

CÓDIGOS DECIMONÓNICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Ángel M. López y López
Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

Sumario: 1. Preliminar: Códigos y Derechos Fundamentales: un problema relativamente ignorado en su dimensión histórica. Necesidad de recuperación de algunas premisas para hacer posible su tratamiento. 2. Código: Derecho Civil como Ley positiva. El Código como complemento de la Constitución material liberal: el par funcional Constitución-Código. El Code como arquetipo. La ambigua naturaleza de los Códigos entre Declaraciones de derechos iusracionalistas fundantes y sujeto abstracto protagonista. 3. La imagen del Estado liberal y la imagen del sujeto privado. Estado y sujeto privado: una reflexión especular. 4. La imagen del estado liberal y la imagen del sujeto privado. Nota bibliográfica.

1. PRELIMINAR: CÓDIGOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES: UN PROBLEMA RELATIVAMENTE IGNORADO EN SU DIMENSIÓN HISTÓRICA. NECESIDAD DE RECUPERACIÓN DE ALGUNAS PREMISAS PARA HACER POSIBLE SU TRATAMIENTO

1.1. La tarea de relacionar los Códigos civiles del XIX con los derechos fundamentales que aquí se acomete, aunque de manera sumaria, carece en la civilística española de precedentes especialmente señalados.

Quede bien entendido que carece de precedentes en el sentido de su relación histórica originaria, y como estudio *ad hoc*, porque en los últimos años, y por las razones que se verán, la doctrina iusprivatista se ha visto obligada a ajustar las cuentas con la eficacia de los dere-

chos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, es decir, se ha visto obligada a afrontar el pavoroso problema de la *drittwirkung*, en la palabra alemana ya adoptada como definición del problema.

Se dice que se ha visto obligada porque lo han dictado imperativos del propio Derecho positivo: la eficacia normativa directa de la Constitución y el continuo venir a menos de los Códigos Civiles como omnicomprensivos de toda la regulación general del *status* del sujeto privado, provocado por un masivo florecimiento de la legislación *extra Codicem*, que responde mucho más a los mandatos de una Constitución del Estado Social; con lo que en ese ajuste de cuentas, y por eso se le llama pavoroso, subyace algo más que un problema técnico; subyace, nada más y nada menos, en el caso de España, pero no sólo de ella, que la labor de articular en una relación legítima, desde el punto de vista ordinamental, un Código de inspiración liberal, con una Constitución del Estado Social, o si se quiere, hacer homogénea la referencia, un Código propio del Estado Li-

beral de Derecho, con una Constitución del Estado Social

El dato de esta carencia no deja de resultar sorprendente, habida cuenta que entre el gremio de los privatistas hay numerosas personas que se podrían haber propuesto cubrirla, y desde una gran autoridad. Cabría apuntar que tal vez haya tenido alguna respuesta académica en la publicación de las «memorias sobre el concepto, método y fuentes», que exigía el (por ahora) extinguido reglamento para el acceso a las cátedras universitarias; pero, al menos que yo conozca, no hay una cata de profundidad sobre el tema, salvo una muy discutible ideológicamente, y que tampoco afronta el corazón del problema

1.2. Se podrían buscar múltiples razones a este despego de la indagación sobre raíces y fundamentos últimos del Derecho Civil por parte de sus especialistas, en tantos casos ilustres. No obstante, todas ellas podían reconducirse a una sola, el rechazo del reconocimiento de la naturaleza esencialmente política del Derecho Civil o, si se quiere no utilizar este término, que puede venir referido a muy diversas épocas, de los Códigos Civiles.

Se debe ello, quizá, a la «fascinación del Código», como carta única de la ciencia jurídica, tendencialmente exhaustiva, completa (por la prohibición del *non liquet* que presupone a su vez la legitimación del uso tan generoso como haga falta de la analogía) y la proclamación de los preceptos de los Códigos como «derecho supletorio» de todas las leyes, aún ignorando la imposibilidad de la fórmula, cuando la «laguna» se produce en una norma absolutamente fuera del ámbito del Derecho Privado.

Esa «fascinación del Código» es la que, unida a la ilustre tradición genealógica del Derecho Romano —al que se quiere ver, contra toda verdad historiográfica, como una suerte de inmutable *continuum* (*ratio scripta*)—, fa-

vorece, con más o menos explícitas inferencias iusnaturalistas (en el sentido de un Derecho previo al Derecho positivo, inmutable, sostenido en sí mismo con indiferencia al devenir histórico) la creencia en una suerte de «apoliticidad» del Derecho Civil.

Dicha «apoliticidad», al tiempo que afirma la primacía del mismo dentro del Ordenamiento, y precisamente por obra de los Códigos Civiles, favorece una etapa de creación de una dogmática que alcanza, como producto intelectual, una categoría refinadísima; tan refinada, que termina por configurarse como una suerte de técnica que ningún operador jurídico puede desconocer, con indiferencia de la materia y de la historia.

Es la «ensoñación dogmática», donde se elabora el *sistema iuris*, sobre todo en la doctrina germánica, y de la que será piedra angular la «lógica del sujeto». De esta «lógica» se dirá mas adelante. Por ahora, baste la clarificación que sigue.

1.3. A pesar de que esta «lógica» se inserte en el intento de logro de una jurisprudencia racional o científica, consciente o inconscientemente no es más que, como queda dicho, una coartada ideológica, la que se denuncia precisamente con el nombre de «ideología de la separación», que busca precisamente cortar todo nexo entre Economía, Moral y Derecho, o dicho *tout court*, la escisión radical de la Política y el Derecho, considerando a este último una suerte de *tecné*, dotada de un singular estatuto epistemológico, «científico» precisamente por «no político».

1.4. En todo caso, para poder reconstruir la relación entre Códigos y Derechos fundamentales hay que huir del mito de la primacía de aquellos en el conjunto del Ordenamiento, y de la «ensoñación dogmática», coartada o no consciente de la «ideología de la separación».

2. CÓDIGO: DERECHO CIVIL COMO LEY POSITIVA. EL CÓDIGO COMO COMPLEMENTO DE LA CONSTITUCIÓN MATERIAL LIBERAL: EL PAR FUNCIONAL CONSTITUCIÓN-CÓDIGO. EL CODE COMO ARQUETIPO. LA AMBIGUA NATURALEZA DE LOS CÓDIGOS ENTRE DECLARACIONES DE DERECHOS IUSRACIONALISTAS FUNDANTES Y SUJETO ABSTRACTO PROTAGONISTA

2.1. Una inmediata precisión es que un hábito moderno nos lleva a identificar Derecho Civil con Código Civil. Hasta tal extremo es así que hay quien (ciertamente ilustre y sagaz auscultador de los cambios que le rodean), y no sin razones a la altura de su tiempo, pero en formulación apodíctica, afirma: «Derecho Civil es esencialmente el que se encuentra en el Código Civil».

Si tan tajante dicho es o no cierto como definición de una dada rama jurídica, importa relativamente poco para nuestro objeto. Mucho mas interesante es señalar que dicha frase, pronunciada con la mente puesta en el *Code Napoléon*, nos pone de manifiesto es que hasta la llegada de la Codificación, ya concebida de un modo distinto a las recopilaciones o consolidaciones (esto es, los Códigos están dotados de posibilidades que estas no tienen, especialmente la de interpretación que hoy llamaríamos sistemática, y la de ser tendencialmente exhaustivos *ratione materiae* a través de la analogía, como expuesto queda), el Derecho Civil era mas bien fruto de decisiones de autoridad de jueces y estudiosos: desde los *responsa prudentium* a las «leyes de citas», las opiniones de prestigio de glosadores y comentaristas, y más tarde de los grandes juristas humanistas, hasta las decisiones de Rotas y Tribunales, etc. Cuando más se aproximaba un civilista a fun-

dar sus soluciones en un texto normativo (en un sentido amplio) era cuando impetraba la autoridad del *Corpus Iuris Civilis*, o una costumbre consolidada: en suma, en nada parecido a una Ley de origen estatal, que es lo que son los Códigos.

Es más, hay quien sostiene que los Códigos son la culminación del llamado «absolutismo jurídico», viniendo a resultar de la estatalización del Derecho civil (y su correlativa «nacionalización», paradoja curiosa si se le quiere buscar como ancestro el *utrumque ius*, sedicentemente universal: *sit unum ius cum unum sit imperium*) el sofocamiento de su evolución, basada en un coro de fuentes no estatales.

No es esta la ocasión de ocuparnos de este aspecto, pero sí es de suma utilidad traerlo a colación, porque nos encamina a una conclusión, y es la de que los Códigos Civiles son un instrumento de positivación del Derecho Civil anterior a los mismos, compuesto, en una gran medida, de opiniones de autoridad y precedentes judiciales no vinculantes en muchos casos, a los que se añade una legislación positiva fragmentaria, de escasa certeza en su formulación, cuando no de dudosa vigencia.

El dato es relevantísimo, porque vendrá a ser el fundamento de que los Códigos Civiles han sido, en su formulación decimonónica, un importante, esencial, mecanismo de positivación de los derechos fundamentales de la primera tradición liberal y, en consecuencia, reflejan el pensamiento fundante de las Declaraciones de Derechos que la inspiraron. Y no menos relevante será el dato, porque será la raíz del discurso del alejamiento de los Códigos, y esta vez por razones exclusivamente políticas, de la estela de los derechos fundamentales que superan la tradición liberal originaria. Algo se dirá sobre este particular, aunque en realidad ya supondría entrar dentro de los límites más o menos convencionales del siglo XX, no objeto de tratamiento en esta obra.

2.2. La tesis anterior debe venir complementada con otra, que aún parece mas obvia, y es que las Declaraciones de Derechos que ins-

piraron la primera tradición liberal, también gozan de un proceso de positivación en las primeras Constituciones liberales. Lo verdaderamente singular es que siendo la Constitución la piedra de bóveda del Ordenamiento jurídico, y jerárquicamente preeminente en relación con el Código, comparte con él ese proceso de positivación; es más, acaba por confiarle en una gran medida su eficacia jurídica directa, con lo que se consagra lo que se ha venido en apellidar el «valor cuasi-constitucional del Código Civil»

Cuáles sean las razones de este planteamiento hemos de verlo más adelante; pero cabe decir, desde este mismo momento, que el concepto de «valor cuasi-constitucional» merece rechazo por moverse en un terreno indefinido, donde se quiere resaltar que «no es una ley más», porque participa de la esencia constitucional, pero no del todo, por su rango inferior en el sistema de fuentes de origen estatal.

Y es terreno indefinido porque, de manera vergonzante, se quiere seguir obsequiando la solidez formal de ese sistema, olvidando que para un análisis en profundidad de las cuestiones, al lado de la «Constitución formal», está la «Constitución en sentido material», como conjunto de fuerzas, de relaciones, de situaciones, que trasciende al sistema de las normas y de las instituciones por ella reguladas, y es la «Constitución» que da «efectividad», es decir, vida a un ordenamiento, al que no se puede mirar como si el Derecho fuera sólo el consagrado en los textos legales y por el sólo hecho de su consagración, con olvido de que hay un Derecho «vivo» que se manifiesta en comportamientos y relaciones efectivas; la única condición de la juridicidad integrada en el Ordenamiento es que se pueda presumir la estabilidad de estos comportamientos y relaciones, aún en el caso de contrastar con las leyes mismas.

2.3. Por ello, nada hay de extraño en la secuencia siguiente: la burguesía revolucionaria, cuyo pensamiento estaba fuertemente condicionado o, por mejor decirlo, era fruto del pensamiento que latía en las Declaraciones de

derechos dieciochescas, las positivó parte en las Constituciones, parte en los Códigos Civiles, ambos elementos de la «Constitución material» que alumbra dicha burguesía.

Por eso se puede hablar perfectamente de un par funcional Constitución-Código, donde confluyen en la medida de su positivación las Declaraciones de Derechos, y donde se integra, aunque sea *pro parte*, toda la relación entre Códigos decimonónicos y derechos fundamentales. El paradigma de esta secuencia es de modo indubitado el *Code Napoléon*, subsidiario de la legendaria Declaración de 1789, y ordenado redactar por la Constitución de 1791, finalmente nacido en 1804, destinado por ello a ser el modelo, que con mejores o peores acondicionamientos nacionales, inspirará todos los Códigos decimonónicos.

Ni que decir tiene que esta conclusión final necesita de mayor profundización, y a ello se dedica el apartado siguiente, que parte de la metodología de la que Estado y sujeto privado pueden ser objeto de análisis como objetos de una reflexión especular entre sí.

3. LA IMAGEN DEL ESTADO LIBERAL Y LA IMAGEN DEL SUJETO PRIVADO. ESTADO Y SUJETO PRIVADO: UNA REFLEXIÓN ESPECULAR

3.1. Con poderosa y bella síntesis, N. BOBBIO nos pone de manifiesto que la dicotomía público-privado, por él llamada con toda justicia «la gran dicotomía» comprende o en ella convergen otras tales como las de sociedad de iguales/sociedad de desiguales y sociedad económica/sociedad política. La primera de ellas implica una relación de inordinación entre sus miembros con respecto a un determinado vértice jerárquico, la segunda significa la distinción entre el ciudadano que atiende al interés público a través de su participación política y entre el burgués que cuida de sus propios intereses en competencia o en colaboración con otros individuos.

Con poco que se medite sobre estas confluencias conceptuales podremos darnos cuenta de que son significativas de una reflexión especular recíproca sobre el sujeto privado y el Estado. En efecto, nuestra percepción moderna del sujeto privado es la del individuo que se afana en torno a la gestión de sus intereses particulares en plano de igualdad con otros individuos. En cambio, del Estado o poder político jurídicamente organizado, como de manera más genérica podemos definir a este, tenemos la aprehensión de su naturaleza como curador de intereses superindividuales, y del instrumento de la *potestas* para el desempeño de sus funciones, esto es, de su posición de supremacía, y en consecuencia, posición de relación desigual con los particulares o privados. Podríamos entonces convenir que el Estado es el protagonista (sin que estemos pronunciándonos por ninguna posición en torno a la personalización del Estado, problemática inútil a nuestros efectos) de “lo público”, el supremo desigual, el gestor de intereses superiores a los individuos, frente al particular, protagonista de “lo privado”, igual entre los de su género, gobernante de su propio interés. Se manifiesta así lo dicho sobre lo especular y recíproco de la imagen del sujeto privado y la imagen del Estado.

El mismo BOBBIO nos enseña que la dicotomía puede converger con otras, tal como Ley-contrato, indicativa de la alternativa heteronomía-autonomía en la regulación jurídica; o tal como justicia distributiva (aquella que relaciona el todo con las partes) - justicia conmutativa (que relaciona las partes entre sí). Es claro que la heteronomía sólo puede ser un atributo jurídico del supremo desigual, lo mismo que la virtud de la justicia distributiva sólo puede encarnar en quien, por encima de particulares relaciones, encarna el todo. La secuencia sigue siendo la misma: público-Ley-Estado, privado-contrato-particular, público-justo distributivo-Estado, privado-justo conmutativo-particular.

La anterior conceptualización puede ser utilizada con sumo cuidado a los fines del análisis que se pretende llevar a cabo, considerándola,

en la abstracta formulación que de ella hemos hecho, un índice útil de pensamiento tópico o comúnmente acuñado, sin olvidar que detrás de este late toda una historia, una historia que ha progresado al hilo de una dimensión axiológica, esto es, ideológica, de la “gran dicotomía”. Precisamente, el esclarecimiento de esa dimensión, y de las manifestaciones formalizadas de la misma en el mundo del Derecho, es en lo que, de alguna manera, consiste nuestro propósito.

3.2. La anterior observación viene inmediatamente confirmada cuando se recurre a un sumario elenco de problemas latentes tras la conceptualización anterior, y que todos pueden ser reconducidos *a radice* a un único punto, aunque dé lugar a múltiples preguntas.

La sociedad económica, de individuos iguales, árbitros exclusivos de sus intereses, ¿no conduce a una desigualación real, producida por la división del trabajo, que inexorablemente genera posiciones de poder económico del individuo frente a otros individuos?

Estas posiciones ¿no producirán en la sociedad política una reduplicada desigualdad, la del Estado que no sólo es desigual en relación con el conjunto de los ciudadanos, sino que lo es especialmente en relación con un sector de ese conjunto, escasamente influyente sobre las determinaciones de sus aparatos de poder?

Si el Estado se propone como finalidad hacer desaparecer esa especial desigualdad ¿no debe necesariamente intervenir en la sociedad económica? Y, si interviene, ¿hasta dónde ejerce su poder de heteronomía? ¿Qué niveles de justicia distributiva pretende alcanzar?

Todas estas preguntas, por otra parte arconocidas, conducen inexorablemente a ver el verdadero núcleo del significado jurídico de lo público y lo privado, o si se quiere de la distinción Derecho Público-Derecho Privado: los mecanismos jurídico-estatales a través de los cuales se regulan las relaciones económicas entre los particulares, esto es, el Mercado. Detrás de la distinción Derecho Público-Derecho Privado lo que late, como núcleo esencial, es la relación entre Mercado y Estado.

Es bien cierto que se quieren ver en esta distinción unas dimensiones éticas, culturales y hasta psicológicas, cuya importancia no hemos de negar, siempre que no concurran, como “ideología de la separación», al enmascaramiento de esa clave esencial de la distinción. Creemos que el conjunto de nuestro discurso demostrará con creces esa esencialidad. No deja de ser sintomático que cuando se quiere predicar un contenido básico de orden no económico de la sociedad civil, en concreto la libertad de asociación haya que partir de una “neutralidad de los intercambios económicos”, idea que, entendida con benevolencia científica, al fin de no juzgarla radicalmente indemostrada, habría que considerar, como mucho, vino viejo (viejísimos) en odres nuevos. Precisamente porque repudiamos tal perspectiva es por lo que queremos partir de las distintas réplicas al problema de la relación con el Mercado dadas por el Estado. Y esto, al fin y a la postre, no supone otra cosa que ajustar las sucesivas imágenes del Estado con las imágenes del sujeto privado. Ahora bien, con todo lo dicho, imágenes del Estado, e imágenes del Derecho Público son conceptos intercambiables, y tal vez sería preferible partir de entender aquellas *per relationem* a estas, ya que sustancialmente coinciden, y permiten mayor pureza metodológica, al consentir no pegarse en exceso a conceptos de Estado de índole politológica.

4. LA IMAGEN DEL ESTADO LIBERAL Y LA IMAGEN DEL SUJETO PRIVADO

4.1. La enseñanza tradicional nos ha puesto siempre de relieve que Derecho Público y Derecho Privado no son mas que dos facetas de la inescindible unidad llamada Derecho. El genio jurídico romano nos aleccionaba que *huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum*. Para el pensamiento jurídico más grande que ha conocido la Historia, uno y otro eran “posiciones de estudio”: sólo eso. Sin embargo, y de modo que resulta muy curioso, este punto de partida de la unidad no ha servido para

primar el aspecto de las relaciones entre Derecho Público y Derecho Privado, sino para, por el contrario, enfrascarse en los criterios de distinción de ambos, generando una literatura vastísima dedicada a esa tarea. La afirmación de la sustancial unidad, que nadie discute, ha generado mas bien un deseo de separación.

Las razones de ello son, como siempre acaece en estos casos, de una gran complejidad. Por ello, la única forma de orientarse en esta complejidad es la de ir al fondo radical del problema, y preguntarse por la razón de la dualidad, aunque no se la considere absoluta. No se trata de aceptar la existencia de un binomio Derecho público-Derecho privado, cuyos dos términos se postulan y se condicionan de manera recíproca, y, con base en todo ello, elaborar unos criterios que permitan la adscripción de “lo jurídico”, al área propia de uno u otro; mas bien se debe inquirir las razones de existencia del binomio. Tal indagación, se afirma una vez más, se debe desenvolver en la Historia.

Por de pronto, debemos renunciar aquí, pese a la famosa definición de ULPIANO (o quizás, por verdadera fidelidad a su espíritu) al legado romano: ni tuvo importancia la distinción *ius publicum-ius privatum* desde el punto de vista sistemático conceptual, ni determinó positivamente la solución de problemas prácticos; es cosa aparte que no eran siempre las mismas, y podían ser muy diferentes, las reglas con las que se solventaban los asuntos públicos y los asuntos privados, pero intentar clasificarlas bajo aquella distinción es una retroproyección, tal vez legítima desde un punto de vista lógico-didáctico, pero no desde el punto de vista histórico porque, en suma, no es sino el intento de explicar una época pasada con el lenguaje jurídico del presente.

El orden jurídico medieval puede suministraros una luz; pero en un sentido negativo.. En efecto, un trazo común de la riquísima experiencia jurídica del Medioevo es la *contaminatio* entre *res publica* y *res privata*. Es bien sabido que aquel orden construyó gran parte de sus categorías jurídicas con íntima mezcla de lo que hoy consideraríamos, aunque fuera convencionalmente, y sin mayores pretensio-

nes, relaciones jurídicas públicas y relaciones jurídicas privadas; si esto es así, demuestra por sí mismo, cuando menos, la inadecuación de nuestra dualidad para explicar aquella experiencia; y la razón de esa inadecuación sería que la tal experiencia no conocía las claves últimas de esa posible dualidad. Cabría preguntarse entonces cuáles serían las causas de dicho desconocimiento.

A nuestro modo de ver, todas se anudan alrededor del dato de que el orden jurídico medieval, como toda la civilización medieval, se ha formado en ausencia del protagonista que llamamos Estado. La civilización medieval no sintió la necesidad de llenar el vacío dejado por el Estado romano; eran demasiadas y demasiado fuertes las fuerzas disgregadoras de la sociedad, impulsadas por extremos particularismos jurídicos políticos y económicos. En este particularismo sólo cabe una construcción política teórica, el Imperio, que coexiste con infinidad de entidades políticas que no podemos llamar propiamente Estados, entre otras razones, pero no ciertamente la menos poderosa, la de que el poder político está ligado a los títulos jurídicos de apropiación de la tierra, inescindiblemente unido a ellos, de tal modo que ambos determinan las posiciones jurídicas de los miembros de cada comunidad de una manera ordenada y jerárquica, concebida por grupos, estable y estanca en sí misma: determinan *status*, en una palabra. De esta situación sólo cabe exceptuar a las ciudades, en la medida en que la vida urbana escapa, por la intensidad de la vida comercial, al pesado e inmóvil yugo de la economía agraria que está detrás de todos los complejos fenómenos que ponemos, un tanto convencionalmente, bajo el nombre común de feudalismo; pero las ciudades son, en aquel mundo, y en principio, islas separadas por vastos confines; y cuando ya dejan de serlo, no representan el mundo medieval, sino precisamente su declive y acabamiento.

No cabe, pues, en el análisis de la experiencia jurídica medieval ver signos operativos de una distinción entre *ius publicum* y *ius privatum*. Falta al sujeto titular del poder un nítido título del mismo que no tenga origen

patrimonial; falta, a la recíproca, al súbdito un ámbito propio de actuación que no venga determinado por una previa inordinación en la esfera política.

Con ello, se extrae la conclusión negativa de que se hablaba: sólo cuando sea posible o necesario imaginar o teorizar sobre una esfera de la vida social que se desenvuelve de manera autónoma con respecto a las relaciones de poder inmediatamente políticas, entendiendo por estas las que tienen un sujeto protagonista *ad hoc*, existente sólo para y por ellas, es decir, sólo cuando el individuo y el Estado asuman papeles diferenciados, podremos hablar de la presencia de ámbitos “privados” y “públicos”. Ámbitos que sustentarán su traducción a términos jurídicos y el nacimiento de la dualidad “Derecho público”-“Derecho privado”.

Con la inauguración de la Edad moderna se inicia el camino hacia el punto de llegada antes descrito. No sin vacilaciones, no sin perplejidades. Los siglos XVI, XVII y XVIII conservan la diferenciación entre *ius publicum* y *ius privatum* con el carácter de una entre las varias divisiones del Derecho; pero los fermentos nuevos se dejan sentir.

La constitución de la nación-Estado y la vuelta consiguiente contra la inacabada, pero siempre latente, idea del *Imperium mundi*, con su ideal de unificación jurídica (*unum sit ius cum unum sit imperium*) impulsaba la formulación de un *ius publicum*, que permitiera el gobierno de las nacientes entidades políticas. Empieza a consolidarse la idea, mas allá de puras clasificaciones del Derecho, del *ius publicum*, como el Derecho necesario a un sujeto público, el que le afirma y diferencia de otros sujetos de la misma índole: al fondo se divisa la idea de soberanía.

Ese *ius publicum* es, por esencia, de cuño nacional, y alienta por ello, aunque muchas veces de modo implícito, y no siempre coherente, un claro espíritu de diferenciación en relación con el *ius privatum*, que se identifica en una gran parte con el fenómeno del *ius commune*, al que se considera trascendente a las angosturas del territorio de los nacientes Estados. Ciertamente

que posteriormente se plantea la “nacionalización” del *ius privatum*, pero son otros tiempos, y otros contextos: la dualidad *ius publicum-ius privatum* ya estaba afirmada; precisamente por ello se puede proceder, sin temor alguno, a la “nacionalización”.

El proceso de enunciación sustantiva de un *ius publicum*, peculiar del sujeto público soberano, debe salvar un escollo más, y es el de que tal Derecho supondría la inmisión indebida en la esfera reservada a la política, a los asuntos del gobierno, a los *arcana imperii*. Frente a la tradición que quería al Príncipe *legibus solutus*, el *ius publicum* necesita configurarse a sí mismo como *ius*, mas allá de la pura formulación normativa de las inmunidades y privilegios del poder. No se ha deslizado con facilidad el Derecho público por esta vía, ni siquiera en el tiempo presente, pero la premisa de una cierta juridicidad trascendente a la soberanía y al puro arbitrio del sujeto público está en la entraña misma de la dualidad.

Ahora bien, debe quedar claro que el descrito proceso de autonomía categorial del *ius publicum*, que se reveló en la enseñanza académica y en la obra de los juristas teóricos del periodo, no tuvo como referente la configuración del *ius privatum* como ámbito de libertad del individuo frente al Estado: ante éste, contra la *potestas soluta legibus*, sólo resultan resistentes las prerrogativas y privilegios de los particulares (*iura quaesita*), con independencia de su origen y naturaleza, en tantas ocasiones del todo ajenos al concepto de *ius privatum*, tal como lo conocía la sistemática jurídica de la época pasada, si usamos, para entendernos, el lenguaje jurídico del presente.

Es precisamente este carácter del *ius privatum* como ámbito del individuo garantizado frente al Estado, y además garantizado precisamente por el *ius publicum* el que consolidará la dualidad en su aspecto más sustantivo, y en el que está radicada con mayor fuerza en el tiempo presente.

La articulación filosófica de este planteamiento se debe, como es sabido, a KANT. Con utilización de las pautas teóricas del racionalis-

mo jurídico, con las que logra una construcción absolutamente propia, KANT construye un Derecho privado, como Derecho del “tuyo” y el “mío”, derivado del estado de naturaleza, reconocible a priori, pero absolutamente necesitado del Derecho público para obtener la seguridad de su vigencia efectiva. Derecho público y Derecho privado son diferentes por su contenido: el del primero se limita a las garantías de las formas apriorísticas del tuyo y del mío.

Es fácilmente comprensible que tal articulación resultaba especialmente cara a un orden constitucional liberal, en el que la posición del individuo, por definición detentador del “tuyo” y el “mío” fuera globalmente garantizada por un Estado que asumiera tan solo el papel de guardián. Y tampoco es difícil entender que a partir de ella se favoreciera una construcción doctrinal y legislativa del Derecho privado, con independencia del Estado, y con absoluta separación del Derecho público.

Con todo lo dicho, se aprecia que la existencia de la dualidad va mucho mas allá de una necesidad clasificatoria sistemática; es el reflejo de los elementos profundos de legitimación de un dado orden constitucional; y a este dato no es indiferente el esfuerzo realizado para buscar las líneas delimitadoras de los confines entre los miembros de la dicotomía Derecho público-Derecho privado. Con más claridad: subrayar las íntimas implicaciones del Derecho público con el Derecho privado no favorece los esfuerzos legitimadores del orden constitucional liberal, que se funda precisamente en la aguda separación entre sociedad civil y Estado; a este orden le resulta grata la idea de una intrínseca apoliticidad del Derecho privado, que disfraza muchas veces de trascendencia histórica a través de la continuada pervivencia del *Corpus Iuris*, sin arañar lo más mínimo en los reales y bien diferenciados papeles que se hace jugar a sus textos, en cada época y para cada necesidad; y esa intrínseca apoliticidad de los textos de la tradición del Derecho Común venía favorecida por una construcción cada vez mas abstracta y formalista de la ciencia del Derecho Privado. Hasta la propia Escuela Histórica, cuyo papel

habría de ser tan determinante para la Ciencia del Derecho Privado, y cuyas motivaciones antiliberales eran muy profundas, sobre todo en su fundador SAVIGNY, se sentía mas cómoda con un orden jurídico cuyo contenido venía determinado por los sentimientos, ideas y costumbres del pueblo, ajenos, como manifestación del espíritu de éste, a un (para su pensamiento) artificial Estado.

4.2. Esa idea de apoliticidad (de la que se ha hablado al comienzo de este trabajo), que acaba por ser una suerte de moneda corriente entre los civilistas, y curiosa y paradójicamente, una señal de un *status* científico más elevado que el de los iuspublicistas, no es, por mucho que se piense, otra cosa que un mecanismo ideológico de enmascaramiento. Y lo es porque la reivindicación del iusnaturalismo racionalista de la prioridad de los valores individuales exige la reivindicación de un Estado funcional a los mismos. La constitución de una esfera *puramente* privada postula una esfera *puramente* pública, que lo es así precisamente porque es el soporte de aquella. La vieja frase de BACON: “*Tus privatum sub tutela iuris publici latet*”, que repetirá JELLINEK al afirmar que “sin Derecho público no es posible el Derecho privado”, conduce a una mala comprensión del sentido de la dualidad Derecho público-Derecho privado, si se la entiende mas allá de un punto de vista formal. En la raíz de la organización de la sociedad capitalista, fundada en la igualdad formal de los intercambios económicos y en la desigualdad real de los mismos, igualdad propia de un principio que afirma la prioridad de un individuo concebido como una mónada abstracta, la realidad es que, al igual que “el sábado se hizo para el hombre, y no el hombre para el sábado”, el Derecho público del orden liberal se hizo para el Derecho privado de la sociedad que pretendía regir.

4.3. Esa realidad marca unas características singulares del Derecho público de la época: en las formulaciones constitucionales se parte de la óptica del garantismo para definir su rela-

ción con la sociedad civil, con lo que su materia más propia vendrá a ser la organización de los poderes; traducido ello a los niveles del nascente Derecho Administrativo, significaba ver el principal objeto de éste en la actividad de policía, y sólo de una manera marginal, y para la promoción de los intereses de los particulares, en la de fomento: paradigmática puede resultar en este sentido la configuración inicial de la expropiación forzosa, precisamente la figura que está en los confines del corazón del sistema, la propiedad privada. Es la “necesidad pública” su espíritu originario, y en aquel contexto, necesidad pública no podía ser otra cosa que la conducente a la facilitación de la actividad de los particulares, y al mínimo mantenimiento de la infraestructura que sustentare la preponderante actividad de policía. Baste aquí recordar que el ingrediente de la garantía y el respeto a la propiedad privada primaban sobre otras consideraciones en el artículo 17 de la *Déclaration des droits de l'homme et le citoyen* que al mismo tiempo que afirma que la propiedad es *inviolable et sacrée* reconoce la posibilidad de la privación de la misma siempre que concurra la necesidad pública, legalmente constatada, y bajo la condición de una justa indemnización, formulación que por sí sola habla.

Y aún mas: la actividad jurisdiccional del tiempo cala sus finalidades mas profundas y estables en la solución de litigios entre particulares y el ejercicio del *ius puniendi* del Estado al servicio de una escala de valores congruentes con la época; y de ahí la precariedad de los instrumentos de justicia administrativa, también propia del momento histórico, dada la relativa innecesariedad de la misma, por esa primacía de la esfera del individuo frente a los poderes públicos, que se consideraba intocable por estos. Será precisamente la extensión de las finalidades del Ejecutivo, con su crecimiento, y el aumento de la exorbitancia de sus poderes, lo que demandarán en su momento un mayor y más afinado control, incluido el judicial, de sus actuaciones.

Es un dato de importante significación, en este contexto, y por ello digno de ser subrayado, el de la tipología habitual de las Constitu-

ciones de la época: normas que articulaban con minuciosidad lo que se conoce con el nombre tradicional de “parte orgánica”, dimensión superestructural, la más lejana de las relaciones entre organización política y sociedad civil; elencos de derechos individuales, apoyados en las ideas de libertad, propiedad y seguridad; escasa eficacia —por decir alguna— en las relaciones entre particulares, consonante con una general impermeabilidad de sus valores en el resto del Ordenamiento jurídico; en suma, un sistema constitucional flexible en su conjunto, en el sentido de que el andamiaje jurídico de la sociedad civil estaba deferido a la legislación ordinaria, en rigor al Derecho privado, principalmente a los Códigos civiles, por mas que se afirmase un principio de supremacía de la Constitución. Flexibilidad intrínseca, aunque no siempre se pudiera predicar de las constituciones como nota formal, en la elaboración tradicional que se remonta a Lord BRYCE: pero no deja de ser curiosa que la codificación napoleónica, el modelo de la gran codificación liberal, se hiciera bajo el imperio de una norma constitucional formalmente flexible, y que el modelo rígido de Constitución moderna, la norteamericana, impere en un mundo de no codificación, y que acabará abocado a la *judicial review*: ello no es obstáculo para que en alguna ocasión la formulación de los derechos individuales acuse la doble influencia de un sistema y otro; no demasiado extraño ello, en todo caso, desde un punto de vista ideológico sustancial. Lo cierto es que el Estado liberal no veía la encarnación de los valores profundos que estaba llamado a representar, en las Cartas constitucionales, porque los entendía amparados de modo suficiente en los Códigos, en los que visualizaba el viejo prestigio de las Declaraciones de derechos del iusnaturalismo racionalista: *Iura naturalia sunt immutabilia* parecía el lema que presidía la entera articulación del sistema, y bastaba a esos derechos enumerarlos en la Constitución y desarrollarlos en los Códigos. El par funcional Constitución-Código Civil se presenta como el verdaderamente relevante en la estructura global del Ordenamiento jurídico y político. Ellos solos, en casi exclusiva medida, contienen el diseño

liberal originario del Estado y la sociedad civil, y de las relaciones entre estos concebidas, por cierto, bajo el esquema de una profunda separación. Separación de público y privado, perfectamente consonante con la gran teorización económica que está en la base: la que predica como eje de la racionalidad de la economía la separación de la política

4.4. Todo ello era perfectamente congruente, como resulta muy conocido, con un Derecho privado que se concibe como un sistema de derechos subjetivos, un sistema basado en la noción de derechos subjetivo. Profundizar en él nos servirá para profundizar en la lógica del sujeto privado, y por consecuencia en la lógica de “lo privado”, a que se encadena secuencialmente el Derecho privado. Lo mismo que el Derecho público nos ha suministrado la imagen del Estado, el Derecho privado (que no es otra cosa que un sistema de derechos subjetivos) nos ha de suministrar la imagen del sujeto privado. Ahora bien, la determinación del concepto de derecho subjetivo no se puede lograr a través de una solución lógica; el concepto de derecho subjetivo tiene una propia historia (como, por otro lado, todos los conceptos jurídicos) y a ella hay que remitirse si se quiere una clarificación; el concepto de derecho subjetivo se resuelve en su historia.

Dicha historia se explica al hilo de las aportaciones de la escuela del Derecho Natural racionalista, cuyos presupuestos filosóficos conducían a una exaltación del individuo, al que se consideraba un dato anterior y prevalente a la vida social, individuo que por consiguiente portaba con sí un conjunto de derechos (*iura innata*) que necesariamente la colectividad debía reconocer. Tal exaltación del individuo era, por lo demás, extraordinariamente útil para hacer frente al poder del monarca absoluto, frente a todo poder público en general, afirmando la existencia de derechos individuales que garantizasen la libertad, la seguridad y la propiedad privadas de los particulares frente a las injerencias y desconocimiento de dichos poderes públicos.

La base de aquella exaltación se encontraba en la filosofía política y social del racionalismo, formulada en la época del *Ancien Régime*, y había de ser el sustento ideal de la revolución liberal burguesa que abatiría dicho Antiguo Régimen, con desaparición de todos los privilegios estamentales, e instauración, por consecuencia, de un estatuto de libertad igual para todos los ciudadanos; dicho estatuto de libertad e igualdad para todos los ciudadanos estaba destinado a funcionar no sólo en las relaciones entre ellos mismos, sino también ante los poderes públicos, convirtiéndose en un ámbito de inmunidad y de ausencia de control de la actividad de los particulares.

Esta construcción colocaba al individuo en el centro de la vida social y dejaba al Estado como funciones principales en el terreno de su acción interior precisamente las encaminadas a garantizar al individuo dicho papel central. El planteamiento resultaba perfectamente coherente con la formulación del Derecho público de corte kantiano cuya esencia era, precisamente, *ser* para el Derecho privado. Es más, para la teoría política y social de la época no existe un concepto de intereses generales que vaya más allá de su consideración como instrumento para la satisfacción de los intereses de los particulares. Un concepto de intereses generales de otras características podría haber fundamentado otro Derecho público y, en consecuencia, otro Derecho privado y, correlativamente, otra definición del ámbito propio de los particulares.

Con estas premisas es fácil darse cuenta que el derecho subjetivo resultaba colocado en un lugar de preeminencia frente al Derecho objetivo que era, principalmente, una creación del Estado. Tal concepción plasmó, en los textos fundamentales del naciente liberalismo, la Constitución y el Código Civil, que forman un par funcional, encaminado a salvaguardar por encima de cualquier otro valor, el del individuo. Así las cosas, el ordenamiento jurídico se configuraba como un sistema de derechos subjetivos.

4.5. Se hace necesario, para aprehender con plenitud los conceptos anteriores, una profundización en la “lógica del sujeto” que subyace a dicho sistema de derechos subjetivos. Es de todo punto evidente que si no se quiere caer en una insanable contradicción lógica, el derecho subjetivo sólo se puede predicar como un atributo jurídico del sujeto para la consecución de fines que se definen desde el sujeto mismo, desde lo que hemos llamado su “lógica”. Sería una petición de principio afirmar que el derecho subjetivo es el círculo de poder jurídico del sujeto, y que se es sujeto porque se es titular de derechos subjetivos. Hay que partir, inexcusablemente, de lo que el sujeto signifique para el Derecho, porque sólo así se sabrá el exacto significado y alcance de lo que hemos dado en denominar sistema de derechos subjetivos.

Se ha dicho antes que en su raíz están los fermentos ideológicos de la escuela del Derecho natural racionalista, que tuvieron su traducción a programa político en la revolución liberal burguesa, y su plasmación jurídica en su Constitución y en su Código. Hay, pues, un triple plano de reflexión. Uno, que podemos llamar ideológico, o si se quiere, filosófico. Otro, acerca de la constitución de la formación social hegemonizada por la clase burguesa. Un tercero, relativo al análisis formalmente jurídico. Veámoslos sucesivamente, de manera sumaria, y sin desconocer las inescindibles relaciones.

La escuela del Derecho natural racionalista es fruto principal de las ideas de la Reforma, y tiene sus mas lejanas fundaciones en el Humanismo del Renacimiento. El retorno al ideal de la Antigüedad grecolatina portaba en su seno la rebelión contra los dogmas, en su búsqueda del “hombre en cuanto hombre”. La religación con Dios es un asunto propio y espontáneo de cada individuo, absuelto de toda autoridad civil o religiosa, solo frente a su conciencia. Saber y verdad son frutos del intelecto individual. La razón se convierte en un atributo del individuo, en la decantada formulación cartesiana, dado que el espíritu, por el mero hecho de ser sujeto pensante, posee ideas innatas que le permiten el conocimiento.

Estas premisas suministraban los datos para una nueva concepción del Derecho, absolutamente alejada del *Ordo ordinatus a Deo*, propia del Medioevo. Su núcleo esencial era la creencia en un orden natural, cognoscible racionalmente, donde el individuo ejercita sus *iura innata* o *naturalia*, y concuerda su existencia en común con otros individuos a través del contrato social. La tríada estado de naturaleza, derechos innatos, y contrato social marcan una existencia jurídica por y para el individuo.

Este filón ideológico será el patrimonio común que llegará hasta las puertas de la Codificación. Mejor dicho, será una de sus puertas de entrada. Filón del que no cabe, empero, olvidar apreciables variantes, insertas no obstante en un ideal *continuum*, desde el contractualismo de GROCIO, tan fuertemente influido por la Segunda Escolástica española, HOBBS, y LOCKE, al sometimiento de la moralidad y la legalidad a la razón de PUFFENDORF y de THOMASIIUS, pasando por la construcción del Derecho *more geometrico* de LEIBNIZ y de WOLFF y de su escuela, hasta el racionalismo jurídico de DOMAT y POTHIER, premisa doctrinal directa de la codificación napoleónica, y que está ligada también a la codificación germánica de final del XIX, pese a alguna apariencia contraria.

Las anteriores ideas eran connaturales al enorme cambio social y económico que debía protagonizar la burguesía. El traspaso del modo de producción feudal al modo de producción capitalista, directamente provocado por la Revolución Industrial, o por ambiguos periodos intermedios, como es el caso de España, supone el abatimiento por la emergente clase burguesa de una aristocracia de rentistas, nutrida por un sistema económico fundamentado en la propiedad vinculada y la ausencia de un mercado auténticamente libre, intervenido por el Estado o gobernado por los gremios. La liberación de los vínculos de la propiedad y de las trabas del mercado pasaba necesariamente por la destrucción del sistema jurídico y político del llamado Antiguo Régimen, y esa destrucción significaba el advenimiento de

fórmulas jurídicas y políticas que tenían en su centro al individuo.

En efecto, el nuevo modo de producción capitalista, cuyo sujeto histórico hegemónico es la burguesía, se funda en una división social del trabajo, que opera bajo la forma específica del intercambio de productos individuales, mejor dicho, con la reducción a mercancías de todos los productos individuales, incluida la propia fuerza de trabajo. En esta característica se contrapone radicalmente al modo de producción propio del Antiguo Régimen, en el cual la inordinación subjetiva y jerarquizada de los diversos agentes productivos explica su estructura. Las relaciones sociales de producción capitalistas se manifiestan a través de vínculos objetivos; las relaciones sociales de producción feudales lo hacen a través de vínculos subjetivos. La historia jurídica y política de la caída del Antiguo Régimen no es sino la historia de la abolición de esos vínculos subjetivos, conectados a una sociedad estamental y fuertemente jerarquizada. Es, por consiguiente, una historia de afirmación del individuo.

Tanto la ideología del Derecho natural racionalista como las exigencias de desarrollo de la nueva estructura de la sociedad tuvieron una precisa traducción en el terreno de lo jurídico. No podía ser de otro modo.

Por un lado, la idea de los derechos innatos, poseídos por el individuo, por el mero hecho de su existencia, atributos naturales por ello, era incompatible con toda idea de desigualdad jurídica entre los hombres. La teoría contractualista de la sociedad y del poder político suponía la afirmación de que el hombre era, en su esencia, un dato presocial, una mónada aislada, juez único de su propio interés.

Por otro lado, y del mismo modo, una sociedad cuyo *novum* con relación a la que pretendía sustituir era la inexistencia de relaciones subjetivas de dominación, no podía consentir mecanismos de desigualación jurídica de los consociados. Basada su articulación en el libre intercambio de mercancías (y todo producto, incluso la capacidad de producir, era mercancía), debía elevar las determinaciones de la vo-

luntad de los individuos a la regla fundamental de aquel intercambio.

4.6. Todo lo anterior confluía en un concreto entramado jurídico del que era la pieza estructuralmente necesaria la igualdad jurídica de todos los hombres. Pero obsérvese que esa igualdad, en tanto en cuanto jurídica, y en tanto en cuanto predicable de todos, debía afirmarse con independencia de las reales condiciones sociales de los concretos individuos.

Era, en consecuencia, una igualdad formal. Por ello, establecida ésta, al orden jurídico liberal le era indiferente, indiferente en el sentido de que le era necesario ignorarla, cual era la real situación de poder social en la cual los individuos intercambiaban sus mercancías, o si se quiere decirlo con terminología mas jurídica, en qué condiciones reales ejercitaban sus derechos, y aún más en concreto, en qué condiciones contrataban.

Por lo mismo, debía de partir de la consideración de que el individuo gozaba de un ámbito económico en el que las determinaciones de ejercicio correspondían en exclusiva a su titular: de nada habría servido el establecimiento de una igualdad formal en el intercambio de las mercancías, si el título jurídico de las mismas hubiera venido sometido a condicionantes por los poderes públicos o vinculado a relaciones de encuadramiento jerárquico con otros individuos. En pocas palabras, el nuevo orden necesita una libertad de contratar, gobernada por la igualdad formal, para hacer circular bienes, cuyos titulares no estén sometidos a limitaciones importantes de ejercicio, es decir, gocen de una propiedad tendencialmente ilimitada.

En este planteamiento, dicho nuevo orden resultaba incompatible con el anterior, donde los presupuestos de la adquisición, transmisión y ejercicio de los derechos venían ligados a un determinado puesto en el tejido social, es decir, a un *status*. La variedad de estos en el Antiguo Régimen era ciertamente impresionante. No se trata aquí de hacer un elenco, sino de manifestar la idea de que su articulación normativa, que involucraba casi todas las manifestaciones

existenciales del individuo, suponía la minuciosa reglamentación de actividades repartidas por diversos y rígidos estamentos sociales, actividades ligadas de manera inescindible a la pertenencia a ellos: la familia, el gremio, las relaciones señoriales, las corporaciones públicas. Minuciosa reglamentación que no partía de la premisa de una igualdad jurídica y que, al no partir de ésta, configuraba un sistema jurídico basado sobre el privilegio. Una compacta red de privilegios (incluidos los odiosos), determinados en función de una gran variedad de *status*, puede ser una definición bastante aproximada del Derecho del Antiguo Régimen.

Frente a esta situación, el reto del orden jurídico emergente era el de configurar un Derecho cuyo presupuesto de aplicación fuera la simple cualidad de hombre. Se debe aquí poner de manifiesto que para este objetivo y, pese a una difundida actitud sobre la intemporalidad e intercambiabilidad de los conceptos del Derecho Romano, éste era prácticamente inutilizable.

Ese reto asumía, además, el aspecto de un “ideal técnico”, secuencial a los motivos filosóficos, económico-sociales y jurídicos ya puestos de manifiesto. Era el de una legislación general, clara y simple, y ninguna puede serlo si se funda en diferencias subjetivas por la clase o condición social, el oficio, la religión, la nacionalidad, la raza, el sexo, el estado familiar.

Ideal técnico de simplificación y aplicación del Derecho basado en la sola cualidad de hombre tenían por fuerza que producir un determinado modelo de sujeto de derecho: el del sujeto de derecho único, *condicio sine qua non* de la aplicación de un Derecho “igual” para todos los destinatarios de las normas, que por definición debían ser intercambiables.

Se cierra así el trayecto lógico del sujeto de derecho que resplandecerá en la Codificación, obra jurídica magna de la burguesía hegemónica, y que tendrá su puntual reflejo en las Constituciones también protagonizadas por ella. El concepto de igualdad formal, el ideal de una legislación general, clara y simple, abocan a una técnica, de sujeto de derecho único

que, para serlo, sólo puede ser el hombre, sin ningún atributo social diferenciador, concepto, ideal y técnica que se presuponen unos a otros y se condicionan recíprocamente. Sujeto de derecho único, el hombre, y formalmente igual a sí mismo en cualquier condición social, lo que conlleva, de manera implícita, dos notas esenciales: es un sujeto privado y es un sujeto abstracto. Propietario abstracto, contratante abstracto, destinatario de normas abstractas, y por ello generales, tal es el sujeto que vemos resplandecer en los Códigos Civiles.

4.7. En efecto, y se debe subrayar, con la nota de abstracción del sujeto era correlativa la de la generalidad de la ley. El destinatario abstracto del Derecho objetivo sólo lo podía ser de una norma que tuviera ese carácter de generalidad. Ahora bien, esa nota no era sino trasunto de la propia configuración del Estado liberal de Derecho, que se establece y manifiesta con el predominio de la ley así entendida, y por una razón muy simple: en su esencia estaba el definir la posición del sujeto desde el ámbito de la garantía entendida como inmunidad, es decir, la definición negativa de un espacio que sólo se puede realizar a través de límites externos, lo que conduce irremediabilmente a la abstracción y, de ahí, a la generalidad. Ahora bien, ello no era sino el instrumento querido de un Derecho formalmente igual para todos, en la que funcionaban como elementos de legitimación política la conexión de los vectores de libertad civil y expresión de la *volonté générale*, propios de pensamientos (por otro lado, con profundas disparidades) que tanto hubieron de influir en la concepción liberal.

4.8. Ahora sí podemos dar por cerrado el arco histórico, filosófico, jurídico y político que explica la relación entre Códigos decimo-

nónicos y Derechos fundamentales, relación dual formalmente entre dos elementos de la Constitución material, la Constitución-ley (o Constitución formal) y el Código, relación que parte de un Derecho público para servir al sujeto privado, sujeto privado concebido como una pura abstracción.

Este planteamiento lleva en sí mismo los elementos de su propia crisis, pues ha expulsado a la clase obrera y, en general, a todos los que no son *beati possidentes*, de su integración en el sistema Constitución-Código. Más pronto que tarde, se abrirán los tiempos de la «cuestión social» que cursarán precisamente como encarnaciones del sujeto abstracto: en trabajador por cuenta ajena, en cultivador no propietario de la tierra, en arrendatario de una vivienda que no le pertenece, más tarde en consumidor.

El viejo sujeto abstracto de los Códigos tendrá apellidos, conectados con las exigencias de los excluidos por los mismos Códigos; las Constituciones desde Weimar en adelante vendrán obligadas a declarar, de una manera u otra que «la propiedad obliga» (*Eigentum verpflichtet*, en el legendario dicho de aquella alemana), es decir que tiene una «función social»; el Estado, ya no viable como Estado monoclásista, se verá obligado a intervenir masivamente en la economía; el contrato, como instrumento del Mercado, dejará de ser el reino de la autonomía de la voluntad; finalmente, «la dignidad de la persona» abrirá el camino hacia ese choque impresionante entre los derechos fundamentales de primera y segunda generación, y aún de la tercera, y el Derecho Privado, que es la *drittwirkung der Grundrechte*. Todo esto es también historia; pero historia aún viva en el presente que fluye, y fluye hacia un incierto futuro. Pero no eran estos los tiempos de los que queríamos ocuparnos y, forzosamente, el discurso se interrumpe aquí.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

(Se relacionan las obras que tienen un muy conocido y acreditado carácter de referencia, incluso obras clásicas del pensamiento filosófico moral o jurídico político; sólo se utiliza otro tipo de literatura para el apoyo de una posición concreta del autor o de otros)

1. La aproximación de FEDERICO DE CASTRO, **Derecho Civil de España**, Vol. I., Madrid., 1949., a la problemática de que aquí se trata estaba fuertemente condicionada por su época histórica y sus particulares posiciones personales; pero en orden a las conexiones esenciales de que aquí se habla no le pasaron desapercibidas; también en esto se manifiesta su principado científico.
2. Una sugestiva visión de la formación del Derecho Civil de cuño románico se debe a un jurista del sistema angloamericano: A. WATSON, **Making the Civil Law**, Cambridge (Massachusetts), 1981.
3. Ha quedado en un cierto olvido la otrora notoria tesis de A. REINACH, **Los fundamentos apriorísticos del Derecho Civil**, Barcelona, 1934, que pretende encontrar dichos fundamentos desde un cierto punto de vista fenomenológico, pero en conclusión parecido al de las teorías de la escuela católica del Derecho Natural. En cualquier caso, criptounaturalismo que se niega a hacer las cuentas con la Historia: productos intelectuales para creyentes, no para científicos, que diría DUGUIT.
4. Sobre el nacimiento de una ciencia jurídica como sistema, es de ineludible referencia el monumental libro de PAOLO CAPPELLINI, **Systema Iuris**, I. **Genesi del sistema e «nascita» della scienza delle Pandette**, Milano, 1984; II. **Del sistema alla teoria generale**, Milano, 1985.
5. La lógica del sujeto fue inaugurada por G. PUCHTA, según es aceptado de manera común, desde su afirmación del carácter del principio de personalidad (*Recht der Persönlichkeit*, que en su obra se entiende como el «derecho del sujeto» en cuanto «sujeto abstracto») como fundamento de todo el sistema de relaciones jurídicas, que vertebraba su fundamental **Cursus der Institutionen**; dividido en dos partes: **Geschichte des Rechts** y **System und Geschichte** (maneja su undécima edición al cuidado de KRUGER, Leipzig, 1893) *Ad rem*, K. LARENZ, **Methodenlehre der Rechtswissenschaft**, 1979, traducción española de RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, 1980.
6. La lapidaria identificación entre Código Civil y Derecho Civil se debe a R. SAVATIER, **Du Droit civil au Droit Public a travers les personnes, les biens et la responsabilité civile**, Paris, 1950.
7. A esa no estatalidad del Derecho de la Edad Media, sólo una excepción cabe invocar, y aún así es una excepción sólo de manera relativa, y es la referente a la legislación de Partidas. Digo de manera relativa porque es bien sabido que hay grandes dudas sobre cuando entraron en vigor, y en todo caso su aplicación (y no sólo en Castilla, sino también en territorios del Reino de Aragón, y muy en especial en Cataluña, donde fueron traducidas por obra de Pedro IV) se debió a que eran una suerte de versión romance del Digesto, de gran perfección técnica para la época, y que venían a sustentar su autoridad no tanto en alguna promulgación regia cuanto en su intrínseca autoridad, por ser precisamente, y en gran medida, traslación del Derecho Romano (*«Pandectae castellanae»*, las llama con indisimulada admiración el Cardenal DE LUCA, en el excelso *Theatrum Veritatis et Iustitiae*). Sobre Las Partidas y toda la turbulencia que acompañó a la obra legislativa de origen alfonsino, de la que llegaron a estar vigentes (se diría con mas propiedad en circulación) más de tres versiones distintas, avanzado el siglo XVI, puede verse todavía útilmente lo expuesto por A. GARCIA-GALLO, en **Manual de Historia del Derecho Español**, Vol. I, Madrid, 1971.
8. Sobre el fenómeno de la progresiva estatalización del Derecho, con grandísima autoridad, y larga perspectiva de miras (aunque no comparto algunos aspectos críticos), el conjunto de ensayos de PAOLO GROSSI, recogidos en libro con el título **Assolutismo giuridico e diritto privato**, Milano, 1998.
9. Para una mayor ilustración del fenómeno de la descodificación, séame permitido remitir a LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Constitución, Código y leyes especiales: reflexiones sobre la llamada descodificación*, en **Centenario del Código Civil, Asociación de Profesores de Derecho Civil**, II, Madrid, 1990.
10. Sobre el concepto de Constitución material, la referencia inevitable es al padre de la teoría, C. MORTATI, **La costituzione in senso materiale**, Milano, 1998, reimpresión con estudio preliminar de G. ZAGREBELSKY. La obra de Mortati nace en pleno régimen fascista (1940), y con un cierto propósito de legitimación de este. Sin embargo, por

las razones que muy bien apunta ZAGREBELSKY en el estudio preliminar, el consenso científico sobre la validez del concepto de «constitución en sentido material» es altísimo. Es verdad también que el propio MORTATI, que nunca renegó de este aspecto esencial (si no el más esencial) de su obra, presenta una versión más acorde con los principios democrático en ese gran trabajo recapitulador de su obra que es **Costituzione (dottrine generali)**, voz en **Enciclopedia del diritto**, XI, Milano, 1962.

11. La referencia de BOBBIO se contiene en **Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto**, 1984.
12. Las tesis de BOBBIO, por mí aceptadas, en **Stato Governo Società**, 1985. Sobre la teoría del Estado, utilísimos M. FIORAVANTI, **Stato (storia)**, *Enciclopedia del Diritto*, XLIII, y E. TOSATO, **Stato (diritto costituzionale)**, *Enciclopedia del Diritto*, XLIII.
13. El estudio de P. BARCELLONA, **Diritto privato e processo economico**, 1974, es esencial para entender la llamada «ideología de la separación». Con otro aliento, N. IRTI, **Società civile**, 1992.
14. Todavía muy útil para el tema de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, M. GARCIA PELAYO, **Derecho público** en **Enciclopedia jurídica Seix**; una perspectiva marxista, en U. CERRONI, **Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico**, *Riv.int.fil.dir.*, 1960. Esencial, en la opinión de K. HESSE definitivo, M. BULLINGER, **Öffentliches Recht und Privatrecht**, 1968. Desde el punto de vista histórico, canónico el trabajo de M. KASER, **Ius publicum-Ius privatum**, *Studia et Documenta Historia et Juris*, XVII, 1951.
15. El ordenamiento jurídico medieval es una experiencia llena de otros ricos fermentos, y singular periodo de un Derecho sin Estado. Sobre estas cuestiones, es de imprescindible lectura el magistral **L'ordine giuridico medievale**, Roma-Bari, 1995, de P. GROSSI.
16. Clásico en la materia de las relaciones entre ideologías y Derecho Privado, G. SOLARI, **Filosofia del diritto privato: I. Individualismo e diritto privato**, 1911; **II. Storicismo e diritto privato**, 1940; **III. Socialismo e diritto privato**, edición postuma al cuidado de U. UNGARI, 1980.
El más significativo texto de KANT, en la formulación «liberal» del derecho es la notoria **Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre**, 1797, aunque sea editada habitualmente como parte I de la **Metaphysik der Sitten**.
17. WINDSCHEID, **Lehrbuch der Pandekten**, 5ª ed, 1879. La reacción anticonceptualista de IHERING (**Das Zweck im Recht**, 1880; **Scherz und Ernst in der Jurisprudenz**, 1884) no puede ser interpretada sin más como un abandono de una metodología formalista. La obra capital de la Escuela Histórica es, como resulta muy sabido, la de F.C v SAVIGY, **System des heutigen römischen Rechts**, 1840-1849. Sobre SAVIGNY, WINDSCHEID e IHERING, **Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistes Geschichte**, 4ª ed., 1960, de Erik WOLFF.
19. La frase de BACON se contiene en **De dignitate et augmentis scientiarum**, 1623.
20. Clave de la teorización garantista fue el concepto de derecho público subjetivo vid. W. JELLINEK, **System der subjektiven öffentlichen Rechte**, 1892, precursor, GERBER, **Über öffentliche Rechte**, 1852; ilustre seguidor, S. ROMANO, **La teoria dei diritti pubblici subiettivi**, en el **Trattato di diritto amministrativo** al cuidado de V. E. ORLANDO, I, 1900. Para un análisis moderno del fenómeno, y con relación específica a los Códigos Civiles, D. CORRADINI, **Garantismo e statualismo. Le codificazioni civili del ottocento**, 1986.
21. No se dispuso de una gran obra sobre el significado histórico de la expropiación forzosa hasta la monumental monografía de L. LACCHÈ, **L' espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell' ottocento**, Milán 1995; de utilidad todavía la descarnada exposición de MOTZO-PIRAS, **Espropriazione e pubblica utilità**, *Giurisprudenza costituzionale*, 1959; muy ilustrativo para la particular deriva del ordenamiento jurídico español, A. NIETO, **Evolución expansiva del concepto de la expropiación forzosa**, *Revista de Administración Pública*, 37, 1962.
22. Sobre el significado político del proceso, dos perspectivas diversas ideológicamente ilustran el argumento: M. CAPELLETTI, **Ideologie e processo**, 1969; G. TARELLO, **Dottrine del processo civile. Studi storici sulla formazione del diritto processuale civile**, 1989.
23. El valor normativo de la Constitución enfrenta, bien que sutilmente, en Derecho Español, a E. GARCIA DE ENTERRIA, **La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional**, 1981, con A. NIETO, **Peculiaridades de la**

norma constitucional como norma jurídica, *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, éste con mayor finura a la hora de distinguir efectos, no siempre iguales, de las normas constitucionales. No obstante, hay que acreditar a la primera de las obras una gran influencia a la hora de impedir el progreso de alguna jurisprudencia que, contra todo sentido, incluido el común, quería ver las normas de la Constitución como «puramente programáticas».

24. La aceptada distinción «Constitución rígida-Constitución flexible» procede de la obra de Lord BRYCE, **Flexible and Rigid Constitutions**, en *Studies in History and Jurisprudence*, I, 1901.

25. Sobre la *judicial review*, baste enviar a L.M. FRIEDMAN, **A History of American Law**, 1973, y a L.M. TRIBE, **American Constitutional Law**, 1978.

26. Para las relaciones entre Constitución y Código, B. CLAVERO, **Origen constitucional de la Codificación Civil en España (Entre Francia y Norteamérica)**, en *Derecho Privado y Revolución burguesa*; F. GALGANO, **Il diritto privato fra Codice e Costituzione**, 1978; F. TOMAS Y VALIENTE, **Códigos y Constituciones**, 1989; B. CLAVERO, **Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio**, en *Quaderni fiorentini*, 19, 1989. Véase también mi obra citada en nota 9.

27. Me refiero, como resulta notorio, a Adam SMITH, **An Inquiry into the Nature and the Causes of the Wealth of Nations**, 1776.

28. La bibliografía sobre el derecho subjetivo es interminable. No obstante, se pueden considerar hitos especialmente apreciables los que marcan los siguientes autores, en las obras que se indican: G. GORLA, **Commento a Tocqueville. "L'idea dei diritti"**, 1948; J. DABIN, **Le droit subjectif**, 1952; DE CASTRO, **Parte general**, I, 1949; M. VILLEY, **Les origines de la notion de droit subjectif**, en *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, 1957; R. ORESTANO, **Azione (storia del problema)**, voz en *Enciclopedia del diritto*, 1959; **Diritti soggettivi e diritti senza soggetto, Jus**, 11, 1960; H. COING, **Zur Geschichte des Begriffs «subjectives Recht»**, en A.A.V.V., *Das subjective Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, 1959; L. RAISER, **Der Stand der Lehre vom subjectiven Recht in deutschen Zivilrecht, Juristenzeitung**, 1961; A.A.V.V., *Archives de Philosophie du Droit*, IX, **Le droit subjectif en question**, 1964; W. CESARINI-SFORZA, voz **Diritto soggettivo**, en *Enciclopedia del diritto*, 1964.

29. Sobre la Escuela del Derecho natural racionalista, G. SOLARI, **Individualismo e diritto privato**, cit.; M. WALLINE, **L'individualisme et le Droit**, 1949; F. CALASSO, **Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano**, 1959; G. TARELLO, **Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto**, 1976; A. CAVANNA, **Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico**, 1979; V. PIANO MORTARI, **Gli inizi del diritto moderno in Europa**, 1980; J. PARICIO y A. FERNANDEZ BARREIRO, **Historia del Derecho Romano y su recepción europea**, 1995.

30. La referencia a B. PASCAL es a su archiconocido **Discours de la methode, pour bien conduire la raison et chercher la vérité dans les sciences**, 1637

31. Sobre el punto de la influencia de la segunda escolástica, esencial **La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno**, *Atti a cura di PAOLO GROSSI*, 1973.

Respectivamente, por el orden de cita en el texto, en las siguientes obras capitales: *De iure belli ac pacis*, 1625; *Leviathan*, 1651. *Two Treatises of Government*, 1690; *De iure naturae et gentium*, 1672; *Fundamenta iuris; Nova methodus discenda docendaeque jurisprudentiae*, 1667 y *Ratio corporis iuris reconcinandi*, 1668; *Jus naturae methodo scientifica pertractatum*, 1748; *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, 1689

32. Obras de R.J. POTHIER: **La coutume d'Orleans, avec des observations nouvelles**, 1760; *Pandectae justinianae in novum ordinem digestae cum legibus codicis et novellis*, 1748-1752; *Traites (des obligations; du contrat de vente; du constitution de rente; du contrat de louage; du contrat de bail a rente; de la société; des contrats de louage maritime; de cheptels; des contrats de bienfaisance; du contrat de prêt de consommation; du contrat de dépôt et de mandat; Appendice du quasi contrat negotiorum gestorum; du contrat de nantissement; des contrats aléatoires; du contrat de mariage; de la communauté; du douaire; du droit de domaine de propriété; de la possession et de la prescription; sur différentes matières de droit civil et de jurisprudence française)*, editados entre 1761 y 1774.

33. Sobre el traspaso del régimen feudal al modo de producción capitalista o industrial, las páginas canónicas de K. MARX, **Das Kapital. Kritik der politischen Oekonomie**, I, 1867. Ilustración para España, M. ARTOLA, **Antiguo**

Régimen y revolución liberal, 1978. Desde un punto de vista específicamente jurídico, y otros supuestos ideológicos, que no invalidan el brillante análisis, F. WIEACKER, **Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft**, 1953.

34. La parábola de la igualdad formal, desde un sistema de *status* al abstracto sujeto propietario puede venir suficientemente comprendida con la consulta de las siguientes obras: H.S.MAINE, **Ancient Law: Its Connections with Early History of Society and Its Relations to Modern Ideas**, 1861; G. TARELLO, **Ideologie settecentesche della codificazione e strutture dei codici**, en A.A.V.V., **Introduzione teorica allo studio del diritto**, 1984; B. CLAVERO, **Derecho y privilegio**, *Materiales*, 4, 1977; P. BARCELLONA, **L'individualismo proprietario**, Torino, 1987; G. AMATO, **Il soggetto e il soggetto di diritto**, 1990.

35. Sobre toda cuestión terminológica, de evolución histórica, de fundamentación técnica, garantías y expansión internacional, y, en suma, de cualquier aspecto general de los derechos fundamentales, la referencia imprescindible es al **Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General.**, Madrid, 1999, de G. PECES-BARBA MARTINEZ, con la colaboración de R. DE ASÍS ROIG, C. R FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS CHACÓN

Fecha de recepción de originales: 3 de mayo de 2007.

Fecha de aceptación de originales: 29 de mayo de 2007.