el sucesor de este. O como una obra plástica que se rehace una y mil veces agregando pequeños giros de cada autor que reflejan y la adaptan a la sensibilidad de su tiempo. Un pantocrátor, por ejemplo, es el mismo a lo largo de los siglos, representado en cientos y miles de capillas e iconos. Lo importante es, en efecto, que sea el mismo, que se pueda reconocer, que se pueda enlazar con la anterior representación y con la innumerable serie de representaciones legada por el pasado. Lo que se quiere representar no es lo nuevo, sino lo importante. Pero, a la vez, el pantocrátor no es el mismo, cada tiempo remodela la fachada de la estructura esencial de ese motivo; Cristo está siempre gobernando el mundo, la mano alzada para bendecir y señalando su trinitaria naturaleza, con los evangelios o el mundo en su mano; pero a veces se mueve, otras tiene una postura hierática, a veces tiene forma humana, otras escapa a las formas de este mundo; muchas veces está envuelto en una mandorla, otras está solo, a veces acompañado por los evangelistas, en ocasiones estos tienen forma humana, en otras son representados alegóricamente. A veces están también presentes los apóstoles o incluso personajes de la época de la obra, a veces visten a la moda de su tiempo, otras emulan las prendas que se suponen al uso en el tiempo original. **De esa misma forma, el derecho preilustrado no se escribe como un proyecto, sino como la refacción, la remodelación de las construcciones que ya están ahí, cuyos cimientos son valiosos. No son valiosos porque convenga conservarlos simplemente. Lo son porque, igual que el pantocrátor tiene que vincularse a la forma con-**

vencional que según la tradición tiene la obra para ser un pantocrátor, el derecho preilustrado tiene que vincularse con la tradición para ser derecho.

Figura 1. Pantocrátor de la catedral de Cefalú, Sicilia



Fuente: <https://es.wikipedia.org/wiki/Pantocr%C3%A1tor#/media/Archivo:Christ_Pantokrator,_Cathedral_of_Cefal%C3%B9,_Sicily.jpg>.

No es que el derecho de la modernidad ilustrada prescindiera de la tradición; entre los cimientos de los códigos decimonónicos asoman las grandes piedras arrastradas por los juristas romanos y también por todas las comunidades que les sucedieron. El problema no se da en los materiales del edificio, sino en el relato que se hace del levantamiento de la obra. Los juristas ilustrados, igual que todos los juristas de las épocas anteriores, recogen los escombros de las construcciones antiguas para hacer las nuevas, pero, a diferencia de estos, no reconocen la estructura subyacente, la rehacen o dicen rehacerla pues ya no necesitan anclar su proyecto en la tradición, sino en la naturaleza, primero (bajo el signo del iusnaturalismo racionalista), o en la voluntad, después (tras la hegemonía del positivismo). Mientras los juristas del mundo preilustrado habían sujetado nuevas piedras sobre la construcción antigua, incluso ocultando (pero no destruyendo) estructuras anteriores, los juristas de los siglos XVIII y XIX dicen dejar atrás la antigua construcción para dar paso a nuevos modelos que han ideado ellos mismos, los juristas, los políticos, los filósofos.

Por eso ellos son arquitectos del nuevo derecho, mientras que los juristas preilustrados son albañiles, restauradores o aparejadores; para estos últimos la estructura fundamental está dada, tiene una forma preceptiva, igual que el pantocrátor, sin la cual, como se ha dicho, el edificio resultante no podría ser reconocido como derecho.

La modernidad jurídica se inaugura con una arquitectura deísta. Ahí, en esa naturaleza ignota, pero cognoscible, estaban para el iusnaturalismo racionalista los principios fundamentales de lo que en realidad es el derecho, los planos del edificio, o al menos sus primeras piedras. Desde ahí, la política y los juristas debían levantar la estructura nueva de las nuevas sociedades, ahora sí, ajustadas, según su concepción, al plano correcto. No a aquel labrado por los aparejadores ni por los albañiles o restauradores en base a la improvisación – muchas veces acertaron, dirían los juristas ilustrados, pero también torcieron el rumbo–, sino sobre los cimientos seguros de unos principios ciertos, preexistentes y universales, como la gravedad o la termodinámica para las ciencias naturales. Desde ahí se podía construir un proyecto nuevo a partir de la simple deducción silogística de reglas derivadas de esos principios. No en vano, Leibniz decía que todo el derecho cabía en una página.

Como hemos visto, en los albores de la Ilustración, allá por los siglos XVII y XVIII, la tradición se cuestiona, no por su valor como reliquia ni como obra del genio humano, sino como elemento de la razón y medio para conocer la realidad y, por lo tanto, como medio para legitimarla. Es ese cuestionamiento el que lleva a los *philosophes* a imaginar las primeras sociedades, a construir un relato nuevo sobre las sociedades humanas que prescindiera de la vinculación al pasado concreto. Es una forma de decir «lo hemos hecho mal, vamos a descubrir (a través de la especulación filosófica) cómo es en realidad la forma natural en la que el hombre se organiza o debe organizarse en sociedades». De ahí que esa reconstrucción pueda desligarse del pasado, olvidar que la tradición o la fe eran las que justificaban buena parte de las instituciones sociales; la búsqueda ahora es en la *physis* (naturaleza).

De las especulaciones sobre las primeras sociedades tejen los filósofos de la Ilustración, en definitiva, un nuevo relato. No quiero con esto juzgar lo acertado o errado de dicha construcción. Tampoco quiero restarle importancia, al contrario, simplemente pretendo poner de manifiesto que solo un nuevo relato puede sustituir a uno anterior. Evidentemente, un observador interno considera que el anterior es un relato (insuflando a esa palabra un tono despectivo que yo no le atribuyo) y que el suyo es una constatación.

Es evidente que, para construir sobre sí mismos una nueva realidad, los relatos no pueden presentarse como ficciones, pero no por ello dejan de serlo. Este nuevo relato conecta al hombre con lo *natural* despojándolo del otro relato que es en cambio histórico y teológico. Solo así el hombre ilustrado puede prescindir de la tradición que legitima, que ordena, que regula; pues al superponer el nuevo relato da por ficticio el anterior.

Esta ruptura, que viene fraguándose en el plano teórico desde hace uno o dos siglos y que construirá la cultura jurídica de la modernidad ilustrada, va a ver su despliegue político y jurídico desde finales del siglo XVIII y sobre todo en el siglo XIX. En efecto, tanto una como la otra visión del derecho, la iusnaturalista racionalista como la positivista que vendrá a continuación, tienen en común que lo desconectan de su antigua vinculación con la tradición y la religión, con la antigua razón. Desde entonces, el argumentario fundado en lo histórico, lo tradicional y lo moral será cada vez más decorativo, cada vez más relegado a ejercicios retóricos que a planteamientos prácticos y con efectos jurídicos.

Si el derecho es voluntad o fruto de una especulación filosófica en lo profundo de la naturaleza humana, entonces no está en ningún sentido vinculado al pasado más que en aquello que no ha sido, aún, reformado por esa misma voluntad o descartado por dicha especulación.

Además, en el caso del derecho entendido como voluntad, todo puede ser objeto de reforma, no hay límites infranqueables pues no hay principios naturales que pongan límite a esa voluntad. Si a esto sumamos la noción de progreso que, como ya hemos señalado, es el telón de fondo de esta época y pilar imprescindible de la Ilustración, el resultado es claro: el derecho y la política son un proyecto que se escribe hacia el futuro y que se impone a una realidad que el hombre es capaz de modificar, a una naturaleza que le pertenece.

Proyecto y derecho

El derecho nunca había sido entendido como un proyecto al que la realidad debía ajustarse. La nueva confianza en las posibilidades de la razón humana ayudó a concebir el derecho de esta forma.

En el mundo preilustrado, la humanidad es administradora de la naturaleza (la Creación); la política y el derecho tienen su fuente y su legitimación en la antigua razón, que integra la tradición y la fe. En el nuevo mundo ilustrado, el derecho es un plan elaborado con arreglo a criterios de la nueva razón y que debe imponerse en la realidad, el derecho es un proyecto futuro que debe ejecutarse.

2.1. El gobierno. La Europa de los Estados

Los planteamientos que hemos estudiado hasta aquí condujeron a un movimiento que se extendió por toda Europa y también por las dos Américas. Esta actitud optimista, creyente del progreso de la humanidad, un progreso indefinido que la conduciría a un estado mejor, más justo y más próspero, lleva a la reformulación de la idea misma de gobierno. El nuevo Estado ilustrado es uno

que modela la realidad, que la transforma, en eso consiste entonces gobernar: transformar la realidad según los dictados de la nueva razón y llevar hasta el último hombre la felicidad pública.

Por eso, el Estado ilustrado de mediados del siglo XVIII se ensancha para no solo impartir justicia y seguridad exterior, que había sido su misión hasta entonces, sino para administrar el territorio, la economía, la vida social. Nuevos ministerios y oficinas aumentan el volumen del Estado; reformas como las de los Borbones, en la segunda mitad del siglo, que tienden a una centralización y organización de la Administración en todos los territorios de la Corona, son un buen ejemplo. Un ejemplo nada aislado, también José I en Portugal, María Teresa en el Imperio austriaco o Federico II en Prusia emprenden reformas de corte ilustrado.

El espíritu ilustrado también promueve, como se ve, la concentración del poder en manos del Estado, es decir, del rey. Es precisamente con este nuevo ideario, según el cual el mundo puede cambiarse desde arriba, que el absolutismo alcanza su cenit que se conoce como *absolutismo ilustrado* o *despotismo ilustrado*. En esa visión es justamente el príncipe el llamado a liderar el cambio social, deshaciendo la maraña administrativa y jurídica heredada de tiempos medievales. El Estado debe gobernarse conforme a criterios racionales que promuevan su eficacia y aumenten el control del rey, que se convierte en el gran reformador. Es ese el espíritu de la reforma borbónica que sustituye el antiguo gobierno por consejos por un flamante gobierno por secretarías, los antiguos oficios por oficinas y servicios. Se inaugura así una forma de la Administración que heredará el Estado después de los grandes cambios del siglo XIX. Esto caracteriza a la Europa del siglo XVIII que, contrariamente a la Europa medieval se irá construyendo como una Europa de Estados independientes entre sí, cada vez más centralizados y en los que un solo derecho impera en todo el territorio. Este Estado se acerca mucho al Estado constitucional que veremos nacer después de las revoluciones de finales del siglo XVIII.

El Estado moderno

Se trata de un Estado que emprende obras de modernización, alcantarillados, caminos, puentes, hospitales, reformas educativas, económicas inspiradas en los nuevos principios.

2.1.1. El imperio de la ley

El monarca es también el gran legislador. La ley es, a su vez, la gran herramienta de gobierno del mundo ilustrado: la ley, por un lado, debe someter a una Administración dispersa y ordenarla, debe también unificar el derecho de los territorios que conforman las monarquías europeas, plurales, compuestas, como ya hemos visto en otros módulos. No olvidemos que el movimiento ilustrado es elitista, quiere ordenar el mundo desde arriba y el derecho que impera en él es un derecho tradicional, plural, dispar y sobreabundante en fuentes. Piénsese en los derechos forales que ya hemos estudiado, en el derecho de cada población y reino o principado que compone la monarquía. Esto no es un fenómeno peninsular, Europa entera es así y el movimiento ilustrado se empeña en que deje de serlo.

Los intelectuales desprecian esa forma del derecho, que perciben confusa y rudimentaria; los reyes ven con buenos ojos una reforma en ese sentido, pues un derecho basado en la ley es un derecho controlado por su hacedor.

De ahí que la Ilustración inaugure una nueva visión sobre las fuentes del derecho, una que encumbra la ley del príncipe y relega el derecho vivido, el que emerge de la tradición, de los hechos y la cultura de cada comunidad política. En Rousseau, por ejemplo, el gobierno de la ley es el ideal del gobierno, el que da libertad por ser justo y racional en contraposición al derecho tradicional, en contraposición al arbitrio de los jueces o de los poderosos. Otro tanto afirmará Immanuel Kant (1724-1804) al asociar en lo más profundo Ilustración y deber de obediencia a las leyes. No puede, según el filósofo, ninguna parte del pueblo, oponerse al poder legislativo.

Por eso, en esta visión, el respeto de la ley es la garantía de justicia, no el examen técnico del jurista o del juez, no la equidad ni el juego entre los distintos y vetustos ordenamientos, solo la ley. Esta nueva visión de la ley que le otorga un sitial casi religioso alcanza nuestros días y solo ha decaído, como veremos más adelante, en las últimas décadas con consecuencias que aún están por ver.

2.1.2. El (frustrado) carácter universal

El iusnaturalismo y la Ilustración tienen vocación universal. No solo en las ideas, que la alcanzan, al menos en todo el mundo occidental; también la tienen en cuanto al derecho y el gobierno. Sin embargo, en esa Europa que poco a poco había ido consolidándose como una Europa de los Estados, esta pretensión universal del derecho natural se queda truncada. La abstracción fruto de una especulación filosófica que desentraña las leyes de la naturaleza no puede, por definición, estar circunscrita a un ámbito cultural, sin embargo, así fue: la realidad es que en cada uno de esos Estados se instaura poco a poco un sistema monista y cerrado en el que la única fuente del derecho es la producción normativa proveniente del Estado y solo es válida en ese Estado. El legislador por tanto se convierte en el centro, en la piedra angular de toda la construcción del Estado. La voluntad de aquel expresada en la ley es el derecho; la ley, la soberanía y toda la construcción política y jurídica del iusnaturalismo racionalista quedarán limitadas, contra su vocación, al limitado marco del Estado.

2.2. El proyecto liberal

El hombre, en estado de naturaleza, es plenamente libre, es dueño de lo suyo y convive en armonía con otros. La complejidad progresiva de la organización social lo impulsa a sellar un pacto, uno que sirva, mediante la cesión de una pequeña parte de la misma, para asegurar esa libertad y esa propiedad que ostenta. Este es, *grosso modo*, el planteamiento liberal. Es, al menos, el pensamiento de Rousseau que ve en la sociedad estamental, en los vestigios del orden feudal, en los privilegios de la nobleza y el clero, en los monopolios de los gremios y en los obstáculos para la libre circulación de los bienes lo contrario a ese planteamiento inicial. La búsqueda de un origen de las sociedades humanas, no histórico sino teórico, ha dado con estos principios que, como ya dijimos, se declaran como autoevidentes. Libertad y propiedad son, en el pensamiento liberal, dos bienes sagrados que el Estado debe defender; mejor aún, limitarse a defender, sin interferir en otras cuestiones de la vida civil. Con lo dicho hasta ahora en este módulo ya se puede entender de dónde viene esta conclusión. Pero el problema no acaba allí.

En la visión liberal, la sociedad del Antiguo Régimen debe ser desmantelada para poder corregir el rumbo extraviado en el transcurso de la historia occidental, sobre todo en la Edad Media, que es el momento histórico que los ilustrados miran con mayor desdén. Este planteamiento redentor es una licencia que permite el optimismo ilustrado en el progreso y la razón humana. El desmantelamiento debe ser llevado a cabo por el propio Estado, pues el resultado de ese pacto social es precisamente ese: un Estado en el que existe un único poder público, por un lado, y la sociedad civil compuesta de individuos, por otro. Por cierto, quizás sea esto lo más importante, este planteamiento es conveniente, casi un traje a medida, para la burguesía, ese tercer estado no privilegiado por el derecho, pero que había ido ganando terreno en las distintas esferas sociales. Ahora, esa burguesía abraza el proyecto liberal y lo promueve. No es casual que una de sus principales banderas de lucha sea la igualdad, el proyecto liberal plantea una igualdad formal que, como veremos, es la que permite a la burguesía quitar las barreras de acceso que el régimen anterior le ponía delante en su carrera hacia el poder.

Si bien en el continente europeo la Ilustración había impulsado la figura del príncipe, gran legislador y soberano absoluto, el nuevo proyecto proponía poner coto a esos poderes, pero no a los de su Estado. El Estado había nacido como un atributo del monarca, al principio pequeño era ahora una gran casa, una enorme estructura de ministerios y oficinas en la que ese poder se concentraba para administrar el reino. En otras palabras, el edificio del Estado debía conservarse, aunque a su anterior dueño o bien se lo desahuciara o bien se lo recluyera a un ala desde la cual pudiera dominar una sola parte de todo ese enorme poder. Para hacerlo, Montesquieu, en *El espíritu de las leyes*, se inspira en la constitución inglesa que mantiene un equilibrio entre varias instituciones y ninguna de ellas consigue un poder absoluto. Si al rey se lo relega a una parte del edificio del Estado, la otra debía ser asumida por el parlamento,

El liberalismo

Tradicionalmente se conoce a John Locke como el padre del liberalismo. Aunque no es difícil encontrar precedentes de su pensamiento, es verdad que Locke formula los principios del liberalismo clásico e inaugura una serie ininterrumpida de pensadores que los desarrollan.

en él debía radicar preferentemente el poder de legislar, el de controlar la ley, ese maravilloso instrumento, casi mágico, que había creado la Ilustración. El titular de la soberanía debía ser la nación, una nueva abstracción que dejaba, al final, al Estado en manos de la burguesía que la representa en el parlamento.

Solo el Estado, en definitiva, puede crear ese escenario de desarrollo que requiere el nuevo modelo económico capitalista. Solo el Estado puede generar la realidad del mercado libre en el interior de sus fronteras. De otra manera no sería posible romper la resistencia que los mercados locales, sus gremios de comerciantes y artesanos, las ciudades y los productores agrícolas pusieran al proyecto de liberalización de ese mercado. Al concentrar el poder jurisdiccional, la administración económica, el control de la fuerza, el Estado puede concluir la tarea unificadora emprendida por las monarquías europeas y convertir el territorio en el mercado único que no conoce ni de aduanas interiores, ni de medidas de protección de los productores locales, ni tributos particulares. El proyecto liberal garantiza, por eso, el desarrollo del capitalismo y la prosperidad de la burguesía, que es la que lo promueve.

El nuevo proyecto suponía varias reformas políticas y jurídicas que iremos tratando en los apartados siguientes desde distintas perspectivas. Aquí podemos contentarnos con la enumeración de algunas de las más importantes:

- Un nuevo orden económico de corte liberal, sin fronteras internas, ni privilegios, ni monopolios, ni organizaciones gremiales.
- La defensa a ultranza de la propiedad privada individual y absoluta.
- Concentración en el Estado de todos los poderes políticos y jurisdiccionales que pudieran aún estar diseminados en manos de señores o colectivos como los comerciantes.
- El fin de los privilegios y ordenamientos particulares de los que gozaban estamentos, grupos o individuos; el principio que se impone es la igualdad formal, del que nace una sociedad de clases que se diferencia por su capacidad económica y no por sus derechos.
- La división de poderes dentro del Estado.
- La soberanía nacional.

Uno de los grandes problemas del proyecto liberal y, en general, de esta forma de entender el derecho como proyecto es que se encuentra con dos piedras de tope que impiden el remate de su implementación. Por un lado, el monarca absoluto y, por otra, la noción anterior del derecho entendido como tradición. El monarca ha ido promoviendo algunas de estas reformas asesorado por juristas y economistas, los intelectuales estrella de la Ilustración; sin embargo, su propio poder es un poder tradicional, legitimado en ese derecho y en esa

tradición política con la que el proyecto, en su versión radical, quiere romper. Romper con ese modelo social, implementar las medidas que el proyecto liberal plantea supone para el rey, tarde o temprano, darse un tiro en el pie. Hasta el siglo XVIII, los intereses del monarca coinciden con los de la burguesía.

La modernización del Estado, la centralización, la puesta en orden son cosas deseadas por unos y otros, y también por la intelectualidad ilustrada. Pero a finales de dicho siglo esos intereses se han ido separando, y la burguesía y los pensadores liberales quieren hacerse con el Estado del rey, pero sin el rey.

Como hemos dicho, ese Estado construido por los monarcas absolutos es la única herramienta eficaz para implantar el proyecto.

Es lo que sucederá en mayor o menor grado en todos los países de uno y otro lado del Atlántico en este periodo: o bien se extirpa la figura del monarca (América, del Norte y del Sur) o bien, siguiendo el modelo inglés, se le relega a una posición de contrapunto al parlamento al mando del poder ejecutivo.

2.2.1. La revolución y la onda expansiva

En el Estado en el que el absolutismo había ido más lejos, donde el monarca había alcanzado mayores cotas de poder y la Administración se encontraba en un avanzado estado de modernización y centralización, es donde estalló la revolución.

A menudo, hablamos de la revolución como si fuera algo que se hubiera producido en todo el mundo, o al menos en toda Europa, como si en las calles de todo el continente se hubieran alzado masas de personas a exigir cambios y a llevarlos a cabo por la fuerza si fuera necesario. La verdad es que no fue así, ni siquiera probablemente fue así del todo en las calles de París.

La Revolución Francesa

El reino de Francia fue testigo de la cara más radical de estos nuevos planteamientos sobre el derecho y el poder político que venimos mencionando.

Es cierto, no obstante, que la Revolución supuso un quiebre violento, una sacudida a todo el edificio político de Francia, pero mucho más importante fue la onda expansiva que generó. Como si fuera una bomba atómica, la Revolución generó gran estrago en el punto donde cayó, pero luego los efectos de la radiación, no tan extraordinarios, pero sí muy duraderos, se extendieron por todo el continente europeo y también el americano.

La Revolución plantea un quiebre, una ruptura total con el pasado, con esa tradición que sostiene el gobierno del rey, con esa que sostiene los innumerables derechos territoriales, los privilegios, los estamentos. Es un corte abrupto que acaba mal, la destrucción en el centro de la explosión es tremenda y pronto comenzará a remitir.

La ruptura que pretende ese movimiento explosivo es total, tanto que recuerda la obra de ciencia ficción *Un mundo feliz*. Igual que en la distopía de Aldous Huxley, que hace comenzar su era en el año uno después de Ford (en la nuestra es 1908, año de la fabricación del primer automóvil Ford T), la Comisión Nacional Francesa aprobó un calendario nuevo que comenzaba con la Revolución; cambiaba los meses del año por otros tantos con diferentes nombres, el año comenzaba el 22 de septiembre (equinoccio de otoño), el primero era el de 1792, el año 1 de la Revolución; el nuevo calendario procuraba la desaparición de las fiestas tradicionales religiosas sustituyéndolas por otras nuevas, como la fiesta de la Virtud, del Trabajo, de la Opinión, de la Revolución, etc. La vigencia de este nuevo tiempo fue escasa: desde el 1793 (aunque comenzaba a contar la nueva era desde el año anterior) hasta su abolición por Napoleón en 1806. Si bien esta ordenación del tiempo y la vida pública fracasó probablemente por sus desmedidas pretensiones, nos habla de una era nueva en la que unos nuevos símbolos y nuevos relatos son los que se introducen para dar explicación a la realidad, que por eso mismo también se transforma en nueva.

La Revolución, no lo olvidemos, es sobre todo el alzamiento de una clase social emergente, la burguesía, que pretende abolir los privilegios de la nobleza y las trabas que el Antiguo Régimen pone a su actividad económica y política. Claro que dicho movimiento aprovecha el descontento popular y lo conduce para conseguir sus objetivos, pero no es a ese estamento al que representa, sino a sus intereses de clase que son, también, los de una clase privilegiada.

La Revolución en este sentido es anecdótica, pues, como los excesos de un gran festejo, la exaltación que generó no estaba destinada a durar. No al menos en ese nivel de radicalidad. Antes bien, remite poco a poco hacia lo que se conoce como *doctrinarismo* o *liberalismo doctrinario*, y que en España se denominó también *moderantismo*.

Ese sector más radical, a la postre siempre minoritario, tiene que pactar con otros sectores de la sociedad que, después de la explosión, reculan para disminuir los daños y asegurar sus propios asuntos.

Por eso, más que la Revolución, lo que nos importa es su onda expansiva, una que llega mucho más allá de las fronteras francesas, no ya como movimiento insurgente, sino como un planteamiento político e ideológico al que las elites de los distintos países se suman en distinto grado. En definitiva, la Revolución es, desde esta perspectiva, la manifestación violenta de una forma de pensa-

miento que viene cuajando hace tiempo, y que se basa sobre todo en un cambio en las relaciones sociales y de producción, y en los intereses de una clase social. Más allá del foco de la explosión, lo que importa es esta onda expansiva que consolida este pensamiento como opción política. Por eso también es fácil entender que, a la larga, como ya hemos señalado, este extremo ideológico acabará morigerando sus efectos para adaptarse también a la realidad de los países donde se intentaba instalar. En todos ellos, la onda expansiva de la Revolución consolida de forma indiscutida la absorción de todos los poderes del ámbito público por parte del Estado, la unificación jurídica del territorio, el cambio de modelo económico y la igualdad formal de todos los ciudadanos. Todas ellas, como hemos visto, son proclamas del movimiento liberal, aunque algunas, como la concentración del poder político y la unificación jurídica, ya fueran avanzadas en gran medida por las monarquías absolutas.

En la mayoría de los países europeos y americanos la onda expansiva acabará marcando el devenir de los acontecimientos políticos, consignemos aquí sus líneas fundamentales:

- **En Europa, las reformas liberales irán conduciendo a los regímenes políticos hacia monarquías parlamentarias.** Como ya hemos señalado, desde el proyecto liberal más radical hasta el que finalmente se materializa, el tránsito está lleno de concesiones en todos los Estados europeos. Por ejemplo, el voto censitario en vez de universal, el bicameralismo (un parlamento representante de la nación y un senado que conserva mecanismos representativos del Antiguo Régimen), o la soberanía que comparten el rey y las cortes. El propio modelo de monarquía parlamentaria es, al fin y al cabo, una concesión liberal. Este es el liberalismo doctrinario o moderado, el que triunfa. **Lo que sí permanece inalterado, y es tal vez el principal legado de la Revolución, es la igualdad formal** que se instaurará desde entonces en la mayoría de los países occidentales y que constituye uno de los rasgos distintivos de esta época.
- **En el caso de los países hispanoamericanos, se produce una desconexión de las monarquías que les sirven de lazo con Europa.** Comienza así la vida de una América que se mantiene culturalmente unida al Viejo Continente, pero que se separa de la Corona que la emparentaba con la Península en términos políticos. **Esta aparente radicalidad se ve atenuada por el escaso apoyo que reciben las posiciones liberales radicales.** Las independencias hispanoamericanas son protagonizadas por las élites que habían abrazado desde el principio una visión moderada del liberalismo, una que pudiera servir a sus intereses. En la escisión de los países hispanoamericanos tiene importancia el reflejo de la revolución norteamericana que significó la independencia de la monarquía británica. América entera se siente en ese momento en un nuevo rumbo conjunto, el Nuevo Mundo que se separa del viejo. Hay que tejer, como veremos, un relato distinto del que hasta entonces daba sentido a la comunidad política de cada uno de los flamantes Estados. América tiene que reinventarse, tam-

bién Europa, pero en el caso americano esa necesidad es mucho más patente. Volveremos sobre esto cuando tratemos de las naciones.

- En la teoría liberal, al Estado le corresponde el papel de guardián, uno que no intervenga en la vida civil más que para mantener el orden. Esto no quiere decir, como ya hemos adelantado, que el liberalismo reduzca la maquinaria estatal para ser fiel a sus propios postulados. Al contrario, en una de sus contradicciones, **los Estados constitucionales liberales que ve nacer el siglo XIX, tanto en Europa como en Iberoamérica, son tan grandes como los que antes eran gobernados por el rey, incluso más todavía.** Y, por supuesto, esos Estados han absorbido todas las cuotas de poder político que aún no había conseguido conquistar la monarquía absoluta.
- En los países pertenecientes a la tradición romano-germánica (es decir aquellos países de tradición continental, no anglosajona), que es donde la onda expansiva se siente con más fuerza, el proceso codificador se refuerza en los principios del liberalismo y el constitucionalismo nace como una herramienta de reforma inusitada hasta entonces. De esto trataremos en otro módulo.
- El ideario liberal que, como hemos dicho, concentra todo el poder regulador de la sociedad en el Estado, aboliendo cualquier otro grupo intermedio, genera una división muy nítida entre Estado y sociedad. El Estado, el derecho de lo público transitan por una vía y lo privado, los particulares, la vida civil, por otra. Cada uno de esos espacios se rige por principios distintos. La Administración del Estado no puede actuar salvo autorización expresa del legislador, en el mundo privado, al revés, lo que no ha sido prohibido o regulado en un sentido determinado está, en principio, permitido mientras no atente contra el orden público, o los derechos de otros individuos o del Estado.

La sociedad anterior, en cambio, está compuesta por órganos, por distintos colectivos que se enlazan unos con otros como en el cuerpo humano. Allí hay distintas partes, cabeza, miembros, tronco, que se conectan, se autogobiernan por un lado y por otro se ven determinados por los demás; generan sus propias reglas a veces y otras obedecen las de otros, según sea el espacio en el que se mueven. Una ciudad tiene un derecho, un gremio también, pero no están aislados, igual que en un cuerpo, deben adaptarse al funcionamiento de los otros órganos, obedecer también normas que son ajenas, no creadas por ellos o que son fruto de un pacto. De esta manera, la diferencia entre lo público y lo privado, entre el Estado y la sociedad es más difusa, pues los individuos pertenecen a la sociedad en la medida en que forman parte de los órganos que la componen, y en virtud de esos órganos tienen un lugar en ella. Un habitante, por ejemplo, de Zaragoza tiene un sinfín de vinculaciones morales y jurídicas con el estamento al que pertenece, con su señor, con la Iglesia, con la ciudad, con el gremio en el que desarrolle una actividad económica, etc. El liberalismo significa que esos vínculos no existen o al menos que no tiene valor jurídico, **la so-**

ciudad se compone de individuos y frente a ellos una única fuente de poder político, un único regulador, una única jurisdicción: el Estado.

- **En todos los países occidentales, por entonces, se extiende la idea de la soberanía nacional.** Esta noción se transforma en imprescindible cuando el Estado, antes en manos del rey, ahora en manos de la burguesía o de la burguesía y el rey, necesita de un nuevo dueño. Ese nuevo titular del Estado y de la soberanía será la nación. Una nación que no existe, porque hasta entonces ninguna nación existe. Es el tiempo de inventar la nación.

2.2.2. Las naciones, el Estado y el mercado

Todos aquellos que han vivido, viven y vivirán en un territorio. Es así como se caracteriza en su forma más básica la nación. El concepto toma casi de inmediato un sentido, como se desprende de lo dicho, eminentemente territorial. No puede ser de otra manera, dentro de dichas naciones no hay más que pluralidad, diversos ordenamientos jurídicos, diversas costumbres, lenguas, gastronomía, música y símbolos. El factor de unidad debe ser el territorio, el territorio que consigue dominar el nuevo Estado mediante una jurisdicción única. Esta figura es la que denominaremos Estado-nación.

Por supuesto que existen vínculos anteriores. Entre los pueblos que forman las nuevas naciones ha habido monarcas comunes, historias comunes, pero nunca han sido una misma asociación política sin que las sociedades políticas locales conserven una gran cuota de poder autónomo. El centro vital de esas comunidades siempre había sido la ciudad, el pueblo. Las personas eran, por ejemplo, naturales de Santiago, Madrid o Girona. Las asociaciones más abstractas se diluían en vínculos de fidelidad feudal más difusos y poco significativos para esa población. Las lenguas, a diferencia de hoy, no estaban parceladas por fronteras. Quien pasaba los Pirineos no dejaba de oír catalán, euskera o castellano para, de pronto, enfrentarse a un francés normalizado, como sucede hoy. Las lenguas, las costumbres, las tradiciones, en fin, la cultura, se extendían en el mapa como manchones de acuarela en una superficie deslizante, más puras en su centro, difuminadas y mezcladas en la medida en que se acercan a otro manchón de un color diferente.

El Estado-nación, en cambio, estandariza, normaliza y crea, al fin y al cabo, una forma de actuar, pensar y sentir que no existía porque no existía la comunidad política; por eso el propio Estado crea esa comunidad política y lo hace a través, sobre todo, de dos medios: el derecho y la historia.

El derecho unifica. Ya hemos dicho que la igualdad es uno de los pilares del pensamiento liberal y que se extiende con la onda expansiva de la Revolución en los países de tradición romano-germánica o continental. Los iguales (formalmente iguales) son los que pertenecen a un Estado, están regidos por un mismo derecho y, este es el agregado que vendrá con la reconstrucción del relato histórico, comparten una conciencia y un sentir colectivos. Este es el objetivo y, en muchos casos, el Estado se mostró muy eficaz a la hora de unificar. Francia, el epicentro de la explosión, siempre es el ejemplo paradigmático del éxito de la uniformización: una lengua, una historia, un derecho, un ciudadano. España, por otra parte, es un caso distinto: pluralidad lingüística, pluralidad de derechos, pero igualdad jurídica (un solo sujeto jurídico). Esto no quiere decir que en España el proceso de construcción del Estado-nación haya fracasado, sino que la formación del Estado nacional asumió las particularidades de cada territorio con mayor flexibilidad que otros Estados. En cambio, los Estados hispanoamericanos, algunos de ellos muy plurales jurídica y culturalmente en el momento de las independencias, uniformizan sin contemplaciones. Una nación, un Estado, un derecho, un ciudadano, una historia.

Se aspira a la unificación jurídica del Estado-nación: la igualdad formal de todos los ciudadanos y un único mercado para todos ellos. **Ese mercado lo crea precisamente el derecho, unas mismas reglas, unas mismas cargas, unos mismos derechos y obligaciones para todos los que son ciudadanos de pleno derecho. Además, estas normas no distinguen entre comerciantes y ciudadanos ordinarios, como solía hacer el derecho mercantil anterior,** que agrupaba a los comerciantes en gremios y estos mismos gremios se encargaban de regular la actividad y protegerse.

Al contrario, la nueva sociedad civil realiza sus actividades civiles y mercantiles sin intervención de dichos grupos, que desaparecen, y sin injerencia del Estado en dichas actividades para favorecer o proteger a un determinado individuo o grupo de individuos frente a otros (igualdad formal). El Estado-nación y el mercado capitalista tienen una relación simbiótica, el comercio se expande y el intercambio de bienes en el marco del Estado se multiplica geométricamente. Esto unido a la Revolución Industrial supone un salto cualitativo que ya hemos mencionado arriba, un salto que contribuye a crear la percepción del progreso.

Pero sigamos centrados en la nación. Así como el mercado, el derecho y el Estado unifican la lengua (insisto, hablo en general, pues, como es evidente, en España en estos asuntos hay que matizar). En Francia, a finales del siglo XVIII se estima que menos del 50 % de la población hablaba francés, y en el norte y el sur del país actual no era para nada habitual encontrar hablantes. En 1861, en la época de la unificación italiana, un escaso 9 % hablaba italiano en su trato cotidiano. En el siglo XVIII, en Alemania solo un pequeño porcentaje de la población hablaba y escribía la lengua que hoy conocemos como alemán y que sirvió para unificar el territorio. Las imprentas (otra vez, el mercado) demandan una lengua de impresión única, la Administración también la necesita. Se abren entonces procesos de normalización lingüística que permiten crear

unos parámetros de alfabetización comunes que luego el Estado debe expandir a través parámetros, instrucciones, y de exámenes y oposiciones públicas, derrotando así las particularidades lingüísticas de cada territorio del Estado. En este proceso es vital la escuela pública. Hasta entonces la educación ha estado a cargo de las familias y de la Iglesia, sobre todo. En cualquier caso, se trataba de una formación particular y no muy reglada, al menos en un nivel preuniversitario. Los nuevos Estados crearán un sistema educativo nacional destinado a expandir el uso de la lengua oficial única, a la enseñanza de la historia nacional y de los valores que ella entraña, y de otras competencias técnicas.

Bien puede servir el ejemplo de la lengua para entender el del comercio o el del derecho: solo la estructura de poder como la que ostenta el Estado constitucional puede conquistar y uniformar un territorio y crear una nación, una lengua, un mercado y una historia comunes.

La historiografía, pues, debe encargarse de generar un relato que unifique espiritualmente el territorio y el Estado que se ha creado.

Como dijo un político tras la tardía unificación italiana: «hecha Italia, habrá que hacer a los italianos». El Estado-nación debe, casi por subsistencia, crear una identidad colectiva, una forma de relato que identifique a millones de personas, no a una comunidad local, ni una región pequeña donde las relaciones son aún palpables, cercanas. La idea de nación debe permitir que personas que no se conocen y que guardan pocas cosas en común se identifiquen con lo mismo, con otros que estudian lo mismo, que tienen unos mismos referentes culturales. Y esa identificación no es simplemente racional, sino emocional e incluso sentimental. En este ejercicio de creatividad tiene gran importancia el romanticismo. Este movimiento artístico de finales del siglo XVIII, que busca reencontrar esa faz emocional que el racionalismo ilustrado había dejado tan pospuesta, será artífice de esa identificación de los ciudadanos con una historia ficticia, con símbolos creados o rescatados del baúl de la historia, con himnos, tradiciones, bailes y fiestas. Toda una obra de ingeniería social.

La historia de la nación, como ella, será de orden territorial. Un territorio es, por decirlo de alguna manera, el marco en el que se desarrolla la historia de la nación. Por ahí «pasan» los pueblos y son nacionales los hechos que suceden en dicho territorio. Por eso los manuales escolares de historia nacional comienzan en la prehistoria de la Península y luego los pueblos van entrando en escena en la medida en que tocan el marco territorial. Esto sucede en todas las nuevas naciones europeas y americanas.

No solo hay que reinventar una historia, también adoptar símbolos oficiales y educar en los ciudadanos el amor a esas enseñanzas. Un himno, una bandera, un ejército normalmente glorioso, una historia llena de héroes, víctimas y próceres, etc. En Hispanoamérica, como ya hemos señalado, esto es mucho más patente que en Europa, pues los países americanos tienen que justificar

un gobierno de nuevo cuño y con una nueva legitimidad y, además, una independencia que no entusiasmaba especialmente a la población campesina o indígena y ni siquiera, probablemente, a la mayoría de los criollos. Pero, tanto en América como en Europa, el fenómeno es el mismo. También lo es en la actualidad cuando algún pueblo busca erigirse como Estado: se inventa la nación y con ella el nacionalismo, la ideología más mortífera de la historia de la humanidad. La creación de la nación, que elimina las diferencias y la multiplicidad de relatos que existen dentro del Estado, se contraponen a otras naciones; el otro refuerza la propia existencia, pues el otro normalmente es un represor o un inferior, rara vez un igual.

Creada la nación es ella, representada en el parlamento, la que asume el control de la casa, del gran edificio del Estado. Pero se trata de una abstracción difusa, los que fueron, son y serán. Además, quienes votan para elegir a los representantes no son ni siquiera todos los que son, pues el liberalismo doctrinario, los pactos después del gran festejo, han determinado que el voto sea censitario. Si el Estado protege la libertad y la propiedad parece razonable que voten aquellos que tienen ambas cosas y, por eso mismo, tiempo para dedicar a la política. El voto universal tardará mucho en llegar, primero a todos los varones, después, mucho después, también a todas las mujeres. Aun así, la ficción de la representación permite el gobierno y la expresión de la voluntad soberana de la nación.

2.3. Una idea novedosa: el derecho como voluntad nacional

La misma noción de pacto como fundamento de la existencia común y del poder político conduce al positivismo. El primer paso hacia un derecho ilustrado fue dado, como ya hemos visto, por el iusnaturalismo racionalista: construir un ordenamiento jurídico sistemático y único cuya única fuente debe ser la legislación del Estado (no plural ni con diversas fuentes como el medieval). El segundo paso es considerar que el derecho emana de principios naturales que deben ser descubiertos mediante una especulación filosófica y puestos en vigor a través de la ley por el parlamento. Pero una vez convertido en derecho positivo a través del representante de la voluntad popular, el derecho natural no puede convertirse en una especie de ordenamiento paralelo, es el derecho establecido por la legislación el que debe ser válido.

De esta manera, la comprensión contractualista conduce al abandono del derecho natural como fundamento de validez del derecho positivo y lo sustituye por la voluntad de quienes pactan; es en la voluntad donde se apoya la validez del derecho, se admita o no la existencia de un derecho natural. Esto es especialmente así una vez consolidado un aparato estatal que permite controlar la legislación a través del parlamento. Por otra parte, que la constitución y las leyes de los Estados pudieran concebirse como un acto de pura deliberación resultaba difícil de aceptar de buenas a primeras, la idea de nación se amplía por una parte a las generaciones anteriores y posteriores, y se restringe por otra en su cara visible que es el parlamento y sus electores selectos. En otras

palabras, el derecho debe buscarse solo en aquello que quiere la nación representada en una asamblea, que recibirá el nombre de cortes o parlamento. Esa asamblea está formada por los hombres escogidos por el voto de la población habilitada para sufragar, y representa a la sociedad en cuanto suma de individuos y no en cuanto suma de corporaciones, como sucedía en las antiguas cortes o parlamentos.

Como se ve, el derecho natural está detrás de la tesis contractualista, pues en esa naturaleza están esos derechos que hacen posible y necesaria la asociación humana y el pacto. Ahora bien, cuando el pacto da forma a una sociedad, esa sociedad puede darse a sí misma una organización deseada y no una que imponga la naturaleza. Ahí es cuando el vínculo entre ese derecho natural y este que es creado y «puesto» puede romperse. De esta manera, la obediencia a la ley no proviene, para el positivismo, de la razonabilidad (respecto de un derecho natural o de la tradición) sino de la constatación de que es un acto de voluntad. Así, desde esta visión positivista, el derecho es exclusivamente la manifestación de voluntad de quien ostenta la soberanía que, en los flamantes Estados constitucionales de esa época, es la nación. El derecho no es razón, sino voluntad.

En cualquier caso, sea desde una posición iusnaturalista o desde una positivista, en el momento de la instauración del proyecto, el valor de obediencia a la ley no es polémico, la ley se concibe como manifestación de la voluntad soberana tenga esta organización estatal que le da vida su fuente en la naturaleza o en una voluntad social ajena a ella.

3. Fijar el derecho, realizar el proyecto

Trataremos ahora de la materialización del proyecto que venimos describiendo. La nueva concepción del derecho, que se extiende sobre todo desde Francia hacia los países de tradición romano-germánica, se manifestará a través del proceso de fijación del derecho en constituciones y códigos. En lo que respecta en particular al constitucionalismo, la influencia inglesa y estadounidense es manifiesta, por ello dedicaremos también un breve apartado a cada una.

3.1. Una cuestión previa: describir o constituir

No es raro en la historia del derecho que, cuando se percibe el comienzo de una época distinta, los gobernantes pretendan fijar el derecho, dar un orden nuevo e intentar eliminar los elementos molestos del anterior. Esto también sucede en esta época en la que el proyecto liberal se impone y se lleva a cabo a través del movimiento codificador y constitucionalista en los países de tradición romano-germánica. No obstante, dado el carácter radical y transformador de la Ilustración liberal, redactar constituciones y elaborar códigos parece, para muchos de los pensadores de esa época, algo que va más allá de la simple fijación del derecho, significa la instauración de un proyecto político que rompe, como hemos visto, con el tiempo anterior.

Existe una nueva posición ante la ley que ya hemos mencionado. Se entiende por entonces que la ley es capaz de constituir escenarios nuevos.

No se trata de un simple juego de palabras. Todas las sociedades, por minúsculas que sean, tienen constitución, igual que los seres vivos o los inanimados. Las personas son altas o bajas, fuertes o débiles, delgadas u obesas. Las sociedades también tienen su propia constitución en cuanto cuerpos, o al menos así era como se habían concebido hasta ese momento.

En el mundo medieval, por ejemplo, una determinada comunidad política estaba compuesta de órganos, en ella habitaban poderes interdependientes y a la vez autónomos, el rey, los municipios, la Iglesia, los comerciantes, la nobleza y sus señoríos, los diversos gremios, etc. La constitución de Castilla, por ejemplo, era la forma en que esos poderes estaban ordenados, el modo en el que las cosas se hacían y en el que el derecho (plural, por supuesto) regía. La constitución no era algo que se pudiera proyectar, sino algo que se podía describir, tal como hiciera Aristóteles en el antiguo mundo griego respecto de las constituciones de varias *poleis* griegas en el siglo IV a. C. El filósofo dedicó sus esfuerzos a coleccionar constituciones y cuando lo hacía, lo que coleccionaba eran las descripciones de una realidad que la tradición había formado, y que las asambleas y las autoridades iban retocando.

Una nueva realidad

Eso es precisamente lo que significan las constituciones y los códigos en este contexto: son o pretenden ser constituyentes de una nueva realidad.

La constitución de la comunidad política

Si hay algo que caracteriza al mundo anterior, al mundo que precede a la Ilustración desde la remota Antigüedad, es que concibe la constitución de una comunidad política como algo dado.

En efecto, la constitución de una comunidad política no es fija, va cambiando con el tiempo de forma espontánea, pero también puede corregirse, cambiarse levemente o incluso profundamente. Para seguir con la metáfora, un cuerpo va cambiando de forma natural, sin embargo, un cirujano puede introducir un cambio leve reparando una nariz torcida; del mismo modo, en las comunidades políticas, los poderes y los modos de hacer pueden variar en un momento dado por acuerdos o querellas internas en dicha sociedad. También pueden variar drásticamente, como cuando un cirujano amputa una pierna, una comunidad política puede verse sacudida por una revuelta importante, una guerra o cualquier otro hecho traumático que modifique de golpe su constitución. Otro ejemplo sería el de un farallón, su fisonomía va cambiando por la erosión del mar y el viento cargado de sales, pero un terremoto o una gran tempestad pueden hacer que su forma cambie. Pero lo normal es que las comunidades políticas vayan sufriendo modificaciones espontáneas por el paso del tiempo, igual que los seres vivos o los inanimados cambian a lo largo de su existencia. Esta es la idea de constitución preilustrada, una constitución que tiene que ver con el pasado, porque es el pasado el que constituye. Por eso, para distinguirla de la constitución que veremos a continuación, la llamaremos *constitución histórica* o *constitución en un sentido material*.

Las sociedades que estudiamos en los módulos anteriores son sociedades premodernas. En el pensamiento de dichas sociedades no se había instalado la idea de progreso, ni tampoco habían aparecido las máquinas ni se había exaltado la potencia del ser humano hasta convertirlo en arquitecto del mundo. Un cambio en este sentido también determina el cambio en la forma de entender el derecho y su función.

En efecto, al menos en los países de tradición romano-germánica, la constitución moderna es un instrumento constituyente, se dicta en la conciencia de que el derecho es un proyecto político; no bebe del pasado ni encuentra legitimación en él, al menos en teoría, pues, como veremos, esta idea de constitución tuvo que hacer algunas concesiones al pasado. Pero en términos generales, la **constitución en un sentido moderno e ilustrado** es la matriz del proyecto que se impone ante la realidad, ante la porfía de las tradiciones y la constitución histórica. Por eso las constituciones modernas constituyen y se escriben, para que el proyecto se plasme en el papel y luego en los hechos. Existen desde que se promulgan y, entonces, comienzan a materializarse, a hacerse reales, a cobrar vida en las instituciones reales. Eso sí es que lo consiguen. La verdad es que pocas lo hacen, y ese choque entre el país real y el país legal que se produce durante el siglo XIX y XX marcará la dinámica inestable de la mayoría de las constituciones de los países de tradición romano-germánica.

Esta forma de entender el derecho que tiene, como ya hemos señalado, su epicentro en Francia y que se extiende por todos los países de tradición romano-germánica, con todos sus vaivenes, deja una inmensa huella. En dichos

países es prácticamente hegemónica durante el siglo XIX y XX. Tanto en Europa continental como en América Latina, este modelo de constitución es el que se instaura, una constitución que constituye, que crea una organización nueva. Si bien las concesiones al Antiguo Régimen son grandes y los efectos de la Revolución acaban siendo mucho más moderados de lo que parecía al principio, una nueva forma de entender el derecho y la política se instala en dichas sociedades.

3.2. La influencia del parlamentarismo inglés, un modelo premoderno para el Estado constitucional

En 1688, Guillermo de Orange entra en Inglaterra al mando de una armada con el fin de derrocar al rey Jacobo II, a la sazón, su suegro. Apoyaban a Guillermo numerosos parlamentarios que veían encumbrarse a Jacobo poco a poco sobre un poder de corte absolutista, tal como sucedía también en otros países de Europa. Como en todos ellos, el proceso de instauración del absolutismo se desarrolló en un gran arco temporal, uno que, en el caso de Inglaterra, quedaría interrumpido por la deposición del rey y el acatamiento por parte de Guillermo del *Bill of Rights*, una declaración de derechos que reestablece ciertas prerrogativas del Parlamento y obliga al respeto de ciertas libertades.

De la mano de distintos pensadores, pero sobre todo de Montesquieu, el modelo parlamentario inglés se erige ante los intelectuales liberales del continente como el más eficaz y deseable para este proyecto. Su característica fundamental es que coloca al parlamento como centro de la legitimidad y el poder políticos. Esto es justamente lo que había pasado en el Parlamento inglés, aunque allí el fenómeno, como venimos diciendo, se produjo en 1688 con la llamada *Glorious Revolution* antes de que el absolutismo alcanzara su cénit. A propósito de esa revolución, que supuso la limitación de los poderes del rey y la promesa de respeto a ciertas libertades de sus súbditos por parte de este, se suele decir que se configura por primera vez una monarquía parlamentaria, es decir, una en la que el rey y el parlamento comparten el poder político del Estado. En esta configuración, los pensadores identifican una división de poderes que luego, también apoyándose en ejemplos de la Antigüedad romana, proponen como proyecto a los países del continente europeo.

En realidad, más que dividir un poder absoluto que ya se ha formado, como sucederá en los países de tradición romano-germánica, lo que pasa en Inglaterra con la *Glorious Revolution* y con el *Bill of Rights* de 1689 es que se evita que un poder de esa naturaleza se forme. La propia revolución se presenta como restauradora, lo es en este sentido, en otro inaugura nuevos caminos por los que transitará el Reino Unido durante el siglo XVIII hasta las reformas del siglo XIX.

Recordemos que las monarquías medievales en Europa son en su mayoría compuestas y gozan de un poder político fragmentario. El camino hacia la unificación de ese poder en manos del rey se verifica desde el final de la Edad Media;

su resultado es, como ya sabemos, las monarquías absolutas que concentran ese poder político y construyen los Estados modernos. Es en ese camino en el que se halla también la Corona inglesa cuando se produce la revolución de 1688, que detiene ese proceso.

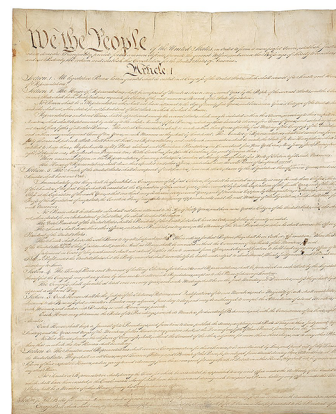
Por eso, en realidad, en el escenario inglés no se da un desmantelamiento de una monarquía absoluta para generar una transformación del derecho y del Estado proyectada en una constitución escrita, como ocurrirá más tarde en el continente, sino que se conserva la constitución tradicional, corregida, herida en algunos puntos, transformada en otros, pero tradicional al fin y al cabo.

Recordemos la metáfora que ya utilizamos más arriba. La constitución histórica es como un farallón que va cambiando su fisionomía de forma natural por acción de los elementos, pero que a veces puede también verse transformada de manera más drástica por el despliegue de fuerzas naturales de mayor envergadura como un terremoto o un huracán. La *Glorious Revolution* es como un terremoto, cambia la fisionomía del farallón, pero sigue siendo el farallón, no se trata de un proyecto que rompe con esa constitución anterior, sino un desarrollo brusco y violento de la misma constitución tradicional. Por eso, desde este punto de vista, la constitución inglesa es una constitución tradicional, no escrita, y no una ilustrada y racionalista como las del continente, que crean un proyecto que se escritura y debe imponerse en el Estado.

Otra característica importante es que el resto del edificio del derecho, al que aludimos como *common law*, no se ve apenas alterado y su evolución es tranquila, como corresponde a un derecho atado a la tradición y a la jurisprudencia. En ese sentido, el derecho anglosajón está lejos del derecho que la Ilustración en los países de tradición romano-germánica habían ido fraguando y que veremos cómo se plasma en códigos y constituciones escritas.

3.3. La influencia del modelo norteamericano

En la declaración de independencia de los Estados Unidos de julio de 1776, comparecen argumentos de distinto cuño. Por un lado, se afirma que los derechos de los colonos y las colonias que se independizan tienen su fundamento en la propia tradición británica y que es esta la que se vulnera con los actos de la Corona que incitan a la rebelión; por otro, también se fundan en verdades evidentes o en derechos naturales y en las tesis contractualistas que autorizarían a la asociación para la defensa de los mismos. A partir de dicha declaración, las colonias elaboraron diferentes constituciones escritas que aportarán seguridad frente a la constitución tradicional de la antigua metrópoli que no está escrita ni sistematizada en un solo documento. En algunas de ellas se in-



Constitución de los Estados Unidos

Fuente: https://es.wikipedia.org/wiki/Constituci%C3%B3n_de_los_Estados_Unidos#/media/Archivo:Constitution_of_the_United_States,_page_1.jpg

corporan catálogos de derechos que se consideran naturales, de forma que solo pueden ser declarados (no creados) por el poder político, y el principio de división de poderes para salvaguardarlos.

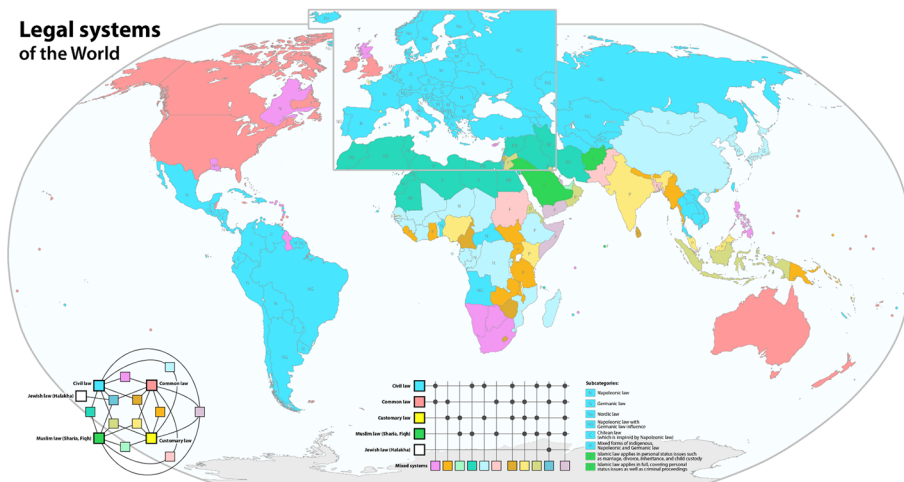
Este primer experimento trascendió luego, haciéndose eco de una pretensión de unidad política de los flamantes Estados, en una constitución federal. Dicha constitución, después de intensas polémicas, adoptó la forma de una constitución pactada por los ciudadanos de todos los Estados y no por los Estados entre sí. En dicho texto de 1787 se establecieron las amplias facultades del gobierno federal, aunque no por ello se privó a los Estados de una importante cuota de autonomía política. Se instaura un gobierno presidencialista (a diferencia del parlamentario que se instaurará en la mayoría de países europeos), el presidente encarnará al poder ejecutivo y las cámaras (el Congreso y el Senado) el poder legislativo, se garantiza la independencia del poder judicial por medio del carácter vitalicio de los cargos, aunque no se define del todo el sistema judicial.

Como, a diferencia de algunas de las constituciones estatales, la constitución federal no contenía una declaración de derechos, el Congreso propuso una serie de enmiendas que introdujeran el reconocimiento de derechos. De esta forma se configuraba la Constitución Federal de los Estados Unidos de América que serviría, sin duda, de modelo e inspiración en cuanto a constitución escrita y en cuanto recogía varias de las propuestas políticas más importantes de su tiempo. En América Latina, la configuración presidencialista resultó determinante, pues, si bien se ensayaron varios sistemas de gobierno en la región durante el siglo XIX, a la postre el presidencialismo triunfó en la mayoría de los países americanos.

Por otra parte, la Constitución norteamericana deja intacto el sistema jurídico tradicional basado en los principios de la *common law*. Esto quiere decir que la jurisprudencia sigue siendo la principal fuente del derecho en sede jurisdiccional, por lo tanto, sigue siendo un derecho casuista y práctico; también significa que, para los jueces, los precedentes tienen un valor obligatorio. Veremos cómo, a partir del estallido revolucionario, en los países de tradición romano-germánica este elemento marca una gran diferencia. En estos últimos, a diferencia de los Estados Unidos, no solo se construyen los cimientos de una nueva organización estatal a través de las constituciones, sino que también el derecho y sus fuentes cambian de impronta.

Otro aspecto importante en el desarrollo del constitucionalismo norteamericano será la discusión sobre el lugar y el papel de la constitución y, en particular, la posibilidad de su aplicación directa en sede judicial, incluso contra leyes federales. Esta discusión redundará, a fin de cuentas, en que los tribunales puedan o no ejercer un control constitucional de las leyes. Volveremos sobre esta cuestión al tratar de la constitucionalización del derecho.

Figura 2. Sistemas legales del mundo



Fuente: <https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/9/92/Map_of_the_Legal_systems_of_the_world_%28en%29.png>.

3.4. Constituir y regular en los países de tradición romano-germánica

Para la puesta en marcha del proyecto político que se extiende como una ola desde el estallido de la Revolución, se utiliza la herramienta del Estado. Vale la pena repetirlo: las monarquías absolutas han ido construyendo un aparato estatal compuesto por secretarías y oficinas que se ocupan de la administración del país. Por primera vez desde el lejano Imperio romano, un poder público eficaz de gran escala se extiende poco a poco por las villas, los pueblos y las ciudades a través de sus representantes. El proyecto burgués aprovecha este enorme engranaje y lo consolida como único centro legítimo de creación del derecho y de jurisdicción. Solo el Estado crea derecho, solo el Estado implanta tribunales para juzgar a los ciudadanos. Para lograr este objetivo se vale de la ley; esta, que ha sido la forma en que la voluntad del soberano se impone en la monarquía, será también la forma en que la voluntad de la nación se exprese. El proyecto, pues, se impone desde el parlamento en forma de leyes, concretamente en forma de constituciones y códigos.

Constituciones y códigos son, en los países de tradición romano-germánica, las dos caras de la misma moneda. El fenómeno es el que ya hemos descrito, el derecho entendido como proyecto, el derecho de la Ilustración y, en particular, el del proyecto liberal. Por un lado, la constitución debe establecer las bases del Estado y, por otra, los códigos el funcionamiento de la sociedad civil, el derecho para los ciudadanos. Ya hemos visto que esta división opera justamente en esta época. Mediante los códigos se ordenan las relaciones de la sociedad civil, las relaciones entre los individuos que la componen, no entre corporaciones, tal como prescribe el proyecto liberal al que hemos hecho referencia. Así, el Código Civil y el Código Mercantil o el Penal son fundamentales para ordenar la sociedad burguesa, individualista y liberal que emerge

entonces. Las constituciones, por su parte, ordenan la estructura del Estado, ese flamante Estado-nación que también nace a la vida y que centraliza todo el poder público.

Empecemos por delimitar el marco geográfico del fenómeno del constitucionalismo y la codificación en el siglo XIX entendidos como los explicaremos aquí. En general, entran en dicho marco la totalidad de los países de habla hispana, la mayoría de los países de Europa continental y algunos países africanos, eso sin contar casos en que conviven distintas tradiciones como Puerto Rico o Luisiana. Fuera quedan, por ejemplo, los países anglosajones que, por regla general, no se sumaron al movimiento codificador. Tampoco al constitucionalista en el caso de Reino Unido (aunque su papel como referente es importante, según lo señalado más arriba).

Estados Unidos, que no se suma al movimiento codificador, pues mantiene la tradición del *common law*, sí es, en cambio, protagonista del constitucionalismo contemporáneo, aunque, como también hemos estudiado, la constitución de dicho país tiene un sentido y ocupa un lugar institucional diferente del que esta tiene en los países de tradición romano-germánica.

En todos estos países, en mayor o menor medida, el fenómeno del constitucionalismo y la codificación se presenta en sus rasgos fundamentales. Además, lo hace en forma paralela, todos viviendo contemporáneamente este proceso; no se trata de que unos dependan mentalmente de otros, pues en todos entran tempranamente las ideas fundamentales que serán los pilares del Estado liberal del siglo XIX. Florencio García Goyena, redactor del Código Civil español, trabaja en paralelo con otros codificadores como Andrés Bello, redactor del Código Civil chileno que luego será adoptado por otros países como Colombia, Ecuador o Nicaragua, entre otros. Luisiana promulga su Código Civil en 1825, cuyo proyecto será de gran influencia para los codificadores de la época. Otro ejemplo de lo extendido y multipolar de este fenómeno es el del Código Penal austriaco de 1803, que tuvo gran influencia en el Código Penal del Imperio del Brasil de 1830 y este, por su parte, en el Código Penal español de 1848. Este último sirvió, a su vez, de fuente para muchos de los códigos hispanoamericanos de la época. Durante los primeros tres cuartos del siglo XIX, la mayoría de los países que pueden enmarcarse en esta tradición ya han dictado varios códigos y han promulgado constituciones, por regla general, también varias en cada Estado.

En el caso de las constituciones pasa otro tanto. Por lo que toca a los países hispánicos, la primera constitución es la de 1811 de Santa Fe de Bogotá, seguida en 1812 por la famosa e influyente Constitución española conocida como la Pepa, por haber sido dictada el día de san José. En Francia hay una larga lista de constituciones, igual que en la mayoría de los países de habla hispana y portuguesa, pues, en el caso de los países de la tradición romano-germánica, más que el texto constitucional –que en la mayoría de las ocasiones fracasó estrepitosamente al enfrentarse unas aspiraciones demasiado radicales para una

realidad institucional y social preexistente e incompatible–, lo importante es que inauguran la nueva forma de entender el derecho a la que venimos haciendo referencia.

En estos dos ámbitos, el de la codificación y el constitucionalismo, los movimientos y eventos que sacudieron Francia y Estados Unidos de América son la influencia directa más importante. En el caso de la codificación, el *Code de Napoleón*, promulgado en 1804, es el faro que despunta y se erige como modelo. Se trata del primer código contemporáneo en el que se asume una buena parte del ideario liberal moderado. En el ámbito constitucional, la Constitución norteamericana de 1787 y la «Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano» de la Asamblea Nacional Constituyente Francesa de 1789 son también hitos fundamentales.

3.4.1. Constituciones para constituir

Las constituciones escritas del siglo XIX tienden a coincidir en sus planteamientos fundamentales, revisamos aquí algunos de ellos.

Separación de poderes

Lo común entre todos los modelos de constitución moderna es la necesidad de que exista una separación y equilibrio de poderes que impidan que ninguno de ellos se haga con un poder irresistible. Eso es así al menos desde un punto de vista teórico, los mecanismos que se utilicen para materializarlo pueden desvirtuar ese principio. En esta parte conviene recordar que la idea de división proviene de la previa concentración. Ya hemos estudiado que en el mundo medieval el poder estaba fragmentado y que, como hemos visto, el absolutismo es una escalada hacia su concentración en el Estado del rey. La última fase de esta tendencia a la concentración la protagoniza el propio Estado constitucional, en especial en los países de tradición romano-germánica. En efecto, para dividir, el Estado tuvo que hacerse primero con todos los poderes del ámbito público y convertir la multiplicidad de poderes en *el* poder, sublimando así el proceso de concentración que emprendió la monarquía absoluta. No está de más recordarlo: **hablamos de división, pues se ha producido una concentración previa.**

Tradicionalmente, abordamos la división de poderes a propósito de la obra de Montesquieu, quien, como ya advertimos al hablar del liberalismo, en *El espíritu de las leyes* desarrolla esta propuesta. Su mirada está puesta en el parlamentarismo inglés. La diferencia es que, como vimos, en el caso de Inglaterra esa desconcentración del poder es un hito de su constitución histórica, mientras que en los países de tradición romano-germánica, donde el absolutismo se hallaba ya consolidado, supone una reelaboración teórica que debe imponerse a los hechos; supone, como venimos explicando, un proyecto político y jurídico.

Cronología del constitucionalismo en España

Estatuto de Bayona de 1808
 Constitución Española de 1812
 Estatuto Real de 1834
 Constitución Española de 1837
 Constitución Española de 1845
 Constitución Española de 1869
 Constitución Española de 1876
 Constitución Española de 1931
 Leyes Fundamentales del Reino 1938
 Constitución Española de 1978

La propuesta es la división del poder del Estado en tres poderes: el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Estos tres poderes se encarnan en varios órganos, no están de forma total concentrados en uno, pero solemos representarlos asociados a un órgano: el poder legislativo al parlamento, el judicial a los tribunales y el ejecutivo al presidente de la república, donde la hay, o al monarca donde la forma del Estado es una monarquía constitucional. La primera constitución francesa de 1791 instaura ya esta división. A esta parte, que ordena la estructura del Estado e impone este modelo de organización, la llamamos normalmente *parte orgánica*. Asimismo, en dicha constitución se incorpora un catálogo de derechos que normalmente designamos como *parte dogmática* de la constitución. Esta constitución sirve en buena medida de ejemplo a los países que participan del fenómeno del constitucionalismo, en ella se hacen presentes muchos de los elementos del proyecto liberal y de la nueva concepción del derecho que hemos venido comentando hasta ahora. Es una constitución que constituye, que se presenta ante la realidad como un proyecto. Establece, por cierto, que la máxima autoridad de Francia es la ley a la que todos están sujetos y hace depender esa ley, sobre todo, de la Asamblea francesa, es decir, del parlamento.

Esa primera constitución en el marco de los países de tradición romano-germánica tiene una vigencia efímera. Será sustituida por otra en el año III del nuevo calendario revolucionario y esta, a su vez, será abolida por Napoleón, que toma el poder y dicta tres constituciones más (1799, 1802 y 1804). Tras su caída en 1814, una nueva constitución, ya no radical sino representativa del liberalismo doctrinario o moderado, ocupará el lugar de las anteriores.

En España la historia es similar, la Constitución de 1812, liberal en gran medida, tiene una vigencia también efímera. Después de los años convulsos que siguen a su promulgación, las constituciones que la reemplazan serán también, en su mayoría, de corte moderado: soberanía compartida entre el rey y la nación, voto censitario y no universal, dos cámaras, senado y congreso, etc. El sufragio universal masculino vendrá más tarde, temporalmente en 1869 y, definitivamente, en 1890. Mientras existe el sufragio censitario, la lucha de los partidos más liberales es ampliarlo a un número que permita la entrada de la burguesía media. En Francia, por ejemplo, en 1831 el sufragio crece de noventa mil a doscientas mil personas, mientras la población era de más de treinta millones.

Bajo este signo, las constituciones modernas regulan la estructura y la actividad del Estado, sin faltar, eso sí, a su condición necesaria: el principio de legalidad. En materia administrativa, dicho principio se resume entonces en la afirmación de que la Administración pública solo puede actuar o dejar de actuar si existe una autorización legal expresa. De esa forma se limita la acción del Estado y del propio gobierno, dirigido por el monarca. Desde el punto de vista político, deja en manos del parlamento la última palabra, pues, como veremos, la actividad parlamentaria carece de control en este modelo.

El sufragio en España

La Constitución de 1869 reconoce el sufragio universal masculino. Sin embargo, con la derogación de dicha carta la cuestión no queda regulada en la constitución y el sufragio censitario es reintroducido en 1878 mediante una ley electoral. En 1890 también mediante una ley se restablece el sufragio universal.

En efecto, el ejecutivo está sometido a la ley y al control parlamentario, y los jueces están también obligados a la ley, a su aplicación estricta. Para el iusnaturalismo racionalista, base intelectual de la codificación, el valor fundamental de la actividad del juez era, sin duda, la seguridad (certeza) jurídica. Es decir, que el juez aplique las leyes de tal forma que las resoluciones judiciales sean predecibles. Si el juez puede aplicar otros criterios y otras normas distintas a las contenidas en la ley, esa certeza se diluye. No se trata de una simple sustitución, como habitualmente se plantea, entre la justicia y la seguridad en sede judicial. El pensamiento ilustrado no reemplazó una cosa por la otra, sino que cambió la *ocasión* de la justicia. En vez de entender que esta se verificaba en todos los momentos del proceso de construcción del derecho (legislación, doctrina, costumbres, etc.), pero sobre todo en el juicio, estimó que la *ocasión* de la justicia era principalmente el momento de la elaboración de la ley.

A partir de la ley, la justicia debía descender a la realidad a través de ejercicios silogísticos. Eso significa que el razonamiento judicial, que hasta ese momento era sobre todo un ejercicio de equidad, debe convertirse en una operación, si no mecánica, al menos puramente lógica. Y es preciso que sea así, pues de lo contrario, según el pensamiento iusnaturalista, la justicia contenida en las leyes, que a su vez derivan de principios naturales, no llegaría a plasmarse en la realidad a través de la sentencia. El legislador, representante del ente abstracto denominado nación, debía imponer por tanto unas leyes justas, generales y abstractas a todo el Estado. La justicia de dichas leyes quedaba legitimada, en el marco del iusnaturalismo racionalista, en cuanto emanaban de principios naturales y, en el posterior marco positivista, en cuanto emanaban de la voluntad de la nación a través de sus representantes. Por eso, estas primeras constituciones suelen señalar que se dictarán códigos que rijan en todo el Estado.

De esta forma el poder judicial, en la práctica, queda disminuido a ser un apéndice del poder ejecutivo y ambos están sujetos a varios mecanismos de control. El legislador, en cambio, no los tiene, no más allá del sufragio de los ciudadanos habilitados para él. Esto, como veremos, supondrá un problema y acarreará un cambio estructural en los Estados de nuestra tradición durante el siglo XX.

Derechos fundamentales

El artículo 16 de la «Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano» (1789) señala que «Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de constitución». Se trata, como es evidente, del modelo moderno e ilustrado de constitución.

Además de tener que garantizar ciertas libertades políticas, como la de imprenta u opinión, el Estado debe garantizar cierta paz y orden social. Pero, para garantizar la libertad, tan importante como todo eso o más es la defensa de la propiedad. Esta última, según los pensadores liberales, es el centro del Esta-

Garantía de derechos

Garantizar los derechos es, básicamente –en esta época–, garantizar la libertad, la seguridad y la propiedad, como ya sabemos.

do, pues este se ha constituido para protegerla mediante un pacto social. Por eso, el artículo 17 de la misma Declaración se apresura a decir que «Por ser la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella, salvo cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija de modo evidente [...]»; por eso, y porque este nuevo ideario se instaura de la mano de la burguesía.

La igualdad, otra de las banderas del Estado liberal, será también garantizada en la medida en que se reconoce un solo tipo de individuo como integrante de la sociedad en plenitud: el ciudadano. Dentro de dicha categoría no caben distinciones políticas o gremiales. Sí caben, en cambio, en razón del estado civil o del sexo. Esta es una de las cuestiones centrales del Estado liberal, pues, en el Estado del Antiguo Régimen se distingue social y jurídicamente a tipos de personas según su pertenencia a determinados colectivos. Estas diferencias son las que se quieren abolir pues, desde un punto de vista teórico, son el lastre de la tradición que la nueva teoría política condena. Desde un punto de vista político y social, son las trabas que tiene la burguesía para hacer efectivo su control del Estado, el comercio y la propiedad. Se trata pues de una igualdad formal que, como suele decirse, iguala a los iguales. No se trata, ni nadie entonces lo pretende, de conseguir una igualdad material, ni una distribución de riqueza (es importante aclararlo pues, contra toda intuición natural derivada de la observación del mundo pos-revolucionario y del actual, es frecuente encontrar imaginarios que mitifican la Revolución y sostienen lo contrario), sino simplemente la reducción de los distintos sujetos, que el derecho reconoce en función de sus circunstancias, a un único sujeto. Volveremos sobre este asunto.

En algunos casos antes y en otros más tarde se irá incorporando a las constituciones de los distintos países un catálogo de derechos y libertades individuales (los sociales vendrán después, en el siglo XX) que deberían ser garantizados por el Estado; por ejemplo, en España aparece de forma orgánica en la Constitución de 1869. Pero, en general, el reconocimiento de estos derechos es bastante nominal y su protección es escasa. Será sobre todo en el siglo XX, después de las guerras, cuando el Estado se haga con herramientas que permitan la materialización y la protección, al menos parcial, de estos derechos.

Monopolio del derecho y unidad de jurisdicción

En la Edad Media, como ya sabemos, la facultad de crear derecho estaba fragmentada en distintos cuerpos y órganos de las comunidades políticas. Las ciudades, los gremios, la Iglesia, los comerciantes y otras corporaciones tenían sus propios estatutos y formas de creación del derecho. Por lo demás, la misma costumbre de todos estos órganos era una fuente importante del derecho.

Durante los siglos del absolutismo, en especial desde el siglo XVI, los monarcas avanzan en la concentración de estas dos facultades, la de crear derecho y la de ejercer la jurisdicción. El Estado constitucional, como ya

Unidad de jurisdicción

Como el derecho, la jurisdicción, es decir (usando un concepto simple), la potestad de decir cuál es el derecho en un caso concreto y hacerlo aplicar, también estaba fragmentada y no tenía un solo titular. Un señor feudal, por ejemplo, gozaba de dicha facultad respecto de sus vasallos.

hemos apreciado, acaba esta tarea y convierte al Estado en el único creador del derecho y en el único titular de la jurisdicción. Esto significa desarticular un elemento importante de la sociedad señorial que consiste, precisamente, en el vínculo estrecho entre propiedad y jurisdicción: el dueño de la tierra es también juez de sus súbditos. Pero también supone arrebatarse a los poderes intermedios como los gremios y las ciudades un poder importante que les brinda autonomía. Muy pronto, los Estados se hacen con el control de los tribunales que habían sido tradicionalmente controlados por la propia comunidad local o el gremio que ejercía la actividad. Incluso sucede con tribunales tan independientes del poder real como los tribunales de comercio marítimo que tenían que resolver cuestiones especializadas incluso en los propios puertos. Esta concentración de la producción del derecho y de la jurisdicción se ve consolidada en los códigos, y acentúa la división entre Estado y sociedad civil.

3.4.2. Los nuevos códigos

Como hemos señalado ya insistentemente, las monarquías ilustradas eran conscientes de muchas de las quiebras del orden social y de muchas de las mejoras que era necesario emprender. Una de ellas era la de ordenar el inmenso y disperso cúmulo de legislación acumulada a través de siglos. Sobre todo cuando, para poder ejecutar los proyectos sociales que dichas monarquías quieren poner en marcha, es importante contar con un orden legal claro que no quede a merced de la opinión de jueces, juristas y poderes locales, sino que pueda ser controlado desde las altas esferas del poder político.

La solución hasta ese momento ha sido la de recopilar. Juntar en un mismo texto las leyes dispersas, seleccionar y ordenarlas por materia. Eso no significa que se haya construido un sistema ordenado y coherente, sino que las leyes, o un buen número de ellas, se hallan ordenadas por materia y en un mismo texto (por lo general de varios tomos) a disposición del juez. Es este el destinatario de estas recopilaciones; no la población en general, que no puede acceder ni a la materialidad del texto editado en volúmenes costosos ni a su significado, pues no posee la formación necesaria para leerlo o comprenderlo. La monarquía hispánica editó varias y famosas recopilaciones, la última fue la Novísima Recopilación de 1805, que nació ya anticuada para los nuevos modelos que surgían en su tiempo. Respecto de los códigos contemporáneos podemos señalar varias diferencias:

- En primer lugar, como ya mencionamos, la recopilación es un texto dirigido principalmente al juez, pues no es tanto un sistema cerrado de normas de conducta para el súbdito como un conjunto de reglas para que el juez juzgue los casos que se le presenten.
- Una recopilación es una colección de leyes vigentes, algunas incluso contradictorias entre sí. Es el juez quien está llamado a componer esas contra-

dicciones y, en virtud del caso concreto que se le presenta, aplicarlas de la forma que considere más equitativa.

- Una recopilación normalmente no deroga las leyes ni las recopilaciones anteriores, solo impone su aplicación preferente. Los códigos intentan implantar un sistema nuevo que reemplaza al ordenamiento jurídico anterior.
- Las recopilaciones no pretenden reformar el sistema social imperante, mantienen las distinciones estamentales de la sociedad feudal.
- Por estas razones, una recopilación no contiene un proyecto de sociedad, sino de una fotografía, una descripción del derecho vigente.

Por otra parte, en Baviera, Prusia o Austria, Toscana y Lombardía se ensayan soluciones que tienen forma de código; es decir, a diferencia de las recopilaciones, son una ordenación sistemática, en una sola ley articulada, que pretende regular los distintos aspectos de la vida social en la materia que corresponde al código (comercio, vida civil, los delitos, etc.). Sin embargo, esos primeros ensayos son construidos desde la realidad social en la que se dictan y mantienen por ello la pluralidad de sujetos con distintos regímenes jurídicos según su estamento o condición.

El primer código que se ajusta al nuevo modelo es el de Napoleón, de 1804. En ese texto se plasma la idea de un texto que instaura un sistema común para todos los ciudadanos, no distingue entre estamentos, sino que es radical en la aplicación del principio de igualdad formal. El sujeto jurídico es uno, el ciudadano. El Código Civil francés rompe de esa manera con la sociedad estamental anterior y consolida el régimen liberal burgués, la igualdad formal hecha a la medida de esa clase ascendente. Las normas del Código no son de nueva creación en su mayoría. Los redactores del Código son estudiosos de su tiempo, conocen el derecho tradicional, el derecho universitario, el derecho romano y canónico. De esas fuentes extraen las piedras que les servirán para construir el edificio. Pero es precisamente ahí donde está la novedad, en el edificio que tiene una estructura que es del todo novedosa. Se trata de una sola ley que se articula para regular por completo un aspecto de la vida social, lo hace con normas generales y abstractas, no con normas concretas y casuistas, como era hasta entonces corriente. Regula la realidad con normas que los redactores del Código juzgan de derecho natural, aunque en realidad sea el derecho que ellos conocen y enseñan.

Pero a diferencia de ese derecho del que se extraen las piedras, en el Código, como sistema cerrado que es, no puede haber contradicciones, si las hay, el propio Código otorga al juez las herramientas de hermenéutica para solucio-

narlo. Nada queda fuera del Código, no hay casos que, en aplicación de sus normas o de las normas para solucionar vacíos, no puedan ser resueltos. El Código pretende ser una construcción completa (sin vacíos) y, a los ojos de los hombres de su tiempo, definitiva. El Código es un sistema, tal como señalábamos arriba cuando lo diferenciábamos de las recopilaciones. El Código, por último, pretende estar escrito en un lenguaje sencillo, llano, directo, que permita ser entendido por un hombre de instrucción media, pues el destinatario de la ley es el ciudadano que debe adaptar su conducta a ella.

3.4.3. Algunas consideraciones en torno a la codificación civil

El Código francés, como ya señalamos, es el faro que los codificadores, en todo el mapa que describíamos al principio de este módulo, tienen como guía. En muchos países lo que se promulga es una traducción del Código de Napoleón con leves modificaciones, en otros la estructura es diferente y el contenido también, pero el modelo francés se deja ver incluso allí.

En España la codificación tarda en articularse de forma definitiva y el Código Civil no entra en vigor sino hasta 1889. No es un problema técnico el que retrasa esta codificación, sino la tensión entre los derechos tradicionales vigentes en cada territorio del nuevo Estado y el nuevo derecho que se quiere codificar. Un problema político que también se da, de otra manera, en Alemania. Allí, el Código se presenta como una oportunidad para generar un proyecto de unidad nacional, no obstante, las tensiones que esta postura genera y las propuestas de Savigny retrasarán también allí la codificación hasta 1900. Volvemos sobre este asunto cuando tratemos la tensión entre el proyecto y la tradición.

En Italia, el Código Civil de Napoleón, promulgado allí ligeramente adaptado a la realidad italiana, tuvo una vigencia breve. Al derrumbe del dominio napoleónico en tierras italianas cada reino o estado de la Península va generando codificaciones propias, pero ya imbuidas del nuevo espíritu de la codificación. En 1861, unificada Italia, se hace necesario dotarla de un código pues, como se ve en este y en otros casos, el Código, que en este caso se promulga en 1865, sirve como herramienta de unidad nacional del nuevo Estado-nación.

En América Latina la codificación civil se produce con cierta celeridad. No hay oposición interna y las flamantes naciones están ansiosas de cortar con la legislación antigua que de alguna manera las vincula políticamente con España. Hay claramente, en el caso americano, dos faros: el septentrional, que alumbraba desde Francia –el Código Civil de Napoleón–, y el meridional, el Código de Andrés Bello, intelectual venezolano afincado en Chile. Bello redacta un código para este último país teniendo a la vista el Código francés y otras fuentes que adapta al derecho tradicional hispánico, a la vez que innova en

La codificación civil española

La codificación civil arranca en 1821 con un proyecto que nunca fue promulgado. Tampoco tuvo éxito el proyecto de 1851, cuyo redactor principal fue Francisco García Goyena. Dicho proyecto, no obstante, sirvió de base para el código que finalmente se promulgó en 1889.

otros asuntos. Este Código será tenido en cuenta por otros codificadores de la región, o bien será adoptado casi integralmente por países como Ecuador o Colombia.

El código –igual que las constituciones y, en general, la ley entendida como proyecto– encarna en esta época el ideario liberal. La principal medida, por tanto, debe ser desarticular el orden anterior en aquello que perturba la realización del proyecto. Esto significa plasmar en la nueva legislación varios principios que hemos estudiado:

- **Igualdad formal de todos los ciudadanos.** Sin importar si su régimen jurídico anterior era especial como el de una región, una ciudad o el de un estamento, e incluso si dicho ordenamiento era ajeno a la tradición estatal, como por ejemplo pasaba con los pueblos indígenas. El Código establece la unidad de sujeto jurídico.
- **Libre circulación de los bienes.** En la sociedad del Antiguo Régimen, la concentración de la propiedad, sobre todo de la inmueble, favorece a dos grupos especialmente: la Iglesia y la nobleza. En el caso de la nobleza, a través de los siglos las familias han ido estableciendo mecanismos para evitar que la propiedad se disgregue en vida o después de la muerte de cada generación. La razón es evitar el descenso del linaje en la escala social, pues dicha posición depende principalmente de la propiedad de la tierra. Hay varias herramientas jurídicas que sirven a tal objetivo:
 - La institución del heredero único que evita así la división entre los hermanos.
 - Los mayorazgos que no solo son heredados por una sola persona, sino que forman un complejo de bienes indivisible, inembargable e inalienable.
 - Los usufructos sucesivos y vitalicios que impiden o hacen difícil la venta de los inmuebles.
 - Los censos que vinculan una propiedad al pago de un canon a favor de ciertas personas, aunque dicha propiedad cambie de manos.
 - Los fideicomisos que permiten que una propiedad tenga una ruta sucesoria trazada por un testador que establece el fideicomiso. A través de esta institución se limitan las facultades del heredero, y el bien se protege de su voluntad y de la de otros interesados.

En el caso de la Iglesia, la propiedad que entraba en sus arcas quedaba amortizada, es decir, fuera del comercio. En ocasiones, podía ser de utilidad a un monasterio o a una explotación agrícola, pero en muchas otras

quedaba sin un uso demasiado intensivo. Otro tanto sucede con muchas propiedades inmuebles pertenecientes a los municipios.

De ahí que la nueva legislación civil acabe con estas instituciones o las limite enormemente. La libre circulación de los bienes supone que no haya trabas a su venta y que puedan ser adquiridos por cualquiera. Esto beneficia a la burguesía que, en la antigua legislación, ve obstáculos que dificultan su actividad comercial y el ascenso social en estas instituciones. En esto, cada código es distinto y en cada sociedad se superan brechas distintas, pero la tendencia es la misma en todos: limitar o hacer desaparecer estas instituciones a través de la legislación civil contenida en los códigos o en leyes especiales. De esta forma, se ataca la línea de flotación de la sociedad estamental que está en las grandes familias y sus patrimonios privilegiados. Al obligar a su división o a su reducción a bienes comunes que pueden ser vendidos sin límite, la burguesía derriba una de las barreras de entrada más fuertes tras las que la nobleza se había parapetado.

En el caso de los bienes municipales o de los pertenecientes a la Iglesia, la reacción del Estado liberal es la desamortización de tierras pertenecientes a estos entes, es decir, la expropiación de dichas propiedades para luego ser puestas en circulación y adquiridas por particulares.

Todo este surtido de normas que van desmontando la sociedad anterior para instaurar el modelo burgués suponen un nuevo concepto de propiedad, que se define por ser plena (sin cargas ni trabas), absoluta, y que se desembaraza con facilidad de las limitaciones y la propiedad colectiva. Por eso el legislador hace fácil disolver comunidades, y fácil también deshacer la vinculación entre el campesino y el señor o entre los indígenas y sus comunidades; sobre esto trataremos más adelante.

- **La autonomía de la voluntad.** Se trata de un principio que se sostiene en contradicción con la intervención del Estado en los contratos privados o el control que ejercen los gremios o municipios sobre los contratos. En el pensamiento liberal, la voluntad de los contratantes debe ser capaz de crear leyes entre ellos y el consentimiento dado debe ser suficiente para dar por buenas las obligaciones que de ese trato se deriven. Ni el Estado, ni ningún otro poder colectivo, debe intervenir para regular el contenido de los acuerdos ni para respaldar alguna de las partes. Este principio supone el trato entre ciudadanos iguales y libres, también la igualdad de la información. Ya veremos cómo, tras la decadencia del liberalismo clásico, la autonomía de la voluntad se relativiza, en especial cuando es evidente que la posición de los contratantes es manifiestamente desigual en el mundo material, aunque formalmente sean iguales.

3.4.4. Algunas consideraciones en torno a la codificación penal

Las reformas en materia penal se centran en dos ámbitos, en primer lugar, establecer un proceso formal que diera garantías a un eventual acusado y, en segundo lugar, un derecho penal que estableciera delitos y penas claras, y se rigiera por el principio de legalidad.

Hay que tener en cuenta que, hasta el siglo XVIII, apenas existía la prisión como pena; en general se usaba con el fin de evitar la fuga y mantener a salvo a la población de un presunto delincuente, o viceversa, mientras se sustanciaba el juicio. Era también la forma de mantener a un acusado a disposición del juez para interrogatorios y otras indagaciones. Pero, en general, no se consideraba una pena en sí misma (salvo respecto de algunas personas o ciertos delitos), la pena por excelencia era un sufrimiento físico que se imponía después del juicio y, tras el cual, el condenado quedaba en libertad. Algunas de esas penas generaban secuelas visibles en el individuo y lo dejaban estigmatizado frente a todos los que tuvieran contacto con él. Las penas más graves eran la ejecución pública y el exilio. Otras penas eran más leves, normalmente, penas pecuniarias o presidio temporal (que sirve como antecedente a la prisión).

Para los intelectuales de los siglos XVII y XVIII, el sistema penal de la monarquía absoluta adolece de graves problemas que se podrían sintetizar así: las penas son arbitrarias y muchas de ellas crueles; los jueces tienen un gran margen de discrecionalidad a la hora de establecer las penas; a menudo, las penas físicas suelen ser impuestas a personas sin recursos económicos que no están en condiciones de conmutarlas por penas pecuniarias y se ven sometidas a tratos degradantes; en el proceso penal inquisitorio, la búsqueda de la verdad material arrasa con las garantías de las personas imputadas por delitos, y se utilizan también malos tratos y torturas para obtener testimonios.

Esta situación de tratos degradantes y explotación del dolor llevó a varios intelectuales de la época a cuestionar las finalidades y los medios del derecho penal. Entre ellos el más célebre es Cesare Bonesana, marqués de Beccaría (1738-1794). Beccaría escribió un celeberrimo opúsculo en 1764 titulado *De los delitos y las penas*. En esta obra, que parte de la tesis contractualista, denuncia el maltrato, la inhumanidad de las penas y sobre todo la inutilidad de estas. Partiendo de una concepción ilustrada, observa que las mismas solo pueden tener como fin la prevención de nuevos delitos, sea evitando que el sujeto vuelva a cometerlos (prevención especial) o sea evitando que otros cometan hechos similares, pues se ven persuadidos por las consecuencias que estos acarrearán (prevención general). Beccaría critica también la falta de seguridad jurídica y de un proceso que respete ciertas garantías. Sostiene que las penas deben estar predefinidas y que, durante el proceso, los acusados no pueden ser sometidos a maltrato so pretexto de averiguar la verdad u obtener una confesión. Con ello, este autor, junto con otros como los mismos Montesquieu o Voltaire, sienta las bases de un derecho penal contemporáneo.



De los delitos y las penas, de Cesare Beccaría

Fuente: https://es.wikipedia.org/wiki/De_los_delitos_y_las_penas#/media/Archivo:Dei_delitti_e_delle_pene_1764.jpg

Para estos intelectuales, la privación de libertad es la forma de imponer una pena más propia de su mundo, tenga esta un fin retributivo o un fin utilitarista, las dos posiciones principales que en ese momento se plantean sobre la finalidad de las penas. La prisión es satisfactoria y suficiente desde ambas perspectivas. Por un lado, privar a alguien de la libertad de desplazamiento es un castigo suficiente y graduable según la gravedad del delito; por el otro, la prisión persuade a otros de cometer los mismos actos y aísla al preso, haciendo de él una persona inocua para la sociedad en el tiempo que este castigo dura. Cuando escriben, los autores ilustrados ya cuentan con un Estado que es capaz de crear estas condiciones de aislamiento y con centros penitenciarios que permiten apartar de la sociedad a un individuo, indefinidamente si es necesario. Hay incluso ingeniería al respecto; Jeremy Bentham (1748-1832), por ejemplo, diseñó un sistema carcelario, el panóptico, que permitía la observación constante de los presos o, más bien, que les hacía pensar que estaban en observación constante. La exhibición a la vista de otros, a la vigilancia, tendría efectos en su comportamiento. En todo caso, se opone la prisión a las torturas o los castigos físicos y se considera que esta es una forma de castigar admisible, pues no los supone, aunque sí pueda comportar trabajos forzosos durante el presidio. Sabemos, pasado el tiempo, que muchas de estas suposiciones adolecen de una candidez casi culpable. Pero lo cierto es que, en aquel momento, en el apogeo de la idea de progreso y de la Ilustración, el ambiente era propicio.

Este es el espíritu de los nuevos códigos penales. En su mayoría abolieron los castigos físicos y convirtieron la prisión en el castigo por excelencia. También condicionaron la posibilidad de ser encausado por un delito a que tuviera existencia clara y previa en la ley. Este principio fue formulado por Feuerbach (1775-1833) y es conocido habitualmente como *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*; fue incorporado en el Código Penal de Baviera de 1813 y supone la concreción del principio de legalidad en materia penal.

Antes, el Código Penal austriaco de 1787 –o el francés de 1791– ya había recogido una buena parte del pensamiento ilustrado en torno al derecho penal. Separaba con mayor claridad el delito del pecado y concedía una mayor importancia a los delitos contra la propiedad, en defensa de ese principio que se convertiría en baluarte de la sociedad burguesa. También se limpia la legislación penal de delitos que castiguen meras expresiones de pensamiento. Tenía que ser también un código que no hiciera distinción de personas según estamento o condición, y que obligara a los jueces a aplicar estrictamente la ley sin concederles margen para atenuar o agravar las penas establecidas por ella atendiendo a la condición personal del acusado. Asimismo, los procedimientos en materia penal mutarían hacia una mayor publicidad y formalismo que restringiera la actividad indagatoria de los jueces o la policía. A este garantismo inicial siguió una regresión que queda de manifiesto en la codificación penal napoleónica. En su Código de 1810, Napoleón recuperó el castigo como medio de intimidación e incrementó los tipos penales defensivos del Estado y el poder político (traición, desobediencia, complot, etc.). Es esta línea la que siguieron otros códigos europeos, sea por influencia del francés o por la propia

respuesta social, especialmente sensible a la configuración del derecho penal. Es el caso del Código Penal español de 1822 y de 1848, muy influyente en la América hispana, o el de Baviera de 1813 que ya citamos en el párrafo anterior.

Durante el siglo XIX se observará la eliminación progresiva de algunos tipos o castigos que se consideraban inhumanos, o bien que tenían relación con la confesión religiosa. Asimismo, se reintroducen elementos que permiten al juez tener una mayor discrecionalidad a la hora de fijar las penas, como son las circunstancias atenuantes o agravantes.

3.4.5. Un derecho unidimensional y nacional

Recapitulemos

Recordemos que, para los juristas medievales, los distintos ordenamientos que coexistían en una comunidad política y que agrupamos bajo el título de derechos propios (*iura propria*) contenían un derecho práctico, surgido espontáneamente de la costumbre o de actos de un poder político fragmentado e incompleto. Eran derechos particulares, llenos de vacíos, pero también auténticos, representativos de la comunidad que los creaba. Y no pretendían ser exhaustivos, entre otras cosas porque, como ya señalamos, esos ordenamientos contienen razones para decidir qué es el derecho en sede judicial, no la solución cabal a todos los casos que puedan presentarse.

Por otra parte, como hemos apuntado, la realidad jurídica medieval no se entiende sin el derecho común, un derecho científico, nacido en las universidades y de carácter universal (en cuanto su vigencia no está circunscrita a una comunidad o territorio determinados, como los derechos propios). Todos quienes estudiaban derecho en Europa y luego en el Nuevo Mundo lo hacían de la misma manera, es decir, cultivando los textos de derecho romano, los de derecho canónico y toda la ciencia que iba añadiéndose a esos textos, interpretándolos, dándoles contenido a través de glosas y comentarios. Pero el derecho común no era el derecho romano o el canónico, sino la opinión de los juristas a partir de los textos de derecho romano y canónico; era la ciencia jurídica, es decir, lo que los juristas como colectivo de expertos dicen que es derecho. Este ordenamiento fue extendiéndose paulatinamente por todos los reinos europeos desde el siglo XI pues, en tanto que científico, no estaba sujeto a las costumbres de una localidad o un colectivo en particular, su único límite (por lo demás bastante flexible) era el texto.

En ese contexto, y esta es una cuestión fundamental, el juez no está obligado a aplicar la ley. Las leyes, los ordenamientos en general, consuetudinarios o escritos, se presentan ante el juez como resúmenes de experiencia; eso es lo que contienen las fijaciones y recopilaciones que tiene el juez a su disposición para resolver las contiendas. En otras pa-

labras, son una guía, un *topos* al que el jurista echa mano a la hora de solucionar los asuntos que son sometidos a su conocimiento. Por eso los textos antiguos tienen prestigio y las normas rara vez se derogan, antes bien subsisten incluso en contradicción, pues en cada caso el juez puede valerse de una u otra según parezca más idónea para decidir lo justo en el caso concreto. De esta manera, es en la realidad donde está el derecho, y las normas escritas o costumbres no son más que argumentos que auxilian al juez y que forman su razón para descubrirlo. Como señalamos antes, a este fenómeno de la argumentación tópica de los juristas contribuye el pluralismo jurídico, en la medida en que es frecuente que un mismo asunto tenga distintas soluciones «según la ley», pero sobre todo contribuye la existencia de un ordenamiento, el *ius commune*, que actúa como una segunda dimensión respecto de los ordenamientos locales, territoriales o de un colectivo particular. Una segunda dimensión que en sede judicial puede ampliar, restringir o incluso cancelar la primera.

Evidentemente, este ordenamiento científico influye en los demás, sobre todo en uno, en el que emana del rey. En efecto, el derecho producido por el rey comenzará a despuntar para ir poco a poco imponiéndose a los demás ordenamientos. Como apuntamos más arriba, se trata de la ley, la ley del reino o del Estado; su nueva posición, que poco a poco se torna predominante, es una expresión del absolutismo que verá alzarse a uno de los poderes sociales por encima de los demás, sobre todo a partir del siglo xv. Por lo tanto, la creciente importancia del derecho del rey es el correlato del ascenso del Estado. El monismo jurídico que impulsa el absolutismo se irá instalando sobre la pluralidad de derechos propios, por una parte, y mediante la supresión o sustitución de la dimensión universal que constituye el derecho común, por la otra. El nuevo derecho estatal tendrá la vocación de reemplazar ambas dimensiones por una sola. Pero este es un proceso largo; el final del camino, si se puede hablar así, llegará solo en el siglo xix.

Para alcanzar ese punto será fundamental el paso marcado por los propios juristas y, en particular, la nueva concepción del derecho promovida por el iusnaturalismo racionalista desde los siglos xvii y xviii. Como ya señalamos arriba, su pretensión era precisamente superar la pluralidad a partir de ese nuevo derecho universal que debía imponerse a los derechos particulares. Se trataba de materializar la verdadera universalidad que no depende ya, en su pensamiento, de la tradición jurídica (como el *ius commune*), sino de la pesquisa de un derecho natural descubierto a través de la razón. La idea era que los derechos propios, lastre de la antigua concepción del derecho, fueran eliminados por un derecho estatal sistematizado y codificado; y que el derecho común fuera también reemplazado por esa nueva ordenación. Sin embargo, su manifestación práctica contradujo en parte este punto de partida. El derecho de la Ilustración se superpuso a los derechos locales para crear un derecho propio del Estado-nación y no uno de alcance universal. De modo que se convirtió

finalmente en un derecho propio (particular del Estado) pero a gran escala. La dimensión universal quedó vacía y el sistema se cerró sobre sí mismo para dar lugar a un derecho unidimensional propio del Estado-nación.

El derecho común tenía, en cambio, su fuente de legitimidad en la *auctoritas* de los juristas y en los textos que estos estudiaban. No era un derecho legitimado por el poder, no era ese apoyo el que le daba validez. Que no sea legitimado o validado por el poder no quiere decir que fuera ajeno a él, al contrario, los monarcas europeos se rodearon de juristas para ir construyendo el edificio del Estado, pero, aunque usaran ese derecho o lo promovieran, el *ius commune* no tenía valor por ese respaldo sino por sí mismo y sus cultores, es esto lo que le daba carácter universal. Evidentemente, para los hijos de la modernidad resulta difícil entender un derecho así, ajeno al poder, que se desenvuelve por obra de la comunidad política o por obra del desarrollo científico de los juristas y, en ambos casos, relativamente ajeno al Estado. Es difícil porque el monismo jurídico del Estado contemporáneo eliminó ese plano universal del derecho constituido por el *ius commune* y, con ello, la ciencia jurídica dejó de ser creadora privilegiada del derecho, o al menos dejó de ser reconocida como tal.

Para materializar esta unidimensionalidad, los códigos contemporáneos, en su inmensa mayoría, derogan toda la legislación anterior referida a la materia e introducen normas que indican al juez cómo enfrentarse y aplicar el derecho. Dichas normas lo convierten en un juez llamado a ser un mero aplicador de la ley.

3.4.6. El juez como mero aplicador

Para este primer derecho moderno construido desde el iusnaturalismo racionalista era lógico que los jueces fueran relegados a un papel de aplicadores; de otra manera es imposible controlar la producción del derecho. La lógica a la que hacemos referencia es precisamente la que inspira todo el conjunto de postulados del iusnaturalismo racionalista. Como ya señalamos, desde la perspectiva de esta corriente de pensamiento, el derecho es fruto de una especulación filosófica que es capaz de determinar ciertos axiomas de los que se deducen normas jurídicas concretas. El derecho no se conoce en la realidad (como en el derecho anterior pre-ilustrado), sino a partir de esos principios.

La justicia de las normas estriba en que son deducidas lógicamente de dichos principios. Mal podría mantenerse ese ideal de justicia si el juez no se limitase a ser un aplicador de las mismas, su función en dicho sistema es realizar el último acto deductivo de la cadena que acaba en la sentencia. Si el juez no se limita a aplicar, todo el sistema se rompe.

En otras palabras, los esfuerzos teóricos de los juristas de la modernidad se centran en transformar la ley, de una manifestación de *potestas* en una plasmación de la equidad dotada, por ello, de *auctoritas*. El positivismo jurídico hizo su entrada una vez asentado este principio y prescindió de la referencia a lo natural de esos axiomas para hacer recaer la validez de las normas en la voluntad del soberano; un soberano que puede ser la nación, el pueblo o el monarca y la nación conjuntamente, dependiendo de las distintas posiciones políticas que en ese momento se ven reflejadas en las constituciones de los países occidentales.

Así, desde el punto de vista teórico, tanto el iusnaturalismo racionalista como el positivismo predicán la necesidad del juez aplicador y responden, en definitiva, a la misma lógica de sistema. Ya en el siglo XVII, en pleno absolutismo, algunos juristas se esforzaban en argumentar sobre el deber de obediencia del juez a la ley, una obediencia desconocida para el juez anterior. Desde el iusnaturalismo racionalista, el juez ocupa un lugar en el sistema que no le legitima para enjuiciar la ley, la ley es justa porque proviene de un legislador racional: el monarca y más tarde el pueblo o la nación soberana.

La concepción iusnaturalista será poco a poco sustituida por la positivista sin que esto genere grandes cambios en esta nueva realidad jurídica, pues el paso fundamental del derecho ilustrado es precisamente ese en el que ambas visiones coinciden: el que se da hacia una concepción sistemática del derecho (no casuista) y, en ese contexto, hacia el papel del juez como aplicador de las leyes controladas por el Estado que componen el sistema.

Evidentemente, la exclusión de un derecho natural como un ordenamiento que de alguna manera valida y limita el derecho positivo es importante, pero no crea sino refuerza la idea de que el juez está obligado a aplicar la ley. Por esto la codificación del derecho puede ser leída en clave iusnaturalista y positivista al mismo tiempo.

Se puede citar, para ilustrar este cambio, el ejemplo de la regla *odia restringi*. Se trata de una regla de interpretación dirigida al juez y su funcionamiento es muy simple. En alguna época (sobre todo entre los siglos XIV y XVI) normalmente se entendía que las reglas que gozaban de relativa preferencia eran las reglas del derecho propio. El derecho común tenía que servir como criterio de interpretación y límite de aquel. De esa forma, lo que en el derecho propio era contrario (odioso) al derecho común debía interpretarse de manera restrictiva; en cambio, si era favorable, de manera extensiva. Todo ello para vulnerar en la menor medida posible las reglas del derecho común, que es desde donde los juristas miran el derecho, es el mundo en el que se han formado pues ese derecho, como sabemos, es el que se estudia en las universidades.

La regla *odia restringi* decayó poco a poco en la medida que el derecho del Estado monárquico y absoluto se imponía sobre el resto de ordenamientos que coexistían en el marco del pluralismo jurídico pre-ilustrado. Con el derecho ilustrado y la hegemonía del poder estatal, la regla desapareció; de hecho, fue proscrita expresamente en algunos códigos civiles y tácitamente en la mayoría. La modernidad apostó por una simplificación de la operación jurídica: la aplicación. Para conseguirlo, casi todos los códigos comienzan su articulado indicando cómo debe el juez aplicar e interpretar, cómo debe llenar los vacíos y cómo debe ceñirse siempre al criterio de la ley, y no de otras fuentes ni otros ordenamientos paralelos.

4. Lo que queda dando vueltas en la cabeza: algunos problemas del proyecto liberal

4.1. Un parlamento sin control

En el Antiguo Régimen, de alguna forma, el contrapunto de la Administración es la judicatura. Esto supone que la defensa de los derechos de los súbditos ante los actos de otros súbditos o de los oficiales del reino está, sobre todo, en manos de los jueces, en particular de los de segunda instancia. Y lo está en particular porque, como hemos visto anteriormente, el derecho no es, aún, patrimonio del Estado. Prueba de ello es que los jueces realizan dos juicios: uno, el que hacen de los hechos que se les presentan y, otro, de las normas que se presentan como idóneas para resolver el asunto. Esto permite a los jueces apartarse de las soluciones previstas o dar prioridad a unas sobre otras cuando son múltiples (recordemos que el derecho anterior a la codificación es plural). Es cierto que, bajo el signo del absolutismo, las leyes del rey cobran primacía, sin embargo, no tienen la exclusiva ni el monopolio del derecho. Recordemos otra vez que los juristas se han formado estudiando el *ius commune* medieval y la doctrina que de ese derecho primigenio se ha ido construyendo, y también se encuentran con una serie de derechos propios de cada comunidad política a la que sirven. Así, un juez, por ejemplo, de Aragón tiene también ante sí un sinfín de costumbres que son derecho propio de ese reino e incluso de una ciudad en particular, también ordenamientos particulares de ciertos colectivos, como los nobles, los clérigos, los campesinos, los artesanos, los mercaderes, etc.; en el caso de las Américas, también los indios. Ante ese derecho plural, el juez es quien define con certeza y con posterioridad a los hechos cómo se resuelve un caso. Evidentemente, la mayoría de las controversias, como sucede hoy, no entrañan grandes complejidades, pero en el extremo de los casos difíciles el juez goza de gran arbitrio, es decir, de libertad para definir la solución justa para el caso concreto dentro de los límites que ese derecho plural le otorga. Eso, en principio, aunque también puede ser al contrario, protege al súbdito de leyes o actos injustos.

El proyecto del constitucionalismo liberal busca, en cambio, disciplinar a los jueces, que estos se limiten a ser aplicadores de la legislación que se ha fijado en los códigos promulgados por el Estado. Sobre esto ya hemos hablado. Este, el de la legislación, debe ser el marco en el que su actuación se desenvuelva. Por lo tanto, la impresión que pueda causar en un juez la injusticia de una determinada norma no puede ser óbice para su aplicación estricta. Por eso, en la mayoría de los códigos civiles, uno de los primeros mandatos que hace el legislador trata sobre la interpretación de las leyes y, en especial, está dirigido al juez. Estos no pueden apartarse del tenor literal y, si este no es claro, pueden acudir a otros recursos destinados a conocer la voluntad del legislador, sea a

través del sentido histórico que tiene la norma (circunstancias que llevaron a su promulgación) sea a través de su contexto en el sistema jurídico, sea a través de la analogía con otras normas. Solo residualmente, en caso de falta de una solución clara dada por la ley, le está permitido al juez echar mano a los principios generales del derecho, es decir, a toda esa formación que habían recibido secularmente los juristas y que conocemos como *ius commune*. En ningún caso ese conocimiento puede ser excusa para no aplicar o para aplicar restrictiva o extensivamente una norma, como sí sucedía antes de la codificación decimonónica, según hemos visto.

El proyecto necesita de esta lógica. La aplicación es justicia en el pensamiento iusnaturalista y es la única opción legítima en el pensamiento positivista (aplicación de la voluntad de la nación). En el planteamiento del iusnaturalismo racionalista, como si fueran copas de cava puestas en pirámide, la justicia se derrama desde el primer ejercicio de especulación que descubre un principio justo hasta la última copa de la base; ese fluir solo se produce cuando un razonamiento lógico permite pasar de un escalón al siguiente. En la base, como hemos dicho, están las sentencias, solo llega hasta ellas la bebida de la justicia si el juez ha respetado esas reglas de interpretación y aplicación. Es la única opción legítima en el pensamiento positivista pues, en la misma lógica, la voluntad de la nación es la que se derrama entre las copas. Esta es la mecánica del derecho de la Ilustración.

No obstante, el parlamento se queda así sin contrapunto. En esta época no se ha planteado aún que se pueda cuestionar la declaración del parlamento por parte de un tribunal, ni que sea posible corregirlo; esto es algo que ocurrirá en el siglo XX, como veremos más adelante.

En esta época, la constitución es la piedra angular del Estado; sin embargo, no se puede hacer valer contra una norma del propio Estado, como una ley. Eso supone que, en la práctica, el legislador puede desoír la constitución, sobre todo en los aspectos más declarativos de esta.

Como representante de la nación, el parlamento no está sujeto a control más allá que el que esta misma ejerza a través de las elecciones periódicas. El ejecutivo, en cambio, debe cumplir y hacer cumplir las leyes, y si bien en el caso de las monarquías el rey es irresponsable, sus ministros no lo son y tampoco el resto de los funcionarios. Los jueces deben aplicar las leyes sin posibilidad de someterlas a control, como hemos explicado con insistencia. Sin embargo, el poder legislativo no tiene mayores controles, el contenido de las leyes no puede ser sujeto a revisión por parte de otro órgano. La disciplina que impone la ley en este sentido es férrea y, desde el punto de vista político, necesaria, pues se trata de instaurar, contra la tradición imperante, un nuevo régimen.

Por esta misma razón, las garantías fundamentales quedaron a menudo reducidas a meras declaraciones de buenas intenciones. Muchas de ellas eran, en principio, una orden al legislador y no contaban con mecanismos para ser exigidas directamente por los ciudadanos ante una contravención de la Administración o del propio legislador. Será más tarde, después de las guerras de principios del siglo XX, cuando un control constitucional de las leyes comience a implantarse de manera más o menos efectiva en gran parte de los países de tradición romano-germánica.

4.2. La igualdad formal

La igualdad, evidentemente, se planteó como una conquista, y lo es. Pero la igualdad tiene una cara no tan amable que se manifiesta como una imposición cultural. Cuando igualamos solemos igualar a algo o a alguien, hay un modelo de persona o cosa a la que igualamos las demás. El proyecto liberal promovido por la burguesía iguala, pero iguala imponiendo o asimilando toda la población a un mismo modelo: el varón blanco, propietario, medianamente instruido. Desde este prisma es el que se construye la sociedad civil.

De modo que las necesidades que el derecho procura satisfacer, las facultades que otorga, los intereses que protege y la forma de hacerlo están pensadas para ese modelo de hombre. Los modos de producción, las costumbres y las necesidades de otros grupos sociales, e incluso de otros grupos étnicos en el caso de sociedades multiétnicas, a menudo son desplazados a un segundo plano o no son considerados en absoluto. Este fenómeno de **ceguera constitucional** se puede resumir como el efecto que se produce al igualar formalmente una población plural de tal forma que el derecho percibe a todos los individuos de la misma manera, asimilándolos a un modelo que ha servido de base para la construcción de un derecho abstracto, no basado en esas particularidades y diferencias.

Esto es especialmente patente si se tiene en cuenta el pasado inmediato. El derecho anterior se construye sobre la diferencia. Cada grupo, cada órgano de la sociedad tiene su propio derecho. La sociedad corporativa distingue a unos y otros por su domicilio, por su origen, por su condición social, su actividad, etc. Las distinciones otorgan privilegios, es cierto, pero también protegen, amparan y reconocen distintas necesidades e identidades. Con el ejemplo de los campesinos o los indígenas en el caso de los países de América Latina se puede poner de manifiesto el problema.

Igualdad y diferencia

La igualdad formal es una de las banderas de lucha de la revolución burguesa. El derecho anterior se basa en la diferencia y establece regímenes jurídicos diferenciados para cada tipo de persona. La imposición de la igualdad formal acaba con la pluralidad que permitían esos regímenes.

Los campesinos, por regla general, tenían reconocido un tipo de propiedad sobre los inmuebles que explotaban. No se trata de la propiedad absoluta y plena que conocemos hoy, sino un tipo de propiedad que se hallaba difusa entre varias personas, en especial entre el señor y el vasallo. Los campesinos, por tanto, estaban obligados a ciertas prestaciones a favor del señor y el señor, a su vez, a proteger y mantener en lo suyo al vasallo. Evidentemente, este tipo de distinciones repugnan al proyecto liberal, como ya hemos dicho al hablar de la codificación. El nuevo régimen constitucional iguala a señores y campesinos y, con ello, también quita los elementos de abuso y también de protección a favor del campesino. De esta forma el señor se transforma en propietario y el campesino en arrendatario, figuras propias de una concepción de la propiedad liberal, individualista e igualitaria.

Igualdad formal y desigualdad material

Se trata de una igualdad que en buena medida deja en el desamparo a los campesinos que, tratados por el derecho como iguales al propietario, sucumben ante la manifiesta desigualdad material.

Otro caso similar es el de los indígenas en los reinos americanos. Antes de las independencias eran reconocidos como vasallos de la Corona y, en cuanto miembros de un pueblo, sus costumbres y su derecho también estaban reconocidos (en la medida en que no entraran en contradicción con la fe o la moral de la sociedad criolla). Estas distinciones generan mecanismos de explotación, sin duda, pero también, como en el caso de los campesinos, mecanismos de protección. La igualdad arrasa con ambas y el indígena que habita en el territorio de uno de esos reinos deja de ser natural de su tribu, deja de ver reconocido su derecho y se convierte en un ciudadano mexicano, argentino, peruano, etc. Eso significa que la ley lo trata igual que a los demás ciudadanos del Estado, lo trata como si fuera un hombre blanco, propietario e instruido. Este desajuste entre el país real y el legal produce mecanismos nuevos de explotación mucho más severos que los que se habían conocido en el periodo monárquico. Los indígenas no solo fueron explotados, sino que su propia identidad es desechada por el derecho en aras de la igualdad. La descomposición de las comunidades indígenas inauguró una de las peores épocas para los pueblos originarios de América, justo mientras las flamantes repúblicas se arrogaban el mérito de ser tierras de libertad.

En realidad, la igualdad entendida como la entendió el liberalismo clásico favoreció principalmente a la clase burguesa, que se vio igualada a la antigua nobleza. Como el modelo de hombre es el del burgués varón, blanco e instruido, la nobleza acaba convirtiéndose en un elemento decorativo que se aburguesa o desaparece; es la burguesía la que impone las nuevas reglas de jerarquía social. En ese contexto, quienes que no se asemejan a ese colectivo, como los campesinos, los indígenas o los nobles pobres que no son capaces de asimilarse a la burguesía se ven a menudo perjudicados por las nuevas reglas del juego.

4.3. Individualismo

En estrecha relación con lo anterior, el proyecto liberal instaura una sociedad de corte individualista. El Estado liberal se relaciona con individuos, no con colectivos. El único colectivo realmente relevante en términos jurídicos es la nación misma, por eso la nación no es solo una creación del Estado constitucional, es también una necesidad del mismo.

No es aceptable que una persona tenga una determinada posición jurídica en función del colectivo al que pertenezca, la única posición posible es la de ciudadano y, dentro de esa, la de capaz o incapaz.

Como en el caso de la igualdad, esto contrasta con la sociedad precedente. **La sociedad del Antiguo Régimen y la sociedad medieval es corporativa. Está compuesta de cuerpos, y los individuos tienen un estatus y un derecho en función de esos cuerpos.** Por ejemplo, un noble tiene un régimen jurídico por ser noble, un comerciante tiene normalmente otro, al menos en las cuestiones que se relacionan con su actividad que, por cierto, está dirigida y gobernada desde el gremio de los comerciantes, con sus propias normas, con sus propios tribunales. Un campesino, un sacerdote, un monje, un artesano, una viuda, un huérfano, un indígena, en fin, cada colectivo tiene un derecho particular, propio, que se entrecruza con los otros. No solo esto, también en el ámbito territorial existe pluralidad, una misma Corona está compuesta por múltiples reinos, como ya vimos en otro módulo. Un mismo rey concentra distintas realidades políticas bajo su poder. No es lo mismo Castilla que Navarra o Valencia o Cataluña, por ejemplo. Y dentro de un reino no es lo mismo una comunidad política que otra, cada ciudad y su entorno son realidades particulares. De hecho, antes del invento de las naciones, las personas decían ser naturales de su ciudad de origen o, como mucho, del reino, condado, principado o señorío en el que esa patria estaba.

Tampoco era lo mismo una ciudad que el campo; los habitantes de una ciudad tenían un derecho o muchos derechos que se entrecruzaban en la vida urbana. En el campo, el derecho era distinto, aunque coincidente en muchas cosas dentro del área de influencia de una ciudad. Los señores tenían un ámbito de jurisdicción que les pertenecía y, como tales, eran fuente viva del derecho de los señoríos que gobernaban. Como se ve, la sociedad prerrevolucionaria es enormemente plural y está fundada en lo colectivo. La libertad de las personas estriba en pertenecer plenamente a dichas corporaciones. La *libertad de los modernos*, como la caracterizó Benjamin Constant (1767-1830), significa diluir el peso de cualquier organización social corporativa, incluido el Estado, en la vida de los individuos. Los ciudadanos se relacionan directamente con el Estado y, en el ámbito civil, nada que no esté expresamente prohibido les puede ser impedido: pueden definir su ocupación, moverse donde quieran, disponer de lo suyo, dar el sentido que deseen a su actividad cotidiana, etc.

Estado liberal y colectividades

Los colectivos y las corporaciones son, desde una perspectiva liberal, rémoras que impiden la libertad de los ciudadanos.

Ciertamente, esta visión liberal es una conquista respecto de muchas ataduras que la propia pertenencia a determinados grupos podía imponer a cada persona en particular. Sin embargo, como en el caso de la igualdad, el proyecto liberal también significa la imposición del individualismo en tanto destructor de señas de identidad colectivas. Los ciudadanos son ciudadanos de un Estado cuyo perfil identitario tiende a ser único, cuyo derecho es único y cuyas creencias lo son también. El Estado constitucional, igualando y atomizando, acabó con la existencia jurídica de los pueblos indígenas, por ejemplo, pues son colectivos que, en la nueva configuración social, no tienen cabida. Hasta ese momento, el derecho había reconocido las distintas comunidades políticas como sujetos y, con ello, reconocía su tradición y su derecho. Desde el Estado constitucional, esos sujetos colectivos desaparecen y no será sino hasta la segunda mitad del siglo XX cuando logren algún tímido reconocimiento en ese sentido.

Lo mismo sucede en Europa y en América con los derechos propios de cada ciudad y territorio, con sus instituciones y costumbres. El Estado-nación, como ya hemos visto, intenta uniformizar, la lengua es el caso patente que ya hemos analizado. En este esfuerzo de igualación y uniformización, el Estado por antonomasia es Francia. La mayoría de los países europeos eran una pluralidad de comunidades políticas asociadas que, bajo el absolutismo, es cierto, habían ido diluyendo poco a poco sus fronteras. Sin embargo, no será hasta la aparición del Estado constitucional cuando esas comunidades sean suprimidas con mayor o menor éxito dependiendo de cada Estado. El caso español es, al contrario, paradigmático como fracaso de este esfuerzo. Lenguas y derechos de las distintas comunidades políticas que pertenecían entonces a la Corona no solo se conservaron, sino que incluso, en algunos casos, gozan hasta hoy de gran vigencia y preferencia frente al derecho estatal. Esta pluralidad territorial no conservó en cambio el derecho de las ciudades o de los distintos colectivos en cada comunidad política. Tampoco mantuvieron, esas comunidades, fronteras de orden económico ni privilegios. En otros países de Europa e Iberoamérica, en cambio, se unificó y uniformizó de tal forma que del derecho y de las lenguas apenas queda memoria.

El derecho de esta época prefiere lo individual y en cambio no gusta de lo colectivo, eso es así no solo en el plano de la representación política, en el que se avanzará rápidamente hacia la democracia representativa, que reconoce como único colectivo a la nación y, dentro de ella, sus divisiones puramente territoriales y administrativas. La representación de las corporaciones, propia del tiempo anterior, decae rápidamente en todos los países de tradición romano-germánica y en todo Occidente, en general. El Estado liberal también optó por un sistema de propiedad, al que ya hemos hecho referencia, que favorece la propiedad individual y evita las trabas de un dominio difuso entre muchas personas o las limitaciones al derecho de dominio que impiden la circulación de los bienes.

4.4. Tensión entre tradición y proyecto

Ya hemos dicho al principio de este módulo que el pensamiento jurídico marca una diferencia al concebir el derecho de la modernidad ilustrada como especulación racional y como voluntad. Estas dos concepciones, ambas modernas e ilustradas, marcan buena parte de las discusiones de los juristas de los siglos XIX y XX, entre aquellos que se definen iusnaturalistas y aquellos que se identifican como positivistas. En cualquier caso, ambas concepciones inauguran, como también ya hemos advertido, una tensión respecto de la idea del derecho como tradición.

Cuando decimos *tradición* no lo hacemos diferenciándola o separándola de una concepción racional del derecho. Lo que intentamos poner de manifiesto es que existe una manera de entenderlo, predominante hasta el siglo XIX, que incorpora la tradición dentro de la ecuación de la razón y en particular de la razón jurídica. Para entenderlo mejor es importante saber que, cuando se concibe el derecho como tradición, lo que se hace es considerarlo como un bien cultural inherente a una sociedad determinada. Eso significa que en él están plasmados los rasgos fundamentales de dicha comunidad y que el derecho, ese derecho en particular, no es un elemento accidental, sino constituyente de la identidad de dicho conglomerado.

El derecho, en esta concepción, es como otros bienes culturales de una entidad similar, tales como la lengua, la música, la gastronomía, la retórica y tantos otros que permiten definir una determinada forma de ser, una constitución, en definitiva. Por eso, cuando aparece una nueva concepción ilustrada que entiende el derecho como un proyecto que se construye *in mente* y que se impone a la realidad, con independencia de cuál sea esa, se produce una tensión evidente. El Estado-nación construye un derecho que constituye esa nación y en buena medida supone abandonar la tradición de cada una de las partes que van a constituir esa nación. Ese es el postulado que, como veremos, enfrenta resistencias importantes que vienen precisamente de la otra forma de entender el derecho, es decir, como tradición.

En un extremo se halla la codificación francesa, rápida, eficaz, cuyo camino hacia la unificación de una sola nación francesa había sido aplanado por algunos siglos de absolutismo fuerte y centralista. Cuando Napoleón promulga su código en 1804, tal como ya hemos estudiado, se produce una onda expansiva que generará esta tensión a la que hacemos referencia. En ningún otro país europeo una unificación jurídica de esa naturaleza podía tener el éxito que tuvo en el país galo. En América, por su parte, el fenómeno no presenta problemas, se promulgan códigos rápidamente y los Estados celebran su consecución. Por qué esta diferencia. En América la codificación se desarrolló en las nuevas repúblicas que, muchas de ellas, ya eran una comunidad política con cierta autonomía, con una clase dirigente completamente asimilada a los nuevos parámetros burgueses y sin una gran pluralidad de focos territoriales de poder o pluralidad política. La dispersión de los países de las Indias Occi-

dentales se produjo como si los reinos de la península Ibérica hubieran cada uno fundado un Estado-nación. Dentro de esos Estados la pluralidad es menor y una eventual codificación es más sencilla. Sin embargo, en Europa el fenómeno fue a la inversa. Los Estados nación no se formaron disgregando los antiguos reinos, sino agregándolos en un colectivo único: las nuevas naciones europeas. Es así como en España rápidamente la codificación civil se ralentizó, una de las razones principales es que desde los distintos territorios del nuevo Estado se intenta preservar el derecho propio, el tradicional. Sea por un interés teórico o ideológico inspirado en una concepción determinada del derecho o bien por intereses económicos de clase, muchos de los diputados de los territorios que ostentaban un derecho propio defendieron su conservación. Como ya hemos visto, este trámite retrasó la promulgación del Código civil hasta 1889. Y cuando finalmente el código vio la luz, dejó subsistentes los derechos propios que, hoy en día, tienen prioridad ante el Código Civil.

En Alemania, como ya vimos, el fenómeno también se ralentizó y el Código Civil alemán (BGB) no vio la luz sino hasta 1900. Detrás de esta demora, en el caso de estos y otros países de tradición romano-germánica, está la tensión a la que hacemos referencia y de la que da buena cuenta la clásica discusión de dos importantes juristas alemanes de principios del siglo XIX. Por un lado, Anton Friederich Thibaut (1772-1840) defiende una codificación a la francesa, tomando como modelo el Código de Napoleón y el austriaco de 1811. El objetivo es político, Thibaut considera que el Código debe ser el esqueleto de una unificación alemana. Recordemos que, por entonces, la unificación es un proyecto político que avanza lentamente y que no acabará de materializarse sino hasta bien entrada la segunda mitad del siglo XIX. En el pensamiento del jurista, la nación se construye con el derecho, uno que no reconoce otro colectivo que no sea la misma nación ni otro sujeto que no sea el ciudadano. En definitiva, el derecho es un proyecto de sociedad civil que se instaura, se impone a la realidad.

A sus ideas se opone Friederich Carl von Savigny (1779-1861), otro eminente jurista de la época. Para Savigny, el tiempo de codificar no debe entrar en contradicción con el derecho que constituye a los pueblos que formarán Alemania, ni con la supervivencia de la ciencia jurídica y la jurisprudencia que lo cultiva. En su opinión, no debe el legislador elaborar un código general que, en aras de la racionalidad, se imponga sin consideración a la tradición ni a la ciencia jurídica del país. Es necesario, en su visión, conseguir los objetivos políticos de unificación, pero a través de mecanismos alternativos como leyes que regulen ciertas materias o sectores. En la promulgación de dichas leyes el legislador debe estarse a lo que le señale la jurisprudencia (entendida como ciencia jurídica), pues solo ella es capaz de desentrañar el espíritu del pueblo que debe gobernar el derecho del Estado. Hay en esta posición una doble defensa: una defensa gremial, del jurista que ve como se le suprime como fuente

del derecho y, también, de la concepción del derecho como tradición y no como especulación racional abstracta; para él, cambiar un derecho por otro es como pretender cambiar la lengua de un pueblo por otra distinta.

El pensamiento de Savigny da nacimiento a una corriente, la escuela histórica del derecho, que, sin negar la necesidad de reformas políticas urgentes y la importancia de la unificación y de la implantación de un modelo burgués, cambia el rumbo al proceso codificador alemán. Su influencia significó, para los cultores de la ciencia jurídica, mantener un control de la definición del derecho y retrasar la codificación hasta el año 1900. Siguiendo sus planteamientos primarios podemos ver cómo, sin lugar a duda, la implantación de un código civil que es fruto de una especulación racional resulta, en algún grado, aunque sea ínfimo, una expropiación cultural.

El derecho deja de ser concebido como un elemento definitorio y constitutivo de una comunidad política para pasar a ser constituyente de la misma. Al constituirla, el derecho no tiene necesidad de respetar o asumir el derecho anterior, pues el nuevo no depende de la tradición, ni tampoco la existencia misma de la comunidad, pues es el derecho (el nuevo) el que la crea.

En el caso de las sociedades europeas, tan similares unas a otras, el efecto expropiatorio existe, pero es menor si se lo compara con el que se produce en países con un factor multicultural más fuerte. Es el caso de los países de Hispanoamérica. Allí, el derecho del Antiguo Régimen había respetado la pluralidad, era esa su propia naturaleza; en Europa y en el Nuevo Mundo la realidad del poder era plural y la del derecho también. El ordenamiento jurídico de una comunidad indígena era respetado, salvo que se opusiera a la religión o a la moral, y sus miembros se regían por él. La codificación y el proyecto liberal, como ya vimos, acaban con esta pluralidad, se impone la codificación y el efecto expropiatorio es significativamente mayor que en otras latitudes. América Latina es parte de Europa en el derecho, es cierto, pero a un alto precio que el proyecto liberal quiso imponer y el Estado constitucional ejecutó.

4.5. Mercado, trabajo y cuestión social

Desde la Edad Media y hasta finales del siglo XVIII, el mercado es manejado por corporaciones que ejercen el comercio y por el poder público. De hecho, los comerciantes, como ya hemos señalado, se encuentran agrupados en gremios que regulan la actividad (quién y cómo puede ser comerciante) y tienen tribunales propios que no pertenecen a la Corona (sino que ejercen su labor independientemente), también tienen un derecho propio que se aplica únicamente a aquellos que ejercen la actividad mercantil. Por otro lado, los poderes públicos de la ciudad y los monarcas ejercen también controles y dictan normas respecto de esa actividad y las personas de los comerciantes, conceden

privilegios, permisos, prerrogativas. Esto significa que el comercio no es libre, al contrario, está repleto de limitaciones para quien quiera ejercer ciertas actividades, y los monopolios en la explotación o comercialización de ciertos bienes son abundantes. Para el pensamiento liberal esta situación es odiosa. Los monopolios y lo que hoy llamaríamos barreras de entrada de orden jurídico y político son muchas. Están relacionadas, naturalmente, con la estructura corporativa de la sociedad; su desaparición es una de las demandas de la burguesía no favorecida por ese modelo social. En la teoría liberal no deben existir ni monopolios ni barreras para el libre comercio, tampoco limitaciones para ejercer la actividad comercial, como puede ser la de pertenecer a un determinado gremio.

Ya hemos hablado de la importancia que tiene para el proyecto burgués eliminar las trabas a la circulación de los bienes evitando las limitaciones al dominio, lo mismo puede decirse del comercio. Por eso los flamantes Estados nación eliminan, por ejemplo, los tributos aduaneros internos. Como las monarquías anteriores eran un conglomerado de reinos y comunidades políticas relativamente autónomas, era normal que se pagaran tributos al hacer circular bienes de una ciudad a otra o de un reino a otro; ya bajo el signo de las monarquías absolutas, estas trabas comienzan a ser eliminadas poco a poco, en la medida que dichas monarquías consolidaban un poder que era capaz de doblegar al de dichas comunidades. No obstante, es el Estado constitucional el que, consolidando el poder absoluto del Estado, como ya hemos señalado antes, elimina estas trabas y acaba este proceso. Lo mismo sucede con el ejercicio de la actividad mercantil y la regulación de esta: el Estado constitucional se convierte en el único regulador de dicha actividad y también en el titular de los tribunales que juzgan los casos relacionados con la misma. Esta apropiación forma parte del proceso que hemos venido describiendo en este texto, y que nos muestra cómo el Estado constitucional sublima el absolutismo en lo que respecta a la acumulación y centralización de poder público.

Una de las herramientas utilizadas para estos fines fueron los códigos de comercio o mercantiles. La tendencia fue que dichos cuerpos normativos regularan la actividad comercial, los llamados actos de comercio, sin tener en consideración quién los ejerce o realiza. La regulación anterior, en cambio, se centra en la persona del comerciante y su vinculación con el gremio que regula la actividad comercial.

Finalmente, estos cambios suponen la creación de un nuevo mercado, con nuevas reglas. Un mercado capitalista en el que el Estado debe asumir, según la teoría liberal, el papel pasivo de un guardián. Los particulares deben ser libres para desarrollar actividades económicas mientras respeten las reglas del juego y todos ellos deben ser tratados como iguales, sean empresarios, trabajadores o rentistas; entre ellos, el Estado puede solo ejercer de árbitro.

Por otra parte, el surgimiento del capitalismo industrial generó una revolución, también, en el espectro del trabajo. Durante la Edad Media el trabajo no es, por regla general, una mercancía. Esto significa que los bienes normalmente se obtienen aplicando sobre un determinado bien un trabajo que permite obtener frutos. Un campesino labra un terreno para obtener frutos que luego consume o intercambia según sus necesidades. Un artesano aplica su fuerza de trabajo sobre materias que transforma para luego comercializarlas. Esta es la tónica de las sociedades precapitalistas. El capitalismo mercantil surge en el Mediterráneo en el siglo XVI, sobre todo, y ya alumbró una transformación; sin embargo, el gran cambio se produce con la expansión del capitalismo industrial. En esa nueva lógica el trabajo se convierte, como decimos, en una mercancía, lo que significa que las personas ponen su fuerza de trabajo en el mercado para que otro la compre; los frutos de dicho trabajo no pertenecen al trabajador, sino a quien ha comprado la fuerza de trabajo. El que compra la fuerza de trabajo es normalmente dueño del capital sobre el que dicha fuerza de trabajo se aplica para obtener bienes que luego pueden ser comercializados. Esto es, en resumen, el origen de la estructura contemporánea de las sociedades capitalistas.

El problema que surge al poco andar es que el Estado, ante dicha actividad, permanece pasivo. Como hemos visto antes, el principio de igualdad formal impone una abstención al Estado, la de tratar a los particulares como iguales; no puede distinguir entre unos y otros ni aplicar un régimen jurídico a cada uno según el colectivo al que pertenezca. De esta forma, la actividad de los trabajadores es asimilada a la antigua figura del arrendamiento de servicio. Este arrendamiento de servicio es un contrato civil común cuyas cláusulas esenciales son la definición de una determinada actividad que debe ser llevada a cabo y una remuneración, todo lo referente a estos dos elementos esenciales puede ser establecido por las partes con total libertad, pues son dos sujetos privados que la ley presume iguales sin importar sus circunstancias. Recordemos que uno de los principios fundamentales del proyecto liberal que está presente en toda la codificación es la autonomía de la voluntad.

Esta nueva concepción del trabajo y el mercado generó una profunda mutación en las relaciones de producción. Las relaciones de dependencia y fidelidad que habían sido propias del campo se transformaron y generó una masa de campesinos asalariados pobres. Muchos de ellos migraron a las ciudades persiguiendo las oportunidades que la industrialización, por escasa o poco avanzada que fuera, ofrecía.

El exceso de oferta de mano de obra generó a su vez condiciones de trabajo infrahumanas: jornadas de trabajo de larguísima duración, sin derecho a descanso, sin seguros para accidentes (muy comunes en una industria naciente), trabajo infantil, etc. Por lo demás, el trabajador solo recibe remuneración en la medida en que desempeña su labor; eso supone que no goza de vacaciones remuneradas como sucede hoy en la mayoría de los casos cuando existe un contrato de trabajo; tampoco en caso de no poder trabajar por causa de enfermedad u otros impedimentos, pues no existe seguridad social que asegure recibir ciertos ingresos en estos casos, ni tampoco una jubilación.

El proyecto liberal había creado un Estado constitucional, había convertido la ley en la gran fuente, si no la única, del derecho y, a través de esta, había monopolizado la creación del derecho.

Todo este edificio extraordinario había sido construido a la medida de la burguesía, desechando toda organización intermedia entre el Estado y el individuo, negando existencia a los colectivos que antes del Estado constitucional liberal construían una sociedad compuesta, plural.

En cambio, proponía una visión formalista del derecho, privándolo del contacto con la realidad: el derecho entendido al modo de las ciencias naturales del liberalismo ilustrado no podía responder a estas demandas. La política, entonces un juego entre esas clases burguesas, había ignorado también durante demasiado tiempo las consecuencias de estas demandas, el desamparo de quienes antes encontraban refugio en esos cuerpos intermedios.

La situación descrita generó un gran descontento social y una tensión creciente entre empleadores, trabajadores, agrupaciones sociales incipientes y el Estado. A esta suma de problemas que arrancaban de esa visión liberal y formalista del derecho se le llamó **cuestión social**, y se produjo en la mayoría de los países occidentales en la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX. En los países americanos se suma a este problema la cuestión indígena. El estado de cosas se tradujo en revueltas, protestas e incluso matanzas en el marco del enfrentamiento de las distintas fuerzas sociales. El derecho del Estado liberal, (deliberadamente) ciego ante la realidad como hemos descrito, no estaba en condiciones de dar respuesta al desafío que tenía por delante. Será el momento de que el Estado se haga cargo de situaciones que operan en la práctica, y que la consideración reduccionista y forzada de la igualdad formal no resuelve, sino que agrava.

La necesidad de estas correcciones es evidenciada por agrupaciones sociales, religiosas y también de juristas que denuncian precisamente esta ceguera del derecho tan cómoda para las clases burguesas. Por ejemplo, Rudolf von Ihe-

ring (1818-1892) critica el formalismo de la pandectística alemana, la acusa de estar preocupada de las figuras jurídicas y no de los intereses que naturalmente están presentes en una situación jurídica que los juristas formalizan y hacen abstracta. También Karl Marx será crítico con las figuras que ha creado el derecho para la comprensión y la regulación de lo privado. Su planteamiento supone la entrada del Estado en la creación misma de dichas relaciones y la supresión de gran cantidad de instituciones del derecho privado que son, desde la teoría marxista, funcionales a los intereses de la burguesía. Se proyecta así una nueva familia jurídica, la socialista, que se materializará en grandes Estados como la URSS o China. Esta familia, como veremos, es muy importante para la formación de Europa y las características que adoptan los sistemas jurídicos europeos en el siglo XX. El nacionalismo también es una respuesta, emocional y romántica, al individualismo y al formalismo liberal por medio de la exaltación de la historia y lo colectivo. Estas fuerzas que, en general, englobamos bajo el rótulo de antiformalistas comienzan a sentar las bases de una serie de fenómenos sociales que se desarrollarán durante la primera mitad del siglo XX, y determinarán la forma del derecho de la segunda mitad y lo que va de nuestro siglo.

5. La crisis del Estado de la Ilustración liberal y la transformación del derecho

Al tiempo que crece, el Estado se transforma. El Estado que había monopolizado el derecho y el poder político, que suprimió el derecho universal que representaba el *ius commune* –y el local y particular que representaban los innumerables derechos propios–, cambia su configuración. Después de las guerras comienzan a crearse instituciones políticas supraestatales; la primera fue la Sociedad de Naciones, creada en 1919 después de la Primera Guerra Mundial y que sirve de antecedente de la actual ONU, creada en 1945, después de la Segunda. Otros proyectos también comienzan a desarrollarse, entre ellos el embrión de lo que será la actual Unión Europea –de la que trataremos brevemente más adelante–. Esto supondrá que, al principio con mucha timidez, al Estado se lo puede por la copa, como a los árboles cuya altura se quiere limitar. Quizá las mismas guerras fueran la expresión del cénit del Estado: protagonizada por gobiernos fuertes, muchos de ellos dictatoriales, con un cariz casi autocrático y el derecho nacional como bastión, la Segunda Guerra Mundial fue tal vez la expresión máxima del poder estatal y a la vez el comienzo de su declive. Un declive largo del que somos aún testigos y en el que tendrán mucho peso los problemas del proyecto de la Ilustración liberal que ya hemos mencionado. Vamos a analizar varios fenómenos que caracterizan la historia del derecho reciente y que siguen, unos más otros menos, vigentes hoy mismo:

- Las guerras.
- El solidarismo jurídico y socialización del derecho.
- El estado de bienestar.
- El neo pluralismo jurídico.
- La constitucionalización del derecho.
- La reconstrucción del proyecto europeo.

5.1. Las guerras: la pesadilla, el sueño y otra vez la pesadilla de Europa

Los europeos fueron cantando a la guerra, miles y miles de jóvenes amantes de la patria, enfundados en flamantes uniformes, despedidos por sus madres henchidas de orgullo. Los horrores de la guerra no estaban en el imaginario de esos tiernos soldados. Así lo relata Stefan Zweig, testigo privilegiado de los acontecimientos, testigo de la desintegración de una Europa que tejía y tejía redes intelectuales, científicas y políticas que, de pronto, sin que nadie lo viera como algo inminente, se truncaron por causa de la guerra. Una guerra que mutiló a esta Europa que se había extendido por el mundo, que sentía representar el triunfo de la razón, del progreso y de la ciencia. Mutilados quedaron muchos de los jóvenes que partieron en trenes al frente, mutilada la esperanza de toda una generación, muertas decenas de millones de personas entre com-

batientes y civiles. Después de esta guerra comenzaron a establecerse controles en los movimientos de población; el viaje, desde entonces, requiere permisos, visados, pasaportes y documentación. Es de alguna manera la antesala de los problemas migratorios que vemos hoy. El Estado-nación, esa creación del liberalismo decimonónico acabó también inoculando el mayor de los terrores de Europa: el nacionalismo. Un problema que solo empezaba en la Primera Guerra Mundial, pero que eclosionaría en la Segunda.

Al final de la Primera Guerra, Europa quiere empezar de nuevo. El curso de las reformas sociales que se habían producido en la segunda mitad del siglo XIX y principios del XX a propósito de la cuestión social se acelera. Después de la guerra, es necesario dar cabida a esas demandas. Entonces, Europa emprende una serie de reformas destinadas a corregir algunos de los problemas del liberalismo decimonónico que hemos descrito. Este impulso puede resumirse en tres aspectos fundamentales que estarán presentes, en mayor o menor medida, en la política e incluso en los textos constitucionales del periodo entreguerras.

En primer lugar, se busca profundizar en la democratización acrecentando el carácter parlamentario y, en muchos casos también republicano, de las democracias europeas; sobre todo teniendo en cuenta que, desde las primeras constituciones modernas, por regla general restrictivas en cuanto al derecho de sufragio, se había extendido ampliamente el universo de sujetos habilitados para ejercer tal derecho. Aparecen en consecuencia partidos de masas que representan a distintos sectores sociales y sus demandas.

En segundo lugar, se avanza en el reconocimiento de derechos sociales y políticos, no solo con tímidas reformas legislativas, como hasta entonces, sino con el nacimiento de una serie de instituciones y principios que constituyen el punto de partida del derecho del trabajo y la seguridad social. Este reconocimiento se plantea a nivel constitucional como derechos reconocidos en la carta magna en los llamados derechos fundamentales de segunda generación (la primera es la de los derechos civiles y políticos del primer constitucionalismo liberal): la salud, el trabajo, el descanso, la vivienda, la educación, la seguridad social empiezan a ser concebidos como cuestiones que competen al Estado y ante las cuales debe tener un papel más o menos activo. En cuanto a los derechos políticos, el derecho de asociación (en especial referido a asociaciones sindicales, derecho de sindicación), por ejemplo, se eleva a un plano constitucional. Se trata, en definitiva, de la consolidación del fenómeno de la socialización del derecho que trataremos luego y que se extiende mucho más allá de los derechos laborales.

En tercer lugar, la salvaguarda de estos derechos requiere de herramientas efectivas. Inscribir en el texto constitucional estos nuevos derechos no tiene gran repercusión si la constitución no obliga de un modo más efectivo al legislador y a la Administración del Estado en general. Precisamente en el periodo entreguerras es cuando Hans Kelsen marca un hito en la historia del derecho contemporáneo al plantear el sistema jurídico como una pirámide de jerarquías

normativas que se determinan una a otra desde la más alta a la más baja. En la cima está la constitución y esto significa que una ley no puede contradecir el sentido de la primera, ni un reglamento o una sentencia el de ninguno de los estratos superiores.

Esta concepción devuelve el vigor a las constituciones que, de meras declaraciones de buenas intenciones, pasan a convertirse en instrumentos útiles. Para que esto suceda será necesaria la implementación de al menos dos herramientas: el recurso y el control constitucional.

El recurso supone que los particulares puedan acudir ante los tribunales cuando vean vulneradas las garantías que protege la constitución; el recurso de amparo es el ejemplo por antonomasia de esta herramienta. La segunda es el control constitucional, es decir, que las leyes puedan ser juzgadas a la luz de la constitución para establecer si se ajustan o no a ella. Normalmente, este control recae sobre un tribunal específicamente destinado a tal efecto.

Estas reformas nacen en el periodo de entreguerras. **El referente de estos cambios que, en mayor o menor medida, operan desde España –en pleno auge de la Segunda República– hasta la Europa del este es la República de Weimar.** Así es como se conoce a la Alemania del período entreguerras por la famosa Constitución de Weimar de 1919, que se hace eco de las reivindicaciones que venimos mencionando. Weimar es un símbolo, el mito de un movimiento que nos muestra lo que Europa quería ser después de la barbarie, después de la guerra. Un sueño que no resistió a los embates económicos, a los intereses de las élites y al nacionalismo. Como observa el propio Zweig, bajo la superficie de creatividad, entusiasmo y espíritu reformista del mundo político e intelectual, se movía una inmensa marea de descontento, de problemas sociales irresueltos, de presiones económicas potentes. En 1933, cuando Hitler consolida su poder, Europa ya es un hervidero. El recuerdo de la guerra, ahora fresco, no detuvo la obstinación humana en la barbarie. La civilización, se ha dicho muchas veces, pende siempre de un hilo, ese hilo se cortó por segunda vez en poco tiempo y Europa se sumió en la pesadilla de la Segunda Guerra Mundial.

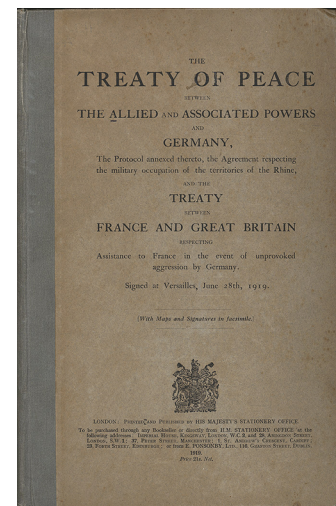
Este conflicto bélico supuso, en primer lugar, que estas reformas que se pensaron e implementaron precariamente en el periodo de entreguerras, en ese que Europa, como hemos dicho, quiso soñarse mejor, quedaron incompletas. En el mejor de los casos, algunas reformas de corte corporativista fueron adoptadas por los regímenes nacionalistas, las más quedarán suspendidas en espera de mejores tiempos. En segundo lugar, supuso un cambio fundamental en la historia europea: el fin de la hegemonía. Por último, supuso también el compromiso de muchos países en la lucha por la paz.

En efecto, al finalizar la guerra, en septiembre de 1945, después de seis años de lucha y masacre, el mundo había cambiado. En 1494, en Tordesillas, se firmó entre los reyes de Castilla y Portugal el célebre tratado homónimo. Se trataba de un acuerdo que dividía el mundo en dos. Y cuando decimos mundo nos referimos al globo completo. Desde esta época, la historia europea tiene que ver con todo el planeta y dos potencias europeas son, precisamente, las que en dicho tratado se dividen el dominio del mundo. En ese documento, como se ha visto en otro módulo, los reyes de Castilla y Portugal acuerdan una línea divisoria, proyectada de polo a polo, a 370 leguas al oeste de las islas de Cabo Verde. Esta línea permite a cada uno extender sus dominios en un hemisferio distinto. A esa expansión ultramarina van sumándose pronto otras potencias europeas hasta configurar el mapa colonial de principios del siglo XX. Pero en 1945, justo antes del fin de la guerra, dos potencias extraeuropeas, Estados Unidos de América y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, se reparten el mundo; comenzaba la Guerra Fría. Europa, partida en dos y debilitada después de dos guerras dejará de ser el referente mundial, como hasta entonces. Los europeos se habían extendido por el mundo y lo habían ordenado siempre desde aquel lejano 1494. Durante casi quinientos años el predominio mundial europeo era un hecho indiscutible, después de un verdadero suicidio político y económico, dicho predominio tocó su fin. Dos nuevas fuerzas, fundadas sobre dos modelos económicos e ideológicos opuestos organizaban los destinos del mundo. Europa quedaba en medio, y esa situación dio pie a una reconstrucción europea y a la aparición de una organización estatal única: el estado de bienestar. Volveremos sobre este punto.

El primer intento de una agrupación de naciones destinada a evitar los conflictos bélicos vino después de la Primera Guerra Mundial. La Sociedad de Naciones se fundó en 1919 en el Tratado de Versalles. Así como dicho tratado albergaba ya el germen de la Segunda Guerra Mundial, la Sociedad de Naciones también se vería afectada por un carácter excluyente respecto de los vencidos. La crisis económica del 1929 y los movimientos populistas y nacionalistas de la década del 1930 acabaron con sus posibilidades de evitar la guerra. Después de la Segunda Guerra, algunos de los errores de la Sociedad de Naciones se superaron al constituir la Organización de las Naciones Unidas. La ONU se formó entre 1944 y 1946, en este último año ya contaba con la firma de 51 Estados miembros y dos años después impulsó la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Su talante expansivo e integrador le ha valido consolidarse poco a poco como instrumento de la paz, no exento de críticas, por supuesto. Más allá de ellas, no se puede negar que la ONU sirve de expresión institucional al esfuerzo por el mantenimiento de la paz desde su fundación y hoy, también, a la búsqueda de un desarrollo sostenible.

Fin del predominio de Europa en el mundo

Desde los grandes descubrimientos de finales del siglo XV hasta la Segunda Guerra Mundial, la hegemonía de Europa en todo el globo era indiscutible. El conflicto bélico puso un punto final a dicha posición e inauguró un nuevo escenario en el que Europa quedaba en medio de un nuevo conflicto, la Guerra Fría.



Tratado de versalles

Fuente: [https://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Versalles_\(1919\)#/media/Archivo:Treaty_of_Versailles,_English_version.jpg](https://es.wikipedia.org/wiki/Tratado_de_Versalles_(1919)#/media/Archivo:Treaty_of_Versailles,_English_version.jpg)

5.2. El socialismo jurídico o socialización del derecho

Es evidente, a finales del siglo XIX y principios del XX, que el proyecto liberal requiere serias correcciones. Un derecho que trata igual a pobres y ricos, a empresarios y trabajadores, a indígenas y ciudadanos ordinarios, etc., no solo no da respuesta a los desafíos que se le plantean, además agrava los problemas.

Entonces se hace evidente que el derecho tiene que reconocer diferencias, las personas no pueden ser vistas todas igual, eso es lo mismo que no verlas, el derecho no puede ser ciego.

¿Cómo hacer compatible el principio de la igualdad con las diferencias necesarias que la sociedad de entonces exige al derecho tener en cuenta? La respuesta estriba en entender que las personas son iguales, pero se desenvuelven en contextos distintos que hacen necesaria la protección y regulación por parte del Estado.

El derecho puede entrar a ordenar relaciones entre particulares e inclinarse a favor de uno que se encuentra en esa situación de vulnerabilidad. Así, el empleador y el trabajador son iguales, pero es evidente que este último no está en las mismas condiciones que el empleador para negociar los términos de su relación, al menos no en una sociedad como la de finales del siglo XIX, en la que existe una gran oferta de mano de obra.

5.2.1. El derecho del trabajo

Es así como, a raíz de los movimientos sociales de finales del XIX y principios del XX nace el derecho del trabajo o derecho laboral. Es bajo el principio del socialismo jurídico precisamente que este nuevo derecho o nueva dinámica del derecho se justifica. La gran expresión de este fenómeno es el contrato de trabajo. Como hemos dicho, hasta ese momento el contrato de trabajo es un contrato civil corriente en el que las partes negocian libremente las condiciones y el Estado no puede intervenir legítimamente. El contrato de trabajo, en cambio, es un contrato dirigido por el Estado que ha intervenido en la relación restando libertad a las partes para proteger a una de ellas. De esta forma se establecen condiciones, derechos y regulaciones que son irrenunciables por el trabajador. Se busca así evitar que, por la necesidad que imponen sus circunstancias, el empleado se vea privado de prestaciones básicas o derechos mínimos. Con el tiempo, ese conjunto de derechos supondrá el desarrollo de toda una disciplina. En los contratos de trabajo se establecerá un máximo de horas de jornada laboral, una edad mínima para el trabajo, derecho al descanso, derecho a medidas de seguridad ante situaciones de peligro, periodos vacacionales pagados, la indemnización por despido improcedente, un salario mínimo, etc. Estos descritos aquí son resultados de un avance lento que se prolongó

durante todo el siglo XX, no se dan con rapidez, al contrario, la mayoría son resultado de largas luchas sociales protagonizadas por colectivos que también tienen su origen en esta nueva visión del derecho.

Nos referimos a los sindicatos. El proyecto liberal, ya lo dijimos, no gusta de los colectivos, es individualista. Una formación como los sindicatos recuerda a los gremios del derecho anterior, que fueron abolidos porque generaban privilegios, monopolios y diferencias indeseables. Por eso no están autorizados durante la primera mitad del siglo XIX. Durante la segunda, en pocos países se autorizan, pero poco a poco comienzan a ser una realidad tolerada, aunque combatida en la mayoría de los países occidentales.

Sindicatos y actividad sindical

Solo a finales del siglo XIX y principios del XX los sindicatos logran un amplio reconocimiento, y poco a poco la actividad de sus representantes y afiliados se protege.

La actividad de los sindicatos es fundamental para entender el desarrollo del derecho del trabajo durante el siglo XX. Estos organismos consiguen implementar la negociación colectiva por la cual los trabajadores de una empresa o un sector de la economía logran establecer derechos mínimos para todos los trabajadores. Son, asimismo, los protagonistas de los movimientos sociales que permiten, por ejemplo, el derecho a huelga o el salario mínimo.

A través de estos mecanismos de negociación y a causa de la creciente presión que suponía el estado de explotación de grandes cantidades de personas nació, también, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, la seguridad social. **La seguridad social** responde a un problema cada vez más frecuente y que causa gran perjuicio social. Hasta ese momento hay varios hechos que son, por decirlo de una forma expresiva, problema del que los padece y su entorno familiar. Un accidente, una enfermedad o la vejez son hechos que ponen en situación de vulnerabilidad a la persona que los vive y a quienes tienen que cuidar de ella. Hasta ese momento, en el Estado liberal del siglo XIX no existe respuesta a estos problemas que no sea la caridad privada; quien no puede trabajar no recibe ningún tipo de compensación y, quien no tenga medios para subsistir sin trabajar, no puede dejar de hacerlo nunca, sin importar lo avanzado de su edad. Los movimientos sociales generarán una serie de instituciones destinadas a paliar los efectos de estos problemas. Es así como se fundarán mutualidades para acudir en ayuda de los trabajadores que sufran accidentes en el trabajo y también otras destinadas a la manutención de personas que, por su edad, ya no puedan trabajar. Estos problemas, que en otras épocas fueron solucionados por gremios, colectivos e instituciones de caridad, habían quedado desatendidos o dejados a la iniciativa de filántropos en el primer Estado liberal.

Durante el siglo XX, estos tímidos avances irán fraguando en derechos sociales y estas prestaciones, al principio en manos de colectivos de trabajadores, se van convirtiendo en prestaciones públicas en manos del Estado.

Esto da origen a uno de los logros más importantes de la Europa contemporánea: el estado de bienestar. No obstante, como ya vimos, antes de su aparición se produjo un ajuste en los polos de poder mundial marcado por las dos grandes guerras europeas; esto es determinante para entender el desarrollo del estado de bienestar europeo.

5.3. El estado de bienestar y el milagro europeo

En 1917, un año antes del final de la Gran Guerra, el zar Nicolás II es obligado a abdicar, un año más tarde él y su familia serían ejecutados poniendo fin así a la Rusia de los zares, que hundía sus raíces en la larga tradición imperial bizantina (al menos esa era su versión); se inaugura un nuevo escenario político de un corte completamente diferente. Pronto, después de una guerra interna, se erigiría la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas bajo un gobierno de signo comunista. Al otro lado del Pacífico, hacía ya tiempo, Los Estados Unidos de Norteamérica cobraban una influencia creciente y un poderío económico fundados, eso sí, sobre un modelo económico capitalista, teóricamente en las antípodas del comunismo soviético. El suicidio europeo de la Segunda Guerra Mundial, como ya hemos señalado, inaugura un nuevo escenario bipolar en el que la URSS y los EE. UU. se reparten el mundo. La situación europea, en medio de los dos bloques, obliga a una solución intermedia. En principio, la Europa atlántica es fiel a las políticas de los aliados y socios de EE. UU.; sin embargo, los europeos han visto caer al zar y levantarse a los bolcheviques, generando una revolución basada en las exigencias sociales de colectivos obreros y campesinos. Un capitalismo a la americana es impensable ante la amenaza del comunismo, que también cala entre los obreros europeos. Es necesario un proyecto alternativo, ecléctico si se quiere. Un proyecto que vendrá de la mano de la socialdemocracia y que ahondará en el fenómeno que hemos descrito como socialización del derecho.

Sin entrar en el origen y desarrollo de las ideas que están detrás del estado de bienestar, podemos resumir sus postulados de la siguiente manera: la pobreza, la enfermedad, la marginalidad, la muerte y otras desventuras comunes en la vida de las personas, son accidentes. Eso quiere decir que cualquiera puede verse afectado por ellas; no dependen, en definitiva, de la voluntad de los sujetos, ni de su diligencia. Siendo este el principio, el Estado, en cuanto organización social colectiva, debe asumir la asistencia a las personas en lo que a estas cuestiones respecta. De ese deber de asistencia derivan derechos sociales que luego se desarrollan en mayor o menor medida en la práctica: derecho a obtener prestaciones sanitarias suficientes en caso de enfermedad, derecho a la educación aun cuando no se cuente con los medios para pagarla, derecho a la vivienda, derecho a una jubilación, a descanso, a pensión de invalidez y viudedad, etc. El estado de bienestar supone acciones positivas del Estado para conseguir estos fines y garantizar así un bienestar colectivo que distribuya, entre todos, el coste de estos accidentes. Hasta entonces lo más habitual es

El estado de bienestar y la geopolítica

El surgimiento del estado de bienestar no se entiende sin tener en cuenta la posición geopolítica de Europa. Entre dos sistemas políticos y económicos como eran el comunismo y el capitalismo, Europa encontró una vía ecléctica en el estado de bienestar.

que desgracias de esta naturaleza fueran asumidas por completo por los afectados, que contaban únicamente con ayudas privadas y de organizaciones de caridad, como la Iglesia o colectivos gremiales.

Se trata, aunque el europeo medio a menudo no lo perciba, de un proyecto excepcional. Son muy escasos los ejemplos de Estados en los que el papel de la fortuna (riqueza, salud, ambiente familiar, etc.) no fuera prácticamente el único factor realmente decisivo en el desarrollo personal de un individuo. El modelo comunista propuso una repartición con una intervención mucho más intensa por parte del Estado y con escasos espacios de libertad para la iniciativa privada. En el resto del mundo, después de la Primera Guerra Mundial, garantías como estas son inauditas. Abrir la puerta a la socialización de los costes por estos accidentes redujo de forma extraordinaria la marginalidad y la pobreza, aseguró un estándar de vida medio-alto a la mayoría de la población y abrió oportunidades que antes estaban reservadas para las clases altas a sectores extensos de la población. En todo caso, el mérito del estado de bienestar entendido de la manera que exponemos no es tanto el cuánto da o reparte el Estado, sino bajo qué principio: el de la solidaridad, es decir, responder como conjunto social a las desgracias, los accidentes y la mala fortuna de aquellos que la componen.

El estado de bienestar supone, pues, que el Estado actúe de manera intensiva en materia económica, regulando sectores, negociando con patronales y sindicatos, emprendiendo actividades económicas a través de empresas públicas, construyendo una red que permita el acceso a la sanidad pública, generando redes de escuelas y universidades que aseguren un derecho a la educación, implementando políticas de vivienda, en fin, procurando el desarrollo del país siendo un actor más de la economía y no restringiendo su actividad a la mera regulación.

Desarrollar todo este aparato estatal tiene por fin redistribuir la riqueza y hacerlo supone políticas de recaudación progresivas. Los tributos serán la principal forma de conseguir este objetivo, y los órganos administrativos y el derecho que se encarga de su regulación sufrirán una gran expansión en este tiempo.

En el marco de este estado de bienestar serán también poco a poco reconocidos derechos políticos y derechos de las minorías. Este es un punto compartido no solo en Europa, sino en toda la geografía occidental, en la que, a menudo, el estado de bienestar se reduce al reconocimiento de derechos y unos servicios estatales mínimos. Es el caso de muchos países latinoamericanos y de EE. UU. El estado de bienestar que nace allí, en buena medida por la lejanía del bloque soviético, es un estado de bienestar más «ligero». Nos referimos a derechos como el sufragio femenino, la prohibición del trabajo infantil o el reconoci-

miento de minorías sexuales. Si el derecho se ha quitado la venda respecto de un colectivo, el de los trabajadores, también puede quitársela respecto de otros que padecen una desprotección tan urgente y sangrante como aquel.

También puede hacerlo ante otro tipo de minorías, como **las minorías económicas**. Un buen ejemplo, en especial en la economía de posguerra, es el de los consumidores. Al igual que los trabajadores, estos se encuentran en un pie de desigualdad respecto de la otra parte en sus contratos. También desde finales del siglo XX se desarrollaron crecientes medidas para defender a los consumidores de quienes fabrican o venden productos. El coste de la reclamación o simplemente la entidad de la compañía contra la cual se reclama pone al consumidor corriente en una situación de desequilibrio que el Estado ha intentado subsanar a través de la legislación.

Otro tanto pasa en América con las **minorías indígenas**, aunque se trata de un fenómeno mucho más reciente. Poco a poco, en la segunda mitad del siglo XX, comienzan a ser reconocidas y a estar dotadas de cierta autonomía en el interior de los Estados, incluso permitiéndoseles una jurisdicción, unas instituciones y un derecho propios. Un punto de inflexión en dicho desarrollo fue el Convenio 169 de la OIT de 1989, que amparó a pueblos tribales independientes regidos por sus propias costumbres tradiciones o legislación, y a los pueblos que están dentro de países independientes y que son considerados indígenas en cuanto originarios del territorio que ahora ocupa un Estado y que conservan sus tradiciones, costumbres e instituciones. Fue el discurso sobre los derechos fundamentales lo que permitió ese desarrollo. La gran pregunta que se hizo entonces, y que de alguna manera sigue vigente, es si ese mismo conglomerado de derechos debe ser respetado o no por esos ordenamientos propios de los pueblos a los que se le ha reconocido jurisdicción, al margen pero dentro del Estado. No responderemos aquí a la pregunta, pero el desarrollo de este fenómeno, el de un derecho y una jurisdicción distintos a los del Estado dentro del Estado, nos introduce en el tema siguiente.

5.4. El pluralismo jurídico

El nuevo estado de bienestar, ocupado de muchos sectores de la economía y del quehacer social, rompe el contenido marco jurídico liberal. Solo en un Estado que teóricamente se mantiene al margen de esas vicisitudes es concebible que el código sea una solución definitiva y completa y, aun así, es bastante dudoso que esto sea viable. El Estado del siglo XX, en cambio, hace proliferar un nuevo pluralismo jurídico que, en el caso de países como España, viene acompañado de normativa supraestatal e infraestatal.

Recapitulemos

Ya hemos estudiado la sociedad medieval y el carácter plural de su derecho. Sabemos que en dicha sociedad no hay un único productor del

derecho ni tampoco un solo ordenamiento jurídico. Sabemos también que dicha ordenación es espontánea, es decir, la sociedad medieval no divide el poder político en muchas partes para convertirlo en plural, sino que el poder nace ya fragmentado fruto de la desaparición de las organizaciones políticas más o menos extensas y efectivas que se produjo en la Antigüedad tardía y los primeros siglos medievales. Esa comunidad no reconoce un poder total, una especie de Leviatán que ostente la soberanía; dicho concepto no existe o apenas está en ciernes al final de la Edad Media. En otras palabras, es una sociedad donde no hay un ente que monopolice el poder en el ámbito de lo público, y es necesario que las diversas esferas de autonomía se reconozcan mutuamente y puedan convivir y controlar, hasta cierto punto, el espacio que ocupan en dicha comunidad. Ese espacio no es un sitio dispuesto desde arriba, sino ganado en la vida política y que solo existe si es reconocido por los demás órganos que componen esa sociedad corporativa.

Sabemos también que los ordenamientos que nos encontramos en el mundo preilustrado tienen origen en la práctica de las comunidades políticas –una ciudad, un grupo de asentamientos, un reino–. Asimismo, tienen origen en la práctica de ciertos colectivos (paradigmáticamente el de los comerciantes, pero también de muchos otros) que establecen las reglas propias de su actividad de manera autónoma o en concurso con diversas autoridades. Por último, estos ordenamientos se originan también en el seno de un estamento que les da sentido –la nobleza y el clero, por ejemplo–. Estos derechos no pretenden, como se ha dicho, regir la realidad en su totalidad, sino hasta allí donde llega la autonomía de esas localidades, territorios, gremios o colectivos. Son, por tanto, ordenamientos fragmentados, parciales, que admiten la pluralidad y que, como no puede ser de otra forma en una sociedad donde estas realidades conviven, presentan colisiones en sus fronteras.

Hay, en esta pluralidad de ordenamientos jurídicos, uno singular. Su singularidad estriba en que ese colectivo que sustenta este ordenamiento no es un poder político local o una comunidad política determinada, sino el colectivo de los juristas. La ciencia jurídica, el *ius commune* o derecho común, es un ordenamiento que funda su potencia en la autoridad de los textos que le sirven de base y en la de sus cultores, los juristas. Es un derecho científico y universal, y su legitimidad estriba sobre todo en esos dos elementos. El *ius commune* entra en la vida jurídica medieval por vía de la autoridad de los *sabedores* del derecho, no por la costumbre, ni por el poder de ciertas autoridades (aunque el poder político y los juristas establezcan una estrecha relación). Esos expertos intervienen en la redacción de los textos que un señor, una comunidad política, un gremio, etc., procuran para la fijación de su derecho. Intervienen asimismo en la elaboración de los documentos notariales tan importantes para la consolidación de prácticas consuetudinarias. También intervienen, y esto es lo que más nos interesa, en sede jurisdiccional; allí también, de la mano del jurista, los ordenamientos particula-

res se encuentran con este que, en cambio, es o pretende ser universal. Volveremos más adelante sobre esto, por ahora nos interesa mostrar el parangón entre el pluralismo medieval y el contemporáneo.

El (neo)pluralismo jurídico tiene dos manifestaciones bien diferenciadas. Por un lado, el derrumbe del ideal decimonónico de la codificación ha abierto paso a una legislación especial, fragmentada, siempre provisional, en constante sustitución. El fenómeno de la socialización del derecho, que ya hemos descrito, obliga al Estado a legislar sobre las coyunturas que se le presentan, y a intervenir constantemente en la actividad económica y de asistencia social. Las complejidades técnicas de la industria, el comercio y, más recientemente, la informática, han urgido al Estado para proveer de verdaderos ordenamientos sectoriales que hoy parecen tener vida autónoma. El código, como sabemos, fue concebido por los juristas de la Ilustración como señal de unidad normativa y política del Estado-nación, ley permanente válida para todos los tiempos y todos los hombres. Frente a esta concepción del código ilustrado, el código de hoy parece más bien una reliquia, un hueso santo al que se recurre solo en última instancia. A este fenómeno, puesto en evidencia por el profesor italiano Natalino Irti en los años 80 del siglo pasado, se le ha denominado **descodificación**.

Esta manifestación de pluralismo jurídico es de carácter (intra)estatal y se ve complementada o agravada, según se mire, por el pluralismo que se mueve en dimensiones supra o infraestatales.

En efecto, la segunda manifestación del pluralismo jurídico posmoderno es la que proviene de fuentes y ordenamientos jurídicos completos y complejos que se desarrollan en paralelo al ordenamiento del Estado. Es el caso, en primer lugar, de los **ordenamientos infraestatales** como, por ejemplo, los ordenamientos autonómicos en España y otros Estados europeos y americanos que reconocen regiones de derecho particular. En segundo término, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, observamos la proliferación de **ordenamientos de carácter supraestatal**. Estos ordenamientos no son solo los tratados internacionales, son también los ordenamientos que han creado los organismos internacionales como la Unión Europea o las Naciones Unidas, cuando han dado el paso de convertirse de tratados entre Estados a instituciones autónomas.

Es evidente que, tras la experiencia aún viva del monismo jurídico estatal impuesto en la época del primer constitucionalismo, la forma de entrada de estas nuevas fuentes u ordenamientos en algún momento u otro tiene que pasar por el Estado. Para eso, el propio Estado genera ficciones que sean asumibles y permitan mantener lo que podríamos denominar una apariencia de soberanía. Por eso, los tratados y los ordenamientos internacionales deben suscribirse y ratificarse, los tribunales internacionales deben ser reconocidos y su juris-

dicción aceptada. Sin embargo, estas nuevas formas de producción normativa han ido configurándose como verdaderos ordenamientos paralelos, con principios y vida propia.

Así pues, este pluralismo jurídico proviene de un movimiento de fragmentación del poder estatal que es generado, tolerado o padecido por el propio Estado. De ahí que tenga algunos rasgos comunes, pero también grandes diferencias con el pluralismo del mundo pre-ilustrado. La primera diferencia es que, como ya se advirtió, el movimiento del que nace el pluralismo jurídico medieval es una corriente hacia la integración de los distintos ordenamientos que se encuentran dispersos en un escenario medieval. A su vez, el monismo contemporáneo es fruto del posterior sometimiento bajo un mismo poder de todos los poderes y ordenamientos jurídicos que formaban parte de un mismo contexto político. Como antes de la modernidad ilustrada, dicho contexto no era dominado por ningún poder que pudiera imponerse a los demás por completo; era necesaria la convivencia de las esferas de poder y, por supuesto, también de los derechos que les pertenecían. Fue de hecho la ruptura del equilibrio, es decir, que uno de los poderes pudiera imponerse sobre los demás, lo que abrió el camino hacia el monismo político y jurídico. El poder en cuestión fue el del Estado, es decir, el del rey. Estos poderes, que se habían generado lentamente desde la Alta Edad Media, terminaron por someterse poco a poco a uno que se colocó por sobre los demás. El Estado constitucional no revirtió esta tendencia, al contrario, la consolidó.

Otra gran diferencia entre el pluralismo jurídico premoderno y el posmoderno es la supervivencia de la concepción ilustrada del derecho, en concreto de la actitud de los juristas ante la ley. La modernidad trajo consigo una revolución en las fuentes del derecho. Hasta ese momento la tradición, la costumbre, la ciencia jurídica e incluso textos que hoy *a priori* consideraríamos extrajurídicos (como las Sagradas Escrituras o los escritos de los padres de la Iglesia) podían ser fuente del derecho. Sin embargo, el proyecto liberal de la burguesía suponía la reducción de las fuentes casi en exclusiva a la ley. Esa fuente, que antaño nunca fuera hegemónica, entonces se erigía prácticamente como la única. Y no solo eso, también sometía al juez a su aplicación estricta. Hasta entonces, como se verá más adelante, los jueces no estaban obligados a aplicar las leyes, la propia idea de aplicación como la entendemos hoy en cierta forma resulta extraña al pensamiento jurídico pre-ilustrado. De esa manera es posible controlar la producción del derecho, pues si se reduce a una la fuente y esa fuente es además elaborada plenamente desde el Estado, el derecho, antes una realidad compleja, quedaba sometido a una única voluntad, la del legislador. Esto supone que cuando hablamos de neopluralismo nos refiramos a un neopluralismo legal en gran parte.

Lo más importante en este apartado, para concluir, es constatar cómo el pluralismo jurídico, sea en su versión medieval más amplia o en la actual aún limitada y legalista, puede tener como consecuencia que el juez y los juristas en general se transformen en protagonistas de la actividad jurídica.

5.5. La constitucionalización del derecho y el nuevo *ius commune*

Recapitulemos

Ya hemos estudiado que el derecho medieval y del Antiguo Régimen es un derecho plural en el que conviven muchos ordenamientos jurídicos que son caracterizados como derechos propios (*iura propria*). Por otra parte, como también hemos estudiado, existe un derecho especial entre todos estos, pues es universal y técnico: el derecho común (*ius commune*), cultivado en las universidades a partir de textos romanos y canónicos, y desarrollado a través de siglos.

Así pues, en el mundo medieval encontramos, en la pluralidad de esos ordenamientos, uno que es científico y otros muchos que son más bien fruto de la costumbre o de pactos políticos. De ahí que distingamos dos planos o dimensiones: un plano universal y científico que ocupaba dicho derecho cultivado por los juristas y uno particular, plural y propio de la costumbre o acuerdos de una comunidad o colectivo: los derechos propios. Ya hemos señalado también que en el juego de esas dos dimensiones el juez puede restringir o ampliar el alcance de la segunda (los derechos propios) usando como referente la primera (el derecho común). Con el avance del absolutismo también cobrará importancia el derecho general del reino, emanado principalmente de la potestad del rey y usando como instrumento preferente la ley. También esta ley es interpretada y ajustada desde el prisma del derecho común, pero poco a poco ganará peso e importancia junto con el encumbramiento del monarca. Sabemos, por último, que en ese juego el ganador es el derecho del rey, la ley, que luego se convierte en la ley del Estado constitucional y que elimina a sus rivales: unificando el territorio bajo un mismo ordenamiento y prohibiendo cualquier modificación en el alcance de la ley so pretexto de no estar de acuerdo con la doctrina, los principios del derecho, la equidad, la ciencia jurídica del *ius commune*. Este *ius commune* o ciencia jurídica de vocación universal tenía como fuente de legitimidad la *auctoritas* de los juristas, no el poder de un Estado ni de un príncipe. Esta, que es su principal virtud, es también su debilidad. En el pensamiento de algunos autores ilustrados, debía ser reemplazado por una especie de derecho natural, como era el proyecto del iusnaturalismo racionalista; en cambio, el derecho se encierra en el Estado-nación, se hace unidimensional y la dimensión universal queda vacía. El jurista

se centra en el estudio de esa legislación estatal, su tarea es interpretarla según los parámetros que esta misma le brinda; el siglo XIX está servido.

El primer constitucionalismo puso el acento en dos asuntos fundamentales: la separación de poderes y la elaboración de catálogos de derechos que debían quedar recogidos en la constitución. Tanto uno como el otro, sin embargo, presentaron problemas en la mayoría de los países en los que el constitucionalismo se asentó. El segundo, por el relativo retraso de su implantación en algunas tradiciones estatales y por las dificultades en la materialización de esos derechos. El primero, la separación de poderes, en teoría constituía un sistema de frenos que garantizaba la abolición del poder absoluto mediante la división y el equilibrio de los poderes. Pero en la práctica dejaba al poder judicial algo maltrecho y, como es sabido, no establecía casi ningún freno al poder legislativo, que se radicaba en el parlamento, y también en el ejecutivo. Al mismo tiempo un monismo jurídico, que reconocía la ley como la única o prácticamente la única fuente del derecho, se impuso a través de la constitución y los códigos. De esa manera, la burguesía –o en general las oligarquías que se sumaran a su proyecto político– asumía el control de la producción del derecho y de todo el derecho. De ahí que se repitiera tanto y de tantas formas la famosa afirmación de Montesquieu sobre los jueces como *boca de la ley*. Las constituciones, después del momento fundacional en que el poder constituyente se manifestaba y se materializaba en ellas, decaen en importancia, no hay recursos para que tengan aplicación ni controles que obliguen al legislador a ceñirse a ella.

Sin embargo, desde la segunda mitad del siglo XX el fenómeno de la constitucionalización del derecho ha significado la introducción de un nuevo esquema que coloca las piezas del sistema en una posición diferente y que da un nuevo sentido. No es mi objetivo abordar aquí las distintas concepciones y juicios que se debaten hoy en la doctrina sobre este fenómeno y, en particular, sobre el neoconstitucionalismo. A propósito de la supremacía de la constitución y todas las posturas que abordan el problema, solo me interesa constatar un hecho esencial y muy simple: **desde mediados del siglo XX parece cada vez más plausible y más justificado que un juez restrinja la aplicación o deje de aplicar una norma porque esta se encuentra en oposición con los principios recogidos en la constitución.**

Para conseguir este propósito, el del control constitucional, se han desplegado básicamente dos modelos: el control constitucional difuso y el concentrado. En el primero, cualquier juez (o una categoría de número y distribución geográfica significativa) puede someter a control una ley o reglamento para dictaminar si está o no dentro del ámbito de discrecionalidad que la constitución autoriza al legislador. En el segundo, el control constitucional concentrado, dicha actividad es ejercida por un órgano que tiene especial competencia en este asunto. Por regla general hablamos de un tribunal constitucional o

Supremacía de la constitución

Ya vimos cómo esta estructura tiene su fuente en los postulados de Kelsen que entienden el derecho como una pirámide de jerarquías, pero no solo en eso, también en la necesidad del Estado de salvaguardar derechos sociales y políticos que, sobre todo desde el periodo entre guerras, hacen parte de la actividad del Estado.

bien del tribunal superior de un Estado que también cumple estas funciones y al cual los jueces o particulares pueden dirigirse cuando haya dudas sobre la constitucionalidad de una norma.

Esta estructura es también, como la del derecho medieval, bidimensional. En efecto, desde la creación de instancias jurisdiccionales supraestatales, desde la globalización de la información al abasto de los juristas, desde el agotamiento de algunos aspectos modelo del derecho ilustrado por causa de fenómenos como el de la descodificación, pero sobre todo desde el proceso de constitucionalización del derecho, el panorama contemporáneo se acerca al escenario jurídico previo a la instauración del Estado constitucional del siglo XIX.

La aplicación directa de la constitución por parte de los jueces ha abierto tal vez la brecha definitiva en el pétreo ordenamiento jurídico planteado por la modernidad. Evidentemente esto no se ha producido en una abierta vulneración de los principios que lo rigen desde el siglo XIX, sino indirectamente. La parte dogmática de las constituciones y su aplicación directa, que puede dejar sin aplicación normas de carácter inferior, no constituye por sí misma una ruptura del monopolio estatal de la producción del derecho. Sin embargo, como sabemos, las constituciones y en especial su capítulo dogmático son extremadamente abiertos en cuanto a su significación y alcances. Además, este es otro punto importante, son bastante coincidentes entre los distintos Estados. Pues bien, este hecho hace posible que por vía de interpretación se integre a la doctrina y la jurisprudencia creadora del derecho de una forma que no era concebible hasta hace pocas décadas; y que se integre no solo la doctrina y la jurisprudencia nacionales, sino aquella producida en todo el mundo que comparte ciertos elementos estructurales de sus ordenamientos jurídicos. En estos países de tradición común, en los que el diálogo doctrinal es relativamente fluido, no es posible negar que la doctrina y la jurisprudencia internacionales sean una fuente relevante, e incluso muy relevante, a la hora de la aplicación y la determinación del derecho patrio.

Se trata pues de una doctrina dialogante e internacional. Y no solo eso, se trata de una doctrina científica del todo similar a la ciencia jurídica premoderna en al menos tres sentidos.

- En primer término, porque es elaborada por los expertos en derecho y sin un respaldo potestativo explícito, su fuente de validez está precisamente en la *auctoritas* de quienes la esgrimen. Esta era la forma en que se expandió el derecho común medieval cuyo contenido, más allá del texto que se analizaba, era precisamente la opinión de los doctores en derecho.
- En segundo lugar, esta ciencia jurídica posmoderna también está de alguna manera atada a un texto poroso desde el cual se construye la doctrina. En el mundo premoderno, ese texto fue el derecho romano y canónico; en el posmoderno, es el texto de las constituciones y los tratados. Si bien, a diferencia de los textos medievales, el texto constitucional no es único en el

escenario internacional en lo que a garantías y derechos fundamentales se refiere, como ya se ha señalado, es bastante homogéneo entre los Estados, máxime si han ido suscribiendo tratados internacionales. De modo que otra vez la doctrina entra a ser artífice del derecho a través de un texto que la necesita, que no se basta a sí mismo, como era el caso de los textos de derecho romano y canónico, y como son hoy los aparatos dogmáticos de las constituciones estatales y las declaraciones y los tratados internacionales. Esta última característica permite afirmar el tercer aspecto en que estas dos realidades, la posmoderna y premoderna, pueden ser comparadas.

- Igual que la premoderna, la ciencia jurídica actual es universal. Dicha universalidad la entenderemos al modo medieval, es decir, dentro de un marco cultural (occidental) y como fruto de la relativa independencia de la doctrina (de carácter transnacional) respecto de los ordenamientos propios de cada país y de sus fuentes de poder y legitimidad. Por eso no resulta extraño que este nuevo funcionamiento haya evocado en algunos juristas el recuerdo del antiguo *ius commune*.

Este escenario deja al juez de hoy en una posición similar a sus lejanos antecesores. Igual que aquellos, el juez de la posmodernidad puede concebir el derecho en dos planos, uno universal y otro particular. Como ya hemos señalado, en el derecho premoderno esa dualidad se plasmaba en el binomio derechos propios-derecho común. Uno particular, propio del desarrollo del devenir social y jurídico de una comunidad de usuarios; y otro universal y científico desarrollado por los juristas con independencia de los poderes políticos (aunque muchas veces los sabedores del derecho estuvieran, igual que hoy, al servicio de dichos poderes). Ante este ordenamiento que se desdobra y finalmente se convierte en dos ordenamientos conectados, el juez es el centro de la actividad jurídica, sobre todo en los casos que más interesan, allí donde hay conflicto entre las reglas de uno y otro.

Un ejemplo de la bidimensionalidad del derecho se puede encontrar cuando un jurista, un profesor o un juez argumenta sus decisiones o posturas en base a, por ejemplo, la jurisprudencia alemana en torno la libertad personal. El razonamiento no se funda ni en la concepción del derecho a la libertad que tienen los ciudadanos alemanes, ni en su sistema jurídico, sino en la que tienen sus tribunales con más prestigio. No hay razones legales en el ordenamiento interno de la mayoría de los países para preferir la argumentación de un tribunal superior al de un tribunal inferior de un determinado país extranjero (como sí las hay en el caso del derecho interno) o para preferir los argumentos de la jurisprudencia de un país en vez de otro; sin embargo, como es notorio, eso sucede. En este punto, el recurso a la jurisprudencia extranjera o de la doctrina extranjera depende, como el recurso al derecho común en el mundo premoderno, de la *auctoritas* que ostenta quien es citado. De modo que, sea cual sea la justificación de esta operación, en términos prácticos el jurista que la acepta pone al juez frente a un derecho que no es unidimensional, sino bidimensional o pluridimensional, como el derecho premoderno. Esa segunda

dimensión universal actúa igual que el derecho común: limitando, ampliando o restringiendo la eficacia de la primera. Así, por vía de interpretación o de una resolución de un tribunal constitucional, una ley puede ver alterado su alcance o incluso dejada sin efecto alguno según se ajuste o no a la constitución y la doctrina que hay tras ella.

Esta dualidad no es, como venimos insistiendo, nada nuevo. Más bien al contrario, durante varios siglos fue lo característico del derecho occidental. Ahora, en perspectiva, la modernidad parece la excepción en un recorrido de mil años. Ciertamente, los juristas premodernos no enfrentaban las fuentes del derecho de la misma forma en que lo hacen hoy los juristas y los jueces. Sin embargo, pueden observarse grandes similitudes respecto de las reglas que tuvieron en cuenta los primeros a la hora de definir cómo debían interactuar ambos planos del derecho, en especial en la que ya hemos mencionado, la regla *odia restringi* (ampliar o restringir el sentido de las normas según si están acorde o no con el derecho común) que acabó suprimida por los códigos en aras de la unidimensionalidad. Pero dicha simplificación ha terminado por ceder ante la renovada complejidad de los ordenamientos jurídicos que trae a la mente la más añeja tradición del derecho occidental. Hoy, la relación que existe entre el nuevo derecho común de cuño constitucional y el derecho patrio (propio) es muy similar a la que proponía la regla *odia restringi*. En efecto, hace ya décadas, y esto es un acusado problema de la realidad jurídica contemporánea, que los jueces aplican e interpretan restrictivamente las normas legales que se oponen al texto constitucional. O lo que es igual, aplican restrictivamente o incluso no aplican las reglas estatales cuando se oponen a la doctrina universal, a la ciencia jurídica contemporánea.

5.6. La Unión Europea

Después de la Segunda Guerra Mundial, la reacción de Europa es la lucha por la unidad y la paz. Esa paz pasa por unas relaciones económicas estrechas que contrastan con los regímenes cerrados que protagonizaron la guerra. Poco después de su final, se crearon una serie de asociaciones con ese fin que acabaron unificándose en 1967 en la Comunidad Europea. Se transformaba así en institución una iniciativa que apelaba a esa unidad cultural de los europeos que había sido manchada por la violencia de dos guerras. En la década de los noventa, los países miembros eran doce, para 2013 ya eran veintiocho.

En un principio, la Comunidad no era más que una asociación de Estados que promovía la colaboración, pero poco a poco se irá transformando en una figura que, si bien no es un Estado, adopta varias de sus estructuras, poderes y funciones. Se convertirá poco a poco en un poder que comienza a operar con cierta autonomía, a generar instancias de control y, lo que más nos interesa aquí, a elaborar un ordenamiento jurídico. Sobre todo desde los años 80 y luego en los 90, cuando cambia su denominación por la de Unión Europea, este ascenso es evidente. Pronto la Unión Europea inauguró un mercado común, una moneda, unas instituciones que le dieran mayor legitimidad democrática.

ca, restauró la libre circulación de las personas (dentro de Europa) rota por las guerras y, en fin, generó el espacio de unidad europea más sólido y amplio desde la desintegración del Imperio romano de Occidente.

En la medida que este avance fue creciendo, muchas voces lo denunciaron por cuanto significaba una pérdida de soberanía de los Estados. El Estado había sido definido por los teóricos del siglo XIX por ciertas cualidades como el monopolio de la fuerza, el monopolio de la creación del derecho (ley), el control de la economía y las finanzas, la acuñación de moneda, ejército propio, fronteras definidas, etc. La Unión Europea significa relativizar y cuestionar estas premisas, pues en casi todas estas cuestiones interviene o se prevé que intervenga. Esto genera entonces, y también hoy, ciertas tensiones entre los Estados y los centros de poder de la Unión, y también entre las distintas posturas en el interior de los Estados.

La existencia de la Unión Europea hace aún más complejo el panorama jurídico, tal como vimos al tratar del neopluralismo. En pocas décadas ha logrado no solo crear un ordenamiento legal, también ha colocado en la cima del orden judicial a sus tribunales y ha logrado incorporar tanto una cosa como la otra en el devenir cotidiano de la Administración pública y de la Administración de justicia de los países miembros. Por eso algunos hablan de un nuevo derecho común refiriéndose al de la Unión Europea. Es verdad que opera así, la legislación de la Unión va incorporándose en la de los Estados y, poco a poco, se avanza de esta manera a una cierta unificación, una como la que generó el derecho común en la Edad Media. En el fondo, esta nueva unificación se está realizando sobre los restos de una anterior que se produjo con la expansión del derecho común por toda Europa y América.

Por eso creo que es preferible asumir, primero, el fenómeno de un nuevo derecho común en un marco más amplio, el que comprende a todos los países de la misma tradición jurídica y, luego, en ese universo, apreciar el carácter excepcional del fenómeno europeo. En ese derecho común, que abarca todos los países de tradición jurídica romano-germánica, la UE se presenta como un polo donde ese derecho adquiere materialidad en tribunales y en legislación diferentes de la de los Estados. Veremos si este nuevo polo de poder sigue el camino que siguieron los Estados, es decir, el de concentrar poco a poco el poder hoy disperso entre los que lo componen.

6. Epílogo. El pesimismo y la crisis del estado de bienestar

El mejor indicador de la crisis de la modernidad ilustrada es la crisis de la idea de progreso. Abriamos este módulo insistiendo sobre este punto, el del progreso como telón de fondo de la modernidad ilustrada. La idea de progreso, decíamos, deja el pasado atrás y también más abajo, como algo superado, caduco. La razón es que el futuro es una promesa de bienestar generado por el adelanto tecnológico y moral. Esa fe en el progreso ha sufrido varios golpes, uno fuerte fue el de las guerras mundiales. Después de Hiroshima es más difícil hablar de progreso moral de la humanidad. Pero sin duda, los golpes más duros a la creencia del progreso vienen de la mano de dos fenómenos más recientes y profundamente interconectados: la crisis mundial del capitalismo que arrastra a una crisis del estado de bienestar, y la crisis ecológica.

La crisis del capitalismo tiene muchas caras, aquí nos importa la que entra en tensión con el estado de bienestar. La acumulación de capital a nivel planetario ha convertido al Estado, cada vez de forma más acusada, en un competidor más en ese escenario. Un escenario que disminuye en garantías para los trabajadores y la población en general. En Europa esto es especialmente notorio por los niveles que dicho Estado ha logrado alcanzar. Su éxito, como dijimos, tiene mucho que ver con la amenaza soviética durante los años de la Guerra Fría, sin embargo, desde la caída del telón de acero en 1989 esa variable dejó de existir. Esto, junto a una remodelación del mundo en un sentido político, económico y cultural que es evidente en lo que va de siglo XXI, ha puesto a este modelo en una crisis que, provocada o inevitable, erosiona y seca un oasis como ha sido el europeo durante buena parte de la segunda mitad del siglo XX y la primera del XXI. El estado de bienestar y su fundamento, la solidaridad social, que sirvieron de contrapunto y de referente para el mundo comunista y también para el capitalismo más radical, pierde peso en el concierto de las naciones que parece haber aceptado una forma de capitalismo en mutación, que ya no es el de la Guerra Fría, y cuyos horizontes, que irán con seguridad de la mano de la robotización y determinados por la crisis ecológica, cuesta atisbar.

Jürgen Habermas ha profundizado en esta crisis del estado de bienestar, tanto desde el punto de vista económico que hemos apuntado, como desde el de su racionalidad en cuanto catalizador de los intereses generales y no de los particulares de grupos de presión. La desvinculación política de la población en vista de la frustración de expectativas de la acción económica y administrativa del Estado genera también una crisis de legitimidad, justamente entre aquellos que más beneficiados pueden resultar de un estado de bienestar en forma.

En ese punto es interesante fijar la vista en el desarrollo histórico de los movimientos sociales y del derecho del trabajo. Sus conquistas en el siglo XIX y sobre todo en el XX son de gran actualidad. Aunque hay muchos más, se pueden destacar tres aspectos que ponen esto de manifiesto: en primer lugar, los movimientos obreros más tempranos tuvieron que ver con el deterioro de las condiciones económicas que experimentaron los artesanos que se vieron convertidos en trabajadores y cuya actividad fue sustituida en gran medida por las máquinas. La nueva tecnología de ese mundo, que comenzaba a conocer la industria, despertó el espíritu combativo de los que se denominaron ludistas y cuyas protestas se expresaron mediante la destrucción de las máquinas como medio de obtener una mejor posición negociadora. El movimiento ludista apareció a principios del siglo XIX y tuvo su sede principal en Inglaterra, el país más industrializado del mundo por entonces. Hoy se observa una problemática similar a propósito de la robotización de la producción industrial.

En segundo lugar, los derechos que supone el contrato de trabajo y las garantías que el Estado ha ido reconociendo a los trabajadores por cuenta ajena son, desde la perspectiva empresarial, severas trabas para el desarrollo de los negocios o la obtención de mejores rendimientos económicos. De ahí que observemos cómo, en las últimas décadas, cada vez con mayor frecuencia, existe la tendencia a evitar la relación laboral y convertir la relación entre empresario y prestador de un servicio en una relación civil ordinaria, como lo fue el contrato de arrendamiento de obra antes del nacimiento del derecho del trabajo. Volvemos así al principio, una relación entre dos personas en contextos diferentes y con distinto poder de negociación que el derecho trata como iguales.

En tercer lugar, la crisis del trabajo; cada vez la mano de obra es menos necesaria para la producción. Producción y trabajo se desligan y eso convierte a la clase trabajadora en potencialmente prescindible o al menos más prescindible que hasta ahora. Este fenómeno ha motivado la reflexión de numerosos expertos en pos de adelantarse al futuro. Es probable, señalan muchos de ellos, que el trabajo estable y relativamente bien remunerado no sea una condición normal, sino del todo excepcional en pocos años. De ahí que también se debata sobre las virtudes e inconvenientes de la implantación de una renta básica. El modelo productivo y el social están ligados por las rentas del trabajo; si el trabajo es escaso habrá que encontrar otras formas de sostener a la población aunque, se adivina, es probable que estas formas la reduzcan a la precariedad.

Esta situación de incertidumbre, la crisis de los sistemas de solidaridad social y la del capitalismo en general generan una abierta posición pesimista sobre el futuro; si a eso se suma la crisis climática, la perspectiva se torna aún más negativa. El derecho no es inmune a la actitud espiritual de su época, no lo ha sido nunca y así como la Ilustración no puede entenderse sin la idea del progreso, la época actual se ve profundamente determinada por la caída de ese telón de fondo que deja desnudos los huesos de la escenografía de la modernidad.

Bibliografía

- Bellomo, Manlio** (1994). *L'Europa del diritto commune*. Roma: Il Cigno.
- Berman, Harold J.** (1983). *Law and Revolution. The formation of Western Legal Tradition*. Cambridge: Harvard University Press.
- Bravo Lira, Bernardino** (2006). *El juez entre el derecho y la ley, en el mundo hispánico*. Santiago de Chile: LexisNexis.
- Cannata, Carlo Augusto** (1996). *Historia de la ciencia jurídica europea*. Madrid: Tecnos.
- Carbonell, Miguel** (ed.) (2003). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta.
- Caroni, Pio** (2012). *Escritos sobre la codificación*. Madrid: Dykinson.
- Caroni, Pio** (2013). *Lecciones de historia de la codificación*. Madrid: Dykinson.
- Cazzetta, Giovanni** (2011). *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*. Torino: Giappichelli.
- Comanducci, Paolo** (2010). «Constitucionalización y neoconstitucionalismo». En: Miguel Carbonell; Leonardo García Jaramillo (eds.). *El canon neoconstitucional (173-190)*. Madrid: Trotta.
- Díez del Corral, Luis** (1984). *El liberalismo doctrinario*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Grossi, Paolo** (1997). «Un derecho sin Estado: La noción de autonomía como fundamento de la Constitución jurídica medieval». *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (n.º 9, págs. 167-178).
- Grossi, Paolo** (2007). *Europa y el derecho*. Barcelona: Crítica.
- Guzmán Brito, Alejandro** (1977). *La fijación del derecho*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- Guzmán Brito, Alejandro** (2000). *La codificación civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Guzmán Brito, Alejandro** (2012). «La codificación como programa constitucional en Francia, España e Iberoamérica durante el siglo XIX». *Revista Chilena de Derecho* (vol. 39, n.º 3, págs. 879-889).
- Herzog, Tamar** (2019). *Una Breve Historia del Derecho Europeo. Los últimos 2500 años*. Madrid: Alianza Editorial.
- Hespanha, Antonio Manuel** (1998). *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos.
- Iglesias Garzón, Alberto** (2010). *Jueces y leyes, entre el absolutismo y la codificación*. Madrid: Dykinson.
- Irti, Natalino** (1978). «L'età della decodificazione». *Diritto e Società* (págs. 613 y ss.). Reeditado en: Marta Lorente Sariñena; Jesús Vallejo Fernández (coord.) (2012). *Manual de Historia del Derecho*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Merryman, John Henry; Pérez-Perdomo, Rogelio** (2007). *The Civil Law Tradition*. Stanford: Stanford University Press.
- Mousourakis, George** (2015). *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*. Cham: Springer.
- Pérez Collados, José María** (2014). «El concepto de jurista y su deconstrucción durante el proceso histórico de formación del Estado». *e-SLegal History Review*, (n.º 18).
- Prieto Sanchís, Luis** (2013). *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta.
- Stein, Peter G.** (2001). *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Madrid: Siglo XXI.

Tarello, Giovanni (1976). *Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del diritto*. Bologna: Il Mulino.

Tau Anzoátegui, Victor (1992). *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.

Tomás y Valiente, Francisco (1995). *Manual de historia del derecho español*. Madrid: Tecnos.