

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

**La lengua de los derechos.
La formación del Derecho Público
europeo tras la Revolución Francesa**

DISCURSO LEÍDO EL DÍA 24 DE OCTUBRE
DE 1994, EN EL ACTO DE SU RECEPCIÓN COMO
ACADÉMICO DE NÚMERO, POR EL

EXCMO. SR. D. EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Y MARTÍNEZ - CARANDE

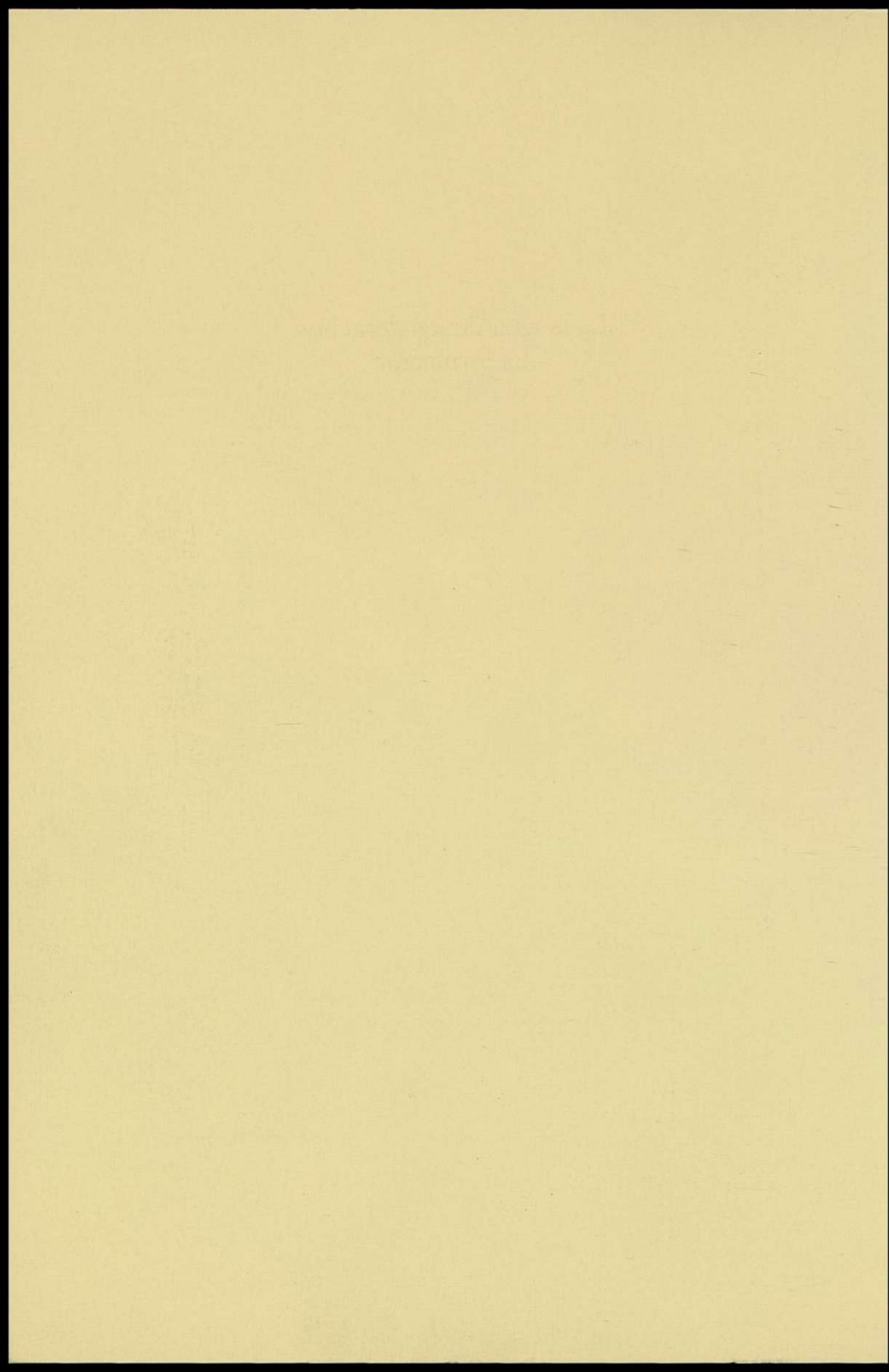
Y CONTESTACIÓN DEL

EXCMO. SR. DON ÁNGEL MARTÍN MUNICIO



MADRID

1994



44-38-7-224

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

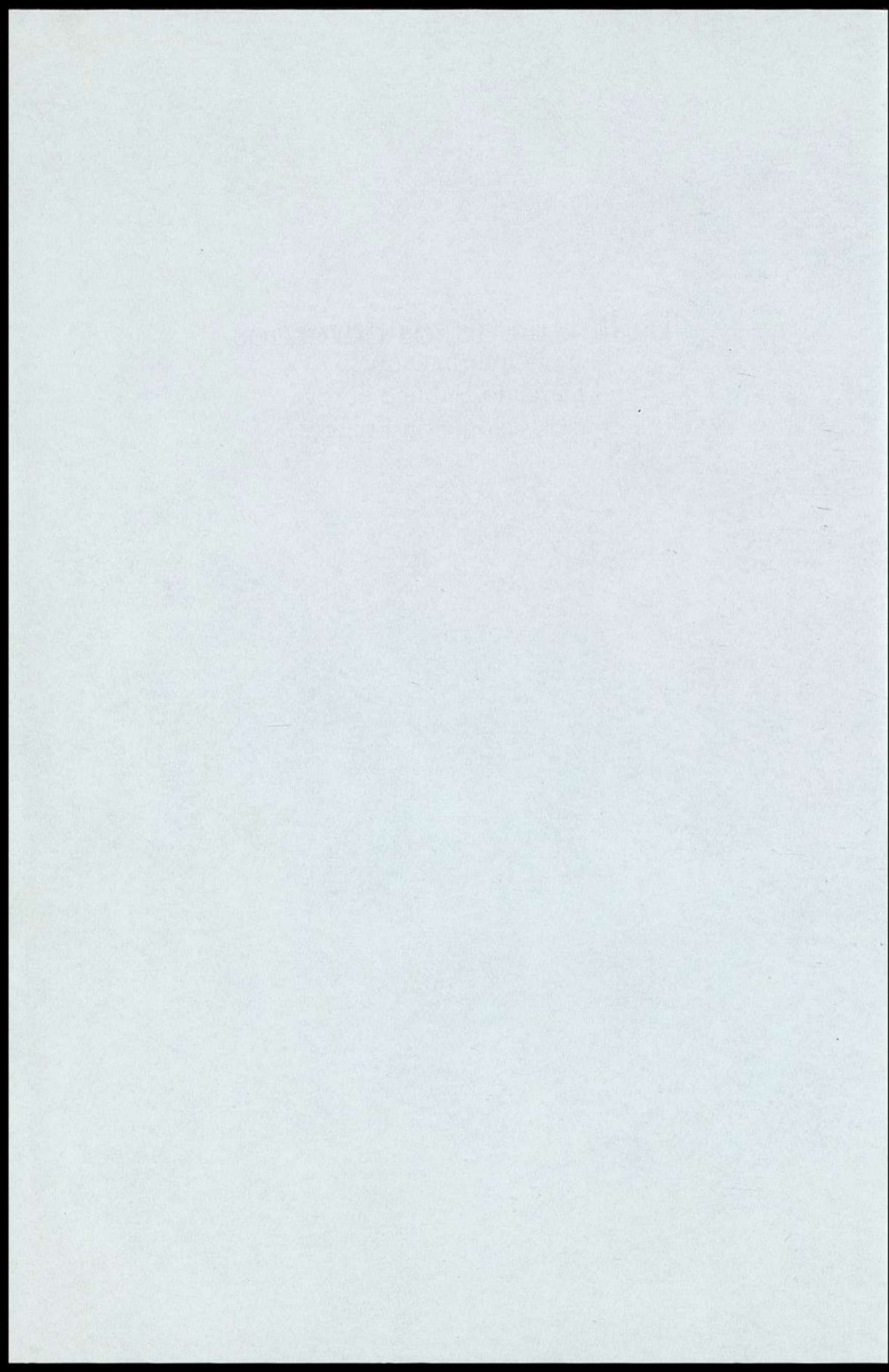
La lengua de los derechos.
La formación
del Derecho Público europeo
tras la Revolución Francesa

CONFERENCIA DE LA ACADEMIA DE LA LENGUA
DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA
COMITÉ DE INVESTIGACIÓN

EXCMO. SE. DON D. FRANCISCO DE CORTES
Y DON D. JUAN DE CORTES
PRESIDENTES DEL
EXCMO. AL. DON D. JUAN DE CORTES



MADRID
1994



R.44741

Ac. Esp. II - 224

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

La lengua de los derechos.
La formación
del Derecho Público europeo
tras la Revolución Francesa

DISCURSO LEÍDO EL DÍA 24 DE OCTUBRE
DE 1994, EN EL ACTO DE SU RECEPCIÓN COMO
ACADÉMICO DE NÚMERO, POR EL

EXCMO. SR. DON EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Y MARTÍNEZ-CARANDE

Y CONTESTACIÓN DEL

EXCMO. SR. DON ÁNGEL MARTÍN MUNICIO



MADRID
1994



R. 44741

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA

La lengua de los derechos
La formación
del Derecho Público europeo
tras la Revolución Francesa

DISCURSO LEÍDO EL DÍA 14 DE OCTUBRE
DE 1934 EN EL ACTO DE SU ELECCIÓN COMO
ACADÉMICO DE NÚMERO POR EL

EXCMO. SR. DON EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Y MARTÍNEZ-CANABAL

Y CONTESTACIÓN DEL

EXCMO. SR. DON ÁNGEL MARTÍN MUÑOZ



MADRID

1934



DISCURSO

DEL EXCMO. SR. DON
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Y MARTÍNEZ-CARANDE

Se hace presente en Vuestros personeros la impresionante línea milenaria de los Reyes de España, la más antigua de las instituciones humanas, vana después de la Iglesia de Roma. Esa línea es la que cubren toda nuestra historia desde hace quince siglos y la que nos da el sentido de su porvenir.

Mi gratitud personal se dirige en este día a una reunión de lealtad. Me gustaría que alguien pudiera decir algo de mí lo que de su poesía. En el año 1900, Jorge Manrique hizo una de sus mejores poesías, la que es una de las más hermosas de la lengua española, que se llama "Soneto a don Juan de Austria".

después de la batalla de Lepanto
la corona de España
y la corona de Europa.

DISCURSO

DEL EXCMO. SR. DON

EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA
Y MARTINEZ-CARANDI

SEÑOR, SEÑORA:

Vuestra presencia honra este acto y a mí mismo como ninguna otra circunstancia pudiera haberlo hecho.

Se hace presente en Vuestras personas la impresionante línea multiseular de los Reyes de España, la más antigua de las instituciones humanas vivas después de la Iglesia de Roma. Esa línea es la que enhebra toda nuestra historia desde hace quince siglos y la que proyecta, sin duda, su porvenir.

Mi gratitud personal no podrá ser más que una renovación de lealtad. Me gustaría que alguien pudiese decir algún día de mí lo que de su padre el Maestre Don Rodrigo escribió Jorge Manrique hace más de cinco siglos, en una de las poesías inmortales de la lengua española: que la muerte le alcanzó

«después de tan bien servida
la corona de su rey
verdadero».

SEÑOR SEÑORA

Vuestra presencia honra este acto y a mi mismo como
ninguna otra circunstancia pudiera haberlo hecho.
Se hace presente en Vuestros personas la impresionante
línea antiseñorial de los Reyes de España, la más antigua de
las instituciones humanas vivas después de la Iglesia de
Roma. Esa línea es la que cubre toda nuestra historia des-
de hace quince siglos y la que proyecta, sin duda, su porvenir.
Mi gratitud personal no podría ser más que una reno-
vación de lealtad. Me gustaría que alguien pudiera decir algún
día de mí lo que de su padre el Marqués Don Rodrigo ex-
pidió Jorge Manrique hace más de cinco siglos, en una de las
poesías inmortales de la lengua española que la muerte le arrebató.

después de un bien servido

la corona de su rey

verdadero

SEÑORES ACADÉMICOS:

Seguramente no podréis imaginar la alegría profunda que tuve al ser elegido miembro de número de esta compañía, por clara benevolencia vuestra. Esa alegría se nutre de muchos riachuelos, sin contar las aguas subterráneas que mi propia conciencia no podría siquiera discernir.

Está el riachuelo de mi adolescencia literaria, que comenzó en aquel tremendo tiempo de la guerra civil. Cinco muchachos, en un pequeño y hermoso pueblo de Asturias, Llanes, formamos un pequeño grupo, entusiasta de Juan Ramón Jiménez, de los poetas recogidos en la «Antología» de Gerardo Diego, de la prosa y de las ideas fulgurantes de Ortega, de todos los del 98, de la Revista de Occidente y de sus ediciones. ¡Qué esplendor a nuestra voracidad, a nuestro ánimo entusiasta! Hacíamos una pequeña revista mecanografiada, escribíamos nuestros poemas, soñábamos con llegar a ser un día alguien digno de aquellos escritores que tanta felicidad nos daban y que tanto admirábamos. He aquí que la vejez me ha traído, inesperadamente, si no la realización de aquel ensueño, la familiaridad con los grandes creadores que han pasado o están ahora en esta casa y a quienes tanto admiro.

El riachuelo siguiente es ya más racional: vuestra deci-

sión me ha traído al corazón mismo de la lengua española, al lugar más sensible donde se la cultiva, se la venera, se hace lo posible para que continúe su asombrosa, su literalmente inverosímil historia. La lengua española es la mayor creación cultural de nuestro pueblo, nadie puede dudarlo, la que mantiene y extiende su espíritu por el mundo entero. Todos cuantos trabajamos en las ciencias del hombre actuamos, luchamos, nos enfrascamos en palabras y palabras, y he aquí que me encuentro de pronto en el primer taller de este formidable producto.

Pero renuncio a levantar el plano completo de las corrientes que nutren el gran caudal de mi alegría y de mi reconocimiento. No la última de ellas, por supuesto, es la de ser plenamente consciente de que nunca mis merecimientos, reales o imaginarios, podrían haberme traído aquí y que vuestra elección, por ello, ha sido pura y simplemente un regalo, un premio hecho de generosidad vuestra. Mi alegría última sale, pues, de la conciencia clara, nada convencional, por cierto, de mi humildad. Permitidme por ello que os exprese, a vosotros, académicos, mi gratitud profunda, a esta casa mi fidelidad absoluta y la promesa de mi trabajo y de mi esfuerzo, cuya oportunidad me atemoriza y me exalta, conjuntamente.

Sé muy bien el recuerdo vivaz e inolvidable que os ha dejado mi predecesor, Alfonso García Valdecasas. Bien conocéis, por tanto, su personalidad, hecha de finura espiritual y moral, de inteligencia y de discreción, de cultura reposada y múltiple. Jurista calificado, cuya *auctoritas* era

general, humanista eminente, filósofo en activo, como demostró en su magnífico discurso de entrada en esta casa *Pregunta y verdad*, donde exhibe una sorprendente familiaridad con la filosofía y la lingüística actuales, todas esas facetas (cada una de las cuales hubiera destacado a cualquiera) componían una personalidad singular, original e irrepetible.

Granadino, nacido en una familia de universitarios y de juristas, sobresalió en la Universidad como el alumno más brillante de su tiempo. Se licenció a los 19 años, se doctoró seguidamente en el Colegio de España de Bolonia, con una tesis sobre epigrafía y Derecho Romano, que continúa siendo imprescindible, ganando poco después la cátedra de Derecho Civil en la Universidad de Salamanca a la inverosímil edad de 23 años. Más tarde pasó a la Universidad de Granada, donde compartió claustro con su padre, también Catedrático de Derecho Civil y su primer maestro. Su inquietud permanente, su espíritu profundo le pusieron en contacto inmediato con las grandes personalidades culturales que animaban entonces esas dos ciudades universitarias, Manuel de Falla y Federico García Lorca en la primera, don Miguel de Unamuno en la segunda. De Lorca (que le dedicó uno de los poemas del «Romancero gitano», «Thamar y Amnon») se ha rescatado no hace mucho un poema juvenil que presenta al Valdecasas adolescente, no muy distinto, por cierto, del que conocimos los que le abordamos con la vida más avanzada:

«Alfonso pasea
por campos de trigo
lleno de granados
y de pajaritos.
Un campo de un dulce
cuadro primitivo
donde fuerte y casto,

profundo y sencillo,
pasea su pena
de doncel antiguo».

En Madrid mantuvo una relación intelectual y personal cualificada con don José Ortega, de quien se sintió siempre discípulo y de cuya mano terminó adentrándose por el camino de la Filosofía, que le llevaría entre 1934 y 1936, aprovechando la ola de sus desengaños políticos, a recobrar el modesto papel de estudiante en Roma, Londres y Friburgo, siguiendo con entusiasmo en esta última los cursos de Heidegger hasta que la guerra civil se presentó, terrible y trágica.

Como a casi todos los hombres de su generación, la política interfirió abruptamente el destino de Valdecasas, sin dejarle extraer todas las potencialidades intelectuales que había ido acendrando y que permiten imaginar el futurible de otro Valdecasas distinto del que conocimos. De la mano de su maestro Ortega entró en la Agrupación al Servicio de la República, aquel noble intento de búsqueda de un camino político diferente del que los políticos profesionales ofrecían. Diputado de las Cortes Constituyentes, incluso Director General en el Ministerio de Hacienda (por impulso de su maestro Agustín Viñuales), con los nuevos equipos que la República puso en marcha, la desilusión no tardará en instalarse en él. A través de una relación personal con José Antonio Primo de Rivera, por quien sintió siempre estima real, le vemos en octubre de 1933 participar en el famoso «acto fundacional» del Teatro de la Comedia de Madrid, como uno de los tres oradores. Pero no se sabía (al menos yo no lo sabía, hasta que me lo han revelado las recientes *Memoorias* de Antonio Jiménez Blanco) que, sin salir siquiera del teatro, Valdecasas ya había manifestado a José Antonio su

desacuerdo con la famosa, y triste, «dialéctica de los puños y de las pistolas» que allí se proclamó. Es tras esta nueva desilusión política cuando Valdecasas decide su dedicación a la Filosofía del Derecho y reabrir sus años de viaje y de estudios por Europa. La guerra civil no le dejarían fructificar en ese proyecto.

En su contestación al discurso de ingreso de Valdecasas a esta casa, el Duque de la Torre le recuerda como oficial de artillería en una de las batallas de la guerra del Norte. Pero será pronto llamado a Burgos, donde ocupará durante año y medio la Subsecretaría del primer Ministerio de Educación Nacional de aquel régimen, que desempeñó Pedro Sainz Rodríguez. Al cesar en agosto de 1939 será el primer Director del Instituto de Estudios Políticos, empresa intelectual por él puesta en marcha, que muchas veces ha sido destacada, porque se constituyó en un centro de primera importancia de investigación y de estudio en ciencias sociales, completamente al margen del aleccionamiento o de la propaganda política, como se ha reconocido al mantenerse íntegro en la etapa democrática sin más que cambiar su nombre, que ha pasado a ser el de Centro de Estudios Constitucionales. Pero Valdecasas permanecerá poco al frente de esa empresa, tan eficazmente lanzada, porque enseguida se decantará en favor de la noble y lúcida posición de Don Juan, Conde de Barcelona, que desde 1942 había propuesto bajo la cúpula de la monarquía una salida democrática e integradora a la situación creada tras la guerra civil. Valdecasas será un juanista integérrimo desde el origen. Permítaseme intercalar aquí dos pequeños recuerdos personales. El primero se refiere a mi primer contacto con Alfonso García Valdecasas, el año 1944, como alumno de su curso de «Estudios Superiores de Derecho Privado». Apenas

iniciadas sus sugestivas clases, Valdecasas desapareció y sus alumnos aprendimos con sorpresa (la prensa no publicó la noticia) que había sido desterrado por esa posición política, que mantuvo con empeño y firmeza hasta el fin de sus días. El segundo recuerdo me es más difícil situarlo en el tiempo. Pienso ahora que pudo ser al final de la década de los cuarenta o comienzos de la siguiente y creo recordar que estaba presente otro hombre de extraordinaria calidad, con quien Valdecasas mantuvo una fraternal relación y yo mismo una firme amistad, Pedro Gamero. Veo aún muy bien la escena: Valdecasas se yergue y en sus ojos se enciende la pasión para decir: «Si no somos capaces de extraer de la guerra civil una lección moral, ese suceso no habrá sido más que una horrible matanza»; la última expresión hace quebrar su voz.

De su obra escrita, digna de ser salvada de la dispersión, no voy a hablaros ahora. Destaca, es claro, su espléndido libro *El hidalgo y el honor*, con varias ediciones y con traducciones totales o parciales a otras lenguas. Aquí Valdecasas se acredita como un moralista de primer orden, no en el sentido de adoctrinador, sino en el del analista de los sentimientos y de las virtudes, en la disección del entramado de elementos, positivos y negativos, que componen una figura moral, lo que la vieja teología llamaba «el discernimiento de espíritus»; un moralista como lo fueron Pascal o Nietzsche o Antonio Machado. Sobre un fondo de textos literarios seleccionados y analizados con primor, Valdecasas pone en pie esa figura del hidalgo, que quiso ser, y fue, un modelo de valor y de exigencia moral. Frente al *gentilhomme* francés, al *gentleman* inglés, al cortesano, al burgués, España supo configurar, con eficacia indudable, pero también con algún coste histórico, ese paradigma de hombre, que acertaron a repre-

sentar escritores y pintores, paradigma que permanece entre los modelos morales mejor diseñados por el hombre. En cambio, el sentido del honor concretado en una determinada relación con la mujer se aparece más bien, no obstante la excelsitud de algunos de sus componentes, como un derivado último de la soberbia. Valdecasas descompone sabiamente esta curiosa y hermosa historia.

Me consta que una de las satisfacciones más grandes que Valdecasas obtuvo de su trabajo en esta casa fue la de haber sido designado por ella como experto para poner a punto, junto a teólogos, escrituristas y pastores, los textos castellanos de la vieja liturgia de la Iglesia Católica que hasta el Concilio Vaticano II se recitaban en latín. Asiste en Bogotá a una decisiva reunión conjunta con todas las representaciones hispanoamericanas. Su discreción, su humanismo sereno, su finura de espíritu, su sentido religioso acendrado, le permitieron hacer aportaciones de primera importancia a los textos finales (a la propia fórmula de la consagración, por ejemplo). Estas palabras suyas se repetirán veces y veces, por hombres de distintas razas, esperanzados, angustiados, saludando a la vida y a la muerte, en varios continentes, durante siglos enteros, manteniendo así una huella perdurable del paso sobre la tierra de este hombre profundo y exquisito.

La lengua de los derechos.
La formación
del Derecho Público europeo
tras la Revolución Francesa

«Yo he usado ideas nuevas, he habido necesidad por tanto de encontrar nuevas palabras o de dar a las antiguas nuevas significaciones.»

Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, «Introduction de l'auteur», de la edición de 1757.

«Después de la idea de la virtud, yo no conozco idea más bella que la de los derechos, o más bien, ambas ideas se confunden. La idea de los derechos no es otra cosa que la idea de la virtud introducida en el mundo político.»

Locke, *De la tolerancia en religión* 1.2.º párr. cap. VI.

La lengua de los derechos.
La formación
del Derecho Público europeo
tras la Revolución Francesa

PRIMERA PARTE

«Yo he tenido ideas nuevas: ha habido necesidad por tanto de encontrar nuevas palabras o de dar a las antiguas nuevas significaciones.»

Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, «Avertissement de l'auteur», de la edición de 1757.

«Después de la idea de la virtud, yo no conozco idea más bella que la de los derechos, o más bien, ambas ideas se confunden. La idea de los derechos no es otra cosa que la idea de la virtud introducida en el mundo político.»

Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, I, 2.^a parte, cap. VI.

«Yo he tenido ideas nuevas, he habido necesidad por
tanto de encontrar nuevas palabras o de dar a las antiguas
nuevas significaciones»

Montesquieu, *Le Spirit des Loix*, «Avantissement de l'auteur»,
de la édition de 1757.

«Después de la idea de la virtud, yo no conozco idea más
bella que la de los derechos, o más bien, ambas ideas se
confunden. La idea de los derechos no es otra cosa que la
idea de la virtud introducida en el mundo político».

Tocqueville, *De la democracia en América*, I, 2^a parte, cap. VI.

CAPÍTULO I

LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LA APARICIÓN DE UNA NUEVA LENGUA DE LOS DERECHOS

PRIMERA PARTE

I. La Revolución y su signo mesiánico

La Revolución Francesa fue un hecho totalmente distinto de lo que hasta entonces (con la excepción, por supuesto, de las invasiones de unos pueblos por otros) habían sido los cambios políticos: un desplazamiento de los anteriores imperantes por un nuevo grupo dominante. Por el contrario, la Revolución, término que se ligó muy precisamente con esa significación,¹ fue un acto decisivo entre los que a partir de

¹ Véase, especialmente, el magistral estudio *Revolution and the French Revolution* de Keith Michael Baker, en el libro del mismo título que aparece en *Essays in French political culture in the Eighteenth century* (Cambridge University Press, 1990), págs. 303 y ss. La idea expresa ya la propia definición de esta nueva sociedad, según una que es la que los filósofos de la época imaginaron. El término revolución procede de la terminología del libro de Copérnico se llama *De revolutionibus orbium coelestium* (1543) se refiere a una revolución como dos siglos más tarde a revoluciones o giros copernicanos, por ejemplo en *Das galileische Weltbild* hacia el mundo político en general en el siglo XVII se desarrollará con la Revolución inglesa de 1688.

PRIMERA PARTE

CAPÍTULO 1

LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LA APARICIÓN DE UNA NUEVA LENGUA DE LOS DERECHOS

I. La Revolución y su signo mesiánico

La Revolución Francesa fue un hecho totalmente distinto de lo que hasta entonces (con la excepción, quizá, de las invasiones de unos pueblos por otros) habían sido los cambios políticos, un desplazamiento de los anteriores imperantes por un nuevo grupo dominante. Por el contrario, la Revolución, término que se impuso precisamente con esa significación¹, fue un tajo decisivo entre lo que a partir de

¹ Vid., especialmente, el magistral estudio *Inventing the French Revolution* de Keit Michel Baker, en el libro del mismo título (que reúne otros *Essays on french political culture in the Eighteenth century*), Cambridge University Press, 1990, págs. 203 y ss. La idea expresa ya la pasión de crear una nueva sociedad, mucho más que lo que los filósofos ilustrados habían imaginado. El término revolución procede de la astronomía (el libro de Copérnico se llama *De revolutionibus orbium celestium*, 1543; su propia obra la llamará Kant dos siglos más tarde «revolución» o «giro copernicano», por cierto); su deslizamiento semántico hacia el mundo político comienza en el siglo XVII, se desarrollará tras la *Revolution* inglesa de 1688,

entonces se llamaría, muy justamente, el Antiguo Régimen y el nuevo orden político y social que pretendió crearse sobre fundamentos enteramente nuevos. Se abrió así una época en la historia humana, que aun, puede decirse con el mayor rigor, continúa en su fase expansiva, tanto geográfica como respecto a la profundización de sus postulados básicos. Fueron éstos, desde su origen, la libertad y la igualdad, expresados ambos, en sus mismos momentos iniciales, en dos documentos capitales: la eliminación total de los «privilegios» y la proclamación formal de «la igualdad de todos los franceses», llevadas a cabo en la famosa y mítica «noche del 4 de agosto de 1789» (que se plasmaría en los Decretos de 4-11 siguientes)², y la Declaración de los Derechos del Hombre y del

pero como «ex post facto categoría de comprensión histórica», y así se explica que las formas activas («revolucionar», «revolucionario») no aparezcan hasta 1789. Será el abate Mably en 1765-1788, quien cambie el sentido inicial de catástrofe, desorden, discontinuidad, con que la historiografía absolutista francesa había valorado el acaecimiento inglés, hacia el sentido de logro de un orden político nuevo a través de una voluntad política resuelta; el desorden estaría más bien en la propia historia francesa. Son Voltaire, Condorcet, Linguet, Raynal —éste ya en 1783, pero refiriéndose a la «Révolution de l'Amérique»—, quienes adoptan el nuevo término, que se impondrá en los mismos tiempos revolucionarios, a través del periódico «Révolutions de Paris», que comienza a publicarse en julio de 1789 y cuyo director fue Prudhomme; aquí se emplea (pasando del plural al singular) por vez primera la expresión «esta revolución para siempre memorable en los anales de la historia». Los constituyentes y toda la literatura menor de la época se apropian enseguida del concepto, que va a autoalimentar por sí solo toda una metafísica del poder y de la historia. Con muchos datos, aunque menos elaborados, A. Rey, «*Révolution*». *Histoire d'un mot*, París, 1989. También J. D'Hondt, «La genèse de l'idée moderne de révolution», en la obra colectiva, preparada con ocasión del IX Centenario de la Universidad de Bolonia, *Bologna Nationes. Atti della natio francorum*, Bolonia, 1993, I, págs. 247 y ss.

² La doble fecha (4-11 de agosto) describe que la versión final de los Decretos se fue votando hasta el día 11, aunque como expresión técnica

Ciudadano, de 26 de agosto de 1789, que pasará a ser el documento fundacional de la Revolución y su signo emblemático, hasta hoy mismo.

Esos dos documentos constituyen la primera y certera expresión de la nueva concepción política que la Revolución porta en su seno. Ella misma había quedado instituida en el momento mismo, igualmente espectacular y significativo, en que el tercer Estado, uno de los tres estamentos que constituían los Estados generales del reino, convocados en enero de 1789 por el rey Luis XVI para intentar salir de una grave crisis política (órgano que no se reunía desde 1614 y cuyas funciones eran sumamente inciertas), se había auto-proclamado «Asamblea nacional» como único representante de la nación el 17 de junio de 1789. El día 20, habiéndole prohibido el Rey reunirse de nuevo en la sala en que venían haciéndolo, los diputados del tercer Estado o Estado llano lo hicieron en un frontón o «juego de la pelota», donde, unánimes, juraron «no separarse jamás y reunirse en cualquier lugar que las circunstancias exijan hasta que la Constitución del reino sea establecida y asegurada sobre bases sólidas». Aun el 23 de junio el Rey intima a la obediencia a los diputados, sin lo cual él, el Rey, dijo, «haría sólo el bien de mis pueblos». Tras la marcha del Rey y ante una nueva intimación de sus servidores a retirarse, los diputados del tercer Estado contestan con las expresiones, pronto famosas: «una nación en Asamblea no puede recibir órdenes», «estamos

del acuerdo básico del día 4. Puede verse la vívida exposición de esa noche mágica en Patrick Kessel, *La nuit du 4 août 1789*, París, 1969. En págs. 319 y ss. un cuadro con los acuerdos de 4 de agosto, votados por aclamación entre la iluminación y el entusiasmo, aun por los propios nobles y eclesiásticos contra quienes esencialmente se dirigían, así como de su sucesiva expresión en los Decretos siguientes.

aquí por la voluntad del pueblo y no saldremos más que por la fuerza de las bayonetas».

Una agitación generalizada en París, y paulatinamente en todo el reino, respalda la actitud resuelta de la Asamblea, ante la cual el Rey concluye por ceder el día 27 de junio aceptando la reunión conjunta de los tres Estados, su auto-proclamación como Asamblea, e incluso la nueva escarapela tricolor que ha simbolizado todo el movimiento. La sustitución de la soberanía personal del rey, piedra angular de todo el sistema político hasta ese momento existente, por la soberanía de la nación, quedaba consumada. A partir del 7 de julio la Asamblea Nacional, instalada ya en su nuevo papel, pasará a llamarse Asamblea Nacional Constituyente, titular de lo que Sieyès había llamado el «poder constituyente», el más alto poder imaginable, no afectado por límites, capaz de configurar desde sí mismo toda una estructura política y social radicalmente nueva.

Por primera vez en la historia de las revoluciones humanas no se trataba, simplemente, de sustituir a un imperante o al séquito o los intermediarios que le secundaban en el poder, o de cambiar un régimen político o una simple orientación o dirección determinadas en su actuación. Se pretendía, nada más y nada menos, rectificar la historia entera de la humanidad, fundar un orden político y social completamente nuevo, capaz de establecer una nueva etapa de la trágica evolución humana y de asegurar para el futuro una felicidad segura e inmarcitable. El orden antiguo, que había saltado como una costra seca tan fácilmente, ofrecía la imagen de un sistema petrificado e inmóvil, de tiempo suspendido. Con su ruptura se habían liberado energías humanas intactas y frescas, con las cuales el futuro se presentó pronto como una posibilidad libremente moldeable por el hombre.

Una embriaguez de omnipotencia, de la infinitud de posibilidades que la libertad abría, de esperanza sin límites, se extendió por doquier.

Se pretende, pues, crear, y no faltan declaraciones explícitas, un verdadero «hombre nuevo»³. En una famosa y cristalina afirmación de Saint-Just, el joven, implacable y puro jacobino, se dirá en todos sus términos: «Nosotros proyectamos hacer del hombre lo que queremos que sea.» Robespierre proclama, con asombroso aplomo, que sólo la imaginación timorata de los hombres «sitúa en cada paso los límites de lo posible y de lo imposible». Este «hombre nuevo» era imaginable en la realidad teniendo en cuenta que «las leyes bárbaras del despotismo» habían envilecido a los hombres, habían rebajado la eminencia de que la naturaleza le había dotado, habían reducido sus virtudes al frío egoísmo. El pintor David, diputado de la Asamblea, dirá por ello que los franceses «se han convertido en cobardes, feroces y pérfidos, como su gobierno. ¡Oh, verdad humillante! Tal era el francés de los tiempos pasados». Se trataría, pues, de «extirpar sus vicios inveterados», con el fin (y esto es ya el jacobino Lapeletier quien lo precisa) de «formar una raza renovada, fuerte, laboriosa, educada, disciplinada, que una barrera impenetrable mantendrá separada del contacto impuro de los prejuicios de nuestra especie envejecida». Fouché, que aún está en su fase de pureza jacobina, antes de despeñarse en el

³ Vid., especialmente, Mona Ozouf, *L'homme régénéré. Essais sur la Révolution française*, París, 1989, especialmente el estudio «La Révolution française et la formation de l'homme nouveau», págs. 116 y ss. Antoine de Baecque, «L'homme nouveau est arrivé: la régénération des Français», en *Dix-huitième Siècle*, XX, 1988, págs. 193 y ss. Edouard Pommier, *L'art de la liberté. Doctrines et débats de la Révolution française*, París, 1991, págs. 17 y ss.; R. J. Dupuis, «Droit, Révolution, utopie», en la obra colectiva *Révolution et Droit International*, colloque de Dijon, París, 1990, págs. 435 y ss.

cinismo político posterior, dirá que se trata, nada menos, de «regenerar» al pueblo francés entero «como un nuevo ser recién salido de las manos de la naturaleza» ⁴.

Este radicalismo utópico deja ya lejos los viejos modelos que inicialmente habían inspirado el movimiento revolucionario. A principios de septiembre de 1789, cuando no hace aún tres meses de la autoproclamación de la Asamblea Constituyente, ya Mounier observa: «Lanzamos ahora una mirada de desprecio sobre la Constitución de Inglaterra, cuando no hace aún un año hablábamos con envidia de la libertad de los ingleses.» Mucho antes fue liquidada la ilusión de restaurar una hipotética historia gloriosa de libertad identificada con la vieja institución de los Estados Generales. La Asamblea se ha embarcado, pues, resueltamente en la extraordinaria aventura de imaginar y construir un pueblo nuevo, articulado social y políticamente de forma también enteramente nueva, «un camino inmenso a las esperanzas del género humano», dirá Condorcet.

Este esencial componente utópico de la Revolución viene, indudablemente, de los ilustrados, pero de manera especial de Rousseau, cuya influencia determinante en la doctrina revolucionaria es bien conocida ⁵. Es el mito de la

⁴ Todas las citas de este párrafo del texto, en Lucien Jaume, *Le discours jacobin et la démocratie*, París, 1989, págs. 247 y ss.

⁵ Vid. sobre esto, frente a la tesis negativa de David Mournier, el concluyente estudio de R. Barny, «Jean-Jacques Rousseau dans la Révolution», en el núm. 6 de la revista *Dix-huitième Siècle*, «Lumières et Révolution», n.º especial, 1974, págs. 59 y ss. El *Contrat social* había sido reeditado antes de 1789 trece veces; en 1790 hay cuatro reediciones, tres en 1791 y trece entre 1792 y 1795 (datos de B. Manin, voz «Rousseau» en el *Dictionnaire critique de la Révolution française*, de Furet y Ozouf, París, 1988, págs. 873-4). Lord Acton dijo (*Letters to Mary Gladstone*, Nueva York, 1904, pág. 10) que «Rousseau ha producido más efecto con su plu-

libertad, taumatúrgicamente introducido en la construcción del orden político a través del concepto de voluntad general, que permite «obedeciendo a todos obedecerse en realidad a sí mismo». Sería, pues, la restitución de la libertad humana originaria, corrompida por siglos de abuso y de despotismo. En la formulación de la mitología revolucionaria, en sus famosas fiestas, en su capital proyecto educativo ⁵, en la adopción de un nuevo calendario o del sistema decimal de pesas y medidas, en el intento de restaurar la democracia lacedemonia o ateniense o de los Gracos, en la seguridad del discurso dirigido a los pueblos extranjeros contra los príncipes que mueven guerra a la Revolución, en la ilusión de una nueva ciencia y aun de un nuevo arte, etc., es constante esa esperanza, que tiene, en ocasiones, mucho de delirio. Se cree firmemente estar inaugurando una nueva época de la historia del hombre. Todo se cree posible, incluso una vez encontrado el secreto camino, llegar, por un simple acto de voluntad, a emular las glorias y las artes del siglo de Pericles como una exigencia de la necesaria «expiación del despotismo» que había degradado hasta entonces la especie humana ⁶. En un discurso de 1790 ante los jacobinos el pintor David, que propone una suscripción cívica para financiar un cuadro que inmortalice el Juramento del Juego de la Pelota, dice literalmente: «Comencemos, pues, por borrar de nuestra cronología tantos siglos de error» ⁸.

ma que Aristóteles, Cicerón, san Agustín o santo Tomás o que cualquier hombre que haya vivido».

⁶ Por cierto que esos dos componentes revolucionarios deben también a Mona Ozouf dos libros clarificadores: *La fête révolutionnaire* (1789-1799), París, 1976, y *L'école de la France. Essais sur la Révolution, l'utopie et l'enseignement*, París, 1984.

⁷ Cfr. Pommier, cit., págs. 20 y ss.

⁸ Pommier, pág. 39: «Los franceses están ahora seguros de ver las ar-



Un reforzamiento espectacular de estas tendencias mesiánicas de la Revolución se producirá por el extraordinario azar de la fuga del Rey y de su detención inmediata en Varennes el 22 de junio de 1791⁹. Como se ha notado, la simplicidad del escenario y el poder de la situación emotiva prestaron al hecho una trascendencia decisiva en el camino revolucionario. El vértigo de la demostración concluyente de la imposibilidad de la coexistencia de los dos principios políticos, el monárquico y el democrático, la absolutización definitiva de éste, finalmente el regicidio un año después como acto catártico de ruptura de la vieja sacralidad del Rey, llevaron a la Revolución hacia todos sus extremos teóricos. De ello saldría definitivamente el Terror, el afán de una depuración espiritual y física absoluta que dejase expedito el nuevo horizonte que anunciaba el despliegue ilimitado de sus propios principios. En uno de sus famosos discursos Robespierre dirá: «Ha comenzado la más bella revolución que haya honrado nunca a la humanidad; mejor dicho, la única que ha tenido un objeto digno del hombre, el de fundar al fin sociedades políticas sobre los principios inmortales de la igualdad, de la justicia y de la razón... la libertad del mundo será a la vez nuestra obra y nuestra recompensa.»

De aquí surgirá el característico elemento mesiánico que ha quedado incorporado al concepto mismo de revolución,

tes transportadas en poco tiempo a ese grado superior de perfección que hace admirar las grandes obras de la antigüedad... la augusta asamblea de nuestros representantes no tiene más que quererlo y las mismas maravillas que han ilustrado los más bellos siglos de Grecia se realizarán entre nosotros.»

⁹ M. Reinhard, *La fuite du Roi*, les Cours de la Sorbonne, 1958; M. Ozouf, «La Révolution Française et l'aléatoire: l'exemple de Varenne», en *L'homme régénéré*, cit., pág. 67 y ss.

como ruptura absoluta de una situación dada y aurora de una soñada nueva humanidad. La Revolución Rusa de 1917, las revoluciones fascistas, las revoluciones integristas actuales, todas, han pretendido recuperar ese espíritu utópico y de salvación, que sólo entonces habría prendido en el hombre.

Los propios movimientos utopistas que se producirán desde el comienzo del siglo XIX (Owen, Fourier, Saint-Simon, Cabet, Marx, el anarquismo) arrancan derechamente de ese fondo visionario de la Revolución, a la que reprochan su falta de resolución final para alcanzar el cielo prometido ¹⁰.

Tocqueville formuló probablemente el mejor diagnóstico de este esencial elemento de la ideología revolucionaria. En el título lapidario del capítulo III del libro I de su gran obra *L'Ancien Régime et la Révolution* se dice: «Cómo la Revolución Francesa ha sido una revolución política que ha procedido a la manera de las revoluciones religiosas y por qué.» «Todas las revoluciones civiles y políticas han tenido una patria y se han encerrado dentro de ella»; sólo la Revolución Francesa ha borrado las antiguas fronteras y ha creado «una patria intelectual común de la que los hombres de todas las naciones han podido hacerse ciudadanos». «Repasad todos los anales de la historia y no encontraréis una sola revolución política que haya tenido tal carácter. Sólo lo encontraréis en las revoluciones religiosas.» «Es ese aire de revolución religiosa lo que tanto espantó a los contemporáneos del suceso.» «Una religión imperfecta, es cierto, sin

¹⁰ Cfr. en el libro cit. de Ozouf, *L'homme régénéré*, el artículo «La Révolution française au Tribunal de l'utopie», págs. 211 ss; B. Baczko, *Lumières de l'utopie*, París, 1978.

culto, sin Dios, pero que, sin embargo, ha inundado la tierra, como el islamismo, con sus soldados, sus apóstoles, sus mártires.» En el capítulo II del libro III de la misma obra es aún más preciso. Hablando de los revolucionarios dice:

No dudaban de la perfectibilidad, del poder del hombre, se apasionaban conscientemente por la gloria, tenían fe en la virtud. Ponían en sus propias fuerzas la confianza orgullosa que lleva a menudo al error, pero sin la cual un pueblo no es capaz más que de caer en servidumbre. No dudaban de que habían sido llamados a transformar la sociedad y a regenerar nuestra especie. Estos sentimientos y esas pasiones habían llegado a ser como una especie de religión nueva, que produciendo algunos de los grandes efectos que han visto producir a las religiones, les arrancaba del egoísmo individual, les empujaba hasta el heroísmo y a la generosidad, haciéndolos a menudo insensibles a todos los pequeños bienes que nos dominan. Yo he estudiado mucho la historia y me atrevo a afirmar que no he encontrado jamás revolución en la que se haya podido encontrar al comienzo en tan gran número de hombres un patriotismo más sincero, más desinterés, más grandeza verdadera.

Del propio Tocqueville es también este texto, tocado de su característico y noble tono profético:

Jamás la humanidad se encontró más orgullosa de sí misma que en ese momento, del que se puede decir que es, desde el nacimiento de los siglos, el único en el que el hombre ha creído en su omnipotencia ¹¹.

El fenómeno carecía de precedentes equiparables. Como ha notado D'Hondt ¹², sólo a partir de entonces la

¹¹ En una carta cit. por Gorla, *Commento a Tocqueville. «L'idee dei diritti»*, Milán, 1948, pág. 125.

¹² D'Hondt, *La genèse de l'idée moderne de Révolution*, cit., pág. 256.

idea de revolución llevará consigo connotaciones esenciales: la de ruptura, cambio o vuelco completo, total o en bloque, fruto de una iniciativa intelectual, súbita, abrupta, bruscamente cumplida. A la vez, ese cambio se efectúa a través de una lucha dramática; no en el espacio silencioso donde se mueven los astros impasibles (como correspondería al origen astronómico de la palabra) o las ideas puras, sino entre las muchedumbres humanas, los ejércitos, las instituciones, lo que proporciona imágenes brutales, furiosas, a menudo sangrientas incluso. De todo esto la Revolución extraerá una fascinación especialmente intensa sobre las conciencias sacudidas, lo que Hegel ¹³ llamó «su poder casi inconmensurable sobre los espíritus».

II. La Revolución y la lengua. La lengua de los derechos

No es extraño por ello que la Revolución Francesa tuviese efectos inmediatos sobre la lengua. Todo cambio político implica por sí solo un necesario cambio léxico de mayor o menor extensión. Cuando el cambio tiene el enorme alcance que pretendió y logró la Revolución Francesa, ese cambio es considerable. Toda la representación del mundo social y colectivo cambió súbitamente. La vieja y rígida estructura social fue rasgada de un solo golpe y en su lugar apareció la imagen de una sociedad ideal, libre, fluida y abierta. El orden político y jurídico de la sujeción, apoyada sobre la superioridad —de origen divino o humano— del imperante respecto de los súbditos y sobre la fuerza, en todo caso, que había durado siglos y que era el único mode-

¹³ Hegel, *Berliner Schriften*, Hamburgo, 1956, pág. 698.

lo de organización pública conocido en la historia, intentaba cambiarse hacia un sistema donde imperasen en forma absoluta la libertad y la igualdad, un sistema que los agentes políticos estaban pretendiendo construir en los hechos trabajosamente, por medio de nuevas leyes y de actos políticos espectaculares, promovidos a partir de un ideal mesiánico que un torrente de palabras intentaba precisar y construir imaginativamente. Todo el sistema léxico de representación del mundo colectivo tuvo que sufrir, y así fue, en efecto, una conmoción profunda, como muy pocas veces en la historia. Una cualificada historiadora de la lengua francesa, Renée Balibar, en su libro *L'institution du français*, 1985¹⁴, no ha dudado en decir que «la Revolución Francesa... es una revolución lingüística, *la única revolución lingüística hasta el presente en la historia del francés nacional*».

La Revolución fue, así, desde sus orígenes, justamente, una «guerra de palabras», una genuina «logomaquia»¹⁵, que da lugar a un conjunto de estrategias ofensivas y defensivas desplegadas para el dominio del «poder de lenguas». Desde finales de 1789 o comienzos de 1790 se publica ya un panfleto, procedente del bando reaccionario o «aristócrata», contra el bando de los «patriotas» o «ciudadanos»¹⁶, los re-

¹⁴ R. Balibar, *L'institution du français. Essai sur le colinguisme des Carolingiens à la République*, París, 1985, pág. 414; el subrayado del texto que se cita es del original.

¹⁵ Vid. la aguda reflexión de Ph. Roger, «La Révolution française comme «logomachie». Jalons pour une lecture sémiotique de l'événement», en *Bologna Nationes*, ya cit., I, págs. 281 y ss.; Ph. Roger, «Le débat sur la langue révolutionnaire», en la obra colectiva dirigida por J. C. Bonnet, *La carmagnole des muses. L'homme des lettres et l'artiste dans la Révolution française*, París, 1988, págs. 157 y ss.

¹⁶ He ahí dos nuevas palabras cargadas de pasión, sobre las cuales abundan los estudios léxicos y semánticos. Vid. J. Guilhaumou, «Aristo-

volucionarios, con el expresivo título de *L'abus des mots*, el abuso de las palabras, que expresa de manera especialmente vívida la batalla léxica ¹⁷. El argumento principal de este escrito, como el de otros muchos análogos que continuarán los años sucesivos, es hacer presente que «el abuso de las palabras es uno de los principales medios que se ha empleado para someter a servidumbre a los pueblos... Cuidemos, pues, ciudadanos, de no dejarnos engañar por las palabras, cuando el poder ejecutivo ha llegado ya al colmo de imponernos el sentido de ciertas expresiones... nos cargará de cadenas hablándonos de libertad» ¹⁸. En otra revista de los partidarios de la Revolución, *L'Ami des patriotes*, se dice expresamente: «Al introducir en un pueblo ideas nuevas, nuevos hábitos, es obligado introducir palabras nuevas.» ¹⁹ Frente al «abuso de las palabras», hay que restablecer la «propiedad

crate(s)/Aristocratie (1789-1793)», en el vol. I del *Dictionnaire des usages socio-politiques (1770-1815)*, dirigido por el «Institut National de la Langue française. Equipe '18ème et Révolution'», I, París, 1985, págs. 9 y ss. Del mismo autor, su excelente libro *La langue politique et la Révolution française. De l'événement à la raison linguistique*, París, 1989, págs. 54 y ss.; A. Gefroy, «Citoyen/citoyenne (1753-1829)», en el vol. II del citado *Dictionnaire des usages*, págs. 63 y ss.; S. Branca-Rossoff, «Les mots de parti pris. "Citoyen, Aristocratie et Insurrection" dans quelques Dictionnaires (1762-1798)», en el vol. III del mismo *Dictionnaire des usages*, págs. 47 y ss.; P. Retat, «Citoyen-Sujet, Civisme», en el vol. 9 del *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich (1620-1820)*, Múnich, 1988, págs. 75 y ss.

¹⁷ Guilhaumou, *Dictionnaire des usages socio-politiques*, I, págs. 12 y ss; Brunot, *Histoire de la Langue française*, tomo IX, vol. 2, París, reimpr. 1967, págs. 651 y ss.

¹⁸ Cit. por *Handbuch*, cit., Heft 1/2, pág. 44, sobre un texto de la revista *Révolutions de Paris*, noviembre de 1789. Otros folletos y revistas monárquicos (*Le crieur de bons sens*, rehabilitación de la figura convencional del padre Duchesne, etc.), en Guilhaumou, *La langue politique et la Révolution française*, cit., págs. 52 y ss.

¹⁹ Guilhaumou, *La langue politique*, pág. 61.

de las palabras». En el largo debate, casi cotidiano, interviene Robespierre en persona, en el momento mismo de la dictadura jacobina: «Contando con la facilidad con la cual se gobierna a los hombres por las palabras [los enemigos de la Revolución], han intentado tendernos una trampa publicando, por la expresión nueva de ciudadano pasivo, la violación más manifiesta de los derechos del hombre... No cesaré de reclamar contra esa locución insidiosa y bárbara, que ensuciaría a la vez nuestro código y nuestra lengua»²⁰. Todo intento de «abusar de las palabras», dice en otra ocasión, es el de «apoderarse de todo el poder social»²¹. Pocas veces se habrá expresado tan contundentemente y en medio de una dura y cruel batalla por el poder la significación de la palabra como instrumento político directo. El poderoso ostenta el «poder de lenguas», el derecho de expresar las nuevas realidades políticas²².

Así las palabras juegan un papel decisivo a lo largo de todo el proceso revolucionario, prestándole un dinamismo peculiar. Se desarrollan por unos y por otros especiales estrategias del lenguaje. Como ha dicho un autor, hablar va a ser combatir, en el sentido de actuar, y los actos de lenguaje van a participar, y no en último término precisamente, de una agonística general²³. Quien gana la batalla de las palabras puede ganar normalmente la posición política domi-

²⁰ Guilhaumou, pág. 66.

²¹ *Ibidem*, pág. 67.

²² Sobre este concepto, R. Balibar, *L'institution du français*, cit. págs. 39 y ss., 97 y ss., y *pássim*; Guilhaumou, *La langue politique*, pág. 30, así como lo que luego exponemos de K. Baker.

²³ M. Maille, «Langue de pouvoir: Langage politique et langage juridique pendant la Révolution de 1789», en *Bologna-Nationes, Atti della Natio francorum*, cit., II, pág. 377.

nante, puesto que su discurso pasa a ser el discurso autorizado, o más propiamente, el que tiene autoridad ²⁴.

La lengua del poder va a intentar convertirse inmediatamente en la lengua del Derecho. Desde el primer momento la Asamblea constituyente se proclama dueña del poder constituyente, que le permite dictar una nueva Constitución, y del poder legislativo, que le habilita para dictar la Ley, los instrumentos jurídicos del mando y del orden por excelencia, con su poder de reconfiguración del conjunto de relaciones sociales. Es, justamente, el poder que conviene al proyecto revolucionario de organizar de arriba abajo una sociedad y un sistema político enteramente nuevos. La lengua del Derecho es ya una lengua preceptiva, que no se conforma con reflejar especularmente la situación tal como existe, sino que aspira a conformarla en moldes prefigurados con ánimo de instalarla duraderamente a través de instituciones nuevas. Esto supone pasar, normalmente, al tono performativo, según el tecnicismo propuesto por J. L. Austin y que ha pasado como un instrumento de referencia al vocabulario de los lingüistas ²⁵. Como es sabido, el enunciado performativo, por diferencia del constatativo, no intenta describir ni una cosa existente, ni una idea, o un deseo; es el que por su sola enunciación hace advenir o existir lo que dice. El enunciado que contiene no puede por ello ser calificado de verdadero o falso, sino que es en sí mismo la realización de un acto. Cuando un filósofo argumenta sobre la libertad humana, expresa la interpretación de una idea o de un deseo. Pero cuando la Declaración de Derechos del Hombre y del

²⁴ Maille, pág. 381.

²⁵ J. L. Austin, «Performative utterances» (1956), ahora en *Philosophical papers*, Oxford, 1961, págs. 238 y ss.

Ciudadano proclama un determinado derecho, lo está extrayendo del mundo de las ideas para instalarlo como existente en el orden social; en el argot lingüístico no son enunciados denotativos, ni siquiera deónticos, sino performativos en su intención y en su efecto ²⁶. Cuando la Declaración dice «los hombres son libres e iguales», quiere decir: «Convengamos que, a partir de ahora, los hombres serán...», de modo, observa Maille ²⁷, que desde el momento en que la frase se pronuncia produce el efecto de su propio contenido, haciendo acceder a la realidad la libertad y la igualdad. Mirabeau, en el debate del que surgió la Declaración, ya observó que «la Declaración de Derechos debe ser más bien la lengua que tendría el pueblo si tuviese el hábito de expresar sus ideas, más que una ciencia que se proponga enseñarle».

Convendrá notar que esta nueva lengua surge del debate asambleario y del vastísimo eco de periódicos, folletos, clubs, logias, salones, celebraciones, discusiones, que le prolonga interminablemente por todo el país. Los lingüistas, que han analizado ese enorme material, han subrayado la «precisión jurídica, profundidad filosófica, emoción artísti-

²⁶ Cfr. Maille, *Langue du pouvoir*, pág. 383. No todos los términos jurídicos son, sin embargo, enunciados performativos. Sin necesidad de entrar de lleno en la cuestión, vid. C. Grzegorcyk, «Le rôle du performatif dans le langage du Droit», en *Archives de Philosophie du Droit*, XIX, 1974, págs. 229 y ss., y del mismo autor, «L'impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique: essai de bilan», así como de P. Amselek, «Philosophie du Droit et théorie des actes de langage», los dos últimos en la obra colectiva, dirigida por P. Amselek, *Théorie des actes du langage, Ethique et Droit*, París, 1986, págs. 165 y ss., y 109 y ss., respectivamente. La existencia de un contenido performativo en toda expresión humana, en Karl Otto Apel, *Die Logosauszeichnung der menschlichen Sprache*, 1985 (trad. fr., Combas, 1994, *Le logos propre au langage humain*).

²⁷ Maille, *ibidem*, loc. ult. cit.

ca» de que hicieron gala los diputados, para los cuales, así como para sus electores, se confunde la soberanía política y la lingüística ²⁸. Michelet, en su libro clásico sobre la Revolución ²⁹, contiene una definición *ante litteram* del lenguaje performativo: «Que no se diga que la palabra sea poca cosa en esos momentos. Palabra y acto es la misma cosa. La afirmación poderosa y enérgica que tranquiliza los corazones es una creación de actos; lo que la palabra dice, a la vez lo produce.»

En un tiempo increíblemente corto, entre mayo y septiembre de 1789, aparece así la idea de una lengua nueva, no sólo por la aparición y expansión de nuevas palabras, sino también porque el cambio se ha producido «en el interior de estas mismas» ³⁰. Se hablará enseguida de «lengua del Derecho» ³¹, que no alude ya al viejo depósito del Derecho Civil, que era el Derecho por excelencia según la tradición romana multisecular, prolongada en las Universidades hasta entonces, ni menos aún, como bien se comprende, al Derecho Público de la monarquía. Alude a una nueva realidad, la que ofrece el «Derecho natural», en nombre del cual toda esa espectacular basculación del anterior sistema ha tenido lugar, el Derecho natural derivado de la naturaleza humana tal como lo entendió la Ilustración, y especialmente Locke y Rousseau. Es este concreto «Derecho natural» el que ha legitimado la oposición a la vieja titularidad regia de la soberanía, el que ha forjado la doctrina del pacto social

²⁸ Balibar, *L'institution du français*, cit., pág. 117. Vid. también B. Didier, *Écrire la Révolution (1789-1799)*, París, 1989, que contiene un análisis literario de la lengua de los diputados.

²⁹ Michelet, *Histoire de la Révolution française*, III, 3.

³⁰ Balibar, *L'institution du français*, pág. 189.

³¹ Guilhaumou, *La langue politique*, pág. 197.

en virtud de la cual la Asamblea se ha declarado representante de la nación y titular del poder constituyente, la que ha nutrido de todo su contenido la formidable Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la consagración de la igualdad con la eliminación del sistema esencial de privilegios en que el Antiguo Régimen consistía. La expresión «la lengua del Derecho» designará, por tanto, la lengua del Derecho natural no abstracto, no evanescente, sino del Derecho natural declarado, revelado, casi podríamos decir, en la obra refulgente de la Asamblea. En el corto y preciso texto de la Declaración aparecen ya las palabras clave del nuevo sistema político: «derechos», «derecho», «ley», «libertad», «poder», etc. Como se ha dicho certeramente ³², «al definir el sujeto como ciudadano y al declarar con ello una finalidad, la conquista de la libertad, los diputados instauran la expresividad revolucionaria de los derechos».

Otras expresiones sinónimas aparecen: la «lengua de los hombres libres» ³³, la «lengua de la libertad» ³⁴, la «len-

³² Guilhaumou, *La langue politique*, cit. pág. 45. Sobre la «lengua del derecho», págs. 198 y ss.

³³ Guilhaumou, pág. 74. Cita un texto de la revista de Domergue (vid. nota siguiente) de 24 de junio de 1791 que habla de «la augusta franqueza que caracteriza el lenguaje de los hombres libres».

³⁴ Expresión de Domergue, célebre gramático, que a partir de 1 de enero de 1791 comienza a publicar el periódico *Le Journal de la Langue Française*, con el lema «es necesario elevar nuestra lengua a la altura de nuestra Revolución». Vid. Guilhaumou, pág. 72. También usa esta denominación constantemente el abate Grégoire en su famosa «Memoria sobre la necesidad y los medios de aniquilar los *patois* y de universalizar el uso de la lengua francesa», que presenta a la Convención en 1794 y que ésta hace suya. Sobre este hecho, M. de Certau, D. Julia y J. Revel, *Une politique de la langue. La Révolution Française et les patois: l'enquête de Grégoire*, París, 1975.

gua del pueblo»³⁵, la «lengua legítima»³⁶, la «lengua de la Constitución»³⁷, la «lengua de las leyes»³⁸, la «lengua de los derechos»³⁹; en fin, expresión que retomaremos más adelante.

III. La significación del lenguaje jurídico en la Revolución

En su autorizada *Historia de la Lengua Francesa* Fernand Brunot ha observado que la lengua de los juristas estaba des-

³⁵ Guilhaumou, págs. 80 y ss., 100, 106, 137.

³⁶ Guilhaumou, págs. 100, 198.

³⁷ Guilhaumou, pág. 198. La Constitución es ella misma una palabra nueva, procedente, sin duda, del precedente americano, aunque se haya registrado su uso ya desde 1740 (infra, Schmale, pág. 48). Es Sieyès, no obstante, y él más de una vez lo proclama con orgullo, quien forja el concepto de «poder constituyente», capaz de romper con todo el orden jurídico constituido y de fundar uno enteramente nuevo *ab origine*, nombre que la Asamblea salida de la convocatoria de los Estados Generales —primero autocalificada de Nacional— se atribuirá enseguida. El concepto —ligado a la palabra— aparece ya en los *cahiers de doléances* que preparan la reunión de los Estados Generales: vid. C. Courvoisier, «L'idée de Constitution dans les cahiers de doléances», en la obra colectiva («Actes du colloque de Dijon», 1991), 1791. *La première Constitution française*, París, 1993, págs. 67 y ss. Sobre la concepción decisiva de Sieyès, P. Bastid, *L'idée de Constitution*, París, 1985, págs. 135 y ss. Sobre la formación del concepto en la lengua inglesa, vid. G. Stourzh, «"Constitution": changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century», en la obra colectiva dirigida por T. Ball y J. G. A. Pocock, *Conceptual change and the Constitution*, Kansas, 1988, págs. 35 y ss. Su evolución en Francia, en W. Schmale, «Constitution, Constitutionnel», en el *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich (1680-1820)*, cit., Heft 12, 1992, págs. 25 y ss.

³⁸ «La langue des lois de la République», se dice en la memoria Bares, que precede a la de Grégoire en la Convención y de la cual surge la enseñanza obligatoria de la lengua en las escuelas de las provincias no francófonas. Cfr. Certau et al., *Une politique de la langue*, págs. 291 y ss.

³⁹ Guilhaumou, págs. 72, 80, 87, 145.

calificada en el Antiguo Régimen desde la perspectiva de la lengua noble y elegante. Más bien, nos dice ⁴⁰, el fundador de la Academia Francesa había impuesto a ésta el deber de purgar la lengua de las impurezas de la *chicane*, del lenguaje embrollado y gárrulo de los leguleyos y de los pleitos. En 1789 la lengua jurídica y administrativa estaba muy lejos de ser imagen de pureza o de cortesía; más bien estaba completamente descalificada respecto de la lengua literaria o mundana, y se le reprochaba su pesadez, su torpeza, su oscuridad, su estilo enredado y penoso, en el que se habían enquistado arcaísmos no sólo jurídicos (los que la Revolución arrasó al abrogar todo el complejo mundo de los «privilegios», justamente), sino también arcaísmos tanto léxicos como sintácticos. Por ello, ha observado el mismo Brunot, los revolucionarios, no obstante el predominio que los hombres de leyes jugaron en sus Asambleas y Comités, expresaron abiertamente su repudio de este viejo lenguaje, que incluía «formas parásitas, extravagantes, legicidas» (preciosa expresión esta última, que quizá podamos comprender más adelante), según una Instrucción del Comité de Salud Pública jacobina a sus agentes ⁴¹. Mirabeau, más explícitamente, dijo que «era la ocasión de enterrar el estilo gótico [de las viejas leyes] bajo los restos del feudalismo», y hay que reconocer que así ocurrió con miles de palabras, expresivas de las viejas relaciones, que quedaron abolidas y virtualmente desaparecidas con la abolición del propio régimen feudal, de lo que el propio Brunot ha llamado «la gran masacre de instituciones del 4 de agosto» de 1789 ⁴².

⁴⁰ F. Brunot, *Histoire de la Langue Française des origines à nos jours*, tomo X, *La Langue classique dans la tourmente*, 2.^a parte, París, reimpresión, 1968, págs. 864 y ss.

⁴¹ Brunot, op. cit., pág. 865.

⁴² Brunot, op. cit., tomo X, 1.^a parte, pág. 280.

Frente a ese estilo «legicida», que mataba el sentido de las leyes nuevas imbuidas de libertad, el propio Mirabeau invitaba a que estas leyes nuevas se redactasen en forma «inteligible, para poner de acuerdo a los ciudadanos ilustrados sobre sus derechos, vinculándolos a todo lo que puede recordarles las sensaciones que han servido para hacer surgir la libertad»⁴³. Es manifiesto, pues, que frente a la oscuridad y torpeza de las antiguas leyes opresoras, una nueva lengua de los derechos y de la libertad se presenta como una de las tareas revolucionarias más caracterizadas.

El resultado final será, en el epígrafe de un capítulo de la gran historia de Brunot, la «entrada de la lengua jurídica en la lengua general»⁴⁴, que él ve como el resultado de los grandes códigos napoleónicos (Código Civil de 1804, Código de Procedimiento del mismo año, Código de Comercio de 1807, Código de Instrucción Criminal de 1808, Código Penal de 1810) y de su formidable efecto sobre el cuerpo social.

Pero sería un error quedarse en esa misma simple afirmación del ennoblecimiento del lenguaje jurídico, de su acomodación a la «lengua general» y de sus posibles aportaciones léxicas⁴⁵ o sintácticas tras la Revolución. La perspec-

⁴³ Brunot, op. cit., X, 2, pág. 866.

⁴⁴ Brunot, X, 2, pág. 880 y ss. Brunot, no obstante, critica la obra lingüística de los codificadores y discrepa de la famosa frase de Stendhal, que afirmó que leía todos los días algún artículo del Código Civil para ganar frescura y naturalidad, pág. 884. Permítaseme alinearme personalmente junto a Stendhal —¡gran compañía!—, por encima de la autoridad técnica de los gramáticos.

⁴⁵ Dos grandes estudios sistemáticos están en curso para el estudio del léxico revolucionario, llevados paralela, y parece que separadamente, por universitarios franceses y alemanes: uno, el del Institut National de la Langue française. Équipe «18ème et Révolution», *Dictionnaire des usages*

tiva estrictamente lingüística a que se contrae la, por lo demás, excelente *Histoire*, de Brunot, nos deja a los juristas con una sensación de clara insuficiencia. La Revolución Francesa ha aportado a la historia de la cultura occidental en el terreno del lenguaje jurídico algo mucho más sustancial que un repertorio léxico determinado, que haya que enumerar

socio-politiques (1770-1815), Kliensieck, París, 1985 y ss.; publicados hasta ahora 6 volúmenes. El segundo, herausg. von Rolf Reichardt y Eberhard Schmitt, *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich, 1680-1820*, München, 1985 y ss.; publicados hasta ahora 13 volúmenes. En el tomo 3 de la primera obra se reseña el increíble número de Diccionarios que aparecen en la época revolucionaria (*Dictionnaire, normes, usages*, 1986), como también en el tomo I de la obra alemana (*Allgemeine Bibliographie. Einleitung. Die Wörterbücher in der Französischen Revolution*, págs. 149 y ss.). Sólo en 1790, al calor de la estrenada libertad de imprenta, se imprimen siete diccionarios de ese carácter, setenta hasta 1815. Sus títulos son expresivos: «Sinónimos nuevos», «Vocabulario de los municipios y de los órganos administrativos», «Nuevo diccionario francés para uso de todos los municipios, las milicias nacionales y de todos los patriotas», «Diccionario nacional o anecdótico para servir a la comprensión de las palabras de que nuestra lengua se ha enriquecido desde la Revolución y a la nueva significación que han recibido algunas palabras antiguas», «Diccionario lacónico, verídico e imparcial o regalo a los demagogos sobre la Revolución Francesa» (éste ya de 1791, como los dos siguientes), «Diccionario de la Constitución y del Gobierno francés», «Diccionario razonado de la Constitución», «Alfabeto republicano» (1794), «Vocabulario de medidas republicanas» (1795, como el siguiente), «Nuevo diccionario francés con las expresiones de nueva creación del pueblo francés», etc. En 1798 la «Académie Française» restablecida reimprime su anterior Diccionario prerrevolucionario, al que se añade un «Suplemento con las palabras nuevas en uso desde la Revolución», que, por cierto, yo mismo he comentado brevemente, «418 palabras que cambiaron el mundo», en *La poesía de Borges y otros ensayos*, Madrid, 1992, págs. 135 y ss. Vid. también sobre esta serie de diccionarios y su significado Ph. Roger, *Le débat sur la langue révolutionnaire*, cit., págs. 157 y ss. Hubo, pues, una conciencia especialmente viva de la innovación léxica capital que la Revolución estaba produciendo desde el momento del desarrollo de los mismos acontecimientos en que iba teniendo lugar.

analíticamente; ha aportado un discurso enteramente nuevo para explicar las relaciones entre los hombres y su organización social y política como materia del Derecho, discurso que expresa un sistema conceptual original a cuyo servicio ha aparecido y se ha desarrollado a lo largo de dos siglos todo un «universo léxico» complejo y nutrido absolutamente novedoso, que ha cortado como un tajo la tradición histórica. Como en todo discurso, es su sentido general lo importante, el cual no puede descomponerse o fragmentarse sin ruptura en un conjunto de palabras aisladas o de usos gramaticales.

La lengua de los derechos debe explicarse, pues, no como una simple aparición de nuevos términos, en un plano estrictamente técnico de análisis léxico o sintáctico, sino como la expresión de un nuevo discurso jurídico que ofrece un nuevo modelo de relación entre los hombres. Las palabras deben insertarse en el sistema que intentan expresar, ese «aura de sistema» que es consustancial al Derecho como un todo ⁴⁶, sin lo cual su simple comprensión sería imposible.

Acaso convenga notar que toda una tendencia actual y singularmente vivaz de la historiografía contemporánea subraya el contenido precisamente de discurso, de expresión lingüística de las culturas políticas sucesivamente desplegadas en la historia. En el caso concreto de la Revolución Francesa puede resultar esclarecedor atender a lo que expresan dos de los más autorizados especialistas actuales, el francés François Furet y el inglés Keith M. Baker. Para el

⁴⁶ P. Goodrich, *Legal discourse. Studies in Linguistics, Rhetoric and Legal analysis*, Nueva York, 1987, pág. 129. Sobre el sentido lingüístico del discurso, en este mismo libro, págs. 32 y ss., y allí citados. También M. Barberis, *Il diritto come discorso e come comportamento*, Turín, 1990.

primero, «la Revolución funda a la vez un lenguaje y una sociedad. O más bien, funda una sociedad a través de un lenguaje: lo que se llama una nación»⁴⁷. Se ha producido «una especie de hipertrofia de la conciencia histórica y de un sistema de representaciones en el que participan todos los sistemas sociales... como si tuviese por función la de reestructurar a través de lo imaginario el conjunto social triturado»⁴⁸. «La sociedad se recompone así al nivel de la ideología... con una capacidad incomparable de integración»⁴⁹. Hay, esencialmente, más que una lucha de intereses en la fase acelerada que concluye en Thermidor, «una batalla alrededor del monopolio simbólico de la voluntad del pueblo»⁵⁰. «Lo que caracteriza la Revolución como *acontecimiento* es una modalidad de la acción histórica, es una dinámica que podrá llamarse política, ideológica o cultural, para decir que su poder multiplicado de movilización de los hombres y de acción sobre las cosas pasa por un intento supremo de dominar el sentido»⁵¹. De este modo, «la Revolución inaugura un mundo donde las representaciones del poder son el centro de la acción y donde el círculo semiótico es dueño absoluto de la política»⁵². El poder está en manos de quienes pretenden hablar en nombre del pueblo; «lo que quiere decir a la vez que el poder está en la palabra, puesto que la palabra, pública por naturaleza, es el instrumento que desvela lo que querría permanecer oculto... y consiste en

⁴⁷ F. Furet, *Penser la Révolution française*, París, 1978; en la edición de «Folio-Histoire», págs. 51-2.

⁴⁸ Furet, págs. 48-9.

⁴⁹ Furet, pág. 50.

⁵⁰ Furet, pág. 74.

⁵¹ Furet, págs. 44-5.

⁵² Furet, pág. 84.

una pugna constante de palabras, únicas cualificadas para apropiárselo, pero rivales en la conquista de ese lugar evanescente y primordial que es la voluntad del pueblo. La Revolución sustituye a la lucha de intereses por el poder⁵³, una competición de discursos por la apropiación de la legitimidad. Sus líderes no hacen otro oficio que el de la acción; son intérpretes de la acción... la palabra ocupa toda la escena de la acción... aspira al poder, al mismo tiempo que denuncia su inevitable corrupción»⁵⁴.

Por su parte, Baker ha reunido en 1990 un excelente conjunto de ensayos con el título *Inventing the French Revolution*⁵⁵, que ha hecho preceder de una luminosa introduc-

⁵³ Aquí apunta Furet al punto central de su crítica contra lo que llama «la vulgata marxista» o «el catecismo revolucionario» dominante en la historiografía oficial de la Revolución hasta entonces, la explicación de ésta por la crisis social como consecuencia de la emergencia de la burguesía o del capitalismo, excluidos en el sistema del Antiguo Régimen, e incluso la crítica de su insuficiencia, sólo subsanable con la revolución del proletariado, según el esquema puro marxista leninista. Más en particular, en el mismo libro cit., págs. 133 y ss., así como el libro del propio Furet, *Marx et la Révolution française*, París, 1986. Hay que decir que la crítica de Furet fue mortal; la interpretación marxista de la revolución dominante desde Aulard (Cátedra de Historia de la Revolución Francesa, creada con ocasión del primer centenario de ésta) y de Jaurés y, especialmente, desde la Revolución Rusa de 1917, no ha osado ni siquiera hacerse presente en la amplia conmemoración que ha marcado el segundo centenario de la Revolución con un espectacular conjunto de publicaciones. Es una interpretación que no encuentra ya sostenedores.

⁵⁴ Furet, pág. 85.

⁵⁵ K. M. Baker, *Inventing the French Revolution. Essays on french political culture in the Eighteenth Century*, Cambridge, 1990. La introducción, a que remiten todas las referencias del texto que siguen a continuación, y donde se formula su concepción historiográfica, ocupa las páginas 1-11: un modelo de penetrante concisión. Baker proclama su deuda con la Escuela de Cambridge de historia del discurso político, págs. 307-8, así como con el filósofo

ción donde expone sus concepciones básicas del fenómeno revolucionario. Muy sumariamente las resumiremos aquí por su pertinencia para nuestro objeto.

La Revolución tuvo su lógica y su dinámica propias, no derivadas de la necesidad de las condiciones sociales o del carácter ineluctable de los procesos sociales. Esta afirmación antimarxista se acompaña por Baker de un intento de explicación de esa dinámica. Tras la (pequeña) revolución de mayo de 1968, ha aparecido súbitamente un interés por la dinámica intrínseca de la política, por la retórica política en particular, en cuanto actúa sobre la imaginación política, a menudo de forma impredecible. Tras esa experiencia, dice Baker, comenzó a ser más fácil comprender el poder de lo imaginario político, haciendo más comprensible la dialéctica del utopismo revolucionario entre espontaneidad y orden. «Si los revolucionarios llegaron a un sentido profundo del carácter de sus actos y sus declaraciones, como constitutivas de una ruptura radical, esta aspiración fue también históricamente constituida (y retóricamente desplegada) *dentro de un campo lingüístico o simbólico existente*. El problema para el historiador es determinar *cómo fue inventado el argumento revolucionario*» (las cursivas, como todas las que siguen, son mías).

francés Michel Foucault (sobre todo, en su obra *Les mots et les choses*, París, 1966), aunque a éste objeta su exceso retórico de «la muerte del hombre», pág. 6 del libro a que aludimos: «Afirmar que la identidad humana y la acción están lingüísticamente constituidas es una aserción que se refiere a las condiciones de la acción humana, no una negación de la posibilidad de tal acción... Están constantemente trabajando con y sobre el lenguaje, jugando con sus márgenes, explotando sus posibilidades y extendiendo el juego de sus significados potenciales, persiguiendo así sus fines y propósitos. Aunque este juego de posibilidades discursivas no puede ser infinito, está siempre abierto, en cualquier contexto lingüístico dado, a los actores individuales y colectivos.»

«*La cultura política es más lingüística que social psicológica...* la política es una actividad a través de la cual los individuos y los grupos de una sociedad articulan, negocian, ejecutan e imponen sobre sí y los demás y sobre el conjunto. *La cultura política es, en este sentido, el conjunto de discursos o de prácticas simbólicas* a través de las cuales esas aspiraciones se presentan... De este modo, *la autoridad política es, en esta perspectiva, una cuestión de autoridad lingüística*: primero, en el sentido de que las funciones políticas son definidas y situadas dentro de la estructura de un discurso político, y en segundo término, en el sentido de que su ejercicio toma la forma de definiciones de los términos dentro del discurso sostenidas por medio de autoridad.» Este modo de producirse los sucesos «nunca ha sido más manifiesto que en la Revolución Francesa, cuando los actores sucesivos de la competición revolucionaria para fijar los significados públicos fueron constantemente barridos por el poder de un lenguaje que probó cada vez que no se podía controlar». De este modo, «*el lenguaje mismo sirvió como instrumento del cambio político y social*».

Esta idea de la Revolución y de sus mecanismos de actuación y de la sucesiva decantación de soluciones resulta especialmente oportuna para nuestro propósito.

Intentaremos seguir el fascinante proceso de cómo esa «lengua de los derechos» que vimos aparecer en el momento mismo de la eclosión revolucionaria va a culminar en un tiempo muy rápido en la institución de todo un sistema jurídico completamente nuevo para regular las relaciones entre el poder y los ciudadanos, en un Derecho Público que apenas tiene algo que ver con el Derecho Público del Antiguo Régimen y que tendrá un éxito espectacular en toda Europa, y posteriormente en el mundo entero, hasta hoy mismo.

Resulta evidente que esa extraordinaria creación ni fue

«una ciega mutación histórica»⁵⁶, según la explicación causalista del marxismo, ni fue tampoco una invención surgida de una vez en alguna mente excelsa o excepcionalmente lúcida. Fue, por el contrario, una construcción técnica intuida inicialmente más que diseñada en todos sus trazos, construcción llevada a cabo y casi ultimada en un proceso temporal no demasiado dilatado por grupos dirigentes y por juristas de muy distinta formación y procedencia, que vislumbran primero, y aciertan a configurar después, las posibilidades renovadoras de una reordenación completa de toda la vida colectiva a través de los mitos esenciales de la utopía revolucionaria, el de la libertad y la igualdad y el de su articulación con la Ley, llamada a la protección y la garantía de tales dos valores.

Los instrumentos básicos que se acierta a diseñar para esa magna operación son esencialmente dos, ambos presentes en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: el concepto institucional de derecho subjetivo y la técnica de la legalidad o del reino de la Ley como cauce necesario de ejercicio del poder político y, a la vez, de garantía de la libertad y de los derechos a ella inherentes.

Entramos inmediatamente en su análisis.

⁵⁶ Baker, *Juventing*, pág. 10.

PARTE SEGUNDA

LA LENGUA DE LOS DERECHOS COMO LENGUA TÉCNICA DE ORDENACIÓN DE LA SOCIEDAD POLÍTICA. LA FORMACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO POST-REVOLUCIONARIO

Resulta evidente que donde más había de operar la influencia de la lengua de los derechos y de la libertad era precisamente en el campo jurídico. El primer objetivo de la Revolución fue, entre sus enseñanzas y palmaria, construir una nueva sociedad política y a ello se dispuso con resolución desde sus primeros pasos. Resultaba necesario crear un nuevo Derecho que, abandonando los principios del orden jurídico del Antiguo Régimen, hiciera posible la implementación del sistema de la libertad y de la igualdad que propugnaba. Este nuevo Derecho, dada la magnitud y la fuerza de los principios revolucionarios, había de ser, necesariamente, un nuevo Derecho Público, que articularse en una nueva relación a los ciudadanos y al poder que de ellos mismos emanaba, y un nuevo Derecho Privado, que serviriese a una sociedad al fin igualitaria y despojada de privilegios, una sociedad abierta y libre, su función esencial propia, fluida y expansiva.

En los dos frentes, en efecto, actuaron los revolucionarios

una ciega mutación histórica³⁶, según la explicación casualista del marxismo, ni fue tampoco una invención surgida de una vez en alguna mente excelsa o excepcionalmente lúcida. Fue, por el contrario, una construcción técnica imbuída inicialmente más que edificada en todos sus tratos, construcciones llevada a cabo y casi ultimada en un proceso temporal no demasiado dilatado por grupos dirigentes y por juristas de muy distinta formación y procedencia, que visionaban primero, y se afanaban a configurar después, las posibilidades reales de una reordenación social que, a su vez, la vida misma de las sociedades modernas como Lengua de la Técnica de Ordenación de la Sociedad, imponía como la única posibilidad de su existencia. El lenguaje de los derechos políticos no es, pues, un lenguaje de valores, sino un lenguaje de valores.

Los instrumentos básicos que se refieren a dichos valores en esta magna operación son esencialmente dos: ambos presentes en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, el concepto institucional de derecho subjetivo y la técnica de la legalidad o del rango de la Ley como único necesario ejercicio del poder político³⁷, a la vez, de garantía de la libertad y de los derechos a ella inherentes.

Entramos inmediatamente en su análisis.

³⁶ Véase, en este sentido, la tesis de la "mutación espontánea" de la cultura, defendida por el sociólogo alemán O. von Guericke, en su obra *Die Kultur als ein Produkt der Evolution* (München, 1927), y la tesis de la "mutación social" de la cultura, defendida por el sociólogo francés E. Durkheim, en su obra *Leviathan* (París, 1924). Véase también, en este sentido, la tesis de la "mutación social" de la cultura, defendida por el sociólogo francés E. Durkheim, en su obra *Leviathan* (París, 1924).

³⁷ Véase, en este sentido, la tesis de la "mutación social" de la cultura, defendida por el sociólogo francés E. Durkheim, en su obra *Leviathan* (París, 1924).

Resulta evidente que donde más habría de operar la influencia de la lengua de los derechos y de la libertad era precisamente en el campo jurídico. El primer objetivo de la Revolución fue, entre sus ensoñaciones y pulsiones, construir una nueva sociedad política y a ello se dispuso con resolución desde sus primeros pasos. Resultaba necesario para ello un nuevo Derecho que, abandonando los principios del orden jurídico del Antiguo Régimen, hiciese posible la implantación del sistema de la libertad y de la igualdad que propugnaba. Este nuevo Derecho, dada la magnitud y la osadía de los principios revolucionarios, habría de ser, simultáneamente, un nuevo Derecho Público, que articulase en una nueva relación a los ciudadanos y al poder que de ellos mismos emanaba, y un nuevo Derecho Privado, que permitiese a una sociedad al fin igualitaria y despojada de «privilegios», una sociedad abierta y libre, su funcionamiento propio, fluido y espontáneo.

En los dos frentes, en efecto, actuaron los revoluciona-

rios con resolución desde el comienzo de los trabajos legislativos de la Asamblea Constituyente. Esta nueva concepción del Derecho se concretaría en monumentos jurídicos de una extraordinaria significación para todo el mundo occidental, desde la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 27 de agosto de 1789, documento fundacional básico, hasta los grandes códigos napoleónicos, cuya influencia dominará todo el siglo XIX. Se abrió así lo que sin exceso puede y debe ser calificado como una nueva época en la historia universal del Derecho.

No vamos, naturalmente, a exponer en forma narrativa esa magna creación de un orden jurídico nuevo, que canalizará uno de los esfuerzos más sostenido y sistemático del impulso revolucionario, y aquél, quizá, en que su virtud innovadora calará más hondo en el tejido político y social de toda Europa, y también más duraderamente, hasta hoy mismo. Nos interesa, sobre todo, según los términos finales del capítulo precedente, el argumento del discurso jurídico puesto entonces en marcha más que una descripción de todo su ingente contenido. Intentando buscar el nervio de esta formidable revolución jurídica, nos fijaremos, en primer término, en una figura general, común al Derecho Público y al Derecho Privado, cuya apariencia técnica esconde, sin embargo, una extraordinaria potencia ordenadora, la figura del derecho subjetivo. Tras concretar su origen, su desarrollo y su significado, trataremos de explicar su aplicación al ámbito de los derechos del hombre y del ciudadano, a su vez base de todo el nuevo sistema jurídico y político. A continuación, centrados ya exclusivamente en el ámbito del Derecho Público, buscando primero sus principios, por contraste con el Derecho Público prerrevolucionario, concretaremos la funcionalidad de las ideas básicas de la li-

bertad y de la Ley, para exponer luego la formación de las distintas ramas de este nuevo Derecho Público, concluyendo con su recepción en toda Europa, donde continúa hasta hoy estructurando sus sociedades y organizaciones públicas.

DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

I. El concepto de derecho subjetivo desde el Derecho Romano a la Escuela del Derecho Natural y de Göttinge

El gran instrumento técnico de la renovación general del sistema jurídico fue un concepto aparentemente no significativo que podría pensarse que tiene una amplia actividad instrumental propia del oficio de los juristas y, por ello, supuestamente sin trascendencia general, el concepto de derecho subjetivo. Pero este concepto, contra las apariencias, lleva en su interior una revolución completa del Derecho, un nuevo modo de concebir, explicar y operar el sistema jurídico, en su conjunto y en todas y cada una de sus partes —y correlativamente, como se comprende, en la sociedad y en el Estado.

Será necesario partir de una explicación inicial del concepto que permita seguir la fascinante historia de su formación y desarrollo. Esta explicación ha de comenzar siendo amplia y parte del sentido, por lo los comprensible hoy, que

El siglo XVIII en España se caracterizó por la formación de la monarquía absoluta, la consolidación del poder real y la centralización de la administración. Este período marcó el inicio de la Ilustración en España, un movimiento intelectual que buscaba la reforma social y política a través de la razón y el conocimiento. La figura de Felipe V, el primer Borbón en España, es fundamental para entender este proceso. Su reinado (1700-1746) estuvo marcado por la guerra de Sucesión y la consolidación del poder absoluto. La figura de Carlos III, el tercer Borbón, es igualmente importante, ya que durante su reinado (1759-1788) se llevaron a cabo importantes reformas administrativas, económicas y culturales. La Ilustración española, con figuras como Feijóo, Cadalso y Jovellanos, buscó la modernización del país a través de la educación y la difusión de las ideas de la Ilustración.

No vamos a intentar, a ejercer en forma narrativa una amplia selección de los hechos más importantes que caracterizaron uno de los siglos más importantes y dramáticos de la historia de España. Nos limitaremos a presentar una visión general de los principales acontecimientos políticos, económicos y culturales que marcaron este período. La Ilustración española, con sus representantes más destacados como Feijóo, Cadalso y Jovellanos, buscó la modernización del país a través de la educación y la difusión de las ideas de la Ilustración. La figura de Felipe V, el primer Borbón en España, es fundamental para entender este proceso. Su reinado (1700-1746) estuvo marcado por la guerra de Sucesión y la consolidación del poder absoluto. La figura de Carlos III, el tercer Borbón, es igualmente importante, ya que durante su reinado (1759-1788) se llevaron a cabo importantes reformas administrativas, económicas y culturales. La Ilustración española, con figuras como Feijóo, Cadalso y Jovellanos, buscó la modernización del país a través de la educación y la difusión de las ideas de la Ilustración.

CAPÍTULO 2

EL CONCEPTO BÁSICO DE DERECHO SUBJETIVO Y SU APLICACIÓN EN LA FIGURA DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE Y DEL CIUDADANO

I. El concepto de derecho subjetivo desde el Derecho Romano a la Escuela del Derecho Natural y de Gentes

El gran instrumento técnico de la renovación general del sistema jurídico fue un concepto aparentemente no significativo, que podría pensarse que fuese una simple *technicality* instrumental propia del oficio de los juristas y, por ello, supuestamente sin trascendencia general, el concepto de derecho subjetivo. Pero este concepto, contra las apariencias, lleva en su vientre una revolución completa del Derecho, un nuevo modo de concebir, explicar y operar el sistema jurídico, en su conjunto y en todas y cada una de sus partes —y correlativamente, como se comprende, en la sociedad y en el Estado.

Será necesario partir de una explicación inicial del concepto que permita seguir la fascinante historia de su formación y desarrollo. Esta explicación ha de comenzar siendo simple, y parte del sentido, por todos comprensible hoy, que

el término derecho tiene en expresiones como «tengo derecho», «es tu derecho», «no tienes derecho». Aquí el término «derecho» tiene un alcance muy diferente de cuando lo utilizamos (normalmente con mayúscula) en estas expresiones: el Derecho vigente, el Derecho Romano, el Derecho alemán, el Derecho Comunitario europeo. En este último caso se habla de «Derecho objetivo», en el sentido de un sistema normativo propio, global y unitario. En las expresiones anteriores, por el contrario, en cuanto intentan referir una facultad o poder de un sujeto frente a otros, facultad o poder que el Derecho objetivo garantizaría, eventualmente con todo su aparato coercitivo frente a quien resistiera su ejercicio lícito, se habla de «derecho subjetivo».

El concepto está hoy anclado en todas las conciencias, no sólo en las construcciones técnicas de los juristas, y puede parecer por ello obvio. Pero, sin embargo, su aparición y desarrollo ha sido una novedad completa en la historia de las instituciones, y una novedad, de manera especial, respecto del fondo común sobre el que se han formado históricamente todos los Derechos occidentales existentes, el Derecho Romano.

Un gran romanista, Roberto Orestano ¹, ha dicho, en términos enfáticos, pero no por ello menos certeros, que la historia de la formación de esta figura jurídica constituye «indudablemente una de las batallas más importantes y más extensas acometidas por el pensamiento humano para la liberación del individuo y la afirmación de aquellos derechos que inicialmente fueron llamados "derechos innatos" (*iura*

¹ R. Orestano, «Diritti soggettivi e diritti senza soggetto», publicado originariamente en la revista *Jus*, XI, 2, 1960, y recogido en su importante libro *Azione, diritti soggettivi, persona giuridica (Scienza del diritto e storia)*, Bologna, 1978; la cita, en pág. 133.

innata o *connata*), y en primer lugar de su libertad, fundamento y condición de cualquier otro derecho».

El Derecho Romano desconoció, en efecto, el concepto de derecho subjetivo. Cuando Michel Villey formuló en 1946 esta tesis, que contrastaba con la exposición habitual del Derecho Romano desde las categorías dogmáticas modernas ², su opinión suscitó asombro, sonó como una herejía, pero ha concluido por ser ya comúnmente aceptada ³.

² Michel Villey, que fue originariamente un romanista y que derivó pronto hacia la Filosofía del Derecho, sostuvo inicialmente esta tesis en un famoso artículo de 1946 («L'idée de droit subjectif et les systèmes juridiques romains», en *Revue de Droit français et étranger*, 1946-47, págs. 201 y ss.) y la reiteró, con vigor, replicando a sus críticos, hasta sus últimos escritos. Ese artículo lo reprodujo luego en su *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*, París, 1957, págs. 194 y ss. «Du sens de l'expression "jus in re" en Droit romain classique», en *Mélanges de Visscher*, Bruselas, 2, 1949, págs. 417 y ss. «Le "ius in re" du Droit romain classique et au Droit moderne», en *Conférences à l'Institut de Droit de Paris en 1947*, París, 1950, págs. 187 y ss. *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*, París, 1962. *La formation de la pensée juridique moderne*, París, nueva ed. 1975. *Seize essais de Philosophie du Droit*, París, 1969. *Critique de la pensée juridique moderne*, París, 1976. *Le Droit y les droits de l'homme*, París, 1983. Hay una traducción castellana de estos y otros artículos de Villey sobre este tema por A. Guzmán Brito, editada por la Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 1976, con el título *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*.

³ Pugliese, Monier, Albanese, A. d'Ors («Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de Ius», en *Studi Albertario*, 1953, II, págs. 279 y ss., recogido en *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, 1980, págs. 280 y ss.), Gressi, etc. Como posiciones críticas, puede verse Olis Robleda, «El derecho subjetivo en Gayo», en *Studi Scherillo*, 1972, II, págs. 7 y ss.; Helmuth Coing, «Zur Geschichte des Begriffs "subjektives Recht"», en su obra *Gesammelte Aufsätze zur Geschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht 1947-1975*, Band I, Fráncfort s/Meno, 1982, págs. 241 y ss. Lo que sí parece claro es que el concepto de *ius* sólo tardíamente, y no siempre, es interpretable como *facultas*, dada la falta de tecnicismo inicial de los términos jurídicos romanos y sus cambios de sentido o su valor polivalente. En este sentido, A. Torrent, *Conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico romano*, Salamanca, 1973, B. Biondi, «La terminología romana come

Ius es, en los textos romanos, sobre todo, *res iusta*, la parte justa, y no un derecho subjetivo, ni tampoco un conjunto de Leyes ⁴. El concepto es mantenido en lo esencial por glosadores y postglosadores.

La primera formulación técnica del concepto de derecho subjetivo en el sentido hoy usual tendrá un origen sorprendente, la polémica sobre la pobreza de los franciscanos, que se desarrolla entre la Santa Sede (entonces en Aviñón) y los teólogos franciscanos durante la primera mitad del siglo XIV. La figura técnica tiene un padre perfectamente identificado, Guillermo de Ockham, que, a fin de justificar el postulado básico franciscano según el cual ni Cristo ni los apóstoles habían tenido propiedad alguna, ni propias ni en comunidad (modelo que pretendían seguir los franciscanos y que la Santa Sede condenó como interpretación evangélica-

prima dommatica giuridica», en *Studi Arancio-Ruiz*, II, Nápoles, 1952, págs. 73 y ss. Todos aceptan, en cualquier caso, que interpretar *ius* como derecho subjetivo, en el sentido que forjará la pandectística del XIX, como concepto técnico riguroso, sería una transposición completamente antihistórica. Lo menos que se puede decir, con Coing (op. cit., pág. 246), es que el concepto no juega ningún papel decisivo (contra lo que ocurre en nuestros sistemas jurídicos desde el XIX).

⁴ Cfr. Avelino Folgado, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo. Estudio especial en los teólogos-juristas españoles del siglo XVI*, San Lorenzo de El Escorial, 1960 (colección *Pax juris. Escorialentium Utriusque Studiorum scripta*, núm. 4), págs. 83 y ss., que sigue sustancialmente a Villey. Según concluye tras un análisis pormenorizado de las fuentes, clasificándolas y analizándolas una a una: «Los textos jurídicos romanos no obligan a una interpretación subjetiva de *jus*»; los pasajes que se citan «no son simplemente derechos subjetivos, sino instituciones, justos que comportan situaciones, ventajas, poderes, obligaciones, cargas, por parte del titular y por parte del sometido»; «la traducción es: derecho, cosa incorporal, institución de naturaleza y existencia jurídica, parte desgajada de otra institución». El *suum cuique tribuere* significa: «A cada uno —a cada persona, a cada cosa— su estatuto, su condición jurídica, su lugar en el sistema, su papel en la escena jurídica.»

ca), formula en su *Opus nonaginta dierum*, 1332, bajo la protección del emperador en su disputa con la curia, una disección de la estructura de la propiedad como derecho subjetivo, lo que le lleva a elaborar un concepto técnico de esta figura asombrosamente moderno ⁵. «Potestas... qua quis sine culpa sua et absque causa rationabili privari non debet invitus.» *Potestas, auctoritas, libertas, licentia* expresan el contenido de los derechos, que son, a su vez, inviolables, como se expresa en la *potestas defendendi et vindicandi*. Por otra parte, el derecho subjetivo está otorgado por el Derecho como Ley. Esta doctrina será aun desarrollada por Gerson, en el siglo XV.

El paso siguiente está, resueltamente, en la Segunda Escolástica, representada sobre todo por los teólogos-juristas españoles del siglo XVI, que recogen y afinan la doctrina del derecho subjetivo (*jus est potestas vel facultas conveniens alieni*

⁵ Los franciscanos pretenden no tener sobre los bienes más que un mero *usus*, o uso de hecho (*usus facti*), no la *propietas* ni ninguna especie de *ius* derivado de ella, incluso no un *ius utendi*, ni *ius fruendi*; menos aún los franciscanos disponen de la verdadera esencia del derecho de propiedad como derecho subjetivo, según Ockham, la *potestas... qua quis sine culpa sua et absque causa rationabili privari non debet invitus* (potestad de la cual nadie puede ser privado en contra de su voluntad sin culpa suya, a no ser que medie una causa racional), ni la de acudir a juicio si fuese privado de ella (*potestas vindicandi et defendendi in humano iudicio*). La serie de facultades o derechos en que se descompone la propiedad incluye, entre otros, el *ius utendi, fruendi, exercendi, actum aliquem, tenendi, disponendi, pertractandi, dispensandi, ordinandi*, etc. A subrayar que todas estas facultades se expresan en actos de la voluntad. Sobre la polémica y la doctrina de Ockham sobre el derecho subjetivo, puede verse Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., 1975, págs. 240 y ss.; Folgado, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo*, cit., págs. 96 y ss.; J. Coleman, «Guillaume d'Occam et la notion de sujet», en *Archives de Philosophie du Droit*, 34, 1989, págs. 25 y ss.; G. de Lagarde, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du Moyen-Âge*, Lovaina-París, 1956, tomos IV y V.

secundum leges, dirá Vitoria), para alcanzar ya un grado notable de perfección técnica ⁶.

Pero aparte de esta depuración técnica, que influye directamente en Grocio y en toda la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, hay que considerar a estos teólogos juristas (lo que no suele reconocérseles) como los iniciadores de una corriente fundamental, llamada a un importante futuro, la que tipifica unos *iura innata* a todo hombre por el hecho de serlo y que las potestades civiles y eclesiásticas deben respetar y servir, derechos, pues, inviolables y superiores a toda norma positiva ⁷. Esta capital creación se produce con ocasión del descubrimiento y colonización de las Indias. Como es conocido, y por iniciativa de los misioneros (Montesinos en 1511, Las Casas en 1516, son los primeros), se produce lo que se ha llamado «la gran denuncia», que suscita en la Corona «la gran duda» sobre la legitimidad de la conquista, dando lugar a una serie de Juntas de teólogos y de consultas, cuyos dictámenes están en la base de las primeras Leyes de Indias, desde las Leyes de Burgos de 1512 y las «Leyes nuevas» de 1542. Los teólogos, comenzando por las dos grandes Relecciones de Francisco de Vitoria *De indís*

⁶ Sobre ello, con una documentación completa, el libro de Folgado, cit., págs. 177 y ss., que es una excelente tesis doctoral dirigida por Federico de Castro, escasamente difundida, y sobre la que las referencias de Villey me llamaron la atención. Vid. también, sobre la relación entre derecho subjetivo y Segunda Escolástica, Villey, «La promotion de la Loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique», en el volumen monográfico sobre esta última de los *Quaderni fiorentini*, 1973, que se cita más adelante.

⁷ Vid. este texto de Suárez: «Duplex enim in homine dominium distinguunt potest. Unum est naturale et *innatum*, alterum ab hominibus introductum, et per voluntatem humanam aliquo modo *acquisitum*.» *De legibus*, tomo VII, tr. VII, Lib. 8, núm. 10 (*apud* Folgado, op. cit., pág. 290).

y *De iure belli* a partir de 1526, abordan el tema directamente en sus cursos y obras escritas estudiándolo desde la perspectiva de la dignidad humana ⁸. No ya sobre los textos teóricos, que son completamente explícitos, y que resultaría muy fácil acopiar, sino sobre su recepción expresa en las Leyes regias, sobre todo en las de 1542 y sus normas de desarrollo hasta las de 1573, Luciano Pereña acaba de sistematizar y resumir una «Carta universal de los derechos del indio proclamados por la Corona» ⁹, que comprende 24 artículos con un resumen prácticamente literal de dichos preceptos positivos. La idea esencial es que no sólo no es aplicable la esclavitud a los indios por derecho de guerra y de conquista, ni todas sus propiedades pueden ser confiscadas, como los mismos españoles habían aplicado durante toda la Reconquista sin ningún problema de conciencia, sino que los indios debían ser tratados en el mismo pie que los demás súbditos de la Corona, incluso ser objeto de una protección o tuición especial que los preservase de la explotación y de la codicia por parte de los españoles.

Hoy es reconocido sin reservas el influjo directo y relevante de la Segunda Escolástica sobre la Escuela del Derecho Natural y de Gentes del siglo XVII, los *magni hispani*, a que constantemente se refiere Grocio ¹⁰. Por ello es fuerza

⁸ Vid., por todos, con una abundante bibliografía, y, sobre todo, con la impresionante edición del *Corpus Hispanorum de Pace*, por él dirigido, que incluye una treintena de volúmenes, muchos inéditos, Luciano Pereña, *La idea de justicia en la conquista de América*, Madrid, 1992, obra resuntiva y de síntesis, que expresa bien las líneas generales. Uno de los tomos del *Corpus* es la obra colectiva *Francisco de Vitoria y la Escuela de Salamanca. La ética en la conquista de América*, Madrid, 1984, a la que también remitimos.

⁹ L. Pereña, *La idea de justicia*, cit., págs. 172-177.

¹⁰ Vid., por todos, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2.^a

reconocer en esta hazaña la primera proclamación de la inviolabilidad por el poder político de unos *iura innata* del hombre, comunes a todos los hombres, hazaña que precede en un siglo a la que como primera manifestación de esta concepción recoge prácticamente toda la doctrina iuspublicística desde la investigación de George Jellinek, hace ahora casi un siglo ¹¹.

La tesis central de Jellinek es que la idea de recoger le-

ed., Gotinga, 1967, págs. 254 y ss. (hay trad. española de la 1.^a ed., 1957, muy modificada y ampliada en la 2.^a). Y el volumen dedicado a la Segunda Escolástica (entre los cuales, artículos de Thieme, Ambrosetti, Villey, Schwab, Grossi, Wieacker, Pérez Prendes, Otte, Lalinde, Feenstra, Dufour, Azcárraga) de los *Quaderni per la storia del pensiero giuridico* de Paolo Grossi, Florencia, 1973, y allí referencias. H. Thieme, «Natürliche Privatrecht und Spätscholastik», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, LXX (1953) (trad. en *Revista de Derecho Privado*, 1954, págs. 597 y ss.); G. Otte, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Colonia-Graz, 1964; G. Ambrosetti, *Il Diritto naturale della Riforma Cattolica*, Milán, 1951; Hufer, *Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker*, Friburgo, 1969; B. Hamilton, *Political thought in XVI century Spain*, Oxford, 1963; E. Reibstein, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca*, Fráncfort s/Meno, 1955.

¹¹ G. Jellinek, *Die Erklärung des Menschen- und Bürgerrechte*, 1895; 2.^a ed., 1904. Reeditada ahora como primer trabajo en la recopilación *Zur Geschichte der Erklärung der Menschenrechte*, dirigida por R. Schnur, Darmstadt, «Wege der Forschung», 1964, págs. 1 y ss. Como veremos luego, la traducción francesa (no completa, por cierto) de esta obra en 1902, dio lugar a una polémica famosa a la que luego aludiremos. La recopilación de Schnur que hemos citado incluye, tras el inicial estudio básico de Jellinek, parte de la polémica con los franceses (la crítica de Boutmy, 1902, y la réplica de Jellinek en *Revue de Droit Public*, 1902), así como otros cinco trabajos, de gran calidad, de autores alemanes sobre la misma cuestión histórica de los orígenes de las Declaraciones de derechos hasta la fecha de la edición de la obra, destacando quizá el trabajo de Gerhard Ritter, *Ursprung und Wesen der Menschenrechte*, de 1958. La situación actual sigue siendo la misma que en 1964. Vid. A. Dufour, *Droits de l'homme, Droit naturel et histoire*, París, 1991, que reúne una serie de valiosos trabajos sobre el tema, con amplio manejo de la bibliografía alemana e inglesa.

gislativamente los derechos innatos, inalienables y sagrados no es de origen político, sino religioso, y se origina en las colonias de los protestantes puritanos ingleses y holandeses que se establecen en América en el siglo XVII, a partir del congregacionismo de Roger Williams desde 1640, y que se plasmará por vez primera en la *Royal Charter* de Rhode Island de 1663, que consagra la libertad religiosa o de conciencia, matriz de los demás derechos fundamentales (de opinión, de prensa, de reunión)¹². Es, pues, en el pensamiento protestante anglosajón donde la idea surge, y sus raíces estarían, añade Jellinek, para mayor irritación de sus contradictores franceses, en el Derecho germánico.

Pero antes de entrar en estos problemas históricos sobre el específico tema de los derechos innatos e inviolables, convendrá seguir con la evolución del concepto mismo de derecho subjetivo. Tras la Segunda Escolástica, el paso siguiente es la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, con sus tres ramas: la germánica, con Grocio, Pufendorf, Wolff, Thomasius; la inglesa, con Hobbes y Locke, y su traslado al continente americano (Otis y Adams, especialmente), y, en fin, la francesa, especialmente a través de traducciones, más los suizos Burlamaqui y Vattel, más

¹² Jellinek, *Die Erklärung*, págs. 43 y ss.; O. Vossler y G. Ritter, cuyos trabajos se incluyen en el libro de Schnur, cit., pretenden que en el momento de la separación de los colonos de la metrópolis, éstos pretendieron robustecer los derechos históricos de los ciudadanos ingleses al producirse «la separación de la madre patria y de su Derecho» por parte de los colonos, dice Vossler; pero precisamente en materia de libertad religiosa, que tanta significación tuvo en estas Cartas, los colonos huían de la intolerancia del sistema inglés de «Iglesia establecida». Para la bibliografía americana, vid., por todos, B. Schwartz, *The great rights of the Mankind. A history of the american Bill of Rights*, Nueva York, 1977, págs. 26 y ss.

toda la filosofía naturalista de la Ilustración ¹³, que, a nuestros efectos, culminará en Rousseau.

Wieacker ha dicho que este Derecho de la razón ha sido, después del *Corpus iuris*, la fuerza espiritual más poderosa de la historia occidental. De aquí procede la explicación última del fundamento de la sociedad y del Estado en un «contrato social», idea que, con precedentes más difusos, pasarán a primer término de la construcción política Hobbes y Locke, y que alcanzará en Rousseau su expresión más alta. La construcción de instrumentos racionales para explicar el sistema jurídico (nueva idea, ésta de sistema, por ellos introducida) puso en primer término la idea de los derechos, de los naturales primero, aportados y sustancialmente respetados en el pacto social, y luego de los derechos subjetivos adquiridos por título particular (ocupación, contrato, prescripción, herencia, concesión). El hombre es visto inicialmente como tal, y no como miembro de un grupo o corporación o como objeto de vínculos feudales o religiosos, imponiendo así el postulado de la igualdad jurídica. Este individualismo de base dio una importancia relevante a instituciones centrales como la propiedad civil y el contrato. La escuela se hace pronto portadora de «un *pathos* cívico de la libertad», en expresión del mismo Wieacker ¹⁴.

Esta estructura individualista trasladada al lenguaje jurídico va a destacar el derecho subjetivo como una noción

¹³ Vid., por todos, además de Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, págs. 251 y ss., la obra clásica de B. Tocanne, *L'idée de nature en France dans la seconde moitié du XVII^e siècle*, París, 1978; J. Ehrard, *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIII^e siècle*, París, 1963 (reed., 1994). Sobre la idea de derecho subjetivo en la escuela, vid. H. Coing, *Zur Geschichte des Begriffs «subjektives Recht»*, cit., págs. 46 y ss.

¹⁴ Wieacker, pág. 278.

fundamental. Como ha notado Orestano, de esta Escuela resulta que la expresión «sujeto» no se emplee en el sentido tradicional de «persona sujeta o sometida», «subordinada», sino como «sujeto de derechos», lo que aparece en Leibnitz y desarrollará especialmente Wolff ¹⁵.

Es cierto que el iusnaturalismo racionalista servirá como instrumento al absolutismo, pero también lo es que «con su lenguaje fueron redactadas las declaraciones de derechos del hombre en América y en Francia» ¹⁶.

De ahí saldrá una idea del derecho subjetivo como *potentia moralis, facultas, ius*, incluso como «fuente del Derecho» ¹⁷, reconociendo Wolff especialmente que el derecho natural o innato tiene todos los caracteres de un derecho perfecto que tiene pleno valor por sí, independientemente de la voluntad del soberano, al cual corresponde sólo respetarlo y hacerlo respetar. Los *iura connata* son una consecuencia de la *obligatio connata, quae cum essentia et natura hominis ponitur. Quamobrem cum haec propter essentiae ac naturae immutabilitatem immutabilis sit*. Es, pues, un *ius universale*, el cual *homini cuilibet competit, quatenus homo est*. El sujeto es, pues, portador de atributos originarios y autónomos, que responden a la exigencia de la personalidad y que, como tales, son inviolables.

La influencia de estas concepciones sobre el pensamiento jurídico estrictamente tal es bien conocida, puesto que los juristas que van a dar lugar a la Pandectística en Alemania, en el siglo siguiente, son seguidores directos de Wolff. La Ilustración, por su parte, especialmente en Francia, gene-

¹⁵ Orestano, *Azione, diritto soggettivo, persona giuridica*, cit., págs. 117-8.

¹⁶ Orestano, *ibidem*, pág. 132.

¹⁷ Textos y referencias en Orestano, págs. 135 y ss.



ralizará estos conceptos y los dejará prestos para su recepción sistemática, como clave de una nueva construcción política (y aquí Locke y Rousseau serán esenciales) en las dos grandes revoluciones modernas, la americana y la francesa.

II. En particular, Locke.

De la libertad originaria a la libertad institucionalizada

Va a ser Locke el pensador esencial que de esa concepción formal de unos derechos innatos va a construir todo un sistema político concreto, con pretensión ya de plasmarse en la realidad histórica. El puro pensamiento jurídico de que se nutre (tanto los propios precedentes de las libertades inglesas, aunque veremos luego las importantes diferencias entre este tipo de derechos y los que surgen desde la perspectiva del Derecho Natural y de Gentes) se convierte en Locke resueltamente en pensamiento político, y como tal en un modelo no sólo para la comprensión de la realidad política, sino, sobre todo, como modelo que ha de dirigir su reconfiguración y perfección. Del pensamiento jurídico se pasa al pensamiento político y de éste, directamente, a la acción política, como enseña a concluirán sus seguidores.

Todo el Derecho racionalista del siglo XVII y XVIII ha adoptado una perspectiva enteramente nueva, que veremos formalizarse claramente en la fundamental evolución del derecho de propiedad que estudiaremos luego, la perspectiva del individuo aislado. Esta perspectiva es la general. Se destacan así como atributos de dicho individuo una

serie de derechos naturales, que corresponden a todos los hombres y a cada hombre *non quam christiani, sed qua homines*, en expresión de Puffendorf¹⁸ —expresión, por cierto, que indica ya por sí misma de modo significativo el grado de secularización del pensamiento jurídico nuevo—. Ello obliga a hacer abstracción de todos los lazos sociales o circunstancias históricas, que era donde —como concretaremos más adelante— se radicaban las viejas titularidades subjetivas. Estos nuevos derechos naturales tienen, pues, un alcance universal, afectan a la humanidad entera, en cualquier circunstancia, no obedecen, contra lo que Burke interpretará en el caso de las libertades inglesas, como veremos más adelante, a ninguna «herencia» o título específico. Eran, pues, derechos de alcance «metafísico», como Burke notó peyorativamente en su temprana crítica a la Declaración de los Derechos de 1789¹⁹. Esto es una consecuencia de que esta Escuela sitúe en el centro del sistema al individuo y a sus atributos, desde el cual sólo a través de un contrato social puede darse el paso hacia la comunidad conjunta. En ese contrato juegan ya un papel decisivo los derechos naturales de que cada individuo es portador desde el momento de nacer, derechos desde los cuales el pacto se concluye, pero que no se integran en éste totalmente (contra la formulación inicial de Hobbes), antes bien el pacto tiene como ob-

¹⁸ *Apud* A. Dufour, *Droits de l'homme*, cit., pág. 20.

¹⁹ Burke, *Reflections on the Revolution on France*, 1790 (ed. de L. G. Mitchell, Oxford, 1993), pág. 61; y en pág. 62: «Los pretendidos derechos de estos teorizantes son todos absolutos y, en la medida en que son metafísicamente verdaderos, son moral y políticamente falsos.» Y antes (pág. 35): «Todos vuestros sofistas no producirán nada que pueda garantizar mejor una libertad razonable y generosa que el método que nosotros hemos adoptado siguiendo mejor la naturaleza que las especulaciones, nuestros sentimientos mejor que simples invenciones.»

jeto esencial preservar todos los derechos naturales que no se han agotado en el hecho mismo de su conclusión. Esta idea del pacto social, de ser una simple hipótesis lógica, va a pasar a ser un programa de acción política, pues es ella la que facilita el tránsito del pensamiento puro al terreno de las fórmulas prácticas.

Esta posición aparece por vez primera destacadamente en Locke, cuya doctrina juega un papel decisivo en las concepciones políticas que de aquí van a derivar, casi un siglo después de su formulación, a las dos revoluciones americana y francesa. El replanteamiento radical de los nuevos derechos naturales frente a las viejas libertades y franquicias, tal como las caracterizará magistralmente Burke, queda así explicado.

El punto de partida de Locke puede fijarse en estos pasajes del *Second Treatise of civil government*: «Para comprender correctamente el poder político... debemos considerar la condición natural de los hombres, esto es, un estado de perfecta libertad de ordenar sus acciones, de disponer de sus bienes y de sus personas como quieran, en los límites de la Ley natural, sin pedir autorización a ningún otro hombre ni depender de su voluntad. Una situación también de igualdad, donde todo poder y toda autoridad son recíprocos, al no tener nadie más que los otros»²⁰. «Los hombres viven juntos según la razón, sin ningún superior común sobre la tierra con autoridad para decidir los litigios entre ellos»²¹. «El comienzo de la sociedad política», según el título del capítulo VIII del *Second Treatise*, no puede venir más que por el mutuo consentimiento a partir de esa libertad inicial.

²⁰ Locke, *Two Treatises of civil government*, II, § 4.

²¹ Locke, II, § 19.

«Siendo los hombres por naturaleza, como ya hemos dicho, todos libres, iguales e independientes, ninguno puede ser extraído de esa situación y sujeto al poder de otro sin su propio consentimiento, que es otorgado por el pacto con otros hombres para juntarse y unirse en comunidad para vivir cómodamente, con seguridad y con paz unos entre otros, en un disfrute asegurado de sus propiedades y en la mayor seguridad contra cualquier otro que no haya entrado en el grupo»²². Ese consentimiento vincula por el deber moral de guardar las promesas, a que obliga, antes que el derecho positivo, el derecho natural, consentimiento que es definitivo e irrevocable²³.

Pero, a diferencia de la construcción de Hobbes, este pacto social no implica una total alienación, que habilitaría un poder absoluto. La gran novedad de Locke es haber concretado que el fin del pacto social es, precisamente, «la mutua preservación de las vidas, libertades y propiedades» de quienes lo conciertan²⁴. Esta finalidad esencial se consigue edificando un poder que ha de gobernar mediante un derecho que tenga precisamente ese objetivo, para lo cual debe ser fruto del consentimiento renovado de todos. El pacto no destruye, sino que mantiene la libertad por el instrumento de someterse a un derecho que ha de ser obra sucesiva del consentimiento común. «La libertad del hombre en sociedad está en no situarse sino bajo un poder legislativo establecido por el consentimiento de la comunidad»²⁵. Pues

²² Locke, II, § 95.

²³ Locke, II, §§ 14 y 121.

²⁴ Locke, II, § 124.

²⁵ Locke, II, § 22. Debe notarse que el poder legislativo de Locke no es exactamente el de Montesquieu (y, por tanto, por la decisiva influencia de éste, el que hoy identificamos como tal), sino que incluye, además de

ningún gobierno tiene poder para hacer Leyes sobre una sociedad si no es por su propio consentimiento ²⁶, del mismo modo que la comunidad sólo está habilitada para imponer penas y para emplear la fuerza con el fin de imponer la ejecución de sus sentencias, si así se hace por los representantes de la misma ²⁷. En fin, Locke mismo explicó puntualmente cómo esa pieza esencial de todo el sistema político que es el consentimiento de los ciudadanos debe ventilarse por la regla de la mayoría, regla que, a su juicio, procede del Derecho natural ²⁸.

Así aparece la idea capital de edificar a través de los derechos naturales de cada individuo un sistema político colectivo, capaz de preservar la parte sustancial de esos derechos y en especial la libertad y la propiedad. Es bien conocido el papel jugado por las doctrinas de Locke en la preparación doctrinal de la Revolución Americana, así como en Rousseau y, en general, en el instrumentario técnico de la Revolución Francesa, especialmente en la Declaración de Derechos de 1789 ²⁹. Todos los poderes que se ejercen en la comunidad

establecer un derecho estable y general (y no por simples actos casuísticos: «by established standing laws... not by extemporary decrees»), toda la función que hoy incluimos en el poder judicial, la actuación «by indifferent and upright judges who are to decide controversies by those laws» (II, §§ 131, 136). Esto se explica por la peculiaridad inglesa sobre la concepción del *rule of Law*, a que más adelante nos referiremos.

²⁶ Locke, II, § 134.

²⁷ Locke, II, § 88.

²⁸ Vid. el estudio de J. W. Gough, «Government by consent» en su libro *John Locke's political philosophy. Eight studies*, 2.^a ed., Oxford, 1973, págs. 52 y ss. El consentimiento individual sería requerido únicamente para el inicio de la comunidad política, pero una vez formada ésta se ha creado «una corporación [body], con un poder de actuar como tal, lo que sólo requiere la voluntad y la determinación de la mayoría»: Locke, II, § 96.

²⁹ Sobre Locke y la Revolución Americana, vid. B. Bailyn, *The ideological origins of the American Revolution*, Cambridge Mass., 1967, págs. 55 y

son, así, *fiduciary powers*, poderes fiduciarios, ejercidos en interés del pueblo y revocables si con ellos se ejercitasen actos «contrarios al *trust*, o encomienda de confianza, sobre los que reposa»³⁰.

El contrato social de Locke no es así un contrato de gobierno entre el Rey y el pueblo, sino un acuerdo entre individuos para formar una sociedad civil y someterla a la determinación de la mayoría, que la ejerce a través de personas singulares mediante mandatos revocables³¹. El pacto social deja de ser una simple hipótesis lógica o metahistórica, como lo era para todos los autores que habían hasta entonces imaginado un pacto de ese carácter, para pasar a ser un mecanismo técnico preciso, susceptible de seguir operando de forma permanente en el sistema político.

Hay aquí, pues, y ello se verá en toda la preparación inmediata de las dos Revoluciones, un paso absolutamente capital: desde la libertad originaria es posible llegar a un régimen de libertad institucionalizada. Queda así abierta una nueva etapa del pensamiento político y jurídico. Este «salto dialéctico» se explica por una circunstancia vital de Locke que parecen ignorar quienes hacen un análisis de su doctri-

ss. Su influencia sobre Rousseau, R. Derathé, *Jean Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, París, 1950, págs. 113 y ss. («es claro que Rousseau ha comenzado por ser el discípulo de Locke»: pág. 116). Su influencia sobre los autores de la Declaración, Stéphane Rials, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988, págs. 379 y ss. («La tetralogía lockiana Libertad-Igualdad-Propiedad-Resistencia a la opresión se encuentra en el corazón de la Declaración, cuya dinámica de conjunto no es extraña, por lo demás —aparte un legicentrismo racionalista, en nuestro sentir sensiblemente reforzado— a la propia de la doctrina del inglés»: pág. 382). También M. Thomann, «Origines et sources doctrinales de la Déclaration des droits», en la revista *Droits*, 8, 1989, págs. 55 y ss.

³⁰ Locke, II, §§ 135, 136.

³¹ J. W. Gough, *John Locke's political philosophy*, págs. 135-6.

na como la de un simple moralista ³²: Locke fue, a la par que un filósofo, un jurista comprometido en la lucha política, concretamente un *whig* y como tal participó en la batalla que culminará en el gran *Bill of Rights* inglés de 1689 ³³. Esta por vez primera llamada Revolución (*Glorious Revolution*), como bien notó Trevelyan, no intentó derribar el Derecho histórico, sino confirmarlo frente al rey Jacobo II, que lo violaba, aunque para ello la Revolución intentase robustecerlo. Las ideas de Locke (su *Second Treatise*, aunque escrito antes de la Revolución, no vio la luz hasta 1691, tras ciertas correcciones) intentan justificar ese documento capital, pres-tándole un apoyo de Derecho natural que trasciende de su contenido como derechos judiciales «heredados», en la justa caracterización de Burke, y que les da, por tanto, una potencia de irradiación universal, como demostraría el determinante influjo de su obra fuera de Inglaterra, precisamente. La tradición en el *common law* de un *fundamental law*, estudiada magistralmente por Gough ³⁴, resulta aquí claramente identificable, aunque reconvertida ya en un mecanismo institucional abstracto que sería vano buscar en sus formulaciones originarias.

Esa libertad natural, según vimos, es la propia de cada hombre, en una perspectiva individualista, aislada. Pero al ser posible construir sobre ella un sistema institucional colectivo, importa notar que en esta construcción ese indivi-

³² Es el caso de la obra de A. John Simmons, *The Lockean theory of rights*, Princeton, 1992.

³³ Vid. el estudio de Gough, «Locke and the english Revolution», en el ya citado libro *John Locke's political philosophy*, págs. 134 y ss.; H. Dietz, *Die Grosse englische Revolution. Wechselwirkungen ihrer religiös und political Dynamik*, Laupheim, 1956.

³⁴ J. W. Gough, *Fundamental Law in english constitutional history*, Oxford, 1955, en particular págs. 67 y ss.

dualismo se mantiene, puesto que la libertad individual es justamente su objetivo.

De este modo, la libertad individual no sólo es el origen de la sociedad, sino, a la vez, justamente, su finalidad última. A la vez: la libertad dejará de ser una simple «franquicia» frente al poder, una reducción o un límite a ese poder, ineludible o fatal y siempre ajeno; pasa a ser precisamente el objeto de éste. Se ha operado de este modo una trascendental operación dialéctica en virtud de la cual la libertad individual ha pasado a ser el mismo canon de la vida colectiva. La sociedad ideal que confusamente se adivina y se pretende establecer ha de ser una sociedad compuesta precisamente de hombres libres, con capacidad para actuar a su albur, en el gobierno de sí mismos y de sus bienes, en la elección de su futuro, en la prosecución de su felicidad, en la negociación y formación de sus pactos.

Más adelante, las nuevas ideas económicas que representan los fisiócratas franceses y Adam Smith en Inglaterra ³⁵, que preceden y nutren a las dos grandes revoluciones de finales del siglo XVIII, darán a esa aspiración apenas imaginada de libertad de actuar un contenido concreto en el mundo real y decisivo de las actividades económicas. También las «Leyes naturales» ofrecen aquí el modelo de acción, pues son ellas las que rigen y ordenan, sin intervención ninguna del poder político, a partir rigurosamente de la libertad individual y de los apetitos individuales, todo el funcionamiento de la economía ³⁶. La autonomía

³⁵ Cfr. L. Macfie, *The individual in Society: Papers on Adam Smith*, Londres, 1967; A. W. Skinner, ed., *Essays on Adam Smith*, Oxford, 1975.

³⁶ Cfr. las obras de G. Weulersse, *Le mouvement physiocratique en France (de 1756 à 1770)*, París, 1910; *La physiocratie à la fin du règne du Louis*

del individuo, o, si se prefiere, de los agentes económicos, resulta ser el mecanismo más eficiente para la riqueza colectiva y el desarrollo.

El papel central que la doctrina de Locke había atribuido al derecho de propiedad en su construcción política («el gran fin de la entrada de los hombres en sociedad... es el disfrute de sus propiedades en paz y seguridad») ³⁷ se articulaba a la perfección con estas nuevas ideas económicas. El nuevo mundo económico que ha alumbrado la nueva clase burguesa y que nuevas técnicas financieras y materiales (ingeniería, sanidad, industria, ciencias) potencian y dinamizan en términos apenas imaginables pocos años antes, darán a ese aparato conceptual madurado lentamente unas posibilidades inesperadas de realización política. El salto a un nuevo sistema político queda dispuesto, en espera de que los acontecimientos revolucionarios enciendan la mecha que provocará la explosión.

Los derechos de libertad se erigen así en el centro mismo del orden social y político. La idea del derecho subjetivo, que comenzó como un simple instrumento técnico de los juristas, pasa a ser, en su forma de derechos de libertad, innatos primero, políticos después, una pieza esencial en las ideas políticas que hierven en el final del Antiguo Régimen y que postulan una realización práctica, iluminada y esperanzadora.

XV (1774-1781), París, 1950, y *La physiocratie à l'aube de la Révolution* (1781-1792), París, 1985.

³⁷ Locke, II, §§ 123, 124, 134. Cfr. A. John Simmons, *The Lockean theory of rights*, págs. 307 y ss.

III. Las Declaraciones solemnes de derechos individuales como fundamento del orden político. Declaraciones americanas y Declaración francesa. El problema de su relación

De aquí va a derivar la explosión de los derechos naturales o fundamentales, en sí mismo inviolables y a la vez base necesaria de toda la construcción social y política, en declaraciones formales y solemnes, que se proclaman por Asambleas representativas de los pueblos como documentos fundacionales de nuevas etapas políticas. Es lo que ocurre con las dos grandes revoluciones que inauguran el tiempo nuevo, la norteamericana y la francesa.

La precedencia en el tiempo corresponde, es evidente, a las colonias americanas. Desde el primer momento de su guerra de independencia los colonos americanos invocan derechos naturales y políticos como justificación primera de su actitud, que es manifiesto que proceden de las fuentes apuntadas, a través, sobre todo, de la formulación de Locke³⁸. Destacan inicialmente tres derechos: el de libertad religiosa, con su oposición a una Iglesia «establecida», el de votar o consentir el impuesto y el juicio por jurados. Estos dos últimos estaban reconocidos en la metrópoli, pero eran negados en América en virtud de su *status* colonial, que suponía una disponibilidad exclusiva en favor de los funcionarios reales. La Declaración de Independencia de 4 de julio de 1776 incluye ya entre las «verdades evidentes por sí mismas» que «los hombres han sido dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables... entre los cuales se encuentran

³⁸ Cfr., por todos, P. Baylin, *The ideological origins of the American Revolution*, Cambridge, Mass., 1967.

la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Los gobiernos están establecidos entre los hombres para garantizar estos derechos y su justo poder emana del consentimiento de los gobernados».

Pero antes ya de esa solemne declaración, de la cual proceden sin interrupción alguna los Estados Unidos actuales, las trece colonias habían comenzado a dotarse de *Bills of Rights* o de Constituciones que los incluían. Así en junio de 1776 se promulga ya la Declaración de Derechos de Virginia, siguiendo después de la Declaración de Independencia en septiembre del mismo año la Declaración de Derechos de Pensilvania y la de Delaware, en noviembre la de Maryland, en diciembre la de Carolina del Norte, en 1780 la de Massachusetts, etc.

El influjo de estas Declaraciones americanas sobre la Declaración Francesa de 1789 no es, desde luego, discutible. Recordemos que entre 1778 y 1783 se habían publicado cuatro ediciones de un volumen que recopilaba y traducía, por iniciativa de Franklin, las *Constitutions des treize États-Unis de l'Amérique*, que está perfectamente probado que estuvo en las manos de los constituyentes más influyentes y que incluso fue citado con frecuencia durante el debate del que salió la Declaración de 1789³⁹. El problema es estimar el grado de esa influencia.

³⁹ Cfr. S. Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988, pág. 444. El mismo Condorcet había publicado un folleto poco antes de la Revolución *De l'influence de la Révolution de l'Amérique sur l'opinion et la législation de l'Europe*. En el mismo debate de agosto de 1789, Rabaut Saint Étienne cita «l'exemple de l'Amérique». J. L. Seurin, «Célébrations et éclipses de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. À propos de la comparaison des déclarations des droits en Amérique et en France», en la obra colectiva (dirigida por Seurin, Lerat y Ceaser), *Les discours sur les Révolutions*, París, II, 1991, pág. 75.

A principios de este siglo el tema fue objeto de una célebre polémica transnacional, a la que ya nos hemos referido y que protagonizaron George Jellinek y Émile Boutmy, el primero cabeza a la sazón de la prestigiosa escuela alemana de Derecho público, el segundo profesor en París y fundador de la Escuela de Ciencia Política. A la traducción francesa en 1902 del libro del primero sobre la Declaración de 1789, en que negaba a ésta toda originalidad, reconduciendo todos sus contenidos a los *Bills of rights* americanos, a su vez originados en la tradición inglesa y en los *covenants* o pactos de establecimiento concertados por los primeros colonos puritanos del siglo XVII, Boutmy replica con argumentos nacionalistas y, sobre todo, con un argumento básico: los derechos americanos se formularon para ser invocados ante los Tribunales, en tanto que los proclamados por la Asamblea constituyente en 1789 se concibieron «para enseñanza del mundo». Hay aún una réplica de Jellinek en la entonces recién nacida *Revue de Droit Public*, 1902, que mueve a nuevas respuestas (Esmein, Doumergue). El libro de Jellinek incluye un cuadro sinóptico que intenta demostrar que todos y cada uno de los derechos declarados en 1789 se corresponden exactamente con otros tantos ya proclamados años antes en las antiguas colonias americanas ⁴⁰. El debate, del que pare-

⁴⁰ Puede verse la reseña bibliográfica completa del debate en los dos trabajos de Rials (págs. 440 y ss.) y Seurin (pág. 59) citados en la nota anterior. Ya hemos citado, *supra* nota 11 de este mismo capítulo, la obra de Jellinek y la de los autores siguientes que sustancialmente la siguen; el cuadro sinóptico famoso, en págs. 20 y ss. de la edición de Schnur. Por otra parte, la primera iniciativa de una Declaración de derechos en la Asamblea constituyente partió de La Fayette, que tan bien conocía la Revolución americana, y está probado que en su texto había colaborado Jefferson, a la sazón embajador de los Estados Unidos en París. G. Conac, «L'élaboration de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen», en

ció salir triunfador el profesor alemán, como alemanes y americanos han seguido creyendo, ha sido retomado recientemente por estudiosos franceses, que, sin ignorar la fuerte influencia de los precedentes americanos, reivindican para el texto francés su sustancial originalidad ⁴¹.

Con todo, partiré de una explicación especialmente vivaz y convincente, la de un profesor americano, James Ceaser, en un coloquio organizado entre estudiosos americanos y franceses en 1987 sobre el particular ⁴². Es cierto, dice este autor, que la Revolución americana fue, desde el punto de vista pragmático, un éxito, en tanto que la Revolución Francesa sufrió una suerte, al menos externa, mucho más dudosa; pero, en todo caso, la Revolución Francesa fue «algo mucho más intenso, más profundo, más trágico». Más

la obra colectiva dirigida por él mismo, Debenne y Teboul, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, París, 1993, págs. 12 y ss.; M. D. Petersen, «Thomas Jefferson et la Révolution française», en *Les discours sur les Révolutions*, cit., I, págs. 19 y ss.

⁴¹ Además de los estudios cit. de Rials y Seurin, vid. M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, 1989, cit., págs. 37 y ss., y su artículo «Droits de l'homme», en el *Dictionnaire critique de la Révolution Française*, dirigido por F. Furet y M. Ozouf, París, 1988, págs. 685 y ss.; D. G. Lavroff, «L'influence de la pensée américaine sur la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789», en el vol. II de la obra colectiva, ya cit., *Le discours sur les Révolutions*, págs. 61 y ss.; Raynaud, «Révolution américaine», en el *Dictionnaire critique de la Révolution française*, ya cit., págs. 860 y ss. Para el suizo Alfred Dufour, *Droits de l'homme, Droit naturel et histoire*, París, 1991, pág. 16, la originalidad francesa sobre las Declaraciones americanas estaría sólo en la «formulación solemne de una doctrina sistemática de las libertades y los derechos del individuo respecto al Estado» (cursiva de Dufour). Es la opinión prácticamente general.

⁴² Las comunicaciones y debates de ese coloquio, desarrollado en dos fases, Charlottesville —Virginia— y Burdeos, se recogen en los dos vols., *Le discours sur les Révolutions*, 1991, ya citados. El artículo de Ceaser a que el texto se refiere, *Les deux Révolutions*, se encuentra en el tomo II, págs. 43 y ss.

intenso: reveló la condición humana en un nivel mucho más elevado, iluminando los extremos hasta donde puede llegar el hombre, lo que hubiese sido inconcebible en la América de aquella época. De la experiencia francesa resultó una visión mucho más profunda y trágica de la vida, y así se revela en las respectivas influencias que una y otra revolución tuvieron sobre el campo de la filosofía y de las artes sucesivamente. Es claro que la Revolución americana no ejerció la misma fascinación que la Revolución Francesa. Ésta fue conducida de una manera más consciente, hasta un grado de la conciencia que la Revolución americana no alcanzó jamás. Fue por eso la más filosófica de las dos revoluciones. La Revolución Francesa golpeó a los grandes filósofos, para los cuales venía a desvelar el desarrollo de la conciencia humana y de la razón en la Historia. Pasó a ser así un patrimonio de los intelectuales, sirviéndoles de tema filosófico o de símbolo literario, hasta llegar a prestarle un valor mítico —en tanto que la Revolución americana fue olvidada por filósofos o literatos.

La Revolución americana —sigue diciendo Ceaser— fue la primera revolución democrática que intentó seguir, sobre la pauta de Locke, las «leyes de la naturaleza», pero su comprensión de la naturaleza fue incompleta, imperfecta, mediocre. La Revolución Francesa, por el contrario, ha preservado la posibilidad de un «ideal más elevado» para la democracia moderna, una democracia basada sobre ideas absolutas y no sobre el simple interés individual. Por ello la Revolución americana no contiene en sí el principio de su propio progreso, aunque sea la corporeización de la democracia moderna, en tanto que la Revolución Francesa es su misma conciencia.

Ese contraste, que podría prolongarse mucho más sobre

análogos carriles, explica perfectamente la diferencia entre los *Bills of rights* americanos y la Declaración de Derechos de 1789. Ésta presenta, indudablemente, un carácter mucho más abstracto y general. En el momento mismo de su elaboración se dijo abiertamente que se trataba de «perfeccionar» lo hecho por los americanos, utilizando «más altamente la razón humana» y haciendo a ésta «hablar un lenguaje más puro»⁴³, y es un hecho que fue así. Pero, sobre todo, y a mi juicio, en donde existe una diferencia sustancial es en la adopción por la Declaración francesa de dos criterios esenciales, la concepción radical de la sociedad y del Estado como un fruto de la simple coexistencia de las libertades y, de manera especialmente relevante para nuestro tema, el papel central reservado a la Ley en esa construcción social y política, lo que Rials acaba de llamar el «legicentrismo»⁴⁴, aunque este autor no lleve a sus últimas consecuencias esta nota esencial. Ocurre, a nuestro entender, que ese papel reservado a la Ley es, precisamente, lo que explicará la influencia decisiva de la Declaración francesa en el origen del Derecho público europeo, una construcción que no llegó a producirse por ello en el siglo XIX americano. La diferencia es, pues, de bulto. Sobre ello habremos de volver más adelante extensamente.

⁴³ Referencias de los constituyentes en Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, cit., pág. 50.

⁴⁴ Rials, *La Déclaration*, cit., págs. 364 y ss.; Jellinek vio, por cierto, porque es imposible no percibirlo, esta diferencia esencial de tono general y también la más técnica a propósito del tema de la Ley, pero las descalificó (pág. 16 de la cit. ed. de Schnur) como «debates doctrinales generales o brillantes explicaciones que pertenecen al campo de la metafísica política» («in das Gebiet politischen Metaphysik gehören»); no contienen ningún «pensamiento nuevo propiamente legislativo» («sie enthalten keine neuen legislativen Gedanken»). Veremos que en esto se equivocaba rotundamente.

No vamos a entrar en el estudio analítico de la Declaración francesa y de sus derechos, uno por uno. En muy buena parte, en cuanto interesa a nuestra reflexión, ello será objeto del siguiente capítulo. Nos interesa únicamente resaltar en este momento dos aspectos de estos nuevos derechos tan solemnemente declarados: primero, su novedad histórica completa, contrastándolos con las «libertades», «franquicias» y «privilegios» que hasta ese momento se habían conocido en la esfera política; segundo, su elevación a canon absoluto de la construcción de la sociedad civil y política.

IV. La idea pre-ilustrada de derechos, franquicias, fueros y libertades, como punto de referencia de los nuevos derechos del hombre. En particular, el derecho de propiedad y su transformación

¿Cuál es la novedad de estos nuevos derechos por vez primera consagrados en las Declaraciones americana y francesa y los antiguos derechos, franquicias y libertades que invocaban y defendían ciertos protagonistas de la vida política anterior?

La cuestión presenta más interés en el caso de las Declaraciones americanas, que acusan una influencia cierta de ese tipo de libertades tal como se habían desarrollado en la práctica judicial inglesa e incluso en documentos constitucionales solemnes a lo largo del siglo anterior (los más notorios: la *Petition of Rights*, 1628, y el *Bill of Rights*, de 1689). Pero dilucidar la diferencia entre los nuevos derechos «metafísicos» y esas viejas titularidades históricas ayuda por sí sola a singularizar la naturaleza de los derechos nuevos.

Como ha notado con agudeza Gino Gorla ⁴⁵, en la Edad Media tardía las nuevas y vivaces personalidades que animan la sociedad medieval (señores feudales, nobles, propietarios de oficios hereditarios, municipios, pueblos, monasterios, cabildos, asociaciones, gremios) comienzan a presentarse como titulares de las situaciones que han logrado adquirir, bien por concesiones regias, bien por «posesión inmemorial» ⁴⁶ o por herencia. Se trata, ha dicho Bartolomé Clavero ⁴⁷, de capacidades o facultades propiamente sociales o de grupos, no individuales. Son los llamados *iura, libertates, privilegia, iurisdictiones, potestates*, etc. (fueros, en la tradición española), que corresponden a una familia, a una ciudad, a una dinastía, a un estamento, a una iglesia, a una colectividad territorial. Son titulares históricos de derechos como entes colectivos o sociales.

Son este tipo de derechos los que —como ha notado certeramente Gorla— Burke opone en sus tempranas y justamente famosas *Reflections on the Revolution in France*, 1790 ⁴⁸, a los derechos abstractos y metafísicos proclamados por la Revolución. Frente a éstos, obra de la mente y de una

⁴⁵ En su excelente *Commento a Tocqueville*. «L'idea dei diritti», ya citado, págs. 33 y ss.

⁴⁶ Sobre esta figura de la posesión inmemorial, esencial en una sociedad gobernada por la costumbre más que por la Ley, me permito remitir a mi viejo libro de 1955 (2.^a ed., Madrid, 1974), *Dos estudios sobre la usucapción en Derecho Administrativo*, págs. 24 y ss., y pássim.

⁴⁷ B. Clavero, «"Garantie des droits": emplazamiento histórico del enunciado constitucional», en *Revista de Estudios Políticos*, nueva ép., 81, septiembre de 1993, pág. 11.

⁴⁸ Burke, *Reflections*, cit., especialmente pág. 29 (donde, por cierto, dice Burke: «Nuestra Constitución no conoce nada parecido a un magistrado como el "Justicia de Aragón" ni ningún Tribunal designado legalmente ni ningún proceso legalmente establecido para someter al Rey a la responsabilidad por todos sus funcionarios»).

decisión voluntarista, estaría «el orden genealógico de nuestra libertad», como «patrimonio jurídico heredado», fruto de las costumbres y de la prescripción y no del pacto. En la *Petition of Rights* de 1628, afirma Burke, el Parlamento dijo al Rey: «Vuestros súbditos han heredado estos derechos de libertad», que constituyen «un patrimonio hereditario». Así, «la transmisión hereditaria de la libertad (como patrimonio de derechos y de privilegios de un pueblo dado) inspira en nosotros un sentimiento de dignidad natural y nativa..., nuestra libertad es un título de distinción hereditaria» ⁴⁹.

A esto se refería Max Weber cuando caracterizó el orden jurídico medieval como un «haz de privilegios» o de «derechos adquiridos» por concesión o por prescripción y cuyo mantenimiento riguroso e intacto es el fin mismo del orden social ⁵⁰.

La situación concreta puede quizá ilustrarse de manera especialmente viva a propósito de lo que pasará a ser el derecho subjetivo por excelencia, la propiedad. Nos apoyaremos en un luminoso estudio reciente de Paolo Grossi ⁵¹.

El derecho de propiedad se expresará en la Edad Media en forma que parece carecer de toda relación con el «éxtasis individualista» propio de la propiedad del siglo XIX. Son ordenamientos colectivos que, por una parte, desarrollan formas de organización comunitaria o colectiva, que se presentan como garantía de supervivencia, por su función alimentaria para una comunidad plurifamiliar y donde la titularidad no se reconoce en un ente, sino en la concatena-

⁴⁹ Burke, *Reflections*, págs. 32 y ss.

⁵⁰ Max Weber, *Economía y sociedad*, trad. esp., México, tomo III, 1944, pág. 172.

⁵¹ P. Grossi, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, trad. esp., Madrid, 1992.

ción sucesiva de las generaciones ⁵². Por otra parte, con la técnica de la propiedad dividida se produce una acumulación de posiciones de efectividad económica sobre un mismo bien que resultan difíciles de aislar y articular en los conceptos abstractos con que hoy se manejan las reglas dominicales ⁵³. No hay aquí lugar al «modelo individual de pertenencia» arquetipo de la propiedad actual ⁵⁴. La «nervatura feudal» que penetra toda la estructura agraria en la época, propia de señores o de monasterios o cabildos, complica hasta la exasperación el panorama, creando una urdimbre compacta y casi impermeable.

La propiedad moderna va a consistir en el descubrimiento de su simplicidad y su abstracción. Lo notable es que esa simplicidad va a lograrse mediante un resuelto cambio de planteamiento: más que en una clarificación de la complejidad de las cosas y de intentar ordenar las múltiples y diversas facultades disgregadas sobre las mismas, todo el progreso va a consistir, dice Grossi, en considerar la propiedad como una proyección de la unicidad del sujeto. «La propiedad, de dimensión de las cosas se vuelve en dimensión del agente; en lugar de identificarse groseramente con el bien-objeto, busca en el interior del sujeto su identificación primera» ⁵⁵.

Está bien estudiada la raíz teológica de ese cambio sustancial de concepción de la propiedad, de donde va a emerger como el paradigma del nuevo derecho subjetivo. Me refiero al libro de Marie-France Renoux-Zagamé ⁵⁶, según el cual esa

⁵² P. Grossi, *La propiedad*, págs. 27 y ss.

⁵³ *Ibidem*, págs. 35 y ss.

⁵⁴ *Ibidem*, págs. 37 y ss.

⁵⁵ P. Grossi, *La propiedad*, cit., pág. 111.

⁵⁶ M. F. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Ginebra, 1987. Fue una tesis en París, dirigida por M. Villey.

concepción que explica la propiedad como un poder absoluto del hombre sobre las cosas (y que culminará en el famoso art. 544 del Código Civil Napoleón, como luego podremos ver: *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue*) no es sino una trasposición de los poderes de Dios sobre el mundo, que los teólogos (y de manera especialmente relevante los teólogos-juristas españoles de los siglos XVI y XVII) desarrollaron desde el ockamismo. Grossi lo ha notado también ⁵⁷, observando que «la intuición más profunda de la edad nueva consiste en la interiorización del *dominium*... piedra angular de la cultura filosófica de la edad moderna, un *topos* que recorre intacto, a pesar de los múltiples accidentes del itinerario desde los teólogos franciscanos a Locke». Ello «hace del sujeto un personaje provisto en su interior de una carga agresiva que lo proyecta dominadoramente sobre el mundo». «Noción simple, por consiguiente, la propiedad, como es simple una virtud, una voluntad, una intención.» Veremos que estos conceptos serán básicos en la concepción ya netamente moderna del derecho subjetivo.

El contraste entre las dos concepciones históricas de los derechos resulta así manifiesto. Una nueva especie de derechos subjetivos, que alcanzan su simplicidad y su abstracción en cuanto simples emanaciones del sujeto que los ostenta como titular, irrumpe en la historia, desembarazados de lazos históricos, de la compleja urdimbre social en que se han producido o despliegan su efecto, dotados, por esas mismas notas de simplicidad y de abstracción, de una formi-

⁵⁷ Especialmente en su trabajo «La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica», en los *Quaderni fiorentini*, 1972. También en su libro *La proprietà*, págs. 111 y ss.; los textos que se transcriben en págs. 112 y 113.

dable potencia destructiva, como pocos conceptos históricos, y, correlativamente, de una no menor capacidad creadora de nuevas y originales coagulaciones sociales y políticas.

V. Los derechos subjetivos de la Declaración de 1789.

Derecho subjetivo y Ley

He aquí que, a través del concepto de derechos innatos y de la construcción del pacto social, toda la construcción social y política va a intentar ser reducida a una simple articulación entre derechos subjetivos de titularidad estrictamente individual. El artículo 2 de la Declaración francesa lo proclama de manera enfática: «El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.» Sólo la ignorancia, el olvido o el desprecio de los derechos del hombre, dice el corto preámbulo de la Declaración, son la causa de las desgracias públicas y de la corrupción de los gobiernos. La figura técnica de los derechos subjetivos, en concreto de los derechos que emanan de la propia naturaleza del hombre, como pretensiones de respeto, de participación común en el gobierno, de libertad y de garantía, alcanzan aquí su punto teóricamente más alto.

Pero, como hemos podido ver al estudiar la formación del concepto de derecho subjetivo y sus sucesivas transformaciones, el reconocimiento técnico de una situación de derecho subjetivo requiere, inexcusablemente, una norma objetiva —cuyo tipo hoy establecido es la Ley— que lo defina, lo delimite y lo proteja.

Desde sus orígenes en Ockham hasta hoy mismo ⁵⁸, corresponde a la esencia del derecho subjetivo el hecho de que sea atribuido o reconocido por parte del Derecho objetivo, que le presta, consiguientemente, su protección o tutela. Esta regla pudo estimarse algo velada por la idea de los derechos innatos e inviolables, que se imponían al Derecho positivo (*ante positas legis*, en la expresión de Grocio) del país que los reconocía y que, por tanto, se presentaban como una exigencia metajurídica de la que resultaban límites, pero que no parecían emanar de ese Derecho positivo. En realidad, la corrección resultaba fácil. La eficacia de tales derechos procedía de una supernorma con valor superior al Derecho positivo ordinario, el Derecho natural como pretensión abstracta, la Constitución o las Declaraciones solemnes a ella equiparadas en cuanto las recogían e imponían en

⁵⁸ Recojamos algunas definiciones del concepto de derecho subjetivo. La clásica en el Derecho Civil de A. Thon: «Derecho subjetivo privado es la tutela acordada por las normas a los intereses de un particular contra otro en virtud de la cual viene dado por parte del ordenamiento jurídico al sujeto tutelado, en caso de transgresión de la norma, un medio para la remoción de dicha ilicitud, medio entregado a su uso discrecional.» *Rechtsnorm und subjectives Recht. Untersuchungen zur allgemeinen Rechtslehre*, Weimar, 1878, pág. 133. La autorizada en el Derecho español de Federico de Castro: «Situación de poder concreto concedida a la persona como miembro activo de la comunidad jurídica y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio y defensa»; «el ordenamiento jurídico entrega determinada libertad de ejercicio al titular con la atribución del derecho subjetivo, le confiere la posibilidad de defenderlo y le confía ciertos medios para ello»: *Derecho Civil de España*, ed. Cívitas, 1984, págs. 573 y 587-8. Una cualquiera en el Derecho Público: «Reconocimiento por el Derecho [objetivo] de un poder en favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición.» E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 4.ª ed., Madrid, 1993, pág. 37.

un sistema nacional determinado. Ése fue, justamente, el caso de las Declaraciones de derechos americana y francesa, esta última promulgada como un anticipo de la Constitución e incorporada a ésta, como su Preámbulo, cuando la misma fue concluida en 1791. Es patente que la Declaración francesa pretendió tener un valor supralegal, esto es, de valor superior a las Leyes ordinarias, lo que la erigía en un límite del legislador. En su Preámbulo se declara de forma expresa que una de las finalidades de su promulgación es «que los actos del Poder Legislativo... puedan ser comparados en cada instante con el fin de toda institución política», esto es, con los derechos del hombre incluidos en la propia Declaración, y es un hecho que muchos de sus artículos se formulan como un límite al poder de la Ley precisamente (arts. 5, 6, 8, 13, 17). Por su parte, en el Título I de la Constitución de 1791, con el expresivo título de «Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución», se incluye la siguiente: «*El poder legislativo no podrá hacer ninguna Ley que produzca agravio o ponga obstáculo al ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente Título.*» Ocurre, sin embargo, que, como es bien conocido, la idea de supremacía constitucional sobre las Leyes fue arrumbada en Francia por la potenciación del principio «voluntad general» en el legislador (lo que se ha llamado el jacobinismo)⁵⁹, de modo que hasta 1958 (y, en realidad, hasta

⁵⁹ Cfr. R. Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, 1930, ed. fotostática de 1984, por G. Burdeau, París, Económica, págs. 103 y ss. Burdeau, en el prólogo a esta nueva edición, pág. IX, llama a esa confusión entre la voluntad soberana de la nación, fuente del poder constituyente, y la del Parlamento, como poder constituido, una «estafa intelectual». Pero más que enjuiciar la corrección de su construcción, importa subrayar que esta concepción se impuso, por el influjo francés (así como por el peso propio del «principio monárquico»: vid. cap. IV, *infra*),

1971, en virtud de la propia jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel*) no llegó a admitirse el control de constitucionalidad de las Leyes, que encontró en Estados Unidos un cauce normal desde el origen.

Es cierto que toda la concepción del derecho subjetivo va a quedar marcada por esta decisiva reformulación desde la perspectiva de los *iura innata*, como titularidades «naturales» o propias del sujeto, que al Derecho objetivo toca reconocer y proteger, pero que tendría un origen extrapositivo. Pero el funcionamiento técnico de la figura requiere siempre, *sine qua non*, un reconocimiento del Derecho objetivo, al que compete siempre determinar su titular, delimitar su objeto y su alcance y otorgar su tutela. Orestano ha podido decir que toda «la historia de la ciencia jurídica de derivación pandectística desde el siglo pasado hasta nuestros días se presenta como un largo, lento y tormentoso “redescubrimiento” del Derecho objetivo, con todos sus presupuestos y sus implicaciones» como fundamento del derecho subjetivo⁶⁰.

Nos interesa ahora notar que esa estrecha vinculación entre norma objetiva y derecho subjetivo está expresamente presente en el gran documento de la Declaración de Dere-

en toda Europa prácticamente hasta que la segunda postguerra mundial, a mitad de este siglo, abrió el camino a una justicia constitucional contra las Leyes. Vid. mi libro *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3.^a ed., 3.^a reimpresión, Madrid, 1994.

⁶⁰ Orestano, *Azione, diritti soggettivi*, pág. 145. «Puede hablarse de “redescubrimiento”, añade, porque la idea de la dependencia del derecho subjetivo respecto al Derecho objetivo, de la eficacia de la voluntad individual en los límites reconocidos por la norma... eran patrimonio común en la doctrina jurídica anterior a la aparición de la idea de la autonomía de la voluntad», citando autores del siglo XVII (como podían citarse de fecha anterior).

chos del Hombre y del Ciudadano de 1789, y que ésta es, quizá, su aportación fundamental a la historia de la formación del concepto de derecho subjetivo. Lo peculiar es que esa «soldadura» (para decirlo en los justos términos de Orestano)⁶¹ entre derecho subjetivo y norma se resuelve aquí en soldadura entre derecho subjetivo y Ley, precisamente. Ésta es, justamente, la gran novedad de la Declaración francesa respecto de las Declaraciones americanas, la que destruye en un punto central, aunque sea supuestamente técnico, la vieja tesis de Jellinek sobre la absoluta predeterminación de aquélla por éstas. Así lo ha observado, agudamente, Stephan Rials (aunque sin obtener todas las consecuencias, como ya hemos observado), notando que esto que llama «legicentrismo»⁶² supone una idea nueva de la Ley como liberadora y creadora de felicidad, en cuanto garante supremo de los derechos del hombre proclamados. Es, por cierto, algo más que una idea, es una técnica política y jurídica precisa, cuya efectividad veremos que será de primera importancia. En este sentido es esencial el artículo 4 de la Declaración, sobre cuyo sentido reflexionaremos más extensamente en el próximo capítulo, y cuyo texto dice: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el disfrute de esos mismos derechos. Estos límites no pueden ser determinados más que por la Ley.» Lejos de ser, como pensaba Jellinek, un enunciado de «metafísica política» y sin contenido «legislativo»⁶³, este precepto, sin pari-

⁶¹ Orestano, pág. 139.

⁶² Rials, *La Déclaration*, págs. 369 y ss.

⁶³ Cfr. *supra*, nota 44 de este mismo capítulo.

gual en los precedentes americanos, es una de las claves del nuevo sistema jurídico inaugurado por la Revolución Francesa, como tendremos ocasión de precisar más adelante.

Por lo demás, el enunciado del artículo 4 de la Declaración no es ocasional. Otros cuatro artículos más, el 5, 6, 7 y 8 extraen de ese principio consecuencias decisivas para el régimen positivo de la libertad y, derivativamente, para la formación de todo el nuevo Derecho Público post-revolucionario. En conjunto, la Declaración cita once veces la palabra «Ley» y dos más el adverbio «legalmente». Veremos que esta colocación de la Ley en el centro mismo del sistema de los derechos está en el origen de dos fenómenos capitales derivados en línea recta de la Declaración francesa y que se buscará en vano en la influencia histórica del Derecho norteamericano: la formación del Derecho Público europeo a lo largo de todo el siglo XIX y la reconversión del sistema jurídico en un sistema de Leyes, precisamente, la reconfiguración del Estado en lo que no había sido en todo el largo y profundo Antiguo Régimen, una *machina legislatoria*, en el «Estado Legislación», según la lúcida explicación de Carl Schmitt⁶⁴. Todo el sistema jurídico queda reducido a un sistema cerrado de Leyes, lo que se llamará el positivismo legalista: la revolución jurídica más radical y más importante de la historia, probablemente.

Interesa notar que esa concepción del derecho subjetivo «soldado» a la Ley, garantizado y protegido por ella, va a aplicarse sistemáticamente, al margen del Derecho Público, que será el tema de nuestro próximo capítulo, en el corazón mismo del Derecho Privado, y en concreto en sus dos insti-

⁶⁴ Carl Schmitt, «Legalität und Legitimität», 1932, ahora en sus *Verfassungsrechtliche Aufsätze*, Berlín, 1958, págs. 263 y ss.

tuciones centrales, la propiedad y el contrato. El legislador revolucionario no se conforma con abatir las viejas instituciones feudales que anudaban y embarazaban las vidas de los individuos (supresión de los «privilegios», proclamación de la igualdad, desvinculación, desamortización, supresión y prohibición de gremios, unificación de los múltiples fueros, etc.), sino que se preocupa de construir un nuevo Derecho Civil que dé curso a la nueva concepción del Derecho, y, en particular, de los derechos que la Revolución patrocina. Estos esfuerzos sistemáticos, todos en la misma dirección de «apertura» de la sociedad y de situar a los individuos y a su autonomía personal en el centro mismo del sistema jurídico ⁶⁵, culminarán en la magna creación que fue el Código Civil napoleónico de 1804, que corona un esfuerzo tenaz perseguido desde 1790 ⁶⁶.

Como dijo Duguit en un agudo libro ⁶⁷, el Código napoleónico y todos los Códigos que de él proceden «descansan en una concepción puramente individualista del Derecho». «La regla de Derecho o Derecho objetivo tiene por funda-

⁶⁵ Entre una bibliografía agotadora, citaremos cuatro títulos básicos. Ph. Sagnac, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804)*, París, 1898 (reimpresión 1971 en Glashütten im Taunus), en especial págs. 47 y ss.; A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, 1969. Y la obra colectiva, *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale? Actes du colloque d'Orléans*, Orléans, 1988, 2 vols.; J. L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, París, 1992.

⁶⁶ Recordemos que la previsión de un Código Civil se incluye ya en la Ley de Organización Judicial de 16 de agosto de 1790 y se reitera en el Título I de la primera Constitución revolucionaria, la de 1791: «Será hecho un Código de Leyes civiles comunes a todo el Reino.» Los proyectos concretos se inician con la Convención.

⁶⁷ L. Duguit, *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. española de Carlos G. Posada, Madrid, s. d., págs. 13 y ss.

mento el Derecho subjetivo del individuo. Impone al Estado la obligación de proteger y garantizar los derechos del individuo; le prohíbe hacer Leyes o realizar actos que atenten contra ellos. Impone a cada cual la obligación de respetar los derechos de los demás.» Es básico a estos efectos, como expresión misma de la libertad civil, el principio de autonomía de la voluntad individual, consagrado en los artículos 1.134 y 1.156 del Código («los pactos legalmente celebrados tienen valor de Ley para quienes los han concertado»; «se debe buscar en los pactos cuál ha sido la voluntad de las partes contratantes en vez de detenerse sobre el sentido literal de los términos»), que reconoce el poder de crear por un acto de voluntad una situación de derecho. Este principio presupone, dice Duguit, que todo sujeto de derecho debe ser un sujeto de voluntad; que todo acto de voluntad de un sujeto está socialmente protegido, y, finalmente, que toda situación jurídica es una relación entre dos sujetos de derecho, de los cuales uno es el sujeto activo y otro el sujeto pasivo.

Por su parte, la propiedad, ya proclamada como derecho natural imprescriptible en el artículo 2 y de inviolable y sagrado en el artículo 17 de la Declaración de derechos de 1789, constituye el otro de los pivotes del Código, que refuerza esa construcción radicalmente individualista⁶⁸. El artículo 544 la define como «el derecho de usar y disponer de las cosas de la manera más absoluta», concluyendo así el proceso evolutivo que seguimos más atrás con Paolo Grossi de subjetivización definitiva del concepto. «Desde el princi-

⁶⁸ «Individualismo», notó Tocqueville, «una expresión nueva para una idea nueva» (*Démocratie en Amérique*, III, II, 21). Cfr. M. del C. Iglesias Cano, *Individualismo noble, individualismo burgués*, discurso de ingreso en la Real Academia de la Historia, 1991.

pio de la Revolución, desde que se decidió redactar un Código Civil, las dos ideas de libertad civil y de propiedad no se separaron jamás», escribió Sorel ⁶⁹. Propiedad y contrato, atributos absolutos de los sujetos de derecho, actuando con plena libertad, absueltos de toda constricción o limitación que no sea la de respetar los derechos de los demás, tal como están definidos por las Leyes, actuados los dos según el simple interés personal de los respectivos titulares, serán los dos pivotes indiscutibles sobre los que va a girar entera la nueva sociedad abierta y fluida que la Revolución, eliminando privilegios y vínculos históricos, ha puesto en marcha. Esta apertura vendrá a sustituir a las viejas estructuras escleróticas y complicadas, y prestará a la nueva sociedad su ambiente libre y despejado. Los ciudadanos vivirán sobre sus propios intereses y según sus personales decisiones y riesgos. Los literatos de talento (Stendhal, Balzac, en primer término) la descubrirán y la describirán enseguida, embriagadoramente.

⁶⁹ Sorel, en *Le Code civil (1804-1904). Livre du Centenaire*, I, París, 1904, pág. 31. Sobre el tema de la propiedad y la Revolución, la bibliografía es muy extensa. Vid., por todos, M. Garaud, *La Révolution et la propriété foncière*, París, 1958, así como últimamente los estudios reunidos por G. Koubi, *Propriété et Révolution*, Université de Toulouse, 1990, y la otra serie colectiva, *Un droit inviolable et sacré. La propriété*, París, 1991, y allí citados. Un estudio sobre el cambio léxico e ideológico, en E. Botsch, «Propriété, propriétaire», en el *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich 1680-1820*, cit., Heft 13, 1992, págs. 73 y ss., que resume su libro *Eigentum in der Französische Revolution: Gesellschaftliche Konflikte und Wandel des sozialen Bewusstseins*, München, 1991.

VI. La idea de derecho subjetivo en Alemania.

Kant, Hegel, Savigny. La tecnificación definitiva del concepto

Para no dejar interrumpida la historia del concepto de derecho subjetivo, ese misterioso y decisivo resorte técnico, es preciso volver un momento la atención hacia Alemania, en cuya ciencia jurídica del siglo XIX alcanzará dicha técnica su perfil definitivo y su reinado absoluto en el sistema jurídico.

Si consultamos la bibliografía germánica sobre la formación del concepto de derecho subjetivo, nos encontramos con la enorme sorpresa de que no se hace mención alguna a la Revolución Francesa, a su básica Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 ni al Código Napoleón de 1804 ⁷⁰. El curso histórico suele ser descrito, en sus últimas fases, pasando de la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, especialmente a través de Wolff ⁷¹, directamente a Kant, Hegel y, tras Savigny, a la Pandectística ⁷²,

⁷⁰ Utilizamos fundamentalmente H. Coing, *Zur Geschichte des Begriffs «subjektives Recht»*, ya cit. más atrás (1963), Karl-Heinz Ladeur, *Rechtssubjekt und Rechtsstruktur. Versuch über die Funktionsweise der Rechtssubjektivität*, Lahn-Giessen, 1978. Jan Schapp, *Das subjektive Recht im Prozess der Rechtsgewinnung*, Berlín, 1977; Rudolf Gmür, *Rechtswirkungsdenken in der Privatrechtsgeschichte. Theorie und Geschichte der Denkformen des Entstehens und Erlöschens von subjektiven Rechten und andern Rechtsgebilden*, Berna, 1981.

⁷¹ Como ha notado certeramente A. Dufour, *Droits de l'homme, Droit naturel et histoire*, cit., pág. 111, la Escuela del Derecho Natural y de Gentes fue esencialmente una escuela germánica, que supuso el paso a Alemania (*translatio studii*) del centro de los estudios jurídicos en Europa, que habían estado antes en Francia (*mos gallicus*) y antes aún en Italia (*mos italicus*).

⁷² Así, Coing, *Zur Geschichte*, págs. 254 y ss. (en pág. 255 cita la utilización en el siglo XVIII en Inglaterra y Estados Unidos del pensamiento de los derechos subjetivos en su significación política en la teoría de los derechos fundamentales del hombre; muy probablemente la falta de mención de la Declaración francesa de 1789 se deba al recuerdo de la tesis de George Jellinek, que sabemos infundada, sobre la falta de originalidad de este documento).

que es donde el concepto alcanza su madurez definitiva. La cuestión entonces queda reducida, a mi juicio, a precisar si Kant y Hegel, imponentes figuras del pensamiento, de donde se nutren directamente los juristas del XIX, no fueron influidos en sus ideas jurídicas por la Revolución Francesa y si Savigny mismo, que es claro que se ha formado en ambos filósofos y, sobre todo, en el primero, en cuyo ambiente intelectual se educó, no reflexionó sobre las extraordinarias innovaciones que introdujo el *Code civil* de 1804. Adelanto que la respuesta afirmativa a estas dos cuestiones me parece completamente evidente.

El influjo de Wolff sobre los juristas alemanes de finales del siglo XVIII y comienzos del XIX está bien establecida⁷³ y sabemos también que Wolff, maestro en el método de la «construcción» jurídica⁷⁴, elaboró un concepto ya realmente maduro de la idea de derecho subjetivo.

Pero es en Kant donde ha de buscarse la elevación del concepto a un lugar central. En el mismo concepto kantiano del Derecho aparece un tema que, en este momento, nos es ya familiar: «Derecho es el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede ser compatible con el arbi-

Ladeur, *Rechtssubjekt*, págs. 17 y ss., que parte de Kant y Hegel. Gmür, *Rechtswirkungsdenken*, págs. 105 y ss., que parte del Derecho Romano, glosadores, canonistas, humanistas, codificaciones iusnaturalistas (concepto que procede de Wieacker y cuya equivocidad, no obstante la autoridad de este autor, me parece manifiesta, dada la radical novedad del *Code* respecto de todos los demás supuestos; sobre ello, especialmente, Arnaud, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, 1969. Específicamente, J.-L. Halpérin, *L'impossible Code civil*, París, 1992, págs. 51 y ss.; se incluyen en el género, tras el «Codex Bavaricus» de 1756 y el «Allgemeine Landrecht» de Prusia de 1794, el *Code civil*, seguido del austríaco), para pasar seguidamente a Kant y a los demás filósofos idealistas, antes de entrar en la Pandectística.

⁷³ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., págs. 318 y ss.

⁷⁴ Wieacker, pág. 320.

trio de otro, según una Ley general de libertad»⁷⁵. Por otra parte, «el único derecho originario que el hombre posee en virtud de su humanidad es la libertad»⁷⁶. Toda la doctrina kantiana del Derecho está basada en la libertad, y éste es todo el sentido de su rectificación radical del Derecho natural material que le precedió para pasar a un concepto formal del Derecho, justamente el que la idea de la libertad permite articular⁷⁷. De esa libertad arranca precisamente la titularidad de los derechos subjetivos, esencialmente concebidos como libertad de acción bajo las Leyes protectoras, que han de asegurar la coexistencia de las libertades de todos los sujetos entre sí. Por poner un sólo ejemplo, que podría fácilmente multiplicarse entre muchos posibles: en el caso de la venta de una mercancía, el quid de la juridicidad estaría en que siendo comprador y vendedor libres, «cada uno de ellos puede acordarse con la libertad del otro según una Ley universal». De donde puede derivarse su concepto del «derecho personal»: «La posesión del arbitrio de otro como facultad de determinarlo por mi arbitrio... es un derecho»⁷⁸. El influjo de Kant sobre todos los juristas alemanes sucesivos será capital y está perfectamente puntualizado. Como ha dicho Wieacker, ya hacia 1800 los pensadores jurídicos que habían de pesar en el futuro, como Hugo, Feuerbach y Savigny, reconocían de una u otra manera a Kant y fundamen-

⁷⁵ Kant, *Metaphysik der Sitten*, ed. de K. Vorländer, Hamburgo, 1922 (reimpresión 1954), págs. 34-5.

⁷⁶ Kant, op. cit., pág. 43.

⁷⁷ Cfr., por todos, Ch. Ritter, *Der Rechtsgedanke bei Kant*, Fráncfort s/Meno, 1971; F. González Vicén, *De Kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, Valencia, 1984, en particular su primer estudio, «La filosofía del Estado en Kant».

⁷⁸ Kant, *Metaphysik der Sitten*, pág. 34, para el primer ejemplo, y 83-4, para el concepto de «derecho personal».

taron la justicia del Derecho positivo como la ética kantiana de la autonomía de la persona y de su voluntad ética ⁷⁹.

Por otra parte, la idea kantiana del Estado se nutre claramente del pensamiento que la Revolución Francesa acababa de poner en primer plano. Aunque la primera edición de la *Metafísica de las costumbres*, en sus dos partes, es de 1796-97, son constantes ya los conceptos que expone que no podrían explicarse sin ese precedente revolucionario que, en un famoso pasaje de «El conflicto de las Facultades», 1798, confiesa que le había suscitado «entusiasmo» ⁸⁰. Baste citar los conceptos de pacto social, poder constituyente, división

⁷⁹ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, pág. 352.

⁸⁰ Kant, *Streit der Fakultäten*, tomo VII de la edición de las *Gesammelte Schriften*, Akademie-Ausgabe, Berlín. El § 6 de la sección 2.^a tiene por epígrafe: «De un acontecimiento de nuestro tiempo que prueba la tendencia moral de la especie humana.» Y allí puede leerse: la Revolución presenta «un interés universal», afecta a «la humanidad en general y también a su carácter moral». «Esta Revolución encuentra en los espíritus de todos los espectadores no implicados en su juego una *simpatía* de aspiración que llega cerca del entusiasmo», en cuanto afecta «a una disposición moral del género humano». «La causa es *doble*: la del *derecho* de un pueblo, si quiere darse una Constitución política que le parezca buena, de no ser impedido en ello por otros poderes, y, en segundo lugar, la del *fin*... pues sólo la Constitución de un pueblo es en sí *conforme al Derecho*...», lo que no puede ser, teóricamente al menos, más que la Constitución republicana.» Ese entusiasmo procede del «deseo de instaurar un mundo mejor.» (Todos los subrayados proceden del original.) Sin embargo, Kant niega el derecho a la rebelión y, de manera especial, la ejecución del Rey, aunque en su «Proyecto de una paz perpetua», estima no ser posible «hacer volver al pueblo a su antigua Constitución». Véanse, en general, sobre el tema, K. Vorländer, *Kant Stellung zur französischen Revolution*, Berlín, 1912; S. Axinn, «Kant, authority and the french Revolution», en *Journal of the History of Ideas*, XXXII, 1971, págs. 423 y ss.; H. Scheel, *Die Begegnung deutscher Aufklärer mit der Revolution*, Berlín, 1973; P. Burg, *Kant und die französische Revolution*, Berlín, 1973; S. Corngold, *The fate of the self. German writers and French Revolution*, Nueva York, 1986.

de poderes, reconocimiento de que el poder legislativo ha de proceder de «la voluntad unificada del pueblo» y que tal voluntad colectiva se da sólo «en la medida en que cada uno decide la misma cosa sobre todos y todos sobre cada uno», o, más aún, esto: «Una persona no puede estar sometida a otras Leyes más que a aquellas que ella se da a sí misma, bien sola, bien de consuno con otras»⁸¹. Todos y cada uno de estos conceptos, y de estas palabras incluso, proceden inequívocamente del instrumentario jurídico de la Revolución Francesa, como veremos más despacio en el capítulo siguiente. Es, pues, una ligereza intentar independizar a Kant de la Revolución, de la cual es más bien una clara teorización filosófica su concepto del Derecho.

El caso de Hegel es aún más claro. Por una parte, resulta indudable que en la Filosofía del Derecho Hegel ha marcado toda la ciencia jurídica alemana posterior. Por otra, para él la libertad es la base entera del Derecho, la libertad expresada en la voluntad y, por tanto, la perspectiva del derecho subjetivo. Que Hegel tiene plena conciencia del derecho subjetivo, es una evidencia. Basten algunas citas: «El Derecho aparece en la representación inmediata como posibilidad de hacer o de no hacer. Yo no hago nada injusto cuando hago valer mi derecho»⁸²; «existencia de la voluntad libre, eso es el derecho»⁸³; «que el bienestar particular sea tratado y realizado como un derecho»⁸⁴; «la libertad constituye la sustancia y la determinación-destinación del

⁸¹ Para no extender las citas, bastará con señalar que la última citada en el texto se encuentra en la pág. 27 de la *Metaphysik*, cit.

⁸² Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ed. Suhrkamp, Frankfurt s/M., 1986, pág. 81.

⁸³ Hegel, *Grundlinien*, pág. 80.

⁸⁴ Hegel, *Grundlinien*, pág. 382.

Derecho»⁸⁵. Hegel ve perfectamente que esta técnica del derecho subjetivo es específicamente moderna. En una nota al § 124 de su *Filosofía del Derecho*⁸⁶ afirma: «El derecho a la particularidad del sujeto a encontrarse satisfecho, o lo que es lo mismo, el derecho de la libertad subjetiva, constituye el punto central y de inflexión en la diferencia entre la antigüedad y la época moderna.» Texto capital.

Pero Hegel es también un crítico de la filosofía jurídica de Kant, niega enfáticamente la doctrina del contrato social como origen del Estado, de la que Kant partía; reconoce por ello, de manera especial, la preeminencia del Estado, «divino terrestre», y, por tanto, a la vez que de derechos de las personas, habla también de los derechos del interés del Estado y hasta de los que corresponden al Espíritu del mundo⁸⁷. Aquí está el origen del famoso transpersonalismo hegeliano, que ha hecho que todos los totalitarismos modernos busquen, de algún modo, su justificación en las tesis del gran filósofo. Recordemos que para Hegel «el Estado es la realidad histórica (*Wirklichkeit*) de la idea moral»⁸⁸.

Pero ocurre que, en el terreno en que ahora estamos, el de la formación técnica del concepto de derecho subjetivo, esa concepción va a robustecer en la doctrina hegeliana un elemento básico del concepto, su derivación de la Ley. Así afirma que sólo mediante «las Leyes e instituciones tiene lo ético un contenido fijo que es necesario para sí y que es una existencia superior a la opinión subjetiva y al capricho»⁸⁹.

⁸⁵ Hegel, *Grundlinien*, pág. 46.

⁸⁶ Hegel, *Grundlinien*, pág. 233; los subrayados proceden del original.

⁸⁷ Hegel, *Grundlinien*, págs. 83-4.

⁸⁸ Hegel, *Grundlinien*, pág. 398.

⁸⁹ Hegel, *Grundlinien*, pág. 293. Pues «para el sujeto la sustancia ética, sus leyes y poderes, tienen, por una parte —en cuanto objeto—, la condi-

Más referencias podrían darse sobre la necesidad para Hegel de «positivización» del Derecho ⁹⁰, concepto básico ante el fenómeno de codificación y legislación generalizada que, según vimos, la Revolución introduce, y que será capital para la construcción de la ciencia jurídica del siglo XIX. Sobre esta base se realizará lo que hemos llamado con Orestano la «soldadura» entre el derecho objetivo y el Derecho subjetivo ⁹¹, eliminando definitivamente el equívoco que en los orígenes de este último concepto había supuesto la idea de los «derechos innatos», o —en los términos clásicos de Grocio— *ante positas leges*; sólo en virtud de esa «soldadura» (el Derecho subjetivo, aunque correlato del principio ético de la libertad, debe ser reconocido y protegido por el Derecho objetivo como condición de su misma existencia) alcanzará el concepto la plenitud de su operatividad técnica y, con ello, la posibilidad de su manejo fluido por los juristas y por los tribunales.

Huelga decir, tras de todo lo expuesto, que Hegel es un

ción de ser, en el sentido más alto de la independencia, una autoridad y un poder absolutos, infinitamente más fuerte que el ser de la naturaleza», págs. 294-5. Y también: «El derecho de los individuos a su determinación subjetiva a la libertad tiene su cumplimiento en el hecho de que ellos pertenecen a la realidad ética, pues la certeza de su libertad tiene su verdad en tal objetividad», pág. 303. (A notar aquí que *eticidad* —*Sittlichkeit*, famoso concepto que Hegel separa de «moralidad»— es aquí justamente el grupo organizado, el Estado.)

⁹⁰ Hegel, *Grundlinien*, págs. 361 y ss. El epígrafe no puede ser más expresivo: «El Derecho como Ley.» Incluso toma resueltamente partido en la polémica famosa entre Thibaut y Savigny sobre la oportunidad de una codificación en Alemania y, contra el último, afirma sin ambages: «Negar a una nación culta o a la clase jurídica dentro de ella la capacidad de hacer un Código... sería una de las mayores burlas que podrían hacerse a una nación o a dicha clase» (pág. 363).

⁹¹ R. Orestano, *Azione, diritti soggettivi*, cit., págs. 139 y ss.

profundo conocedor de la Revolución Francesa, que está poderosamente influido por su ideario y que hace, en realidad, una de sus interpretaciones más profundas y significativas. Hegel ha elevado el suceso a su «Filosofía de la Historia Universal» en un tono de elevada emoción, quizá sin paralelo en la propia historiografía francesa. «Desde que el sol se encuentra en el firmamento —dice ⁹²— y los planetas giran a su alrededor, no se había visto al hombre cabeza abajo, es decir, apoyarse en la idea y construir sobre ella la realidad... Fue, pues, un soberbio amanecer. Todos los seres pensantes han celebrado esa época. Una emoción sublime reinó en ese tiempo, el entusiasmo del espíritu hizo estremecerse al mundo, como si sólo en ese momento se hubiese llegado a la verdadera reconciliación de lo divino con el mundo.» Es la primera Revolución que no concierne sólo al país donde surge y al Estado que sustituye, sino que habla a todo el género humano ⁹³.

La lengua de los derechos inaugurada por la Revolución va a pasar, pues, a Alemania, donde le espera un futuro de primera importancia.

Y el final de esta historia, un poco larga quizá en nuestra exposición, por sus extensas y complejas etapas, será la configuración técnica definitiva de la figura del derecho subjetivo como figura central del sistema jurídico entero, lo que será la obra y el mérito indiscutible de la Pandectística ale-

⁹² Hegel, *Philosophie der Weltgeschichte*, vol. II, Leipzig, 1920, pág. 926.

⁹³ Cfr. R. Bodei, «Révolution française et Philosophie allemande de Kant à Hegel», en la obra colectiva dirigida por F. Furet, *L'héritage de la Révolution française*, 1989, págs. 113 y ss.; J. Ritter, *Hegel und die französische Revolution*, Colonia, 1957. La obra colectiva *Droit et liberté selon Hegel*, dirigida por Planty-Bonjour, París, 1986, se abre (pág. 6) con este párrafo: «Las dos filosofías de la Revolución Francesa... por las cuales se abre y se cierra el idealismo alemán, la filosofía kantiana y la filosofía hegeliana...»

mana del siglo XIX, que crea el nuevo método de la ciencia jurídica, en el cual sustancialmente estamos y que ha concluido por imponerse a toda la Europa continental.

El origen reconocido de esta escuela está en Federico Carlos de Savigny, uno de los más grandes juristas de la historia. Wieacker ha hecho de su personalidad y de su obra un retrato magistral, al que debemos remitirnos ⁹⁴. Aunque como fundador de la llamada Escuela Histórica del Derecho, cuyo manifiesto es su escrito de 1814 «De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del Derecho» (que, en oposición a Thibaut, que había propugnado meses antes un Código Civil común para toda la nación alemana, fragmentada en una multitud de monarquías, principados y ciudades libres, rechazó la oportunidad de la codificación civil en nombre de la concepción del Derecho como un producto del «espíritu del pueblo»), lo cierto es que Savigny no fue propiamente un romántico y que de su obra no se derivará precisamente un historicismo jurídico, sino todo lo contrario, la llamada «Dogmática», que es un método abstracto de comprensión y tratamiento del material normativo ⁹⁵. Savigny no propugnó, pues, una introspección nacio-

⁹⁴ Wieacker, *Privatrechtsgeschichte*, cit., págs. 359 y ss. Dada la finura y profundidad de este retrato, y para facilitar su consulta, remitimos a la traducción española de la 1.ª ed. de esta obra, aunque ampliada luego en el original alemán: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. Fernández Sardón, Madrid, 1957, págs. 330 y ss. Vid. también Erik Wolff, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 3.ª ed., Tubinga, 1951, págs. 464 y ss.; H. Coing, *Savignys rechtspolitische und methodische Anschauungen in ihrer Bedeutung für die gegenwärtige deutsche Rechtswissenschaft*, en *Gesammelte Aufsätze* del autor, cit., págs. 178 y ss. Puede verse también, en castellano (aunque la traducción no es siempre fiable), el libro de Walter Wilhelm, *La metodología jurídica en el siglo XIX*, Madrid, 1980 (el original es de 1958). Las referencias pueden multiplicarse fácilmente.

⁹⁵ Esta afirmación, nada polémica, admitida hoy universalmente, pue-

nal del Derecho germánico ni ninguna exaltación de su genio propio, sino sólo una meditación más detenida sobre el Derecho Romano como Derecho técnicamente elaborado, que era la materia de su estudio, la cual tampoco intentó comprender con métodos anticuarios y filológicos, sino exponer de una manera sistemática y organizada a través de «instituciones» articuladas racionalmente para servir de instrumentos aptos para la sociedad presente. Los autores de la formación del Derecho no eran para él oscuras fuerzas telúricas, un pueblo anónimo y certero en las huellas conservadas por la historia, sino, precisamente, los jurisconsultos, los profesores especialmente, que por su especialización y por su *ethos* del método y de la verdad científica debían ser tomados por los verdaderos órganos del pueblo ⁹⁶.

de sorprender a algunos en España, donde la Escuela Histórica del Derecho fue invocada, con una sorprendente eficacia, y sobre la base casi única de su designación, en favor de los Derechos forales y está en el origen mismo, en forma destacada, de los nacionalismos catalán y vasco. El *Sistema de Derecho Romano*, 7 vols., fue traducido (aunque a través de su versión francesa) por J. Mesía y M. Poley (Madrid, s. d., Centro Editorial Góngora), con un prólogo de Durán y Bas, que insiste en esa derivación nacional-historicista tan poco acorde al contenido de la obra prologada y a su significación. Cfr. J. Vallet de Goytisolo, «La influencia de Savigny en la escuela jurídica catalana del siglo XIX», en *Actas de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, 1979 y 1981.

⁹⁶ E. Wolff, *Grosse Rechtsdenker*, cit., pág. 466, ha observado agudamente, por ello, que el sentido de la historia que la Escuela llevó a su propia denominación era, más que el del romanticismo, el que luego Hegel caracterizaría como «autoconciencia del espíritu del mundo», que da un lugar privilegiado a la razón. E. Ehrlich notó que el verdadero *Programmschrift*, el escrito programático, de la Escuela Histórica para la ciencia jurídica práctica, no fue el panfleto anti-Thibaut de 1814, sino su monografía sobre la posesión de 1803; «la influencia de este escrito no puede ser parangonada a la de ningún otro en la entera literatura monográfica del Derecho común, ni aun fuera de Alemania. A través de mis viajes —añade— he llegado al convencimiento de que no existe en la li-

Todo esto es paradójico, pero así fue en la realidad. Savigny era un representante típico del «segundo humanismo» —entre cuyos miembros destacan Goethe, Mozart, Kant—; formó parte desde 1810, esto es, desde su creación, de la famosa Universidad de Berlín, que perseguía la alianza entre la idea de humanidad y la conciencia política, y fue un modelo de elegancia literaria y de probidad científica, procedente del ideal formativo clásico, apartándose incluso personalmente del romanticismo nacional exacerbado por las guerras napoleónicas y que en lo jurídico conduciría a la germanística, dirección cuyo gran nombre sería Gierke. Koschaker y Wieacker niegan incluso la caracterización de nacionalista para la Escuela Histórica, la cual, lejos de destruir los fundamentos europeos comunes del Derecho privado, los fortaleció y profundizó de manera sumamente eficaz.

Despejado ese equívoco inicial, se comprenderá que la magna creación de Savigny haya sido la configuración del método dogmático, que alimentó a toda la ciencia jurídica alemana posterior y que concluiría por extenderse a todo el continente. Su *Sistema actual de Derecho Romano*, 1840 y ss., es la manifestación magistral de ese método y en él, por cierto, está ausente toda preocupación historicista para centrarse en el primer término de su denominación, un saber precisamente «sistemático». Este saber se centra en la articulación de «instituciones jurídicas», conjuntos orgánicos alrededor de los cuales se alinean normas y principios, y en

teratura mundial una monografía que haya alcanzado en todos los juristas el renombre que la de Savigny sobre la posesión» (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, ed. de 1929, Múnich y Leipzig, pág. 258). Ahora bien, en esta monografía clásica la única historia relevante, ha notado J. P. Dawson (*The Oracles of the Law*, Westpoint, 1968, pág. 452) es «la historia de un concepto tal como se desarrolló en Derecho Romano».

cuyo seno se produce la figura básica de la «relación jurídica», relación social jurídicamente ordenada por una norma, primera materia de la ciencia jurídica, toda ella articulada en un sistema ⁹⁷.

No nos interesa, naturalmente, exponer aquí el método dogmático puesto a punto y por él magistralmente utilizado. A nuestros fines, nos importa destacar que en esa «relación jurídica», matriz del sistema jurídico, una de las partes, al menos, es el titular de un derecho subjetivo, precisamente. Savigny es explícito en el concepto: «Si consideramos la situación jurídica tal como nos rodea y nos penetra por todas partes en la vida real, se nos aparece en primer lugar el poder que corresponde a las personas privadas: un ámbito donde su voluntad impera e impera con nuestro acuerdo. A este poder le llamamos un derecho de esa persona» ⁹⁸. Y en otro lugar: «Un ámbito en el que la voluntad individual tiene que imperar independientemente de cualquier voluntad ajena» ⁹⁹. El influjo de Kant resulta manifiesto, y ha sido más de una vez notado ¹⁰⁰.

De aquí el concepto pasará a toda la Pandectística, que retornará cuidadosamente sobre él con una atención sistemática y profunda como pocos otros conceptos jurídicos

⁹⁷ F. K. von Savigny, *System des heutigen Römischen Recht*, I, Berlín, 1840, págs. X y xx., 7 y ss. y 133 y ss.

⁹⁸ Savigny, *System*, I, pág. 7.

⁹⁹ Savigny, *System*, I, pág. 333.

¹⁰⁰ Por ejemplo, Coing, *Zur Geschichte*, pág. 257; H. Kiefner, «Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert», en la obra colectiva dirigida por Blühdorn y J. Ritter, *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, Fráncfort, 1969, págs. 22 y ss. Según Wilhelm, *La metodología jurídica*, cit., pág. 56, Savigny «modeló el concepto de derecho subjetivo sobre la definición de Kant», rotundamente.

han merecido. El derecho subjetivo será estrechamente vinculado al Derecho objetivo, según la «soldadura» entre ambas perspectivas del fenómeno que expusimos al tratar de Hegel.

La Pandectística desarrolla estas ideas fulgurantes, que culminan siglos de reflexión jurídica, actualizadas por la Revolución Francesa, según vimos, y que marcarán en adelante toda la construcción técnica del Derecho.

Todo el sistema jurídico privado se va a reconstruir así sobre la idea básica de los derechos subjetivos, en los que el Derecho objetivo viene a descomponerse y en los que encuentra su dinamismo y su aplicación.

El concepto que vimos nacer tímidamente, y que luego se expandirá para expresarse en todo un sistema natural de pretensiones que habrían de prevalecer sobre cualquier Derecho positivo que los desconociese, ha concluido por articularse con cualquier Derecho positivo (al margen queda, por ahora, el problema de los derechos fundamentales) como un mecanismo técnico insustituible de operatividad y funcionamiento del sistema entero.

La cuestión presenta, sin embargo, particularidades características en el Derecho Público, que es el tema específico de nuestro estudio y respecto del cual este capítulo ha tenido, no obstante su extensión, un valor puramente introductorio.

CAPÍTULO 3

LAS BASES DE LA FORMACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO REVOLUCIONARIO

I. El Derecho Público del Antiguo Régimen

En la Edad Moderna el trabajo tenaz de los reyes servidos por sus juristas ha concluido por cuajar en la forma política nueva que se llamará el Estado moderno. El concepto básico es el de soberanía o, en nuestra terminología propia, el de «poderío real absoluto». Bodino, Maquiavelo, Hobbes, una pléyade de autores y juristas menores, respaldan esta gran creación histórica, que llevarán a la práctica, sobre todo, las grandes monarquías nacionales.

Los primeros tratados de Derecho Público estrictamente tal van a surgir en Europa en este momento, precisamente, para explicar la posición y los derechos de los nuevos poderes soberanos. Meinecke, en su gran libro *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*¹ ha mostrado cómo al hilo de

¹ Utilizo la traducción española de E. Tierno Galván, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1959.

la razón de Estado se inicia esta literatura jurídica nueva. La idea esencial es que la razón de Estado es el medio de quebrantar el Derecho positivo de los estamentos y de las instancias privilegiadas; el «bien público» podía en cada momento exigir e imponer una modificación jurídica. «El que la esfera del Derecho, tan conservadora por naturaleza, entrara en movimiento y fluidez no sólo de hecho, sino también idealmente, en las normas y representaciones axiológicas de los hombres, iba a ser de indecible significación histórica.» Se ha encontrado, pues, el medio de quebrantar la «costra tan tenaz de Derecho consuetudinario y de privilegios que... tan terco obstáculo había de oponer a la constitución del Estado moderno». «La razón de Estado puso en manos de los príncipes el martillo con el que pudieron hendir la costra de la tradición jurídica. En este sentido la razón de Estado tuvo mayores efectos que la recepción del Derecho Romano en el siglo XVI... en Alemania.» Un punto capital de la teoría era «la liberación del imperio del Derecho positivo en caso de necesidad». «*La ragione di stato e un necessario eccesso del iure commune per fine di pubblica utilità*», dirá Andrea Canonhierro, *Dell'introduzione alla politica, alla ragion di Stato*, 1614. Meinecke cita por extenso varios autores como Hermann Conring (*Ratio status*, 1651), Arnold Clapmarius (*De arcanis rerum publicarum*, 1604), Johannes Curvinus (*Discursus de arcanis rerum publicarum*, 1644), etc.²

² No citado por Meinecke, creo que el primer tratado español de Derecho Público, el de Antoni Perezi, *Ius publicum. Quo arcana et iura Principis exponuntur*, Amsterdam, 1657. No confundirlo con su homónimo el famoso secretario de Felipe II, que le precede en casi un siglo. Se titula consejero del rey y de la Universidad de Lovaina, donde firma su prólogo. Aunque más inclinado a los problemas del Sacro Romano Imperio —el libro está dedicado a Leopoldo de Habsburgo, rey de Hungría y de Bohemia—, sería interesante un estudio analítico de esta obra, que ahora no es, naturalmente, procedente.

Quebrantar el Derecho común, justificar las exorbitancias, las derogaciones a las Leyes establecidas, todo sobre la base de una superioridad sustantiva del Rey, como comisionado de Dios para el gobierno humano, tal es el contenido de este nuevo Derecho. No se describen propiamente relaciones jurídicas, dada la posición supraordenada del Príncipe y supuesta la regla *princeps legibus solutus est*, que le exime del imperio de las Leyes³. Las únicas relaciones jurídicas que se tratan como tales son las relativas al Derecho privado; el Príncipe, si absuelto de las Leyes positivas, está *abs-trictus* al Derecho natural y de gentes, vía por la cual entran las dos grandes instituciones civiles de la propiedad y del contrato; un *ius eminens* puede romper en el caso concreto los vínculos derivados de esas instituciones, pero ello obligará al Rey a una indemnización. La doctrina del Fisco, las primeras regulaciones de la expropiación y de los contratos públicos, se desarrollan para explicar este peculiar ámbito relacional.

No nos interesa ahora demasiado seguir la evolución de esos principios, sino situarnos inmediatamente en las vísperas de la Revolución Francesa, para poder comprender las innovaciones radicales que ésta aporta. En dos textos expresivamente definitorios resumiremos la situación del Derecho Público prerrevolucionario.

En primer término, Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1.^a edición, 1689, justo un siglo antes de la Revolución, en el momento mismo del cénit de Luis XIV. Hay una 2.^a edición de 1777, que nos sitúa ya en los pródromos mismos de ese gran suceso. El libro, aunque referente a las Le-

³ Cfr. D. Wyduckel, *Princeps Legibus Solutus. Eine Untersuchung zur frühmoderne Rechts- und Staatslehre*, Berlín, 1979.

yes civiles, tiene una segunda parte más compendiosa con el título de *Droit Public*⁴ y de ella destacaremos ahora sobre todo, por su significación, la dedicatoria al Rey Luis XIV, porque en ella resume el autor toda la intención y la significación de su trabajo. Dice así (aunque el texto es mucho más largo):

Para tratar a fondo el Derecho Público en su extensión y tal como está en uso en vuestro Reino es preciso comenzar por los fundamentos de la autoridad y del poder que Dios ha puesto en la persona sacrosanta de vuestra Majestad para gobernarlo, de los derechos ligados a ese poder, de la veneración, de la obediencia y de la fidelidad que le deben sus súbditos y a todas sus órdenes. Es preciso entrar en el detalle de los derechos que encierran el uso de ese poder en paz y en guerra, las fuerzas y las otras ayudas necesarias para hacer subsistir el Estado en orden y tranquilidad y defenderle contra las empresas de los enemigos. Es preciso tratar en él de la policía general del Reino, los diferentes estamentos de personas que componen el Estado, de sus funciones, de sus deberes, del arte militar, de las finanzas, de la Administración de Justicia, del castigo de los crímenes, del orden judicial, de los deberes de los jueces y de todo el detalle que estas partes generales del orden público deben incluir. Como son todas estas materias las que ocupan a vuestra Majestad y que son el objeto más digno del uso de su poder, yo he intentado, para responder en tanto que me ha sido posible a su dignidad y al gran celo de vuestra Majestad y por la *Religión y por la Justicia, fundar sobre los principios de la una y de la otra las materias del Derecho Público. Pues como el orden público es la obra de Dios mismo, que dispone del gobierno de todos los Estados, que da a los reyes y a los otros príncipes todo su poder y que regula el uso y el orden del cuerpo de la sociedad de los hombres de los cuales él ha puesto los Jefes, es en la fuerza de las verdades que él nos enseña por la Religión y*

⁴ La edición de 1777 está en esta parte actualizada por De Héricourt.

en las luces naturales de la justicia y de la equidad donde es preciso profundizar el detalle de las reglas del Derecho Público.

Se verá que aquí se habla de la autoridad y del poder del rey y sólo de «la veneración, la obediencia y la fidelidad» de los súbditos; no hay otros «derechos» que los «que encierran el uso de ese poder en paz y en guerra», propio del Rey. Se apreciará el fundamento teológico explícito de ese poder supraordenado y de su ejercicio. Retengamos todo esto para poder comprender mejor el cambio radical de planteamiento y de soluciones que advendrá apenas doce años más tarde de la 2.^a edición de esta obra clave del Antiguo Régimen.

El fondo de la decisión del poder no está afectado, pues, por límites jurídicos. Está remitida, simplemente, a la prudencia del Príncipe, a su discreción, a su recto juicio moral. De ahí la importancia de la educación del Príncipe, de la formación de su conciencia y de su criterio, como ha estudiado Maravall en la literatura política del siglo XVII español. La Ilustración elevará a ideal político la existencia de un Príncipe Ilustrado, dentro de esa misma línea. Su fórmula política se concretará por ello, con toda consecuencia, en un despotismo ilustrado decidiendo desde su sola discreción libre.

Un viejo apotegma del Derecho Público francés decía expresamente: *Chacun tient du Roy, le Roy ne tient de personne*, todos están obligados en algo al Rey, el Rey no está obligado nunca con ninguno ⁵. No se podría explicar mejor la fal-

⁵ Antoine Loyrel, *Institutes coutumières*, ed. de París, 1846 (originaria, de 1607) por Dupin y Laboulaye, París, II, pág. 36. Su origen estaría en una contestación real del Rey Francisco I a unos nobles que pretendieron reclamarle algo.

ta de cualquier relación jurídica activa contra el poder. Es un principio que viene a negar rotundamente toda posibilidad formal de vincular jurídicamente al Rey.

Un segundo texto, ya mucho más inmediato a la Revolución, puede aún ser traído a colación. El 3 de marzo de 1766 el Rey Luis XV habla ante el Parlamento de París para oponerse a una de las *rémontrances* o vetos devolutivos que este cuerpo había opuesto a una decisión suya. En la llamada «sesión de la flagelación» el Rey reprocha a ese órgano judicial nobiliario que pretenda irrogarse la representación y defensa de los derechos de la nación, y dice: «Los derechos y los intereses de la nación de los que se osa hacer un cuerpo separado del monarca están necesariamente unidos con los míos y no reposan más que en mis manos. No soportaré que se forme en mi reino una asociación que haría degenerar en una confederación de resistencias el vínculo natural de los mismos deberes y de las obligaciones comunes, ni que se introduzca en la monarquía un cuerpo imaginario que no podría más que enturbiar la armonía de ésta... En mi persona sola reside el poder soberano, cuyo carácter propio es el espíritu de consejo, de justicia y de razón... La plenitud de esta autoridad, que los Tribunales no ejercen más que en mi nombre, permanece siempre en mí y su uso no puede ser jamás usado contra mí» ⁶. Es un resumen contundente de todo el elemental Derecho Público del Antiguo Régimen.

⁶ Referencias en Olivier-Martin, *Histoire du Droit Public. Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, París, les Cours de Droit, 1950, pág. 89. M. L. Pavía, «La Loi en 1791», en la obra colectiva 1791. *La première Constitution française. Actes du colloque de Dijon*, París, 1993, pág. 331.

II. La Nación sustituye al Rey como titular del poder

Frente a toda esa construcción, religiosa o mítica ⁷, barroca y misteriosa ⁸, las ideas que la Revolución Francesa ofrece son de una perfecta simplicidad. Podría decirse que la Revolución «desencanta» el poder, lo reduce a un mecanismo humano, común, ordinario, racional, lo hace descender a la ciudad.

Todo el ideario político de la Revolución está concentrado, como el árbol frondoso en la semilla, en el fundacional texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. En su artículo 3.º se ha inscrito la idea esencial del nuevo orden político: «El principio de toda soberanía reside esencialmente en la Nación. Ninguna corporación o estamento, ningún individuo puede ejercer autoridad que no emane expresamente de ella.» Partiendo de que todos los hombres «nacen y permanecen libres e iguales» (art. 1.º de la Declaración), sólo de ellos mismos puede surgir un poder que les afecte. Sólo la comunidad puede disponer sobre sí misma. Es el principio básico sobre el poder que la Revolución aporta, que toma, evidentemente, de las tesis pactistas, en especial de sus formulaciones de Locke y

⁷ Como ha dicho Pierre Nora, «los teólogos de la monarquía, los historiadores del rey y los oficiales o juristas de la corona consiguieron fijar sobre la institución monárquica, sobre el cuerpo del rey, algo divino que se vinculaba a la Iglesia y al cuerpo de Cristo». En la obra colectiva, dirigida por el propio Nora, *Les lieux de mémoire*, II; *La Nation*, vol. III, París, 1986, pág. 647.

⁸ Se habla, como hemos visto en los mismos títulos de los primeros iuspublicistas, de *arcana principis*, del poder como *mysterium terribile*, terrible porque lo es que Dios entregase la disponibilidad absoluta sobre los pueblos, sobre la vida, la muerte, el destino entero de los hombres a un solo hombre entre todos.

Rousseau. Es el soporte de la rebelión del tercer Estado, de su autodenominación como Asamblea Nacional y Asamblea Constituyente, de la proclamación de sus grandes decisiones fundacionales.

Pero esa idea no es sólo el punto de apoyo de la formidable basculación de poder que la Revolución ha consumado, el paso de la soberanía desde el monarca al pueblo; es también la idea esencial a través de la cual el nuevo titular del poder ha de ejercer éste en adelante. El ejercicio de la autoridad, dice ese artículo 3.º, no puede ser realizado sino como «emanación» de la soberanía del pueblo, atribuido, pues, por éste y como «agente» o comisionado del mismo, sin que la soberanía como tal pueda pasar a ningún individuo, a ningún estamento o corporación. Con esta salvedad se está excluyendo de modo expreso la posibilidad de apropiación histórica, personal o estamental, del poder, que era lo que el Antiguo Régimen ofrecía a través de instituciones como la monarquía o los oficios estamentalizados o ennoblecidos como propiedades hereditarias. La autoridad la ha de ejercer siempre el pueblo, los agentes que actúen en su nombre serán ocasionales, temporales, revocables, nunca propietarios del poder, que pueden ejercer sólo en nombre del pueblo y por comisión del mismo.

Ahora bien, ¿cómo articular esa técnica de ejercicio del poder que impide su apropiación y que mantiene siempre presente la idea de que el poder ejercido es de todos y no del agente que lo actúa?

A este respecto, la Constitución de 1791, primera en que la Revolución plasma sus ideas estructurales sobre el poder, obra de la Asamblea Constituyente, como es sabido, es especialmente cuidadosa. El Título III, «De los poderes públicos», comienza en su artículo 1.º con una paráfrasis

muy expresiva del artículo 3.º de la Declaración de 1789 (que recordemos que encabeza a la Constitución entera) en esta forma: «La Soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna parte del Pueblo, ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio.» La intención de mantener incorporada la soberanía a la nación o al pueblo (tres conceptos, por cierto, a los que el texto presta mayúsculas) de forma inseparable y permanente es, como se ve, patente. Más chocante puede parecer inicialmente la expresión de que «nadie puede atribuirse el ejercicio de la soberanía». Quiere decir, evidentemente, dos cosas: por una parte, que no cabe un ejercicio en nombre propio, como un derecho personal; esto era lo propio de las antiguas potestades y es, justamente, lo que pretende proscribirse para siempre ⁹. En segundo término, parece también claro que quiere significarse que lo que inmediatamente se va a calificar de «delegación» del ejercicio de la soberanía no puede ser total, sino sólo parcial, fragmentaria y limitada ¹⁰.

⁹ En los términos clásicos de Sieyès: «La comunidad no se despoja del derecho de querer. Es su propiedad inalienable. No puede más que comisionar su ejercicio.» Por otra parte, «el cuerpo de delegados no puede tener la plenitud del ejercicio de ese poder. La comunidad no ha podido confiarle, de su poder total, una porción...». En *Qu'est-ce que le Tiers État?*, cap. V (reimpresión de la ed. de 1789, París, 1982, pág. 66). Y en otro lugar: «La idea de Representante es moderna: nos viene del gobierno feudal, de ese inicuo y absurdo gobierno en el cual la especie humana se degradó y donde hasta el nombre de hombre fue deshonrado.»

¹⁰ Como dice Bastid, *Sieyès et sa pensée*, nueva ed., París, 1970, pág. 372, Sieyès había recaído siempre, tanto por la vía histórica como por la vía lógica, «en esta idea de que el régimen representativo supone una reglamentación minuciosa de las competencias», un sistema de tasa legal de competencias, como luego trataremos nosotros de explicar. En su *Qu'est-ce que le Tiers État*, pág. 66, Sieyès es formal: dos caracteres implican la representación: «1.º la voluntad (representativa) no es plena e ilimitada en el conjunto de representantes, no es más que una porción de la gran vo-

El artículo 2 de este mismo Título de la Constitución perfila más esta construcción central de la articulación del nuevo poder: «La Nación, de la cual únicamente emanan todos los poderes, no puede ejercerlos más que por delegación. La Constitución francesa es representativa: los representantes son el cuerpo legislativo [al que se llamará más adelante “Asamblea Nacional Legislativa”] y el Rey.» Aquí está justamente la clave sobre el ejercicio práctico de la soberanía, la representación política, a cuyo efecto se llama también delegación. La idea de representación, no sólo contraria sino condenada expresamente por Rousseau ¹¹, es la gran aportación técnica de Sieyès al pensamiento constitucional revolucionario ¹², y había sido ya recibida en el ar-

luntad común nacional. 2.º Los delegados no la ejercen como un derecho propio, pues el derecho es de otro; la voluntad común no está ahí más que en comisión o encargo» (fiduciariamente, podríamos decir, con un término —*trust*— que vimos que estaba ya en Locke).

¹¹ Rousseau, *Contrat social*, liv. II, cap. I: «El Soberano, que no es más que un ser colectivo, no puede ser representado más que por sí mismo: el poder puede transmitirse, pero no la voluntad.»

¹² Vid. P. Bastid, op. cit., 2.ª ed., París, 1970, págs. 369 y ss. «El pueblo no puede hablar más que por sus representantes», dice Sieyès. La construcción técnica de esta representación, que excluye el mandato imperativo, es muy matizada, pero no es ahora nuestro tema. Convendrá precisar que, frente al declarado orgullo de Sieyès como supuesto inventor de la doctrina de la representación, el principio (que tiene precedentes en todos los pactistas y, por tanto, en Hobbes y en Locke) está ya expuesto y perfectamente desarrollado en Montesquieu, al tratar justamente de la organización del poder legislativo. En el justamente famoso libro XI, capítulo 6 de *L'Esprit des Lois* (pág. 199 del tomo II de las *Oeuvres complètes* de «La Pléiade», París, 1951), Montesquieu dice: «Como en un Estado libre todo hombre libre que se considera que tiene un alma libre debe ser gobernado por sí mismo, es necesario que el pueblo en su conjunto tenga el poder legislativo. Pero como esto es imposible en los grandes Estados y está sujeto a muchos inconvenientes en los pequeños, es preciso que el pueblo haga por sus representantes todo lo que no puede hacer por sí

título 6 de la Declaración de 1789 como técnica indispensable para el gobierno de una gran nación, imposible de ser regida por la democracia directa que Rousseau propugnaba (y que, por esto sólo, habría de limitarse de hecho a las pequeñas ciudades libres).

Pero es muy importante notar que esta Constitución establece ya la neta diferencia entre los «representantes», que son los parlamentarios y el Rey, como hemos visto, y todos los que participan en el Poder Ejecutivo, que son, simplemente, «agentes», «funcionarios», «administradores». Enérgicamente se subraya: artículo 2 de la Sección II del capítulo IV: «Los administradores *no tienen ningún carácter de representación. Son agentes* elegidos temporalmente por el pueblo para ejercer, bajo la vigilancia y la autoridad del Rey, las funciones administrativas.» Aquí está, ha dicho Carré de Malberg¹³, en esta

mismo... La gran ventaja de los representantes es que son capaces de discutir los asuntos. El pueblo no es apropiado para ello.» Conviene tener presente que, como ha notado últimamente Baker (*Inventing the French Revolution*, pág. 224 y ss.; es un estudio muy agudo sobre *Representation redefined*), los Estados Generales no representaban en absoluto a la nación como un todo, sino a los particulares intereses de sus comunidades y Estados o estamentos respectivos, que es, justamente, lo que da su significado propio a los *cahiers de doléances*; el único representante del Estado en el Antiguo Régimen es el Rey, según los conocidos conceptos de Bosquet: «A través de los reyes Dios ejerce su mando»; «el Estado entero está en la persona del Príncipe». Cfr., en general, sobre la creación revolucionaria, R. Redslob, *Die Staatstheorien der französischen Nationalversammlung von 1789*, Leipzig, 1912, págs. 57 y ss.; H. Hofmann, *Repräsentation. Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlín, 1974, págs. 406 y ss.; H. F. Pitkin, *The concept of Representation*, Berkeley-Los Angeles, 1967. Y las excelentes recopilaciones de H. Rausch en la serie «Wege der Forschung», en *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung*, Darmstadt, 1968, y *Die Geschichtlichen Grundlagen der modernen Volksvertretung*, 2 vols., Darmstadt, 1980.

¹³ Carré de Malberg, *La Loi, expression de la volonté générale*, 2.ª ed., París, 1984, págs. 20-21.

distinción entre representantes y agentes, un concepto fundamental «porque contribuye poderosamente a revelar el verdadero y profundo alcance de toda la concepción sobre la cual fue fundada después de 1789 la organización estatal propia del Derecho Público francés». «Se ha abierto un verdadero abismo jurídico por los fundadores del Derecho Público francés entre el Parlamento, que es declarado por la Constitución como el representante, y por tanto igual a la nación, y los otros personajes u organizaciones que, según la Constitución, no son más que agentes de ejercicio de una función del poder nacional..., simples autoridades comisionadas.» Son, además, agentes porque sólo pueden actuar, como veremos, en virtud de la Ley, sólo en la cual está la voluntad general, nunca en quienes la ejecutan o aplican, que son, necesariamente, un *quid aliud*.

Incidentalmente, interesa notar que el concepto de Nación de la Declaración no tiene nada que ver con el que poco después elaborarán y pondrán a punto los idealistas y los románticos alemanes, una entidad espiritual y suprapersonal forjada por la historia y llamada a ser, como tal ente colectivo, protagonista futuro de dicha historia y titular de pretensiones que se imponen por su superioridad a los intereses de sus miembros. Es, por el contrario, un concepto individualista (como toda la concepción jurídica revolucionaria) y no traspersonal, y jurídico no histórico (inicialmente al menos). La definición clásica de Sieyès lo expresa admirablemente: «¿Qué es una nación? Un cuerpo común y representado por la misma legislatura» ¹⁴. Es por ello no sólo posible sino obligado que la voluntad de la nación deba de expre-

¹⁴ Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État*, cap. I. En la edición crítica de E. Champion (reed. de 1982), pág. 31.

sarse a través de la voluntad de sus miembros, cada uno de los cuales y todos juntos conviven en un régimen de total libertad.

III. La Ley como expresión del gobierno de la Nación

El siguiente paso, que resulta esencial para todo el conjunto, es que todos esos agentes, que se insertan en la organización a través del juramento, van a ejercitar únicamente los poderes que la Ley haya previsto para la materia concreta en que se ejercitan. Es la idea capital del gobierno por la Ley o del *règne de la Loi*, expresión capital, que veremos aparecer tempranamente entre los conceptos revolucionarios.

Esa idea está ya explícitamente en la Declaración de 1789. Vimos en el capítulo precedente que el artículo 4 había aportado la idea esencial de la Ley como límite de las libertades, como la técnica para asegurar la concurrencia y la coexistencia recíproca de las libertades de todos los ciudadanos. Pero la Declaración contiene otros cuatro artículos capitales para definir el papel esencial que se reserva a la Ley en la construcción política, los artículos 5, 6, 7 y 8. Recordemos su texto, que deberemos tener presente en todo lo que sigue.

Art. 5. «La Ley no tiene el derecho de prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad. Todo lo que no está prohibido por la Ley no puede ser impedido, y nadie puede ser forzado a hacer lo que la Ley no ordena.»

Art. 6. «La Ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho a concurrir personalmente, o por sus representantes, a su formación. La Ley debe ser la misma para todos, tanto si protege como si castiga. Todos los ciudadanos son

iguales ante ella y, por tanto, igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos.»

Art. 7. «Ningún hombre puede ser acusado, detenido o encarcelado más que en los casos determinados por la Ley y según las formas que ésta prescriba. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados; pero cualquier ciudadano llamado o intimado en virtud de la Ley debe obedecer al instante: será culpable si se resiste a ello.»

Art. 8. «La Ley no debe establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias y nadie podrá ser condenado más que en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada.»

En estos cuatro prodigiosos artículos (unidos al art. 4.º, ya comentado más atrás) se encierra una idea esencial, la de la legalización general del ejercicio del poder, la idea de la que va a surgir, justamente, todo el nuevo Derecho Público europeo ulterior. Pocas veces una formulación legislativa aparentemente tan simple, y por de pronto tan corta, habrá tenido una trascendencia tan espectacular. Se encierra ahí todo el futuro de la organización política y del Estado para varios siglos (acabamos de entrar en el tercero, y no se vislumbra aún el fin del modelo).

No bastaba con trasladar la titularidad del poder desde el monarca al pueblo, poder que éste ha de ejercer a través de sus representantes y de sus agentes, como hemos visto. La gran, la formidable novedad es que ese poder el pueblo va a ejercerlo precisamente a través de la Ley. La relación entre el poder que los ciudadanos crean por el pacto social y estos mismos ciudadanos, que han de soportar el ejercicio de ese poder, ha de realizarse precisamente a través de la Ley, que es la expresión de la voluntad general, según el dogma rousseauiano, que el artículo 6.º de la Declaración,

como hemos visto, recoge. Pero esa Ley sólo puede producirse por mandatos generales, como el propio Rousseau había precisado en una de las ideas centrales de su construcción intelectual ¹⁵. La sustitución del monarca por el pueblo implica también, por tanto, un cambio del instrumento de gobierno; el Rey era una voluntad singular, que se legitimaba como vicaria de la divina, y que, por tanto, podía gobernar por órdenes generales o por mandatos singulares o particulares, por privilegios o *leges in privos lata*; podía excepcionar o dispensar en cualquier momento el mandato general de una Ley previa, podía avocar para decidir *par mon plaisir* cualquier contienda o cualquier proceso. Su reino no era, pues, un imperio de Leyes, sino el imperio de una voluntad absoluta e irresistible, situada en una posición general y abstracta de superioridad sobre sus súbditos, de la que podía extraer en cada momento, en cualquier forma, cualquier contenido.

Que ahora hubiera de mandarse a través de Leyes gene-

¹⁵ Rousseau, *Contrat social*, liv. II, cap. VI, que tiene el epígrafe «De la Loi». «¿Pero qué es, en definitiva, una Ley? En tanto que nos contentemos con relacionar esta Ley con ideas metafísicas, continuaremos razonando sin entendernos... no se sabrá mejor qué es una Ley del Estado. Yo he dicho ya que no hay voluntad general sobre un objeto particular... Pero cuando todo el pueblo decide sobre todo el pueblo no se considera más que a sí mismo y si entonces se forma una idea es la del objeto entero bajo otro punto de vista, sin ninguna división del todo. Entonces la materia sobre la cual se decide es general como la voluntad que decide. Es a este acto al que yo llamo Ley... Sobre esta idea se ve al instante que no es preciso preguntar a quién pertenece hacer las Leyes, puesto que son actos de la voluntad general; ni el Príncipe está sobre las Leyes, puesto que él es miembro del Estado; ni la Ley puede ser injusta, puesto que nadie es injusto hacia sí mismo; ni cómo se puede ser libre y a la vez sujeto a las Leyes, puesto que las Leyes no son más que registros de nuestras voluntades... Yo llamo, pues, República a todo *Estado regido por Leyes*» Esta última expresión, subrayada por nosotros, es esencial.



rales y comunes a todos, precisamente, tenía unas consecuencias trascendentales. Desde la situación general de libertad en que la sociedad civil se constituye, como bien sabemos, «nadie puede ser impedido de hacer lo que la Ley no prohíbe», precisa con todo rigor el artículo 5 de la Declaración de 1789. Y más aún, y esto resulta decisivo: «Nadie puede ser forzado o constreñido a hacer lo que la Ley no ordena.» La relación política del ciudadano con el poder dejará de ser una relación de sujeción o subordinación personal, como la del esclavo a su *dominus*, o como la del hijo pequeño a la autoridad de su padre; será, en adelante, una relación jurídica específica de simple obediencia a la Ley. Relación específica porque la Ley no puede formular de nuevo un principio general y abstracto de sumisión, sino que ha de referirse necesariamente a un contenido determinado, a una acción que, aunque enunciada en términos generales y abstractos, ha de referirse a una materia concreta, la cual se presenta como una excepción singular a la situación general de libertad en que la sociedad civil se constituye y en la que el ciudadano está instalado.

De este modo, y esto resultará decisivo, el poder público se descompondrá en un conjunto de competencias legales específicas asignadas a los distintos agentes, según las materias que correspondan a su lugar en la distribución organizativa de los distintos servicios. Los jueces aplicarán la Ley, en la medida en que ésta disponga, particularizando en la sentencia su mandato general. El jefe de policía dispondrá de las facultades de prohibición, de autorización, de sanción que la Ley haya previsto que ejercite. El funcionario de Hacienda dispondrá de las competencias para fijar la base tributaria como la Ley la haya configurado, para aplicar a esa base el tipo fiscal establecido por la propia Ley, para recau-



dar según los procedimientos que la Ley también habrá tasado, etc. El poder se ejercerá, por tanto, a través de un sistema de competencias estrictamente delimitadas por la Ley y cuya ejecución será considerada una mera ejecución legal. Todo el poder público resultará estrictamente legalizado, en su conjunto y en cada una de sus aplicaciones singulares.

Por ello, y esto es esencial, la obediencia no puede exigirse más que «en virtud de la Ley», como dice el artículo 7 de la Declaración, «en nombre de la Ley», como se precisará enseguida. Todos los ciudadanos están sometidos a la Ley, pero ninguno a ningún imperante, Rey, Príncipe, señor, funcionario o agente en particular; éste es una simple «palabra que pronuncia las palabras de la Ley», en la fórmula famosa que acuñó Montesquieu ¹⁶ para expresar la posición y la función del juez en un sistema de justicia actuable según las Leyes, sometida a las Leyes y no fruto de ninguna superioridad personal del juez, ni del rey como juez supremo ni de los jueces ordinarios como vicarios suyos.

El poder más terrible del príncipe y de los jueces que actúan en su nombre ¹⁷ ha sido siempre, sin duda, el poder de castigar, de imponer condenas personales —en el límite: la tortura, las penas degradantes o inhumanas, la pena capital o condena de muerte—. Como más adelante veremos, este poder punitivo era virtualmente libre, un atributo personal del príncipe, en cuya justificación, por cierto, se extremaban las justificaciones teológicas. Pues bien, he aquí que

¹⁶ Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, liv. XI, cap. 6 (pág. 404 en el tomo II de la edición de «La Pléiade», cit.). La frase sigue diciendo de los jueces: «Seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el contenido de la Ley.»

¹⁷ Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, liv. XI, cap. VI (pág. 398 en la ed. cit.); transcribimos el texto luego.

ese criterio capital del gobierno por la Ley es extendido resueltamente al campo punitivo. La Declaración tiene, entre sus glorias inmarcesibles, haber formulado por vez primera como una norma jurídica el famoso «principio de legalidad de los delitos y de las penas», que ha alterado de manera radical en la historia humana todo el pavoroso mundo represivo, que permitía a unos hombres castigar, dañar, privar de la vida, torturar a sus semejantes. El principio, iniciado ya, como hemos visto, en el artículo 7, precisa que «nadie puede ser castigado más que en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente al delito», y lo concreta seguidamente el artículo 8. La Ley ha tenido que diseñar previamente el tipo de actos que merecen ser castigados, así como la pena correspondiente a cada uno y su medida exacta. El juez que condena aplicará esa Ley, no ningún poder personal o moral de corrección.

Hay unos preciosos conceptos de Montesquieu, antes aludidos, que merece la pena transcribir (y que, por cierto, preceden en varios años a Beccaria)¹⁸ y que dicen: «El poder de juzgar no debe ser dado a ningún senado permanente, sino ejercido por personas extraídas del conjunto del pueblo... de la manera prescrita por la Ley... De esta manera, el poder de juzgar, tan terrible para los hombres, no estando vinculado a ningún estamento [personal del juez] ni a una cierta profesión, se convierte, por decirlo así, en invisible y nulo... Los juicios deben ser fijos hasta el punto que *no sean jamás más que el texto precisado de la Ley*... Si el poder legislativo deja al ejecutivo el derecho de encarcelar a los ciudada-

¹⁸ El libro de Beccaria (vid. *infra*) se publica en 1764. *L'Esprit des Lois* sale en Ginebra en 1748. La edición definitiva es ya póstuma, y es de 1757.

nos... no habrá libertad, a menos que sean detenidos para responder a una acusación grave que la Ley ha hecho, en cuyo caso dichos ciudadanos son esencialmente libres, puesto que no están sometidos más que al poder de la Ley.» Veremos que será, justamente, en el ámbito del Derecho Penal donde se plasmará por vez primera en la Revolución esta nueva idea del gobierno por la Ley y con ella la primera manifestación del nuevo Derecho Público postulado por la Declaración, que concluirá extendiéndose a toda Europa ¹⁹.

¹⁹ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764. Ed. de F. Venturi, Turín, 1970. Trad. española de J. A. de las Casas, 1774 (por cierto, precedida de una indicación del Consejo de Castilla al autorizar su publicación que dice: «El Consejo... ha permitido la impresión y publicación de esta obra sólo para la instrucción pública, sin perjuicio de las Leyes del Reino y su puntual observancia; mandando, para inteligencia de todos, poner en el principio esta nota»); ed. facsímil, con prólogo de F. Tomás y Valiente, Madrid, 1993. Parece claro que con este paso capital hacia la legalización de los delitos y de las penas que hace la Declaración, aparte de la idea esencial del reino de la Ley, se recoge una idea que desde Montesquieu, pasando por Beccaria y Voltaire, estaba ya en la mente de los ilustrados, idea que al final del Antiguo Régimen se había hecho especialmente vivaz a propósito del caso de las llamadas *lettres de cachet* u órdenes particulares que, por decisión inmotivada del Rey, desterraban o confinaban a alguien o se le encarcelaba hasta que el propio Rey levantase la medida. Los Parlamentos judiciales ya comenzaron a protestar más o menos respetuosamente de estas prácticas a comienzos del siglo XVIII y ya de una manera formal a partir de 1753, en que se inician las grandes *rémontrances*, constituyendo uno de los puntos más graves de la oposición entre el Rey y los Parlamentos nobiliarios (remito a Olivier Martin, *Les Parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, ya cit., págs. 66 y ss.). Pero en el debate entrará el propio Voltaire (*Dictionnaire philosophique*, 1764) y, en las vísperas mismas de la Revolución, Mirabeau, víctima de una de esas prisiones arbitrarias por petición de su padre. Desde la cárcel en 1783 Mirabeau publica un panfleto furibundo, *Des lettres de cachet et des prisons d'État* (Olivier-Martin, cit., págs. 94-5) en el que, citando ya a Beccaria y a Voltaire, condena esta práctica *absolument contraire au droit pénal fondé sur*

IV. La articulación entre la Ley y los derechos

Pero lo que hace de la Ley el gran descubrimiento técnico de la Revolución no es sólo su carácter de expresión de la voluntad general y, por tanto, su condición de instrumento imprescindible para legitimar el ejercicio de cualquier autoridad pública, una vez que ésta se ha residenciado en la nación, sino su casi mágica articulación con la libertad. La Ley es, en efecto, un producto de la libertad de los ciudadanos, que se reúnen, por sí o por sus representantes, para decidir formar una Ley y determinar sus reglas; pero es, además, y sorprendentemente, si se siguen las pautas debidas, un fascinante producto cuyo contenido se resuelve, precisamente, en libertad.

La Ley como forma de producción del Derecho ha sido conocida en todas las épocas. Una específica «concepción moderna» de la Ley, como voluntad de quien manda, parece proceder del nominalismo y, a través de Suárez²⁰, de Hobbes. Es este último, con precedente claro también en Bodino²¹, quien precisará definitivamente que *is not wisdom but authority that makes Law*, o *not philosophy... but commands*

la raison. Los constituyentes, entre los que jugó un papel tan destacado el propio Mirabeau, tuvieron a la vista esta experiencia singular. Vid. el trabajo de E. Michelet, comentando el artículo 7 de la Declaración, en la obra dirigida por Conac y Debene, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, cit., págs. 161 y ss.

²⁰ Cfr., por todos, M. Bastid, *Naissance de la Loi moderne. La pensée de la Loi de saint Thomas à Suárez*, París, 1990; S. Gagner, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Upsala-Göteborg, 1960.

²¹ Bodino, *Les six livres de la République*, 1577, liv. I, chap. IX, hace de la Ley el «único signo» de la soberanía, pues «bajo este mismo poder de dar y de quitar la Ley se comprenden todos los otros derechos y medios de soberanía».

*and prohibition, the command of him or them have the sovereign power*²². Pero importa más notar que este formidable instrumento político será usado por el monarca absoluto de una manera que difiere de manera esencial de la que en el continente europeo resultará tras la Revolución Francesa.

La indesmentible agudeza de Tocqueville no pudo dejar de notar esa diferencia entre el Antiguo y el nuevo Régimen. En el capítulo VI del libro II de *L'Ancien Régime et la Révolution* explica, en efecto, con todo pormenor, la posición singular de las Leyes en la Administración absolutista. «Aunque la Ley no cambiase —dice—, la manera de aplicarla variaba todos los días. Cuando no se ha visto la Administración del Antiguo Régimen trabajando, leyendo los documentos secretos que ha dejado, no se podría imaginar el desprecio en que la Ley terminó por caer en el espíritu mismo de los llamados a su aplicación... No se encuentran apenas decisiones del Consejo que no recuerden Leyes anteriores, a menudo de fecha reciente, que han sido dictadas pero no ejecutadas. No hay, en efecto, edictos, declaración del rey, cartas patentes solemnemente registradas que no sufran en la práctica mil temperamentos. Se ve por las cartas de los Controladores generales y de los Intendentes que el gobierno permite sin cesar hacer excepción de un modo distinto a lo que él mismo ordena. Rompe raramente la Ley, pero cada día la hace plegarse dulcemente en todos los sentidos, siguiendo los casos particulares y para obtener la mayor facili-

²² Hobbes, *Leviathan*, XXVI, 202, para la primera cita; las otras dos en *Dialogue between a philosopher and a student on the common Law of England*, 89-91. Cfr. M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, París, 1975, págs. 635 y ss. (curso especial sobre «Hobbes et la fondation du positivisme juridique»).

dad en los asuntos... Quien quiera juzgar el gobierno de ese tiempo por la recopilación de sus Leyes caería en los errores más ridículos»²³. Y añade, con una frase vibrante de su *ethos* profético, este concepto capital: «En los hombres del Antiguo Régimen el puesto que la noción de Ley debe ocupar en el espíritu humano estaba vacante.» Aquí Tocqueville juega ya con el nuevo concepto de Ley alumbrado por la Revolución Francesa, concepto ya familiar para él. Ese inmenso vacío, en efecto, es el que va a intentar resolver, en una concepción decisiva, Rousseau.

Rousseau dedica un capítulo entero de su *Contrat social*, el VI del libro II, al tema de la Ley. «¿Pero qué es, finalmente, una Ley? —pregunta—. En tanto que nos contentemos con relacionar esta palabra con ideas metafísicas continuaremos razonando sin entendernos.» Hay que forjar, pues, un concepto nuevo, el que él propone de forma resuelta: «Cuando todo el pueblo decide sobre todo el pueblo, éste no se considera más que a sí mismo, y si entonces se forma un relación es del objeto entero bajo un punto de vista con el objeto entero bajo otro punto de vista, sin ninguna división del todo. Entonces la materia sobre la cual se decide o estatuye es general como la voluntad misma que estatuye. Es a este acto al que yo llamo la Ley.» En términos más simples: la Ley es la decisión del pueblo entero, decidiendo sobre el pueblo entero, por medio de normas generales y comunes. «Cuando digo que el objeto de las Leyes es siempre general, entiendo que la Ley considera a los sujetos en conjunto y las acciones como abstractas, jamás un hombre como individuo ni una acción particular... toda función que

²³ Cfr. el excelente curso en la Sorbona de 1945-6 de F. Olivier-Martin, *Les Lois du Roi*, reimpresión, París, 1988.

se refiera a un objeto individual no pertenece al poder legislativo.» «La Ley reúne la universalidad de la voluntad y la del objeto»; ahí está su milagroso mecanismo. Fruto de la voluntad general, se resuelve en mandatos necesariamente generales. Esto es, por otra parte, lo que hace a la Ley infalible, incapaz de error. Diderot lo dirá con convicción que nos desarma (cuando tan escarmentados estamos ya de lo que las Leyes pueden, en efecto, aportarnos): «Las voluntades particulares son sospechosas; pueden ser buenas o malas; pero la voluntad general es siempre buena; no ha engañado nunca, no engañará jamás» ²⁴.

El resultado de este mecanismo, aparentemente tan simple, es, sin embargo, deslumbrador; significa, nada menos, desterrar para siempre del mundo la posibilidad de una Ley opresiva. Todas las Leyes serán, por virtud de esa técnica, Leyes de libertad. En otro lugar del *Contrat social* ²⁵ Rousseau explica, en efecto, que por la asociación general que él propugna «cada uno, uniéndose a todos, no obedece, sin embargo, más que a sí mismo y permanece tan libre como antes». En su *Discours sur l'Économie politique* ²⁶ no puede ocultar el orgullo de su genial descubrimiento. «¿Por qué arte inconcebible ha podido encontrarse el medio de sujetar a los hombres para hacerles libres?: ¿de emplear al servicio del Estado los bienes, los brazos y la vida misma de todos sus miembros sin constreñirles y sin consultarles?, ¿de enca-

²⁴ Diderot, voz «Droit naturel», en la *Encyclopédie*. No es más que una paráfrasis del famoso capítulo 3 del libro II del *Contrat social*: «Si la voluntad general puede equivocarse»: La volonté générale est toujours droite.

²⁵ Rousseau, *Contrat social*, I, 6.

²⁶ Es la voz de este concepto para la *Encyclopédie*, que redacta a petición de sus directores y amigos, Diderot y D'Alembert; en el tomo II de las *Oeuvres complètes* de «La Pléiade», París, 1964, págs. 248. El subrayado del texto que se cita es nuestro.

denar su voluntad por su propio deseo...? ¿Cómo puede hacerse que los hombres obedezcan y que nadie mande, que sirvan y no tengan dueño; tanto más libres, en efecto, que, bajo una aparente sujeción, nadie pierde su libertad más que en lo que puede perjudicar a la de otro? *Estos prodigios son la obra de la Ley. Es sólo a la Ley a quien los hombres deben la justicia y la libertad.* Es este órgano salvífico de la voluntad de todos el que restablece en el derecho la igualdad natural entre los hombres. *Es esta voz celeste que dicta a cada ciudadano los preceptos de la razón pública y le enseña a obrar según las máximas de su propio juicio y a no estar en contradicción consigo mismo.*» Se trata, sin duda posible, de «la más sublime de todas las instituciones humanas, o más bien, por *una inspiración celeste que enseñó al pueblo a imitar aquí abajo los decretos inmutables de la divinidad*»²⁷. El nuevo concepto de la Ley es, ni más ni menos, una verdadera revelación divina.

De ello se deduce derechamente que «el fin de todo sistema de legislación... se reduce a dos objetos principales, la libertad y la igualdad». Así el individualismo, lejos de desintegrar a la sociedad, la lleva a su perfección máxima. Es lo que se ha llamado²⁸ «la inversión de los supuestos lógicos y antropológicos del absolutismo: el uso de la razón privada dejada a sí misma conduce al orden».

En estos textos fundamentales hemos visto que Rous-

²⁷ Manuscrito de Ginebra del *Contrat social*, liv. I, cap. VII (cit. en la edición de «La Pléiade», pág. 1460). Rousseau parece establecer aquí una analogía, verdaderamente osada, entre la articulación de las leyes divinas con la libertad del hombre y la que resulta de las leyes humanas que él propugna, que igualmente vienen a salvaguardar esa libertad. Es ésta quizá una de las cimas de la utopía política.

²⁸ Javier Conde, «Sociología de la sociología. II. La Revolución (Constitución del poder por concurrencia)», *Revista de Estudios Políticos*, 65, 1952, pág. 29.

seau lanza una idea llamada a un largo y glorioso porvenir, la idea de que, a través del mágico mecanismo del establecimiento de las Leyes por la voluntad general y por medio de preceptos igualmente generales, resultará un tipo de sociedad en el que reinará la libertad de cada uno, sin otro límite que el respeto a la libertad igual de los demás. Esta idea es la que proclama el artículo 4 de la Declaración de derechos de 1789 y la que elevará a la más alta expresión la Filosofía del Derecho y del Estado de Kant.

Recordemos el texto del artículo 4 de la Declaración: «La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro: así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que los que aseguran a los otros miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites no pueden establecerse más que por la Ley.»

Se conocen bien los avatares de la redacción de ese precepto básico: fue Sieyès su padre reconocido, aunque con la notable particularidad de que para su aprobación tuvo que contar con la tendencia conservadora y monárquica de la Asamblea. Sieyès había presentado un proyecto íntegro de declaración de derechos los días 20 y 21 de julio de 1789 (recordemos que la Declaración fue aprobada el día 26 de agosto siguiente; el debate esencial que ahora nos ocupa tuvo lugar a partir del 19 de agosto), provocando el asombro y la perplejidad de la mayoría y el entusiasmo de una minoría resuelta ²⁹. El texto comienza recordando que «los Representantes de la Nación francesa, ejerciendo las funciones del

²⁹ M. Gauchet, voz «Droits de l'homme», en *Dictionnaire critique*, cit., págs. 687 y ss. Su texto íntegro está recogido en el libro de Rials, *La Déclaration*, cit., págs. 614-621.

poder constituyente, consideran, en primer término, que toda unión social y por consecuencia toda constitución política no puede tener por objeto más que proteger y servir los derechos del hombre que vive en sociedad». La tabla de derechos, en número de 42, es de una gran abstracción. Sieyès reprochó en el debate a las Declaraciones americanas haber mantenido la antigua imagen del poder, imagen inaceptable para un «pueblo que recupera su soberanía completa». Pero su proyecto será rechazado por una mayoría de los moderados o la «derecha» (es en ese momento precisamente cuando se origina esa perdurable división política entre izquierdas y derechas), que impone como texto base del debate otro de los proyectos completos elaborado por uno de los Comités de la propia Asamblea.

Pero si Sieyès y su grupo resultan vencidos, va a ser, sin embargo, una parte sustancial del contenido de su proyecto el que se imponga en el debate plenario ³⁰. Ocurrió que en el seno del debate un sector de la Asamblea sostuvo que debía promulgarse a la vez que la Declaración de derechos una Declaración de deberes que contrabalancease la primera. A los ojos de Sieyès la reciprocidad de cada uno hacia sus semejantes bastaba para contrabalancear el carácter absoluto de los derechos: no existen otros deberes hacia los demás que respetarles los mismos derechos que yo tengo. No hay, pues, más que derechos coexistiendo entre sí.

Esa idea conduce a definir el contenido de la Ley como el instrumento para articular esa coexistencia de derechos en la sociedad. Es ahí donde se produce la sorprendente convergencia en el texto del artículo 4: la derecha acepta

³⁰ Sigo la exposición de Gauchet, págs. 688 y ss., y Rials, *La Déclaration*, págs. 383 y ss.

que la Ley constituya los límites de los derechos y confía en que esa Ley estará pronto en sus manos; la izquierda acepta que la Ley fije esos límites, pero intenta definir el ámbito legítimo de la Ley, que no puede exceder de la función de articular derechos entre sí. Hubo, pues, un malentendido en esa confluencia de apoyos, pero el resultado fue trascendental, la consagración formal de la Ley como garantía de la libertad, fórmula llamada a un extraordinario porvenir, como tendremos ocasión de ver.

De aquí arranca la idea esencial de la Ley como garantía de los derechos, que entierra resueltamente su vieja concepción como *quod principe placuit*, lo que al príncipe place, su simple voluntad superior. Si técnicamente, según vimos en el capítulo anterior, no hay derechos subjetivos sin una Ley que los reconozca, los delimite y los proteja, ahora viene a resultar inesperadamente, en virtud del mágico y prodigioso hallazgo de Rousseau, que la Ley no tiene otro objeto, justamente, que proteger y hacer efectiva la libertad, articulando la libertad de todos y asegurando su simple coexistencia. «No hay libertad sin Leyes, ni allí donde hay alguien por encima de las Leyes... En una palabra, la libertad sigue siempre la suerte de las Leyes, reina o perece con ellas; yo no sé nada que sea más cierto que esto», dice Rousseau con su énfasis característico ³¹.

Así se explica la observación de Brunot, en su papel de historiador estricto de la lengua, sobre la fascinación con que el pueblo contempló las inauditas experiencias a que estaba asistiendo desde la autoproclamación de la Asamblea Constituyente: «Sus sacerdotes eran los legisladores, cuyo

³¹ Rousseau, *Lettres écrites de la Montagne*, Lettre VIII (pág. 842 en la ed. de «La Pléiade»).

nombre, pronunciado millones de veces con énfasis respetuoso, evocaba la idea de dispensadores supremos encargados de la misión celestial de asegurar la felicidad de la humanidad... [la nueva religión que la Revolución supuso] había formulado un credo, la Declaración de derechos. Las Leyes, los votantes asegurarían su triunfo... Una esperanza inmensa elevaba los corazones hacia el advenimiento del nuevo contrato social anunciado por el profeta y cuya realización había comenzado cuando la Asamblea había establecido como base del mundo regenerado la igualdad universal en la libertad definida» ³².

No resultan, pues, en nada equiparables estas Leyes nuevas con las Leyes antiguas, instrumentos de opresión y reforzadoras de los privilegios, sino Leyes de libertad, que descubren y afloran y protegen eficazmente el nuevo orden natural que tiene en la libertad su constitutivo esencial.

De aquí derivará en línea derecha el intento de reducir todo el Derecho a la Ley, lo que no había ocurrido nunca antes, a lo largo de toda la historia humana. Este intento se enraiza en esta nueva idea de la Ley que la Revolución ha puesto en marcha y que marcará a toda Europa (no a América, por cierto, como tampoco a Inglaterra, diferencia esencial que condena por sí sola la calificación de Jellinek de los conceptos básicos sobre la función de la Ley en la Declaración como puramente metafísicos o retóricos). El mito de la Ley, del que derivará el intento de regulación legislativa generalizada ³³, que va a marcar todo nuestro tiempo desde la

³² F. Brunot, *Histoire de la Langue Française*, cit., tomo IX, vol. 1, pág. 5.

³³ Lingüísticamente, Brunot ha notado que las palabras «Legislación», «Legislador», «Legislar», «Legislativo», «Legislatura» son apenas usadas antes de la Revolución. *Histoire*, IX, 2, págs. 640 y ss., 754 y ss.,

Revolución y la codificación francesa, la conversión del Estado en una *machina legislatoria* con pretensiones de regular y resolver todas las cuestiones sociales generales, arrancan de esa concepción nueva que Rousseau pensó con la sensación de haber recibido una verdadera revelación divina.

Hoy, dos siglos después, nuestra fe en la Ley está, ciertamente, bastante quebrantada. De Rousseau, buscando su

760 y ss. Lo reitera W. von Wartburg, *Französisches etymologisches Wörterbuch*, Bonn-Leipzig-Berlin-Basilea, tomo V, pág. 293. Lo confirma S. Gagner, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, cit., págs. 57-8. Este último autor nos informa también que en alemán, aunque la terminología aparece ya en la Ilustración tardía, la palabra *Gesetzgebung* se utiliza por vez primera en 1801 (págs. 58-9). Sin embargo, el forjador del sentido moderno de la palabra parece ser Montesquieu («legislador», «legislativo») en *L'Esprit des Lois*, cuya 1.ª edición es de 1748 (véase el *Index* de la edición de «La Pléiade», págs. 1683-4); A. Rey (dir.) en su reciente y valioso *Dictionnaire historique de la Langue Française*, París, 1992, pág. 1110, adelanta el ingreso en francés a 1721. En castellano, Pedro Álvarez de Miranda (director de los trabajos del «Diccionario histórico de la Lengua Española» de la Real Academia y autoridad reconocida) me proporciona una referencia de Jovellanos de 1773, *El delincuente honrado*, autor que repite el término en su discurso de ingreso en esta Real Academia, 1781, y en el *Informe en el expediente sobre la Ley Agraria*, de 1795. Sin embargo, la palabra se recoge ya en el *Diccionario castellano* de Esteban de Terreros, que, aunque publicado en 1787, estaba ya terminado en 1767. Estos usos es imaginable que procedan de Montesquieu. El *Diccionario de la Academia* la incluye ya en la edición de 1803, generalización que acusa ya el influjo revolucionario. Pero el francés, como admite Rey y explicaría el papel de Montesquieu, recibe la palabra del inglés; ya vimos más atrás que Locke la usa como expresión de uno de sus conceptos esenciales en el *Second Treatise*, de 1691, fuente la más probable de Montesquieu; el *The Oxford English Dictionary*, 2.ª ed., Oxford, 1989, da dos entradas de «Legislation» en 1655 y 1675, anteriores a Locke, pues. El uso anterior bajo latino, de donde la palabra procede, parece claro, así como su utilización por los teólogos que escriben en latín (Suárez, por ejemplo, cuyo gran libro se llama *De legibus ac Deo Legislatore*, 1.ª edición de 1612). La genealogía de la «lengua de los derechos» parece bien establecida en este caso, pues.

sueño liberador, hemos venido a recaer, inesperadamente, en Hobbes, en la expresiva fórmula de Dahrendorf³⁴, en un absolutismo legislativo regulador y opresor, a su vez generador de incertidumbre y de anomia moral, y no propiamente en el esperado reino de la libertad. Pero ello es una consecuencia de que el hombre no encontrará nunca soluciones definitivas a sus problemas; cada solución puesta en marcha aporta su nuevo lote de problemas propios. «Nunca se deja la historia acabada para siempre», dice Dahrendorf. Hoy nadie cree, como lo hicieron Rousseau y luego Marx y otros varios profetas, en la posibilidad absoluta de vencer la alienación humana con fórmulas sociales y políticas determinadas. Pero la Revolución sí lo creyó, resuelta, y embarcó con ello a la humanidad en un camino en cuyo curso continuamos todavía. No es dudoso, sin embargo, que el nivel histórico de la conciencia humana creció con ello notablemente. En cualquier caso, no parece que tengamos ya otra alternativa que la de seguir rigiéndonos por Leyes. Todo el problema es ahora mejorar su calidad (tanto en sí misma como respecto a su servicio a unos derechos fundamentales, cuya superlegalidad ya no se niega), renunciar a creer que los preceptos escritos pueden encerrar en sus mallas la totalidad de la casuística de la vida social, la cual, además, está afectada de un proceso de cambio y evolución constantes, y, correlativamente, en la técnica aplicativa de la Ley aceptar que pueden entrar en juego otras fuentes del Derecho, especialmente los principios generales.

³⁴ R. Dahrendorf, *Ley y orden*, trad. española; L. M.^a Díez Picazo, 1994, págs. 59 y ss. «Buscar a Rousseau, encontrar a Hobbes».

V. La idea del «reino de la Ley»

Según pudimos ver más atrás, el sistema del Derecho Público del Antiguo Régimen reposaba entero sobre la superioridad de la posición del Rey, en cuanto vicario de Dios sobre la tierra («por la gracia de Dios»), superioridad de la que derivaba que sólo su arbitrio era la fuente del poder, ante el cual sólo eran posibles por parte de los súbditos la veneración y la obediencia.

La Revolución ha destruido enteramente esa construcción y en su lugar ha situado la idea de que el poder político es una autodisposición de la sociedad sobre sí misma, a través de la voluntad general surgida del pacto social, la cual se expresa por medio de la Ley, una Ley general e igualitaria, cuyo contenido viene a restituir la libertad del ciudadano y a articular la libertad de cada uno con la de los demás, a asegurar, pues, la coexistencia entre los derechos de todos, que son entre sí recíprocos e iguales.

El resultado de esta formidable rectificación se expresará en una idea sumamente simple: en lugar de los hombres, en adelante van a mandar las Leyes ³⁵. «Una forma de gobierno —había dicho Rousseau— que ponga a la Ley por encima del hombre» ³⁶. Y en otro lugar: «Un pueblo libre

³⁵ La primera expresión constitucional de esta idea aparece en la Constitución de Massachusetts de 1780, art. XXX: *government of Laws, not of men*. Pero ya veremos más abajo que no son exactamente transportables, aun usando expresiones equivalentes, los conceptos jurídicos del mundo anglosajón a los forjados en Europa por la Revolución Francesa.

³⁶ La expresión, por él mismo subrayada, aparece en su carta al marqués de Mirabeau de 26 de julio de 1767 (*Correspondance générale de J. J. Rousseau*, ed. de T. Dufour, tomo XVII, París, 1932, pág. 157). Conseguir esto parece a Rousseau «el gran problema en política, comparable al de la cuadratura del círculo y al de las longitudes en astronomía». Él creyó haberlo resuelto, no obstante.

obedece, pero no sirve; tiene jefes, pero no dueños; obedece a las Leyes, pero nada más que a las Leyes, y es por la fuerza de las Leyes por lo que no obedece a los hombres»³⁷.

Presente ya la idea, según hemos podido ver, en los artículos centrales de la Declaración de 1789 («nadie puede ser forzado a hacer lo que la Ley no ordena», art. 5; nadie puede ser acusado ni condenado «más que en los casos determinados por la Ley y según las formas que ella prescribe», art. 7; sólo cuando un ciudadano es llamado a obedecer «en virtud de la Ley debe obedecer al instante y se hace culpable de la resistencia», art. 7; «nadie puede ser castigado más que en virtud de una Ley establecida y promulgada anteriormente al delito, y legalmente aplicada», art. 8, el concepto alcanzará su pleno desarrollo en la Constitución de 1791, que es la obra de la primera Asamblea Constituyente, como sabemos.

El juramento de fidelidad que la Constitución exige al Rey y a todos los representantes y agentes obliga a ser «fiel a la nación y a la Ley» (antes se hubiera dicho: «al Rey», como fidelidad personal). El artículo 3 de la sección 1.^a del capítulo II, a propósito de la pieza clave que es el Rey, el que hasta ahora ha sido titular de todos los poderes, dice así: «No hay en Francia autoridad superior a la de la Ley. El Rey no reina más que por ella y sólo en nombre de la Ley puede exigir obediencia.» Expresión preciosa: el reino es de la Ley, y el Rey es su agente, que sólo en su nombre, por tanto, «puede exigir obediencia». Tratándose del Rey, antiguo titu-

³⁷ Rousseau, *Lettres écrites de la Montagne*, lettre VIII (pág. 842 en la edición de «La Pléiade»). Y añade más adelante: «Un pueblo es libre, sea cual sea la forma de su gobierno, cuando en quien gobierna no ve al hombre, sino al órgano de la Ley.»



Monedas de 1792, en oro y plata, con valor de 24 y 6 libras.

lar de la soberanía, la precisión adquiere toda su extraordinaria significación.

Pero antes de que la Constitución de 1791 se aprobase, sobre las ideas ya destacadas resueltamente por la Declaración, encontramos una explícita muestra ya de la consagración del término «reino de la Ley». Por un Decreto de la Asamblea de 9-15 de abril de 1791 se dispuso que en el dorso de las monedas (cuyo anverso debía reproducir «la efigie del Rey», art. 2 del capítulo IV de la Constitución) debía figurar la leyenda *Règne de la Loi*, reino de la Ley ³⁸. Como en el precepto constitucional antes transcrito, hay una preocupación visible porque el mantenimiento del Rey y de la monarquía no trastoque la idea esencial de la nueva construcción política: que es la Ley y no un simple hombre singular quien manda a los hombres. Y antes aún (Ley de 6-27 de marzo de 1791, art. 38) la Asamblea había ya dispuesto que el agente judicial que salga del juzgado para hacer una ejecución la haga ya «en nombre de la Ley» y que porte una medalla con estas palabras sagradas: *Action de la Loi*, acción de la Ley ³⁹. La concepción básica sobre la titularidad de cualquier autoridad pública que se ejerza, que es

³⁸ El Decreto, relativo a la acuñación de las monedas, establece en su artículo 1.º que «la efigie del Rey será troquelada sobre todas las monedas del Reino, con la leyenda: *Luis XVI, Rey de los Franceses*.» El artículo 3 dice: «El reverso llevará como leyenda estas palabras: *Règne de la Loi*, Reino de la Ley.» Sólo en las monedas de cobre el reverso sería diferente («la Nación, la Ley y el Rey»). Se abre un concurso entre grabadores, que el Comité de Monedas resolvería. Las emisiones de estas monedas revolucionarias fueron numerosas y están perfectamente catalogadas. [Reproduzco una en este discurso.] Brunot, *Histoire de la Langue Française*, cit., IX, 2, pág. 642, registra esa expresión «*Règne de la Loi*» y su origen.

³⁹ Brunot, *Ibidem*.

siempre la Ley y no ningún hombre, se funcionaliza, pues, hasta en sus últimas aplicaciones.

A pesar de que su formulación podría sugerirlo, el concepto de «reino de la Ley» no es precisamente retórico. Tiene, por el contrario, un sentido técnico muy riguroso y estricto. Significa que todo órgano público (del Rey abajo) ejerce el poder que la Ley ha definido previamente, en la medida tasada por la Ley, mediante el procedimiento y las condiciones que la propia Ley establece. Sólo la Ley manda y todos los agentes públicos, administrativos o judiciales, en cuanto «agentes» o comisionados por el pueblo, son simples ejecutores de la misma, que comprueban que el supuesto de hecho previsto por la Ley se ha producido y que seguidamente se limitan a particularizar la consecuencia jurídica que la Ley ha determinado previamente que procede.

Por vez primera en la historia humana, todo el aparato del poder se objetiviza en un abstracto y casi mecánico (casi, porque enseguida habrá de aceptarse que la Ley puede y debe habilitar poderes llamados discrecionales en favor de las autoridades administrativas, poderes que facultan una posibilidad de elección entre soluciones igualmente justas) aparato de ejecución legal, de normas escritas y como tales ciertas, elaboradas meditadamente con la *sage lenteur* de las Asambleas, fijas e inmutables para los intérpretes y para los aplicadores, seguras, pues, para los ciudadanos, que por vez primera en la historia pueden conocer el Derecho a través de su publicación regular ⁴⁰ en su tenor exacto, con los lími-

⁴⁰ Fue para hacer públicas las deliberaciones de la Asamblea, para rendir cuentas al pueblo en nombre del cual la Ley se hace, por lo que comienza la publicación de *Le procès-verbal de l'Assemblée des Communes et de l'Assemblée nationale imprimé par son ordre* desde junio de 1789. J. C. Becane y M. Conderc, *La Loi*, París, 1994, pág. 24 (recordemos que la reu-

tes rigurosos de sus derechos, sin las imprecisiones y las arbitrariedades de la «jurisprudencia», reina, con el príncipe absoluto, del Derecho desde los tiempos más antiguos ⁴¹. Se instaure así, o más bien, se pretende instaurar, un sistema

nión del tercer Estado adopta el nombre de «Assemblée des communes» el 6 de junio de 1789, para el 17 del mismo mes pasar a llamarse Asamblea Nacional tras el juramento del *Jeu de Paume*, y que el 9 de julio se proclama «Asamblea Constituyente»). Más adelante se especificará de esas actas prolijas un *Bulletin des Lois diffusées sur tout le territoire*, sustituido más tarde por *Le Moniteur universel* que se inició como publicación privada, pero que se transformó el 24 de noviembre de 1799 en boletín oficial de la República. El 1 de enero de 1869 será, a su vez, sustituido en su contenido oficial por el *Journal officiel*, que continúa. La publicación impresa en un periódico oficial con fe pública concluirá con todas las antiguas y complejas formas de promulgación, que en el Antiguo Régimen habían culminado en el «registro» de las Ordenanzas regias en los Parlamentos judiciales —fórmula, por cierto, que mostraba por sí sola (aun sin la experiencia de la negativa al registro que los Parlamentos judiciales se permitieron al final del siglo XVIII, creando la crisis constitucional de donde saldría la Revolución misma), la intermediación judicial entre la Ley y el pueblo. Durante la época revolucionaria se mantiene aún la publicación por el envío del texto de las Leyes a todos los cuerpos administrativos y Tribunales y por pregón público y edictos.

⁴¹ La enemiga a la jurisprudencia judicial acompañó por ello el advenimiento de la Ley. En el primer proyecto de Constitución de 1789 se incluía un artículo que decía: «No será permitido a ningún juez, de cualquier manera que sea, interpretar la Ley.» Se tenía en cuenta la práctica de los *arrêts règlement* que habían generalizado los antiguos Parlamentos judiciales. La Ley de 16-24 de agosto de 1790 de Organización Judicial expresa las dos preocupaciones en su célebre artículo 12: los Tribunales «no podrán hacer reglamentos y se dirigirán al cuerpo legislativo todas las veces que lo crean necesario, bien para interpretar una Ley, bien para hacer una nueva». Es el sistema de *référé législatif*, a que nos referiremos en el próximo capítulo. El juez no debe ser más que «la boca que pronuncia las palabras de la Ley», en la famosa fórmula de Montesquieu, que también precisó «los juicios deben ser fijos hasta el punto que no sean jamás más que un texto preciso de la Ley» (*L'Esprit des Lois*, liv. XI, cap. VI y cap. XI).

de pura «nomocracia», servido por normas escritas y formales.

La Ley pasa así al lugar central del sistema. No sólo es, según vimos, el punto de articulación de las libertades de los ciudadanos, libertades iguales y recíprocas, y llamadas, por tanto, a una coexistencia obligada; pasa a ser también el instrumento a través del cual impera el único poder legítimo en una sociedad de hombres libres, la voluntad general, actuando por medio de determinaciones generales, impersonales y abstractas, las cuales sólo necesitarán ser particularizadas en los casos concretos por medio de agentes ejecutores, funcionarios o jueces, para ser finalmente efectivas.

El cuadro que diseña este sistema es enteramente novedoso y se opone, en pura teoría, al sistema absolutista, en el que un vicario divino en la tierra gobernaba por su sola prudencia la grey de su pueblo. Es un sistema donde el contenido de derechos y de deberes está absolutamente predeterminado en el marco legal, abstracto, donde la intervención pública en la vida social está limitada a actuar esa predeterminación legal y nada más. Ello crea por sí solo un ámbito de libertad, de certeza y de seguridad jurídica donde la libertad civil de los ciudadanos puede desarrollarse por sí misma, sin temor a interferencias imprevistas, lo que ocurrirá en todo el ámbito no cubierto por las habilitaciones legales al poder y aun en el seno de éstas, para que su ejercicio se acomode estrictamente a las reglas, a los procedimientos y a los fines que la Ley ha fijado.

Dos circunstancias históricas concretas harán no sólo posible esa nueva técnica de organizar la vida colectiva, sino deseable, de modo que jugarán como motores activos de la misma. Por una parte, el hecho de la formación de la sociedad capitalista y especialmente burguesa, iniciada desde la

baja Edad Media con el desarrollo de las ciudades y potenciada por el desarrollo comercial y, enseguida, industrial y financiero. La economía monetaria se ha perfeccionado de manera espectacular y lo será más aún con el inmediato crecimiento de la moneda fiduciaria, de los nuevos instrumentos financieros que la misma permite, con la regulación de las compañías mercantiles y con la desaparición de aduanas y gabelas interiores, con las primeras experiencias del colonialismo comercial moderno. Esta sociedad ve en el intercambio, en la concurrencia, en la libertad de movimientos, en la obtención del bienestar y de la riqueza su motor, y ese ideal encuentra en este nuevo modelo social un cuadro sorprendentemente apropiado para el libre desenvolvimiento a que aspira, al desembarazo de intervenciones públicas o señoriales y a la seguridad jurídica que requiere. Por otra parte, era un momento en que la Administración pública se había desarrollado ya de forma notable con el Estado ilustrado y que, frente a las apariencias, extenderá aún su función para estructurar y servir a la nueva sociedad igualitaria, como Tocqueville observó lúcidamente. Esta nueva Administración, que marcará toda la época post-revolucionaria, desde Napoleón, que dará conciencia definitiva al fenómeno ⁴², encontrará en el sistema de la legalidad un apoyo inesperado para organizarse. Max Weber ha notado, en efecto, que la legalidad es la forma ineludible de la burocracia ⁴³.

⁴² Vid. sobre ello mi libro *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 4.^a ed., Madrid, 1994 (y edición francesa, París, 1993), sistemáticamente.

⁴³ Max Weber, *Economía y sociedad*, trad. esp. de J. Medina Echevarría, México, I, 1944, págs. 225 y ss.: «La dominación legal con Administración burocrática»; es el epígrafe que caracteriza uno de los «tipos de dominación legítima». También tomo IV, págs. 85 y ss.

La dominación legal, dice Max Weber, considera el Derecho como un cosmos de reglas abstractas estatuidas racionalmente; la judicatura aplica éstas al caso concreto. La Administración atiende al cuidado racional de los intereses previstos por la ordenación de la comunidad dentro de los límites de las normas jurídicas. La autoridad «obedece al orden impersonal por el que orienta sus resoluciones». El que obedece lo hace como miembro de la comunidad «y sólo obedece al derecho», obediencia que se produce sólo «dentro de la competencia limitada, racional y objetiva» que el ordenamiento establece. «Las categorías fundamentales de la dominación legal —precisa aun Max Weber— son, pues: un ejercicio continuado, sujeto a Ley, de funciones, dentro de una competencia... objetivamente limitada en virtud de una distribución de funciones, con la atribución de poderes necesarios para su realización, con fijación estricta de los medios coactivos eventualmente admisibles y el supuesto previo de su aplicación»; a lo que hay que añadir «el principio de jerarquía administrativa, o sea, la ordenación de autoridades fijas con facultades de regulación e inspección»; «las reglas, bien técnicas, bien normas». Conclusión: «El tipo más puro de dominación legal es aquel que se ejerce por medio de un cuadro administrativo burocrático... La burocracia como medio de toda administración de masas», que es la única capaz de una «dominación de la impersonalidad formalista, *sine ira et studio*... sin acepción de personas, formalmente igual para todos.»

De este modo, una secreta regla de complementariedad sistemática vinculó la técnica, amparada en la filosofía social y política, del «reino o del gobierno por la Ley» con la situación de la nueva sociedad civil, en el grado de evolución social y económica, y de virtual autonomía de intereses (ya

desgajada del paternalismo ligado a las antiguas formas de vinculación señorial, gremial y monárquica) y también para cerrar el cuadro, con el surgimiento de una Administración burocratizada con la función de ofrecer un marco formal de desarrollo de una sociedad individualista e igualitaria, necesitada para su mantenimiento de un sistema de servicios públicos capaz de permitir el asentamiento social mínimo (orden público, registro civil, instrucción mínima y formación de profesiones, higiene pública, infraestructuras —camino, canales, enseguida ferrocarriles, correos, puertos, abastecimiento de aguas— técnicas de seguridad industrial, museos y bibliotecas, etc.). Esta Administración, aunque recoge buena parte de la Administración de fomento de la Ilustración, se revelará especialmente necesaria y funcionalmente acoptable a la perfección con la nueva sociedad igualitaria post-revolucionaria, siendo Napoleón quien primero dota al fenómeno de toda su conciencia, así como de las técnicas que, en muy buena parte, han llegado hasta hoy, cuando esa potenciación administrativa ha seguido acentuándose y llegado quizá a su límite.

La idea del gobierno o del reino de la Ley, que ya vimos aparecer en Rousseau —«un Estado de Leyes»—⁴⁴ deslumbrará enseguida las imaginaciones, por la brillantez de sus fundamentos (la Ley es ella misma obra de todos, producto, pues, de la libertad y tiene en ella su límite), por la belleza de su contenido (las Leyes son precisamente Leyes de libertad, que crean libertad y la garantizan), por la eticidad de su mecanismo (ya no ha de obedecerse a hombre alguno, sino, en virtud de contratos libremente concertados, a una Ley

⁴⁴ Vid. el texto del *Contrat social* que se transcribe *supra* nota 15 de este capítulo.

impersonal, a sí mismo, en definitiva, según la refulgente idea rousseauiana, dado que la Ley ha sido hecha por todos), por su eficacia (una sociedad regida por el Derecho y no por el arbitrio o capricho de nadie, límite infranqueable del poder de los gobernantes, reino, por tanto, de la justicia), por su simplicidad aparente frente al complejo e inextricable mundo jurídico anterior. Comprender esta fascinación deslumbradora, impregnada de valores e imágenes que le prestan todo un poderoso sentido simbólico ⁴⁵, es comprender uno de los cambios esenciales del discurso político introducidos por la Revolución. Tocqueville, que es crítico con tantos contenidos revolucionarios, no dudará en utilizar esta hermosa entelequia, cuando el prodigioso mecanismo no ha dejado de desarrollarse: «El verdadero amor de la libertad no ha nacido jamás de la perspectiva de los bienes materiales que procura... está en la atracción, en el encanto propio, independiente de sus beneficios, el placer de hablar, de obrar, de respirar sin coacción de nadie, *bajo el solo gobierno de Dios y de las Leyes*» ⁴⁶.

Kant fue, con su poderosa mente, ganado igualmente por este soberbio mito: «Tal es la Constitución permanente, aquella en que la Ley manda por sí misma y no depende de ninguna persona particular; tal es el fin último de todo el Derecho Público, el único Estado en el que puede ser atribuido perentoriamente a cada uno lo suyo... sin ello no puede alcanzarse ninguna situación absolutamente jurídica de la sociedad civil» ⁴⁷, donde «nadie está obligado a obedecer nada más que lo que la Ley dice», «nadie puede forzar a los

⁴⁵ Cfr. J. Chevallier, «La dimension symbolique du principe de legalité», *Revue de Droit Public*, 1990, 6, págs. 1651 y ss.

⁴⁶ Tocqueville, *L'Ancien Régime*, liv. II, cap. XV.

⁴⁷ Kant, *Metaphysik des Sitten*, pág. 170.

demás sino por medio de la Ley»⁴⁸, que implica sólo «la dependencia de la propia voluntad»⁴⁹. Michelet, en su gran historia de la Revolución, lo expresará en su característico estilo vibrante: «al Gobierno de la gracia» sucede «el advenimiento de la Ley»⁵². Una nueva época del gobierno humano ha comenzado. Las citas podrían multiplicarse fácilmente.

Surge directamente de ahí la idea de una reconstrucción entera de la organización de la sociedad a fin de someterla toda a la producción de esa libertad y esa igualdad que se proclaman no sólo deseables en el orden ideal, sino perfectamente factibles en virtud del prodigioso instrumento técnico que es la Ley⁵¹.

Es el mito de lo que los alemanes llamarán medio siglo más tarde (cuando no conocen aún más que «la libertad de los modernos», por cierto, que ha hecho posible su recepción parcial del Derecho Público post-revolucionario, como examinaremos en el capítulo siguiente)⁵² con una expresión

⁴⁸ Cit. por F. González Vicén, *De Kant a Marx*, cit., págs. 51 y 52.

⁴⁹ Kant, *Metaphysik des Sitten*, pág. 139.

⁵⁰ J. Michelet, *Histoire de la Révolution Française*, Introducción, ed. «La Pléiade», París, 1952, pág. 21.

⁵¹ Cfr. M. Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, cit., pág. XXIII.

⁵² El término de *Rechtsstaat* o Estado de Derecho, aunque a veces se ha atribuido a Kant (cuyas palabras esenciales, sin incluir explícitamente el concepto, han quedado expuestas más atrás), quien primero lo utiliza parece haber sido R. von Mohl, en 1832, según Carl Schmitt (*Disputation über den Rechtsstaat*, Hamburgo, 1935, pág. 85), aunque quien lo generaliza es Otto von Bahr, *Der Rechtsstaat*, 1864 (reimpresión en Aalen, 1964). Desde entonces el concepto (que intenta en su origen garantizar «la libertad de los modernos» que asegura el nuevo Derecho Público dentro del principio monárquico, cuestiones éstas que comprenderemos mejor en el último capítulo) ha conocido un éxito espectacular, extendiéndose a todas las lenguas cultas, salvo el inglés, que ha mantenido su tradicional *rule of*

que ha hecho fortuna, y que hoy se encuentra doscientos años después de la Revolución, en cabeza de nuestra Constitución de 1978: «Un Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad popular»⁵³.

VI. Acto arbitrario como acto contra Ley que afecte a la libertad de un ciudadano, remedios contra los mismos, responsabilidad de los agentes

Aunque de la exposición anterior ha debido evitarse todo equívoco al respecto, importa mucho destacar de manera especialmente enérgica que ese gobierno por la Ley no es un simple medio técnico de dominación. Las Leyes que gobiernan la sociedad no son simples instrumentos de ordenación de los sujetos y de articulación de la burocracia, en los conceptos de Max Weber que examinamos. Esa Ley, además de ser ella misma producto y fuente de la libertad, como sabemos, es también una Ley que habilita los derechos de los ciudadanos⁵⁴ y no sólo los derechos privados, los derechos de la seguridad jurídica en el goce de la libertad, que suelen ser los más en perspectiva desde lo que Benjamin Constant llamó en 1821 «la libertad de los modernos»

Law (concepto sobre el cual, *infra* en el texto). Cfr., por todos, la recopilación de Forsthoft, *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit*, en Darmstadt, 1968 («Wege der Forschung») y Ph. Kunig, *Das Rechtsstaatprinzip. Ueberlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der BRD*, Tubinga, 1986, y allí referencias; por cierto, que este autor habla de una cierta «inflación» del concepto, pág. 4.

⁵³ Preámbulo de la Constitución: el artículo 1.º declara constituida España «en un Estado social y democrático de Derecho».

⁵⁴ «En el Estado civil todos los derechos son fijados por la Ley»: Rousseau, *Contrat social*, II, 6.

(concepto que retomaremos más adelante), sino también los propios del Derecho Público, y de entre todos el primero de todos, el derecho de no ser gobernado sino por medio de la Ley, el derecho de excluir o de eliminar la actuación de los jueces o de los agentes que no puedan justificarse como estrictas aplicaciones particulares de los mandatos generales y abstractos de la Ley, el derecho de poder exigir cuentas de sus actos a esos mismos agentes cuando exceden el marco legal en que únicamente pueden moverse y, en fin, el de exigir responsabilidades personales a estos agentes cuando su actuación ha extravesado dicho marco legal.

Se habrá notado que en el artículo 7 de la Declaración de 1789 se dicen dos cosas primordiales en la construcción técnica del principio de legalidad como regla esencial del gobierno y de la obediencia en la sociedad nueva: que nadie puede ser acusado, detenido ni encarcelado «más que en los casos determinados por la Ley» y que «todo ciudadano llamado o intimado en virtud de la Ley debe obedecer al instante»; pero entre una y otra aserción se ha introducido un párrafo esencial, el siguiente:

«los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deben ser castigados».

Órdenes arbitrarias son precisamente órdenes de cualquier autoridad o agente que no estén cubiertas por una Ley, que no consistan en la particularización al caso concreto del mandato general establecido previamente en la Ley.

Otros textos revolucionarios han precisado este concepto primordial para el nuevo Derecho Público que es el de «acto arbitrario». La segunda Declaración de derechos revolucionaria, la de 24 de junio de 1793 de la Convención, que

reproduce muchos de los incluidos en la de 1789, precisa algunos, entre ellos éste que se incluye en el artículo 11:

«Todo acto ejercitado contra un hombre fuera de los casos y sin las formas que la Ley determina es arbitrario y tiránico; aquél contra quien quiera ejercitarse por la violencia tiene el derecho de rechazarla por la fuerza.»

Y el artículo 12 reproduce el párrafo del artículo 7 de la Declaración de 1789 sobre la culpabilidad y la punibilidad de quienes soliciten, expidan, firmen, ejecuten o hagan ejecutar actos arbitrarios.

Resulta especialmente expresiva la frase «todo acto ejercido contra un hombre fuera de los casos y sin las formas que la Ley determine», porque está remitiendo justamente al principio básico de la construcción, el de la libertad; señala, pues, con expresividad difícilmente igualable, cualquier acto contra la libertad de cualquier ciudadano que no encuentre respaldo expreso e inequívoco en una Ley previa. Otros textos revolucionarios insisten en esta consecuencia esencial. En el proyecto de Declaración de derechos girondina de 1793 se dice: Artículo 31: «Los hombres reunidos en sociedad deben tener un medio legal de resistir a la opresión.» Artículo 32: «Hay opresión cuando una Ley viola los derechos naturales, civiles y políticos que está llamada a garantizar»⁵⁵. Hay opresión cuando

⁵⁵ Se enuncia aquí, como en otros preceptos de la Declaración de 1789, la cuestión fundamental de la existencia de límites constitucionales supraleales a la validez de las Leyes, que es la base de la técnica de la justicia constitucional, que permite anular las Leyes inconstitucionales. Como es sabido, esta técnica, que encontró un desarrollo espectacular en el constitucionalismo americano, se cegará en el constitucionalismo francés hasta la Constitución gaulliana de 1958. Vid. lo que ya notamos en nota 59 del capítulo anterior.

la Ley es violada por los funcionarios públicos en su aplicación a hechos individuales. Hay opresión cuando actos arbitrarios violan los derechos de los ciudadanos contra la expresión de la Ley. En todo gobierno libre el modo de resistencia a estos diferentes actos de opresión debe ser regulado por la Constitución.»

Queda, pues, claro que la Ley que habilita y mide los poderes (o mejor: las competencias específicas desgajadas una por una del núcleo general del poder) de autoridades, jueces y agentes, define a la vez negativamente un correlativo ámbito de libertad de los ciudadanos, ámbito donde se refugia el contenido primigenio de la libertad originaria no afectada por la Ley y desde el cual el Derecho debe habilitar la posibilidad de una reacción efectiva contra cualquier intento de penetrar en él sin una habilitación legal explícita, un «modo de resistencia a estos... actos de opresión», en los expresivos términos del proyecto girondino de Declaración de derechos de 1793. Desde ahora, y armados como estamos con el concepto técnico de derecho subjetivo, cuyos largos avatares hemos podido seguir con atención, podemos ya calificar ese «modo de resistencia» contra la agresión ilegítima en que consisten los actos arbitrarios como un inequívoco, y central en el sistema, derecho subjetivo.

El problema es determinar cómo se defiende ese derecho de libertad para preservar su incolumidad ante las órdenes arbitrarias, marginales o contrarias a la Ley. La Declaración de 1789 ha sido perfectamente clara en su artículo 16 al precisar que los derechos deben estar garantizados jurídicamente, como condición inexcusable del propio régimen constitucional. Dice dicho artículo 16, en efecto: «Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada, no tiene Cons-

titución.» La propia Declaración formula dos medios de garantía de los derechos: el derecho de «resistencia a la opresión» y la condena penal al agente arbitrario, al que actúa al margen o en contravención con la Ley.

El derecho de resistencia procede del arsenal jurídico del Antiguo Régimen, en concreto de la bilateralidad histórica de los pactos de vasallaje, que facultaba al vasallo a romper el vínculo si el señor violaba sus obligaciones, facultad que los teólogos intentaron extender a la relación política general cuando el Rey degeneraba en tirano ⁵⁶. Pero esta técnica de garantía, concebida como *ultimum remedium*, que podía encontrar a su favor la propia idea de revolución con que se había roto la monarquía absoluta y aun decapitado más tarde a su rey titular, se comprende que no era propiamente una técnica operativa, so pena de un inmenso desorden, en la relación cotidiana y ordinaria de las autoridades y funcionarios con los ciudadanos. Toda la evolución posterior consistirá, como veremos en el capítulo siguiente, en reconducir este derecho de resistencia hacia una acción judicial, por la que se pide al juez que restituya al demandante su situación arbitrariamente afectada por el agente que obra al margen o en contradicción con la Ley.

La fórmula de la condena penal al agente infractor de la Ley vuelve a hacernos caer en un mecanismo excesivo, a la vez que torpe, formalista y tardío, para resolver el problema de la aplicación ordinaria con los ciudadanos.

⁵⁶ La obra clásica sobre el tema es la de Kurt Wolzendorff, *Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt*, Breslau, 1916, reimpr. Aalen, 1961; para la formulación revolucionaria, págs. 362 y ss. Vid. también la excelente recopilación de A. Kaufmann, *Widerstandsrecht*, en la serie «Wege der Forschung», Darmstadt, 1972.

En alguna Constitución revolucionaria, desde la primera de 1791, se apunta ya resueltamente a la técnica del control de legalidad de los actos de los agentes públicos con la sanción de nulidad a los que se hayan revelado ilegales. Así, en los artículos 5 y 6 de la sección II del capítulo IV de la Constitución de 1791 se define en favor del Rey (el ministro, en su nombre) y de los administradores de Departamento la facultad de anular «los actos de los administradores contrarios a las Leyes». Por virtud de una interpretación singular del principio de la división de los poderes que la propia Asamblea Constituyente había impuesto en la básica Ley de Organización Judicial de 16-24 de agosto de 1790, y que examinaremos más despacio en el próximo capítulo, esa función de controlar la legalidad de los actos de las Administraciones y de sancionar con la nulidad a los que resultaren contrarios a las Leyes no resultaba posible atribuírsela a los jueces mismos y la Administración debió improvisar un sistema de autocontrol, de hecho parajudicial, que derivaría hacia lo que se llamará más tarde el recurso contencioso-administrativo. Pero lo que importa subrayar ahora es que la lógica de la construcción del principio de legalidad como técnica de gobierno, de donde va a salir todo el Derecho Público moderno, ha previsto con toda exactitud ese problema de la defensa jurídica de ese ámbito de libertad ciudadana que corresponde a las materias en que la Ley no se ha pronunciado o que están fuera de una aplicación correcta y estricta de dicha Ley. Esa defensa jurídica es la del derecho básico a no ser gobernado e interferido en el propio ámbito de libertad sino por medio de las Leyes.

Esta técnica se extrema hasta tal punto que se prohíbe expresamente a los jueces y al poder ejecutivo, no sólo dictar Leyes, que son lógicamente para ellos heterónomas,

como producto que son de la voluntad de la nación, sino también extender, incluso hasta interpretar (*rectius*: fuera de su sentido literal), los preceptos legales a los cuales quedan estrictamente vinculados, sin resquicio alguno. Así el artículo 8, sección I, capítulo IV de la Constitución de 1791, para el poder ejecutivo; artículo 3, capítulo V, para los jueces; artículo 4 de la sección I, título V del Proyecto Girondino de 1793: «Está expresamente prohibido al Consejo Ejecutivo modificar, extender o interpretar las disposiciones de las Leyes y de los Decretos bajo cualquier pretexto que sea»; casi en los mismos términos para los jueces, artículo 6, sección I, título X; Constitución jacobina de 1793: artículo 65: «El Consejo Ejecutivo no puede actuar más que en ejecución de las Leyes.» Veremos más adelante que alrededor de este principio esencial se formarán las instituciones fundamentales del Derecho Público.

Por ello, resulta esencial recordar que una de las notas más relevantes del nuevo reino de la Ley que la Revolución instaure está en el principio de responsabilidad de todos los representantes y agentes públicos. La Declaración de 1789 le dedicó uno de sus pocos artículos, el 15: «La sociedad tiene el derecho de pedir cuenta a todo agente público de su administración.» Como estricto historiador de la lengua, Brunot ha precisado que es en los años revolucionarios cuando la palabra «responsabilidad» nace y se expande, y añade: «La palabra resume en sí una pequeña revolución del Derecho Público, pues testimonia un cambio total en las doctrinas y en las prácticas de la administración en su conjunto»⁵⁷. Aunque el término no era del todo desconocido

⁵⁷ F. Brunot, *Histoire de la Langue Française*, cit., tomo IX, 2, págs. 1050-3. Si el cambio en las doctrinas y en las prácticas administrativas es

antes, nos ilustra Brunot, es ahora cuando alcanza su lugar destacado. No se trataba sólo de la responsabilidad financiera, por el manejo de fondos públicos; tampoco de la que luego se llamará, pretendiendo asumir la totalidad del concepto, la responsabilidad de los ministros ante la Asamblea, como pieza especial del llamado «régimen parlamentario»; «se aplica —especifica Brunot, con su neutralidad de lingüista— a todos los que, de arriba abajo de la escala administrativa, ejercen autoridad. Comprende a las corporaciones como a los individuos. Significa que nadie podrá dar una orden o ejecutarla sin tener que ser llamado a rendir cuenta de ella». En la Asamblea un constituyente dirá: «Vosotros teméis el poder de los ministros, pero les hemos impuesto la Ley tranquilizadora de la responsabilidad»⁵⁸. Como se ha dicho con acierto, «la res-

«total», como dice el texto transcrito, la revolución en el Derecho Público no puede ser «pequeña», como hemos visto que afirma. El origen en francés de la palabra «responsabilité» está bien establecido. Vid., además de Brunot, los artículos de M. Villey («Esquisse historique du mot responsable») y de J. Henriot («Note sur la date et le sens de l'apparition du mot "responsabilité"»), en *Archives de Philosophie du Droit*, 33, 1977, págs. 45 y ss. y 59 y ss. Aunque la palabra «responsable» puede localizarse desde el siglo XIV, el término abstracto «responsabilité» no aparece hasta 1788 (el *Dictionnaire historique*, dirigido por A. Rey señala un texto de 1783 en una traducción del inglés), y su generalización es ya postrevolucionaria, a través, justamente, de su aplicación en Derecho Público, en el sentido que el texto señala. La Academia Francesa admite el término en su suplemento de 1798, como aportación del lenguaje revolucionario. Merece notarse que sólo tras esta aplicación esencial en el corazón del nuevo sistema del Derecho Público revolucionario, la palabra responsabilidad pasará al Derecho Privado y al Derecho Penal, no en los Códigos napoleónicos, sino por obra ya de la doctrina inmediatamente posterior.

⁵⁸ Cfr. V. Azimi, «Aux origines de la responsabilité ministérielle», en la obra colectiva cit. 1791. *La première Constitution française*, 1993, págs. 217 y ss. Al «despotismo ministerial —dice esta autora— la Revolución opone su legalismo, sometiendo a partir de ahora la acción administrativa

ponsabilidad del Estado aparece como el corolario de los derechos del hombre»⁵⁹.

Es, pues, una manera de destacar el carácter fiduciario de toda función pública. La responsabilidad de los agentes viene a ser justamente, como notó uno de los tempranos documentos constitucionales americanos⁶⁰, una derivación téc-

a un régimen de derechos y deberes, única protección contra la impunidad de antaño».

⁵⁹ Azimi, «Aux origines de la responsabilité», pág. 218; M. Boulet-Santel, «Une responsabilité de l'État sous l'Ancien Régime?», en la obra colectiva *La responsabilité à travers les âges*, París, 1989, págs. 89 y ss. Una consideración general, en G. Berti, *La responsabilità pubblica (Costituzione e Amministrazione)*, Milán, 1994. Recordemos que el artículo 9.3 de la actual Constitución española proclama entre los principios que «la Constitución garantiza» el de «la responsabilidad de los poderes públicos», en general.

⁶⁰ En el artículo IV del *Bill of Rights* del Estado de Maryland, de noviembre de 1776, tras precisar que todas las personas investidas de poder legislativo o ejecutivo «son los mandatarios del público y, como tales, responsables de su conducta», y, tras concretar el principio de la responsabilidad política, concluye: «La doctrina de la no resistencia contra el poder arbitrario y la opresión es absurda, servil y destructiva del bien y de la felicidad del género humano»; la responsabilidad se concibe, pues, como una consecuencia del derecho de resistencia a la opresión. Cfr. la rica obra colectiva dirigida por Carl J. Friedrich, *Responsability*, Nomos III, Nueva York, 1960. Uno de los autores de este libro, J. Roland Pennock, *The problem of responsibility*, afirma, con fuentes, que la voz «responsabilidad» fue usada por vez primera en inglés y francés en 1787 justamente para ser aplicada a la actuación de las nuevas instituciones políticas respecto del pueblo. La primera entrada del término en inglés procedería de un texto de Alexander Hamilton en el núm. 63 de *The Federalist*, 1787. Esta conclusión, muy importante para la tesis del texto, es avalada totalmente por *The Oxford English Dictionary*, 2.^a ed., Oxford, 1989. Lo mismo había notado ya Henriot, «Note sur la date et le sens de l'apparition du mot responsabilité», cit., págs. 60-1, que transcribe incluso el texto entero de Hamilton, sobre todo uno que no cita el *Oxford*, especialmente interesante para nosotros, porque dice: *a due responsibility in the government to the people*, en el mismo sentido general, pues,

nica del derecho de resistencia contra el poder arbitrario y la opresión, declarado básico, como sabemos, en el artículo 2 de la Declaración de 1789. Todos y cada uno han de actuar en bien del pueblo, para él y bajo su vigilancia, rindiendo cuentas —políticas en primer término, pero también judiciales en las vías que procediesen, aún no desarrolladas hasta más tarde, como veremos, fuera de la vía penal de la prevaricación, también citada por la Declaración, como sabemos. Se subraya así que ya nadie dispone de poderes públicos como de un derecho propio para ejercer cualquier autoridad, de la mayor a la más pequeña, en el cuerpo social, que todo poder se ejercita en interés del cuerpo social y en ejecución de la Ley en que este interés ha plasmado su contenido. Queda así enérgicamente perfilado el efectivo reino de la Ley ⁶¹.

que el artículo del *Bill of Rights* de Maryland. (Por cierto, que en español P. Álvarez de Miranda me facilita un dato sorprendente, la presencia del término «responsabilidad» ya en el «Diccionario» de Terreros, en su sentido plenamente moderno —«obligación de responder o dar razón de una cosa»—, Diccionario que, aunque publicado en 1787-8, estaba ya concluido en 1767.)

⁶¹ Por ello nada más contrario a las bases fundamentales del sistema que pretender apoyarse en el origen y la legitimidad democráticos del Gobierno y de las corporaciones territoriales y, por tanto, de todos los órganos de gobierno de las Administraciones —la democracia es justamente el sistema del gobierno de la Ley— para pretender reducir o aflojar los poderes de control del juez en la actual jurisdicción contencioso-administrativa, que debe defender necesariamente la Ley, de la cual sólo son «agentes» y no representantes los miembros del Ejecutivo, aun los electivos. Vid., por todos, T. R. Fernández, «De nuevo sobre la discrecionalidad y sobre su ejercicio arbitrario», en *REDA*, 80, 1994. En Rousseau es explícita la distinción entre «acto de soberanía», que es sólo la Ley, que no puede ser más que general según su construcción, y «acto de magistratura», que es siempre un acto singular en ejecución de las Leyes: *Contrat social*, III, 1 (cfr. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*, París, 1950, pág. 298). Estos conceptos han pasado al centro mismo del sistema de Derecho Público postrevolucionario.

VII. *Excursus. Sobre la diferencia entre el reino de la Ley de la Revolución Francesa y el rule of Law anglosajón*

Al poner énfasis en la radical novedad que supone la implantación de un sistema político con la técnica del gobierno de la Ley por la Revolución Francesa, nos sale al paso una posible objeción, la de la prioridad del mundo anglosajón en establecer lo que ellos han llamado *the rule of Law*, el imperio del Derecho. Esa prioridad es manifiesta, por otra parte, en otra de sus formulaciones típicas, la expresión *government of Laws and not of men*, que aparece en todos sus términos en una de las tempranas Declaraciones de derechos de los Estados americanos, la de Massachusetts, de 1780 ⁶².

La expresión *supremacy of Law* se ha definido como el «dogma fundamental de nuestro *common Law*» ⁶³, tal como

⁶² Art. XXX, al formular el principio de división de los poderes, a fin, dice, de que sea un gobierno de las Leyes y no de los hombres («to the end it may be a government of Laws and not of men»). El texto procede de John Adams (M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, 1967, págs. 148-9; B. Schwartz, *The Great Rights of Mankind*, Nueva York, 1977, pág. 82). La expresión aparece en estos mismos términos, en efecto, en la clásica obra de Adams, *A defense of the Constitution of the U. S. A. against the attack of M. Turgot*, 1787, Filadelfia (reproducción fotostática de la ed. de 1789 por Scientia Verlag, Aalen, 1979), tomo I, pág. 129: «Donde gobierna el interés público *it is a government of Laws and not of men*; el interés de un rey o de una parte es otra cosa —es un interés privado, y donde gobierna el interés privado *it is a government of men and not of Laws*. Si en Inglaterra había habido tal cosa de *a government of Laws*, ¿no era esto la *Magna Charta*?; ¿y no han roto nuestros reyes la *Magna Charta* treinta veces? ¿Es que hay *Law government* cuando *the Law* se rompe?; ¿o fue un *government of men*?» Obsérvese ya aquí lo que luego indicará en el texto, que *Laws* o *Law* no son las Leyes, es el Derecho, sin más.

⁶³ Por el norteamericano Roscoe Pound, en su clásico *The development of constitutional guarantees of liberty*, Yale, New Haven, 1957, pág. 20.



procede desde la Magna Carta. En la fórmula *rule of Law* el término fue reactualizado de forma, quizá, poco afortunada, dada su aplicación, por Dicey en su *Introduction to the study of Constitution*, 1.^a edición, 1885 ⁶⁴. La reelaboración pretendió significar la peculiaridad del sistema jurídico inglés frente al sistema francés, aunque en aquel momento ya europeizado, de «Droit Administratif», así singularizado en la expresión francesa. Pero el concepto, que ha superado ese traspiés, ha pasado hoy a ser equivalente al de Estado de Derecho, aunque en su origen haya significado otra cosa ⁶⁵.

⁶⁴ Reimpresión de la 9.^a ed. por Wade, Londres, 1952. La exposición del principio de *rule of law* como quicio de la Constitución inglesa, en págs. 183 y ss. La crítica clásica de Dicey fue la de Jennings, que identificó los conceptos de aquél con la simple ideología *whig*: «In praise of Dicey», en *Public Administration*, 1935, reproducido en anexo de su libro *The Law and the Constitution*, 4.^a ed., Londres, 1952. La réplica más obvia ha sido la de la recepción en Inglaterra del propio sistema de Derecho Administrativo, sin perjuicio de peculiaridades secundarias. Así, W. A. Robson, *Justice and Administrative Law*, 3.^a ed., Londres, 1951; B. Schwartz, *French Administrative Law and the Common Law World*, Nueva York, 1954. Para la evolución posterior a las fechas de esos libros, por todos, S. Flogaïtis, «Administrative Law» et *Droit Administratif*, París, 1986.

⁶⁵ Así, singularmente, el libro de Franz L. Neumann, *The Rule of Law. Political theory and the legal system in modern society*, Berg, Leamington, Heidelberg, Dover, 1986. Este libro es una adaptación de un original alemán (Neumann fue un exiliado por el nazismo) y apenas si trata del sistema anglosajón, sino, sobre todo, de las concepciones europeas, especialmente de las alemanas de Estado de Derecho. Las citas pueden multiplicarse. Baste la de N. S. March, «The rule of Law as a supra-national concept», en la obra colectiva ed. por A. G. Guest, *Oxford essays in jurisprudence*, Oxford, 1961, págs. 223 y ss. En tal sentido genérico la expresión *rule of Law* ha sido incluida en el Preámbulo del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos de 1950 y es ya usado ordinariamente (en la versión oficial española de este convenio, ratificado en 1979, la expresión es traducida como «preeminencia del derecho»). Sobre la dificultad de traducir a un idioma continental europeo la expresión *rule of Law* habla el profesor holandés Van Caenegem en su excelente obra *Judges, Legisla-*

Históricamente, en efecto, incluso en la fórmula constitucional de Massachusetts que hemos citado, lo que sustancialmente la expresión pretende significar es la vinculación de los jueces al *common law* y la exclusión en su función de órdenes directas del rey o de sus delegados, o, incluso, de avocaciones regias para decidir los procesos. Esta doctrina viene de Bracton y tras él de toda la Edad Media. Suya es la famosa fórmula: «*Ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub Deo et sub lege, quia lex facit regem*»⁶⁶. En 1610, en el momento del gran conflicto entre los Estuardos, los Comunes y los jueces, la famosa petición al rey de la Cámara de los Comunes de 7 de julio de 1610, dice: «No hay nada que a los súbditos de Su Majestad hayan considerado más querido y más precioso que *to be guided and governed by a certain rule of law*», de ser guiados y gobernados por un cierto imperio del Derecho⁶⁷. El formidable juez sir Edward Coke concluyó

tors and Professors. Chapters in European Legal History, Cambridge, 1993, pág. 4.

⁶⁶ «El Rey no debe de estar bajo ningún hombre, sino bajo Dios y bajo el Derecho, porque el Derecho hace al Rey.» Bracton, *De legibus et consuetudinibus Angliae*, en el título *De personis* (en la magna edición de S. F. Thorne, Harvard University Press, 1968, tomo II, pág. 33). Pero conviene precisar que *lex* no debe traducirse por ley (formal, escrita) en el pensamiento de Bracton; en el segundo párrafo de su libro, tras decirnos que un reino requiere dos cosas, *arma et leges*, se cuida de aclarar: «Cum autem fere in omnibus regionibus utatur legibus et iure scripto, solo Anglia usa est in suis finibus iure non scripto et consuetudine»; esto es: aunque en casi todos los países se hace uso de las *leges* y del *iure scriptum*, en Inglaterra sólo el derecho es no escrito y formado por costumbres. A continuación, explica cómo los conflictos jurídicos los deciden los jueces, a quienes él, «Henricus de Brattone», quiere instruir con su libro. La obra procede del siglo XIII, pero mantendrá su autoridad por muchos siglos después, hasta hoy mismo.

⁶⁷ Cit. por N. S. Marsh, «The rule of law as a supra-national concept», cit., pág. 226.

de perfilar estos conceptos en el *case of Prohibitions del Roy* o *Fuller's case* de 1612. Esta importante sentencia, que fue constantemente citada en el proceso revolucionario americano casi doscientos años después, se opuso a una avocación por el Rey de un caso del que estaba ya conociendo el Tribunal para decidirlo desde su «razón natural», diciendo: «Pues el Rey piensa que el Derecho se funda en la razón y que él mismo y otros tienen razón tan buena como la de los jueces; a lo cual debo contestar que es verdad que Dios ha agraciado a Su Majestad con excelente ciencia y con gran beneficio de dones naturales; pero Su Majestad no ha estudiado el Derecho del reino de Inglaterra, y las causas que conciernen la vida, la herencia, los bienes o la fortuna de sus súbditos no deben ser decididos por la razón natural, sino por la razón artificial y el juicio del Derecho, y el Derecho es un arte que requiere largo estudio y experiencia antes de que un hombre pueda llegar a conocerlo»⁶⁸. Más veces Coke se opuso a que el Rey, en su propia persona, «pudiese juzgar cualquier caso, fuese criminal o civil», ni que pudiese «apartar cualquier caso del conocimiento de un Tribunal», ni que tomase personalmente parte en las deliberaciones de los jueces⁶⁹. Declaró también de modo ex-

⁶⁸ Cit. por R. Pound, *The development of constitutional guarantees of liberty*, cit., pág. 165. También la obra clásica de Edward S. Corwin, *The «Higher Law» Background of american Constitutional Law*, ed. de Ithaca, 1961. Sobre las circunstancias de ese famoso caso, Drinker Bowen, *The lion and the throne. The life and times of Sir Edward Coke*, Londres, 1957, págs. 251 y ss. Se conocían como «prohibitions» la orden dada por el Rey de paralizar un proceso o de cambiar el Tribunal que lo estaba enjuiciando. Cfr. G. E. Aylmer, *The struggle for the Constitution, 1603-1689*, 4.^a ed., Londres, 1975, pág. 49. Para toda la comprensión de esa etapa del Derecho inglés, la obra de J. W. Gough, *Fundamental Law in english constitutional history*, Oxford, 1955; obra fundamental, como su título.

⁶⁹ F. G. Marcham, *A constitutional history of modern England, 1485 to the present*, Nueva York, 1960, pág. 122.

plícito que «el Rey no podía detener a ningún hombre porque no había recurso frente a él. Sólo podía actuar a través de los jueces», oponiéndose incluso al uso del concepto de «soberanía»⁷⁰. Otro juez de su grupo, Berkeley, hablará en 1636 explícitamente de un *rule of law*⁷¹.

Este viejo concepto de *rule of law*, como ha recordado certeramente Sartori⁷², culminará en el famoso *Bonham case* de 1610 (caso que será modelo en la Revolución americana para la institución del control judicial de la constitucionalidad de las Leyes), según el cual, en los términos de Coke, «una Ley del Parlamento que fuera contra la Equidad natural es nula por sí misma», puesto que «iura natura sunt immutabilia», iniciando así una técnica de control por los jueces de las mismas Leyes que no fructificaría en Inglaterra, pero que subraya enérgicamente el papel central y la autonomía absoluta con que Coke concebía el papel del juez⁷³. El Derecho cuyo imperio se postula no es, pues, la legalidad, la Ley del Rey, es casi lo contrario, un derecho extraestatal autónomo, autónomo también en sus Tribunales, sin Estado, o más exactamente, sin que el Estado avoque a sí la producción del Derecho.

Cuando Blackstone escribe ya al final del siglo XVIII sus

⁷⁰ Ch. Ogilvie, *The King's government and the Common Law, 1471-1641*, Oxford, 1958, pág. 146.

⁷¹ Ogilvie, op. cit., pág. 153.

⁷² Cit. por Moccia, «Glossario (Common Law)», en los *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 9, Milán, 1981, pág. 455.

⁷³ Sobre la significación del *Bonham's case* en la evolución del *common Law* y para el constitucionalismo americano, R. Pound, *The development*, cit., págs. 51 y ss.; S. E. Thorne, «Dr. Bonham's case», en *Law Quarterly Review*, 1938, págs. 545 y ss.; B. Bailyn, *The ideological origins of the American Revolution*, Cambridge, Mass., 1971, págs. 177 y ss.

fundamentales *Commentaries on the laws of England* y proclama por vez primera como quicio del sistema político inglés el de la soberanía del Parlamento, que altera la tradicional concepción presente aún en los juristas hasta poco antes, recuerda, sin embargo, que «el principal deber del Rey es «to govern his people according the law»⁷⁴, citando a Bracton y a Forstecue⁷⁵, así como la fórmula del juramento de coronación. Y al tratar de la justicia⁷⁶ es especialmente enérgico al observar que aunque el Rey «es considerado» *the fountain of justice*, eso «no significa que sea el autor o el origen de la justicia», añadiendo: «El poder original de la judicatura, por los principios fundamentales de la sociedad, está situado en la sociedad en general», de modo que aunque el Rey pueda erigir tribunales no le es posible, además de que sería impropio, dictar él las sentencias; «por una costumbre antigua y uniforme de mucho tiempo, los reyes han delegado su antiguo poder judicial plenario en los jueces de los diferentes tribunales, que son los grandes depositarios de las Leyes fundamentales del reino... declarando la independencia y la supremacía [*uprightness*] de los jueces como esencial a la administración de la justicia y una de las mejores seguridades de los derechos de sus súbditos». Un compendio contemporáneo de toda esta doctrina de Blackstone puede llevar por ello legítimamente el título de «The sovereignty of the law»⁷⁷.

⁷⁴ *Commentaries* (1.^a ed., 1765-1769), book I, chap. 6 (en la ed. de Londres, 1825, I, pág. 233).

⁷⁵ Así como un texto de otro jurista inglés (escrito en el *Yearbook* de Henrique VI), aunque aún escriba en un francés tosco, como *lingua fori*, Christian, cuyo texto dice: «La loi est le plus haute inhéritance que le roy ad; car par la loi ne fuit, nul roy et nul inhéritance sera.»

⁷⁶ *Commentaries*, book I, chap 7.

⁷⁷ *The sovereignty of the Law. Selections from Blackstone, Commentaries on the Law of England*, ed. de G. Jones, Londres, 1973.

El concepto de *rule of law* tiene, pues, una ilustre genealogía y se sitúa en el mismo corazón del sistema político y jurídico inglés. Expresa, pues, esencialmente, la autonomía del *common law* y de sus tribunales⁷⁸. No es inicialmente, pues, la técnica de la legalidad para el despliegue de la autoridad política. No puede, por ello, equipararse a lo que expresa el concepto revolucionario de «reino de la Ley», como el posterior de «Estado de Derecho» en la Alemania del XIX y en todo el mundo, virtualmente, hoy. Sólo ya en este siglo puede hablarse de un acercamiento entre ambos conceptos; lo veremos más adelante, cuando la idea de *rule of law*, reteniendo sólo alguno de sus matices originarios, se ha convertido, en la expresión de N. S. Marsh⁷⁹, en un concepto supranacional.

Esto explica por sí solo que del reino de la Ley procla-

⁷⁸ Un autor francés (aunque muy buen conocedor del Derecho norteamericano), hablando en la Universidad de Harvard en 1956 con ocasión de un congreso que llevó el título de «Government under Law», A. Tunc, pudo decir por ello: «*Government under Law*, *judicial review* o supremacía judicial son todas frases que expresan la misma idea.» Cita del libro colectivo, ed. por A. E. Sutherland, *Government under Law. Bicentennial of John Marshall*, Harvard University Press, 1956, pág. 37.

⁷⁹ N. S. Marsh, «The rule of Law as a supra-national concept», ya citado. J. W. Gough, *Fundamental Law*, cit., pág. 50, dice: «La vieja frase [*the rule of Law*] conserva poco más que su validez formal. Cuando nosotros cantamos en nuestro himno nacional que la Reina pueda *defender our Laws*, no pensamos realmente en que los voluminosos y saturados volúmenes de nuestras modernas recopilaciones legislativas [*statute book*] necesiten ser defendidas... La petición es, de hecho, una forma del *Nolumus leges Angliae mutare* y otros viejos refranes, que implican una estructura relativamente estática de la sociedad, en la cual *the rule of Law* era una garantía de derechos permanentemente adquiridos... *The Laws* que mencionamos en el himno nacional son las Leyes que dieron a Inglaterra su valioso carácter de ser «un país libre» —las Leyes en virtud de las cuales la monarquía fue limitada, y no arbitraria, y los ciudadanos gozan de derechos y libertades.»

mado por la Revolución Francesa surgiese el Derecho Público, luego extendido a toda Europa, basado en el principio de legalidad, en el sentido formal y escrito de la expresión, fruto de la legalización o estatalización casi completa del Derecho que la Revolución determina. Esta consecuencia no se produjo, sin embargo, en América (como tampoco en Inglaterra) tras su revolución anticipada, donde sigue imperando hasta este siglo un *common law* esencialmente judicial. Sólo en este siglo, en Inglaterra tras la primera postguerra, en Estados Unidos tras el *New Deal* de Roosevelt y con la segunda postguerra, ha aparecido la marea inundatoria del *statute Law*, del Derecho producido por Leyes, en términos ya no muy diferentes de lo ocurrido en el continente europeo más de un siglo antes⁸⁰. Por ello, justamente, el Derecho Público europeo y el anglosajón han seguido vías diferentes.

⁸⁰ Cfr., por todos, el agudo libro de G. Calabressi, *A common Law for the age of Statutes*, Cambridge Mass., 1982.

CAPÍTULO 4

LA CONSOLIDACIÓN DE LAS DISTINTAS RAMAS DEL DERECHO PÚBLICO Y SU RECEPCIÓN EUROPEA

Los principios que han quedado expuestos, y que pretendían extraer de las ideas básicas de libertad y de igualdad consecuencias directas en cuanto a una nueva configuración jurídica de las relaciones entre el poder público y los ciudadanos, no quedaron en simples enunciados retóricos, en ensoñaciones más o menos utópicas, sino que revelaron una sorprendente capacidad para transformarse en ordenaciones jurídicas sistemáticas y completas.

Con una prontitud sorprendente y una resolución lúcida, los revolucionarios se aprestaron a plasmar inmediatamente tales ideas generales y aparentemente abstractas en un sistema de normas positivas, que, en conjunto, compusieron las distintas ramas de un Derecho Público completamente nuevo, que nada tenía que ver, prácticamente en ninguno de sus elementos básicos, con el que había configurado la monarquía absoluta, conjunto que va a marcar a todas las sociedades occidentales hasta hoy mismo, por las razones que hemos visto al final del anterior capítulo,

con la excepción (hoy ya bastante relativizada) del mundo anglosajón.

Resulta aquí obligada una observación general: la formación de ese nuevo Derecho Público en sus diferentes y complejas ramas se produce en medio del mismo fragor revolucionario, con una sorprendente celeridad y a la vez con una destreza técnica que causa asombro, como demuestra el mantenimiento virtual de sus grandes rasgos dos siglos después, en sociedades infinitamente más complejas. Está ya casi formado, y desde luego en su núcleo esencial, cuando Napoleón pacifica la situación interior de Francia (no así la exterior, obviamente), la administra ejemplarmente, poniendo en pie la primera Administración europea de su tiempo, la misma que sustancialmente se ha mantenido hasta hoy mismo, y cierra su gran labor de gobernante con la formidable obra de la codificación, obra sin parigual en la historia, sencillamente ¹, de la que ha solido destacarse siempre —no sin alguna razón, por supuesto— sobre todo el Código Civil de 1804, pero que incluye tres Códigos esenciales del nuevo Derecho Público, como podremos ver.

Lo más sorprendente de esa magna creación es la falta aparente de grandes juristas que la personifiquen o la expliquen. La profesora Elisabeth Guibert-Sledziewski ha notado recientemente que «la armazón jurídica forjada en medio de la catástrofe, en el cráter mismo del volcán revolucionario,

¹ G. Ripert, *Le déclin du Droit. Études sur la Législation contemporaine*, París, 1949, pág. 1, dice de la codificación napoleónica: «La obra legislativa más grandiosa que haya sido realizada desde el tiempo de Justiniano.» Pero el romanista Koschaker, *Europa und das Römische Recht*, 2.^a ed., München, 1953, págs. 136-7, precisa: «Puede situarse a Napoleón entre los grandes legisladores de la historia del mundo. El imperio jurídico creado por Napoleón, tanto por la población que abarca como por su extensión territorial, supera en mucho al creado por Justiniano.»

fue creada en todas sus piezas para un uso totalmente inédito. En otros términos, la Declaración [de 1789] posee el racionalismo de una máquina política... Al calor de las urgencias políticas se reinventaron también las categorías de los juristas»². Los propios constituyentes se dieron perfecta cuenta de que estaban obrando como poseídos por una extraña inspiración que a ellos mismos les dominaba y les sorprendía. «El genio de Francia —dijo en las sesiones de la Asamblea Constituyente uno de sus miembros, el Conde de Clermont-Tonnerre— ha precipitado, por decirlo así, la marcha del espíritu público; es ese genio el que ha acumulado para vosotros en pocas horas la experiencia que sólo se podía alcanzar en varios siglos»³. Es cierto que se pueden destacar ciertos nombres propios que sobresalieron en los largos debates, pero ni antes ni después de haber hecho su asombrosa obra legislatora esos nombres brillaron entre los de los grandes juristas, con la única excepción, sin duda, de Portalis, el padre del *Code civil*. Aquí cuadra la famosa observación de Chateaubriand: «El único gran personaje de la Revolución fue la Revolución misma.» Pocas veces como ahora habría podido hablarse de una actuación del Espíritu objetivo sirviéndose de las «astucias de la Razón», y no será ocioso recordar que Hegel forjó estos conceptos empapado de esta formidable experiencia histórica precisamente —como pudimos ver más atrás—. Es verdad que la solidez y la transparencia de las bases del nuevo sistema de Derecho Público, bases que han quedado expuestas en el capítu-

² E. Guibert-Sledziewski, «Raison politique et dynamique des lois dans la Déclaration», en la revista *Droits*, núm. 8, monográfico sobre «La Déclaration de 1789», 1989, pág. 33.

³ Cit. por Debbasch, «L'écriture de la Constitution», en la obra colectiva ya citada 1791. *La première Constitution française*, pág. 112.

lo anterior, habían hecho factible esa formidable hazaña, pero no por ello ésta deja de merecer rendida admiración.

Esas ramas del Derecho Público serán: el Derecho Penal, el Derecho de Organización de Tribunales (*Gerichtsverfassungsrecht*, en la más expresiva caracterización alemana), el Derecho Procesal, el Derecho Administrativo, el Derecho Presupuestario y Tributario. Dejamos fuera, inicialmente al menos, el que parece —y así hoy— el centro mismo del Derecho Público, el Derecho Constitucional, ordenado ahora sobre la superlegalidad de la norma constitucional, una técnica que no conocerá aún el siglo XIX; tendremos que aludir, no obstante, a problemas centrales sobre la estructura y organización del poder.

I. Derecho Penal y proceso penal

En el Antiguo Régimen el *ius puniendi* era una facultad personal del monarca, deducida del encargo divino de regir a los hombres. Como tal facultad personal, era indeterminada y los principios de su actuación se reconducían a la filosofía del orden y del pecado. Como en ningún otro campo, se actualizaba aquí la justificación moral y teológica (conducir a los hombres hacia el bien) de la potestad regia. La pena se concebía como una expiación de un pecado, un anticipo del juicio y del castigo divinos. En la práctica, todo eso concluía en la arbitrariedad absoluta de la justicia penal, en la completa indeterminación de los ilícitos, precisados en cada caso mediante simples juicios morales *ad hoc*, o por simples oportunismos políticos, en el predominio dado al más simple pragmatismo represivo (eran objeto de «crudos escarmientos» los delitos que más alarmaban al poder o a los ciu-

dadanos), y, finalmente, a la consideración del proceso penal, regido por el solo principio inquisitivo, como un simple modo eficaz de averiguar la comisión de los delitos y de arrancar, mediante el tormento como instrumento normal, la que se consideraba prueba plena, la confesión del reo.

Nada separaba al juez penal, por tanto, de lo que hoy es función de la policía, la cual era dirigida por aquél con la expeditividad de cualquier comisario actual imaginativo, aunque entonces sin límites legales, y con el derecho y hasta la obligación de torturar al reo, y, por de pronto, sin que se reconociera al acusado derecho alguno de defensa. No podría indicarse diferencia alguna entre ese proceso y el actuar ilimitado de las policías más incondicionadas de los Estados más totalitarios y represivos. La finalidad del procedimiento penal (se dijo a propósito de la Ordenanza regia sobre la materia de 1670) era *faire peur aux méchants*, atemorizar a los malvados, con toda simplicidad. Los derechos de la defensa eran sistemáticamente negados. Finalmente, las penas pretendían, tanto retribuir o purgar la iniquidad y el pecado del delincuente («escarmiento»), como especialmente amedrentar a los demás ciudadanos e intimarlos al bien y a la obediencia, función en la que se justificaban precisamente las penas infamantes y degradantes y su ejecución y pregón públicos (en plazas, puertas de la ciudad, cruces de caminos), la extensión de la infamia a la familia y a los pueblos de donde el reo procede, para así «refrenar las malas obras». Esmein recuerda que una máxima del antiguo Derecho proclamaba: «Todas las penas son arbitrarias en el reino de Francia» ⁴.

⁴ A. Esmein, *Précis élémentaire de l'histoire du Droit français de 1790 à 1814*, París, 1911, pág. 251. La máxima significa que «aun cuando la pena

El peso efectivo de la justicia penal y de su terrible amenaza era una de las notas dominantes de la sociedad del Antiguo Régimen. Un autor actual ⁵ ha podido decir con razón que «la justicia penal aparece en Francia como la institución real por excelencia y todo examen de la institución desemboca en la puesta en cuestión misma del sistema monárquico».

Recogiendo un amplio movimiento reformador que surge de la Ilustración y que se manifiesta, en una espectacular coincidencia, en una buena parte de los *cabiers de doléances* ⁶, la Asamblea Constituyente incluirá en su Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano los artículos 7, 8 y 9, cuya significación general hemos destacado ya en el capítulo anterior. De esos tres preceptos, como ya sabemos, se deducen consecuencias trascendentales sobre la materia pe-

de un delito estuviese fijada por la Ley, el juez podía modificarla, cambiarla, agravarla o mitigarla».

⁵ M. Peronnet, «L'art de punir», en la obra colectiva dirigida por P. Boucher, *La Révolution de la justice. Des Lois du roi au Droit moderne*, París, 1989, pág. 77.

⁶ Puede verse un resumen reciente en la primera parte («Le pénal à l'aube de la Révolution») de la obra de P. Lascoumea, P. Poncela y P. Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, 1989, págs. 17 y ss. También N. Castan, «Les alarmes du pénal, du sujet gibier de justice à l'État en proie à ses citoyens», en la obra colectiva dirigida por R. Badinter, *Une autre justice, 1789-1799. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, París, 1989, págs. 39 y ss. Para el análisis de los *cabiers de doléances* en la materia, una visión más extensa en A. Lebigre, «1789: La justice dans tous ces états», en la misma obra que acaba de citarse, págs. 39 y ss.; M. A. Cattaneo, *Illuminismo e Legislazione penale. Saggi sulla Filosofia del Diritto penale nella Germania del Settecento*, Milán, 1993 (que comienza diciendo, por cierto: «Ha sido siempre mi convicción que la contribución mayor y mejor de la Ilustración a la humanidad debe ser considerada su obra en favor de la renovación y de la reforma del Derecho penal», pág. 9).

nal, que alteran radicalmente la terrible situación existente e inauguran por sí solas, sin exceso retórico alguno, una nueva época de la justicia represiva humana: el principio de legalidad de los delitos y de las penas; la legalización plenaria del proceso penal, con exclusión de todo arbitrio judicial; el principio de presunción de inocencia en cualquier acusado de cualquier crimen, que implica desplazar a la acusación, independiente del juez, la carga de la prueba; la proscripción de las penas infamantes e inhumanas que excedan de «lo necesario para asegurar la persona» del inculpado; la garantía penal de la rigurosa observancia de todos estos principios, que viene a consagrar un verdadero derecho ciudadano a no ser castigado más que en las condiciones determinadas por esos principios básicos y por las Leyes, un derecho básico de libertad física y personal, en su sentido más elemental, capaz de crear por sí solo un espacio seguro de desenvolvimiento vital libre en la sociedad.

El principio de legalidad de los delitos y las penas, intuitivo por la Ilustración y concretado en el gran libro de Beccaria⁷, hace su entrada solemne en la historia a través de estos artículos de la Declaración.

⁷ Cfr. notas 18 y 19 del capítulo anterior. Baste la cita de algunos textos del *Tratado de los delitos y de las penas* (que hago por la trad. esp. de Las Casas de 1774, reimpreso en 1993 por el Ministerio de Justicia): «Sólo las Leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la Sociedad unida por el contrato social. Ningún Magistrado (que es parte de ella) puede, con justicia, decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma Sociedad» (pág. 14). «El soberano, que representa la misma Sociedad, puede únicamente formar Leyes generales, que obliguen a todos los miembros, pero no juzgar» (págs. 15-6). Por ello es preciso «un Códice [Código] fijo de Leyes que se deben observar a la letra» (pág. 22). «En

todo delito debe hacerse por el Juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la Ley general; por menor la acción, conforme o no con la Ley; de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena» (pág. 19). Proscribe «consultar el espíritu de la Ley», debiendo limitarse el juez a «la constante y fija voz de la Ley... no la errante inestabilidad de las interpretaciones» (págs. 19 y 21); el Código «fijo de Leyes, que se deben observar a la letra, no deja más facultad al Juez que la de examinar y juzgar en las acciones de los Ciudadanos si son o no conformes a la Ley escrita... un asunto de hecho y no de controversia» (pág. 22). Beccaria es plenamente consciente de que con este sistema «adquieren los Ciudadanos aquella seguridad de sí mismos, que es justa, porque es el fin que buscan los hombres en la Sociedad, que es útil, porque los pone en el caso de calcular exactamente los inconvenientes de un mismo hecho. Es verdad que adquirirán un espíritu de independencia; mas no para sacudir el yugo de las Leyes ni oponerse a los Superiores Magistrados» (pág. 23). Enuncia, pues, con extraordinaria clarividencia, los caracteres de la sociedad libre que la Revolución busca. Sobre la extraordinaria influencia de Beccaria en Francia, vid. J. Poumarède, «Montesquieu, Voltaire, Beccaria», en la obra colectiva ya citada *La Révolution de la Justice*, págs. 103 y ss. Lo que carece de sentido es negar a Beccaria su puesto glorioso en la historia humana, así como a la Declaración de los derechos de 1789 el formidable honor de haber hecho la primera plasmación legal de esos conceptos, y atribuir, como hace buena parte de la doctrina alemana, la invención del principio de legalidad de los delitos y de las penas a A. Feuerbach, que lo único que hace, en 1801, es darle su expresión latina, ya clásica (*nulla poena sine lege*; más tarde se antepondrá *nullum crimen*). Con ambigüedades, pero afirmando expresamente que la consagración del principio de reserva de Ley en materia jurídico-penal no debe nada en los Códigos alemanes a las Leyes francesas, sino a Feuerbach, V. Krey, *Keine Strafe ohne Gesetz. Einführung in der Dogmengeschichte des Satzes «nullum crimen, nulla poena sine lege»*, Berlín, 1983, pág. 18. Específicamente trata del tema el reciente trabajo de L. Reuter, «Das Strafrecht des Französischen Revolution und seine Wirkungen in Deutschland», en la obra colectiva dirigida por M. A. Cattaneo, *Diritto e Stato nella Filosofia della Rivoluzione Francese*, Milán, 1992, págs. 427 y ss. En la pág. 440 afirma que las grandes innovaciones revolucionarias en materia jurídico-penal eran «ampliamente ignoradas» en Alemania al inicio del siglo XIX, como «lo probaría la obra de J. P. A. Feuerbach». Con todos los respetos, y con la expresa reserva de mi falta de autoridad en la materia, debo decir que tal aserto me parece bastante inverosímil (cfr., por ejemplo, A. Renaut, «Ra-

El *ius puniendi* deja de ser una facultad de corrección moral de una persona supuestamente superior, en el plano jurídico y en el plano ético, para pasar a ser la simple aplicación de una Ley que ha previsto anticipadamente las conductas punibles y la pena concreta que cada una de éstas merece. Ningún juicio moral de nadie, por alto que esté situado, por autorizado o reflexivo que ese juicio parezca, podrá exceder en ningún caso esa previsión anticipada de la Ley, ni en cuanto a las conductas merecedoras de sanción, ni en cuanto al grado y cuantía de la pena que a la misma pueda corresponder. Las penas no se modularán libremente en atención a la reprobación deseable en cada caso de la conducta castigada, ni en función del efecto intimidatorio general que las circunstancias puedan aconsejar, ni conforme al juicio subjetivo moral de ningún juez, sino, estrictamente, según la determinación exacta que ha de figurar anticipadamente en la Ley penal, sea esa determinación oportuna o inoportuna, acertada o errónea, según cualquier criterio.

La predeterminación legal de las conductas punibles creará un ámbito social enteramente secularizado de seguridad jurídica en cuyo seno podrá desarrollarse la libertad, no coartada ahora por el temor de irritar en cualquier circunstancia al gobernante o al juez o de enfrentar los criterios

tionalité et historicisme juridique. La première réception de la Déclaration en Allemagne», en la revista *Droits*, 8, 1989, dedicado monográficamente a la *Déclaration de 1789*, págs. 143 y ss.; Kant, Fichte, Möser la recogieron ya en 1790-93, se venden en 1790 pañuelos con su texto, se traduce inmediatamente a Burke, el francés era lengua casi oficial en las monarquías alemanas, etc.). Para L. Reuter, el influjo francés (limitado) comenzaría con el Código Penal Napoleón (1810) que se aplicó en los territorios de la orilla izquierda del Rin y que pasó en 1815 a Prusia.

morales de cualquier autoridad social, religiosa o política. Los preceptos jurídicos previos que condicionan totalmente la actuación del juez (*lex scripta, lex previa*) permitirán ahora predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) las conductas lícitas de las ilícitas, de modo que los ciudadanos sabrán a qué atenerse en cuanto a la eventualidad de una responsabilidad penal y a su sanción correlativa. El juez que pretenda excederse de estos estrictos límites de su actuación cometerá él mismo un delito de prevaricación, lo que subraya la protección jurídica del «derecho a no ser castigado sino en virtud de la Ley» que el ciudadano ha ganado definitivamente.

Por otra parte, nadie será en adelante presumido culpable, sino siempre inocente, con lo que el proceso penal pasará a ser de inquisitivo en acusatorio, en el que la carga de la prueba corresponderá siempre a la acusación, a su vez independiente del juez⁸. El proceso penal se convertirá en el cuadro legal en que esas garantías esenciales de la libertad (de la libertad física más elemental: tener la seguridad de que una acción determinada es posible y de que no será castigada si la Ley no lo ha dispuesto previamente así; un proceso en el que será esencial el reconocimiento de medios objetivos de defensa al acusado, puesto que la carga de la prueba para romper la presunción legal de inocencia corres-

⁸ Esta innovación de la Declaración, que es revolucionaria en toda Europa continental, procede claramente del Derecho inglés, certeramente buscado por los constituyentes como modelo en este caso, y en concreto de su fondo anglosajón. Vid., por todos, D. Clementi, «The anglosaxon origins of the principle "innocent until proved guilty"», en el libro colectivo *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, dirigido por R. Vierhaus, Gotinga, 1977, págs. 68 y ss. Sobre algunas peculiaridades del proceso inquisitivo, vid. mi trabajo «Fray Luis ante los inquisidores», en el libro ya citado *La poesía de Borges y otros ensayos*, págs. 113 y ss.

ponde a la acusación) se manifiestan y se aplican, y, por tanto, una pieza esencial entre las garantías de la libertad, según la tradición anglosajona (de donde se toman por los revolucionarios, además de la técnica de la presunción de inocencia y del principio acusatorio, el principio de la oralidad y de la concentración de la prueba en el juicio oral, con lo que esto implica de principio de publicidad de los procesos, el juicio por jurados, que contribuye a despejar las impurezas de la justicia estamentalizada y a consagrar la independencia del juzgador respecto de cualquier instancia política, que no sólo pueda pretender erigirse en superior moral, sino tener la tentación del uso de la facultad punitiva como un mero instrumento del poder).

Poco tiempo después de la Declaración, por Ley de 8-9 octubre-3 noviembre de 1789, se introduce otro principio básico, coherente con los derechos de la Declaración, el de la libertad de la defensa, comenzando por la posibilidad de designar libremente abogado. El terrible derecho de castigar y de matar a los hombres entra a partir de ahora en una etapa enteramente nueva.

Finalmente, el tormento desaparece, las atroces y humillantes penas degradantes e inhumanas quedan proscritas, la detención pasa a ser un medio de asegurarse de la persona del delincuente y de hacerle cumplir, eventualmente, la pena de prisión (que pasará a ser desde ahora la pena más común)⁹,

⁹ Aunque sorprenda, la prisión no era una pena ordinaria en el Antiguo Régimen, donde lo son la multa, la confiscación de bienes, las penas afflictivas, el látigo, la marca a fuego, el destierro, las galeras y el trabajo forzado en arsenales, la muerte. Vid. el trabajo ya citado de M. Peronnet, *L'art de punir*, pássim; en pág. 98: «La prisión no aparece como una pena, sino como una precaución destinada a guardar a un inculcado bajo vigilancia.»

más adelante ya de intentar corregirle. Puede resultar una paradoja visto desde hoy, pero la macabra adopción de la guillotina, que tendrá lugar poco después, en 1790, no es más que la aplicación de ese principio en cuanto a la ejecución de la pena de muerte, como un medio rápido y expeditivo, que tanto contrasta con la hoguera, o con el descuartizamiento, o con la horca. La humanización de las penas, que excluye su utilización para degradar a la persona del delincuente, mucho menos aun a su familia, comienza aquí. Igualmente, del artículo 9 de la Declaración derivará el principio básico de la proporcionalidad de las penas.

La trascendencia de esta transformación completa de los conceptos básicos del Derecho represivo fue apreciada lúcida y oportunamente por los revolucionarios, que se apresuraron a aprobar, el 25 de septiembre de 1791, el primero de los Códigos surgidos de la Revolución, el Código Penal, obediente a todos esos principios ¹⁰. Pocos días después, el 16-29 de septiembre de 1791, se aprobaban las reglas de procedimiento criminal, que cerraban el nuevo sistema. Más adelante habrá un nuevo «Código de los delitos y de las penas» de 3 brumario del año IV, que incluirá las reglas de procedimiento, hasta llegar, finalmente, a los dos Códigos napoleónicos, el de Instrucción Criminal, de 1808, y el Código Penal, de 1810 (éste vigente hasta hace poco más de un año, aunque muchas veces reformado), que depura los principios de los anteriores; por de pronto, respecto del de 1791, rompe el automatismo absoluto de las penas a que había conducido una interpretación estricta del principio de legalidad de las

¹⁰ Sobre este Código, vid. la segunda parte del libro de Lascoumes, Poncela y Lenoël, *Au nom de l'ordre*, cit., págs. 65 y ss. No suele ser citado como el primero de los Códigos revolucionarios; no lo cita Krey, por cierto, op. cit.

penas, para instaurar el sistema de graduación entre un máximo y un mínimo que permite atender a las circunstancias singulares de cada caso, especialmente las condiciones modificativas de la responsabilidad.

Aunque la Revolución conducirá ella misma a excesos represivos que se apartaron de sus propios principios, excesos singularizados especialmente en el Terror, con su delito indeterminado de «crimen contra la nación» y la ausencia de garantías procesales, excesos que intentaron justificarse en la excepcionalidad del «gobierno revolucionario» (*silent leges inter arma*: la «libertad civil» se restablecería una vez aniquilado el enemigo), es lo cierto que, a partir de la formulación solemne de los principios que hemos examinado por la Declaración y de su desarrollo legislativo ulterior, se inicia la época civilizada y humana del Derecho Penal, que se extenderá enseguida a toda Europa, como veremos más adelante.

Pero, con independencia de su significación propia, que es extraordinaria, como hemos visto, la traslación al Derecho Penal de la técnica general del «reino de la Ley», la legalización del poder público, demostrará la operatividad práctica de esta técnica y será, en ese sentido, como primera aplicación práctica de la misma, modelo para toda la creación general del Derecho Público surgido de la Revolución.

II. Derecho de Organización de Tribunales y Derecho Procesal

Un principio básico del sistema jurídico en el Antiguo Régimen era que *le Roi est source de toute justice, fons iustitiae*, lo que sería un error interpretar en un sentido simbólico.

«La justicia, como la soberanía de la cual es la más evidente encarnación, permanece inalienable e incommunicable»¹¹. Puede, ciertamente, «delegarse» («justicia delegada»), pero sólo en cuanto a su ejercicio, de modo que la delegación puede ser siempre revisada y revocada, en sí misma, o en cuanto a la sentencia que produce, bien por vía de retención del caso, que puede ser incluso secreta, o por avocación del mismo si el proceso se hubiese iniciado, avocación que se produce por el simple hecho de la presencia del Rey en el seno de un cuerpo judicial, lo que se llama el *lit de justice* —por la circunstancia de que el Rey se sienta en un cojín bajo un dosel¹²—, o, en fin, a posteriori, por vía del recurso final, y todo ello, bien bajo forma judicial «y estrépito de juicio», bien por simples «cartas de gracia y justicia» o «privilegios»¹³.

Pero debajo de esa idea solemne y grandiosa, de contenido evidentemente religioso, que hacía al Rey dispensador de la justicia en la tierra por comisión divina, se ocultaba un aparato bastante más vulgar. La justicia del Antiguo Régimen se presentaba ante el justiciable en forma de un inextricable embrollo. Se mantenía entera la jurisdicción eclesiásti-

¹¹ J. Bart, «Les Lois du Roi», en la obra colectiva ya citada *La Révolution de la Justice*, dirigida por Boucher, pág. 14.

¹² Bart, págs. 15 y ss., especialmente pág. 22.

¹³ Bart, págs. 27 y ss. El gran jurista Loyseau (*Traité des seigneuries*, 1608, III, pág. 16) había dicho: «Bajo ese derecho [del Rey] de hacer Leyes, incluyo con mayor razón los privilegios, que son Leyes privadas y particulares más difíciles de hacer que las generales... incluyo igualmente las dispensas de todas clases, bien en lo civil, bien en lo penal, porque es necesario al menos tanto poder para desligar como para ligar.» Sobre la significación general de este autor, cfr. B. Basdevant-Gaudemet, *Aux origines de l'État moderne. Charles Loyseau, 1564-1627, théoricien de la puissance publique*, París, 1976.

ca, que entendía no sólo de los asuntos directos de la Iglesia, sino también de los casos mixtos y aun de aquellos en que su competencia se justificaba *ratione peccati*, por razón de pecado. Proliferaban las justicias feudales y señoriales, las estamentales y corporativas, las de «excepción» o especiales. En fin, los Tribunales regulares se nutrían de titulares que habían comprado su cargo al Rey o a anteriores titulares y que lo consideraban su propiedad privada y hereditaria («oficios enajenados» en nuestra terminología castiza, aún presente, insólitamente, en el Código Civil, art. 336), como una fuente de rentas, por consiguiente. Los *cabiers de doléances* que habían precedido a la reunión de los Estados Generales en 1789 habían hecho de esta situación uno de los temas más insistentemente criticados y necesitados de reforma, como ya había intentado acometer la propia monarquía en los años finales del Antiguo Régimen.

Hay que notar que esa complejísima maquinaria alimentaba un impresionante cortejo de relatores, secretarios, oficiales, agentes, alguaciles, recaudadores, carceleros, verdugos, auxiliares, etc., que constituían un grupo social perfectamente singularizado, así como especialmente nutrido. Un autor reciente habla de 80.000 personas ¹⁴.

La Declaración de derechos de 1789 no contenía más determinación sobre la organización de la justicia que la que resultaba del principio de «separación de los poderes», formulado genéricamente, sin ninguna precisión organizativa, en el artículo 16. Estaba, por otra parte, en el mismo artículo, la necesidad de «la garantía de los derechos», así como

¹⁴ F. d'Agay, «Quatre-vingt mille magistrats», en la obra colectiva cit. *La Révolution de la Justice*, págs. 31 y ss.: un rico cuadro del complejísimo, realmente caótico, estado de la justicia prerrevolucionaria.

las indicaciones, ya más precisas, sobre la justicia penal que hemos visto en el apartado anterior. Pero era claro que algunas consecuencias decisivas sobre este capítulo habrían de derivar de la legalización general del poder y del Derecho, que vimos que surgía con claridad del texto de la Declaración de 1789. Todo ello forzaba a un cambio radical de todo el viejo y complejo sistema judicial. El enfático poder de justicia del Rey como atributo personal debía ser sustituido, evidentemente, por el poder impersonal y general de la Ley, titular único de poder en el nuevo sistema. Por otra parte, ya notamos en el capítulo anterior que las bases del nuevo sistema de la legalidad implicaban que quienes ejercitasen las facultades habilitadas por ésta no podrían ser, en ningún caso, propietarios de dichas facultades, sino simples «agentes» o comisionados de la Ley, cuyos mandatos se han de limitar a ejecutar, y sometidos, en fin, a responsabilidad por dicho ejercicio.

La transformación radical del sistema será hecha por la Ley de 16-24 de agosto de 1790, sobre Organización Judicial, que realizó una «obra inmensa»¹⁵, formulando por primera vez en la historia la separación de la autoridad judicial de los titulares del Ejecutivo. Sus principios pasaron a la Constitución de 1791 (capítulo V del título III). Sustancialmente, fue establecido, frente al caos anterior, un único orden de Tribunales, se definieron las funciones de éstos como aplicadores de la Ley, se reguló la selección de los jueces y se consagró su independencia. Una cosecha nada parva, ciertamente.

¹⁵ J. P. Royer, «Les innovations des constituants en matière de justice civile de la "Cité idéale"», en la obra colectiva *Une autre justice, 1789-1799*, dirigida por R. Badinter, cit., pág. 57.

Lo primero, naturalmente, fue suprimir la venalidad de los cargos judiciales, que permitía considerarlos como una propiedad privada. El artículo 1 del título II de la Ley así lo dispuso: «La venalidad de los oficios de judicatura queda abolida para siempre; los jueces administrarán gratuitamente la justicia y serán retribuidos por el Estado.» Los viejos e imponentes Parlamentos judiciales, reducto de la *noblesse de robe*, la nobleza de toga, de los que, por cierto, había surgido la convocatoria de los Estados Generales a la que la Asamblea Constituyente debía su misma existencia, fueron liquidados sin piedad ¹⁶. El nuevo sistema partía de una conciliación obligatoria, como condición de admisión de cualquier proceso civil, que se atribuía a un juez de paz lego en Derecho, cuya configuración (supuestamente un modelo inglés) debía mucho, por cierto, a Voltaire. Seguía con la primera instancia ante un Tribunal colegiado por cantón o distrito, y una apelación ante otro Tribunal de distrito distinto del que había dictado la primera sentencia. Esta estructura organizativa (que se singularizó en los asuntos penales, no precisada hasta el año siguiente, Ley de 7 de febrero de 1791, promulgada en septiembre siguiente), establecida y garantizada por la Ley (artículo 8 del capítulo V del título V de la Constitución de 1791), se impone uniformemente en toda la nación,

¹⁶ Ya habían sido suspendidos o «declarados en vacaciones» por la Ley de 3 de noviembre de 1789. En el dictamen de la Asamblea de donde salió la Ley de Organización Judicial se aborda derechamente el tema: «La nación no ha olvidado lo que se debe a los Parlamentos; ellos solos han resistido a la tiranía; ellos solos han defendido los derechos de la nación... Se les debe reconocimiento, pero no es de reconocimiento de lo que hay que ocuparse para regenerar un imperio. Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir al despotismo, pero éste ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria» (cita el texto Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, II, pág. 217).

instituyéndose así una «unidad de jurisdicción», que absorbe la totalidad de la litigiosidad existente, con la única excepción de los Tribunales de comercio. El derecho al juez determinado por la Ley se define expresamente, con interdicción de comisiones, avocaciones y otras formas de privilegio. La justicia igual fue así consagrada. Obvio es que esa planta concreta fue retocada después, comenzando con un Tribunal departamental de apelación que estableció la Constitución del año VIII.

Los jueces serían designados (entre juristas con alguna cualificación, salvo los jueces de paz) por tiempo, y reelegibles, por las Asambleas electivas locales y garantizados en su inamovilidad, salvo sentencia firme por prevaricación. Sólo su nombramiento lo formalizaba el Rey. El sistema de designación de jueces será objeto más adelante de nuevos cambios, hasta llegar finalmente al de su funcionarización profesional (que se apoya, por cierto, en la objetividad misma de la Ley que han de limitarse a aplicar), pero lo que es importante es subrayar que la imparcialidad del juez quedó asegurada. Una novedad decisiva.

El sistema judicial se coronó por una Ley ulterior de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790 con un Tribunal de Casación adscrito al poder legislativo. Esta última circunstancia puede sorprender, como contraria al principio de división de poderes, pero no hace sino subrayar de manera extraordinariamente vivaz el papel que el nuevo sistema asignaba a los jueces: ejecutar la Ley, aplicar sus mandatos de forma estricta y rigurosa a los hechos debatidos. Es la concepción de Montesquieu: el juez ha de limitarse a ser «la boca que pronuncia las palabras de la Ley»¹⁷; se condena

¹⁷ Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, liv. XI, ch. 6. El juez debería ser un

expresamente la jurisprudencia como creación judicial. Como dijo Robespierre en el debate sobre la Ley que creó el Tribunal de Casación, «en un Estado que tiene una Constitución y una Legislación, la jurisprudencia de los Tribunales no es otra cosa que la Ley»¹⁸. Esa sumisión absoluta del juez a la Ley (algo nunca hasta ahora pretendido, porque el Derecho no se había intentado nunca encerrarlo en su totalidad en las Leyes escritas) era, justamente, lo que tenía que garantizar el Tribunal de Casación: que el juez no infringiese la Ley aplicable o no excediese sus mandatos, lo que justificó en el diseño organizativo que tal Tribunal se integrase en el Poder Legislativo. Se prohíbe a este Tribunal expresamente «conocer del fondo del asunto», de modo que cuando casa o rompe una sentencia por esa infracción de la Ley ha de reenviar el proceso al Tribunal de origen para que dicte la sentencia de fondo procedente. Es, pues, una estricta policía de la completa sumisión del juez a la Ley lo que el Tribunal de Casación ejercita, no propiamente una nueva instancia judicial, un nuevo grado de apelación. Este Tribunal de Casación es, simplemente, el guardián de la Ley.

«puro aparato de subsunción» de los conceptos legales en los hechos. Por cierto, que la expresión técnica «subsunción» aparece ya en Kant como definitoria de la función del juez (*Prinzip der Subsumtion*): *Metaphysik der Sitten*, cit., pág. 136. Como ha dicho Bockelmann, «Richter und Gesetz», en *Festgabe für R. Smend*, Gotinga, 1952, pág. 25, «la aplicación de la Ley por el juez debería funcionar como un aparato automático, con la única particularidad de que el automatismo no es mecánico, sino un automatismo lógico; el juez debía ser un «esclavo de la Ley». Éste es el origen del «positivismo legalista», que ha dominado en el Derecho hasta bien entrado este siglo. Cfr. mi libro *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, reimpr. 1986, págs. 17 y ss., y allí referencias.

¹⁸ Cit. por J. L. Halpérin, «Le Tribunal de Cassation et la naissance de la jurisprudence moderne», en *Une autre justice, 1789-1799*, dirigido por Badinter, cit., pág. 226.

Cuando había un problema significativo de interpretación de la Ley, de forma que su texto no lo resolviera de manera inequívoca, el juez debía abstenerse de pronunciarse y remitir la cuestión a la Asamblea como autora de la Ley, para que resolviese. Es el llamado *référé législatif*, arbitraje legislativo, que marca el rigor del sometimiento del juez a la Ley y la implicación del Poder Legislativo en la fase de su aplicación, y que previó la propia Ley de Organización Judicial de 16-24 de agosto de 1790.

Coexisten, pues, como dos instrumentos del Poder Legislativo, el *référé* legislativo y el Tribunal de Casación para mantener incólume a la Ley como poder supremo y al juez como servidor estricto de su sentido literal, de modo que no pudiese cubrir con la autoridad de la Ley lo que no serían más que ocurrencias o construcciones personales suyas. El *référé* legislativo cortaría cualquier intención de extender el imperio de la Ley fuera de lo que el legislador expresamente había querido y, en su caso, éste era el llamado a formular la interpretación dudosa que el texto anterior de la Ley no permitía deducir. Esta técnica fue especialmente activa en el período de la Convención, por la hiperestesia de este órgano sobre su papel de fuente de la voluntad general, pero primero una Ley napoleónica del año VIII y luego el capital artículo 4 del Código Civil de 1804 («el juez que rehúse juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la Ley podrá ser perseguido como culpable de denegación de justicia»: prohibición de sentencias *non liquet*) acabaron con su función, aunque no fue suprimido formalmente hasta 1837¹⁹. Fuera de ese supuesto, y a partir del Código Civil

¹⁹ Y. V. Hufteuau, *Le référé législatif et les pouvoirs de juge dans le silence de la Loi*, París, 1965.

incluyéndolo también de manera expresa, aunque bajo la forma impugnatoria que le es propia, el recurso de casación fue el mecanismo técnico que aseguró el tipo de relación estricta y rigurosa que el sistema asignaba al juez con la Ley, una de las bases de la estructura jurídica en su conjunto, como ya sabemos.

Así se corona el sistema entero de organización de Tribunales, cuyo sentido preciso queda enérgicamente configurado.

En cuanto al proceso, no entraremos, naturalmente, en todo el complejo mundo de su regulación particular, aunque las novedades aportadas por la Revolución y concretadas sobre todo en los dos Códigos procesales (civil y penal) napoleónicos fuesen trascendentales con relación a la vieja y pesada máquina procesal romano-canónica configurada en toda Europa desde el Derecho común (*solemnis ordo iudiciarius*), monstruo de trámites escritos interminables, dominado por un complejo *stylus curiae*, obra todo ello de post-glosadores, decretalistas y una doctrina estratificada y complicada a lo largo de siglos ²⁰. Nos interesa, desde la perspectiva en que ahora estamos, subrayar que, al objeto de asegurar esa relación estrecha de la Ley con el juez («boca que pronuncia las palabras de la Ley» en el caso concreto), la Revolución impuso una regla procesal absolutamente trascendental, la de la motivación de las decisiones judiciales. «Motivar una decisión es expresar sus razones. Por ello mismo obliga a quien la adopta a tener tales razones, lo que es alejar toda arbitrariedad» ²¹.

²⁰ Un estudio valioso sobre ese viejo proceso y su evolución, en V. Fairén, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1954. Más concretamente, R. van Caenegem, «History of european civil procedure», en *International Encyclopedia of comparative Law*, XVI, Tubinga, 1973.

²¹ T. Sauvel, «Histoire du jugement motivé», en *Revue de Droit Public*, 1955, pág. 5. Entre una gran bibliografía, nos limitaremos a añadir a ese

Desde la baja Edad Media los jueces consideraron que no expresar la motivación de sus decisiones era una suerte de privilegio personal que venía, bien de su condición de voz calificada de la costumbre —en el viejo derecho de matriz germánica—, bien del soberano, en cuanto éste es fuente de toda justicia. Las fuentes romanas no habían impuesto la motivación general de las sentencias, pero en su configuración tardía sí habían precisado que las sentencias dictadas personalmente por el Emperador estaban exentas de justificarse en las Leyes y tenían por sí mismas el valor de Leyes nuevas. Esta regla la aplicarán los canonistas a las sentencias del Papa e inmediatamente los legistas regios a las de los Reyes, en virtud del apotegma, básico en la formación del Estado moderno, *rex in regno suo est imperator*²². Desde el siglo XVI ningún Tribunal, salvo excepciones²³, motiva sus

excelente trabajo, los estudios dirigidos por Ch. Perelman y P. Foirier, *La motivation des décisions de justice*, Bruselas, 1978. Incluye, entre otros valiosos trabajos, uno de P. Godding, *Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18e siècle*, págs. 37 y ss., que complementa el primeramente citado. G. Gorla, «La motivation des jugements», en su obra recopilativa *Diritto Comparato e Diritto Comune Europeo*, Milán, 1981, págs. 359 y ss.; J. Llobet Tuset, *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, 1985.

²² En la transposición de nuestra vieja Ley de Partidas: «Todos aquellos poderes que de suso diximos que los Emperadores han e deven aver en las gentes de su imperio, que esos mismos han los Reyes en los de sus reynos» (Ley 7.^a del título I de la partida II). Sobre la significación general de ese apotegma, cfr. F. A. Freiherr von der Heydte, *Die Geburtsstunde des souveränen Staates*, Regensburg, 1952, págs. 59 y ss.; Calasso, *I glossatori e la teoria della sovranità*, 2.^a ed., Milán, 1951.

²³ Por cierto, que Godding incluye entre estas excepciones a España (op. cit., pág. 60), pero no cita la fuente. Carlos III, por Real Cédula de 1778 (incluida en la Novísima recopilación, Ley 8.^a, título XVI del libro XI) se refiere a la práctica de motivar las sentencias en la Audiencia de Mallorca y con ese motivo ordena taxativamente «cese en dicha práctica de motivar sus sentencias, ateniéndose a las palabras decisorias», regla

sentencias, resaltando así el carácter absoluto y superior de su decisión, así como la cautela frente a eventuales críticas de las partes o de los juristas (*si cautus sit iudex, nullum causam exprimet*, había dicho ya un viejo canonista medieval).

Pero al final del Antiguo Régimen la causa esencial de la no motivación de las sentencias era el carácter soberano de los Tribunales como delegados del Rey y el hecho de que esa soberanía incluía la facultad de decidir en equidad, sin sujeción a Ley anterior alguna, incluso la potestad de dictar *arrêts de règlement*, que incluía en el fallo la generalización de la doctrina de éste para futuros casos análogos. Los Tribunales se denominan «Tribunales soberanos» para buscar ese *quid* que los hacía señores del Derecho y no sus servidores. Es sorprendente que los ilustrados, incluyendo a Montesquieu o Voltaire, tan atento este último a los problemas de la justicia (recuérdese que publicó un comentario del libro de Beccaria), no hayan denunciado la situación que de ese silencio de los jueces derivaba. La reforma surge de la justicia criminal y un edicto de 8 de mayo de 1788 impone ya que la sentencia «califique expresamente los crímenes y delitos». Los *cabiers de doléances* fueron, sin embargo, más lejos y dejaron a los revolucionarios en disposición de resolver definitivamente esta cuestión, que se encontraba en la línea derecha de sus ideas sobre la función de la Ley como única fuente de las obligaciones de derecho, y del juez como simple agente ejecutor de la misma.

que extiende a todos «los Tribunales ordinarios incluso los privilegiados», de modo que «excusen motivar las sentencias, como hasta aquí». Parece que la excepción de no motivar alcanza también a Italia, según las alusiones de Gorla, «La motivation», trabajos citados en págs. 374 y 390, excepción de bulto, quizá debida a la menor vivencia en la península del principio absolutista.

La benemérita Ley de 16-24 de agosto de 1790, de Organización Judicial, artículo 15 de su título V, impondrá a las sentencias, tanto civiles como criminales, hacer constar «el resultado de los hechos reconocidos o comprobados por la instrucción y los motivos que hayan determinado al juez». Por vez primera, con una extraordinaria lucidez, este precepto impone para toda clase de jurisdicciones y de juicios esta regla que desde entonces, para todo jurista —pero no antes, como hemos visto—, ha pasado a ser una necesidad lógica evidente. El juez decide no por su capricho, sino en virtud de la Ley cuya particularización concreta al caso debatido debe hacer explícita. Porque el ciudadano no estará ya sometido a la discreción, a la buena intención o buen juicio, a la voluntad de ninguna persona supuestamente superior, menos aún a ninguna vaporosa esencia traspersonal de la que fuese oráculo precisamente el juez, a través de no se sabe bien qué unción; está sujeto a la Ley y nada más que a ella y es preciso, por ello, explicarle cómo la Ley en el caso concreto le afecta, para beneficiarle o para perjudicarlo. Esa necesidad de ser informado de por qué y cómo la Ley resuelve el problema que el proceso ha de resolver es una necesidad derivada de la condición libre del justiciable; es, además, una forma de excluir la arbitrariedad decisoria del juez, que ningún principio del sistema permite; es, en fin, un instrumento de defensa, para que el justiciable pueda, en su caso, impugnar la sentencia ante una nueva instancia.

Es, pues, la motivación de las sentencias un componente absolutamente esencial del sistema del «reino de la Ley» y de la libertad a él inherente que, con una lucidez y una consecuencia que hoy siguen asombrando, la Revolución quiso poner en pie. El derecho a ser juzgado por la Ley y

no por los hombres tiene en este principio uno de sus quicios inmutables.

Es importante notar que ese hallazgo esencial de los constituyentes, dada su importancia extraordinaria, pasará al artículo 203 de la Constitución del año III («las sentencias son pronunciadas públicamente y son motivadas, enunciando los términos de la Ley aplicada») y a todo el acervo del sistema jurídico de la libertad.

III. Derecho Tributario y Presupuestario

Loyseau, el gran jurista regio, expresó a principios del siglo XVII que «no cabe dudar que en Francia nuestro Rey puede levantar impuestos sin el consentimiento de los Estados Generales o Cortes»²⁴. Menos duda cabría aún en cuanto a la potestad regia de dedicar los recursos de su Hacienda a lo que libremente decidiera.

Una de las grandes novedades que la Revolución aporta al funcionamiento del Estado es la necesidad de una Ley por la cual la Asamblea «consintiese el impuesto» y afectase sus rendimientos a las necesidades públicas que la propia Ley determinase. De nuevo, la lucidez indelible de la Declaración de derechos de 1789 nos sorprende con un artículo 14 que contiene *in nuce* todo el Derecho Tributario y Presupuestario moderno: «Todos los ciudadanos tienen derecho a constatar, por sí mismos o por sus representantes, la necesidad de la contribución pública, de consentirla libremente y de seguir su empleo, así como determinar su cuota, importe y duración.»

²⁴ Loyseau, *Traité des Segneuries*, cit., cap. III, § 46.

Es verdad que los constituyentes tenían muy presente el debate que en los años y meses inmediatamente anteriores había tenido lugar en la gestión financiera de la monarquía, especialmente el ocasionado por el ministerio de Necker. En ese debate fue una referencia constante la experiencia inglesa, que para los redactores de la Declaración fue determinante ²⁵. El consentimiento del impuesto había sido la base de la formación de las Cortes, Estados Generales o Parla-mentos en toda Europa, pero esta vieja competencia fue suplantada por el Príncipe absoluto al comienzo de la Edad Moderna. Sólo el Parlamento inglés resistió a ese desplazamiento e impuso a la Corona, primero en la *Petition of Rights* de 1628 y luego en el *Bill of Rights* de 1689 (y ésta fue una de las grandes ganancias de la *glorious Revolution*), la ilegalidad de toda contribución impuesta por la Corona, así como su utilización so pretexto de la prerrogativa regia, por otro tiempo y otra manera que la que acuerde el Parlamento. Locke, que teoriza y extiende los logros de la Revolución de 1688, presta a esta regla del derecho de consentir el impuesto un fundamento abstracto y general, independiente ya de la tradición parlamentaria inglesa (independiente, podemos decir, del concepto de Burke, que ya conocemos, de los derechos hereditarios o históricos): detraer patrimonio por vía impositiva sin consentimiento del contribuyente es desconocer e infringir el gran derecho natural de la propiedad y «subvierte así el fin del gobierno» ²⁶.

Pero la legalización de toda la actividad financiera pú-

²⁵ Cfr. la gran obra clásica de G. Jèze, *Traité des Sciences des finances. Le Budget*, París, 1910, págs. 35 y ss.

²⁶ Locke, *Of civil government*, II, §§ 138, 140. «¿Pues qué propiedad tendría yo si otro tuviese derecho a tomar por sí mismo lo que le plazca de ella?» Demostración concluyente.

blica no concluye en esa exigencia del consentimiento (por el cauce de la voluntad general o de la Ley) del impuesto. A lo largo del siglo XVIII la propia Cámara de los Comunes decidirá incluso sobre las rentas hereditarias de la Corona. Y, finalmente, fue también ella quien concibió la idea de un presupuesto anual, que confrontase gastos e ingresos, autorizando éstos, asignando aquéllos a necesidades públicas determinadas condicionando con ello la capacidad de gasto del Ejecutivo.

Es bien sabido que éste fue, justamente, el tema capital de la rebelión de las colonias americanas, pues en ellas, en virtud del estatuto colonial, no existían representantes que votasen el impuesto, y menos los gastos, que eran fijados unilateralmente por el Rey en su Consejo Privado. El principio *no taxation without representation* fue, junto con el del juicio por los pares, el gran sostenedor de la independencia ²⁷. Ya hemos aludido al influjo del ejemplo americano sobre los constituyentes franceses.

La Asamblea Constituyente tenía ya a la vista la exigencia del voto anual del impuesto por una buena parte de los *cahiers de doléances* (e incluso antes algún Parlamento judicial la había recordado, como también en los últimos intentos de reforma financiera de la monarquía). Tan vivamente sentía esa exigencia que se apresuró a declararlo inmediatamente después de constituida, antes de que la solemnizase en el

²⁷ B. Baylin, *The ideological origins of the American Revolution*, cit., págs. 167 y ss.; C. Becker, *The Declaration of Independence. A study in the history of political ideas*, Nueva York, 1960, págs. 90 y ss. En la enumeración de agravios contra el Rey, en la Declaración de Independencia se dice: «Él [el rey] se ha concertado con otros para sujetarnos a una jurisdicción extraña a nuestra Constitución y desconocido nuestros derechos, dando su asentimiento a Leyes de un pretendido poder legislativo... para imponernos impuestos sin nuestro consentimiento.»

artículo 14 de la Declaración. En su Decreto de 17 de junio de 1789 proclamó con énfasis: «La Asamblea Nacional, considerando que *la primera utilización que debe hacer del poder cuyo ejercicio recobra la nación...* es asegurar durante la duración de la presente sesión la fuerza de la Administración pública... *un principio constitucional sagrado para siempre*, auténticamente reconocido por el Rey y solemnemente declarado por todas las Asambleas de la nación²⁸, principio que se opone a todo levantamiento de contribuciones en el reino sin el consentimiento formal de los representantes de la nación... Declara, por unanimidad de sus miembros, consentir provisionalmente en nombre de la nación los impuestos y contribuciones, aunque ilegalmente establecidos y recaudados.»

A destacar que, a la vez que proclama el derecho de «consentir libremente la contribución pública», el artículo 14 de la Declaración de 1789 formula también el derecho de «seguir su empleo», lo que implica ya algo más que el antiguo derecho de las Cortes medievales. De hecho, este poder del Legislativo de fijar los gastos en forma expresa y limitativa no se expresó inicialmente de modo general. Al comienzo, se concreta sobre todo en la fijación de la «lista civil», o asignación al Rey y a su familia, según el modelo

²⁸ Esta afirmación es una reconstrucción historicista del poder de los antiguos Estados Generales, poder reconocido por los reyes (viejo principio *n'impose qui ne veut*); pero recuérdese que los Estados Generales no se reunían desde 1614! —y que antes aún la máxima de Loyseau, más atrás transcrita, se había impuesto desde un siglo más atrás, al menos. Cfr. sobre esto, B. Stourm, *Cours de Finances. Le Budget*, París, 1906, págs. 22 y ss.; Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*, II, 10, notó que la atribución al Rey del poder de establecer el impuesto sin el concurso del reino fue «el germen de casi todos los vicios y abusos que actuaron durante toda la vida del Antiguo Régimen y que terminaron causando su muerte violenta».

—y hasta el nombre de «lista civil»— tomado también de la práctica constitucional británica. Así lo precisará el artículo 10 de la sección 1.^a del capítulo II de la Constitución de 1791, que dice: «La nación provee al esplendor del trono por una lista civil, cuya suma será determinada por el cuerpo legislativo en cada cambio de reinado por toda la duración del reino.» A su vez, con más generalidad, el artículo 1 de la sección I, capítulo III, título III, de la misma Constitución, afirma: «La Constitución delega exclusivamente en el cuerpo legislativo... 2.º fijar los gastos públicos.» El control por el Legislativo no pasó de ser, sin embargo, una aspiración y el principio constitucional encontrará escasa aplicación inicial. Roederer lo destaca con énfasis en 1790 y 1791 ²⁹. La Convención y el Directorio apenas avanzan, aunque el artículo 308 de la Constitución del año III obliga a hacer público el gasto de los ministros al comienzo de cada año. La Constitución napoleónica del año VIII, artículo 56, establece ya el principio de que el ministro encargado de la Tesorería «no podrá pagar más que en virtud de una Ley y hasta la concurrencia de los fondos que la misma haya determinado para el género de gastos de que se trate», lo que ya enuncia claramente el principio de legalización total del gasto que encontrará su fórmula en el Derecho presupuestario. Napoleón, sin embargo, no respetó esta regla.

Aunque la Carta otorgada de 1814 de la Restauración permanecía muda sobre este importante problema, de hecho será bajo su imperio cuando concluya por formalizarse, a

²⁹ «La administración del dinero público no es una función real. Es, por el contrario, una función encomendada a las manos de una función particular, bajo la inspección inmediata del Cuerpo Legislativo. El dinero público está en depósito entre las manos de los administradores, contra los impulsos del poder ejecutivo.» Cit. por Stourm, *Le Budget*, pág. 45.

partir de 1817, aunque no sin dificultades, la técnica de la Ley anual de Presupuestos, que además de confrontar ingresos y gastos y de buscar entre ellos un equilibrio, al menos de principio, implicó la legalización total de los gastos y consagró el famoso principio presupuestario «de especialidad», que asigna anticipadamente partidas limitativas por conceptos específicos del gasto, por secciones de cada Ministerio al menos, y no autorizaciones indeterminadas, principio que condiciona la legitimidad de todo empleo de dinero público, estableciendo los controles necesarios (anteriores —Intervención del Gasto, en nuestra terminología— y posteriores —Tribunal de Cuentas—) para imponer la efectividad de tal principio básico. Sólo en la Monarquía de Julio fueron consolidados definitivamente estos principios del Derecho presupuestario ³⁰.

Es así como entrará en la lengua francesa la palabra *budget*, presupuesto, que es la misma palabra inglesa con la fonética francesa. Desde 1795 se registra su uso, que se oficializará plenamente en 1805 con Napoleón ³¹. Es la pieza clave del nuevo sistema jurídico de legalización total

³⁰ Stourm, *Le Budget*, págs. 46 y ss.; Jêze, *Traité*, págs. 88 y ss.; L. Trobas y J. M. Gotteret, *Droit budgétaire et comptabilité publique*, París, 1972, pág. 289; I. Bayón Mariné, *Aprobación y control de los gastos públicos*, Madrid, 1972.

³¹ R. Balibar, *L'institution du français*, cit., págs. 113-4. Cita un curioso texto de 1798 que se alza contra esta anglización del francés con motivo de esta palabra. En la traducción española de un precioso folleto de Timon (pseudónimo de Cormenin, uno de los fundadores del Derecho Administrativo francés) *De la centralización*, Madrid, 1843 (trad. por D. R. S. y F. C., no identificado), escrito en un gustoso castellano, pág. 41, se habló de «El Budget, o sea, la Ley de Presupuestos, es el libro de la centralización»; el término español no estaba, pues, aún consagrado firmemente en esa fecha.

del impuesto y del gasto, que pasará a ser uno de los componentes esenciales del nuevo Derecho Público.

IV. Derecho Administrativo

La técnica del «reino de la Ley», de la descomposición del magma ingente e imponente del poder en una serie de competencias legales específicas, que hace de quien manda o ejerce cualquier clase de autoridad un simple agente de la Ley, y no un hombre superior al ciudadano llamado a la obediencia, encontrará un campo especialmente fértil en el funcionamiento de la Administración.

La Administración había tenido en la monarquía absoluta, especialmente en su última fase de despotismo ilustrado, un desarrollo espectacular. Aparte de las funciones tradicionales del orden público y de la guerra, las nuevas técnicas de fomento y el desarrollo de las ciencias y las artes (sanidad pública, caminos, puertos, canales, introducción de nuevos cultivos y especies vegetales, enseñanza, manufacturas reales, astronomía, colonización interior y exterior, etc.) habían concluido por poner en pie un formidable aparato administrativo, desconocido en los tiempos anteriores. La Revolución, con su ideario de Ley y Tribunales como estructura básica de organización de la libertad, pudo dejar suponer —y no faltan voces que así lo propugnen— que esa vieja Administración real debía desaparecer, de modo que los individuos, por sí mismos, o mediante asociaciones libres, atendiesen sus necesidades. Pero no sólo ese ingenuo pronóstico no se cumplió, sino que ocurrió exactamente lo contrario, esto es, que como consecuencia de la Revolución la Administración experimentó un desarrollo espectacular, que

la llevó a una posición más fuerte que la que caracterizó a la Administración del Príncipe absoluto.

La razón esencial de este fenómeno está bien caracterizada desde Tocqueville: la introducción de la igualdad y el individualismo en una sociedad implica un desarrollo correlativo de lo que él llamó «la centralización», una concentración de todas las desigualdades en un centro público al que se encomienda la gestión de todas las necesidades o conveniencias que trascienden de las fuerzas limitadas de cada individuo, o simplemente que interesa a su comodidad que se gestionen de ese modo ³². Esto se hizo patente cuando Napoleón concluye con el inmenso desorden que los años revolucionarios habían originado y acierta a organizar imaginativamente, creadoramente, la Administración francesa, que desde entonces perdura y que pasó a ser modelo inmediato para toda Europa («*L'Administration que l'Europe nous envie*», en la famosa frase de un parlamentario de la Restauración).

Pero se trataba de saber si esa magna y omnipresente creación organizativa que es la Administración moderna, que desde entonces, por cierto, no ha cesado nunca de seguir creciendo, según el pronóstico tocquevilliano, si esa organización admitía también el tratamiento milagroso de los dogmas revolucionarios para todo fenómeno de poder, la legalización integral de las competencias.

Durante la fase activa revolucionaria fue, evidentemente, difícil, si no imposible, someter una desordenada e improvisada Administración a las exigencias del principio de legalidad. Por otra parte, la observancia de la legalidad por los

³² Sobre ello, mi libro *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, 4.ª ed., Madrid, 1994, ampliamente.

administradores tenía excluida expresamente la garantía judicial, por virtud de la temprana proclamación de la regla de la «separación» entre autoridades administrativas y judiciales por la Ley de 16-24 de agosto de 1790 de Organización Judicial, que prohibió a los jueces, bajo pena de prevaricación, «interferir o molestar [*troubler*] de cualquier manera que fuese, las operaciones de los cuerpos administrativos ni citar ante ellos a los administradores por razón de su funcionamiento»³³.

Hay una ocasión clave en la que conviene detenerse un momento, en la que operaron los dogmas democráticos radicalizados para remitir toda posible diferencia en la interpretación y aplicación de las Leyes a la propia Asamblea, ahora la Convención. Desde el dogma jacobino central, que la Convención es el órgano de la voluntad general misma y que puede actuar tanto por medio de Leyes generales como a través de actos singulares, dispensas y privilegios, incluso de juicios, tanto civiles como criminales, facultades que no fue remisa en ejercitar, ciertamente, era la Convención misma, a través de su Comisión de Salvación Nacional como su delegado permanente, en cuanto «fuente de poder», la que se erigió en órgano de resolución de recursos contra las autoridades administrativas. La construcción jacobina del poder estaba entera en el concepto de delegación o traslación: el pueblo delegaba en la Convención, la Convención en el Comité de Salvación Nacional, éste en los agentes y comisarios nacionales, de distrito, de cantón, de municipio. El poder originario e irresistible pasaba entero a los sucesivos es-

³³ De nuevo remito a la obra citada en la nota anterior, págs. 34 y ss.; J. Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, París, 1970.

calones, cada uno de los cuales vigilaba al inferior con plenitud de poder. Aunque el «gobierno revolucionario» no tenía por objeto defender la «libertad civil» del ciudadano, sino la que llamaban la «libertad pública», que era la defensa del pueblo contra sus enemigos y contra las facciones que buscaban su pérdida ³⁴, los ciudadanos elevaban sus quejas al Comité de Salvación Nacional cuando estimaban que ciertas medidas administrativas desconocían sus derechos ante la ausencia de vías judiciales de protección. Mirkine-Guetzevitch ³⁵ ha precisado en estos recursos el primer origen del contencioso-administrativo, recursos con frecuencia desdeñados como propios de una «libertad civil» egoísta, pero otras veces estudiados y resueltos con criterios jurídicos, especialmente dos que veremos reaparecer en el genuino contencioso administrativo ulterior, la incompetencia y el exceso de poder por parte del órgano autor del acto recurrido, incompetencia y exceso de poder medidos justamente por la Ley, aunque en sus grandes principios estructurales y no en todos sus detalles.

Pero no fue, como es sabido, ese régimen espasmódico y trágico el que concluyó prevaleciendo. Tras Thermidor y el Directorio vendrá el régimen napoleónico, que aporta, además de la aspiración a una normalización y pacificación de

³⁴ En la célebre fórmula de Robespierre, «el gobierno constitucional se ocupa principalmente de la libertad civil, y el gobierno revolucionario de la libertad pública. Bajo el régimen revolucionario, el poder público mismo está obligado a defenderse contra todas las facciones que la atacan». El gobierno constitucional es el gobierno de la Ley y pacífico, posible sólo una vez que se hubiesen destruido los enemigos del pueblo por el gobierno revolucionario.

³⁵ B. Mirkine-Guetzevitch, «De l'étude du contentieux administratif du Gouvernement révolutionnaire», en *Livre jubilaire du Conseil d'Etat (150e anniversaire)*, París, 1952, págs. 63 y ss.

la vida civil, tras las tensiones revolucionarias, el propósito de hacer efectiva lo que unos años más tarde llamaría Benjamin Constant lúcidamente «la libertad de los modernos»³⁶, concepto en el que merece detenerse.

³⁶ B. Constant, *De la liberté chez les modernes. Écrits politiques*, selección y notas de M. Gauchet, París, 1980, en particular su famosa conferencia de 1819, «De la liberté des anciens comparée à celle des modernes», en págs. 491 y ss. Por cierto, que ya sin esa especificación («de los modernos»), esta idea de la libertad individual luce ya en el capítulo XVIII de la obra fundamental de Constant, *Principes de politique*, 1815; vid. dicho capítulo en las págs. 408 y ss. de la citada edición de Gauchet. Permítasenos transcribir algunos conceptos de esta fulgurante exposición, que explican la transformación del mito rousseauiano de la libertad absoluta en un conjunto de libertades civiles específicas, en lo que enseguida se llamará —acogiendo, por cierto, un término español, surgido en Cádiz— el liberalismo. La libertad «es el fin de toda asociación humana... la esperanza fundada en vivir en reunión, de vivir libre, en el asilo que la justicia garantiza a los ciudadanos». Su enemigo mortal es la arbitrariedad, «enemigo de todas las transacciones que fundan la prosperidad de los pueblos, arruina el crédito, aniquila el comercio, golpea todas las seguridades». «La arbitrariedad es incompatible con la existencia de un gobierno.» «¿Por qué se quiere que la autoridad reprima a los que atacan nuestras propiedades, nuestra seguridad y nuestra vida? Para qué disfrutar de esos gozos si no nos son asegurados.» «Lo que preserva de la arbitrariedad es la observancia de las formas. Las formas son las divinidades titulares de las asociaciones humanas, las formas son las únicas protecciones del inocente, las formas son las únicas relaciones de los hombres entre sí. Fuera de ellas, todo es oscuro; todo queda entregado a la conciencia solitaria, a la opinión vacilante. Sólo las formas procuran la evidencia, sólo a ellas puede apelar el oprimido.» «Lo que remedia la arbitrariedad es la responsabilidad de los agentes.» «Dad a los depositarios de la autoridad ejecutiva el poder de atentar a la libertad individual y aniquilaréis todas las garantías que son la condición primera y el fin único de la reunión de los hombres bajo el imperio de las leyes», etc. Es un precioso vademécum de la «libertad de los modernos», a la que se ha despojado del *ethos* trágico de la pura libertad abstracta propia de las fuentes revolucionarias. A notar que el propio Constant en esta obra básica, capítulo I, «De la soberanía del pueblo» (págs. 269 y ss.), relativiza las formas de gobierno a la observancia de ese tipo de libertad individual, que será el verdadero ob-

«Preguntaos primero, señores, decía Constant en esa conferencia, lo que en nuestros días un inglés, un francés, un habitante de Estados Unidos de América entienden por la palabra libertad. Es para cada uno el derecho de no estar sometido más que a las Leyes, de no poder ser detenido, ni llevado a prisión, ni condenado a muerte ni maltratado de ninguna manera por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o de varios individuos. Es para cada uno el derecho de decir su opinión, de escoger su trabajo y de ejercerlo; de disponer de su propiedad, incluso de abusar de ella; de ir y venir sin necesidad de obtener un permiso y sin tener que dar cuenta de sus motivos o de sus pasos. Es, para cada uno, el derecho de reunirse con otros individuos, sea para tratar de sus propios intereses, sea para profesar el culto que él y sus asociados prefieran, sea, simplemente, para llenar sus días y sus horas de la manera más conforme a sus inclinaciones, a sus fantasías. En fin, es el derecho para cada uno de influir sobre la administración del gobierno, bien por el nombramiento de todos o de ciertos funcionarios, bien por exposiciones, peticiones, demandas que la autoridad esté más o menos obligada a tomar en consideración.»

Esta libertad de los modernos se opondría a la de los

jeto de la asociación política, por encima de otros convencionalismos políticos; no hay más forma de gobierno legítimo que la de la Ley, entendida como voluntad general por su contenido más que por su origen. Cfr. M.^a L. Sánchez-Mejía, *Benjamin Constant y la construcción del liberalismo post-revolucionario*, Madrid, 1992. El agudísimo Sieyès había notado que el principio de la representación política de la que él pretendió ser el creador en el plano del pensamiento, al confiar a los diputados la gestión política, «libera las energías creadoras de una nueva sociedad dominada por el trabajo productivo y la búsqueda del bienestar», según la paráfrasis de St. Rials (en su artículo «Sieyès ou la délibération sans la prudence», en la revista *Droits*, núm. 13, 1991, pág. 123).

antiguos, que consistía en ejercer colectiva y directamente las funciones de soberanía de la ciudad, el gobierno cotidiano de los asuntos colectivos, cuyo peso presuponía, por cierto, la esclavitud.

La libertad de los modernos, que se habrá visto que se basa en «no estar sometido más que a las leyes», y también en la posibilidad de presentar pretensiones y demandas a la Administración, crea un ámbito de seguridad jurídica y civil y de autonomía personal, base de la vida social moderna, aunque renuncie al ejercicio personal directo y colectivo del poder político, como era lo propio, a la vez, de la ciudad antigua y de la época del Terror, con la intervención generalizada y constante del pueblo.

El soberbio mito rousseauniano de la libertad absoluta, que iniciaría una nueva época de la historia humana, se ha transformado en un conjunto de libertades civiles, técnicamente configuradas, que sirven sobre todo a la sociedad individualista y a la seguridad jurídica de su funcionamiento ordenado.

Napoleón se esfuerza por crear esa zona de libertad civil de los modernos, con la que intenta compensar la falta de democracia ante su autoritarismo, produciendo un enorme impulso en la sociedad francesa, apenas empañado por las cargas y rigores de las guerras, hasta el final, al menos, alejadas del suelo francés. En ese objetivo está la magistral obra codificadora napoleónica entre 1804 y 1810 (Códigos Civil, de Comercio, Penal, de Procedimiento Civil, de Procedimiento Criminal), la ordenación de la justicia y, no en último lugar, la magna creación de la nueva Administración.

Puede aportarse un dato sumamente expresivo para nosotros, por referirse a España, que muestra muy claramente que ésa era justamente la idea que Napoleón se hacía de su

régimen cuando en mayo de 1808, tras haber obtenido la renuncia del trono español en su favor por parte de Carlos IV y del Príncipe de Asturias, el Emperador convoca la Junta de Bayona para regularizar la situación, ceder la Corona española a su hermano José y dotar al nuevo reino de una Constitución. En este momento ofrece abiertamente a los españoles «respetar y hacer respetar la libertad individual y la propiedad»³⁷, promete «que se impulse la administración por un camino de orden y actividad desconocido, cuidando de la más exquisita fidelidad en la marcha del Tesoro y de la eficacia de los servicios»³⁸, «ocuparse de las Leyes de felicidad de toda España»³⁹. El presidente de la Junta, Azanza (nombrado por el Emperador y su interlocutor), en la misma sesión del juramento, bien aleccionado, critica el régimen anterior que «había traído todo a sí, para ensanchar más los límites de la arbitrariedad» y presenta el régimen napoleónico como el que va «a sustituir el arreglo al desorden, la Ley al capricho, a la opresión la justicia, a la incertidumbre la seguridad»⁴⁰. Y en la misma sesión dice del nuevo Rey «que quiere gobernar según la Ley»⁴¹. Si además atendemos al

³⁷ Esta promesa se incluye en la fórmula del juramento de la Constitución de Bayona por el rey José, que tiene lugar ante la Junta de Bayona, en su sesión 12.^a, el 8 de julio de 1808. El juramento entero es el siguiente: «Juro sobre los Santos Evangelios respetar y hacer respetar nuestra santa religión; observar y hacer observar la Constitución; conservar la integridad y la independencia de España y sus posesiones; respetar la libertad individual y la propiedad, y gobernar solamente con la mira del interés, de la felicidad y de la gloria de la nación española» (en C. Sanz Cid, *La Constitución de Bayona*, Madrid, 1922, págs. 156-7).

³⁸ Esta promesa ya en 16 de mayo: Sanz Cid, pág. 64.

³⁹ Esto, en las «Instrucciones para la convocatoria de una Asamblea en Bayona», publicada en la *Gaceta de Madrid*, el 24 de mayo de 1808.

⁴⁰ Sanz Cid, pág. 159.

⁴¹ Sanz Cid, pág. 156.

contenido de la propia Constitución de Bayona observamos: creación de Ministerios, artículo 27; responsabilidad de los ministros, artículo 31; libertad de industria y de comercio, artículo 88, con exclusión de privilegios, artículo 40; independencia de la justicia, artículo 97, con supresión de justicias eclesiales, de órdenes y señoriales, artículo 98, y enajenadas, artículo 99; unidad del sistema judicial, artículo 101; publicidad de los procesos penales, artículo 106; Código de Comercio, artículo 113, y Civil; supresión de aduanas interiores, artículo 116; legalización e igualdad en las contribuciones, artículo 117; supresión de «todos los privilegios actualmente existentes concedidos a cuerpos o a particulares», esto es, consagración del principio de igualdad, artículo 118; legalización de la Hacienda, artículos 119 y ss.; inviolabilidad del domicilio, artículo 126; garantía de legalidad para poder ser preso, artículos 127, 128 y 129; delito de «prisión arbitraria» si se acordase sin los requisitos legales, artículo 132; supresión del tormento, artículo 133; abolición de vínculos y mayorazgos, artículos 135, 136 y 137; reducción de la nobleza a distinción honorífica, art. 140; libertad de imprenta, aunque aplazada, artículo 145, etc. Parece indudable que la libertad que prometía José Bonaparte respetar y hacer respetar es, exactamente, «la libertad de los modernos», la que resulta de la igualdad jurídica, de un sistema de derechos regulados por la Ley, del libre comercio, de la seguridad jurídica, especialmente en materia penal, la misma libertad que, excluyendo el principio democrático propiamente dicho, y favorecida por una acción administrativa resuelta para fomentar los servicios generales, Napoleón mismo estaba ofreciendo, efectivamente, a sus súbditos franceses.

Ése es el instrumentario que Napoleón conoce perfectamente y utiliza, ése es el medio de asegurar «la felicidad de

sus súbditos», ése es, justamente, el contenido del régimen que intenta llevar a toda Europa ⁴². Recordemos, como referencia literaria conocida, el prodigioso capítulo inicial de *La Cartuja de Parma*, «Milán en 1796», donde Stendhal describe «la masa de felicidad y de placer», el sentimiento de libertad, de ilusión, de esperanza, de alegría, que aporta a Milán la llegada del general Bonaparte, frente al viejo y esclerotizado mundo estamental arrumbado. Allí aprende lo que el ideario revolucionario, despojado de sus excesos espasmódicos, reducido a su contenido jurídico externo, puede ilusionar a los pueblos aherrojados en las viejas y rígidas estructuras, por cuyas junturas explotan las ansias de libertad de una sociedad nueva. Ése es, pues, justamente, el ideario político de Napoleón, su gran arma, además de su genio militar, para luchar con los viejos poderes.

La Administración napoleónica, que es uno de sus instrumentos más queridos (*organiser est un mot de l'Empire*, observó Balzac con su ojo penetrante), se articulará sobre una nueva técnica de organización que hace pasar la línea de mando sobre órganos monocráticos o unipersonales, en tanto que se desplazan los órganos colegiales, que resumían el saber organizativo de siglos y siglos de vida política, hacia la deliberación o hacia la función consultiva, trenzando una estructura jerárquica entre los primeros ⁴³. Prolongando esta

⁴² Cfr. Stuart Woolf, *Napoleon et la conquête de l'Europe*, (trad. francesa), París, 1990; R. Morodo, «Reformismo y regeneracionismo en el contexto ideológico y político de la Constitución de Bayona», en *Revista de Estudios Políticos*, 83, 1994, págs. 29 y ss.

⁴³ Es el principio «obra de uno es la acción; la deliberación y el consejo obra de muchos», que parece proceder del fértil cerebro de Sieyès, pero que sólo Napoleón articula sistemáticamente. Vid. el estudio «Estructura orgánica y Administración consultiva», en mi libro *La Administración española*, 4.ª ed., Madrid, 1985, págs. 41 y ss. De este principio dijo

técnica, pone en marcha por vez primera la moderna organización ministerial ⁴⁴. Articula el territorio en el cuadro de los Prefectos, Subprefectos y las municipalidades, gran instrumento de centralización, organiza la carrera administrativa como una posibilidad ofrecida a los más aptos, que sustituirán a los anteriores notables del Antiguo Régimen, instituye y despliega la enseñanza en todos sus grados, la sanidad, los servicios de desarrollo y de fomento, etc. ⁴⁵.

Más que exponer el contenido de esta magna creación de una Administración organizada, articulada, eficiente, prestadora de servicios y de utilidades a los ciudadanos, habilitadora para éstos de un espacio seguro de «libertad de los modernos», junto con los demás principios de Derecho Público que ya conocemos, lo que nos interesa precisar ahora es si esa gran Administración podía ser ordenada y dirigida por el sistema de la arbitrariedad o de decisiones individuales no vinculadas a norma previa, sistema insólitamente reaparecido en el régimen jacobino, a través de una concepción de la voluntad general heterodoxa (por relación a Rousseau, obviamente, y aun a la Declaración de derechos de 1789, que sólo admitía el «reino de la Ley» como base

Tocqueville que era «el único gran descubrimiento» de la Administración moderna sobre la del Antiguo Régimen (*L'Ancien Régime et la Révolution*, III, 8).

⁴⁴ Cfr. Otto Hintze «Die Entstehung der modernen Staatsministerien», en su obra recopilativa *Staat und Verfassung. Gesammelte Abhandlungen zur allgemeinen Verfassungsgeschichte*, Gotinga, 1962; Hausherr, «Die Entstehung der modernen Staatsministerien in der Französischen Revolution», en su libro *Verwaltungseinheit und Ressorttrennung vom Ende des 17. bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts*, Berlín, 1954, págs. 174 y ss.

⁴⁵ De nuevo remito a mi libro *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, y allí citados. Véase también sobre esto el libro de S. Woolf, *Napoleon et la conquête de l'Europe*, cit., especialmente págs. 123 y ss.



de la obediencia y de una Ley general e igualitaria y no creadora de privilegios y reglas singulares), además de inadmisibles desde el principio de división de los poderes, o más bien, si su propia complejidad y su papel central en la política de facilitar y apoyar la libertad civil «de los modernos» exigía ser articulada precisamente a través de Leyes generales, de las cuales los funcionarios fuesen agentes y servidores, y no dueños o dispensadores soberanos.

Parece evidente que sólo la opción segunda era posible, desde el punto de vista organizativo por razones que hemos recordado en el capítulo anterior bajo la autoridad de Max Weber, la conexión entre legalidad y organización, y legalidad, justamente, como una técnica de mensurabilidad y distribución de competencias en un aparato complejo y racionalizado. Pero a estas razones se unieron las propias de la idea de la libertad civil, que apoyaba una concepción estricta del principio de obediencia limitada a una Ley previa y determinada.

Vivien, que será uno de los primeros teorizadores de ese nuevo Derecho de la Administración que se llamará Derecho Administrativo ⁴⁶, lo dirá sin ambigüedades, «El legislador dispone y, en las cosas que la conciernen, la Administración aplica: a uno la declaración, a otra la ejecución... La Administración es, pues, el servidor de la Ley; ésta es la fuerza viva que hace a aquélla viva y sensible, el instrumento organizado que le da el poder exterior y que, en su nombre, impone el movimiento a los asuntos públicos».

Sobre esas razones, es un hecho que es bajo Napoleón cuando se monta el primer sistema de justicia administrativa, que desde entonces recibirá el nombre de contencioso-admini-

⁴⁶ Vid. sus *Études Administratives*, 1845, reimpresión, París, 1974, págs. 6 y ss.

nistrativo. La Constitución del año VIII estableció el Consejo de Estado y una de las grandes Leyes napoleónicas, la Ley de 28 pluvioso del mismo año, que estableció la organización provincial, estableció el Consejo de Prefectura, y es un lugar común desde los autores de la época que estas dos instituciones fueron organizadas precisamente, aunque no se hubiese precisado así, como órganos de la jurisdicción administrativa ⁴⁷, que entonces surgió. Sin una base legal demasiado explícita, pues (aunque en el Reglamento del Consejo de Estado de 5 nivoso del propio año VIII había una previsión procedimental muy genérica y la Ley de 28 pluvioso atribuía a los Consejos de Prefectura cierto tipo de reclamaciones enumeradas), estos dos Consejos, cada uno en su ámbito, y sobre todo por su superioridad y significación el Consejo de Estado, admitieron inmediatamente recursos dirigidos contra los actos de la Administración. Estos recursos, ocasionales primero, se institucionalizan y se afirman enseguida. En 1806 Napoleón crea ya la Sección de lo contencioso-administrativo en el Consejo de Estado ⁴⁸, que tiene la virtud de hacer definitiva esta vía de recurso contra los actos administrativos que los jueces, en virtud del principio formal de «separación», como ya vimos, eran incompetentes para conocer. Es verdad que la decisión final no era del Consejo de Estado, órgano formalmente consultivo, sin poder resolutorio, sino del Jefe del Estado (Primer Cónsul, Emperador) sobre la propuesta del Consejo (sistema llama-

⁴⁷ Chevallier, *L'élaboration historique du principe de séparation*, cit., págs. 32-3; en pág. 33 cita a los autores del XIX que sostuvieron la misma tesis.

⁴⁸ Excelente el estudio de Ch. Durand, «La coopération entre le Gouvernement et le Conseil d'État sous le Consulat et le premier Empire», en *Le Conseil d'État. Livre jubilaire*, cit. págs. 77 y ss., especialmente sobre el contencioso, págs. 82 y ss.

do, usando un tecnicismo del Antiguo Régimen, de «justicia retenida»), pero ocurre que en la práctica el Jefe del Gobierno no se separa nunca de la propuesta que le eleva el Consejo, el cual actúa con toda independencia ⁴⁹.

Este contencioso-administrativo primigenio se entendió inicialmente propio para conocer ciertos asuntos en que se dilucidaban derechos patrimoniales de los reclamantes, en sustitución de los jueces ordinarios a quienes el principio de «separación de poderes» había vedado la intervención, pero enseguida se extendió, sin que ninguna Ley diese base para ello, a las cuestiones no «subjetivas» —en el sentido patrimonial— de los reclamantes, sino «objetivas» de la legalidad de los actos administrativos en los que los reclamantes podían tener algún interés (enseguida exigido como condición de admisibilidad), pero no un derecho formal. Comienza el Consejo de Estado a anular actos por los gruesos vicios de incompetencia de la autoridad que había dictado el acto y de «exceso de poder», concepto que inicialmente se aplica a la invasión por las autoridades administrativas de la función de jueces y Tribunales ordinarios. Poco a poco esos motivos de «apertura del recurso», como se les llama, se extienden; el exceso de poder se pronuncia sobre los vicios de forma o

⁴⁹ Que no se separó nunca lo certifica Vivien en 1845, *Études administratives*, cit., pág. 23: «La aprobación del Jefe del Estado era de pura forma, y si deben creerse las tradiciones de este tiempo tal aprobación no fue jamás rehusada a las decisiones del Consejo de Estado en estas materias.» Durand admite que Napoleón pudo «rehusar la aprobación al proyecto del Consejo, pero no adoptar una solución contraria» (op. cit., pág. 82). La expresión «justicia retenida» aludía en el Antiguo Régimen más bien a los supuestos en que personalmente el Rey asumía la decisión de los procesos, excusando la intervención de sus Tribunales o jueces «delegados»; casos, pues, de avocación, *lettres de cachet*, privilegios, etc., lo cual tiene muy poca similitud con este primer contencioso-administrativo.

infracción de las reglas del procedimiento, más tarde la «desviación de poder» (o utilización de la competencia administrativa concreta para fines distintos de los considerados por la Ley para reconocer dicha competencia; por ejemplo, fines personales del titular del órgano), a la infracción de la Ley, genéricamente, más tarde. Más adelante (ya 1872) la jurisdicción dejará de ser «retenida» para delegarse en el propio Consejo de Estado, que dicta ya directamente las sentencias, sin perjuicio de que continúe —aunque en una formación distinta y separada— en su función de órgano consultivo del Gobierno. La garantía jurisdiccional plena del Derecho Administrativo queda así definitivamente asegurada.

El Derecho Administrativo formula sus principios y se desarrolla al hilo de la doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado en estas decisiones de recursos, cada vez más frecuentes y más elaboradas. Muy pronto, desde la misma época napoleónica, la doctrina jurídica comentará y sistematizará esa jurisprudencia y expondrá sus resultados como una rama específica del Derecho Público, el Derecho Administrativo. Sus principios no son los mismos que los del Derecho Civil, tienen en cuenta la desigualdad propia de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, aquélla garante y gestora del interés general, pero pueden, en último término, concretarse en una idea básica: la Administración debe actuar dentro de los límites de la legalidad; la obediencia en este campo puede imponerse sólo «en nombre de la Ley»; los actos dictados contra la Ley deben ser anulados, pues ninguna otra razón jurídica que la Ley puede justificarlos. Los juristas desarrollan y exponen sistemáticamente esta nueva rama del Derecho Público, llamada a un brillante desarrollo.

Es verdad que el recurso por «exceso de poder» o de anulación se justificará en Francia, prácticamente hasta hoy mismo, como un recurso «objetivo», que se explicaría en la posición administrativa superior del Consejo de Estado y movido por el interés de éste en conseguir una observancia de la legalidad por la Administración, no como una protección de derechos de los ciudadanos. Pero esto es una confusión teórica, motivada en la dificultad de aplicar a este tipo de relaciones jurídico-administrativas la técnica del derecho subjetivo ordinario. Nadie tiene, en efecto, un verdadero derecho a que el Ayuntamiento delibere de una determinada manera, o a que una obra pública se sitúe en un lugar determinado y no en otro. Pero este equívoco ha sido resuelto en la doctrina jurídica recientemente, en Alemania tras la Ley Fundamental de Bonn de 1947, en España a partir de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956. Nadie tiene un derecho personal, en efecto, a que la Administración actúe de manera que respete la Ley; pero todos tenemos un efectivo e inequívoco derecho a que la actuación de la Administración no afecte a nuestro círculo vital sino a través de competencias y procedimientos legales. Esto lo vieron perfectamente claro los revolucionarios, como vimos en el capítulo anterior, a través de los conceptos de «acto arbitrario», de «derecho de resistencia» —que concluirá así concretándose en un derecho de recurso para eliminar el acto no cubierto por la Ley—, de «responsabilidad» de los agentes. Sólo luego pudo ser enturbiado por el equívoco de la privación inicial de garantía jurisdiccional por parte de los Tribunales ordinarios. Donde está el derecho subjetivo es en la reacción frente a la actuación ilegal, reacción para la cual el Derecho arbitra la acción contencioso-administrativa. Lo cual está justamente en la línea derecha de los grandes

principios de la Declaración de Derechos de 1789 que en este momento nos son ya familiares ⁵⁰.

El Derecho Administrativo no se sustrae así a la gran corriente de creación del Derecho Público postrevolucionario y es una de sus más originales y trascendentes (dado el funcionamiento cotidiano y ordinario de la Administración, en relación constante con la generalidad de los ciudadanos) invenciones, sin paralelo posible con el Derecho del Antiguo Régimen. En su seno, como escribió en 1840 —bajo la Monarquía de Julio, pues—, uno de los primeros administrativistas, Cormenin, está la obra imperecedera de la Asamblea Constituyente. «La Asamblea Constituyente —dice— comenzó por derribar el viejo edificio de la monarquía y enseguida construyó sobre un terreno nuevo con las manos libres. He ahí la fuente del Derecho Administrativo, y aunque se haya después alterado o agrandado en la travesía de su carrera, llevará siempre la huella profunda y reconocible de su origen» ⁵¹.

⁵⁰ Sobre estos tecnicismos, vid., por todos, mi artículo «Sobre los derechos públicos subjetivos», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 6, 1975, págs. 427 y ss.; E. García de Enterría y T. R. Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo II, 4.^a ed., Madrid, 1993, págs. 37 y ss. Un excursus histórico sobre la aplicación del concepto técnico de derecho subjetivo al Derecho Administrativo, desde como lo entendieron (insuficientemente) los iuspublicistas teóricos antes de la mitad de este siglo hasta su redescubrimiento actual (no ultimado en Francia y en Italia), que renunciamos a exponer aquí para no complicar la exposición, puede seguirse en H. Bauer, *Geschichtliche Grundlagen der Lehre von subjektiven öffentlichen Recht*, Berlín, 1986, y allí referencias.

⁵¹ Cormenin, *Droit Administratif*, 5.^a ed., tomo I, París, 1840, pág. XXII.

V. La afirmación del nuevo Derecho Público en los regímenes franceses postnapoleónicos

Toda esa magna creación del nuevo Derecho Público, basada entera en los principios de la libertad y la legalidad, que se ha plasmado en grandes cuerpos sistemáticos, codificados o no (los Derechos Tributario, Presupuestario y Administrativo nunca fueron ordenados en códigos unitarios), pasó íntegra a la Restauración, una vez que las potencias europeas vencieron a Napoleón y apoyaron el retorno de su vieja monarquía.

Pero esta monarquía, que en tantas cosas se presentó como la restauración del régimen histórico que la Revolución había desplazado, no lo hizo así, justamente, en el campo del nuevo Derecho que los veinticinco años pasados desde su proclamación habían acertado a configurar. La monarquía y sus servidores apreciaron claramente que un retorno puro y simple a los dogmas del viejo Derecho Público, que tan límpidamente había expuesto el texto de Domat que transcribimos en el capítulo anterior, era absolutamente imposible. La idea de la Ley como regulador supremo, la técnica de la legalidad como imprescindible para establecer, garantizar y permitir el desarrollo de «la libertad de los modernos», en el sentido de una vida regida por las Leyes y no por el arbitrio de algunos hombres; el principio de la igualdad de los franceses y sus enormes beneficios prácticos, que hacía impensable un retorno puro y simple al sistema de los «privilegios» y de las exenciones; el aseguramiento de amplios espacios de libertad civil y de objetividad y simplicidad en terrenos tan sensibles como el sistema represivo, la posición de los Tribunales (nadie pudo pensar jamás en volver a la venalidad de estas funciones, o a la ruda justicia señorial o a los jueces de excepción); el régimen de los impuestos y contribuciones; las relaciones diarias

de los ciudadanos con la Administración; en fin, la multiplicación espectacular de la racionalidad, del rendimiento y hasta del control por parte del gobierno respecto a su ejército de funcionarios, que vino a suponer la legalización de las finanzas públicas (Derecho Presupuestario y Tributario, Tribunal de Cuentas) y de toda la enorme organización administrativa (Derecho Administrativo), todo esto, hizo enseguida visible a los nuevos gobernantes las enormes, inesperadas ventajas que suponía mantener íntegro el nuevo y complejo sistema del Derecho Público forjado sobre los principios revolucionarios y en el mismo fuego de la Revolución.

Fouché, el gran oportunista, que pasó de jacobino y agente del Terror a ministro de Napoleón y a continuación a ministro de Luis XVIII, pudo decir con perfecta exactitud: *Les Bourbons se sont couchés dans le lit de Napoleon*, los Borbones se han acostado en la cama de Napoleón ⁵². Este aserto no debe referirse únicamente a la gran Administración napoleónica, como ha sido común entender, sino a la totalidad de su obra codificadora, que incluye el Código Penal y los Códigos Procesales y, en particular, al conjunto entero del sistema de Derecho Público que viene de los grandes principios de la Declaración de 1789 y que había alcanzado ya una madurez y una cohesión definitivas. El nuevo sistema de relaciones jurídicas entre el Estado y los ciudadanos hará su entrada definitiva en el futuro, donde casi doscientos años después aún continúa.

De los principios jurídico-públicos revolucionarios, las ramas enteras del Derecho Público, cuyos principios se han expuesto más atrás pasaron todas al nuevo tiempo. Única-

⁵² Cit. por Taine, *Les Origines de la France contemporaine*, tomo X, París, Hachette, s. d., pág. 247-8.

mente dos principios, que no habían alcanzado, por cierto, un desarrollo técnico definitivo y que en los propios años revolucionarios y napoleónicos fueron en sí mismos polémicos, se quedaron fuera de ese traspaso íntegro al nuevo tiempo: el principio democrático y el principio del carácter fundamental y, por tanto, supralegal, de los derechos fundamentales.

La Restauración se organizó, en efecto, sobre un principio antitético al principio democrático, el llamado justamente «principio monárquico», que proclamó como base del nuevo orden político la propia Acta Final del Congreso de Viena, artículo 57 ⁵³.

Aunque en la Carta de 1814 el rey Luis XVIII que la otorga declara que su primer deber hacia sus pueblos es conservar en beneficio de éstos «las prerrogativas de nuestra Corona», es lo cierto que no se trató, en modo alguno, en ningún momento, de efectuar una retroacción pura y simple a la situación jurídica prerrevolucionaria ⁵⁴. Ese enfáticamente proclamado principio monárquico, a diferencia del propio del Antiguo Régimen, ya no era el *deus ex machina* de todo el orden político, sino que legitimaba sobre todo tres

⁵³ El clásico estudio sobre este principio es el de Erich Kaufmann, *Studien zur Staatslehre des monarchischen Prinzips*, 1906, ahora, recogido en sus *Gesammelte Schriften*, Band I, *Autorität und Freiheit. Von der konstitutionellen Monarchie bis zur Bonner parlamentarische Demokratie*, Gotinga, 1960, págs. 1 y ss. También O. Hintze, «Das monarchischen Prinzip und die konstitutionelle Verfassung», en su obra recopilativa, ya citada, *Staat und Recht*, I, págs. 348 y ss.; Ellwein, *Das Erbe der Monarchie in der deutschen Staats-krise*, Múnich, 1954, págs. 217 y ss.

⁵⁴ Cfr. P. Bastid, *Les institutions politiques de la Monarchie parlementaire française*, París, 1954. Guchet, *Histoire constitutionnelle française*, Nanterre, 1989, págs. 122 y ss.; R. Szramkiewicz y J. Bouineau, *Histoire des institutions 1750-1914*, cit., págs. 342 y ss.

cosas: la cotitularidad del poder con las Cámaras, expresión del principio democrático, al que inmediatamente aludiremos, expresado sobre todo en el poder constituyente, en el monopolio de la iniciativa legislativa y en la discrecionalidad de la sanción regia de las Leyes, en primer término; en segundo lugar, en el poder reglamentario independiente del Rey, que no sólo podía complementar las Leyes, sino jugar en la práctica como un poder normativo alternativo e independiente, y tercero, la atribución del aparato técnico del Estado, especialmente el Ejército y los funcionarios, a la titularidad personal del Rey, a quien los miembros de ese aparato deben jurar fidelidad y obediencia ⁵⁵.

Pero, como ya hemos observado, la monarquía francesa restaurada (y más adelante harán lo mismo todas las monarquías europeas) mantiene, en colaboración con el principio monárquico, alguna efectividad a un principio democrático, al que se reconoce, bien es verdad que extraordinariamente limitado en su formación y en sus poderes (sistema electoral censitario, negación del derecho de iniciativa de las Leyes y de la censura al Gobierno, necesidad de concierto con el Rey en la función legislativa estricta, a través de la facultad de libre sanción real de las Leyes). Por esta articulación de los dos principios este régimen se llamará «monarquía parlamentaria».

Me permito formular la interpretación de que ese reconocimiento del principio democrático, aun tan condiciona-

⁵⁵ Cfr. L. Díez del Corral, *El liberalismo doctrinario*, 4.^a ed., Madrid, 1984, excelente. Para algunos aspectos, especialmente el del Reglamento regio independiente, mi libro *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, 2.^a ed., Madrid, 1981, págs. 6 y ss. Sobre el propio tema, esencial la obra de Paul Laband, *Derecho Presupuestario*, trad. esp., «Estudio preliminar» de A. Rodríguez Bereijo, Madrid, 1979.

do, tuvo en cuenta la enorme importancia que en el sistema de las fuentes había alcanzado —como nunca en el Antiguo Régimen— la legislación y específicamente una legislación ordenada a la garantía de la libertad y de los derechos. La burguesía y las nuevas clases encontraban así garantizado el espacio de libre desenvolvimiento individual que significaba «la libertad de los modernos», supuesto que ellas mismas tenían que intervenir para que las Leyes que prestaban una seguridad civil pudiesen ser aprobadas y modificadas.

También fue desechada la originaria idea revolucionaria de la superioridad sobre las leyes ordinarias de los derechos fundamentales, los que se proclamaron en la Declaración de 1789 u otros. Pero todo el nuevo Derecho Público, cuyas distintas ramas hemos visto surgir, desarrollarse y consolidarse tras la Revolución, se mantuvieron como piezas esenciales del nuevo orden político y alcanzaron su madurez definitiva en las dos Restauraciones (1814 y 1830), en la II República, a lo largo del II Imperio más tarde, en la III República —hasta hoy mismo.

No es nuestro objeto describir ese largo proceso de solidificación definitiva de las nuevas estructuras jurídico-públicas que han articulado desde entonces la sociedad francesa. Nos importaba, sobre todo, acreditar su genuino origen en los grandes principios de la Revolución.

VI. La recepción en Europa del nuevo Derecho Público de impronta revolucionaria

Las largas guerras, con los poderes revolucionarios, primero, con Napoleón después, que todas las potencias de Europa riñeron contra Francia a partir de 1792, concluye-

ron con la gran victoria de Waterloo, el día 18 de junio de 1815. La ocupación de París por los Ejércitos aliados y el restablecimiento del Rey legítimo dio la sensación a toda Europa del fin de una época y de la reanudación del curso pacífico de las cosas tal como habían marchado hasta 1789. Las monarquías absolutas, vencedoras o restablecidas, habían vencido a la Revolución. El Congreso de Viena, con su proclamación del principio monárquico como nuevo evangelio, la Santa Alianza para evitar nuevas revoluciones populares, parecían asegurar que ninguna de las ideas puestas en pie por la Revolución Francesa tenía la menor posibilidad de mantenerse.

Y, sin embargo, esas ideas habían abierto ya un camino que no se cerraría nunca.

Ya hemos visto que en Francia misma los nuevos poderes, no obstante la gravedad de sus agravios, se apresuraron a mantener una parte trascendental del legado revolucionario, la igualdad, la técnica de la legalidad, el nuevo Derecho Público concebido como garantía de la libertad y creador de un amplio espacio de libertad civil o «de los modernos», el formidable aparato administrativo organizado por la Ley y ejerciente únicamente de poderes legales. Pero acaso más singular es que todos los Estados absolutistas iniciaron, seguidamente a su victoria, un apresurado proceso de recepción de ese mismo sistema jurídico, recepción que se desarrolló en un período de tiempo relativamente breve y que está ya culminada enteramente a finales del siglo.

La «recepción» de un sistema jurídico *in complexu* por sociedades distintas de las que le originaron es un fenómeno bien conocido en la historia del Derecho a partir del gran suceso de la recepción del Derecho Romano que tuvo lugar a partir del siglo XI en toda Europa (más tardíamente en

Alemania: siglo XVI). La recepción exige una situación de «Derecho de juristas», en el sentido que, sobre conceptos de Beseler, ha precisado Koschaker ⁵⁶, esto es, «cuando la formación y elaboración del Derecho se atribuye a un grupo de personas que tienen el Derecho como atribución profesional» ⁵⁷, lo cual, a su vez, supone una situación política en que ese estamento de los juristas mantiene una conexión estrecha con el poder central ⁵⁸.

El Derecho Público revolucionario y napoleónico se ofrecía a los juristas europeos como una creación deslumbradora: reducido a principios sistemáticos claros y simples, sustituía el caos jurídico precedente por una normación ordenada que, sin afectar gravemente a la titularidad soberana de los monarcas, a cuyo poder legislativo efectivo, en último término, podía conectarse, edificaba a la vez un marco de igualdad social y de libertad civil «de los modernos», en el que la nueva sociedad burguesa podía encontrar satisfacción y desplegar sus potencialidades de desarrollo social y económico. «Todo poder central que sigue sus instintos naturales ama la igualdad y la favorece; pues la igualdad facilita singularmente la acción de tal poder, lo extiende y lo asegura» ⁵⁹: son palabras de Tocqueville, que escribe, con su acostumbrada lucidez, en medio del propio proceso. Por otra parte, establecer un ámbito de seguridad jurídica en beneficio de la «libertad de los modernos» permitía escamotear más fácil-

⁵⁶ P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, cit., págs. 164 y ss.

⁵⁷ Estos conceptos han sido revisados en una nueva tipología, aunque para nuestro tema con menor interés, por John Dawson, *The Oracles of the Law*, Westport, 1968, y por R. C. Van Caenegem, *Judges, legislators and professors. Chapters in european legal history*, Cambridge, 1987.

⁵⁸ Koschaker, *Europa*, pág. 180.

⁵⁹ Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, IV, 3.

mente el principio democrático en su sentido más radical, como ya había visto Napoleón primero y la Restauración francesa después. La modernización de sus sociedades civiles parecía así una ganancia segura de los monarcas absolutos, que no comprometían en ello gravemente ninguno de sus poderes esenciales —pues no lo eran la facultad de avocar y decidir procesos determinados o de gobernar mediante privilegios o rescriptos singulares, que era, en último extremo, lo único que con el sistema de la legalidad general y abstracta perdían.

Ese proceso de recepción se cumplió en muchas partes al hilo de la propia ocupación de los respectivos países por los ejércitos napoleónicos: así, Italia, Bélgica, Holanda, parcialmente España, la orilla derecha del Rin, Suiza. El reflujo de los soldados ocupantes dejó en el suelo muchas de las instituciones que habían llevado en sus mochilas.

Donde más significación tuvo esa recepción fue en los Estados germánicos centrales, dada la singularidad de los mismos y su cerrada oposición a los principios revolucionarios, a su sentido, que conservaron hasta la primera Guerra Mundial de este siglo, de reductos del absolutismo. En Derecho Penal, Derecho de Organización de Tribunales, Derecho Procesal, Derecho Presupuestario, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, todos los Estados alemanes ⁶⁰ reco-

⁶⁰ Pueden verse, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, cit., págs. 464 y ss. La abrumadora obra de Ernst Rudolf Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Stuttgart, 1957 y ss., 7 vols.; el tomo VIII es el imponente *Registerband*, 1991. Sobre la materia penal y procesal penal, la clásica obra de Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 3.^a ed., Gotinga, 1965. Para el Derecho Administrativo, el vol. 1 del *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, Baden-Baden, 1989, con el título «Formation und Transformation des Verwaltungswissens in Frankreich und Deutschland (18/19 Jh.)». Meyer,

gieron, sin embargo, el modelo francés más o menos reelaborado, pero con sus principios esenciales que ya conocemos, como lo habían hecho en el Derecho mercantil y, con el retraso que supuso la polémica de Savigny y el desarrollo de una sofisticada ciencia jurídico privada propia, que potenció las singularidades de un Derecho Germánico especialmente cultivado, en el Derecho Civil. El Derecho Público fue legalizado en toda su extensión, con las mismas dos excepciones que vimos que había introducido la Restauración francesa, el principio democrático en su significación radical (las Asambleas de colaboración hacen su tímida aparición hacia mitad de siglo, aunque en la Alemania unificada, tras el II Imperio, hasta Weimar, 1919, permaneció la sorprendente diferenciación de Cámaras estamentales), y degradación de los derechos fundamentales a materia de simple legalidad, disponibles, por tanto, por los monarcas.

A finales del siglo XIX el Derecho Público del *règne de la loi* ha triunfado en toda Europa continental, también en Iberoamérica, fiel seguidora del sistema francés, y comienza su extensión en otros continentes ⁶¹.

Hay que decir que los dos capítulos del Derecho Público revolucionario que fueron dejados en dormición, el principio democrático como único principio de gobierno y

Französische Einflüsse auf die Staats- und Rechtsentwicklung Preussens im XIX Jh., Leipzig, 1907, 2 vols.

⁶¹ Vid., por ejemplo, sobre la recepción en Japón del Derecho penal y procesal francés, Tadaki Matsukawa, «Le voyage de Monsieur Boissonade», en la obra colectiva dirigida por Ph. Boucher, *La Révolution de la Justice. Des Lois du roi au Droit moderne*, cit., págs. 253 y ss. Los Códigos Penal y Procesal, elaborados por el profesor de París Boissonade, se promulgan en Japón en 1880; fracasó, sin embargo, en el Código Civil, en el cual terminaría influyendo más directamente el (proyecto de) Código Alemán.

el valor supralegal de los derechos fundamentales ⁶², serán reconocidos ya en este siglo, tardíamente, tras la segunda Guerra Mundial en las nuevas Constituciones alemana, italiana, española (y francesa de 1958 por lo que hace al segundo tema).

En ese momento el conjunto de los principios del Derecho Público revolucionario se internacionaliza y pasa a los Tratados Internacionales ⁶³. Es cierto, no obstante, que en esta última fase los principios de origen francés se conjugan con los procedentes del constitucionalismo anglosajón, los cuales, entre tanto, han superado en buena parte la vieja diferenciación entre *règne de la loi* y *rule of law*, tanto por la normalización de las regulaciones legislativas en el mundo anglosajón, lo que no ocurre hasta este siglo, como por el desarrollo en el mundo europeo de una nueva visión del juez, que supera resueltamente su papel subalterno como simple «boca que pronuncia las palabras de la Ley» y que admite, sin paliativos, al lado de la Ley, la operatividad de unos «principios generales del Derecho», con los que se supera el puro positivismo legalista.

En el momento de la celebración del segundo centena-

⁶² Sobre este último, vid. P. Cruz Villalón, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en el volumen colectivo, editado por el Servicio Jurídico del Estado, *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, I, págs. 155 y ss.

⁶³ N. S. March, «The rule of Law as a supra-national concept», en la obra colectiva dirigida por A. G. Guest, *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1961, cit., págs. 223 y ss. Estudia la recepción del concepto tanto en documentos internacionales (informes de la Comisión Internacional de Juristas) como en Tratados, especialmente en los que consagran la protección internacional de los derechos humanos. Es aún más clara la recepción del sistema general del Derecho Público europeo en el Derecho Comunitario, hoy de la Unión Europea.

rio de la Revolución Francesa los principios de su sistema de Derecho Público se habían impuesto prácticamente en todo el mundo. El hecho de esta generalización, que parece hacer de los mismos algo obvio, casi como el aire que respiramos, no puede hacer olvidar la formidable hazaña de su audaz concepción y del rigor y consecuencia en su desarrollo sistemático, mantenidos sin desfallecimientos desde sus fundamentos iniciales.

Frente al viejo *Corpus iuris civilis* legado por la civilización romana a Occidente, comprensivo del Derecho Civil, para regular las relaciones entre las personas, he aquí un *Corpus iuris civitatis* que ha acertado a articular un sistema de relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, un Derecho Público de la libertad, cuya irradiación ha sido aún más extensa, y que fue forjado entre la violencia, la ensoñación y la razón en un momento concreto de la historia del pensamiento humano.

Para la configuración y la articulación de este nuevo sistema jurídico los juristas han debido «encontrar nuevas palabras o dar a las antiguas nuevas significaciones», como advirtió Montesquieu en el proemio de la segunda edición, 1757, de su *De l'esprit des Lois*, aunque con una radicalidad mayor aún que la que hubo de emplear el gran ilustrado. Si después de haber identificado los grandes «significados» de la nueva lengua de los derechos, que habían previsto los espíritus lúcidos en el mismo momento de la eclosión revolucionaria, retornamos ahora al lenguaje del Derecho Público del absolutismo, que expusimos esquemáticamente en el capítulo II de este estudio, comprobamos fácilmente que no resta prácticamente nada de este último. Todo un nuevo discurso ha debido crearse para que el Derecho sirviese de manera efectiva a la libertad, como la Revolución propuso au-

dazmente, todo un nuevo lenguaje, que los juristas han venido afinando y perfeccionando durante dos siglos. Un nuevo universo conceptual, necesariamente servido por un universo léxico también nuevo ha ocupado así uno de los campos más delicados y apasionantes de la vida de los hombres, el de la articulación de su vida colectiva.

No pretenda contar la historia de la recepción en España del Derecho Público surgido de la Revolución Francesa, su desarrollo, sus crisis, su extensión, su abanzamiento definitivo. En este trazo puede ser oportuna apenas alguna observación muy general.

Tal recepción es bien conocida, se inicia abiertamente con la labor de las Cortes de Cadix, no solo en cuanto se expresó en su juramento, la nueva Constitución de 1812, es la que rescataría muy fácil espigar la huella de los principios de ese Derecho Público, cuya estructura nos es ya familiar, sino también en su muy importante labor legislativa, en la que abordó temas absolutamente esenciales del nuevo sistema jurídico. Lo segundo que hay que notar es la singularidad de Fernando VII respecto de sus colegas europeos, vencedores de Napoleón, comenzando por el francés Luis XVIII, que tantos y tan graves agravios personales tenía contra la obra revolucionaria. Fernando VII, que no había vencido precisamente a Napoleón, fue, sin embargo, incapaz de

En un momento en que el mundo se encontraba en un proceso de transformación profunda, el Derecho Civil, que había sido el pilar de la vida jurídica durante siglos, se encontraba en una crisis. El nuevo mundo requería un nuevo sistema de relaciones entre las personas y los poderes públicos. El Derecho Civil, que había sido el pilar de la vida jurídica durante siglos, se encontraba en una crisis. El nuevo mundo requería un nuevo sistema de relaciones entre las personas y los poderes públicos. El Derecho Civil, que había sido el pilar de la vida jurídica durante siglos, se encontraba en una crisis. El nuevo mundo requería un nuevo sistema de relaciones entre las personas y los poderes públicos.

Frente al viejo *Corpus iuris civilis* legado por la civilización romana a Occidente, comprensivo del Derecho Civil, para regular las relaciones entre las personas, he aquí un *Corpus iuris civilis* que ha acertado a articular un sistema de relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, un Derecho Público de la libertad. Esta irradiación ha sido una gran extensión, y que fue fundada sobre la violencia, la ensoñación y la razón en un momento concreto de la historia del pensamiento humano.

Para la configuración y la articulación de este nuevo sistema jurídico los juristas han debido encontrar nuevas palabras o dar a las antiguas nuevas significaciones, como advierte Montesquieu en el prólogo de la segunda edición (1757) de su *De l'esprit des lois*, aunque con una radicalidad mayor aún que la que hubo de emplear el gran ilustrado. Si después de haber identificado los grandes significados de la nueva lengua de los derechos, que habían previsto los espíritus lúcidos en el mismo momento de la explosión revolucionaria, reformamos ahora el lenguaje del Derecho Público del absolutismo, que expresamos esquemáticamente en el capítulo II de este estudio, comprobamos fácilmente que no resta prácticamente nada de este último. Todo un nuevo discurso ha debido crearse para que el Derecho sirviese de manera efectiva a la libertad, como la Revolución propuso au-

EPÍLOGO

UNA NOTA SOBRE LA LENGUA DE LOS DERECHOS EN ESPAÑA

No pretendo contar la historia de la recepción en España del Derecho Público surgido de la Revolución Francesa, su desarrollo, sus crisis, su extensión, su afianzamiento definitivo. En este trance puede ser oportuna apenas alguna observación muy general.

Tal recepción es bien conocido, se inicia abiertamente con la labor de las Cortes de Cádiz, no sólo en cuanto se expresó en su justamente famosa Constitución de 1812, en la que resultaría muy fácil espigar la huella de los principios de ese Derecho Público, cuya estructura nos es ya familiar, sino también en su muy importante labor legislativa, en la que abordó temas absolutamente esenciales del nuevo sistema jurídico. Lo segundo que hay que notar es la singularidad de Fernando VII respecto de sus colegas europeos, vencedores de Napoleón, comenzando por el francés Luis XVIII, que tantos y tan graves agravios personales tenía contra la obra revolucionaria. Fernando VII, que no había vencido precisamente a Napoleón, fue, sin embargo, incapaz de

comprender los enormes beneficios que para la sociedad, y aún para la propia monarquía, resultaban de la adopción del sistema de la igualdad y de «la libertad de los modernos», que sus iguales se apresuraron a respetar o a instaurar en toda Europa, como ya hemos visto. En 1814, primero, recién desembarcado en tierra española, en 1823, después, cuando los Cien mil Hijos de San Luis le restituyeron los poderes de que el trienio liberal le había privado, Fernando VII no siguió el modelo de la Restauración francesa o de los absolutismos centroeuropeos, y dedicó toda su torpe energía («su aviesa condición... de bajísima ley», en expresiones de Menéndez Pelayo) a un retorno puro y simple del Antiguo Régimen, que resultó especialmente arbitrario, y aun grotesco (como con el restablecimiento de los autos de fe de la Inquisición). Hasta que este soberano no desapareció de este mundo, veinte años después de la Restauración francesa, cuarenta y cinco después de la Revolución, no pudo en España acometerse la magna obra de modernización del país a través de la recepción del nuevo *corpus* del Derecho Público, ya entonces generalizado virtualmente en toda Europa.

Pero no pretendo entrar ahora en esa amplia temática. Sólo intento detenerme un momento sobre unos hechos mucho más circunscritos, que son un simple reflejo de esa historia más profunda: cómo la Real Academia Española, que venía trabajando desde 1713, se apercibió, con extraordinaria lucidez y prontitud, de que había aparecido una nueva casta de hombres que hablaba una lengua igualmente nueva, la lengua de los derechos y de la libertad, con la cual pretendían reordenar toda la vida colectiva española, y cómo fue incorporando resueltamente a esos hombres a sus trabajos.

El catálogo de los Académicos de número de esa singu-

lar especie no es muy extenso, pero sí muy rico. Si nos reducimos a los que, en efecto, se significaron sobre todo por esa condición, sin perjuicio de que otros muchos hayan conocido y utilizado ese sistema conceptual y léxico, sobre todo en el mundo fronterero de la política y de la legislación, y si cerramos la enumeración hacia la mitad del siglo XIX, cuando la operación de recepción del nuevo orden mental y lingüístico puede estimarse ya consolidada, resultan los siguientes nombres:

- Manuel de Lardizábal.
- Gaspar Melchor de Jovellanos.
- Francisco Martínez Marina.
- Antonio Ranz Romanillos.
- Javier de Burgos.
- Antonio Alcalá Galiano.
- Alejandro Oliván.
- Joaquín Francisco Pacheco.

Haré una breve referencia a cada uno de ellos.

Don Manuel de Lardizábal y Uribe, mejicano de nacimiento, desempeñó desde 1777 hasta su muerte, en 1820, el cargo de Secretario Perpetuo de la Corporación, uno de los períodos más extensos de su historia. Era un jurista regio, perteneciente al Consejo de Castilla, y su gran obra jurídica, que le singularizó en la historia de la doctrina penalista, fue su *Discurso sobre las penas. Contrabído a las Leyes criminales de España, para facilitar su reforma*. Las primeras palabras de este libro (Madrid, Ibarra, 1782) son dignas de ser destacadas: «Nada interesa más a una nación que el tener buenas Leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil.» Se trata de «sujetar las voluntades de los hombres sin perjudi-

car su justa libertad: conciliar el interés común de la sociedad con los derechos particulares de los ciudadanos; combinarlos de suerte que no se destruyan mutuamente con su oposición». Resuena aquí la gran cruzada ilustrada contra el atroz sistema represivo del Antiguo Régimen que culminó en la obra de Beccaria. Lardizábal conoce y cita a Beccaria, a Montesquieu, a Rousseau, aunque sus posiciones personales son normalmente más templadas. Su aportación esencial es el fin correctivo de las penas y la necesidad de su dulcificación, la exclusión del tormento como medio procesal. Es aún más un moralista ilustrado, lleno de moderación y de apertura de espíritu, que un jurista prendido por el *ethos* de los derechos, pero ahí quedan sus palabras iniciales, alrededor de las cuales (Ley y libertad civil) se articulará la gran revolución del Derecho Penal moderno.

Don Gaspar Melchor de Jovellanos, que tan vivazmente nos representa el penetrante retrato de Goya en el Prado (la noble cabeza reposando en el brazo, con las cuartillas recién escritas sobre la mesa), es uno de los personajes más profundos y emotivos de nuestra historia. Fue miembro de número de esta casa (donde, por cierto, parece que topó con algún problema personal) desde el 24 de julio de 1781 hasta su muerte, 27 de noviembre de 1811. Por cierto que su discurso de posesión tiene para nosotros interés especial, pues versó *Sobre la necesidad del estudio de la lengua para comprender el espíritu de la legislación*. Además de notar el uso precoz del término «legislación», que creo que acusa el influjo de Montesquieu, me permito asociarme, más de dos siglos después, a la tesis que formula el título de su discurso. Aunque con mucho más calado que Lardizábal, su disposición espiritual respecto a la reforma de las Leyes puede situarse en un pla-

no no demasiado disparate: un reformismo ilustrado y liberal, una visión crítica de «los males de la patria», pero también —y esto es mucho más profundo en él— una fe resuelta en la razón y en la pedagogía, así como en las posibilidades conformadoras de las mismas sobre este viejo pueblo. He aquí un texto inequívoco de su alineamiento con la nueva idea de los derechos y de la Ley, de la consideración de ésta como fuente de libertad y de igualdad. Procede de su *Tratado teórico-práctico de enseñanza*, de 1802 (cito por la edición de *Obras* de la Biblioteca de Autores Españoles, 1858, tomo I, pág. 256): «El axioma... de que todos los hombres nacen libres e iguales, tomado en sentido absoluto, será un error, una herejía política; pero será cierto y constante en el sentido relativo al carácter esencial de la asociación política; es decir: primero, que todo ciudadano será independiente y libre en sus acciones en cuanto éstas no desdigan de la Ley o regla establecida para dirigir la conducta de los miembros de la sociedad; segundo, que todo ciudadano será igual a los ojos de esta Ley y tendrá igual derecho a la sombra de su protección; será igual para todos.» Jovellanos demostraría con su vida, y con su final exaltante como Presidente de la Junta Central que dirige la guerra contra los franceses, al lado del viejo pueblo, cuyas imperfecciones él tan bien conoce, que su pasión por la libertad no era precisamente retórica.

Francisco Martínez Marina, aunque de la misma edad que Jovellanos, representa ya a la generación siguiente, más resueltamente comprometida con la libertad, entendida ya como fórmula institucional concreta. Asturiano, canónigo de San Isidro, había ingresado en la Real Academia de la Historia en 1786 y en 1797 en la Real Academia Española, ha-

biendo sido Director de la primera desde 1796. Su personalidad era la de un historiador del Derecho, especialidad de la que, según la autoridad de Hinojosa, puede considerarse fundador, con su *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación... de los reinos de León y Castilla*, 1806, y varias obras de la materia, pero va a ascender al plano de las ideas políticas contemporáneas al propugnar ya desde el momento mismo de la invasión napoleónica la convocatoria de las Cortes históricas al fin de apoyar en ellas un gobierno legítimo y constitucional. Sus ideas influyen en las constituyentes de Cádiz y en el propio texto (en el Preámbulo, especialmente) de la Constitución de 1812. Sus tesis se plasmarán en la magna *Teoría de las Cortes o grandes Juntas Nacionales de los reinos de León y de Castilla*, 1813, que pasará a ser el libro básico del historicismo liberal que interpreta las antiguas libertades en el sentido de las nuevas. Las dos restauraciones absolutistas de Fernando VII le valieron el destierro a Lérida y Zaragoza, ciudad esta última donde morirá en 1833. Redactados en esta última fase de su vida, dejó inéditos unos *Principios naturales de la Moral, de la Política y de la Legislación*, que no verían la luz, de la mano de Adolfo Posada, hasta un siglo después, 1933. Acusa la clara influencia de Bentham, aunque también utiliza la Segunda Escolástica y los juristas de la Escuela del Derecho Natural y de Gentes, cuya directa relación acierta a intuir certeramente. Una frase de esta obra acusa la modernidad del pensamiento de su autor: «Los hombres no pueden gozar de verdadera libertad sino viviendo sujetos al imperio de las Leyes, porque la Ley, si es verdadera Ley, no empece la libertad e independencia de las criaturas racionales, antes por el contrario, la perfecciona, la guarece y defiende.» Y para reforzar su pensamiento, en el sentido exacto de la «libertad de los modernos»: «En toda

sociedad donde no están asegurados los derechos naturales del hombre, la propiedad personal, la mobiliaria y la territorial, ni los ciudadanos gozan de la dulce esperanza de disfrutar de sus bienes y de paz y tranquilidad, ni hay Constitución ni Gobierno.»

Más difícil resulta caracterizar a **Antonio Ranz Romaniños**. Fue elegido en la Real Academia Española el 9 de enero de 1806, cuando su personalidad era la de un alto funcionario, como consejero de Hacienda con Carlos IV, personalidad que adornaba con un helenismo más bien de aficionado culto, en la línea ilustrada, que de verdadero estudioso. Le encontramos en 1808 como Secretario, nada menos, de la Junta de Bayona, que elabora con Napoleón la Constitución de ese año, pero abandonará enseguida ese campo para pasar a ser uno de los redactores importantes de la Constitución de Cádiz, aun sin ser formalmente diputado. Fue luego Consejero de Estado con Fernando VII. Su versatilidad política y sus funciones varias parecen revelar en él al hombre de Administración, que relativiza los principios políticos en aras de la eficacia de una acción pública de fomento y estabilidad social. Como redactor de Constituciones y como hombre de Administración está familiarizado con la nueva lengua de los derechos surgida en los hondos de la Revolución Francesa y prometedora de libertad social y de indudable eficiencia administrativa.

Javier de Burgos es hombre de otra mucho más fuerte contextura, y le alcanza la veneración de todos los administrativistas posteriores que han visto siempre en él, y siguen viendo hoy, sin duda el más importante de los creadores de una Administración Pública objetivada y eficaz. Funcionario

del rey José en su juventud, alcanzará el grado de Subprefecto de Almería. Así entra en contacto con la admirable máquina de la nueva Administración napoleónica, en uno de sus centros más sensibles. Su colaboración con los franceses le fuerza al exilio, años que aprovecha para estudiar concienzudamente las nuevas y espectaculares técnicas de la Administración francesa. Desde París en 1826 dirige una *Exposición* al Rey Fernando VII en que le alecciona sobre las enormes potencialidades que esas nuevas técnicas administrativas, perfectamente objetivadas ya, ofrecen para redimir la lamentable situación de España. La fuerza de convicción con que la Exposición está redactada producen el milagro de que el Rey llame al exiliado para que él mismo practique el remedio que receta. El documento tiene tres partes: «1.º ¿Aquejan a la España males gravísimos? 2.º ¿Bastan a conjurarlos los medios empleados hasta ahora? 3.º Si para lograrlo conviene emplear otros, ¿cuáles son éstos?» Esta última parte es la que ahora nos interesa más. Propone una amnistía plena y completa, sin excepción alguna, concretar un empréstito (la financiera era otra de las destrezas de Burgos), y tercero, y sobre todo, la «Organización de la Administración Civil». Ofrece y exalta los modelos que tan familiares le son, capaces —y es una admirable expresión— de «promover, con un solo impulso uniforme e ilustrado, una masa inmensa de prosperidad». Ese solo impulso uniforme es la centralización administrativa, asentada fuertemente sobre la igualdad, rompiendo el caos de localismos y de corporativismos que impedían cualquier acción eficaz; son «prodigiosos (los) recursos que para la realización de estos bienes ofrece la afianzada aplicación de los principios administrativos». Propone la creación de un Ministerio del Interior, «gran taller de la prosperidad nacional», de forma que pueda difundir y gene-

ralizar «la acción protectora de una Administración ilustrada».

No sería oportuno contar la historia de cómo Javier de Burgos realiza, en efecto, ese proyecto, aunque ya tras la muerte de Fernando VII. Suya es la implantación en España del sistema ministerial, la división provincial de 1833, sobre la que aún vivimos, la ordenación de la carrera funcional, la creación de los Gobiernos Civiles (Subdelegados de Fomento a los que dirigió una *Instrucción* famosa, que encierra el programa de toda la política administrativa que se desarrollaría a lo largo del siglo XIX). Javier de Burgos es, simplemente, en los escasos meses en que la Reina Gobernadora le nombra ministro de Fomento, el creador de la Administración moderna en España, la que ha durado, ya bastante maltrata, hasta ahora mismo. Toda la nueva Administración pasará a ser estrictamente legalizada. En su *Instrucción* famosa dice: «Los Subdelegados de Fomento son empleados de ejecución, y como tales no pueden mandar ni prohibir, sino lo que manden o prohíban las Leyes, las Reales Órdenes y las Instrucciones del ramo»; además, «oirán todas las quejas, remediarán todos los abusos». Para él, como dirá en unas conferencias en el Liceo de Granada, su tierra natal, «la paz, la seguridad y la libertad son los medios de asegurar la prosperidad». Es, pues, un apóstol de la libertad de los modernos, a la que acierta a prestar uno de sus respaldos más firmes, una Administración objetivada y eficaz.

Pero Javier de Burgos, además de expresar esa exaltada fe en los remedios administrativos, fue autor de comedias y traductor de Horacio, publicando una edición bilingüe (hay dos ediciones: 1820-23 y 1844, esta última en 4 volúmenes, por cierto preciosos) de este autor con notas eruditas.



Antonio Alcalá Galiano fue un gaditano ilustre, liberal con marchamo, hijo de un héroe de Trafalgar, que, por diferencia de la mayoría de los demás exiliados liberales, pasó su destierro en Inglaterra, de donde trae los principios de un régimen de libertad distinto en su estructura, pero no en sus fines, del que está intentando asegurar en el continente el nuevo Derecho Público que conocemos. Espléndido memorialista del siglo (*Recuerdos de un anciano*, publicados en revistas y reunidos luego por su hijo, 1878; *Memorias*, 1880, 2 volúmenes póstumos, capitales para el trienio liberal), político eminente, tiene también una obra importante en el campo del Derecho Público. Sus *Lecciones de Derecho Político Constitucional* de 1843, pronunciadas en el Ateneo, son bastante singulares por relación a los métodos y criterios de la época y en particular a los modelos franceses. Tras una juventud liberal extremada, en la que destacó como teórico civil de la revolución de Riego de 1820 y como uno de los oradores de la «Fontana de Oro», que noveló Galdós, Alcalá Galiano ha traído de su exilio inglés una visión más conservadora, que le llevará con naturalidad a su regreso al Partido Moderado, donde pasará a ser uno de sus notables. En sus *Recuerdos* proclama «mi admiración de las libertades inglesas y mi persuasión de que podían y debían ser aplicadas a mi patria». Para él es claro que los principios del gobierno representativo son los ingleses, y que debe basarse en el predominio de la clase media, idea que procede de los doctrinarios franceses. Ese gobierno «debe sentarse... en el reconocimiento de los derechos», pero para él éstos no han de ser «vagos o abstractos», sino «concretos, prácticos y bien definidos», formulando una crítica explícita de la Declaración de 1789, aunque con el mayor respeto a «aquella revolución no sólo francesa, sino de todas las naciones, como lo será de



todos los siglos..., de la historia de las ideas, de la historia de la sociedad, de la verdadera historia del mundo». Conoce, cita y aprecia a Benjamin Constant, del que resume incluso su idea de «la libertad de los modernos». Y en último extremo ésta parece ser su concepción final: «Para el amparo de las personas, de las haciendas, del pensamiento y por esto hasta de la dignidad moral de los hombres están formadas las constituciones e instituidas las sociedades.»

Alejandro Oliván, aragonés pirenaico, es para mí otro pariente próximo. Si Javier de Burgos fue el creador de la Administración española, Oliván lo es de la Ciencia administrativa. Un precioso libro de 1842, *De la Administración pública con relación a España*, tiene ese ilustre privilegio. Yo mismo lo reedité en 1954, subrayando su modernidad, su frescura, lo excelente de sus conceptos y de su prosa. Algún autor inglés ha aceptado mi afirmación del valor del pequeño libro como el mejor vademécum del modelo de la Administración napoleónica. Prosa gustosa y refinada, ideas claras y distintas, entusiasmo por las posibilidades que la nueva Ciencia de la Administración puede ofrecer al país. «Las Leyes necesitan organizar la Administración y enseguida determinar el movimiento que haya de tener en medio de la sociedad, darle acción, conferirle virtud benéfica y vivificadora.» Oliván no dudó que «la buena administración hará renacer la confianza; los sentimientos de humanidad que resplandecen entre nuestras calamidades cobrarán vigor y acrecentamiento... y sobre esto... se formará la legítima opinión pública, antemural de los derechos comunes». Pertenció a la Real Academia entre 1847 y 1878.

En fin, **Joaquín Francisco Pacheco** ocupó un lugar memorable en la estirpe de los penalistas. Su gran obra fue la

elaboración del Código Penal de 1848, el primero que implantó en España el fundamental principio de legalidad de los delitos y de las penas (pues aunque hubo un Código Penal anterior, el de 1821, su vigencia fue apenas virtual al derogarse con la reacción de 1823, y no restablecerse nunca su vigencia). El Código de 1848 reconfiguró toda la justicia penal en España y debe decirse que es sustancialmente el que sigue vigente casi ciento cincuenta años después; influyó también en varios Códigos hispanoamericanos. En su gran comentario al Código (*El Código Penal concordado y comentado*, 4 volúmenes, reeditado y ampliado varias veces), Pacheco nos dice, sin que ni entonces ni ahora nadie lo haya puesto en duda, que «de la legislación penal española nada era digno de conservación, ninguna parte se podía reservar para la regla de la sociedad futura. Toda, toda entera necesitaba transformarla... El sistema de la codificación, el sistema del cambio absoluto era el único legítimo y el único posible... Necesitábamos salir del caos y hacer la luz». Suyo fue el mérito de este salto desde las tinieblas a un sistema represivo legalizado, objetivado, prestador de seguridad jurídica, posibilitador de una vida social libre. Mucho más extensa fue la actividad de jurista del andaluz Pacheco: comentarista de las Leyes de Toro (el último gran comentario de ese monumento de 1504), de la legislación desvinculadora, autor de *Lecciones de Derecho Político Constitucional y de Derecho Penal* en el Ateneo de Madrid, fundador y animador de revistas jurídicas, editor, con Francisco de Cárdenas y L. Torres de Mendoza, de veinte volúmenes de documentos inéditos sobre el descubrimiento, conquista y colonización de las posesiones españolas en América y Oceanía, etc. Me permito recordar que su busto de mármol sigue presidiendo la escalera principal de la Real Academia de Jurisprudencia y

Legislación, como corresponde a uno de los primeros juristas del siglo XIX.

Éstos han sido, en brevísimo resumen, los hombres que trajeron a esta casa la lengua de los derechos, los que con la destreza de su manejo y con la lucidez de su acción aportaron también a nuestra patria el régimen moderno de una libertad civil imprescindible, tanto para la vida social abierta y segura como para poder construir sobre ella un grado último de libertad política. Magníficos ejemplos de españoles doctos, lúcidos y de recta y resuelta voluntad.

Que su memoria me sea propicia.

CONTESTACIÓN
DEL EXCMO. SR. DON
ÁNGEL MARTÍN MUNICIO

SEÑOR, SEÑORA:

Tradicionalmente y con cortesía, abundar en estas ocasiones, las palabras por excelencia, a través de cuyos discursos, y acrisolados, se guarda no sólo seguir paso a paso la historia de la Real Academia Española, sino entrever la historia misma de la cultura española.

Fueron siempre estas solemnidades memorables extraordinarias para escuchar teorías, alardes y modelos formales; y sobre todo para dar cuenta del curso de la vida de la Academia, a la vez que recibir de la sociedad la medida del grado de aceptación de la elección realizada.

Hace exactamente un siglo, el año 1894, de la inauguración de esta sede, y quiero pensar que en este mismo salón, don Emilio Caceres, al recoger esta idea de la simulación oficial de la Academia, refiere los laureos otorgados a un joven escritor como «ya decretados por la incontestable pero visible admiración del pueblo, discutidos de todo lo largo de todo lo hermoso allí en sus intenciones colectivas».

CONTESTACION
DEL EXCMO. SR. DON
ANGEL MARTIN MUNICIO

SEÑOR, SEÑORA:

Tradicción, rito y cortesía, abundan en estas ocasiones, las jubilares por excelencia, a través de cuyos discursos y actas se puede no sólo seguir paso a paso la historia de la Real Academia Española, sino entrever la historia misma de la cultura española.

Fueron siempre estas solemnidades momentos extraordinarios para escuchar retóricos alardes y moldes formales; y sobre todo para dar cuenta del curso de la vida de la Academia, a la vez que recibir de la sociedad la medida del grado de aceptación de la elección realizada.

Hace exactamente un siglo, el año 1894, de la inauguración de esta sede; y quiero pensar que en este mismo salón, don Emilio Castelar, al recoger esta idea de la vinculación social de la Academia, refiere los lauros ceñidos a un nuevo miembro como «los ya decretados por la inconsciente pero infalible admiración del pueblo, descubridor de todo lo justo y de todo lo hermoso allá en sus intuiciones colectivas,

de las cuales debemos asesorarnos siempre antes de cada elección, y con las cuales debemos, después de cada elección, fortalecernos...».

Admiración intensa, pues, la de la comunidad intelectual hacia la personalidad y la obra del profesor García de Enterría, Letrado del Consejo de Estado en 1947, y Académico de la Real de Jurisprudencia y Legislación desde 1970. Y fortalecimiento, que siempre cabe y puede comprobarse en este acto social, tras el discurso que acabamos de escuchar, y más aún tras su lectura juiciosa, pieza maestra de la dinámica histórica del universalismo jurídico.

La referencia a Castelar, que acabo de citar, tuvo su entorno en la contestación académica a «un verdadero genio... por lo mucho que descuella en dominios del espíritu como las ciencias físico-matemáticas, las ciencias exactas, las ciencias económicas, las aplicaciones del cálculo al trabajo material en obras públicas e industriales...». Fueron estas mismas las palabras con que el hombre político acogía en esta Real Academia, el 20 de mayo de 1894, a don José Echegaray, algunos años después presidente de la Real Academia de Ciencia. No podía escapársele esta circunstancia, ni tampoco la de que él mismo sucedía en el sillón académico a Mesonero Romanos, y a ello se refirió Echegaray de esta manera: «Curiosos contrastes, señores Académicos, ofrece la vida a cada paso, y no pocos este severo Instituto en el inevitable proceso de su renovación. Contraste es, y no pequeño de verdad, el que resulta de oponer los gustos artísticos, la índole de los trabajos y hasta las inclinaciones literarias a mis propias inclinaciones, a mis modestas obras y a mis especiales tendencias; pero cuenta que sólo aficiones y gustos comparo, que en ley de justicia a más no podría llegar mi atrevimiento.»

Tampoco a más podría llegar el mío, aun dando por des-

contado el contraste que aumenta el favor concedido por el director de la Academia con el encargo de esta contestación y bienvenida a una de las figuras más relevantes de la intelectualidad jurídica española. Contraste que, sin embargo, no tiene obstáculo en reavivar encuentros ya lejanos, y me ha permitido, aún a distancia, seguir la trayectoria hecha excelencia de Eduardo García de Enterría hasta convertirse en representante excepcional del gran pensamiento jurídico español. Y ello hasta tal punto de que ausente de la Academia el puesto de honor y de trabajo de un jurista, hubiera sido difícil encontrar más amplios matices en el cultivo del Derecho, huellas más profundas en los estudios jurídicos, mayor deleite en el oficio, mejor rigor y ascendiente intelectual, magisterio científico y humano más constantes y reconocidos, formas de expresión más brillantes, que los acumulados en la intensa actividad profesional del nuevo miembro de esta Casa. Contraste que no debiera ser inconveniente para que me encargue de proclamar, en su nombre, la alegría de la Academia Española, y mostrar, sin oficiosidades impertinentes, la prueba de su acierto.

En abono de lo que acabo de insinuar no voy a caer en el pecado social de pormenorizar en este momento la variada casuística del ejercicio científico y profesional de García de Enterría, ni la extensa relación de sus publicaciones, distinciones y honores. Portaestandarte del moderno Derecho administrativo; maestro de maestros, y, como tal, desbrozador de las inquietudes jóvenes e iluminador de vocaciones ejemplares, que se entretajan en la confección humana de la «escuela»; la formación intelectual y jurídica de García de Enterría ha hecho posible la creación y cultivo de una intensa especialización, y a partir de ella, su contribución al desarrollo del Derecho público y de la filosofía misma del Derecho.

Por ello, algunas de sus aportaciones trascienden la mera especialización del Derecho administrativo en un original camino hacia la sociología jurídica, para culminar en la interpretación del curso de la historia del Derecho y de la Ley, que se desarrolla en el discurso. Y es que, además, tanto el cultivo de la filosofía como el del derecho exigen la lógica y el ejercicio preciso del lenguaje. Por ello mismo, los asuntos expertos de la ciencia jurídica, a la vez que los del quehacer literario, están fundados en la misma corrección de la lengua. Premisas de las que Enterría es ferviente servidor, de forma que en cualquiera de las páginas por la que abramos su extraordinaria producción encontraremos, como motivo común, el rigor del lenguaje. Unas veces en los textos especializados, más áridos sin duda, como en su obra magna *Curso de Derecho Administrativo*, y, otras, en las que la ciencia se entremezcla y, aún deja paso, al puro ensayo literario; tal es el caso del libro titulado *La poesía de Borges y otros ensayos*.

Sirvan a mayor ejemplo de estas contribuciones los títulos de: *La Revolución Francesa y la emergencia de la Administración contemporánea*; *Turgot y los orígenes del municipalismo moderno*; *Revolución Francesa, Derecho Público y Justicia Administrativa*; *El Poder Judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*; *El Derecho, la Palabra y el Libro*.

Y, en el otro extremo, se me antoja que Borges entrevió la afección de Enterría por su obra, y en él adivinó a aquel lector a quien, bajo el título *Un lector*, dedicó el poema que comienza:

Que otros se jacten de las páginas que han escrito;
a mí me enorgullecen las que he leído.
No habré sido un filólogo,
no habré inquirido las declinaciones, los modos, la
laboriosa mutación de las letras,

la *de* que se endurece en *te*,
 la equivalencia de la *ge* y de la *ka*,
 pero a lo largo de mis años he profesado
 la pasión del lenguaje.

Solamente desde la maestría de sus múltiples y lúcidos análisis de la historia y la literatura, como los acabados de mencionar, se pueden reproducir los diferentes sentidos posibles de los acontecimientos objeto de estudio. Estudio que se acoge al tratamiento hermenéutico como arte de la interpretación y la explicación del origen de nuevas ideas y de nuevos fundamentos conceptuales que permitan la transición de la ley natural a la ley positiva. Hermenéutica como método universal para entender a los hombres y a las épocas en su historicidad por medio del lenguaje.

Dado el constante interés del profesor García de Enterría por el análisis histórico de las instituciones, su insistente fervor por la obra jurídica de la Revolución Francesa, y la singular naturaleza de esta solemnidad, no es de extrañar, pues, el planteamiento de su discurso.

La lectura del trabajo de García de Enterría permite asegurar que se acoge a las grandes líneas teóricas de la hermenéutica y sigue sus reglas prácticas familiarizándose con el lenguaje empleado, con las costumbres, y con todo lo que pertenece a la época en que se sitúa el acontecimiento. Y ello de tal manera que el estudio no es simplemente filológico, sino que interroga y analiza los textos mediante principios nuevos, desde un mundo ya estructurado y vivido, mediante una especie de simpatía universal que funde su saber con los personajes históricos.

El pensamiento de uno de aquéllos sirve de dedicatoria al magno texto cuyo resumen acabamos de escuchar. Es un pensamiento de Montesquieu, en *El espíritu de las leyes*, que

reza así: «Yo he tenido ideas nuevas: ha habido necesidad por tanto de encontrar nuevas palabras o de dar a las antiguas nuevas significaciones». En efecto, las ideas nuevas intentaron fundar un orden político y social completamente nuevo; o, como dice Enterría, nada más y nada menos que rectificar la historia de la humanidad. Ideas que rompen y rasgan la estructura social vigente, y habrían de exigir una invención léxica; el nuevo lenguaje va a servir a las especiales estrategias del discurso revolucionario, primero; luego, como instrumento del cambio político y social, y, después, para afianzarse como lengua del Derecho. La nueva lengua del Derecho es, ahora, capaz de modular el lenguaje político, de forma que ambos exhiban la posibilidad de su mutua regulación. Y de la interacción de ambos conceptos hemos visto surgir, en la vertebración del estudio de Enterría, la esencia de los derechos subjetivos, el desarrollo histórico de su concepto, su protección y tutela por el Derecho objetivo, y la garantía de la Ley. Y a partir de este momento; a partir del Derecho subjetivo comparado, va discurriendo el argumento del discurso por su formulación técnica como figura central del sistema jurídico, hasta culminar en las vicisitudes y fundamentos para la implantación en Europa del nuevo Derecho Público, y, obviamente, en la fragmentación conducente al campo fértil de las libertades del ciudadano frente a la Administración.

Tras de lo cual a nadie extrañará la presencia del autor en numerosos Organismos y Comisiones de expertos nacionales e internacionales, tales como la de Juez del Tribunal Europeo de Derechos humanos (1978-86), fundador y presidente de la Asociación Española para el estudio del Derecho Europeo, presidente de la Federación Internacional de Derecho Europeo (1988-90), experto del Parlamento Euro-

peo para la redacción del proyecto de Constitución Europea; y, no sé si además o sobre todo, diseñador esforzado de la Constitución Española de 1978, y perseverante cuidador de su desarrollo.

Tras de la exposición que hemos escuchado, sólo la admiración y la enhorabuena resultan fáciles. La meditación del texto escrito del Discurso que acabamos de escuchar me sugiere, sin embargo, algunos comentarios a propósito de la gran unidad del conocimiento. Una de las ideas clave, originarias del planteamiento, es la de «la lengua del poder», representación de una situación social determinada; así como la de que el «poderoso ostenta el poder de lenguas, el derecho de expresar las nuevas realidades políticas». «Lengua del poder», de cualquier poder en efecto, que ha de jugar siempre un papel central en la revolución, en cualquier revolución. Pretendo de esta forma anticipar, coincidente en el tiempo, la existencia de otro poder, de otra revolución, y, por tanto, de otras exigencias lingüísticas. Fue la revolución científica del siglo XVIII, de la que saldría fortalecido el «poder de la ciencia». «Revolución de la ciencia», con un significado paralelo al de la «Revolución social»; con personajes y azares comunes, con motivos de coincidencia y de separación, con algunas analogías y grandes discrepancias, con la común presencia del fenómeno logomáquico, que había de instaurarse con ese motivo en la semiótica histórica, no solamente por su capacidad de datación sino por su sentido de globalidad, haciendo surgir un problema que vio enseguida desbordar los propios de la nacionalidad lingüística.

Si en palabras de Bodei, recogidas por Enterría, «la Revolución francesa fue la primera que no concierne sólo al país donde surge y al Estado que sustituye, sino que habla a todo género humano», la Revolución de la Ciencia, iniciada

en la química, lograría la más formidable expansión del conocimiento científico que ha contemplado la humanidad. Y a la que también pudo, y puede, aplicarse la alabanza de Tocqueville por haber logrado «esa patria intelectual común a los hombres de todas las naciones». Más aún, si el mismo Tocqueville, refiriéndose al orgullo de la humanidad por el acontecimiento revolucionario, se permitió asegurar que fue «desde el nacimiento de los siglos, el único momento en el que el hombre ha creído en su omnipotencia»; ¿qué no podría decir hoy, cuando de aquellos principios revolucionarios de la ciencia han resultado los logros biológicos actuales en los que el hombre puede alcanzar a modificar genéticamente su propio destino?; cuando la ciencia física comienza, incluso, a interpretar esa confusa idea de «el nacimiento de los siglos».

La Revolución Francesa no pudo ser, en efecto, una mutación histórica al azar sino una consecuencia más, al estilo de la selección natural, en la que jugaron sus papeles derechos naturales, mitos y utopías. Al igual, la Revolución de la Ciencia no fue un cambio espontáneo; fue parte asimismo de una evolución gradual a la espera de su punto de inflexión, confluencia también de todas las posibilidades renovadoras.

Si la Revolución tuvo como antecedente la estructura social de la Edad Media, según acabamos de escuchar, con unos rudimentarios derechos subjetivos, fruto de la incipiente maduración de los derechos naturales, y de la idea de libertad como el único derecho originario del hombre, como la condición natural del hombre para ordenar sus acciones; la Revolución de la Ciencia estuvo soportada por la base pseudocientífica de la alquimia y la gran reminiscencia filosófico-religiosa medieval. Curiosamente, la filosofía inglesa

de los años anteriores estuvo de por medio en la evolución de las concepciones políticas y científicas. Y si las ideas de Locke, jurista y filósofo, sobre la sociedad política fundada en el mutuo consentimiento de los hombres libres, iguales e independientes, pueden considerarse punto de partida de las formulaciones revolucionarias; fueron las ideas de Bacon, al desmontar los entresijos religiosos que lastraron durante muchos siglos los progresos de la Ciencia, las que prepararon el camino de la Revolución de la Ciencia en el siglo XVIII. El mismo Bacon, en su obra *La gran restauración*, señalaba la necesidad urgente de elaborar una historia natural y experimental como condición de posibilidad, y también garantía, de cualquier progreso del espíritu humano en el ámbito de la filosofía y de las ciencias.

Sin embargo, si la filosofía inglesa fue el trampolín ideológico sobre el que se elevaron ambas revoluciones; el Derecho y la Ciencia de Inglaterra pusieron también sus aportaciones al servicio de los niveles imprescindibles a los lanzamientos revolucionarios. Y puede que la revolución científica, y sus artífices, olvidaran pronto las grandes aportaciones de Black, Cavendish y Priestley, entre 1760 y 1772, sobre la teoría de los fenómenos neumáticos; aunque no quizá con el desprecio con que a las pocas semanas de la proclamación de la Asamblea, como recoge Enterría, Mounier observara: «Lanzamos ahora una mirada de desprecio sobre la Constitución de Inglaterra, cuando no hace aún un año hablamos con envidia de la libertad de los ingleses». Tuviron en su contra los químicos ingleses, una notoria incapacidad para establecer la coherente ordenación teórica que exigían los numerosos experimentos realizados sobre la química de los gases.

Dada esta concomitancia de principios, no es de extra-

ñar que la ideología, e incluso el lenguaje de la revolución, hicieran causa común con la ciencia. Así, examinemos el siguiente fragmento de uno de los más famosos discursos de Robespierre: «Ha comenzado la más bella revolución que haya honrado nunca a la humanidad; mejor dicho, la única que ha tenido un objeto digno del hombre, el de fundar al fin sociedades políticas sobre los principios inmortales de la igualdad, de la justicia y de la razón... la libertad del mundo será a la vez nuestra obra y nuestra recompensa». Y compáremoslo con los escritos de Condorcet y de Talleyrand, recogidos por Nicole Dhombres en su obra *Les savants en Révolution*: «La Ciencia no es tan sólo un adorno del espíritu o la satisfacción de una curiosidad por el placer de saber. Constituye más bien la herramienta fundamental del hombre para la construcción de su porvenir. El hombre ya no es más la referencia a un constructor modelo, sino que carga su destino sobre él mismo. La aventura científica permite una laicización de la sociedad, y el progreso del conocimiento se convierte en el valor humano por excelencia, *le progrès tout court*.» A la vez, el sabio ilustrado, el hombre que ejercía las ciencias era el portavoz de la razón universal.

No son, sin embargo, la retórica revolucionaria, o la coincidencia del ejercicio de la política y de la ciencia en algunos personajes, sobre todo a finales del siglo XVIII, las características más destacadas de la asunción de la Ciencia y el método científico por la Revolución Francesa. No en balde estaba ésta aferrada a la primacía universal de la Razón, a la idea de la existencia de leyes universales de la naturaleza, de principios aplicables a la humanidad entera, a la sociedad global, como lo son las leyes de Newton a la física. La fascinación por Newton provocó la ambición de tratar los pensamientos, fenómenos y comportamientos bajo una forma uni-

taria. Así expresaba esta idea D'Alembert en su *Discurso preliminar*:

Ce n'est donc point par des hypothèses vagues et arbitraires que nous pouvons espérer de connaître la Nature; c'est par l'étude réfléchie des phénomènes, par la comparaison que nous ferons des uns avec les autres, par l'art de réduire, autant qu'il sera possible un grand nombre de phénomènes à un seul qui puisse en être regardé comme le principe. En effet, plus on diminue le nombre des principes d'une science, plus on leur donne d'étendue, puisque l'objet d'une science étant nécessairement déterminé, les principes appliqués à cet objet seront d'autant plus féconds qu'ils seront en plus petit nombre...

Son los principios naturales que, en su aproximación social, pueden expresarse como los derechos inalienables y sagrados del hombre. De ahí la versión social de las leyes universales; de ahí la idea de la «Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano». Quizá también por ello mismo, la Revolución, bajo el signo de la razón práctica, declaró actuar, en cierta manera, como un vasto laboratorio con la ambición de redefinir el espacio y el tiempo.

La política jacobina, bajo el eslogan de la conversión democrática de la ciencia, tuvo como objetivo asegurar la existencia política de la ciencia, bajo la triple idea de mayor acceso a la ciencia, centralización de la formación científica y patronazgo del Estado. Sin que en sus comienzos, como ha señalado Biot, pudieran distinguirse con facilidad las acciones encaminadas al bien de los ciudadanos de las motivadas por el odio a las antiguas instituciones. No fue todo, en efecto, ni tan simple ni tan newtoniano; no fue en manera alguna uniforme el estatus político e intelectual de la ciencia en aquella época, llena de dualismos y contradicciones: el me-

sianismo totalitario frente al utilitarismo liberal, el dirigismo académico de Condorcet frente al antiacademicismo de David, el charlatanismo de Marat contra el cientifismo de Lavoisier, Voltaire frente a Rousseau. O, a juicio de Pietro Redondi, el enfrentamiento de la mayoría, ignorante y feroz, deseosa de humillar a los científicos que encarnaban la superioridad intelectual, contra otra parte, más ilustrada, que, con el mismo lenguaje que sus adversarios, denunciaba la explotación política de la ciencia, a fin de salvaguardarla.

El pensamiento científico durante la Revolución estuvo surcado por corrientes jacobinas, y por un antijacobinismo garante de la neutralidad y la libertad científicas. La filosofía jacobina de la ciencia intentó representar el lugar común de tres reivindicaciones tradicionales: de un lado, la concepción estoica del progreso común de la naturaleza y el hombre; una especie de naturalismo antinewtoniano, en segundo lugar, que, frente a la supremacía tradicional de la física mecanicista, establece el papel fundamental de la química; y, tercero, el valor clásico de la técnica artesanal, independiente del ideal cartesiano y de la supremacía de la ciencia.

Y, en este sentido, fue principalmente la reforma de la metrología lo que mejor había de traducir la pasión por lo universal, y la coherencia matemática que obsesionó a los intelectuales de finales del XVIII. La racionalidad misma del sistema métrico era la garantía de su universalidad, hasta el punto de constituir uno de los dos pilares de la modernidad. En efecto, la Revolución, frente a las divisiones por tres, cuatro a doce, impuso la decimalización; y, de aquí, la necesidad de introducir nombres nuevos, como los de «metro» y «gramo», y la de pasar a la reserva del desuso toda una colección de unidades de medida que hubieron de

complicar hasta la saciedad la semántica y la vida ordinaria misma de los ciudadanos.

La necesidad de uniformación de los pesos y las medidas —peso, capacidad, longitud, superficie, volumen— fue ya recomendada por Condorcet en 1775. Y con este objeto, la Asamblea Nacional nombró varias comisiones, de las que formaron parte los más prominentes científicos franceses, tales como Borda, Lavoisier, Lagrange, Laplace, Haüy, Bailly, Monge, Delambre, Condorcet y Tillet. En su primer informe a la Academia de Ciencias, en 1791, la Comisión declaró: «La idea de relacionar todas las medidas con una unidad de longitud tomada de la naturaleza tomó cuerpo en los matemáticos franceses tan pronto se dieron cuenta de la existencia de tal unidad y de la posibilidad de su determinación. Era ésta la única manera segura de eliminar los elementos arbitrarios de los sistemas de medida y de preservarlos sin cambios... Sistema que no sería exclusivo de nación alguna...»

La naturaleza fue, en efecto, la principal inspiración para lograr un sistema métrico universal; y, a la vez, lugar de encuentro con los fundamentos filosóficos de la época, y manera de conectar las teorías y pensamientos con la estructura intrínseca de los fenómenos. La referencia estándar natural elegida para esta determinación universal fue la dimensión de la Tierra. La cuarta parte del meridiano terrestre sería la unidad real de medida, y su diezmillonésima parte sería la unidad usual. La universalidad de esta elección quedaba fuera de toda duda: las dimensiones de la Tierra y la escala decimal eran modelos derivados de la naturaleza misma. La dimensión de la Tierra era una unidad real, en tanto que el sistema decimal derivaba de la propia conformación biológica del cuerpo humano.

Los elementos esenciales de la introducción del sistema decimal fueron la determinación del «metro» por los astrónomos Méchain (1744-1804) y Delambre (1749-1822), que durante siete años llevaron a cabo la medida del meridiano entre Dunquerque y Barcelona; y la del «kilogramo» por Lavoisier.

La Academia de Ciencias de París había adoptado la práctica de la decimalización con ocasión de la *Memoria sobre los principios de la calorimetría*, presentada por Lavoisier, en 1783. Lavoisier había indicado las grandes ventajas de su adopción, sobre todo la de contribuir, mediante un lenguaje común, a una mayor unidad y cohesión entre los científicos de todo el mundo. La Academia propuso el sistema decimal «en respuesta a la escala aritmética», en marzo de 1791; y en el mismo mes la propuesta fue adoptada por la Asamblea Legislativa, junto con precisiones adecuadas para definir el valor de las unidades fundamentales.

El mundo académico magnificó las operaciones llevadas a cabo con motivo del establecimiento del sistema métrico; y, así, en el informe de Delambre con este motivo se dice:

Cet heureux essai donna l'idée de l'opération sur laquelle on fonda, bientôt après, un nouveau système de mesures: l'unité première devait être le quart du méridien; dans l'impossibilité d'en effectuer la mesure entière, on choisit l'arc le plus étendu que présente aucun continent, celui qui est compris entre Dunkerque et Barcelone. Méchain et Delambre furent chargés de ce travail, que les circonstances rendaient si difficile. Leurs opérations, toujours contrariées, longtemps suspendues, commencèrent en 1792 et ne finirent qu'en 1799. Ils mesurèrent en cinq endroits différents la hauteur du pôle et la direction de la méridienne. Leurs triangles s'étendirent de Dunkerque à Barcelone. Delambre, en outre, mesura deux bases de 12.000 mètres chacune; et malgré l'intervalle de 700.000 qui les sépare, elles s'accordèrent à trois décimètres.

Fue, en cualquier caso, la primera vez de la historia en que un sistema nacional de pesas y medidas, una Ley nacional a fin de cuentas, trascendió los límites geográficos y políticos de una nación; ley adoptada, a lo largo del siglo XIX, por España, Italia y otros países europeos. Y aunque su difusión fue más lenta de lo inicialmente concebido, la decimalización de la naturaleza, a lo largo de su corta historia, ha aportado a las medidas físicas un extraordinario valor práctico.

La decimalización tuvo otras extensiones, tales como la reforma de la moneda, otra manera de romper con el antiguo Régimen; y la reforma del calendario por Lalande y Romme, con muy escaso éxito ciertamente.

La ley de 10 de diciembre de 1799 sancionaría la uniformidad de pesos y medidas, y las definiciones de «metro-patrón» (*mètre*) y «kilogramo-patrón» (*kilogramme*), manifestados en el sistema métrico, parte integrante de la Constitución francesa. Urgió la adopción de esta medida, como ministro del Interior, el célebre matemático Laplace, asociado a Bonaparte en el golpe de estado de Brumario, y símbolo notorio de la participación directa de una elite de científicos en los cometidos políticos. Junto a Laplace, y como más caracterizados por sus contribuciones científicas, Guyton de Morveau, Monge, Bailly, Carnot, Condorcet, Berthollet, Fourcroy, Fourier y Chaptal.

En el debe de la Revolución, entre otras partidas, la supresión de la Academia de Ciencias, en 1793; logró, sin embargo, la puesta en marcha de instituciones —la Escuela Politécnica, la Escuela Normal, las Escuelas de Salud, la Oficina de Medidas, el Conservatorio de Artes, y el Instituto de Francia, con la misión de promover los descubrimientos y perfeccionar las artes y las ciencias—, de un nuevo sistema

de organización y profesionalización del ejercicio de la ciencia, y la ejecución de una revolución pedagógica. En su virtud, la ciencia que se enseñaba era francesa: Monge explicaba la nueva geometría descriptiva a sus alumnos de la Politécnica; Berthollet exponía sus recientes trabajos sobre las propiedades oxidantes del cloro; y Guyton de Morveau enseñaba la nueva clasificación geométrica de los cristales.

La revolución francesa tuvo que incrustar en su seno, como acabamos de ver, los aspectos sociales de la ciencia y de los científicos —legitimación profesional, autonomía y asignación de recursos financieros—. Y es muy posible que ello no guardase una relación directa, ni siquiera incidiese demasiado, con los aspectos rigurosamente científicos de la Revolución de la química, cuyos comienzos pueden datarse en 1772, soportada por la destrucción de la teoría del flogisto y el establecimiento de la nueva teoría de la combustión, fundamento de todo el desarrollo ulterior de campos tan dispares como el metabolismo y la metalurgia. Más aún, entre los principales artífices figuraron ardientes jacobinos, como Berthollet, y víctimas, como Lavoisier, de su persecución despótica.

Uno de los motivos más sobresaliente de la Revolución de la química fue el nacimiento de un nuevo lenguaje. La consideración del lenguaje como método analítico de conjurar las partes dispersas de un cuerpo de conocimiento formaba parte de la filosofía analítica de Condillac; para ella el lenguaje no sólo era un medio de comunicación, sino vehículo para la adquisición de nuevo conocimiento, y vía de enriquecimiento para la comprensión de la naturaleza. Todas las ciencias, dice Condillac, serían verdaderamente exactas si se conociese y hablase su propio idioma; los que se ocupan de perfeccionar el de cada ciencia trabajan cierta-

mente en adelantarla. Bajo estas ideas habían construido previamente su nomenclatura la geometría, la física y la historia natural; y ahora tocaba el turno a la química, a la que seguiría la medicina. Por descontado esa especie de contagio lingüístico, a la vez que naturalista, puede, sin embargo, que la conmoción léxica que experimentó la influencia del Derecho sobre la organización social y política, fuera posterior a la introducción, en 1787, del *Método de nomenclatura química*, debido a la colaboración de Lavoisier, Guyton de Morveau (1737-1816), Berthollet (1748-1822) y Fourcroy (1755-1809). En él se introdujo la terminología de la nueva química que, prácticamente, ha constituido la base universal de la nomenclatura química moderna. Aparte de los detalles del nuevo sistema, la obra contiene una carta de los nuevos términos, la sinonimia alfabética de los términos antiguos y los nuevos, y un diccionario de la nueva nomenclatura. Contagio que se extendió en varias ocasiones al Parlamento revolucionario. Y, así, quizá influido por la pretendida exactitud del lenguaje científico, Talleyrand, en septiembre de 1791, propuso a la Convención la eliminación de sinónimos y la creación de una gramática universal de ideas capaz de reflejar el orden natural de las sensaciones humanas.

A lo largo del discurso de García de Enterría hay varios pasajes en los que se me antoja un cierto paralelismo en las exigencias, y la creación, de un lenguaje nuevo para expresar nuevas ideas. Ciertamente no ideas por creación de novo, sino por despertar social o por descubrimiento de lo oculto en la naturaleza. La tradición alquimista, sin participación alguna de la verificación empírica, carente de contenido científico, llena de expresiones herméticas y símbolos oscuros, estaba soportando, sin duda alguna, las mismas estructuras y los mismos fenómenos universales de la naturaleza que los

que hoy contemplamos al descubierto y con mayor detalle. De igual manera, los derechos y las libertades propias a la naturaleza del hombre, existentes ab initio, y que hoy se muestran de vez en cuando, se encontraban encubiertas por las posesiones colectivas o sociales de derechos de grupo —como señala Enterría— debidos a estamentos, dinastías, familias, etc.; o carentes, en cualquier caso, de toda relación con los éxtasis individualistas del siglo XIX. En ambos casos, la naturaleza misma del universo y del hombre, aunque encubiertas, existían en el orden de las ideas y de las cosas, y no necesitaban ser creadas. Tan existencia natural tiene la idea de libertad en el hombre como la de un silicato en la composición química de la naturaleza; otra cosa distinta es que la libertad como principio se instale en el orden social, y que los silicatos se incorpore a los esquemas que marcan las relaciones de los compuestos químicos. Y lo uno y lo otro, la libertad y los silicatos, tienen historias y tempos distintos.

Ya puede admitirse que en aquellos instantes en que materia y energía se confundían nacieron las partículas de la materia, las partículas de las fuerzas, y sus familias integrantes; y, con ellas, los primeros elementos químicos y las grandes fuentes de energía: el Sol y la radiactividad. Y, si a los tres minutos de la formación del universo ya pudieron formarse los núcleos atómicos; antes incluso de la aparición de la Tierra, los elementos químicos más pesados que el helio hubieron de aquilatar sus estructuras atómicas, con su materia y su energía, para que hoy tengamos el hierro de nuestra hemoglobina y el calcio de nuestros huesos iguales a los de la supernova de la que se originó nuestro planeta hace 4.600 millones de años. Quiere esto significar que en aquellos trascendentes pasos iniciales del universo ya hubieron de esta-

blecerse las leyes, las primeras *leyes naturales*, fruto, de un lado, del derecho de unos átomos a reunirse con otros para dar lugar a combinaciones definidas, y a todas las propiedades de los materiales que hoy conocemos; y, de otro, de la aparición de fuerzas que habrían para siempre de gobernar las interacciones entre todos los entes del universo.

Aristóteles, en *Phys.* II 1, 192^b21-23, define la *naturaleza* como el principio intrínseco y último del movimiento y del reposo de una cosa, en la que están presentes *per se* y no accidentalmente. Definición que tiende claramente a explicar el comportamiento de los elementos y de los cuerpos celestes que se mueven o están en reposo en su lugar natural, gracias a su carácter. A su vez, en *Metaph.* V 4, Aristóteles distingue diversas significaciones: a) el devenir de las realidades que crecen; b) el componente intrínseco de un ser en crecimiento del que proviene en primer lugar este crecimiento; c) la fuente de donde proviene el movimiento en toda cosa natural en función de su esencia propia; d) la sustancia de la que está compuesto o de donde proviene cada ser natural; e) la esencia de los seres naturales, y f) por extensión, cada sustancia en el mundo. Así pues, desde estos orígenes la significación primera y estricta del término *naturaleza* se refiere a la esencia de las cosas que tienen en sí mismas una causa de movimiento; la materia puede llamarse naturaleza porque puede experimentar un movimiento; los procesos de transformación son también naturaleza porque hay movimientos en su origen.

Al comienzo de la Edad Media, la naturaleza, llena de simbolismos, no se concibe sino como una imagen del Creador. Jean Scot Erigène, en *De divisione naturae*, afirma: «Nihil enim visibilium rerum comporaliumque est... quod non in-

corporale quid significat». No habrá, pues, realidad alguna visible y corporal que no signifique algo incorporeal. Y hasta un eclipse solar significaba simbólicamente las tinieblas que cubrieron la Tierra en el momento de la muerte de Cristo. Una cierta ruptura aparece en el siglo XII, bajo la influencia de los tratados escolares de Aristóteles, y de los autores árabes. Así, Guillaume de Conches declara: «...nos autem dicimus in omnibus rationem esse quaerendam». Esa explicación que para todo hay que buscar, la demanda también Théodoric de Chartres al buscar siempre la explicación natural de los fenómenos.

Santo Tomás retoma y completa las ideas aristotélicas al precisar que el arte imita la naturaleza porque ésta procede de Dios. Así lo afirmaba, en *II Phys.*, 1.4, 171: «Ideo autem res naturales imitabilis sunt per artem quia ab aliquo principio intellectivo tota natura ordinatur ad finem suum, ut sic opus naturae videatur esse opus intelligentiae, dum per determinata media ad certos fines procedit». Asegura también, con Aristóteles, que el concepto de *naturaleza* hay que atribuirlo primeramente a la forma, y en segundo lugar a la materia —«Formae prius competit ratio naturae»—. Añade santo Tomás que la palabra *naturaleza* ha de referirse propiamente y en primer lugar a los seres vivos, y a partir de ellos aplicados a todas las realidades naturales en tanto que en ellas se encuentra un principio de movimiento. Y en tanto que sus fines son fijados por Dios, el acento lo pone siempre en la finalidad de las realidades naturales; y en cómo la naturaleza puede ser una norma para el hombre (*II Phys.*, 14, 267): «Haec enim dicuntur esse secundum naturam, quaecumque ab aliquo principio intrinseco moventur continue quousque perveniant ad aliquem finem; non in quocumque principio in quemcumque finem, sed a determinato principio ad determinatum finem».

En la época moderna asistimos a un cambio profundo en la concepción de la *naturaleza*. Se presta menos atención a la finalidad que pueda manifestar la naturaleza, que a la sublimidad de su conocimiento; la investigación de la naturaleza y el descubrimiento de sus leyes, y la fe en su sencillez básica, constituyen en nuestra época la manera más brillante de acercamiento a la realidad máxima que el hombre puede conocer. Estamos imbuidos de aquella especie de adoración que hizo exclamar a Goethe: «Nature! Tu nous ceins et tu nous enlaces, impuissants à sortir de toi et impuissants à te pénétrer plus profondément. Nous vivons au milieu de toi et nous te sommes étrangers. Tu nous parles sans cesse mais ne nous livres pas ton secret.»

Obviamente, para que el hombre haya podido llegar a darse cuenta y a razonar sobre todo ello, fue necesario que surgiera la vida en aquella Tierra joven, ya con sus mil millones de años; y, con ella, el primer código biológico, el código genético, primer *código de una ley natural*, diseñado con el simbolismo de la química, maravillosamente simple y verdaderamente universal, para que, una vez validado por las primitivas células y por todas las especies que andando los tiempos, en calendarios de millones de años, prepararon la aparición del hombre, fuera este hombre actual el descubridor de las *leyes naturales*.

No puede haber discusión acerca de la categoría de estas *leyes naturales*, sean de la física o de la biología. No hay duda acerca del concepto de *naturaleza*. Tampoco, que ha habido que esperar a los tiempos actuales de nuestra Era para que el hombre, instaurada la ciencia moderna, pudiera poner al descubierto los entresijos de estos grandes principios naturales. ¿Cuántos cientos de miles de años necesitaron los primitivos homínidos, tras su andar erguido, para po-

der llegar al casi kilo y medio de cerebro del hombre actual, y ponerlo a desentrañar las leyes que se instauraron al crearse el universo y aparecer la vida? Da igual dos que tres. ¿Cómo el espectacular incremento del córtex, desde los apes a los homínidos primitivos, puede darse por concluido hace cien mil años; y, en su presente forma desde hace cuarenta mil, no diseñara el hombre hasta hace poco más de dos mil años una forma rudimentaria de escritura? El caso es que el hombre, a lo largo de este proceso, quizá largo, quizá corto, pero seguramente sin darse cuenta de ello, ha ido viendo nacer y modular en él esa facultad que llamamos la inteligencia; y, a su lado, el juicio interior sobre la moralidad de nuestras acciones. Por ello, Tomás de Aquino define la conciencia a lo que se ha hecho o va a hacerse. Para Aquinas, la conciencia no es un elemento de decisión, sino un juicio extrínseco a ella; en sí misma es independiente de nuestros deseos o preferencias, puesto que está basada en *los principios generales de la ley natural presente en nosotros*. Y, en *De veritate*, añade que en el juicio de la conciencia el hombre no se da a sí mismo una ley, sino que conoce que la ley a la que tiene obligación de seguir ha sido hecha por otro. O, de otra manera, el hombre en conciencia no es una especie de instancia superior a sí mismo; más bien, el reconocimiento de una fuente y un autor de la ley que le es superior. Observación que ha sido recogida con insistencia en la literatura antigua y moderna: es la idea recogida en *Antígona*, de Sófocles; en los trabajos de Cicerón; en Kant, Fichte, y en numerosos escritos de John Henry Newman.

Ahora bien, nos encontramos con una *ley natural* un tanto diferente, como lo es la misma idea de *naturaleza*, cuando se refieren al universo y sus propiedades, de un lado, o al hombre, de otro. El mismo Tomás de Aquino examinó las

relaciones entre *naturaleza* y *ley natural*; y en él se pueden leer textos como el que afirma: «no puede decirse que la ley natural esté presente en los seres irracionales sino de manera semejante». En su opinión, la *ley natural* sólo puede encontrarse en los seres racionales, ya que es la razón el sujeto inmediato del conocimiento de la ley. Y, como sigue afirmando santo Tomás, «una ley no es más que el dictamen de la razón práctica... es una especie de reglas morales, cuya conformidad o disconformidad hace moralmente bueno o malo el albedrío y al carácter moral de cada uno». Todo ello en la línea de la *sindéresis*, o *habitus primorum principiorum agibulum*, como motor universal de la vida moral.

Nos encontramos, a todas luces, con una consideración de *naturaleza* adaptada a las cualidades del hombre, y distinta, al menos superficialmente, de la idea de *naturaleza* que ofrece todo el gradiente que va desde los seres irracionales, animales, plantas y microorganismos, hasta los materiales y la energía que constituyen la Tierra y el Universo. Y digo superficialmente distinta, porque ambas, o múltiples si queremos, consideraciones de *naturaleza* tienden a converger; como lo hace la *naturaleza neuronal* del hombre que tiende a interpretar al modo molecular las actividades intelectuales, memoria, pensamiento, razón, voluntad... y ¿por qué no?, lenguaje. Y es posible que esta, a manera de convergencia, idea de *naturaleza*, y la resultante de *ley natural*, vayan acompañadas de la lógica evolución de la idea de *derechos naturales*. Y así nos encontramos actualmente con que las ideas de Suárez referidas al *jus* como «una clase de poder moral —*facultas*— que tiene cada hombre sobre su propiedad o sobre lo que le es dado»; o las parecidas de Grotius, como «cualidad moral de la persona que le capacita a tener o a hacer algo justamente»; o las de ambos, «como esencialmente algo

que alguien *tiene*, y paradigmáticamente un *poder* o *libertad*; están siendo extrapoladas a todos los poseedores de derechos, obviamente naturales, los de la naturaleza integrada, los de los animales, las plantas y las mismísimas estructuras geológicas.

No tiene nada de extraño, pues, que, hace dos siglos, en la puesta en práctica por las Revoluciones americana y francesa de las formulaciones políticas y económicas anteriores, se izase el modelo de las *leyes naturales*, que no podían ser otras que las de la física, en con la pretensión de que su universalidad, exactitud y rigor se extendiesen a los *derechos naturales* de los hombres. «La primera revolución fundada sobre la teoría de los derechos de la humanidad», sería la afirmación testamentaria de Robespierre el 8 Termidor.

Todos estos argumentos se engloban en el amplio campo de la sociología jurídica, en tanto que, como señala Jean Carbonnier, guardan relación con los fenómenos en los que el derecho puede ser causa, efecto u ocasión. Si el derecho no existe sino por la sociedad, puede admitirse que todos los fenómenos jurídicos lo son, a la vez, sociales. Sociología jurídica que limita o solapa con la filosofía, la teoría y la historia del derecho; y que se fragmenta, siguiendo los pasos de la sociología general, para originar, tal vez, simples lugares de intensificación investigadora, en etnología, antropología, psiquiatría y psicología jurídicas; y también se ramifica según las materias y los modos de acción del derecho; y extiende su influencia a otras numerosas áreas del conocimiento, entre otras a la lingüística. La sociología jurídica, en efecto, se escinde, fragmenta y recompone, como tantos otros grandes campos del conocimiento; pero es de esta complejidad, podría decirse de su misma naturaleza caótica, de la que, al igual que en las ciencias físicas y biológicas, al

hacer uso de la teoría del caos, puede resultar un modo de aproximación a la verdad. Y bajo esta consideración puede que no sea una mera coincidencia que el *lenguaje* y el *derecho* se reúnan en la frontera que ellos mismos elaboran, y que distinga al hombre del resto de la naturaleza.

Derecho y lenguaje que, si por un lado comparten su carácter de comunicación; de otro, la lingüística ha contribuido en diversas áreas a la comunicabilidad del lenguaje jurídico, a la aplicación del análisis estructural a las leyes, y a la crítica de las hipótesis sobre las correlaciones entre derecho y lenguaje.

Cabe preguntarse, sin embargo, si, como señaló Beauzée al definir la voz «Grammaire» en la *Enciclopedia*: «La palabra es una especie de cuadro cuyo original es el pensamiento». O más bien, como decía Wittgenstein: «el significado del signo es el uso y ese uso, su vida». O lo que añadió Foucault, «las palabras participan de la realidad de las cosas, y al nombrarlas, contribuyen a su existencia». Tampoco es que ambas ideas sean incompatibles, ni siquiera contradictorias. Quizá la aparente disparidad entre ambas proceda de que en el primer caso se refiere a «la palabra», símbolo de un objeto de la naturaleza; en tanto que la segunda idea hace mención de «el discurso». Palabra y discurso, cuya diferencia no es tan sólo de longitud, sino de punto de vista y de las circunstancias que cada caso encierra. Y la acción creadora de lenguaje está más en las manos del discurso que en las de la palabra. Yo quiero ver esta dualidad en unos renglones del discurso de Enterría, cuando afirma: «La lengua del poder va a intentar convertirse inmediatamente en la lengua del Derecho... La lengua del Derecho es ya una lengua preceptiva, que no se conforma con reflejar especularmente la situación tal como existe, sino que aspira a conformarla en

moldes prefigurados con ánimo de instalarla duraderamente a través de instituciones nuevas».

«La lengua no existe más que en el discurso», ha afirmado Benveniste. Y a este respecto ha observado Michel Miaille, «...son estas palabras nuevas, estas frases inéditas, estos discursos de ruptura, los que obligan a pensar y a practicar el período revolucionario». Antecedente de estas ideas bien pudo ser el pensamiento de Mirabeau, recogido por Enterría en su discurso, en el debate del que surgió la Declaración: «La Declaración de derechos debe ser más bien la lengua que tendría el pueblo si hubiera tenido el hábito de expresar sus ideas, más que una ciencia que se proponga enseñarle.»

Yo creo que esta aportación inicial del profesor García de Enterría a la vida de la Academia Española nos hace palpar la bella sentencia de nuestro compañero Emilio Lledó, en el *Surco del tiempo*: «El tiempo del lenguaje es el tiempo vivo de la historia... pero el tiempo de la mente está supeditado, a su vez, al *lógos* con el que nos hablamos a nosotros mismos.» García de Enterría, para regocijo de todos nosotros, ha discurrido esta tarde en el tiempo unificado de la historia, de la mente y del lenguaje.

Muchas gracias.

ÍNDICE

<i>Salutación. Recuerdo de Alfonso García Valdecasas</i>	9
--	---

La lengua de los derechos.

La formación del Derecho Público europeo
tras la Revolución Francesa

PARTE PRIMERA

CAPÍTULO 1. <i>La Revolución Francesa y la aparición de una nueva lengua de los derechos</i>	23
I. La Revolución y su signo mesiánico	23
II. La Revolución y la lengua. La lengua de los derechos	33
III. La significación del lenguaje jurídico en la Revolución	41

PARTE SEGUNDA

LA LENGUA DE LOS DERECHOS COMO LENGUA TÉCNICA
DE ORDENACIÓN DE LA SOCIEDAD POLÍTICA.

LA FORMACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO POSTREVOLUCIONARIO.

CAPÍTULO 2. <i>El concepto básico de derecho subjetivo y su aplicación en la figura de los derechos del hombre y del ciudadano</i>	57
I. El concepto de derecho subjetivo desde el Derecho Romano a la Escuela del Derecho Natural y de Gentes	57
II. En particular, Locke. De la libertad originaria a la libertad institucionalizada	68
III. Las Declaraciones solemnes de derechos individuales como fundamento del orden político. Declaraciones americanas y Declaración francesa. El problema de su relación	77
IV. La idea pre-ilustrada de derechos, franquicias, fueros y libertades, como punto de referencia de los nuevos derechos del hombre. En particular, el derecho de propiedad y su transformación	83
V. Los derechos subjetivos de la Declaración de 1789. Derecho subjetivo y Ley	88
VI. La idea de derecho subjetivo en Alemania. Kant, Hegel, Savigny. La tecnificación definitiva del concepto	97
CAPÍTULO 3. <i>Las bases de la formación del Derecho Público revolucionario</i>	111
I. El Derecho Público del Antiguo Régimen	111
II. La Nación sustituye al Rey como titular del poder	117

III.	La Ley como expresión del gobierno de la Nación	123
IV.	La articulación entre la Ley y los derechos.	130
V.	La idea del «reino de la Ley»	141
VI.	Acto arbitrario como acto contra Ley que afecte a la libertad de un ciudadano, remedios contra los mismos, responsabilidad de los agentes	153
VII.	<i>Excursus.</i> Sobre la diferencia entre el reino de la Ley de la Revolución Francesa y el <i>rule of Law</i> anglosajón	163
CAPÍTULO 4. <i>La consolidación de las distintas ramas del Derecho Público y su recepción europea</i>		171
I.	Derecho Penal y proceso penal	174
II.	Derecho de Organización de Tribunales y Derecho Procesal	183
III.	Derecho Tributario y Presupuestario	195
IV.	Derecho Administrativo	201
V.	La afirmación del nuevo Derecho Público en los regímenes franceses postnapoleónicos	218
VI.	La recepción en Europa del nuevo Derecho Público de impronta revolucionaria	222
EPILOGO. <i>Una nota sobre la lengua de los derechos en España</i>		231
<i>Contestación de Don Ángel Martín Municio</i>		245

SE TERMINÓ DE IMPRIMIR

EN MADRID

EL DÍA 20 DE OCTUBRE DE 1994

EN LA IMPRENTA FERNÁNDEZ CIUDAD, S. L.

Depósito legal: M. 32.694/1994.

