

PODER Y FORMAS DEL DERECHO (LA TENSIÓN ENTRE VARIEDAD Y UNIFORMIDAD EN EL DERECHO)*

ALBERTO MONTORO BALLESTEROS
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. DERECHO, FORMAS DEL DERECHO Y FUENTES DEL DERECHO. 1.- El Derecho como fenómeno histórico-cultural. 2.- Distinción entre formas y fuentes del Derecho. II. PODER Y DERECHO. 1. El fenómeno del poder. 2. Sobre la interrelación entre poder y Derecho. III. PODER Y FORMAS DEL DERECHO. 1. Vinculación entre las clases de poder y las formas del Derecho. 2. Diferentes momentos de la dinámica del poder. 3. Correlación entre poder y formas del Derecho: De la “variedad” a la “uniformidad” en el Derecho. IV. UN EJEMPLO HISTÓRICO: LA CORRELACIÓN ENTRE PODER Y DERECHO EN LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL. 1. Del Derecho uniforme al pluralismo jurídico y a la variedad del Derecho local: El Derecho foral. 2. Crisis del Derecho local (variedad) y renacimiento del Derecho general (uniformidad). V. TENSIÓN HACIA LA UNIFORMIDAD DEL DERECHO Y PERSISTENCIA DE LA VARIEDAD JURÍDICA. 1. La pretensión revolucionaria de reducir el Derecho a la Ley. 2. Resultado efectivo: La persistencia del pluralismo y de la variedad jurídicas bajo las formas de Derecho legal común, Derecho consuetudinario y Derecho foral.

I. DERECHO, FORMAS DEL DERECHO Y FUENTES DEL DERECHO.

1. EL DERECHO COMO FENÓMENO HISTÓRICO-CULTURAL.

La concepción del Derecho como fenómeno histórico-cultural presupone y se articula a partir de la distinción, ya clásica, entre naturaleza y cultura. Naturaleza y cultura fueron categorías que, en gran¹ medida y desde una perspectiva

*Conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid el día 19 de noviembre de 2002, dentro del ciclo de conferencias organizado por dicha Institución y el Ayuntamiento de Madrid sobre “El fuero de Madrid en su octavo centenario”.

1. Sobre esta cuestión véase: MAYER, M.E. *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de la 2ª. ed. alemana por L. Legaz Lacambra, Ed. Labor, Barcelona, 1937, págs. 75 a 81; RADBRUCH, G. *Filosofía del Derecho*, trad. esp. de J. Medina Echavarría, 1ª. Ed. *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1933, págs. 8 y ss. Para una visión sintética de estas ideas véase mi libro *Sistema de Teoría Fundamental del Derecho*, Tomo I, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 17 a 19.

epistemológica, centraron la atención de la filosofía neokantiana alemana de finales del siglo XIX y primera mitad del XX.

Esta filosofía entendió por naturaleza todo aquello que existe en el mundo empírico y cuya existencia es independiente de toda actuación humana (montañas, ríos, mares, etc.). La naturaleza constituye lo que conocemos como orden físico natural y su estudio corresponde a las denominadas ciencias de la naturaleza, o también, ciencias positivas.

A diferencia de la naturaleza la cultura es una creación humana. Los objetos culturales constituyen valores que, gracias a la intervención humana, se han hecho realidad o realidades (elementos del mundo natural) que merced a la actuación del hombre se han hecho valiosas. No otra cosa es lo que significan las creaciones que constituyen el mundo de la técnica, del arte, de la ciencia, de la moral, del Derecho, etc. y cuyo estudio pertenece a las Ciencias de la cultura, también denominadas ciencias sociales.

Desde esta perspectiva el Derecho constituye un objeto cultural; algo que forma parte del patrimonio cultural de cada pueblo con el mismo título de legitimidad que su lengua, su tradiciones y creencias, su arte, su folclore, etc.

En cuanto objeto cultural el Derecho puede caracterizarse como un cuerpo o sistema de normas sociales institucionalizadas, de carácter preceptivo, generalmente justiciables y coercibles, que regulan la conducta externa de los miembros de un grupo social de acuerdo con determinados principios, valores e ideas, (justicia, seguridad, libertad, igualdad, etc.). Dichos principios, valores e ideas pueden estar ya vigentes en el grupo social o constituir aspiraciones o exigencias que se pretende incorporar al mismo para hacerlos efectivos. En cualquier caso el Derecho, en cuanto sistema de normas, implica siempre valores que se han hecho realidad o una realidad que se ha hecho valiosa en virtud de la incorporación a la misma de dichos valores. El Derecho se configura así como un objeto histórico-cultural.

2. DISTINCIÓN ENTRE FORMAS Y FUENTES DEL DERECHO.

A. FORMAS DEL DERECHO.

De modo análogo a como en el mundo físico natural el agua, sin que se altere por ello su naturaleza (esto es, sin dejar de ser agua) puede presentarse bajo tres formas o estados diferentes (sólido, líquido y gaseoso), en el mundo de la cultura el Derecho –según determinadas circunstancias, como luego veremos- puede existir y operar, como factor de ordenación social, bajo las formas ley, costumbre y principios generales del Derecho.

Ley, costumbre y principios generales del Derecho son las diferentes formas en que cristaliza, y se manifiesta, la existencia y la operatividad del Derecho. En cuanto forma de existencia del Derecho la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho constituyen categorías que conviene diferenciar de las que, en sentido estricto y riguroso, integran las fuentes del Derecho.

B. FUENTES DEL DERECHO.

Tomando el término fuente en su sentido prístino o natural (lugar donde mana agua u otro líquido o de donde puede extraerse algo) por fuentes del Derecho cabe entender dos cosas:

a) Los factores o fenómenos, tanto de índole real o fáctica como ideal que, en diferente medida, contribuyen a determinar el contenido de las normas jurídicas. En este sentido se habla de fuentes materiales del Derecho.

b) Las denominadas fuentes formales del Derecho están constituidas por dos clases de elementos que, a su vez, conviene diferenciar. En primer lugar cabe denominar fuentes del Derecho en sentido formal a los órganos políticos y administrativos que, en un determinado sistema político, tienen reconocida la competencia precisa para crear Derecho. En este sentido cabe afirmar que el Parlamento, el Consejo de Ministros, las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos, etc. son fuentes del Derecho en cuanto que, dentro de sus competencias, pueden dictar normas. En segundo lugar son también fuentes formales del Derecho los procedimientos reconocidos o establecidos en el ordenamiento jurídico para crear Derecho válido. Los procedimientos o cauces de creación del Derecho se reducen a tres: 1. El uso (repetición de actos) mediante el cual se crea la costumbre. 2. El pacto (acuerdo de voluntades) a través del cual surge el Derecho paccionado (contratos privados y públicos, convenios colectivos, tratados internacionales, etc. 3. La decisión, como acto de voluntad mediante el cual se crea una norma general y abstracta (ley) o individual y concreta (sentencia judicial o acto administrativo)².

2. Sobre esta temática véase mi op. cit. Págs. 317 y ss., 323 y ss. En su clásico Tratado de Derecho Civil, escribía L. Ennecerus, en relación con el Derecho consuetudinario: "Derecho consuetudinario es el Derecho no estatutario, producido por la voluntad jurídica general de una colectividad manifestada mediante el uso". ENNECERUS, L. Derecho Civil (Parte general), 13ª ed. revisada por H.C.Nipperdey, trad. esp. de la 39ª ed. alemana por B. Pérez González y J. Alguer, Tomo I, vol. 1º, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1953, pág. 145.

II. PODER Y DERECHO.

El Derecho en cuanto realidad histórica aparece vinculado al fenómeno del poder. El análisis de la génesis, desarrollo y formas del Derecho sólo puede llevarse a cabo y comprenderse de forma suficiente desde los supuestos de la consideración del poder y de sus formas.

1. EL FENÓMENO DEL PODER.

A. *Noción de poder.*

Indica B. Russell que, de modo análogo a como “la energía es el concepto fundamental de la física”, el poder es “el concepto fundamental de la ciencia social”³.

El poder puede entenderse como la capacidad de un sujeto (persona física y órgano) para dirigir comportamientos sociales mediante órdenes⁴ que son libremente aceptadas (obediencia) o impuestas mediante la fuerza (sometimiento). B. De Jouvenel ha visto la esencia del poder en la capacidad del mismo para hacerse obedecer⁵.

B. *Naturaleza y clases de poder.*

a) Naturaleza del poder.

R. Guardini comienza su reflexión sobre la esencia del poder distinguiendo entre las fuerzas físicas de la naturaleza (que poseen energía pero no poder) y el poder propiamente dicho que implica conciencia y capacidad de decisión. “La energía se convierte en poder –dice Guardini– tan sólo cuando hay una conciencia que la conoce, cuando hay una capacidad de decisión que dispone de ella y la dirige a unos fines precisos”⁶. Más adelante añade Guardini: “Solo puede hablarse de poder en sentido verdadero cuando se dan estos dos elementos: de un lado, energías reales, que puedan cambiar la realidad de las cosas, determinar sus estados y sus recíprocas relaciones; y, de otro, una conciencia que esté dentro de tales energías, una voluntad que les dé unos fines, una facultad que ponga en movimiento las fuerzas en dirección a estos fines”⁷.

3. RUSSELL, B. *El poder en los hombres y en los pueblos*, trad. de L. Echávarri, 4ª ed. Ed. Losada, Buenos Aires, 1960, pág. 10.

4. *Ibid.* Págs. 11 y 27.

5. JOUVENEL, B. De, *Sobre el poder* (Historia natural de su crecimiento). Trad. esp. de J. Marcos de la Fuente, prólogo de D. Negro Pavón, Unión Editorial, Madrid, 1998, págs. 65 y ss, 67 y ss, 158 y ss.

6. GUARDINI, R. *El poder* (Una interpretación teológica), trad. esp. de A. P. Sánchez Pascual, en “Obras de Romano Guardini”, Tomo I, Ed. Cristiandad, Madrid, 1981, pág. 170.

7 *Ibid.* pág. 171.

De estos supuestos y en relación con el problema de la naturaleza del poder se deduce:

1. Que el poder es un fenómeno específicamente humano (no una fuerza físico-natural) que implica conciencia y voluntad⁸.

2. Que el poder posee un carácter “neutro”. Ello quiere decir, explica Guardini, que “por sí mismo el poder no es ni bueno ni malo; sólo adquiere sentido por la decisión de quien lo usa (...). El poder significa, en consecuencia –añade Guardini– tanto la posibilidad de realizar cosas buenas y positivas como el peligro de producir efectos malos y destructores”⁹.

3. Por su significación humana e histórica el poder se nos presenta, como explica B. de Jouvenel, como una realidad compleja a la que no faltan ingredientes irracionales, y cuyo origen y fundamentación es irreductible a un único principio racional¹⁰.

4. Que el poder, en sus manifestaciones históricas, se caracteriza, por su diferente grado de intensidad y por su naturaleza expansiva.

El grado de intensidad o fuerza del poder depende, entre otros factores, del nivel de institucionalización que dicho poder haya alcanzado.

Pertenece asimismo a la naturaleza y dinámica del poder su carácter expansivo. La expansión constituye una fase del fortalecimiento y la afirmación del poder, pero la expansión, más allá de ciertos límites, puede determinar la crisis y el proceso de disolución del poder. Del mismo modo que la corriente del río precisa de un cauce definido y seguro para conservar su fuerza, el poder, para consolidarse y fortalecerse, precisa de ciertos límites (la existencia de otros poderes, su sumisión al Derecho, etc.) que son los que acotan su “ámbito de decisión efectiva”¹¹.

b). Clases de poder.

El poder, como la energía, se encuentra en continua transformación manifestándose, en el espacio y en el tiempo, de múltiples formas¹². Dentro de esas formas interesan al objeto de nuestro estudio dos: las constituídas por los denominados poder social y poder político.

8. Ibid. págs. 171 y ss.

9. Ibid. págs. 174 y 175.

10. JOUVENEL, B. de, op.cit. págs. 70, 71 y 159.

11. A este respecto escribe B. Russell: “Como la energía, el poder tiene muchas formas [riqueza, armamentos, autoridad civil, opinión pública, propaganda] (...) el poder, como la energía, puede considerarse que pasa continuamente de una de sus formas a otra y debiera ser tarea de la ciencia social buscar las leyes de esa transformación”. Op. cit. Pág. 10. Véanse también las págs. 10, 11, 28, 30 y 95.

12. Sobre este problema encontramos sugestivas reflexiones en B. de Jouvenel, op.cit. págs. 163 a 165, 183 y ss.

1º. El poder social.

El poder social (aunque en rigor debería hablarse de poderes sociales) es aquel que tiene su raíz y su centro de gravedad en el orden social (sociedad). Se trata de un poder desigualmente institucionalizado cuya fuerza tiene como resorte básico la apropiación y dominio de algún bien mediante el cual puede influir en el desenvolvimiento de la vida social. En este sentido constituyen recursos clave del poder social: la posesión de la riqueza (poder económico); el control de la fuerza militar (poder militar) y de las fuerzas del trabajo (poder sindical); la posesión y control de los medios de información y propaganda (poder mediático) y el dominio de la ciencia y la cultura (poder cultural). Constituye también una especial forma de poder social la posesión y control de la fe religiosa (poder religioso), etc.¹³.

2º. El poder político.

El poder político es aquél que articula y vertebra el orden político de un pueblo (el sistema o forma política que hoy denominamos Estado). El poder constituye un elemento esencial del orden político siendo el instrumento que, mediante el Derecho, dota de cohesión y firmeza a dicho orden y, al mismo tiempo, lo garantiza, lo impulsa y dirige hacia el cumplimiento de sus específicos fines¹⁴.

En este sentido Hauriou definió el poder político como “una libre energía que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación continua del orden y del Derecho”¹⁵.

El poder político implica dos elementos: uno espiritual, la autoridad; otro material, la fuerza.¹⁶

A. La autoridad (*auctoritas*) es el elemento espiritual que induce a la obediencia¹⁷ y que bajo la forma de legitimidad se configura como un derecho a mandar del titular del poder.

13. Vid. RUSSELL, B. op.cit. págs. 29 y ss, 88 y ss, 92 a 95 y 135.

14. Vid. PÉREZ SERRANO, N. *Tratado de Derecho Político*, 2ª. Ed. Ed. Civitas, Madrid, 1984, págs. 120 y ss.

15. HAURIOU, M. *Principios del Derecho Público y Constitucional*, trad. esp. estudio preliminar, notas y adiciones por C. Ruiz del Castillo, Ed. Reus, Madrid, 1927, pág. 162. Véanse las págs. 162 y ss.

16. Vid. PÉREZ SERRANO, N. op.cit. págs. 122 y ss.

17. Los motivos o razones que inducen a la obediencia o a la sumisión al poder son diversos. Entre ellos se encuentran: el temor o miedo, la conveniencia, la inercia del hábito, la finalidad que persigue el poder, el reconocimiento en quien ejerce el poder del “derecho a mandar”; el reconocimiento de la autoridad. Vid. JOUVENEL, B. op.cit. págs. 69 a 72; RUSSELL, B. op.cit. págs. 29 y ss, 458 y ss, 462 y ss.

El reconocimiento del “derecho a mandar” de quien tiene el poder nos coloca ante el complejo problema de la legitimación del poder. Los fundamentos o criterios sobre los que descansa la legitimación del poder han sufrido a lo largo de la historia un proceso de transformación que va desde lo “sacro” a lo “profano” (proceso de secularización del poder y la política). M. Weber, estudioso del tema, ha señalado en este sentido tres tipos puros de autoridad (tradicional, legal y carismática) que en la práctica pueden combinarse dando lugar a los correspondientes “tipos mixtos”, en donde la virtualidad de los diferentes criterios de legitimación lejos de excluirse se complementan y potencia recíprocamente.

La significación de los “tipos puros” estudiados por M. Weber es la siguiente:

a) La autoridad tradicional que se fundamenta en “una creencia cotidiana en la santidad de las tradiciones que rigieron desde lejanos tiempos y en la legitimidad de los señalados por esa tradición para ejercer su autoridad”¹⁸. Se trata de la legitimidad propia de la monarquía tradicional la cual, en su desenvolvimiento histórico, incorporó ingredientes de carácter “sacro”, religioso, como fueron las ceremonias de la unción y la coronación del príncipe por la Iglesia. En virtud de dichas ceremonias el rey adquiriría un carácter “sacro” integrándose en el orden del sacerdocio (no del laicado) y participando en el gobierno efectivo de la Iglesia¹⁹.

b) La autoridad legal que tiene un carácter racional, secularizado, y que “descansa en la creencia en la legalidad de ordenaciones estatuidas y de los derechos de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad”²⁰. Este tipo de legitimidad es el propio de la forma republicana de gobierno y, en general, de los regímenes democráticos. Se trata, en definitiva como ha explicado E. García de Enterría, de un tipo de autoridad totalmente secularizada, racional y despersonalizada que va a encontrar su consagración definitiva en la Revolución

18. WEBER, M. *Economía y sociedad*, (Esbozo de sociología comprensiva), Edición preparada por J. Winckelmann y nota preliminar por J. Medina Echavarría, 7ª reimpresión de la 2ª edición española. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pág. 172, véanse las págs. 180 y ss.

19. Sobre esta cuestión véase: BERMAN, H. *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. esp. de M. Utrilla de Neira, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, págs. 98 a 101; CONDE GARCÍA, F.J. *Teoría y sistema de las formas políticas*, 4ª. Ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1953, pág. 141; GARCÍA PELAYO, M. *El Reino de Dios, arquetipo político*, (Estudio sobre las formas políticas de la Alta Edad Media) en “Obras Completas”, Tomo I, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 771 y ss, 803 y ss, 807, 808, 811, 813, 815 y ss, 820 y ss, 824 y ss, 830 y ss, 840 y ss, 842 y ss, 845 y ss, 847 y ss, 848 y ss y 904; KERN, F. *Derechos del Rey y derechos del pueblo*, trad. esp. y estudio preliminar de A. López Amo, Ed. Rialp, Madrid, 1955, págs. 68 y ss, 77 y ss, 85 y ss, 101 y ss, 110 y ss; MARTIN, A. von, *Sociología de la cultura medieval*, trad. esp. y notas de A. Truyols y Serra, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1970, págs. 54 y ss; ULLMANN, W. *Principios de gobierno y política en la Edad Media*, trad. esp. de G. Soriano, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1971, págs. 62 a 68, 70 y ss, 78 y ss, 122 y ss, 124 y ss, 129 y ss, 130 y ss, 135, 143, 150 y ss.

20. WEBER, M. op.cit. pág. 172. Véanse las págs. 173 y ss.

francesa, en la idea de imperio o gobierno de la ley²¹. Imperio o gobierno de la ley significan que el ejercicio del poder está vinculado al Derecho y quien lo ejerce lo hace no en nombre propio sino como una competencia asignada por la ley, por el orden constitucional, de forma que quien manda en última instancia es, no la persona que tiene el poder sino la ley, el Derecho (nomocracia).

c) La autoridad carismática descansa en el carisma o cualidad especial (capacidad de seducción) que posee un individuo y descansa, dice M. Weber, “en la entrega extracotidiana a la santidad, heroísmo o ejemplaridad de una persona y a las ordenaciones por ella creadas o reveladas (llamada) (...). En el caso de la autoridad carismática –añade M. Weber- se obedece al caudillo carismáticamente calificado por razones de confianza personal en la revelación, heroicidad o ejemplaridad, dentro del círculo en que la fe en su carisma tiene validez”²².

B. La fuerza constituye el elemento material del poder. La fuerza consiste en la disposición de medios o resortes técnicos (coacción) que permiten al poder hacer cumplir lo mandado cuando éste no es voluntariamente obedecido. Desde la perspectiva política y jurídica actual la coacción, el ejercicio de la fuerza por el poder, encuentra su fundamento en la legitimidad y su regulación (cauces, control y límites) en el Derecho.

En relación con la configuración del poder como síntesis de un elemento espiritual (autoridad) y un elemento material (fuerza) es interesante recordar las sugestivas observaciones de B. Jouvenel en su pretensión de investigar y poner de relieve la “historia natural” de la génesis y crecimiento del poder. Según Jouvenel, desde un punto de vista histórico, el poder nace como mera fuerza (lo primero es la fuerza) que se impone y genera sumisión, sometimiento (no obediencia). En un momento posterior –y por las exigencias mismas de la dinámica del poder (conservación, consolidación y expansión del mismo)- ese poder se ocupó de reportar beneficios (seguridad, paz, prosperidad, etc.) a los sometidos cargándose del elemento espiritual de la autoridad, de la legitimidad. Dicho elemento supuso la transformación del poder-fuerza en poder legítimo (autoridad) lo cual, a su vez, permitió el paso de la sumisión, del sometimiento forzado, a la obediencia que implica voluntariedad²³.

21. Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La lengua de los derechos. La formación del Derecho público europeo tras la Revolución francesa*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, págs. 125 a 136.

22. WEBER, M. op.cit. págs. 172 y 173. Véanse también las págs. 193 y ss, 897 y ss.

23. Vid. JOUVENEL, B. de, op.cit. págs. 73, 158 a 160, 171 y ss, 183 y ss. B. de Jouvenel resume así la significación de la génesis e institucionalización del poder: “El poder puede haberse establecido únicamente por la fuerza, apoyarse sólo en el hábito, pero sólo puede incrementarse por el crédito, que lógicamente no fue inútil ni a su creación ni a su mantenimiento, y que en la mayoría de los casos no les ha sido históricamente ajeno. Sin pretender definirlo aquí, podemos ya describirlo como un cuerpo social permanente, al cual se tiene el hábito de obedecer, que tiene los medios materiales para imponerse, y que está sostenido por la opinión que se tiene de su fuerza, la creencia en su derecho a mandar (su legitimidad) y la esperanza que se pone en su acción bienhechora”. Op.cit. pág. 73

2. SOBRE LA INTERRELACIÓN ENTRE PODER Y DERECHO.

Existe una profunda y compleja relación entre poder y Derecho. Dicha relación puede resumirse así:

1. La virtualidad del poder se manifiesta en la creación, desarrollo, transformación e institucionalización del orden social como orden político.

2. El Derecho es un instrumento esencial en el proceso de desarrollo y articulación del orden social y del orden político. El Derecho regula, vertebra, legitima y garantiza los procesos de desenvolvimiento e institucionalización de los órdenes social y político (incluidos los procesos revolucionarios).

3. En dichos procesos cabe distinguir dos aspectos: De un lado, el Derecho organiza, institucionaliza, limita y legitima al poder; de otro lado, el poder crea, estatuye y garantiza la eficacia del Derecho.

4. Respecto de la incidencia del poder en el Derecho debe aclararse que el poder no sólo determina la génesis, desarrollo, eficacia y extinción del Derecho sino que también influye y condiciona las formas que el Derecho adopta en sus manifestaciones históricas. Existe pues una clara correlación entre el poder (entre los diferentes tipos o clases existentes de poder) y las formas que asume el Derecho en su existencia histórica concreta.

III. PODER Y FORMAS DEL DERECHO.

1. VINCULACIÓN ENTRE LAS CLASES DE PODER Y LAS FORMAS DEL DERECHO.

El Derecho aparece vinculado y dependiente del poder existiendo una clara correlación entre las clases de poder (social y política), su grado de institucionalización y eficacia y las formas en que se manifiesta y cristaliza el Derecho y sus ámbitos de validez. Dicho de otro modo, la costumbre y la ley, en cuanto formas del Derecho, implican la existencia de dos fuentes diferentes del Derecho que son la sociedad y el Estado, respectivamente.

En efecto, en un primer momento la sociedad, el pueblo, crean el Derecho de un modo natural y espontáneo mediante el uso. Este Derecho se manifiesta bajo la forma de costumbre (Derecho consuetudinario).

En un momento posterior –y sin que el pueblo deje de contribuir a la creación del Derecho mediante la costumbre- cuando la sociedad ha alcanzado un mayor grado de desarrollo técnico y organización política la creación del Derecho es asumida en su mayor parte por el poder político (Estado) que la lleva a cabo a través de órganos especializados. Ahora el Derecho no surge espontáneamente de la

sociedad sino que es producto de la reflexión, del cálculo y de la decisión deliberada de determinados órganos del poder político, adoptando la forma de ley (derecho legal)²⁴. H. Lehmann ha resumido el fenómeno al que hacemos referencia en los siguientes términos: “La norma jurídica puede establecerse desde arriba, por el poder central de la comunidad (ley), o bien formarse desde abajo por actos libres y voluntarios (costumbre)”²⁵.

Como veremos de inmediato el hecho de que en un determinado tiempo y lugar prime una u otra forma del Derecho es algo que está en función de la dinámica del poder; de la correlación existente entre poder social y poder político.

2. DIFERENTES MOMENTOS DE LA DINÁMICA DEL PODER.

El binomio poder social-poder político, como la energía física, es algo que está en continua transformación, pudiendo dar lugar la relación existente entre ambos a tres situaciones o momentos diferentes. Estos son los siguientes:

A. Primacía del poder social.

Dicha situación se da en aquéllas sociedades en las que el poder político o no existe en cuanto tal o es muy débil y fragmentario. Esto es lo que sucedió y sucede en las sociedades de carácter primitivo o salvaje, o en sociedades evolucionadas en determinados momentos de crisis. Un ejemplo típico de ello lo constituyó la “sociedad feudal” con su característica atomización del orden social y político. Lo peculiar del “orden feudal” fue la fragmentación y disgregación del poder político unitario del monarca carolingio cuyas competencias pasaron a manos de una pluralidad de señores, corporaciones, municipios, etc.²⁶.

24. En este sentido escribía Radbruch: “...el Estado, no sólo es fuente de Derecho, sino también y al propio tiempo un producto jurídico; pues deriva su constitución, y con ello su existencia jurídica, del Derecho político o constitucional (...De esta forma, añade) Estado y Derecho estatal, no son algo distintos, no constituyen causa y efecto, o efecto y causa, sino una sola y misma cosa, mirada desde diversos puntos de vista, dos aspectos tan nítidamente unidos como un organismo y su organización”. RADBRUCH, G. *Introducción a la Ciencia del Derecho*, trad. esp. de L. Recasens Siches y prólogo de F. de los Ríos, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1930, pág. 45.

25. LEHMANN, H. *Parte general*, Vol. I, del “Tratado de Derecho Civil”, trad. esp. de J. M^a. Navas, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, pág. 36. Véanse las págs. 35 y ss.

26. Vid. JELLINEK, G. *Teoría general del Estado*, trad. esp. de la 2ª ed. alemana y prólogo de F. de los Ríos, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1978, págs. 240; NAEF, W. *La idea del Estado en la Edad Moderna*, trad. esp. de F. González Vicén, Ed. Aguilar, Madrid, 1973, págs. 45 y ss; GARCÍA PELAYO, M. *La constitución estamental*, en “Obras Completas”, Tomo III, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 2201; Federico II de Suabia y el nacimiento del Estado moderno, en “Del mito y de la razón en la Historia del pensamiento político”, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1968, págs. 157 y ss.

B. Paridad entre poder social y poder político.

Esta situación supone la existencia de una pluralidad de poderes (poder social y poder político) que gozan de un grado similar de institucionalización y fuerza y pugnan entre sí por limitarse recíprocamente y alcanza la primacía. El ejemplo más claro de este fenómeno quizá haya sido el constituido por la “sociedad u orden estamental”, articulado en torno a dos ejes: el Rex y el Regnum. El Rex había aumentado su poder, el haz de sus competencias, y a la facultad de juzgar había añadido la de dictar leyes. Frente a él, y en tensión dialéctica con él, se levantó el Regnum. Éste supuso la articulación de la sociedad en “estamentos” o “brazos” (Cortes, Parlamentos, Dietas...) en donde se reunieron los grupos sociales más poderosos del reino (*maiores et meliores terrae*) con el fin de defender y proteger sus libertades y privilegios frente al poder real. El rasgo fundamental de este nuevo sistema jurídico-político lo constituyó el paso del policentrismo o pluralismo social y político, propio del mundo feudal, a una nueva estructura jurídico-política de carácter dual, articulada, como ya se ha indicado, en torno a dos centros de poder, el Rex y el Regnum, que buscan, por vía de negociación, de compromiso y de pacto, armonizar y equilibrar sus respectivas facultades, libertades y privilegios en el ejercicio del poder²⁷.

C. Primacía del poder político.

Esta es la posición establecida y definida por el fenómeno político del nacimiento del Estado soberano. Este supuso el paso del dualismo político propio del orden estamental, de carácter inestable, a un orden político nuevo caracterizado por la unidad de poder (monismo político). Se trata pues del resultado final de un largo proceso, articulado en tres momentos, que va del pluralismo político (orden feudal) al dualismo político (orden estamental) y de éste al monismo político (orden propio del Estado soberano).

Esta última fase del proceso se alcanzó mediante la reducción del dualismo político a la unidad política cuya nota esencial es la constituida por la existencia de un poder soberano. La consecución de esta unidad fue posible a través de una doble vía: El sometimiento del Regnum al Rex (monarquía autoritaria, primero, y absoluta después –tal fue el caso de Francia-) o el sometimiento del Rex al Regnum (monarquía limitada, como aconteció en Inglaterra tras la Revolución Gloriosa).

El nacimiento del Estado soberano implicó un cambio sustancial en la convivencia política suponiendo, como indica García Pelayo, el paso de la “ordenación” medieval a la “organización” política moderna. Dicho cambio estribó en que mientras las ordenación medieval comprendía un orden concreto que emergía espontáneamente de la realidad social, la organización política era el

27. JELLINEK, G. Op.cit. pág. 240; NAEF, W. op.cit. págs. 9 y 15; GARCÍA-PELAYO, M. *La constitución estamental*, cit. págs. 2201 a 2209.

resultado de un plan racional que trataba de adecuar medios a fines. El Estado se configuró así como una “organización” o “empresa racional” que se justificaba y legitimaba por las funciones que cumplía al convertirse en titular de la tarea de gobierno de un pueblo. En este sentido Maquiavelo concibió el Estado como un “mecanismo” o “aparato de poder” cuya esencia era la fuerza²⁸. Por su parte F. González Vicen, insistiendo en el cambio sustancial que en el plano de la convivencia supuso la aparición de la organización estatal, ha subrayado la significación histórica del Estado como forma específica, concreta, de convivencia política²⁹.

3. CORRELACIÓN ENTRE PODER Y FORMAS DEL DERECHO: DE LA “VARIEDAD” A LA “UNIFORMIDAD” EN EL DERECHO.

Como ya se ha indicado los diferentes tipos de poder (social y político) generan diferentes formas de Derecho. El poder social contribuye básicamente a la creación del Derecho a través de la costumbre. El poder político encuentra en la ley su forma típica de producción de Derecho.

Poder social y poder político poseen ámbitos de eficacia diferentes en función de la intensidad de su fuerza y de los medios o recursos de que disponen para ser efectivos. En relación con ese área de eficacia del poder se encuentran los ámbitos de validez del Derecho y su manera de ordenar la realidad social. Ello significa que tanto la forma del Derecho como su ámbito de validez y modo de ordenar la vida social dependen, en gran medida, del tipo o clase de poder que lo genera. Así tenemos que costumbre y ley, en cuanto formas de existencia del Derecho, implican no sólo dos modos distintos de producción normativa (uso y decisión) sino también dos ámbitos de validez espacial diferentes y dos formas distintas de ordenar y regular la realidad social.

Respecto de los ámbitos de validez espacial tenemos que, por lo general, el Derecho consuetudinario se caracteriza generalmente por su localismo. Su ámbito de validez espacial es reducido (aunque existan costumbres comarcales y generales). Por el contrario el Derecho legal (por lo común, general y abstracto)

28. GARCÍA-PELAYO, M. *Hacia el surgimiento histórico del Estado moderno*, en “Idea de la política y otros escritos”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 113 y ss, 131 y ss; *Federico II de Suabia...*, cit. págs. 141 y ss; MARAVALL, J.A.. *Estado moderno y mentalidad social* (Siglos XV a XVII), Tomo I, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1972, págs. 53 y ss.

29. Indica González Vicén que el término Estado “no designa (...) una forma de convivencia política cualquiera, sino, muy al contrario, una organización política concreta que se abre paso con los siglos modernos, y cuyas características, entre otras, son el *poder soberano*, la racionalidad de la administración, la hacienda pública, el ejército permanente, la neutralización religiosa, rasgos todos que no son casuales, sino que reciben su sentido propio en un proceso de independización y concentración frente a instancias del pluralismo político medieval”. GONZÁLEZ VICÉN, F. *La Filosofía del Derecho como concepto histórico*, en “Estudios de Filosofía del Derecho”, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife, 1979, pág. 208.

posee un ámbito de validez espacial mayor hablándose al respecto de Derecho común o general.

En relación con la forma de ordenar y regular la realidad social debe destacarse que la nota de variedad o diversidad, de pluralismo, es propia del Derecho consuetudinario mientras que la idea de uniformidad y unidad es característica del Derecho legal. La aspiración propia de la ley, general y abstracta, es la de establecer un régimen jurídico uniforme, unitario.

A pesar de la diferencia de origen, de ámbito de validez y de forma de regulación que distinguen a la costumbre y a la ley debe advertirse que costumbre y ley, en cuanto formas naturales de manifestarse y de existir del Derecho no constituyen categorías excluyentes sino compatibles y complementarias. Y ello aunque el conflicto, la tensión y la crispación ideológicas haya llevado, en algún momento, a la exaltación desmesurada de la ley (pensamiento revolucionario francés) o de la costumbre (pensamiento conservador de la Escuela histórica del Derecho).

La compatibilidad y complementariedad entre costumbre y ley, en cuanto formas naturales de existencia del Derecho, nos coloca ante el problema de las relaciones entre Derecho consuetudinario y Derecho legal. En el fondo esa cuestión no es sino un epifenómeno del problema más profundo de las relaciones existentes entre poder social y poder político, ya que existe, como hemos indicado, una clara correlación entre las clases o tipos de poder y las formas que reviste el Derecho creado por él. En definitiva interesa subrayar que, al margen de todo esquema o planteamiento puramente ideológico, la relación entre costumbre y ley es algo que ha variado en el espacio y en el tiempo en función de la correlación existente, en cada momento, entre poder social (sociedad) y poder político (sistema o régimen político).

Desde estos supuestos, y desde un punto de vista lógico, que tiene su correspondiente correlato en el desarrollo histórico del Derecho, cabe distinguir —en perfecta simetría con lo que hemos denominado momentos de la dinámica del poder— tres tipos o modelos de relaciones entre costumbre y ley: La primacía de la costumbre, la paridad entre costumbre y ley y la primacía de la ley.

A. Primacía de la costumbre.

La primacía de la costumbre como forma del Derecho (que no supone la exclusión de pactos y de ciertas decisiones) se corresponde con las primeras etapas históricas del nacimiento y la evolución de la sociedad y del Derecho o con fases o momentos de crisis de la vida social³⁰. Se trata pues de un fenómeno correlativo a

30. Vid. CASTRO Y BRAVO, F. *Derecho Civil de España*, 2ª. Ed. Tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, págs. 374, 377 y 378. (Reedición de Ed. Civitas, Madrid, 1991). VINOGRADOFF, P. *Introducción al Derecho*, trad. esp. de V. Herrero, 1967, págs. 107, 109 y ss, 111 y ss; LLOYD, Lord D. *La idea del Derecho*, (¿Perversidad represora o necesidad social?), trad. esp. de R. Aguilar de Ben y M. Barat, Ed. Civitas, Madrid, 1985, págs. 258 a 264.

la primacía del poder social (orden social) sobre el poder político (orden político). Característica de dicha situación es la existencia de un orden social predominante, sí, pero institucionalizado y articulado sobre poderes sociales difusos que, a través del uso, fundamentalmente (no exclusivamente), generan el Derecho bajo la forma de costumbre (Derecho consuetudinario). Lo típico de este momento es pues la primacía del uso como fuente del Derecho y de la costumbre como forma del mismo³¹.

Por su propia génesis y dinámica el Derecho consuetudinario se caracteriza, entre otros, por dos rasgos peculiares: De un lado, su ámbito de validez espacial tiende a ser reducido, localista; de otro lado, la dinámica del Derecho consuetudinario es lenta, premiosa, propendiendo a la estabilidad y a la permanencia. A la lógica immanente del Derecho consuetudinario pertenece el principio de la primacía del Derecho antiguo (“el buen Derecho viejo”) sobre el Derecho nuevo³².

Resulta curioso advertir que en el vigente Derecho foral español, concretamente en la *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra* (Ley de 1 de marzo de 1973) se consagra la primacía de la costumbre sobre otras formas del Derecho. Dicha *Compilación* dispone: “La costumbre, siempre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito. La costumbre local –añade- tiene preferencia sobre la general. La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los tribunales” (Leyes 2 y 3).

B. Paridad entre costumbre y ley.

El fenómeno de la paridad entre costumbre y ley se da en aquellos supuestos en que existe un equilibrio entre poder social (sociedad) y poder político (sistema o régimen político) tal como aconteció históricamente en la sociedad estamental.

En dicha situación la fuente fundamental del Derecho es el pacto, presentándose el Derecho, entre otras formas, bajo las especies de ley paccionada (producto de acuerdo entre el Rex y el Regnum en las Cortes) o como fuero (resultado del convenio entre el pueblo y el rey o señor). El Derecho se manifiesta también bajo la forma de leyes, que dicta el monarca y el pueblo acata sin más o bajo la forma de costumbres que el pueblo crea y el rey tolera y reconoce. En dichos supuestos la situación de paridad entre costumbre y ley determina que, en su dinámica en la vida social, la ley pueda modificar o derogar una costumbre anterior y que, al mismo tiempo, por su parte, la costumbre posterior pueda modificar o derogar una ley precedente (costumbre contra legem).

31. GARCÍA PELAYO, M. *La idea medieval del Derecho*, en “Del mito y de la razón en la Historia del pensamiento político”, cit. Págs. 127 y ss.

32. *ibid.* págs. 129 y ss.

La paridad entre costumbre y ley no es exclusiva de tiempos pasados. Se sigue dando actualmente en aquellos sistemas políticos que tienen como fundamento de su ordenación lo que J. Bryce denominó constituciones flexibles³³, o cuyo orden social es tan sólido y coherente como pueda serlo su forma política.

Una muestra de ello tenemos en Inglaterra y en Alemania.

a) El ejemplo inglés.

La Constitución inglesa tiene un carácter histórico y flexible³⁴. Sus normas constituyen una amalgama o mixtura de costumbres, pactos y decisiones (de los jueces y del Parlamento). La Constitución inglesa se ajusta al modelo del tradicional régimen mixto configurándose como una combinación adecuada de elementos monárquicos, aristocráticos y democráticos³⁵.

Ese carácter mixto se refleja también en la estructura compleja de su Derecho que aparece integrado por tres tipos o clases de preceptos:

1º. El “Common Law” o Derecho común, fijado y formulado por los jueces a partir del Derecho consuetudinario.

2º. El “Statute Law” o Derecho estatutario integrado por los acuerdos y decisiones del Parlamento. Dicho Derecho (que comprende leyes en sentido estricto, pactos entre la Corona y el Parlamento y Tratados) estuvo sometido al Common Law pero, actualmente, en virtud del afianzamiento de la soberanía del Parlamento, prima sobre el Derecho común.

3º. Las “Constitutional Conventions” (Convenciones constitucionales) formadas por las prácticas y las costumbres de determinadas instituciones (Rey, Gabinete, Primer Ministro, relaciones entre el Rey y el Gabinete con el Parlamento...) y cuya función ha sido adecuar y reajustar el sistema jurídico-político a las nuevas situaciones producidas por los cambios históricos³⁶.

33. BRYCE, J. *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*, Estudio preliminar de P. Lucas Verdú, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988.

34. Vid. BURKE, E. *Reflexiones sobre la Revolución Francesa*, Prólogo y trad. esp. de E. Tierno Galván, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, en especial págs. 89 a 93.

35. Sobre la Constitución inglesa véase GARCÍA PELAYO, M. *Derecho constitucional comparado*, Introducción de M. Aragón, Alianza Editorial, Madrid, 1984, en especial las págs. 271, 272, 273, 276 y 277.

36. Sobre este punto véase: GARCÍA PELAYO, M. *Derecho constitucional comparado*, cit. Págs. 285 y ss. JENKS, E. *El Derecho inglés*, trad. esp. de M.J. Paniagua Porras, Ed. Reus, Madrid, 1930, págs. 38, 46 y ss, 63 y ss; LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la constitución*, 2ª. Ed. trad. esp. y estudio preliminar de A. Gallego Anabitarbe, Ed. Ariel, Barcelona, 1976, págs. 165 y ss; LLOYD, Lord, D.Op.cit. págs. 264, 265, 267 y ss; PÉREZ SERRANO, N. op.cit. págs. 480 y ss.

b) El ejemplo alemán.

Debido al peso de la tradición histórica, a la fuerte cohesión de la estructura social de los pueblos germánicos y posiblemente a la influencia de la Escuela histórica del Derecho, en el Derecho alemán “la costumbre es un fuente del Derecho equiparada a la ley”³⁷. Ello supone que en relación con su fuerza normativa Derecho consuetudinario y Derecho legal son iguales. Así resulta, explica H. Brox, del artículo 2 de la EGBGB (Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche) según el cual cualquier norma jurídica, incluido el Derecho consuetudinario, vale como ley en el sentido del Código Civil³⁸.

c) Referencia al Derecho foral español.

La Compilación del Derecho foral de Aragón (Ley de 8 de abril de 1967) establece “la supremacía de la ley sobre la costumbre (art. 1º, num.1) pero luego la restringe a las normas legales imperativas y prohibitivas, añadiendo: “La costumbre tendrá fuerza de obligar cuando no sea contraria al Derecho natural (en su redacción actual se sustituye la expresión Derecho natural por el término Constitución) o a las normas imperativas aplicables en Aragón” (art. 2º, núm. 1). De ahí parece deducirse, apunta la doctrina, que la costumbre local o territorial valdrá como supletoria de la Compilación con preferencia al Código Civil³⁹.

C. Primacía de la ley.

a) Supuestos jurídicos-políticos.

La primacía de la ley como forma del Derecho (que no implica la exclusión de las otras formas ontológicas del mismo) es el resultado lógico de la preeminencia del poder político sobre el poder social. Ello no fue sino la consecuencia de la crisis del orden político estamental (orden dualista) y la aparición del orden político monista del Estado soberano.

El nacimiento del Estado soberano tuvo su inmediato impacto en el sistema de las fuentes del Derecho. El poder soberano y la decisión se convirtieron en las fuentes supremas del Derecho⁴⁰ configurándose la ley, expresión de la voluntad del soberano, como la forma fundamental del Derecho.

37. LEHMANN, H. Op.cit. pág. 36; vid. ENNECCERUS, L. Op.cit. págs. 146 y ss.

38. BROX, H. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs*, 18 verbesserte Aufl. Carl Heymanns Verlag KG, München, 1994, pág. 6 parágrafo 7; MEDICUS, D. *Allgemeiner Teil des BGB*, Ein Buch, 6 neubearbeitete Aufl. C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, pág. 165, parágrafo 440.

39. Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos del Derecho Civil*, I, Parte General, Librería Bosch, Barcelona, 1974, pág. 58.

40. Bodin partiendo del supuesto de que “la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República”, subrayó que “el primer atributo del príncipe soberano es *el poder de dar leyes* a todos en general y a cada uno en particular (...) sin consentimiento de superior, igual o inferior”. BODIN, J. *Les six livres de la République*, Lib. I, caps. 8 y 10. Por su parte Hobbes insistió en la misma dirección:

b) Razones de la primacía de la ley.

En la primacía de la ley como forma del Derecho influyeron una pluralidad de razones: razones de carácter técnico y razones ideológico-políticas.

1º. Razones de orden técnico.

Pueden resumirse así:

1º. La ley, como forma del Derecho, nace vinculada al fenómeno de la invención y difusión de la escritura⁴¹, como expresión de una voluntad consciente y libre fundada en el “cálculo racional” (deliberatio) para conseguir un determinado fin⁴².

La escritura aporta al Derecho determinadas ventajas, entre las que cabe destacar:

Dotar de fijeza, seguridad y publicidad al precepto que la ley implica.

Permitir la comunicación, el conocimiento, del precepto venciendo los obstáculos del espacio y del tiempo.

Desde el punto de vista del espacio la ley escrita y formulada en términos generales y abstractos permite la ampliación del ámbito de validez espacial de la norma, regulando de modo uniforme el comportamiento de personas y grupos asentados en territorios muy diversos y lejanos⁴³.

En el orden del tiempo la ley escrita hace posible la estabilidad y la clara fijación del ámbito de validez temporal de la norma, que puede ordenar así la vida de varias generaciones.

2º. La ley, en virtud de su estructura técnica, posibilita la elaboración de un Derecho uniforme (uniformidad en el Derecho) que permite simplificar, facilitar, agilizar y potenciar el ejercicio del poder, ya sea de forma directa o delegada.

3º. La ley, por último, constituye un instrumento técnico eficaz tanto para proteger, conservar y consolidar el orden social (función conservadora del

“Corresponde a la soberanía todo el *poder de prescribir leyes* por cuya mediación cualquier hombre puede saber de qué bienes puede disfrutar y qué acciones puede hacer sin ser molestado por ninguno de los demás súbditos”. HOBBS, T. *Leviathan*, II Parte (De la República), cap. XVIII, 7. Véase GROSSI, P. El Orden jurídico medieval, Trad. esp. de F. Tomás y Valiente y C. Álvarez, prólogo de F. Tomás y Valiente, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 1996, pág. 161.

41. SUMNER MAINE, H. *El Derecho antiguo* (Parte general) Trad. del francés por A. Guerra, tipografía de A. Alonso, Madrid, 1893, (Reedición de Ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 21 y ss).

42. GARCÍA PELAYO, M. *La idea medieval del Derecho*, cit. págs. 127 y 129.

43. Sobre la significación de la escritura en la ordenación y gobierno de grandes espacios véase el sugerente e importante libro de J.A. ESCUDERO, *Felipe II: El Rey en el Despacho*, Editorial Complutense, Madrid, 2002, 637 págs.

Derecho), como para promover e impulsar el cambio y la transformación –revolucionaria incluso- del mismo (función revolucionaria del Derecho).

2º. Razones de carácter filosófico e ideológico-político.

Entre las razones de orden filosófico e ideológico-político que fundamentan y explican la supremacía de la ley cabe destacar:

1. La ley –especialmente desde la perspectiva del pensamiento ilustrado y revolucionario- supone el triunfo del “racionalismo” y la “secularización” que ve en ella una “obra de la razón” frente al “irracionalismo” de la costumbre, producto de la tradición histórica, donde perviven la barbarie, la irracionalidad, la superstición, la desigualdad y la injusticia.

2. En el plano de las consideraciones políticas se ve en la ley la vía más adecuada para la formulación y expresión de la “voluntad soberana”, con independencia de que la soberanía se atribuya al rey o al pueblo.

3. La vinculación ideológica de la legitimidad del poder político soberano al rey o al pueblo explica la existencia, en el mundo moderno, de dos concepciones diferentes de la ley, la absolutista y la liberal.

a) La concepción absolutista de la ley ve en ésta (producto de la voluntad del monarca absoluto) un instrumento al servicio de la “razón de Estado” (cuyo contenido se confunde con frecuencia con los intereses del príncipe) mediante el cual el soberano llevó a cabo su pretensión de consolidar, fortalecer y engrandecer al Estado, sometiendo al pueblo, mediante un doble proceso: de un lado, quebrantando y desplazando el “viejo Derecho histórico medieval” de carácter plural y vario (Derecho local, Derecho señorial, Derecho corporativo...) así como los poderes sociales que lo sustentaban y eliminando los privilegios y libertades que dicho Derecho reconocía y protegía; de otro lado, sustituyendo el mencionado Derecho viejo por un nuevo Derecho legal y uniforme, producto de la voluntad real, orientado fundamentalmente a la organización y fortalecimiento del Estado y a facilitar y garantizar el ejercicio y la eficacia del poder político⁴⁴.

b) La concepción liberal de la ley hunde sus raíces en el pensamiento de la ilustración y se impuso a partir de las Revoluciones americana y francesa con el consiguiente triunfo del pensamiento liberal. Este supuso en el orden de las ideas y de las formas políticas la inversión de los principios y de las instituciones

44. Sobre la significación de la “razón de Estado” véase MEINECKE, F. *La idea de la “razón de Estado” en la Edad Moderna*, Trad. esp. de F. González Vicén y estudio preliminar de L. Díez del Corral, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, en especial las págs. 3 a 23. Respecto de la concepción absolutista de la ley véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Op.cit. págs. 97 a 99, 115 y 116.

fundamentales del absolutismo y, con ello, una nueva concepción de la ley entendida como instrumento al servicio de la libertad y la igualdad de los ciudadanos. La nueva idea de la ley se asentó sobre los siguientes supuestos:

1º. El cambio de la titularidad de la soberanía [la soberanía pasa del rey al pueblo (Rousseau) y luego a la nación (Sièyes)] y la secularización del poder político que (depurado de toda significación y adherencia de carácter histórico, teológico o mítico) busca su justificación y legitimidad en expedientes puramente racionales (doctrinas del contrato social y de la representación)⁴⁵.

2º. La concepción de la ley como “expresión de la voluntad general”, la cual (la ley), como exigencia lógica de la libertad y la igualdad de los ciudadanos, ha de ser general y abstracta (“la misma para todos”)⁴⁶. Ello significó el triunfo de la idea de uniformidad en el Derecho frente a la diversidad o variedad (localismo, particularismo) característica del viejo Derecho medieval.

3º. Concebida así la ley, ésta dejó de ser un instrumento del poder al servicio de la “razón de Estado” y, con ello, un medio de sometimiento y dominación del pueblo por el rey para convertirse en un instrumento de liberación popular que reconocía y garantizaba por igual a todos los ciudadanos la libertad y los demás derechos individuales⁴⁷.

4º. La concepción liberal de la ley y del poder político hizo posible la armonía entre el goce y disfrute de los derechos individuales y el ejercicio del poder. La clave de ello residió en el gobierno de la ley (nomocracia). Esto significaba que el poder sólo podía ejercerse en virtud de la ley y por medio de la misma. En última instancia ello suponía que el ejercicio del poder sólo podía consistir en la aplicación de lo dispuesto en la ley. Desde estos supuestos la ley vino a ocupar, en el Estado liberal, el lugar que en la monarquía absoluta había correspondido al rey⁴⁸.

c) Resultados lógicos de la concepción liberal de la ley (del lugar y la función atribuidos a la ley en el Estado liberal) fueron:

1º. La apoteosis y sacralización de la ley la cual, en cuanto expresión de la voluntad general que es siempre recta, buena y justa (Rousseau y Diderot) se constituyó en la inequívoca y suprema expresión de la justicia⁴⁹.

45. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Op.cit. págs. 102 a 108 y 109.

46. ROUSSEAU, J.J. *Du contract social ou Principes du Droit politique*, Lib. II, cap. 6.

47. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Op.cit. págs. 103 a 105, 110 y 114 a 122.

48. Ibid. págs. 108 a 112, 125 a 137.

49. ROUSSEAU, J.J. Op.cit. Lib. II, cap. 3.

2º. La pretensión de reducir el Derecho a la ley. No hay más Derecho que el Derecho legal; que el Derecho creado por el Estado. El fruto más significativo de esta idea fue el movimiento codificador del Derecho. La codificación supuso el triunfo de la racionalidad y la uniformidad del Derecho frente a la espontaneidad y variedad (particularismo y localismo) característicos del Derecho consuetudinario y, en cierta medida también, del Derecho del Antiguo Régimen⁵⁰.

IV. UN EJEMPLO HISTÓRICO: LA CORRELACIÓN ENTRE PODER Y DERECHO EN LA HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL.

La Historia del Derecho español es muy ilustrativa respecto de los diferentes momentos de la correlación entre poder y Derecho. En ella se pueden distinguir con claridad dos líneas de evolución: De un lado, la que discurre desde el Derecho general o territorial (uniformidad) al Derecho local o particular (variedad); de otro lado, (y en segundo lugar), la que va de la variedad del Derecho local y su consiguiente crisis al renacimiento e implantación progresiva de un nuevo Derecho general o territorial (uniformidad).

1. DEL DERECHO UNIFORME AL PLURALISMO JURÍDICO Y A LA VARIEDAD DEL DERECHO LOCAL: EL DERECHO FORAL.

A. Quiebra de la monarquía visigoda y de su Derecho territorial.

Durante la monarquía visigoda existieron en España leyes y códigos de carácter general. Con el hundimiento de la misma (año 711) desaparece su poder legislativo central y las estructuras político-administrativas capaces de garantizar la efectiva vigencia de tales cuerpos normativos, aunque un sector de la doctrina sostiene que el *Liber Iudiciorum* mantuvo su vigencia en determinadas zonas (Cataluña, León y, más tarde, Toledo).

El vacío jurídico producido con la desaparición del Reino visigodo se integró con un nuevo Derecho que emergió bajo diferentes formas. Entre ellas cabe destacar:

1. El retoño y resurgimiento del viejo Derecho consuetudinario visigodo de raíz germánica.

50. Vid. GÓMEZ ARBOLEYA, E. *El racionalismo jurídico y los códigos europeos*, en "Estudios de Teoría de la Sociedad y del Estado", Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962, págs. 439 y ss; 469 y ss, 511 y ss; BOBBIO, N. *El positivismo jurídico* (Lecciones de Filosofía del Derecho reunidas por el Doctor Nello Morra). Trad. esp. de R. de Asís y A. Greppi, Ed. Debate, Madrid, 1993, en especial las págs. 79 y ss, 169 y ss; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Op.cit. págs. 122 y ss, y 152; TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*, 4ª ed. (5ª. Reimpresión), Ed. Tecnos, Madrid, 1992, págs. 465 y ss; ESCUDERO, J.A. *Curso de Historia del Derecho* (Fuentes e instituciones político-administrativas), 2ª ed. Madrid, 1995, págs. 878 y ss.

2. El Derecho judicial. Generalmente los jueces resolvían los litigios mediante la aplicación de las costumbres pero, cuando estas no resolvían o no preveían un caso el juez fallaba según su “libre arbitrio”, apareciendo así las fazañas (especie de Derecho libre que se dio sobre todo en Castilla).

3. La aparición de un nuevo Derecho de carácter local o municipal que se genera en los diferentes núcleos territoriales de convivencia (aldeas, villas, pueblos, ciudades...) con el fin de superar las insuficiencias e inconvenientes del Derecho consuetudinario y del Derecho judicial integrado por las “fazañas”. Ese nuevo Derecho de carácter local se concreta y institucionaliza bajo la forma de fuego (Derecho foral)⁵¹.

B. Significación del Derecho foral.

a) Noción de fuego.

El fuego –término de significación muy diversa- designa, en nuestro caso, el Derecho propio, particular, de una comunidad urbana (municipio) o institucional (mercaderes, universidades, etc.). Generalmente el fuego estaba constituido por una compleja amalgama de normas de naturaleza y orígenes diferentes. Integraban el contenido del fuego costumbres del lugar, privilegios concedidos por reyes y señores (o pactados con ellos) y decisiones de diversa índole (judicial, política y administrativa) adoptadas por las autoridades del lugar. Especial interés tiene a este respecto el proceso de incorporación al fuego de sentencias judiciales (fazañas o iudicia) en cuanto tales (con el particularismo y casuismo propio de las mismas) o, en un momento posterior de mayor perfección técnica, de los principios generales que inspiraron las decisiones judiciales obtenidos mediante un proceso de inducción y generalización. Se produjo así un fenómeno de ósmosis entre las diferentes formas del Derecho en virtud del cual el fuego se configuró, en gran medida, como una derivación de las costumbres locales y de las decisiones judiciales que en parte tuvieron como tarea fijar dichas costumbres⁵².

Por su propia naturaleza el fuego tuvo un ámbito de validez local, aunque nada impidió que determinados fuegos fuesen aplicados a núcleos de población distintos del originario.

51. Vid. SÁNCHEZ, Galo. *El Fuego de Madrid y los Derechos locales castellanos*, en “El Fuego de Madrid”, Ayuntamiento de Madrid, Archivo de la Villa, 1963, págs. 13 a 15, 30 y ss; GACTO FERNÁNDEZ, E. y otros, *El Derecho histórico de los pueblos de España*, 8ª. Ed. Madrid, 1994, págs. 170, 186, 188 y 218; ESCUDERO, J.A. *Curso...* cit. págs. 39 y ss, 402, 405 y ss.

52. SÁNCHEZ, G. Op.cit. págs. 15 a 18; CERDÁ RUIZ-FUNES, J. *Fuego Antiguo de Castilla*, en “Nueva Enciclopedia Jurídica”, Tomo X, Ed. Francisco Seix, Barcelona, 1976, págs. 257 a 259; TOMÁS Y VALIENTE, F. Op.cit. págs. 140 y ss; ESCUDERO, J.A. *Curso...* cit. Págs. 407 y 408.

b) Clases de fueros.

Los fueros, en cuanto genuina manifestación del Derecho local, difieren entre sí, entre otras cosas, por su origen y por el grado de su desarrollo material (contenidos) y formal (perfección técnico-jurídica). Así tenemos:

1º. Clases de fueros por razón del grado de su desarrollo.

El fuero es como un cuerpo vivo que nace, crece y se transforma en el curso del tiempo modificando ciertas normas, eliminando otras e incorporando normas nuevas que con frecuencia suponen la modificación, el complemento o la ampliación de las ya existentes. No es extraño que mediante estas adiciones, hechas en diferentes épocas y con deficiente técnica, aparezcan con frecuencia, dentro de esa amalgama normativa que son los fueros, disposiciones contradictorias o repetidas⁵³.

El proceso de desarrollo del Derecho foral posee una doble dimensión, material (contenido) y formal o técnica.

Desde el punto de vista material y funcional en el proceso de crecimiento y desarrollo del Derecho local se pueden distinguir las diferentes etapas o momentos constituidos por:

1. Las cartas pueblas que tienen como finalidad la constitución de un núcleo de población y que eran, en cuanto a su contenido, una especie de contrato agrario en el que señor del lugar fijaba las condiciones a las que habían de ajustarse las personas (pobladores) que allí se estableciesen.

2. Los fueros breves que aparecen en el momento de consolidación y potenciación de un núcleo de población, generalmente mediante su constitución en municipio. El fuero es precisamente el instrumento jurídico mediante el cual un núcleo de población, con independencia de su número de habitantes, se constituía en municipio. El contenido del fuero estaba integrado por privilegios, franquicias y libertades concedidas por el rey o el señor del lugar a sus habitantes y por normas de carácter penal y procesal. La franquicia principal, la que constituía a un núcleo urbano en municipio, consistía en el reconocimiento a los vecinos de un lugar del derecho a elegir, entre ellos, sus jueces y oficiales (autonomía jurisdiccional y de gobierno).

3. Los fueros extensos que responden a las exigencias de desarrollo y expansión del núcleo de población constituido ya en municipio. Estos fueros añadieron al contenido de los fueros breves otros tipos de preceptos con la pretensión de regular

53. SÁNCHEZ, G. Op.cit. págs. 16 a 18;

en su totalidad la vida del municipio ocupándose de las más diversas materias, tanto públicas como privadas⁵⁴.

Desde la perspectiva estrictamente formal o técnica el desarrollo y perfeccionamiento del Derecho foral está marcado básicamente por el paso del Derecho no escrito al Derecho escrito. Con carácter oficial o privado se tiende a fijar los fueros por escrito. Su finalidad es siempre la misma: precisar, asegurar o conservar y ordenar el contenido del fuero para permitir su mejor conocimiento así como su mejor garantía y aplicación. En la escritura del texto de los fueros se puede apreciar, así mismo, un proceso de evolución y perfeccionamiento técnico que va desde redacciones muy primitivas y rudimentarias (carentes de orden o sistema) a las recopilaciones (que contienen una ordenación cronológica de las normas) y a los ordenamientos (en donde las normas aparecen ordenadas por razón de su materia y, dentro de ella, por orden cronológico).

2º. Clases de fueros por razón de su origen.

La correlación de poderes sociales y políticos característica del mundo medieval (poderes municipales, señoriales, reales, etc.) hace que los fueros, en su totalidad o en parte, puedan tener un origen diferente. Así, a la vista de mencionada correlación existente entre los poderes sociales y políticos y las fuentes del Derecho (entendiendo ahora por tales sólo los cauces o procedimientos a través de los cuales se crea el Derecho) tenemos que los fueros, en todo o en parte, podían tener su origen en el uso (fueros consuetudinarios), en el pacto (fueros producto del acuerdo o pacto entre el pueblo, de un lado, y el rey o señor del lugar, de otro lado) o en la decisión. La decisión podía ser del rey o señor del lugar. Se trata entonces de la decisión de un poder ajeno al municipio (decisión heterónoma) que otorga al municipio un fuero. Hablamos en este caso de fueros otorgados. Otro supuesto diferente es el constituido por la decisión del propio municipio que, en ejercicio de sus propias facultades normativas, se dota a sí mismo de su propio fuero. En este caso puede hablarse con toda propiedad de fueros autónomos. A esta última especie pertenece, por ejemplo, el fuero de Madrid⁵⁵.

C. Especial referencia al Fuero de Madrid.

a) Origen y significación.

La fecha de promulgación del Fuero de Madrid se sitúa en el año 1202. Reinaba entonces en Castilla Alfonso VIII y el fuero trató de recoger e incorporar,

54. SÁNCHEZ, G. *Curso de Historia del Derecho*, (Introducción y Fuentes), 10ª ed. revisada por J.A. Rubio, Editorial Miñón, Valladolid, 1980, págs. 65 y ss, 66 y ss; TOMÁS Y VALIENTE, F. op.cit. págs. 141, 142 y ss; GACTO FERNÁNDEZ, E. y otros, op.cit. págs. 157 y ss, 158 y ss, 184 y ss, 187 y ss, 194 y ss; ESCUDERO, J.A. *Curso...*, cit. págs. 407, 408 y ss.

55. SÁNCHEZ, G. *El Fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos*, cit. págs. 16, 19 y 20.

extractadas en sus rúbricas, las normas de carácter consuetudinario, judicial, otorgado o legal que habían venido regulando hasta ese momento la vida jurídica madrileña.

La vida del fuero de Madrid fue relativamente breve: conoció su plenitud en el momento de su promulgación (1202) e inició su decadencia hacia la mitad del siglo XIII, bajo Fernando III, momento en el que el Derecho local comenzó a ser desplazado por un nuevo Derecho de carácter general y uniforme promovido por los monarcas (Fernando III, Alfonso X, Alfonso XI) para consolidar sus reinos⁵⁶.

b) Naturaleza y rasgos fundamentales.

Los rasgos más significativos del Fuero de Madrid son los relativos a su origen, contenido y grado de desarrollo.

a) Respecto de su origen cabe destacar que el Fuero de Madrid pertenece a la categoría de los fueros autónomos. Dicho fuero fue redactado (incorporando materias normativas anteriores, como se ha indicado) y promulgado por el Concejo de la Villa con el consentimiento del monarca⁵⁷.

b) Por lo que se refiere a su contenido y grado de desarrollo debe advertirse que el fuero de Madrid surge en el momento histórico del tránsito de los fueros breves a los fueros extensos, recogiendo el contenido típico de los fueros breves (Derecho penal y procesal) al que añade los preceptos administrativos propios de las ordenanzas municipales⁵⁸.

En su contenido el Fuero de Madrid, como los demás fueros, es una amalgama de normas, resultado del proceso de sedimentación de preceptos correspondientes a diversas épocas. En este sentido, según indica Galo Sánchez, en el Fuero madrileño pueden distinguirse cuatro estratos normativos que corresponden al periodo comprendido entre los siglos XII y XIV. Dichos estratos están constituidos por:

1. Las normas anteriores a la redacción del Fuero (privilegios concedidos por los reyes a partir de Alfonso VII) y que fueron incorporadas al mismo.

2. Las normas redactadas por el Concejo de Madrid, con consentimiento del rey.

56. Ibid. págs. 21 y 22; HUERTAS VÁZQUEZ, E.L. *Introducción a Edición Conmemorativa del VIII centenario de la Promulgación del Fuero de Madrid*, Ayuntamiento de Madrid, Ediciones La Librería, Madrid, 2002, págs. IV y IX.

57. SÁNCHEZ, G. *El Fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos*, cit. pág. 20; HUERTAS VÁZQUEZ, E.L. op. cit. pág. VI.

58. SÁNCHEZ, G. *El Fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos*, cit. págs. 26 y 27; HUERTAS VÁZQUEZ, E.L. op. cit. pág. VI a VIII.

3. Prescripciones posteriores a la redacción del Fuero que se añadieron al mismo. Dichos preceptos constituyen las agregaciones (parágrafos CX a CXVII), la primera de las cuales es “la Carta de Otorgamiento que redactaron el Concejo de Madrid con su señor, el rey Alfonso”, y que, entre otras cosas, corrigen, modernizándolas, determinadas normas de carácter penal y procesal.

4. Textos posteriores al Fuero surgidos bajo los reinados de Fernando III, Alfonso X y Alfonso XI. Dichos textos contienen privilegios, cartas y otras prescripciones judiciales o concejiles que no fueron incorporados al texto del Fuero⁵⁹.

2. CRISIS DEL DERECHO LOCAL (VARIEDAD) Y RENACIMIENTO DEL DERECHO GENERAL (UNIFORMIDAD).

A. Supuestos: Fortalecimiento del poder real y renacimiento del Derecho general o territorial

La progresiva institucionalización de los reinos y el consiguiente fortalecimiento del poder real, en el curso de la Reconquista, originó la reaparición de códigos y leyes de carácter territorial o general. Dicho fenómeno alcanzó su plenitud en el siglo XIII (labor legislativa de Fernando III y Alfonso X) en conexión con el proceso de recepción del Derecho romano y del Derecho canónico, y marcó el momento de la decadencia del Derecho local.

La finalidad perseguida por dicha legislación de signo uniforme fue debilitar, quebrantar y desplazar el viejo Derecho local (plural y vario) para dotar de mayor cohesión y firmeza a los reinos, afianzando su estructura y aparato de gobierno, y facilitando y agilizando el ejercicio del poder real⁶⁰.

Con ello se hace así patente, en la configuración del Derecho, una línea de evolución que va desde la pluralidad y variedad del Derecho local a la unidad y uniformidad del denominado Derecho territorial o general cuyo ámbito de validez espacial sería el reino.

Los reyes buscaron la unidad y la uniformidad del Derecho por una doble vía o procedimiento, directo e indirecto.

a) La vía directa fue la legislativa, la cual supuso un ataque frontal a la autonomía municipal al pretender unificar el Derecho mediante nuevas leyes. Tal

59. SÁNCHEZ, G. *El Fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos*, cit. págs. 20 a 24; HUERTAS VÁZQUEZ, E.L. op. cit. pág. V a IX.

60. SÁNCHEZ, G. *El Fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos*, cit. págs. 27 y ss; GACTO FERNÁNDEZ, E. y otros, op.cit. págs. 213, 220, 221, 225, 226, 227 y ss, 402 y ss.

fue el intento legislativo de Alfonso X (en especial las Siete Partidas) que produjo una fuerte resistencia en los poderes sociales (municipios -entre ellos la villa de Madrid- y nobleza) celosos de sus fueros y privilegios⁶¹.

b) la vía indirecta consistió en buscar la uniformidad mediante la extensión de un determinado fuero municipal preexistente (fueros de Cuenca, Toledo, etc.) a otros municipios. Instrumento fundamental de esta política fue el Fuero Real que, aunque basado en el Fuero de Soria, estaba muy influido por el Derecho romano justinianeo y las Decretales. La imposición de este fuero -que también suscitó la reacción del pueblo y la nobleza- anunció ya la decadencia de los fueros municipales y el triunfo -en conexión con la recepción del Derecho común (romano y canónico)- del Derecho territorial creado por el poder central (rey y cortes)⁶².

B. Resultados: Relaciones entre el Derecho local y el nuevo Derecho general.

En el proceso de renacimiento del Derecho territorial y sus relaciones con el Derecho local existente cabe distinguir dos fases o momentos:

a) La coexistencia de los Derechos municipal y territorial.

En un primer momento la aparición del nuevo Derecho territorial no supuso la extinción del viejo Derecho local. Derecho local y Derecho territorial coexistieron surgiendo conflictos normativos entre ambos Derechos y planteándose el problema metodológico de la determinación de cual de las normas en conflicto era la válida.

Respecto de la solución de éste problema se utilizaron dos criterios, el tradicional y el moderno. El criterio tradicional, esgrimido por la nobleza y el pueblo, defendía la primacía del Derecho viejo (el “buen Derecho viejo”) frente al Derecho nuevo, con el fin de defender su privilegios y libertades reconocidos y garantizados por aquél. El criterio moderno -más coherente con la política de los reyes y el sentir de los juristas formados en el estudio de los Derechos romano y canónico- preconizaba la primacía del nuevo Derecho territorial sobre el viejo Derecho local⁶³.

b) El triunfo del Derecho territorial sobre el Derecho local.

La tesis defendida por el criterio moderno fue la que prevaleció siendo consagrada jurídicamente por Alfonso XI en el Ordenamiento de Alcalá (1348).

61. SÁNCHEZ, G. *Curso de Historia del Derecho*, cit. págs. 77 y ss; GACTO FERNÁNDEZ, E. y otros, *op.cit.* págs. 267 a 278; HUERTAS VÁZQUEZ, E.L. *op. cit.* pág. X.

62. SÁNCHEZ, G. *El Fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos*, cit. págs. 27 y 28; GACTO FERNÁNDEZ, E. y otros, *op.cit.* págs. 267 y ss, 269 y ss; ESCUDERO, J.A. *Curso...* cit. pág. 397.

63. SÁNCHEZ, G. *El Fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos*, cit. pág. 29; GARCÍA PELAYO, M. *La idea medieval del Derecho*, cit. págs. 129 y ss.

Dicho texto legal estableció un nuevo y claro orden jerárquico normativo en donde se disponía la primacía del Ordenamiento de Alcalá y que sólo en defecto de éste se aplicarían los fueros, siempre que no fueran contra Dios, contra la razón o contra el Derecho real⁶⁴.

El orden jerárquico normativo establecido en el Ordenamiento de Alcalá supuso el triunfo definitivo del Derecho general o territorial (uniforme) sobre el Derecho local (plural y vario)⁶⁵.

C. Claves fundamentales del cambio.

La crisis y decadencia del viejo Derecho local y su sustitución por un nuevo Derecho dotado de un ámbito de validez espacial general constituye un epifenómeno de un proceso más profundo de honda significación social y política. Dicho proceso fue el constituido por el agotamiento y crisis de la constitución estamental (equilibrio Rex-Regnum) y la sustitución de la monarquía estamental por un monarquía autoritaria, primero, y absoluta después. Ello supuso la aparición de un orden político nuevo de signo monista -frente al carácter dualista del orden estamental- que fue el orden del Estado soberano.

V. TENSIÓN HACIA LA UNIFORMIDAD DEL DERECHO Y PERSISTENCIA DE LA VARIEDAD JURÍDICA.

1. LA PRETENSIÓN REVOLUCIONARIA DE REDUCIR EL DERECHO A LA LEY.

La monarquía absoluta y el Estado liberal, por razones diferentes según indicamos ya, promovieron la centralización política y la unificación y la uniformidad del Derecho bajo la forma de ley. Esta pretensión encontró su más alta manifestación técnica y política en el movimiento codificador. La codificación del Derecho -la creación de un Derecho general, uniforme, para todo el Estado- fue el ideal en el que convergieron el absolutismo -especialmente el ilustrado- y la revolución liberal⁶⁶.

64. *Ordenamiento de Alcalá* (1348), Título XXVIII, Ley 1ª.

65. SÁNCHEZ, G. *El Fuero de Madrid y los Derechos locales castellanos*, cit. pág. 29.

66. En nuestro Derecho histórico encontramos dos textos claves indicativos de esta idea. Dichos textos son:

- La Constitución de Bayona de 1808 (7 de julio) -en rigor, una Carta otorgada- disponía en su artículo 96: "Las Españas y las Indias se gobernarán por un sólo Código de leyes civiles y criminales".

- La Constitución Española de 1812 (Cádiz, 19 de marzo) establecía en su artículo 258: "El Código Civil y criminal, y el de comercio serán unos mismos para toda la monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes".

Por razones de orden ideológico y técnico, de las que ya hicimos mención, el pensamiento revolucionario miró con recelo y animadversión a la costumbre y con fe y entusiasmo a la ley. De un lado, el pensamiento liberal vio en la costumbre, en cuanto producto de la tradición histórica, una forma plural y diversificada del Derecho que obstaculizaría el desarrollo de la revolución y que no haría más que perpetuar los errores, las desigualdades y las injusticias del Antiguo Régimen. De otro lado, la revolución liberal encontró en la ley, general y abstracta, el instrumento técnico-jurídico idóneo para llevar a cabo la transformación social y política (la destrucción del Antiguo Régimen) por ella preconizada y cuyos valores supremos fueron la libertad y la igualdad. Consecuentemente con ello el pensamiento revolucionario quiso erradicar la costumbre como forma del Derecho y, sacralizando la ley, pretendió reducir el Derecho al Derecho legal: No había más Derecho que la ley. Significativo a este respecto es que el Código Civil de Napoleón (1804), uno de los frutos más típicos y granados de la Revolución, no contenga, -a pesar de las advertencias de Portalis de que la ley no es completa y no puede resolverlo todo-⁶⁷ ninguna referencia a la costumbre, al Derecho consuetudinario. El art. 4 de dicho Código disponía la posibilidad de que el juez fuese perseguido como culpable del delito de denegación de justicia cuando “rehusare fallar, so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley”. No encontramos en el Código de Napoleón nada parecido a lo establecido por el art. 6 del vejo título preliminar de nuestro Código Civil⁶⁸.

2. RESULTADO EFECTIVO: LA PERSISTENCIA DEL PLURALISMO Y DE LA VARIEDAD JURÍDICAS BAJO LAS FORMAS DE DERECHO LEGAL COMÚN, DERECHO CONSUECUDINARIO Y DERECHO FORAL.

La pretensión revolucionaria de unificar el Derecho, erradicando la costumbre y reduciendo el Derecho a la ley, resultó utópica⁶⁹. La ley, producto de un acto de decisión política, no pudo transmutar la naturaleza del Derecho y de la sociedad haciendo desaparecer la costumbre como forma ontológica, sustancial, del Derecho, directamente vinculada al fenómeno del poder social. Lo único que consiguió fue desplazar el Derecho consuetudinario a un segundo plano, reconociéndole una

67. Véase PORTALIS, J.E.M. *Discurso preliminar del Código Civil francés*, Introducción y trad. esp. de J. Cremades y L. Gutiérrez-Massou, Ed. Civitas, Madrid, 1997, en especial págs. 34, 36, 38 y 45.

68. Dicho precepto disponía en su primer párrafo -a semejanza de lo prescrito por el Código Civil francés- que “el Tribunal que rehuse fallar a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad”. Pero a continuación, consciente de la falta de plenitud de la ley, el artículo 6, en su párrafo segundo, prescribía: “Cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y en su defecto los principios generales del Derecho”.

69. Véanse las reflexiones de J.E.M. PORTALIS, cit. págs. 28 y ss.

función subalterna, subsidiaria, del Derecho legal, tal como estableció nuestro Código Civil, viendo en la costumbre el complemento necesario de la ley⁷⁰.

El resultado final -al menos en lo que se refiere al Derecho español- fue que junto a la uniformidad jurídica impuesta por las nuevas leyes (codificación) se mantuvo -en amortiguada tensión con ella- la variedad, la diversidad jurídica, propia del Derecho viejo, encarnada por la costumbre y el Derecho foral. Se trata, en definitiva, de la permanencia del pluralismo jurídico en donde coexisten uniformidad y diversidad, el Derecho nuevo y sectores del Derecho viejo, y donde el problema esencial es la articulación y regulación de las relaciones entre costumbre y ley, entre el Derecho general o uniforme y el Derecho especial o particular.

Ese pluralismo jurídico se hace patente tanto en los ámbitos del Derecho privado como del Derecho público.

A. El pluralismo en el Derecho privado.

Por lo que al Derecho privado se refiere el proceso de su codificación -en contra de lo que inicialmente se pretendió: la unificación de los diferentes Derechos civiles hispánicos (Proyecto de 1851)- no supuso la derogación y el consiguiente desplazamiento de todos los Derechos civiles tradicionales. En el juego de tensiones que produjo el proyecto codificador se impuso al final la tesis conciliadora que defendía junto a la necesidad de establecer un Derecho civil común, uniforme, la conveniencia de reconocer y garantizar, en determinados territorios, la vigencia de sus Derechos forales⁷¹. De este modo, junto al Derecho común o general subsistió en ciertos territorios (Navarra, Aragón, Cataluña...) un Derecho foral de raíz histórica que constituye un Derecho “particular, excepcional y privilegiado”⁷².

Dicho Derecho ha de entenderse no como un Derecho municipal o local sino como el Derecho autóctono (particular) de los denominados territorios forales. Los Derechos forales han sido compilados y constituyen códigos vigentes que han de ser aplicados por los jueces⁷³.

70. Véase el art. 1º 3. del *Código Civil*; Vid. PORTALIS, J.E.M. op.cit. 33, 35, 36 44 y 45.

71. CASTRO Y BRAVO, F. de, op.cit. págs. 189 y ss, 195 y ss, 206 y ss, 211 y ss y 223 a 233; TOMÁS Y VALIENTE, F. op.cit. págs. 542 a 547, 550 y ss.

72. CASTRO Y BRAVO, F. de, op.cit. págs. 226 y ss, 245 y ss.

73. La Ley de Bases de 1888 establecía en primer lugar, y con carácter provisional, la conservación y vigencia íntegra de los Derechos civiles forales, ordenando que, en un segundo momento, se redactasen los correspondientes apéndices forales, en los que se recogería no el Derecho civil foral íntegro sino sólo las instituciones forales que conviniese conservar.

El carácter restrictivo con que fueron concebidos los apéndices hizo que los territorios forales optasen por prolongar indefinidamente la situación provisional. Sólo se promulgó el Apéndice del Derecho foral de Aragón (1925).

Ante el fenómeno del estancamiento de la cuestión foral y a petición del Congreso de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en 1946 se adoptó la nueva fórmula de la compilación para la redacción

B. El pluralismo en el Derecho público.

En el ámbito del Derecho público hay que indicar que el ideal de unidad y uniformidad que, desde supuestos ideológico-político diferentes, inspiraron la monarquía absoluta (centralismo y uniformismo de los primeros Borbones) y el Estado liberal (movimientos constitucionalista y codificador) encontró, desde el principio, la resistencia y oposición de los poderes sociales de las regiones periféricas. Por esta razón, también en el Derecho público, cabe distinguir un proceso que va desde la pretensión de imponer un régimen jurídico monista (unidad y uniformidad del Derecho) a la transacción y aceptación de un pluralismo jurídico que, en virtud de la tradición histórica y de determinados principios políticos, reconoce y garantiza la diversidad, la variedad, en el Derecho⁷⁴.

Momentos significativos de dicho proceso en el siglo XX han sido:

1. La Constitución de la República Española de 1931. Dicho texto legal establecía que “la República constituye un Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones” (art. 1 párrafo tercero). Con base en dicho principio, desarrollado luego en los artículos 11 y 12 de la misma Constitución, fue posible la articulación y organización como Regiones Autónomas (dotadas de su correspondiente Estatuto de Autonomía) de Cataluña (15 de septiembre de 1932) y del País Vasco (6 de octubre de 1936).

2. El Estado surgido de la Guerra Civil impuso de nuevo la unidad y la uniformidad en el ámbito del Derecho público. Como excepción cabe señalar el Decreto de 23 de junio de 1937 que establecía un régimen fiscal y administrativo privilegiado para las provincias de Navarra y Álava. Posteriormente la Compilación foral de Navarra (1973) instauró, junto al Derecho foral privado, un régimen foral de Derecho público. Hoy coexisten el Derecho foral navarro, la Constitución de 1978 y el Estatuto de Autonomía de Navarra de 1982⁷⁵.

3. La Constitución Española de 1978 que de acuerdo con lo dispuesto en sus artículos 2, 137 y ss. ha permitido una nueva organización territorial del Estado articulada en 17 Comunidades Autónomas, mas las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

definitiva del Derecho foral (Decreto de 23 de mayo de 1947). A diferencia del apéndice la compilación abarcaría “en su totalidad todo un sistema jurídico de Derecho foral”. La compilación de los Derechos forales tuvo lugar entre los años 1959 y 1973, según el siguiente orden cronológico: Vizcaya y Álava (1959), Cataluña (1960), Baleares (1961), Galicia (1963), Aragón (1967) y Navarra (1973). Véase CASTRO Y BRAVO, F. de, op.cit. págs. 234 y ss, 242 y ss; ; TOMÁS Y VALIENTE, F. op.cit. págs. 553 a 555.

74. TOMÁS Y VALIENTE, F. op.cit. págs. 558 a 564, 578 y ss.

75. Sobre este punto véase D'ORS, A. Una introducción al Estudio del Derecho, 8ª ed. Ed. Rialp, Madrid, 1989, págs. 55 y 56.

La vida política y administrativa de dichas comunidades aparece organizada y regulada, dentro de los términos y límites establecidos en la Constitución, por sus correspondientes Estatutos de Autonomía. Asimismo, la disposición adicional primera de la Constitución, tras declarar su amparo y respeto a “los Derechos históricos de los territorios forales”, dispone que “la actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía”.

C. Conclusión.

A la luz del proceso del desarrollo histórico del Derecho español y lo establecido en nuestra Constitución parece que el dilema y la tensión entre uniformidad y variedad en el Derecho se ha resuelto a favor de la diversidad y del pluralismo jurídico si bien dentro de los límites fijados en el marco unitario de la Constitución en donde parece haberse querido armonizar y aunar la continuidad del pasado (Tradicición) y la capacidad y proyección de futuro (Modernidad).

(Fecha de cierre: noviembre 2002)