

FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE  
*Catedrático de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*

MANUAL  
DE  
HISTORIA DEL DERECHO  
ESPAÑOL

4.ª edición



tecnos

## INDICE GENERAL

Nota introductoria a la tercera edición.....	Pág. 19
--	---------

### INTRODUCCION

Cap. I: CONCEPTOS PRELIMINARES.....	23
-------------------------------------	----

1. Concepto instrumental y provisional de Derecho. 2. Historia e Historia del Derecho. 3. Dos perspectivas complementarias: a) La historia de los modos de creación del Derecho. b) La historia de las instituciones jurídicas. 4. La periodificación empleada en este Manual. 5. Para qué sirve la Historia del Derecho.

Cap. II: LA HISTORIOGRAFIA JURIDICA ESPAÑOLA HASTA LA ACTUALIDAD....	36
--	----

1. Planteamiento del tema. 2. La más antigua historiografía jurídica española: a) En los siglos XVI y XVII. b) En el siglo XVIII. 3. Orientaciones de la Historia del Derecho a comienzos del siglo XIX fuera de España, con especial referencia a la Escuela Histórica del Derecho: a) Historiografía liberal e Historia del Derecho. b) La Escuela Histórica del Derecho. c) La Historia constitucional. 4. Los primeros cultivadores de la Historia del Derecho en España en el siglo XIX: a) Francisco Martínez Marina. b) Juan Sempere y Guarinos. 5. Un paréntesis largo y mediocre: a) La vulgaridad y sus causas. b) Muñoz y Romero. c) Algunas obras valiosas de otros historiadores. 6. Los historiadores sociólogos: Pérez Fajal, Gumerindo de Azcárate y Joaquín Costa. 7. Eduardo de Hinojosa: sus contemporáneos y sus discípulos: a) Hinojosa. b) Sus contemporáneos. c) Sus discípulos: la Escuela de Hinojosa. 8. El Anuario de Historia del Derecho español. 9. Las exposiciones de conjunto: a) Obras publicadas entre 1920 y 1936. b) Obras publicadas entre 1940 y 1978. 10. De la crisis, al crecimiento: a) Continuidad en el rigor metodológico. b) Superación del positivismo. c) Asimilación de nuevas orientaciones historiográficas. d) Presencia del marxismo. e) Superación del medievalismo. f) Pluralidad de revistas especializadas.

### I

#### SOCIEDAD PRIMITIVA Y DERECHOS PRERROMANOS

Cap. III: DERECHO PRIMITIVO Y DERECHOS PRERROMANOS.....	71
---	----

1. Estado de naturaleza y sociedad. 2. Derecho primitivo y sociedad primitiva: el problema a la luz de la Antropología. 3. Los pueblos hispánicos prerromanos y sus Derechos. 4. Derecho consuetudinario y Derecho legal: el mito de Tartessos. 5. El principio de personalidad del Derecho y los pactos de hospitalidad y de clientela.

### II

#### LA PRIMERA ROMANIZACION JURIDICA

Cap. IV: EL DERECHO EN LA HISTORIA ROMANA.....	85
--	----

1. La inserción de Hispania en el mundo romano: conquista y romanización. 2. La romanización jurídica de Hispania. 3. Derecho provincial hispanorromano. 4. Derecho romano

postclásico y Derecho romano vulgar: a) La crisis del siglo III y las transformaciones socioeconómicas durante el Bajo Imperio. b) El absolutismo imperial y las fuentes del Derecho. c) La influencia helénica. d) El cristianismo. e) El Derecho romano vulgar.

Cap. V: EL DERECHO DE LA ESPAÑA VISIGODA..... 97

1. El asentamiento de los pueblos germánicos: del reino visigodo de Tolosa al reino visigodo de Toledo. 2. De la sociedad esclavista a una sociedad señorial con vínculos feudales. 3. Descripción de las fuentes del Derecho legal visigodo. 4. El problema de su respectivo ámbito de vigencia. 5. El problema de la contraposición entre Derecho legal y Derecho consuetudinario. 6. El derecho canónico: la Hispana.

III

LA DISPERSION NORMATIVA EN LA SOCIEDAD SEÑORIAL ALTOMEDIEVAL (SIGLOS VIII AL XIII)

Cap. VI: FUNDAMENTOS SOCIOPOLITICOS DEL DERECHO ALTOMEDIEVAL..... 113

1. Ruptura y continuidad en torno al 711. 2. El fraccionamiento del poder político: los núcleos cristianos. 3. Causas principales de la diversificación del Derecho. 4. La repoblación y sus consecuencias jurídicas: a) La repoblación de Cataluña la Vieja. b) Despoblación y repoblación del valle del Duero. c) La repoblación de los «Extreme Duri». d) La repoblación del reino de Toledo. e) La repoblación del valle del Ebro. f) La repoblación de Andalucía. g) La repoblación de Mallorca. h) La repoblación de Valencia. i) La repoblación de Murcia.

Cap. VII: ELEMENTOS Y CARACTERES DEL DERECHO ALTOMEDIEVAL..... 126

1. Pervivencia y transformación del *Liber* durante los siglos VIII al XII: a) Aplicación del *Liber* por los hispani de la Septimania y Cataluña. b) El *Liber* y los mozárabes. c) Tesis afirmativa de la vigencia general del *Liber*. d) Límites y excepciones a la vigencia del *Liber*. 2. La polémica sobre el elemento germánico: estado de la cuestión. 3. Otros elementos. El coeficiente de originalidad. 4. Caracteres del Derecho: a) La manifestación consuetudinaria del Derecho. b) El Derecho como obra divina. «Deu et non droi». c) El Derecho como privilegio. d) Derecho, violencia, paz. e) Carácter atecático del Derecho.

Cap. VIII: EL LOCALISMO JURIDICO. SEÑORIOS Y MUNICIPIOS. LOS FUEROS MUNICIPALES..... 140

1. Los Derechos locales: del señorío al municipio: a) Precisiones conceptuales. b) Del campo a la ciudad. c) Delimitación cronológica del tema. 2. Cartas pueblas de índole agraria. 3. Fueros municipales breves. 4. El proceso de crecimiento y fijación de los Derechos municipales. 5. Principales Fueros municipales extensos.

Cap. IX: TENDENCIAS A LA SUPERACION DEL LOCALISMO JURIDICO..... 155

1. Planteamiento del tema. 2. La primitiva legislación real leonesa. 3. Los *Usages*. 4. Redacciones anónimas y privadas del Derecho de una comarca o región: a) El Derecho de Castilla la Vieja. b) Hacia la formación de un Fuero de Aragón. 5. La difusión del Fuero Juzgo por Toledo, Andalucía y Murcia. 6. El Fuero Real de Alfonso X.

IV

LA FORMACION Y PERSISTENCIA DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS CONSTRUIDOS SOBRE EL DERECHO COMUN (SIGLOS XIII A XVIII)

Cap. X: FACTORES PERMANENTES Y EJES DE CAMBIO EN LA SOCIEDAD Y EN EL DERECHO DURANTE LOS SIGLOS XIII AL XVIII..... 167

1. La coherencia del largo periodo comprendido entre los siglos XIII a XVIII. 2. Continuidad y cambio en la estructura social y en las relaciones de producción e intercambio: a) Rigidez estamental y dinámica social. b) El señorío, base permanente de la sociedad. c) Actividades económicas en el marco de la ciudad. Nuevos campos para el Derecho. d) Los grupos marginados y el Derecho. 3. La tendencia a la concentración del poder político. La aparición del Estado. 4. La tecnificación del Derecho y la integración de los sistemas.

Cap. XI: LA FORMACION DEL DERECHO COMUN..... 180

1. El renacimiento de los estudios de Derecho sobre la base de la tradición romanista. 2. Los glossadores de la escuela de Bolonia. La técnica y los géneros literarios de la glosa. 3. La reforma gregoriana y el «Decreto» de Graciano. Los decretistas. 4. Las «Decretales» y los decretalistas. 5. El Derecho feudal. 6. Los comentaristas y el nacimiento del «mos italicus». 7. La literatura jurídica de los comentaristas; los géneros y el método. 8. El «ius commune», como resultado.

Cap. XII: LA DIFUSION DEL DERECHO COMUN..... 194

1. El Derecho común, Derecho de juristas. 2. Emperadores, reyes y juristas. 3. Las Universidades y el Derecho común. 4. Breve alusión a la expansión por Europa del Derecho común. 5. Líneas generales de la recepción en los diferentes países hispánicos.

Cap. XIII: LA INTEGRACION DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS..... 205

1. Los Derechos tradicionales, el Derecho real y el Derecho común en los distintos reinos hispánicos durante los siglos XIII al XV. I. NAVARRA. 2. Caracteres generales del Derecho navarro bajomedieval. 3. El Derecho tradicional: de los Fueros locales al Fuero General de Navarra. 4. Los «Amejoramientos» del Fuero General. 5. El Derecho romano-canónico en Navarra. II. ARAGON. 6. Caracteres generales. 7. El Derecho tradicional: los Fueros de Aragón de 1247. 8. El Derecho tradicional: la supervivencia de los Derechos municipales. 9. El Derecho nuevo de creación legislativa. 10. Los juristas, la penetración del Derecho común y las «Observancias». III. CATALUÑA. 11. Elementos preexistentes y caracteres del período. 12. Las redacciones amplias de *Consuetudines* y *Costums* locales: a) las *Consuetudines* berberneses; b) el proceso de formación de las *Costums* de Tortosa; c) el Derecho de Barcelona; d) *Consuetudines* de Gerona; e) otras fuentes locales. 13. El Derecho general del Principado: los *Usages*, las costumbres feudales y las normas legales. Consideraciones sobre el pactismo y la jerarquía de las normas. 14. El Derecho romano-canónico. 15. La articulación del sistema y el problema del Derecho supletorio. IV. MALLORCA. 16. Planteamiento general. 17. El Derecho específico de Mallorca. 18. El Derecho supletorio. V. VALENCIA. 19. Planteamiento general. 20. Los primeros Derechos locales. 21. El Derecho de la ciudad de Valencia: de los Privilegios iniciales a la *Costum* o *Furs* de 1240. 22. La expansión de los *Furs* y la resistencia aragonesa. 23. La legislación real y de Cortes. 24. La articulación del sistema: el Derecho supletorio.

## Cap. XIV: LA INTEGRACION DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS (Continuación) ..... 232

VI. CASTILLA. 1. Precisiones temporales y espaciales. 2. Los Derechos locales desde 1272 hasta 1348. 3. El Derecho de los tribunales del rey. 4. Las Partidas: a) El nombre y la fecha tradicionalmente admitida. b) El problema del dinamismo de los textos. c) La interpretación de García-Gallo. d) Valoración provisional de la interpretación de García-Gallo. e) Otras interpretaciones sobre la finalidad y significación de las Partidas. f) Contenido y posibles autores. g) Su fama y su vigencia. 5. El Derecho real. Los principales «Ordenamientos de Leyes», hasta 1348. 6. La fijación del sistema normativo. 7. La aparición de las Pragmáticas. 8. Los juristas castellanos y el Derecho común. 9. La reafirmación del sistema.

## Cap. XV: LA INTEGRACION DE LOS SISTEMAS NORMATIVOS (Continuación) ..... 249

VII. ALAVA, GUIPUZCOA Y VIZCAYA. 1. Observaciones introductorias al estudio del Derecho bajomedieval en estos tres territorios. 2. Los vascos, su lengua y el Derecho. 3. La construcción del ámbito político-territorial. 4. Caracteres comunes al proceso de creación del Derecho en los tres territorios durante los siglos bajomedievales. A) ALAVA. 5. El Derecho de las villas de realengo. 6. El privilegio de incorporación de 1332. 7. El Fuero de Ayala. 8. Las Ordenanzas de la Hermandad. B) GUIPUZCOA. 9. Antes de 1200. 10. De la tierra al villazgo. 11. Los cuadernos de la Hermandad General de Guipúzcoa. C) VIZCAYA. 12. De condado, a señorío hereditario. 13. La incorporación del señorío al rey. La bipolaridad vizcaína. 14. El Derecho de la «tierra llana» de la costumbre no escrita al Fuero Viejo de Vizcaya de 1452. 15. El Derecho de las villas: a) La aparición de las villas. b) Los Fueros y privilegios de cada villa. c) Las Ordenanzas de Chinchilla. 16. El Derecho de las Encartaciones. 17. La Junta General y el Derecho de Vizcaya, en cuanto Derecho pactado.

## Cap. XVI: EL MOVIMIENTO RECOPIADOR EN LOS SIGLOS XVI Y XVII ..... 263

1. El crecimiento del poder real y del Derecho real desde finales del siglo xv. 2. La necesidad de facilitar el conocimiento del Derecho real: las recopilaciones. Tipos de recopilación y técnicas recopiladoras. 3. Las recopilaciones castellanas: a) La acumulación de leyes en Castilla. b) El llamado Ordenamiento de Montalvo de 1484. c) El Libro de las Bulas y Pragmáticas de Juan Ramírez. d) La Nueva Recopilación de 1567. 4. Las modernas recopilaciones de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya. 5. Las recopilaciones navarras: a) La incorporación de Navarra a la Corona de Castilla. b) El Fuero reducido. c) Recopilaciones hechas sin contar con las Cortes. d) Recopilaciones realizadas por encargo de las Cortes. e) El Derecho común en Navarra. 6. Las recopilaciones aragonesas. 7. Las recopilaciones en Valencia. 8. Las recopilaciones en Cataluña: a) Consideraciones generales. b) La primera recopilación. c) Las «Constitucions i altres drets de Catalunya». d) Aclaración sobre el Derecho supletorio. 9. La recopilación de Mallorca. 10. Los repertorios privados.

## Cap. XVII: ENTRE ABSOLUTISMO Y PACTISMO ..... 282

1. Unidad de la Monarquía y diversidad de los reinos y de sus respectivos ordenamientos jurídicos. 2. La concepción absolutista del poder real. Sus consecuencias normativas. Los posibles límites de la «plenitud potestativa»: a) Absolutismo y divinización del rey. b) Los límites extrajurídicos de la soberanía absoluta. c) Las «Leyes fundamentales» y la Constitución política, como posibles y conflictivos límites de la soberanía absoluta. 3. Mecanismos institucionales para la defensa del Derecho propio de cada reino: a) Consideraciones generales. b) El decisionismo castellano y la fórmula «obediencia, pero no se cumplán». c) La defensa del Derecho del reino en Navarra. d) El «pase foral» en Guipúzcoa, Vizcaya y Alava. e) La defensa de sus respectivos ordenamientos en los territorios de la Corona de Aragón.

## Cap. XVIII: LA JURISPRUDENCIA O CIENCIA DEL DERECHO EN LOS SIGLOS XVI Y XVII FUERA Y DENTRO DE ESPAÑA ..... 298

1. El «mos italicus» tardío; sus principales características. 2. Las críticas de los humanistas. El «mos gallicus». El humanismo jurídico como orientación doctrinal diversificada. 3. El

humanismo jurídico, como raíz de un incipiente racionalismo jurídico. 4. Juristas españoles típicamente humanistas: a) Consideraciones sobre el humanismo jurídico en España. b) Antonio de Nebrija. c) Antonio Agustín. d) Diego de Covarrubias. 5. Juristas castellanos insertos en la línea del «mos italicus»: figuras destacadas, generos por ellos cultivados y motivos de la decadencia de esta orientación: a) Consideraciones generales. b) Gregorio López (1496-1569) y su Glosa a las Partidas. c) Los comentaristas de la Leyes de Toro. d) Comentaristas del Derecho Real recopilado. e) Comentaristas de obras legales. f) Otros generos y obras notables. g) El género de las «Prácticas», su evolución y sus autores. h) Cansancio, vulgarismo y decadencia en el siglo xvii. Los juristas de Aragón, Cataluña y Valencia. 7. Los teólogos-juristas: su «locus» cultural, su repertorio temático y la importancia global de su obra.

## Cap. XIX: EL DERECHO INDIANO ..... 325

1. Descubrimiento, conquista y colonización de las Indias: el Derecho indiano: a) Planteamiento del tema. b) Concepto de Derecho indiano. c) Génesis y desarrollo del Derecho indiano. 2. Los primeros pasos del ordenamiento jurídico indiano: las Bulas de Alejandro VI. 3. La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla. 4. Las Capitulaciones y otras normas iniciales. 5. La etapa crítica: 1511-1566: a) Los defensores de los indios. b) Las Leyes de Burgos (1512-1513). c) Las Leyes Nuevas (1542-1543). d) Breve alusión a la polémica sobre los justos títulos. 6. La ley y la costumbre en Indias: el sistema normativo indiano: a) La ley en Indias. b) El Derecho de Castilla, en Indias. c) La costumbre como fuente del Derecho de Indias. 7. El tortuoso proceso recopilador de las leyes de Indias: la Recopilación de 1680. 8. La legislación borbónica y los intentos de recopilación posteriores a 1680. 9. La literatura jurídica indiana.

## Cap. XX: EL DERECHO MERCANTIL: SIGLOS XIII A XVIII ..... 346

1. Justificación del enfoque: consideraciones sobre el comercio y el Derecho mercantil. 2. Comercio local y comercio a gran escala. 3. Caracteres del Derecho mercantil marítimo mediterráneo: a) El primitivo fondo consuetudinario y la escasa tecnificación inicial del «usus mercatorum». b) La incorporación de nuevos elementos normativos. c) Autonomía del Derecho mercantil. d) Generalidad e internacionalidad del mismo. e) Correlación entre Derecho y jurisdicción mercantil: los Consulados. f) Caracter subjetivo del Derecho y de la jurisdicción mercantil. 4. Fuentes del Derecho marítimo mediterráneo: el Libro del Consolat de Mar: a) La primera fase del L.C.M.: las Costums de la Mar. b) La fase definitiva de la redacción del L.C.M. c) Finalidad y difusión del L.C.M. d) El proceso mercantil. e) Caracter incompleto del Derecho contenido en el L.C.M. 5. Fuentes del Derecho marítimo de la zona cantábrica y atlántica. 6. El Estado y su política económica mercantilista. 7. Consulados y Ordenanzas consultadas durante los siglos xvi y xvii. 8. Legislación real mercantil extraconsular. 9. Derecho moral y Derecho mercantil. 10. La elaboración doctrinal del Derecho mercantil. 11. Continuidad y anticipación: los contrastes del siglo xviii. 12. Las Ordenanzas de Bilbao de 1737.

## Cap. XXI: LA PLENITUD DEL ABSOLUTISMO ..... 369

1. Consideraciones generales. 2. La unificación impuesta: los Decretos de Felipe V contra los territorios de la Corona de Aragón. a) Antecedentes. b) Análisis de cada uno de los Decretos de Felipe V. c) Balance comparativo e interpretación global. d) Letargo de la conciencia nacional y desarrollo económico de la burguesía. 3. La abundantísima legislación borbónica: la recopilación oficial de Autos Acordados y los repertorios y colecciones privadas: a) El Consejo Real como órgano legislativo. b) Las recopilaciones oficiales de Autos Acordados. c) Los repertorios y colecciones privadas. 4. Derecho canónico y regalismo: el «Corpus iuris canonici» y la legislación tridentina. 5. La retención de Bulas. 6. Regalismo y Derecho concordado.

## Cap. XXII: LA CRISIS DEL DERECHO AL FINAL DEL ANTIGUO REGIMEN ..... 383

1. Consideraciones generales. 2. La reiteración del orden de prelación de fuentes tradicional. 3. Romanismo y antirromanismo jurídico: la crítica de los ilustrados a la doctrina del Derecho

común. 4. La enseñanza del Derecho real en las Universidades. 5. La introducción del iusnaturalismo racionalista y del Derecho canónico regalista. 6. El desmoronamiento de las Recopilaciones: los primeros y frustrados intentos de Códigos. 7. La tardía y Novísima Recopilación de 1805.

## V

## EL SISTEMA NORMATIVO DEL ESTADO LIBERAL DE DERECHO

## Cap. XXIII: REVOLUCIÓN BURGUESA Y DERECHO. LAS BASES DEL SISTEMA ..... 401

1. Los modelos de revolución burguesa. 2. ¿Hubo revolución burguesa en España? Las etapas del proceso revolucionario. 3. La transformación del régimen jurídico de la propiedad de la tierra: a) La abolición del régimen señorial. b) La desvinculación de los mayorazgos. c) La desamortización. 4. Las nuevas libertades de contenido económico. 5. El ritmo de sustitución del viejo orden por el nuevo sistema jurídico.

## Cap. XXIV: CONCEPTOS ELEMENTALES ..... 420

1. El Estado liberal, como Estado de Derecho. 2. Soberanía nacional y poder constituyente. 3. Los derechos del ciudadano como fines del Estado. 4. La división de poderes. 5. La Constitución: a) Planteamiento. b) Algo sobre el concepto sociológico de Constitución. c) Concepto racional-normativo de Constitución. 6. Las reducciones operadas en la ideología liberal por el liberalismo doctrinario. El «moderantismo» español. a) El doctrinarianismo francés. b) El «moderantismo» español. 7. La pirámide normativa: Constitución, leyes ordinarias y disposiciones de gobierno. El papel atribuido a la costumbre.

## Cap. XXV: LAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLAS (1812-1931) ..... 436

1. Observaciones preliminares. 2. La Constitución de 1812: a) El proceso constituyente. b) Principios ideológicos y derechos individuales. c) Organos constitucionales. d) Sistema electoral. e) Vigencia de la Constitución. 3. El Estatuto Real de 1834: a) La situación histórica de 1833-1834. b) Contenido y valoración global del Estatuto. 4. La Constitución de 1837: a) Los progresistas y la revisión de la Constitución de 1812. b) Principios ideológicos y derechos individuales. c) Organos constitucionales y sistema electoral. 5. La Constitución de 1845: a) Partidismo y exclusivismo constitucional. b) Preceptos objeto de la reforma constitucional de 1845. 6. Reformas frustradas y reformas efímeras de la Constitución de 1845. 7. La Constitución de 1869: a) El proceso constituyente. b) Principios ideológicos y derechos individuales. c) Los organos constitucionales y el sistema electoral. d) La vigencia de la Constitución. 8. El Proyecto de Constitución republicano-federal de 1873. 9. La Constitución de 1876: a) Restauración borbónica y canovismo. b) La elaboración de la Constitución. c) Principios ideológicos y derechos individuales. d) Organos constitucionales. e) El sistema electoral. 10. La Constitución de 1931: a) El proceso constituyente. b) Características de la Constitución de 1931. c) Estado y nación. d) Organización nacional. e) Los organos constitucionales. f) Garantías y reforma de la Constitución.

## Cap. XXVI: LA CODIFICACION, FENOMENO EUROPEO. ETAPAS DE LA CODIFICACION EN ESPAÑA ..... 465

1. Precisiones conceptuales y terminológicas. 2. Factores característicos y finalidades de la Codificación: a) La Codificación es la consecuencia última y principal del racionalismo jurídico. b) Los Códigos europeos fueron el resultado de una concepción sistemática del

Derecho. c) El Derecho contenido en los Códigos es un Derecho completo, legal y que crea seguridad jurídica en los ciudadanos. d) Los Códigos fueron el instrumento más adecuado para lograr la unificación del Derecho. e) La Codificación adoptó una ambigua actitud ante la tradición romanista. f) La burguesía fue la clase impulsora y beneficiaria del movimiento codificador. g) Los Códigos contienen un Derecho nuevo y universal. 3. Los primeros Códigos europeos: a) La Codificación ilustrada en Prusia. b) La Codificación ilustrada en Austria. c) El Code civil francés de 1804, prototipo de la Codificación burguesa. 4. Significado y consecuencias de una polémica famosa: Savigny versus Thibaut. 5. Etapas de la Codificación en España.

## Cap. XXVII: LA CODIFICACION DEL DERECHO PENAL ..... 491

1. La Codificación penal: motivos de su prioridad: a) El reformismo ilustrado como precedente. b) Otros factores que facilitaron la Codificación penal. 2. Preceptos jurídico-penales contenidos en la Constitución de 1812. 3. El primer Código español: el Código penal de 1822. 4. Proyectos posteriores. 5. El Código penal de 1848. 6. Las reformas de 1850 y 1870. 7. El Código penal de 1928. 8. El restablecimiento del Código de 1870 y la reforma penal de 1932. 9. El Derecho Penal del «Nuevo Estado»: el Código penal de 1944, 1963 y 1973. 10. La codificación del Derecho penal militar.

## Cap. XXVIII: LA CODIFICACION DEL DERECHO MERCANTIL ..... 501

1. El Derecho mercantil del capitalismo liberal. 2. El Código de comercio de 1829. 3. El problema de la jurisdicción mercantil: la ley de 1830 y su vigencia hasta 1868. 4. Derecho civil y Derecho mercantil: la política codificadora y sus consecuencias. 5. Leyes especiales mercantiles posteriores al Código de 1829. 6. Nuevos proyectos de Código de comercio. 7. El Código de comercio de 1885: a) El proceso de su formación. b) Contenido y características del Código. 8. El Derecho mercantil, después del Código de 1885: a) Concepción doctrinal del Derecho mercantil dominante en nuestros días. b) Legislación posterior al Código de 1885. c) Derecho mercantil y capitalismo avanzado.

## Cap. XXIX: LA CODIFICACION DEL DERECHO PROCESAL ..... 520

1. Consideraciones introductorias. 2. Preceptos de rango constitucional sobre el poder judicial. 3. El Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835. 4. El Decreto de unificación de Fueros de 1868 y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870: a) La proliferación de jurisdicciones especiales. b) El Decreto de 6 de diciembre de 1868 y la Constitución de 1 de junio de 1869. c) La Ley Orgánica de la codificación procesal civil. 6. Desarrollo de la administración de justicia. 5. Orientación técnica de la codificación procesal. d) El Estado de la administración de justicia. 6. Desarrollo del proceso civil: a) La «Instrucción» del marqués de Gerona de 30 de septiembre de 1853. c) La Ley de Enjuiciamiento civil de 1855. d) La Ley de Enjuiciamiento civil de 3 de febrero de 1881. 7. La Codificación del Derecho procesal penal: a) El proceso penal del Antiguo Régimen y la reacción contra el mismo. b) Algunas mejoras legales y los primeros trabajos preparatorios de la futura Ley de Enjuiciamiento criminal. c) La Ley de Enjuiciamiento criminal de 22 de diciembre de 1872. d) La Ley de Enjuiciamiento criminal de 14 de septiembre de 1882. 8. Los Tribunales y la creación del Derecho.

## Cap. XXX: LA CODIFICACION DEL DERECHO CIVIL ..... 536

1. Consideraciones generales. 2. El Proyecto de Código civil de 1821. 3. La oscura etapa anterior a 1851. 4. El proyecto de Código civil de 1851: a) La redacción del Proyecto de 1851. b) El contenido y la estructura del Proyecto. c) Características principales del Proyecto. d) La supresión de los Derechos civiles forales. e) La política del Gobierno a propósito del Proyecto de 1851. 5. Un paréntesis de casi treinta años: a) La formación de leyes civiles especiales. b) Algunos Proyectos de Código. c) El estado de la cuestión de leyes civiles especiales. 6. Los trabajos preparatorios del Código civil: a) El soporte constitucional. b) El Decreto de Álvarez Bujalí preparatorio del Código civil. c) La técnica de la Ley de Bases. d) Los últimos obstáculos. 7. El 2 de febrero de 1880. c) La técnica de la Ley de Bases. b) La redacción, la publicación y las ediciones del Código. c) El Código y la sociedad española de su tiempo. 8. Los Derechos civiles

forales después del Código: *a)* La fórmula de los Apendices. *b)* El Apéndice aragonés de 1925. *c)* El Congreso de Derecho civil celebrado en Zaragoza en 1946. *d)* Las compilaciones de los Derechos civiles forales. 9. Los Derechos civiles forales después de la Constitución de 1978.

Cap. XXXI: LA UNIFICACION DEL DERECHO COMO TENDENCIA Y COMO PROBLEMA..... 558

1. Planteamiento del tema. 2. La igualdad jurídica individual y la unificación del ordenamiento. 3. La diversidad jurídica existente en España a la caída del Antiguo Régimen. 4. Carlismo, guerras carlistas y legislación unificadora (1833-1876): *a)* Principales elementos de la ideología del carlismo y breve alusión a las guerras carlistas. *b)* La cuestión de las aduanas en el País Vasco y la resistencia popular antiliberal. *c)* La ley de 25 de octubre de 1839. *d)* La llamada «ley paccionada» de 16 de agosto de 1841. *e)* El Decreto de 29 de octubre de 1841 y la ambigüedad como resultado. *f)* La última guerra carlista y la ley de 21 de julio de 1876. *g)* Raíces internas de la crisis foral vasca. 5. Los conciertos económicos. 6. Hacia una nueva diversificación del Derecho: los fenómenos nacionalistas, la Constitución de 1931 y los Estatutos de Autonomía: *a)* Algunas consideraciones sobre los fenómenos nacionalistas. *b)* La Constitución de 1931 y los Estatutos de Autonomía de Cataluña y del País Vasco. *c)* La rígida vuelta a la unificación: 1937-1975. *d)* La nueva y presente etapa.

Cap. XXXII: LOS SECTORES DEL ORDENAMIENTO NO CODIFICADOS. I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO..... 586

1. La Codificación como etapa y como técnica legislativa. 2. La división de poderes: ideología y realidad. 3. Administración de fomento, Revolución francesa y Administración napoleónica. 4. De la Administración protoliberal española, a la Administración «fuerte, vigorosa y centralizada» de los moderados. 5. Algunos principios del naciente Derecho Administrativo. 6. El crecimiento del Derecho Administrativo. 7. Por qué no se codificó el Derecho Administrativo. 8. Administración, Hacienda Pública y Derecho Financiero.

Cap. XXXIII: LOS SECTORES DEL ORDENAMIENTO NO CODIFICADOS. II. EL DERECHO DEL TRABAJO..... 599

1. La heterogeneidad de normas reguladoras del trabajo por cuenta ajena en el Antiguo Régimen. 2. La atomización individualista del trabajador y el abstencionismo legislativo sobre el contrato de trabajo. 3. La lucha por el derecho de asociación. 4. La relación jurídica laboral y su regulación por los Códigos de Comercio de 1829 y 1885 y por el Código civil. 5. Conciencia obrera y conciencia burguesa: la llamada «cuestión social» y el nacimiento del proletariado consciente y militante. 6. Filantropía, beneficencia y caridad en las primeras leyes obreras. *a)* La ideología subyacente en las primeras leyes obreras. *b)* Principales leyes obreras de este periodo. *c)* El incumplimiento de las leyes obreras. *d)* El binomio lucha obrera-conquista legal. 7. El intervencionismo estatal y la aparición de los primeros órganos de la Administración laboral. 8. Una fase de transición: 1919-1931. 9. El Derecho del Trabajo de la Segunda República.

Cap. XXXIV: ESTADO E IGLESIA: DERECHO CONCORDATARIO..... 613

1. Estado liberal, Iglesia católica e Inquisición. 2. Libertad religiosa y Constituciones. 3. El desmantelamiento de la Iglesia del Antiguo Régimen. 4. Las nuevas bases concordatarias: el Concordato de 1851. 5. El Concordato de 1953. 6. El Código de Derecho canónico de 1917 y la reducida importancia del ordenamiento canónico en la sociedad actual.

Cap. XXXV: LA CIENCIA DEL DERECHO..... 620

1. Planteamiento del tema. 2. Las repetidas ediciones de obras doctrinales del Antiguo Régimen y la imitación de su estilo por otras de nueva creación. 3. Los prácticos de las décadas centrales del siglo. 4. La creciente especialización de los juristas. 5. Legisladores y exégetas. 6. Estudiosos de los Derechos civiles forales. 7. Diccionarios, enciclopedias y revistas. 8. El positivismo y la pretendida asepsia de los juristas.

## CAPÍTULO XXIV

## CONCEPTOS ELEMENTALES

## I. EL ESTADO LIBERAL, COMO ESTADO DE DERECHO

Es muy cierto que "no todo Estado es Estado de Derecho". Ni los Estados identificados con las Monarquías absolutas de los siglos XV a XVIII, ni los Estados totalitarios y dictatoriales de nuestro tiempo fueron o son Estados de Derecho. Entre aquéllos y éstos el Estado liberal trató de constituirse, al menos formalmente, como Estado de Derecho.

En el presente capítulo, expondremos en primer lugar los principios teóricos de la ideología liberal en virtud de los cuales se configuraba al Estado como Estado de Derecho. Analizaremos después las limitaciones, las quiebras y las reducciones que experimentó en la realidad histórica y en la teoría política el cuadro de los originarios y más radicales principios del liberalismo político. Finalmente, y todavía dentro de este capítulo, haremos una breve descripción del sistema normativo propio de este modo de creación del Derecho; sistema cuyas normas principales serán estudiadas en los capítulos posteriores.

A lo largo de este Manual hemos visto cómo en la sociedad del Antiguo Régimen el monarca, en virtud de su "poderío real absoluto" podía con su sola voluntad crear leyes y no estaba (según muchos teóricos) sometido plenamente a la fuerza obligatoria de las leyes vigentes. El Derecho en último término dependía o emanaba de su voluntad soberana, porque el monarca era el titular de la soberanía.

Por otro lado, los súbditos no eran iguales ante el Derecho. Los privilegios individuales o estamentales sentaban el principio y la evidencia de que los hombres eran desiguales ante la ley.

Finalmente, quienes por delegación del rey y en su nombre gobernaban y administraban justicia gozaban de un amplio margen de arbitrio, sobre todo los órganos administrativos y judiciales superiores, de manera que no siempre actuaban en virtud de normas previas de vigencia general, ni tan siquiera respetando privilegios jurídicos, sino que muchas veces decidían en el ámbito gubernativo o en el jurisdiccional (por otra parte, no bien diferenciados entre sí) o bien en función de órdenes secretas procedentes de instancias superiores, o bien en función de su personal y arbitrario criterio. Todo ello permite hablar de un cierto absolutismo judicial y gubernativo como reflejo del absolutismo político del soberano.

Pues bien, todos estos principios jurídicos fueron atacados por los principales teóricos (Montesquieu, J. J. Rousseau, Kant, Mirabeau y tantos otros) de la ilustración y del primer liberalismo; de ese liberalismo que, para diferenciarlo del posterior liberalismo doctrinario, llamaremos liberalismo originario, auténtico o radical.

Montesquieu comenzaba su célebre libro *De l'esprit des lois* (1748) diciendo que "las leyes, en el sentido más amplio, son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas, y, en este sentido, todos los seres tienen sus leyes: la divinidad tiene sus leyes, el mundo material tiene sus leyes, las inteligencias superiores al hombre tienen sus leyes, los animales tienen sus leyes, el hombre tiene sus leyes". He aquí formulado, como ha escrito a este propósito García de Enterría, el principio de legalidad del Universo.

Si todo en el Universo tiene sus leyes naturales, también el hombre que vive en sociedad debe regirse por unas leyes positivas que guarden relación de dependencia con las leyes naturales. ¿Cómo lograrlo? Por medio de la razón. "La ley, en general (nos dice el mismo Montesquieu), es la razón humana, en tanto que ella gobierna a todos los pueblos de la tierra; y las leyes políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares en que se aplica esta razón humana".

Por otra parte, estas leyes positivas promulgadas para cada nación y vigentes en ella deben ser adecuadas a las condiciones físicas, económicas, religiosas y de todo tipo de cada nación; de tal modo (sigue opinando Montesquieu) "que será una gran casualidad que las leyes de una nación puedan convenir a cualquier otra".

Por consiguiente, podemos hablar de un principio de legalidad (toda sociedad humana se rige, como todo en el Universo, por sus leyes), del principio de racionalidad (esas leyes deben derivarse racionalmente de las leyes naturales) y del principio de nacionalidad (las leyes positivas deben adecuarse a la personalidad y características de cada nación).

Años después, la primera Constitución francesa (3 de septiembre de 1791) establecía de forma mucho más rotunda e inequívoca el principio de legalidad o de primacía de la ley al afirmar que "no hay en Francia autoridad superior a la de la ley" (art. 3 de la sección I del capítulo II del título III).

Con ello, la Revolución francesa creaba un Estado de Derecho. Frente al poder de un soberano individual, el monarca absoluto, se quiere establecer el poder de la ley, la democracia. Los ciudadanos, puesto que en virtud del pacto social (más supuesto que históricamente acontecido) han decidido vivir en sociedad, se someten a las leyes. Pero también el Estado, como aparato de poder, está sometido a las mismas leyes: sometido y, como en seguida veremos, conformado y organizado por una ley. Y todos los órganos colegiados (Tribunales, Consejos, Cámaras representativas...) o individuales (autoridades, funcionarios...) que componen el aparato de poder estatal deben actuar con arreglo a las leyes. Esto es, en principio, un Estado de Derecho.

Uno de los principales juristas del Derecho constitucional del siglo XIX y comienzos del XX, el alemán Laband, escribió a este respecto: "La característica del Estado de Derecho es que el Estado no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión, no puede mandar ni prohibir nada a sus súbditos, más que en virtud de un precepto legal".

Pero en estas características no se agota la realidad de un Estado de Derecho que pretenda serlo de un modo auténtico y no meramente de modo formal. En efecto, en un Estado dictatorial puede suceder que todos los miembros

de la sociedad por él dominada e incluso todos los funcionarios del propio Estado actúen en virtud de normas jurídicas emanadas de la voluntad del dictador y de la de sus más íntimos colaboradores. De ser así, ese sería un Estado formal de Derecho, pues formalmente todo se realizaría con arreglo al Derecho creado por el Estado. Esta concepción positivista y formalista del Estado de Derecho no es la propia del liberalismo originario, ni es tampoco, por supuesto, la defendida por el actual pensamiento democrático. En efecto: para que el Estado de Derecho sea algo más que una construcción formalista, hay que plantearse los dos problemas siguientes: a) quién hace las leyes; b) qué garantizan las leyes a los ciudadanos.

## 2. SOBERANÍA NACIONAL Y PODER CONSTITUYENTE

Kant escribió que "un Estado es una sociedad de hombres sobre la cual nadie, sino ella misma, puede mandar y disponer". En este texto "Estado" no significa aparato institucional de poder, sino comunidad; generalmente a esa sociedad políticamente independiente y sobre la cual nadie puede mandar se la denomina, en el lenguaje político del liberalismo, "nación". Y puesto que sobre cada nación constituida en Estado nadie salvo ella tiene poder, en los textos teóricos y en las primeras Constituciones liberales se enunció el dogma de la soberanía nacional, con el cual se quiere decir, que la soberanía reside originaria y esencialmente en la nación. "¿Quién podrá resistirse todavía a reconocer (decía, con su característico optimismo, el Preámbulo de nuestra Constitución de 1812) como principio innegable, que la autoridad soberana está originaria y esencialmente radicada en la nación?"

Haciendo uso de esa soberanía, los ciudadanos de cada sociedad civil, esto es, de cada nación, bien directamente todos ellos (hipótesis teórica no realizable en la práctica) o bien por medio de representantes, se reúnen y deciden cómo han de organizarse políticamente, es decir, cómo han de *constituirse en Estado*. A esta utilización de la soberanía para constituirse en Estado se llama "poder constituyente" y a la ley en que se recoge la organización del Estado y los derechos de los ciudadanos se denomina Constitución. Es evidente, pues, que esta ley constitucional procede de la soberanía nacional (andando el tiempo, en las Constituciones más progresistas se hablará de la "soberanía popular") expresada por medio de la voluntad general.

Y lo mismo puede decirse de todas las demás leyes positivas vigentes en una nación. Todas deben ser "actos de la voluntad general". Rousseau decía que "las leyes no son propiamente otra cosa que las condiciones de la asociación civil. El pueblo sometido a las leyes debe ser el autor de las mismas; sólo a los que se le atribuyen corresponde reglamentar las condiciones de la sociedad".

Así, pues, para que haya verdadero Estado de Derecho es preciso que las leyes que los ciudadanos, los funcionarios y las autoridades todas del Estado cumplen y hacen cumplir procedan del sujeto titular de la soberanía: de la nación, del pueblo.

## 3. LOS DERECHOS DEL CIUDADANO COMO FINES DEL ESTADO

Pero, ¿para qué se asocian los hombres y se constituyen en Estado?

Rousseau, y como él otros muchos pensadores, afirmaba que el paso del estado de naturaleza al estado de sociedad civil vino determinado por la necesidad de defender la propiedad privada. "Le premier qui, ayant enclos un terrain s'avis de dire: ce-ci est à moi, et trouva de gens assez simples pour le croire, fut le vrai fondateur de la société civil". Repitiendo la misma idea, pero sin alusión directa al momento del pacto social, Mirabeau decía que "la propiedad de la tierra es la base de toda sociedad". Nótese cómo uno y otro pensador no hablan escuetamente de la propiedad, sino muy en concreto de la propiedad de la tierra, referencia lógica en una sociedad todavía primordialmente agraria.

La propiedad es, pues, como decía el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del hombre y el ciudadano de 1789 "un derecho inviolable y sagrado". No basta, sin embargo, con que el Estado reconozca el derecho de propiedad: es necesario que lo asegure con garantías jurídicas suficientes y que permita el libre ejercicio de tal derecho. A la idea de propiedad se asocian así las de seguridad y libertad.

El Estado, pues para eso lo constituyen los ciudadanos, debe asegurar la propiedad y defenderla contra toda amenaza violenta. Y debe permitir que el ciudadano-propietario haga con sus bienes lo que quiera, lo que crea conveniente a la esfera de su interés individual. Como cada cual hará, si nadie le presiona o limita su libertad, aquello que más le convenga, si el Estado deja en plena libertad a cada ciudadano para todo lo concerniente al ejercicio de su derecho de propiedad y a la explotación de sus bienes, se conseguirá con ello el máximo rendimiento económico de los mismos. Es la doctrina del primer liberalismo, que enlaza sus postulados políticos y económicos con aquella conocida fórmula de los fisiócratas: "Laissez-faire, laissez passer".

Aunque la propiedad sea considerada como base de la sociedad y como uno de los principales fines que impulsaron a la creación del Estado, no todo se reduce a ella. Las ideas de libertad y seguridad no se agotan al referirse al derecho de propiedad, sino que son a su vez consideradas como otros objetivos que el Estado debe reconocer y proteger.

¿En qué consiste la libertad individual? En poder hacer todo lo que no perjudique a otro. Stuart Mill, a mediados del siglo XIX, insistía en esa idea: el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada individuo esté obligado a seguir una conducta consistente en no perjudicar a los demás. Los límites de la libertad mía llegan hasta donde comienza la libertad de otro. Y es la ley, como especificaba la Declaración francesa en 1789, la única que puede determinar esos límites. Idea que ya había expresado en fórmula muy precisa Montesquieu al decir que "la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent".

¿En qué consiste la seguridad? Tampoco esta noción tiene fácil concreción. Por seguridad hay que entender en una primera aproximación a la

idea, la paz y tranquilidad en el ejercicio de los más fundamentales derechos: seguridad personal, seguridad en la propiedad, y en otros ámbitos de la esfera privada tales como la inviolabilidad del domicilio. Pero en un sentido amplio puede hablarse de seguridad jurídica como aquella pretensión que la burguesía revolucionaria repetía con insistencia y que consistía en saber a qué atenerse respecto al Derecho: claridad, publicidad, inalterabilidad del mismo, ausencia de arbitrariedad, sencillez en el ordenamiento, etc.

De este modo, propiedad, libertad y seguridad componían en cuanto derechos primarios y fundamentales de los ciudadanos, la tríada de fines principales perseguidos por el Estado. Este era una creación humana que tiende a garantizar y a hacer posibles tales derechos individuales. Los hombres ya no son súbditos al servicio del monarca soberano, sino ciudadanos a cuyo servicio está el Estado.

En ocasiones, las Constituciones se limitaron a hacer alusión global a estos fines del Estado. Así, el artículo 4 de la Constitución de Cádiz decía que "la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen". Obsérvese que respecto a tales derechos el Estado no adopta un papel creador, no se atribuye la concesión de los mismos a los ciudadanos, sino que los "conserva" o "declara", porque los considera pre-existentes. Esos derechos individuales, dirán algunos autores, constituyen la esfera de libertades de las que el hombre no renuncia al insertarse en la vida social, al adherirse al pacto social. Esos derechos individuales, dirán otros, son inherentes al hombre, son parte de su naturaleza, inseparables de ella. Por eso, el artículo 2 de la Declaración francesa de 1789 establecía que "el objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión".

Por estimarse que la simple enunciación de esta tríada básica (propiedad, libertad, seguridad) era insuficiente, en el Derecho constitucional aparecieron Declaraciones de derechos en las que se referían con detalle cuáles eran los principales derechos individuales. En esta línea hay que situar los "Bills of rights" americanos y la Declaración francesa ya citada de 1789, por no remontarnos a los precedentes existentes en el Derecho británico. Como la Constitución francesa de 1791 incorporó a su cabeza la Declaración de 1789, desde entonces comenzó a introducirse en el texto constitucional propiamente dicho una parte, generalmente la inicial, dedicada a recoger la declaración de derechos individuales, formando con ella la denominada "parte dogmática" de la Constitución.

Pero hay todavía otra idea básica en el pensamiento político de algunos teóricos del liberalismo político: la igualdad. Intencionadamente he dejado para el final esta breve alusión a ella, porque de hecho fue mucho menos asumida que las anteriores, tanto por los ideólogos como por los textos constitucionales.

La burguesía predicó la igualdad ante el Derecho como una censura contra los privilegios estamentales de la sociedad del Antiguo Régimen. En este

sentido "igualdad" significaba igualdad jurídica con la nobleza, o supresión de los privilegios por medio de la creación de una condición jurídica igualitaria de todos los ciudadanos. Pero una vez lograda esta conquista con la caída del Antiguo Régimen, la burguesía ya no se esforzó por mantener el mismo principio aplicable a la igualdad entre ella y las clases populares. Como veremos más adelante, no hubo en el Estado liberal una verdadera igualdad jurídico-política entre todos los ciudadanos.

Por ahí, precisamente por la no realización de la igualdad ni en el plano económico-material, ni siquiera en el jurídico-político, hizo quiebra el Estado liberal y la sociedad burguesa montada sobre el modo de producción capitalista. La igualdad material y jurídica será en adelante la gran meta perseguida por el pensamiento socialista y por los partidos socialistas en especial a partir de Marx (1818-1883).

No obstante, es justo señalar que la igualdad fue también una finalidad perseguida en algunos momentos del ciclo de la revolución francesa y en cuanto tal acogida en alguno de los textos constitucionales, tal como en el artículo 2 de la Constitución francesa de 1793. Mucho antes, en 1762, Rousseau, intuendo que no es posible una verdadera igualdad jurídico-política sin una cierta igualdad material previa, había escrito: "Si se indaga en qué consiste precisamente el mayor bien de todos, el cual debe constituir el fin de todo sistema de legislación, se encontrará que se reduce a dos objetos principales: la libertad y la igualdad. La libertad porque toda dependencia particular (es decir, la de un ciudadano a otro) es fuerza que se resta al cuerpo del Estado; la igualdad porque la libertad no puede subsistir sin ella. ... Si queréis, pues, dar al Estado consistencia, aproximad los grados extremos todo lo posible, no toleréis ni gentes opulentas ni pordioseros".

#### 4. LA DIVISIÓN DE PODERES

En el Antiguo Régimen todas las manifestaciones del poder estaban reunidas, en la cúspide, como atributos del monarca soberano, y en los funcionarios individuales o en los órganos colegiados, como parcelas derivadas del poder real, bien por vía delegada o bien por vía ordinaria.

En Castilla, por ejemplo, el corregidor presidía el Ayuntamiento de la ciudad en que residía, era una especie de gobernador provincial de su distrito ("corregimiento"), podía emitir bandos obligatorios en el mismo y era la autoridad judicial ordinaria en primera instancia. De modo semejante, pero con superior jerarquía, el Consejo Real era en el siglo XVIII el órgano legislativo de la Monarquía, el supremo tribunal de justicia y el centro impulsor de toda la maquinaria gubernativa.

Esta concentración de poder, esta atribución de funciones diferentes a unos mismos órganos se combate en el pensamiento liberal clásico y en los textos constitucionales bajo el dogma de la división de poderes. Hasta tal punto este principio se consideraba fundamental en el nuevo Estado, que el artículo 16 de la Declaración francesa de 1789 establecía que "la sociedad

en la que la garantía de los derechos (*individuales*) no está asegurada, ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución".

Sin embargo, no era muy claro en principio qué era lo que se dividía o separaba, ni a qué poderes concretos se daba lugar con ello. Sin entrar aquí en el análisis detallado del problema, diremos que la atribución de poderes diferentes a órganos también diferentes buscaba el equilibrio entre ellos y trataba de evitar abusos de poder. Montesquieu decía que cuando en una misma persona u órgano colegiado se reúne el poder de dar leyes y el de ejecutarlas, no hay libertad para el ciudadano, pues éste puede razonablemente temer que ese mismo órgano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Por el contrario, el reparto de funciones a órganos distintos es un mecanismo de garantía y contrapeso.

Pero la finalidad principal que se persigue con este dogma es la creación de un poder legislativo diferente de los demás y superior a ellos. Superior, ciertamente, por dos razones: a) porque la función que ejerce es la superior en todo Estado, a saber, la creación de leyes; b) porque, como decía Rousseau, "el poder legislativo corresponde al pueblo y sólo al pueblo puede corresponder". No se trata, pues, de una superioridad jerárquica, pero sí de una superioridad funcional y política. El poder legislativo crea Derecho por medio de normas generales: de leyes.

¿Cuáles son los poderes del Estado en los cuales se divide funcional y orgánicamente el ejercicio de la soberanía, en sí misma indivisible? Rousseau habla siempre y sólo de dos poderes: el legislativo, por medio del cual actúa la voluntad general, y el ejecutivo, encargado de gobernar con arreglo a las leyes. Locke hablaba de tres poderes, designándolos con términos no idénticos en su sentido a los empleados en el Derecho constitucional continental, pero que en último término pueden reducirse al esquema siguiente: Leyes, Tribunales y coacción organizada.

Pero sin duda la clasificación que devino clásica es la propuesta por Montesquieu. Poder legislativo, el que promulga y deroga las leyes. Poder judicial, para castigar los delitos y resolver los conflictos de intereses entre los particulares. Poder ejecutivo, por medio del cual el Estado hace la paz o la guerra, envía embajadas, establece la seguridad y evita las invasiones; éste es, pues, la fuerza organizada.

El dogma de la división de poderes fue objeto a la larga de importantes correcciones, tanto en las construcciones teóricas como en la realidad institucional, principalmente en lo concerniente al poder ejecutivo, pues las imágenes del legislativo y del judicial permanecieron más estables.

El poder ejecutivo, mal definido en los textos de los teóricos clásicos y reducido casi sólo a la organización del aparato militar, diplomático y represivo, tuvo que abrirse para dar cabida en él al creciente aparato gubernativo. El Estado liberal de la primera etapa era el Estado gendarme, el Estado del "laissez-faire, laissez-passer", y se pensaba que su maquinaria gubernativa había de ser mínima. El cambio de postulados del liberalismo como cuerpo de doctrinas económicas, y las exigencias de todo tipo provocadas por la dinámica interna de la sociedad capitalista obligaron al crecimiento constante del poder

ejecutivo, de manera especial a partir del neopapalismo. El desequilibrio entre los poderes de la sencilla esquematización formulada por los primeros teóricos del liberalismo ha desembocado en la prepotencia progresiva del ejecutivo. En otros capítulos insistiremos en este fenómeno.

## 5. LA CONSTITUCIÓN

### a) Planteamiento

La sociedad civil, en uso de su soberanía, ejerce por medio de sus representantes elegidos a este fin su poder constituyente y se constituye en Estado, cuyos límites y fines son los derechos individuales de los ciudadanos y cuyos órganos son los determinados en una ley suprema: la Constitución.

Esta puede ser considerada como el resultado de las fuerzas o poderes reales que se enfrentan en una sociedad, o como una norma racional superior a todas las demás que con ella componen el ordenamiento jurídico, o como resultado inalterable de la historia de una determinada nación. Estos tres conceptos o enfoques, el sociológico, el racional-normativo y el histórico-tradicional (como los denomina García Pelayo), son fruto a su vez de otras tantas ideologías y han aparecido en la historia del siglo XIX vinculados a determinadas opciones políticas. El histórico-tradicional, propio del liberalismo doctrinario, ocupará nuestra atención en el próximo epígrafe; examinaremos ahora los otros dos.

### b) Algo sobre el concepto sociológico de Constitución

El socialista alemán Ferdinand Lassalle, en una conferencia pronunciada en Berlín en 1862 bajo el título de "¿Qué es Constitución?" respondía a su propia interrogante diciendo que es "la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país". Según cuáles sean éstos, según cuál sea la clase dominante y en qué actividades centre su poder y según cuáles sean los poderes "desorganizados", pero actuantes en el país, podremos decir que su Constitución real es de tales o cuales características. El método para descubrir cómo es esa Constitución real es el análisis sociológico de la situación concreta de un determinado país.

Pero Lassalle sabía que junto a esa Constitución real existía otra Constitución, que él llama "escrita" o "jurídica". Y sabía que ésta es una ley, y no una ley cualquiera, sino una ley fundamental ("Grundgesetz"), que constituye "el verdadero fundamento de las otras leyes". Lo que quería subrayar por su parte Lassalle es que no debe haber divorcio entre la Constitución real y la Constitución jurídica, y que si se quiere que ésta sea buena y duradera, debe corresponder a la Constitución real. "Allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución

escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país".

Estas palabras de Lassalle deben servirnos de vacuna contra cualquier visión formalista de la Constitución. Ellas nos explican también por qué a pesar de la voluntad de permanencia perceptible en casi todos los textos constitucionales, éstos cambiaron y en ocasiones cambiaron pronto. Debemos comprender además que el enfoque sociológico nos ayuda a encontrar cuáles son las fuerzas sociales que están no sólo detrás de cada Constitución, sino incluso detrás de cada concepto de Constitución.

Ahora bien: el enfoque sociológico no agota la realidad de cada texto ni de cada concepto. Hay que exponer la lógica interna de la concepción normativa-racional de Constitución, porque no basta con decir de ella que fue la concepción propia de la burguesía ascendente o revolucionaria. Hay que comprender la idea de sistema normativo y de Constitución como ley suprema, porque en buena medida tal concepción ha transcendido su función social (la de servir a la burguesía revolucionaria) y ha pasado a ser doctrina válida para explicar todavía en nuestros días qué es el Estado de Derecho. Entre otras razones, porque ese concepto racional-normativo de Constitución es el más acorde con una ideología política democrática.

### c) *Concepto racional-normativo de Constitución*

También podríamos calificar esta concepción de la Constitución como teoría jurídica de la misma. Esta orientación arranca de los grandes filósofos de la Ilustración, pasa por los más importantes pensadores del liberalismo democrático y ha sido desarrollada por una serie de grandes juristas desde Laband y Jellinek hasta Kelsen.

Muy en síntesis podemos decir que, según esta orientación doctrinal, la Constitución es una ley suprema en la que de manera total y sistemática se establecen los derechos individuales de los ciudadanos, concebidos al mismo tiempo como fines y como límites del poder del Estado, se fijan "las funciones fundamentales del Estado, y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos" (García Pelayo).

Esta visión de una ley constitucional ordenadora de la vida política por medio de un complejo normativo racional y sistemático es heredera de la ideología racionalista de la Ilustración.

Entroniza la idea del Estado de Derecho en cuanto que el poder político residente en el pueblo o la nación queda organizado jurídicamente. Una vez redactada y promulgada por los representantes elegidos "ad hoc" (Asamblea Constituyente, Cortes Constituyentes), la Constitución es la norma suprema contra la cual nadie puede actuar. El soberano ya no es el "Rex" sino la "Lex". La soberanía popular o nacional queda objetivada en la Constitución.

Como antes vimos, para que haya verdaderamente Constitución ésta ha de reconocer y garantizar los derechos individuales básicos y ha de establecer

la división de poderes. Podríamos añadir que para que una Constitución sea verdaderamente democrática ha de emanar del pueblo (o de la nación, como solía preconizarse en la primera mitad del XIX) en uso de su poder constituyente, ha de reconocer la soberanía popular (o nacional) y ha de implantar el sufragio universal como procedimiento para la elección de representantes.

Como la promulgación de una Constitución no significa la pérdida de la soberanía por parte del pueblo, una nación políticamente organizada puede en adelante cambiar su Constitución sustituyéndola por otra o reformándola parcialmente: el mecanismo de la reforma constitucional atiende a regular esta posibilidad.

Estos principios elementales son propios del constitucionalismo continental, defensor de la existencia de una Constitución escrita. El Reino Unido de Gran Bretaña nunca ha tenido una ley constitucional escrita; su Estado liberal y ciertamente constitucional obedece a otros principios y tradiciones, cuyo examen no es aquí pertinente, pues con las anteriores consideraciones sólo hemos querido ofrecer una breve introducción al estudio histórico del constitucionalismo español, que siempre estuvo inserto en el área de influencias dominantes del constitucionalismo continental.

## 6. LAS REDUCCIONES OPERADAS EN LA IDEOLOGÍA LIBERAL POR EL LIBERALISMO DOCTRINARIO. EL "MODERANTISMO" ESPAÑOL

### a) *El doctrinarismo francés*

Después de la caída de Napoleón y de la Restauración monárquica en la persona de Luis XVIII (1815), el reinado de éste y más aún el de su sucesor Carlos X significó si no una vuelta completa al absolutismo, sí un progresivo acercamiento al mismo. Contra esta tendencia se dirigieron en 1830 tanto los liberales republicanos, como un grupo de liberales de la alta burguesía. Estos lograron implantar en julio de 1830 una Monarquía con cambio dinástico en la persona de Luis Felipe de Orleans, que estableció un nuevo régimen, conservado hasta la revolución democrática de 1848.

Flanqueados a su izquierda por partidos y grupos republicanos y defensores de un liberalismo radical y democrático, y a su derecha por los nostálgicos del absolutismo, los liberales de la Monarquía de Luis Felipe intentaron "una vía media". Sus más importantes políticos fueron Thiers, Périer y Guizot, que exhortaba a la burguesía de negocios a realizar su célebre lema: "enriqueceos". Sus principales ideólogos, el mismo Guizot, Royer-Collard y muy en especial Benjamín Constant (1767-1830). El pensamiento político de estos autores y la realización jurídico-política del mismo se conoce con el nombre de liberalismo doctrinario.

Los principios fundamentales del doctrinarismo francés fueron los siguientes:

1. Necesidad de limitar, no en abstracto, sino por medio de instituciones políticas, la soberanía del pueblo.

2. Consideración de que ciertos "elementos tradicionales" de la historia de una nación forman inexorablemente parte de su Constitución histórica y que como tales deben ser incorporados a la Constitución escrita. En apoyo de esta afirmación se acude reiteradamente a la experiencia histórica del constitucionalismo británico.

3. Defensa, como corolario de las dos ideas anteriores, de que la Monarquía, en cuanto elemento tradicional de la Constitución histórica, es un cuarto poder naturalmente añadido a los tres poderes clásicos: es un poder moderador.

4. "El poder real (escribió B. Constant hacia 1814) es un poder neutro". "El poder real está en medio, pero encima de los otros, autoridad a la vez superior e intermedia, sin interés en perturbar el equilibrio e interesado por el contrario en mantenerlo". Desde esta concepción del poder real hasta la atribución al mismo de parte de la soberanía, como partícipe de ella junto con la nación, hay sólo un paso.

5. El poder legislativo debe dividirse en dos Cámaras. Debe haber una asamblea hereditaria, senatorial, porque "en una Monarquía hereditaria es indispensable una clase hereditaria" (B. Constant).

6. La segunda Cámara será representativa y sus miembros serán elegidos. Ahora bien: "es indispensable que esta asamblea, sea cual fuere su organización posterior, se halle constituida por propietarios". Este texto de Constant nos induce a explicar un poco más la teoría doctrinaria acerca del derecho de sufragio.

Según este principio del liberalismo doctrinario, lo importante a la hora de emitir un voto político es que se pueda dar como resultado de un "juicio libre e ilustrado"; y la más segura prueba de que quien vota lo hará con conocimiento de causa y con interés consiste en que el votante sea un propietario de bienes inmuebles y que lo sea en cuantía importante. La riqueza funciona, pues, como presunción inicial de la existencia de la capacidad y el interés necesarios para votar responsablemente. Por consiguiente, funciona también como requisito limitativo del derecho a votar (sufragio activo) y a ser elegido (sufragio pasivo). Como, por otra parte, quienes más tienen que perder si la dirección de la política y la de la economía van mal son precisamente los grandes propietarios, es justo que sean ellos quienes elijan y quienes puedan ser elegidos para ser miembros de la asamblea representativa.

Constant consideraba que junto a los propietarios de tierras debía añadirse como titulares de los derechos políticos electorales a los "propietarios de industria". Aunque éstos no son portadores de las virtudes míticamente

atribuidas al propietario rural, componían en la Francia de las primeras décadas del XIX una fuerza real demasiado poderosa como para ser excluida. Los grandes negociantes (comerciantes, industriales) son incorporados, pues, a eso que se ha llamado "la burguesía censitaria", aludiendo al censo de grandes contribuyentes (propietarios de tierras, industriales y grandes comerciantes), todos ellos titulares del derecho de voto, y muchos de ellos titulares además del derecho de sufragio pasivo.

Algunos teóricos eran partidarios de reconocer también el derecho de sufragio a quienes sin ser propietarios o grandes negociantes poseyeran un elevado nivel de conocimientos técnicos o de cultura o de prestigio social, que los "capacitase" para discernir lo más conveniente para la cosa pública (oficiales del Ejército, jefes de la Iglesia, profesionales liberales, académicos, cate-dráticos...). Estas minorías formaban lo que en el lenguaje de la época se denominaban "las capacidades".

No es necesario insistir en que el liberalismo doctrinario supuso muy importantes restricciones a los principios del liberalismo radical de corte democrático. Los doctrinarios, de los cuatro soportes básicos de la ideología liberal (propiedad, seguridad, libertad, igualdad), defendieron con especial énfasis los dos primeros, redujeron las libertades políticas considerablemente y consagraron y justificaron la desigualdad de derechos políticos entre los individuos, entre las clases sociales.

#### b) El "moderantismo" español

En España hubo una firmísima adhesión a esta forma adulterada del liberalismo político, hecha a la medida de la burguesía conservadora. Las más duraderas Constituciones españolas del siglo XIX obedecen por entero a este modelo teórico. Es más: en España se acentuó en varios aspectos la tendencia conservadora del liberalismo doctrinario, y la vigencia temporal del mismo fue mucho más duradera que en Francia.

Los principales teóricos del liberalismo doctrinario en España fueron, según Díez del Corral, Jovellanos, Martínez de la Rosa, Donoso Cortés y Cánovas del Castillo. Como se ve, un rosario de nombres que enlaza por una punta con los ilustrados de finales del XVIII y por la otra con el más importante político del último cuarto del siglo XIX.

José María Jover ha denominado "moderantismo" a la versión española del liberalismo doctrinario. Hubo en España un partido, el moderado, que era tan sólo moderadamente (es decir, escasamente) liberal. Cuando los moderados ocuparon el poder, o cuando alcanzaron el triunfo político los conservadores de Cánovas (herederos políticos de los moderados, aunque paradójicamente fuesen rivales suyos durante los primeros años de la Restauración canovista) promulgaron Constituciones doctrinarias, como veremos en el capítulo próximo. Pero lo cierto es que cuando los progresistas dominaron la situación política, sus leyes (la Constitución y la ley electoral) no fueron muy

legislativo, pudiendo tan sólo suplir o desarrollar el contenido de las normas legales.

Los ciudadanos deben cumplir todas estas normas y los jueces y Tribunales deben aplicarlas procesalmente para juzgar a los presuntos responsables de acciones u omisiones delictivas o para dirimir las contiendas de intereses surgidas entre particulares. Se discute si los órganos jurisdiccionales, al aplicar, previa la necesaria interpretación, las normas legales o las disposiciones gubernativas crean o no Derecho. Kelsen consideraba que las decisiones jurisdiccionales constituyen normas jurídicas, pero sólo de carácter singular por cuanto sólo son aplicables entre partes y para el caso concreto. La doctrina española debate acerca de si la jurisprudencia del Tribunal Supremo puede ser considerada como fuente de Derecho.

La creciente importancia cuantitativa y cualitativa de las disposiciones de gobierno no alteran su papel subordinado, en un Estado de Derecho, al de las leyes y al de la Constitución. No obstante, hay que advertir que una de las principales características del sistema normativo del Estado liberal desde sus primeros tiempos hasta nuestros días ha consistido en la enorme y creciente abundancia y amplitud de contenido de las normas administrativas.

La ordenación jerárquica de las normas fue establecida en el Derecho positivo español, con un considerable retraso, dado el silencio de las Constituciones a este respecto, por el título preliminar del Código civil. El párrafo segundo del artículo 6 de dicho Código establecía en su redacción originaria que "cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del Derecho". Aunque este párrafo se refería a la aplicación judicial del Derecho, se considera que esta jerarquización normativa es válida en términos más generales, es decir, que también lo es en orden a la aplicación extrajudicial del Derecho. Obsérvese que el Código hablaba sólo de "leyes", término que debe ser entendido en su sentido más amplio, esto es, comprendiendo tanto las leyes propiamente dichas como las disposiciones de gobierno.

Sin aludir por nuestra parte a la expresión "principios generales del Derecho", cuyo significado corresponde estudiar en otras asignaturas, sí conviene fijar nuestra atención en el papel subsidiario atribuido a la costumbre.

En la sociedad altomedieval la mayor parte del Derecho estaba compuesta por costumbres. Durante siglos posteriores muchas de ellas se redactaron, y estuvieron vigentes como Derecho escrito de origen consuetudinario. El proceso evolutivo del Derecho fue arrinconando el papel de la costumbre. En el modo de creación del Derecho propio del Estado absolutista creció progresivamente la importancia de las normas legales. En el Estado liberal de Derecho esa importancia es todavía mayor en detrimento de la costumbre.

A la ley se le atribuye una superior racionalidad por adecuarse reflexivamente a situaciones presentes o recientes en función de las cuales ha sido promulgada; se le atribuye también un valor superior en términos políticos por su generalidad y por proceder del poder representativo, de la Cámara legislativa. La costumbre se estima como recuerdo o residuo del pasado y en

cuanto tal es contemplada con desconfianza. Por otra parte, la costumbre jurídica tiene ámbitos reducidos, sólo existe y se cumple y conoce con referencia a marcos locales; y en este sentido el Código civil se remite a la costumbre "del lugar" y el Código de comercio a los "usos de la plaza". Pero, salvo en ocasiones aisladas, la mentalidad unificadora e igualitaria consideró siempre (o casi siempre) con recelo esta vía de diferenciación constituida por costumbres acaso arcaicas y siempre particularizadoras.

En otros capítulos (al examinar el problema del foralismo vasco y al estudiar la codificación de los Derechos civiles forales) será necesario profundizar algo más en este problema. De momento, basta con señalar en términos generales que según el Código civil (cuyo título preliminar tiene vigencia indiferenciada en toda España) la costumbre, y en concreto la costumbre del lugar, sólo se aplica en defecto de norma legal ("lato sensu"). Ya antes, el artículo 5 del mismo Código, había establecido que la costumbre no puede aplicarse contra las normas legales, puesto que "las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso ni la costumbre o la práctica en contrario".

#### BIBLIOGRAFIA

- DÍEZ DEL CORRAL, L., *El liberalismo doctrinario*, Madrid, 1956.  
 JOYER ZAMORA, J. M., "Situación social y poder político en la España de Isabel II", en su libro *Política, diplomacia y humanismo popular en la España del siglo XIX*, Madrid, 1976, 239-343.  
 DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 3.ª ed., Madrid, 1972.  
 GARRORENA MORALES, A., *El Ateneo de Madrid y la teoría de la Monarquía liberal. 1836-1847*, Madrid, 1974.  
 GARCÍA Pelayo, M., "Derecho Constitucional comparado", *Revista de Occidente*, 7.ª ed., Madrid, 1964.