

NOTAS EN TORNO A LAS RELACIONES ENTRE EL PODER Y LA LEY EN LA HISTORIA DEL DERECHO

ITALO MERELLO ARECCO
Universidad Católica de Valparaíso

1. La ley positiva secular se divide en una doble acepción: pública, cuando emana de la potestad política, y privada, cuando se trata de normas establecidas por los particulares en relación con el ámbito de lo que les pertenece. Se trata de una vieja distinción que ya se conoció en la república romana, donde eran cosas diversas la ley comicial (*lex rogata*) y la ley negocial (*lex conventionis*), respectivamente. Pero aun cuando para la dogmática moderna la existencia de la ley privada ofrece problemas que no se presentan en torno a la ley pública, aquélla, sin embargo, ha contado con un indiscutido reconocimiento en las fuentes históricas del derecho.

La ley privada envuelve un concepto lato dentro del cual no sólo se incluyen los acuerdos vinculantes o negocios que los particulares puedan concertar entre sí, sino también las declaraciones unilaterales de voluntad por la que éstos disponen o gravan algo de lo que es suyo: es, por ejemplo, la diferencia entre la ley del contrato (*lex contractus*) y la ley del testamento (*legem testamento dicere*), doble vertiente que los juristas romanos califican unitariamente como *legem rei suae dicere*, ley dictada para sus propias cosas.

En el ámbito negocial la más palmaria aceptación de la ley privada la constituye la ley del contrato, categoría que, incluso, aparece reconocida por nuestra legislación positiva en el art. 1545 del Código Civil: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes...".

El testamento y sus disposiciones particulares denominadas legados son también claros ejemplos de leyes privadas, pues constituyen actos de voluntad dispositiva que el testador hace sobre su propio patrimonio. No ha de resultar extraño por eso que tanto en la doctrina moderna como en el hábito forense se habla del “imperio del testamento”, como igual se dice del “imperio de la ley”, expresión con la que se quiere destacar el carácter de imperatividad que presupone toda ley como acto de voluntad dimanada de quien posee poder. Todavía una curiosa observación derivada del estudio histórico conduce al descubrimiento que la forma más arcaica del testamento romano revistió el carácter de una ley pública que se realizaba ante los comicios por curias (*testamentum calatis comitiis*); en los legados, en cambio, su carácter de ley subyace en el mismo nombre asignado a esta liberalidad por causa de muerte: *legatum* proviene de *legere* o *ligare*, término de donde verosíblemente deriva la palabra ley. En fin, la procedencia del recurso de casación en el fondo por infracción a la ley del contrato como a las cláusulas testamentarias, reafirman el carácter de leyes privadas que hoy asumen tanto una como otra, las cuales si bien no constituyen leyes *stricto sensu*, atribuible sólo a la ley pública o constitucional, hallan cabida dentro de la palabra ley del art. 767 del Código de Procedimiento Civil: “El recurso de casación en el fondo tiene lugar contra sentencia pronunciada con infracción de ley siempre que esta infracción haya influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia”.

Mientras la ley pública general ha sido siempre la ley por antonomasia, la ley privada, en cambio, ha recibido diversas denominaciones: en Roma, ley de la venta (*lex venditionis*), ley del arrendamiento (*lex locationis*), ley de la donación (*lex donationis*), etc., pues raramente se habría utilizado allí la expresión *lex privata* u otra genérica similar, la que aparece sólo una vez en las fuentes jurídicas, en un texto de Ulpiano que se recoge en los *Digesta* (8.4.13. *Ulp. 6 opin.*): “Aunque por medio de una ley privada no se puede imponer una servidumbre al mar, que por naturaleza

está a disposición de todos..."¹. En las fuentes medievales castellanas, en cambio, con frecuencia se habla de postura, manda, vocablos que envuelven en sí, más una alusión a la declaración potestativa del disponente —propia de toda ley—, que una referencia a figuras o instituciones jurídicas específicas: postura, como lo puesto o impuesto en un negocio o contrato, y manda, como la asignación singular ordenada o mandada en el testamento (legado).

Pero, como se ha visto, si la palabra ley ha servido para designar diversas realidades jurídicas, existe una noción omnicomprendensiva de la misma: declaración potestativa que un sujeto hace sobre las cosas de su competencia y que vincula tanto al declarante como a sus destinatarios. Tal sujeto agente puede ser un órgano del pueblo (ley pública) o el padre de familia (ley privada), pues por tener ambos una zona de atribuciones que les es propia —lo suyo de uno y otro (*res publica* y *res privata*, respectivamente)—, pueden en relación con ellas establecer declaraciones de carácter impositivo.

2. Una tipología especial de ley lo constituyó el privilegio que, históricamente, es un tipo de ley pública no general. De este modo, en lugar de la artificiosa distinción entre *leges rogatae* y *leges datae* —que se hizo extrapolando a la realidad romana la distinción moderna entre leyes y decretos— se ha propuesto una clasificación de leyes públicas más genuinamente clásica: *generalia iussa* (leyes rogadas) y *privilegia*, con lo que se sustituye el antiguo criterio de la distinta fuente orgánica por el de la diversa destinación.

El carácter de ley pública que tiene el privilegio proviene del órgano que lo genera —el príncipe o quien ejerce funciones públicas derivadas de las concesiones de inmunidad—, aunque su destinatario no es toda la comunidad sino ciertas y determinadas personas. Esta disociación entre la fuente de producción del privilegio (un órgano público)

¹ Quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest...

y sus destinatarios (no todo el pueblo) ha hecho que al conceptualizarse el privilegio se destaque su naturaleza híbrida, entre ley pública y privada. Así San Isidoro (560-636) en sus *Etymologiae* (20.5.18) dice que “los privilegios son leyes dadas para personas particulares, como si se dijera leyes privadas”². Por su parte el canonista Graciano del s. XII en un venerable texto del derecho canónico clásico, el *Decretum* (16.25.1), sigue la misma línea de pensamiento que el santo hispalense: “Se habla de privilegios como si se dijera leyes privadas por aquello de que él impone una ley privada para los particulares”³; en las Partidas (3.18.2), en cambio, con una mejor percepción del problema, se acentúa el carácter de ley pública que reviste el privilegio, ya que se le define como “ley que es dada o otorgada del rey apartadamente a algun lugar o algun ome para fazerle bien e merced”.

Etimológicamente se ha pretendido establecer que la voz *privilegium* proviene de *privatus* y *lex* o *legium*; pero, si en su consideración formal los privilegios son leyes singulares, en su contenido importan siempre un beneficio o situación favorable para alguien —una persona, grupo o estamento—, a quien se coloca en una posición de excepción. Otorgados por vía de concesión de un provecho o dispensa de una carga, la existencia de privilegios configura una sociedad en la que los hombres no son jurídicamente iguales, sino que su condición ante el derecho depende del grupo o estamento en que se hallaban ubicados.

El período histórico de proliferación de los privilegios fue la Edad Media con su sociedad de estructura estamental, no igualitaria, pues fue precisamente la concesión de privilegios el medio como los estados sociales —estamentos— configuran su condición; por el contrario, los privilegios que gozaba la nobleza fueron abrogados por los principios igualitarios que trajo el liberalismo decimotercero y decimonónico.

² Privilegia sunt leges privatorum, quasi privatae leges.

³ Privilegia namque dicuntur quasi privata legia, eo quod privatam legem singulis generent.

3. Lo dicho hasta este instante nos lleva a postular dos principios: (i) que el núcleo conceptual de la ley lo constituye la potestatividad, esto es, el ser una declaración de poder de un sujeto, una normatividad potestativamente constituida, y (ii) que, por lo tanto, el carácter de generalidad que se le asigna a la ley en relación con la medida indeterminada de personas a las que ha de regir o el número de situaciones para las cuales ha sido establecida, reviste tan sólo un carácter secundario a objeto de precisar su noción. Así, la calificación de públicas que se les atribuye a ciertas leyes surge del órgano de donde ellas dimanen (el poder político o público) y no forzosamente del alcance general que ha de tener su contenido, pues no afecta a la condición de públicas el hecho de que la normatividad que dichas leyes establecen diga relación con determinadas personas o situaciones. En consecuencia, toda ley es un acto de poder, ya privado (ley privada) o público (ley pública), con lo que toda ley es positiva, esto es, impuesta a sus destinatarios por un órgano dotado de potestad. El decretar, constituir, preceptuar, establecer, reglar, etc., son algunas expresiones en las cuales se aprecia ese carácter potestativo que toda ley lleva consigo, vocablos que, sustantivados, han servido a través del tiempo para designar diversas formas de ley: decreto, constitución, precepto, estatuto, regla o canon, etc.

Siendo tan estrecha la relación que existe y ha existido entre el poder y la ley, según se desprende de lo ya afirmado, vemos que las vicisitudes que sufre el poder gravitan sobre el ser de la ley: su alcance, importancia, caracteres, etc. Reflexionar someramente sobre algunos aspectos de esta realidad es el propósito de este artículo, pero cuanto se diga acerca de ella deberá entenderse referido, naturalmente, a la ley pública, la ley por excelencia.

4. En la historia es posible observar que cuando la ley decae como fuente del derecho, tal fenómeno resulta ser un efecto de la fragilidad que el poder —su causa eficiente—

padece en ese momento. Sin embargo, la validez de esta afirmación no calza aplicada a un período tan importante como lo fue la república romana, ya que en ella existieron órganos de potestad política perfectamente configurados y eficaces —las magistraturas—, pero que, a pesar de ello, no intervinieron en la gestación del derecho por vía legislativa. Esta situación se explica por cuanto el derecho se consideró socialmente una esfera que escapa a la competencia de las magistraturas —también de los comicios y el senado—, un objeto sobre el cual el poder carece de capacidad para discernir. En el período clásico el derecho no fue cosa de la potestad política, sino de la autoridad de los juristas; por ende, el derecho no se manifestó a través de la ley —instrumento propio de los poderes constituyentes del estado—, sino de las respuestas u opiniones emitidas por los prudentes, personajes eminentemente privados. Entendemos el término autoridad no como equivalente de poder, según impropriamente se ha venido empleando desde ya hace tiempo, sino en el sentido de la vieja *auctoritas* romana como expresión de prudencia, conocimiento o saber preventivo, de donde emana la función de consejo que asumen todos aquellos que poseen el atributo de la *auctoritas*: el senado, en lo que dice relación con las cosas públicas; los juristas o prudentes, en los problemas atinentes a los negocios privados o las relaciones interpersonales.

La ley, claro está, tuvo gran vigencia como expresión operativa del poder, sólo que ella afecta preferentemente el campo publicístico, materia que no constituye propiamente *ius* para la mentalidad clásica, pues éste es el *ius privatum* por antonomasia. Sólo es necesario puntualizar aquí que, al ser el derecho obra de la autoridad privada de los juristas o prudentes, carece de fuerza vinculante —teniendo el valor de un mero consejo—, circunstancia que hizo necesario que el poder público, el pretor principalmente, recogiera esos criterios jurídicos a fin de incorporarlos a su edicto, bajo forma de recursos procesales: acciones, excepciones, interdictos, etc., para conquistar así la impositividad de que por sí solo ellos carecen.

En el período de mayor pureza de la república, la ley surge de la intervención de los magistrados proponentes, los comicios y el senado, vale decir, concita la actividad de los tres órganos de la constitución política. Pero, este hecho pareciera desmentir el que la ley ha sido históricamente un acto de poder, pues de los institutos nombrados únicamente los magistrados lo tienen, ya que los comicios y el senado poseen atributos diversos de la potestad: la *maiestas* y la *auctoritas* política, respectivamente. Pretender ver en cada uno de estos órganos a sedes diversas de poder —como a menudo se dice— es un equívoco resultante de la frecuente tentación por aplicar categorías publicísticas modernas a la realidad pasada.

Empero, también aquí se ve con claridad que la ley es esencialmente un acto de poder, y por lo mismo obra o actos de los magistrados. Efectivamente, para percibir con mayor nitidez este problema es necesario distinguir dos situaciones diversas: una cosa es el establecimiento de la ley como norma vinculante, para lo cual se requiere de los magistrados proponentes, el comicio y el senado, y otra cosa distinta es el contenido dispositivo de la ley —su criterio material—, el que es exclusivamente un acto del magistrado y no del comicio ni del senado. Propuesta la ley por el magistrado, los ciudadanos votantes en el comicio sólo pueden aceptarla (*uti rogas*) o rechazarla, esto es, preferir continuar como estaban, sin querer innovar (*antiquo*). La situación es formalmente análoga con lo que sucede con la *stipulatio* del ámbito negocial privado, figura que para su perfeccionamiento se exige la presencia del estipulante y el promitente, pero en que el contenido del *debitum* y sus modalidades es un acto del estipulante, ya que el promitente se limita tan sólo a aceptar con su respuesta.

Cicerón sintetiza en *De legibus* (3.16.35) a través de la frase “aprobación o rechazo de la ley”⁴, el alcance esencialmente restrictivo que tuvo la alternativa comicial frente a la *rogatio* del magistrado: aceptada por la asamblea po-

⁴ ... iubendis legibus ac vetandis ...

pular la proposición de los cónsules, pretores o tribunos, la ley nace; rechazada, se aborta, muere antes de nacer. En conexión con esta misma idea, el jurisconsulto Capítón (Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 10.20.2) define la ley como “autorización general del pueblo o de la plebe, habiendo sido propuesta por el magistrado”⁵. Interesa observar que tanto el fragmento ciceroniano como capitoniano precisan con el uso del verbo *iubere* la función que corresponde a los comicios en relación con el establecimiento de la ley, vocablo al que se le ha dado el significado de *voluntas imperandi* —voluntad potestativa—, con lo cual se hace aparecer a la ley como el producto de un acto de voluntad bilateral en que interviene el magistrado por una parte y los comicios por otra. Esta hipótesis en torno al sentido de *iubere* —hoy superado— no contradice, sin embargo, la opinión sustentada de que la ley es un acto de voluntad o querer, pues lo mismo da a este efecto que dicho poder dimane de uno o dos órganos distintos.

No obstante, el significado de *iubere* en el campo publicístico es autorizar, asentir a una declaración de voluntad ajena, en este caso, del magistrado rogador. Se podrá objetar que no es tal poder aquel que para manifestarse requiere de la conformidad de otro órgano —órgano aún no dotado de poder, como lo es el *populus* reunido en comicios—, pero lo que hemos sostenido de acuerdo a la doble vertiente ya señalada, es que la ley, completadas sus etapas de elaboración —en las que interviene el magistrado, el comicio y el senado—, dispone de un texto normativo cuyo creador es sólo el magistrado y no el pueblo. En otras palabras, el contenido vinculante de la ley es la misma proposición que el magistrado articula en la *rogatio*, por lo que Aulo Gelio en *Noctes Atticae* (10.20.8) ha podido decir que “la rogatio es la cabeza misma y el origen, como si se dijera la fuente de la ley”⁶. Tan ceñida se ve la conexión entre el

⁵ Lex inquit est generale iussum populi aut plebis rogante magistratu.

⁶ ... caput ipsum et origo et quasi fons rogatio est.

poder y la ley, que Cicerón en *De legibus* (3.1.2) recogiendo un tópico griego, identifica como una misma cosa a quien detenta el poder —el magistrado— y la ley por él gestada: “el magistrado, dice el Arpinate, es una ley con voz y la ley una magistrado que calla”⁷. Análoga idea se encuentra también en *Novellae* (CV.2.4) referida al emperador: “Dios ha puesto las leyes debajo de él, habiéndolo enviado a los hombres como una ley viviente”⁸. Posiblemente inspirada en estos pasajes la literatura política de la época moderna ha podido decir, para expresar análoga idea aplicada al monarca absoluto y su facultad legislativa, que el rey es una “ley viviente” o “ley animada”.

Tal modalidad de intervención del pueblo en el establecimiento de la ley es la que deriva de su atributo de *maiestas*. La *maiestas populi romani* no es propiamente poder supremo o soberanía, conceptos muy distintos a pesar que ambos se han pretendido asimilar. Bodino (1530-1596), por ejemplo, el creador del moderno concepto de soberanía, define a ésta en *Les six livres de la republique* (1.9) como “la puissance absolue et perpetuelle d’une Republique, que les latins apellent maiestatem”.

El vocablo *maiestas* deriva del adverbio *maior*, mayor, entendido éste en un doble sentido: ya físico, como mayoría, de donde la *maiestas* aparece como un atributo propio del pueblo (*maiestas populi romani*); ya moral, como grandeza, respetabilidad, dignidad de esa mayoría, por lo que la *maiestas* se expresa en que el magistrado no puede, en el ejercicio de su *imperium domi*, hacer cosas de trascendencia pública —proponer sus sucesores, leyes o aplicación de muerte o multa cuantiosa a los ciudadanos— sin requerir la autorización del *populus*. Pero cuando durante el imperio decrece la importancia política del pueblo frente a la eminencia del príncipe, la *maiestas* se traslada a él, convirtiéndose en un título carismático del emperador.

⁷ ... magistratum legem esse loquentem, legem autem mutum magistratum ...

⁸ ... deus leges subiecit, legem animatam eum mittens hominibus.

La soberanía, cualquiera que sea su titular —uno, algunos o la mayoría— es esencialmente poder supremo, siendo inseparable a él su acción gestora o voluntad operante, la que se manifiesta en actos positivos de actuación; la *maiestas*, en cambio, es un cierto tipo de freno o inhibición que el pueblo pone al obrar potestativo de los magistrados. Así, no obstante estar radicado el poder político en los magistrados, hay por parte del ideario político republicano una especial exaltación del *populus* —a diferencia de lo que ocurre bajo el reino y el dominado—, lo que se manifiesta en que no obstante ser el contenido dispositivo de la ley un acto del magistrado, éste no puede imponerlo unilateralmente a sus destinatarios —el *populus*— sin recabar previamente su asentimiento o conformidad: el pueblo no puede ser sometido a leyes que no ha aceptado libremente. Lo contrario importaría la implantación de una forma de *dominatio* que repugna a la idea de *libertas* que define el sistema político republicano. El problema se relaciona con una especial idea de la libertad política —la libertad política republicana—, que se concibe de una manera diversa a como se entiende modernamente, pues para la democracia liberal quien carece de poder carece también de libertad, ya que ésta se considera como la autonomía que un sujeto puede darse en virtud del poder que posee. Para la concepción política republicana, en cambio, la libertad tiene un sentido negativo, entendida como la no sujeción a la potestad de un dueño o tirano político.

Dicha idea del freno o inhibición al poder como medio de limitar al poder —tan diferente a la concepción montesquiana, en que al poder de un órgano se opone el poder de otro— es una idea importante de destacar en la praxis política republicana. Este mecanismo, extraño desde luego al pensamiento publicístico moderno, fue sin embargo el que vitalizó la actividad política de Roma durante la alta república; será, en cambio, a partir de su crisis cuando se advierte el intento, con los Graco primero, de alterar la función de los comicios, hasta ese instante exentos del espíritu

partidista, para ser reemplazados por la idea de un órgano dotado de poder activo.

5. Casi todos los códigos de los s. XVIII y XIX —típicos ejemplos del movimiento codificador— incluyen el tema concerniente a la ley pública en sus disposiciones iniciales. Se trata, en consecuencia, de una materia que sirve de pórico o entrada a su articulado. Así sucede en los códigos francés, de las Dos Sicilias, de la Luisiana, sardo, holandés, bávaro, austríaco, prusiano. Pero de esta nómina de textos únicamente en el de la Luisiana da una definición de ley, pues el resto entra a describir la ley sin dar una noción de ella. Entre nosotros, tanto el Código Civil como sus ensayos preparatorios reservan también sus artículos iniciales al tema de la ley.

El hecho de ser la ley una materia con la cual comienza el contenido de los códigos modernos es un hecho que da pie para formular algunas reflexiones de interés. Tal circunstancia tópica encuentra su razón en lo que podríamos llamar la supremacía de la ley como fuente formal del derecho.

No obstante, hay que tener presente que esta preponderancia de la ley es un fenómeno histórico que, precisamente por serlo, no siempre ha sido así, ni nada autoriza para pensar que haya de tener una garantía de perennidad. Se han dado importantes etapas en la evolución de la tradición jurídica de Occidente en que la ley ha carecido de relevancia como modo de expresión del derecho. Desde luego así ocurrió nada menos que en el período clásico del derecho romano, fase que, como es sabido, representa la experiencia jurídica más notable de la historia. Igual cosa —aunque con una solución distinta a la de Roma— sucedió en la Alta Edad Media, en la que la ley también careció de toda significación. Pero, a la inversa, han existido otros momentos en que la ley emerge como la reina de las fuentes formales del derecho, y cuando ello ha ocurrido tal preeminencia de la ley se visualiza incluso en un aspecto externo

como lo es la ubicación de portada que su tratamiento tiene dentro de los libros de derecho.

El más antiguo y claro antecedente de esta realidad lo constituye Justiniano y su obra jurídica. Con dicho emperador, en efecto, culmina todo un secular proceso de absolutismo jurídico, cuyos síntomas iniciales es dable hallar ya en los comienzos de la época imperial.

Justiniano representa el punto final de un profundo cambio en este aspecto. Anteriormente, durante la época clásica, la ley fue cosa política que, como tal, afectaba a los ciudadanos en cuanto formaban parte del *populus*, hecho que se advierte en dos notas fundamentales: (i) su establecimiento requiere de la intervención de los órganos políticos de la constitución (magistrados - comicios - senado), y (ii) el contenido dispositivo de la misma mira a la ordenación general de la ciudad, la *res-publica*.

La ley, en consecuencia, toca una esfera diversa de aquello que constituye lo jurídico para la mentalidad clásica romana, pues el *ius* —el derecho por antonomasia— dice atinencia con las relaciones inter-individuales —con el derecho privado— y no con lo que mira al interés general de la ciudad. El ámbito jurídico privatístico no es de competencia de los órganos políticos de la *civitas*, sino que es materia elaborada por juristas mediante sus opiniones. Todas las figuras que forman el acervo jurídico romano —*proprietas, servitute, obligatio, hereditas*, etc.— no fueron creaciones legales, ni tampoco de otro acto potestativo, ni aún, en cuanto a contenido, del edicto —que tanta importancia tuvo como fuente del derecho romano—, sino jurisprudenciales. El interés del jurista termina donde acaba el interés particular, pues lo público no le preocupará como objeto de su actividad. Cicerón —político y orador, no propiamente jurista— se lamenta en *De Legibus* (1.4.14) el que los juristas no se dediquen a una cosa tan importante como el derecho de la ciudad.

Sabido es que los jurisprudentes son personas eminentemente privadas, carentes de investidura oficial, pero que hicieron del *ius* un objeto de aprendizaje personal, por lo

que la posesión de este atributo de conocimiento —que da el saber y no el poder— los convirtió socialmente —no oficialmente— en personas idóneas para responder consultas jurídicas. En el ámbito del derecho, en efecto, a diferencia de lo que sucede con la política, destaca la dimensión privatística, ya tanto en los órganos que intervienen en su elaboración (jurisprudentes) como en la materia sobre que versan sus opiniones (*res-privata*).

Pero, como se ha dicho, si durante la república y parte importante del imperio, la ley fue esencialmente cosa política, con Justiniano la ley se convierte definitivamente también en cosa jurídica: el poder público expolia a los juristas de su labor en orden a la creación del derecho, el *ius*, de manera que ahora todo —lo público y lo privado— dimana del emperador a través de la ley. De esta manera Justiniano representa la omnipotencia legal, vale decir, sólo él, sin limitación de otro órgano, emerge como la única fuente productora de la ley (absolutismo legislativo), y con él, además, la ley se hace omnicomprensiva, o sea, todo lo resuelve, incluso las materias de derecho privado que antes escapaban al control de los órganos políticos (absolutismo legalista). Todo el derecho, en consecuencia, se ha convertido en público —cosa del gobierno— en cuanto a su entidad generante. De Justiniano a los órganos legisladores del estado moderno no hay en esto una gran diferencia, pues iguales principios habrán de ser los que inspiran a uno y otros.

Lo dicho no obsta a que el contenido de los diversos libros del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano no fue una creación *ex novo* del emperador, sino una recopilación de opiniones de jurisprudentes y constituciones imperiales de épocas anteriores; todo esto sin perjuicio que los materiales recogidos fueron interpolados con el fin de coordinarlos y adecuarlos a las exigencias de los nuevos tiempos, pues lo que movió a la realización de este gran trabajo fue fijar un texto de derecho vigente para el imperio bizantino.

La confección de la obra exigió dejar fuera un caudal enorme de masa jurídica —mayor sin duda que la recopilada—, pero en que sólo lo recogido se pudo invocar como

derecho vigente; el resto, en cambio, no era tal y quien lo utiliza en el foro incurría en un acto delictual, según lo afirma la *Constitutio Tanta* (19) confirmatoria de los *Digesta*: “Así, pues, venerad y observad estas leyes, quedando derogadas todas las anteriores, y que ninguno de vosotros ose compararlas con las anteriores, ni tampoco indagar los desacuerdos entre unas y otras, porque todo lo que aquí se ha insertado es lo que sola y exclusivamente queremos que se observe. Y que no se intente leer o aducir en juicio, o en otra controversia en la que sean necesarias las leyes, nada de otros libros más que de éstos Nuestros —Instituciones, Digesto y Constituciones—, que hemos compuesto y promulgado, si no quiere el temerario que así lo haga sufrir gravísimas penas como reo de falsedad, juntamente con el juez que tolere la audiencia”⁹.

Con Justiniano, por otra parte, el derecho se legaliza definitivamente y el *Corpus Iuris Civilis* es el mismo una ley. Y esto es así aún en el caso de los *Digesta* —la parte más rica y compleja de toda la compilación—, que es una antología de respuestas jurisprudenciales, pues aún los viejos criterios reunidos aparecen como surgidos de nuevo, como obra del emperador, sin vinculaciones con sus autores materiales. Sólo como un acto de providente obsequio hacia éstos, se conservó junto a cada fragmento el nombre del autor y la obra de donde se recogen. El criterio que el emperador emplea para desechar y elegir los materiales jurídicos con que construye la compilación no fue, en definitiva, la mayor o menor autoridad de sus creadores originarios, ni la

⁹ Hasce itaque leges et adorate et observate omnibus antiquioribus quiescentibus: nemoque vestrum audeat vel comparare eas prioribus vel, si quid dissonans in utroque est, requirere, quia omne quod hic positum est hoc unicum et solum observari censemus. Nec in iudicio nec in alio certamine, ubi leges necessariae sunt, ex aliis libris, nisi ab iisdem institutionibus nostrisque digestis et constitutionibus a nobis compositis vel promulgatis aliquid vel recitare vel ostendere conetur, nisi temerator velit falsitatis crimini subiectus una cum iudice, qui eorum audientiam patiat, poenis gravissimis laborare.

mayor o menor sabiduría o prudencia de sus opiniones, sino su propia y exclusiva voluntad —porque así él lo ha querido y determinado—, de manera que toda la obra se ha de estimar como una creación emanada de él, del supremo poder imperial, cosa que el Basileus así lo advierte en la *Constitutio Tanta* (10): “de modo que todo lo que allí aparece escrito se entienda como Nuestro y como redactado por Nuestra propia voluntad”¹⁰.

6. El modelo del absolutismo romano desapareció de Occidente una vez que cayó el mundo antiguo, fenómeno que la historiografía moderna hace coincidir con la irrupción del Islam, en los comienzos del s. VIII. En la península ibérica la presencia de esta fuerza significó el definitivo colapso de la unitaria y centralizada monarquía hispano-visigoda, y el nacimiento en su lugar de una diversidad de reinos independientes —los reinos hispano-cristianos de la reconquista—, que fueron surgiendo a la vera del proceso de recuperación de las tierras al infiel.

La estructura política del pueblo hispano-visigodo —en mayor medida que las del resto de las otras estirpes germánicas asentadas en el sector meridional del imperio— obedeció a la idea del poder absoluto del bajo imperio romano, que atribuye la suma potestad al emperador, poder que en los visigodos aparece encarnado en la persona del rey. El monarca, en efecto, emerge como el supremo jefe de la comunidad política, el que, en el punto cardinal que nos interesa, se reserva para sí la creación del derecho. Frente a él, la función del juez queda reducida a la de ser un mero aplicador de la ley real, ya que ni siquiera en el caso de laguna jurídica le es permitido indagar el criterio de solución en otra sede diversa de la ley. Este exclusivismo regio en orden a la gestación del derecho se revela patente en que si las leyes reales no contienen precepto que zanje el pleito, se ordena remitirlo al monarca para que éste esta-

¹⁰ . . . ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum . . .

blezca el criterio de solución que resuelva el caso. En la *antigua* del *Liber Iudiciorum* (2.1.11 = Fuero Juzgo 2.1.11), la última gran obra jurídica de la monarquía hispano-visigoda, se lee: "Que los juezes non oyan nengun pleyto sinon aquel que es contenido en las leyes. Ningun juez non oya pleitos sino los que son contenidos en las leyes. Mas el sennor de la cipdad o el juez, por si mismo o por su mandadero, faga presentar amas las partes ante'l rey, que'l pleito sea tractado ante'l e sea acabado mas aina; e que fagan ende ley" ¹¹.

Pero si la conquista islámica fue un suceso que dentro de la geografía europea tocó sólo al territorio peninsular, los efectos de este fenómeno se dispararon hacia el resto del continente, donde al igual que allí produjeron implicancias de otra índole, como fue la regresión de la vida económica hacia el campo a causa de la interrupción del tráfico mercantil por el Mediterráneo. Por la confluencia de éste y otros factores, cuyo estudio no corresponde hacer en esta sede, surgieron en este nuevo medio formas de vida e instituciones propias de la realidad agraria, tales como la consolidación de los señoríos y el nacimiento de los feudos. Sin embargo, mucho tiempo antes, ya en la segunda mitad del s. III, se había dado un cúmulo de circunstancias que había estimulado el desplazamiento de la actividad económica hacia el agro. No se debe olvidar que la ruralización del orbe romano fue uno de los grandes legados que el bajo imperio dejó a la época venidera. La ciudad con su burguesía dejó de ser el centro de la vida imperial, mientras en su lugar emergió el latifundio aledaño, autárquico en varios aspectos, en donde las inmunidades territoriales y los vínculos personales de patrocinio y encomendación aparecen como elementos que no resultaran ser del todo extra-

¹¹ Ut nulla causa a iudicibus audiatur, que in legibus non continetur. Nullus iudex causam audire presumat, que in legibus non continetur; sed comes civitatis vel iudex aut per se aut per executorem suum conspectui principis utrasque partes presentare procuret, quo facilius et res finem accipiat et potestatis regie discretione tractetur, qualiter exortum negotium legibus inseratur.

ños a la futura estructura señorial y feudal del continente.

Los señoríos y feudos representan la privatización de una esfera más o menos amplia de las funciones públicas, pues los señores asumen, dentro de los cotos inmunes en que son sus titulares, el ejercicio de facultades que antes eran resorte exclusivo del gobierno central. De esta manera la proliferación de señoríos y feudos generó por doquier el apareamiento de instancias intermedias de poder entre el rey y sus súbditos, hecho que condujo irremisiblemente a la crisis del poder real. Y dado que el poder y la ley son términos vital y conceptualmente inescindibles, la debilidad del poder central trajo, a su vez, la caída de la ley como fuente del derecho. Por eso, a diferencia de lo que suele ocurrir con los códigos de las épocas de absolutismo jurídico, difícil resulta hallar un texto de derecho positivo alto-medieval —una carta local por ejemplo— que reserve un lugar a la descripción de la ley, pues las fuentes del derecho propias de dicha época son la costumbre, las decisiones judiciales y el privilegio.

La gran importancia que en esos tiempos alcanzó la costumbre se relaciona con el poder, o mejor, con su quiebra o ausencia, ya que el vacío dejado por la potestad política en orden a la creación del derecho se llena con los criterios creados por la propia comunidad a través de sus hábitos o comportamientos colectivos. Y cuando no hay costumbre o resulta difícil establecerla en forma indubitada, fueron muchas veces los jueces quienes crearon de propio albedrío el criterio para resolver el caso que conocían. Por otra parte, la enorme vigencia que adquiere entonces la institución de la venganza privada es otra prueba del limitado control del derecho —del *ius puniendi*, en este caso— que el estado se reserva para sí, pues es aquí el propio brazo ofendido y no el poder público el que busca la reparación del daño imponiendo la sanción.

7. Pero el poder público comenzó a recuperar su vigor a partir del s. XI en adelante, en los albores de la Baja Edad Media. Síntomas bien claros señalan el inicio de esta nueva

etapa del medievo, los que en general representan un proceso de lenta superación de las categorías vigentes en la etapa anterior. El fenómeno del fortalecimiento del gobierno central es uno de esos síntomas —acaso el principal de índole política—, el que, despacioso pero progresivamente, irá creciendo hasta alcanzar su plenitud en la Edad Moderna (siglos XVI, XVII y XVIII), época que se conoce como la del absolutismo por excelencia.

No fue ajeno al proceso de revitalización del poder político la confluencia de ideas de origen romano-justinianas que se difundieron desde los siglos XI a XIV gracias a la labor intelectual de los romanistas boloñeses: los glosadores, primero, y los comentaristas, después. En efecto, dado que los textos justinianos no reúnen tan sólo materias de derecho privado sino también público, el estudio y análisis de éste —lo mismo que aquél— fue igualmente abordado con acuciosidad por parte de los glosadores y comentaristas, quienes se convirtieron también en los creadores de una ciencia jurídica publicística, un *ius commune publicum*, con lo que proporcionaron un importante fundamento teórico a la concepción del absolutismo político. Sabemos que estos juristas realizaron el milagro de descubrir, interpretar y enseñar para Occidente los libros que componen el *Corpus Iuris Civilis*: las *Institutiones*, los *Digestas*, el *Codex* y las *Novellae*. Promulgadas estas obras en Bizancio en la primera mitad del s. VI, ellas habían permanecido en gran parte desconocidas en la geografía occidental en sus versiones íntegras y genuinas, ya que hasta el aparecimiento de los glosadores a lo más habían circulado allí ediciones parciales o epitomadas.

Dichos libros no sólo representan la expresión más acabada del absolutismo jurídico romano —el absolutismo de Justiniano—, sino que, además, consagran con énfasis nociones publicísticas absolutistas. Principios establecidos en los *Digesta* (1.4.1 pr. *Ulp.* 1 *inst.* = *Inst.* 1.2.6; 1.3.3. *Ulp.* 13 ad *leg. Iul. et Pap.*) tales como “lo que al príncipe place tiene vigor de ley”¹² o “el príncipe se encuentra desligado de la

¹² Quod principi placuit legis habet vigorem . . .

ley”¹³, fueron tradicionalmente considerados como síntesis y dechado del absolutismo, amén el haber sido frecuentemente invocados por la literatura política de la época para fundar el poder absoluto de los reyes. Desde luego, el mismo vocablo “absolutismo” halla su origen en los términos de este último fragmento; príncipe absoluto es así el que está desatado o exento de todo vínculo, *legibus solutus*, y por consiguiente, no sometido al imperio de nadie: sólo depende de su voluntad, pudiendo incluso alterar y derogar las leyes existentes.

También el concepto de soberanía que Bodino da en la edición latina de *De republica* (1.9) como “la suprema potestad sobre ciudadanos y súbditos, desligada de las leyes”¹⁴, sigue muy de cerca el texto de Ulpiano que traen los *Digesta* (1.3.3.), ya citado. En general el manejo de las fuentes del derecho romano fue una cosa familiar para el publicista francés, pues él es un humanista, coetáneo de Cuyaz (1522-1590), el más notable de los juristas de esa corriente; ambos fueron también en un tiempo asistentes en la Escuela de Derecho de Toulouse, uno de los más renombrados centros del humanismo jurídico, movimiento que, como es sabido, alcanzó en Francia su más alta cima, de donde arranca el nombre de *mos gallicus iura docendi ac discendi*, el modo francés de enseñar y aprender los derechos, con que se conoce esta nueva dirección de los estudios jurídico-romanistas, pues por el término *iura* (= los derechos) se entiende el derecho romano, principal o si no único derecho que a la sazón aparece como digno de ser objeto de reflexión científica.

Con todo, digamos de paso que para la mentalidad política de la época, la no sujeción o exención de la ley por parte del soberano se ha de entender referida a la ley secular, pues el monarca absoluto creyó establecer un ré-

¹³ Princeps legibus solutus est...

¹⁴ ...summa in cives ac subditos legibusque soluta potestas.

gimen sujeto a la ley divina, de donde mediata o inmediatamente arrancaba su legitimidad.

Ahora bien, la realidad política del bajo medievo a nivel del emperador, y la moderna a nivel de los reyes nacionales, fue propicia para la difusión y aprovechamiento de estas nociones de origen romano.

En efecto, si para la ideología política de entonces el Sacro Imperio Romano-Germánico pretendió ser una restauración del antiguo imperio de los Césares (*renovatio imperii romani*) —con sus poderes, valores y símbolos—, el emperador medieval se consideró como el natural sucesor y continuador de los emperadores romanos, configurado a su imagen y semejanza. Esta fue, por otra parte, la idea política en la que se apoya el infatigable trabajo de los romanistas del medioevo (glosadores y comentaristas): si el viejo imperio pervive en el imperio medieval, entonces el derecho de aquél ha de ser también el derecho de éste. De ahí que no pocos glosadores y comentaristas hayan podido sostener que el emperador medieval es, como su congénere romano, el *dominus mundi*, ante el cual los reinos son meras provincias del imperio y sus reyes simples delegados del poder universal secular que él detenta; pero aunque la *plenitudo potestatis* es algo que pertenece exclusivamente al emperador, nada impidió que ella se terminara por atribuir a los jefes de las diversas comunidades políticas particulares, a los reyes en especial.

También la propia canonística ultramontana del medievo —Rufino, Alano, Esteban Tornacense, etc.—, en su afán por debilitar políticamente el imperio frente al pontificado, los dos gobiernos universales de la Cristiandad —a menudo en pugna—, se mostró inclinada en sostener la equiparación de la potestad regia dentro de la órbita del propio reino con la del emperador sobre el imperio. Uno de los más importantes ecos de esta posición aparece recogido en la famosa decretal *Per venerabilem* (X.13.4.17) del pontífice Inocencio III (1198-1216) considerada como el fundamento doctrinario en que se apoya la no sujeción al imperio (*exemptio imperii*) del rey de Francia, decretal que de-

clara: “puesto que el mismo rey de ningún modo reconoce un superior en lo temporal”¹⁵.

Esta línea de pensamiento impulsada tanto por la románica como por la canonística medieval se ve sintetizada en el surgimiento de una conocida y célebre fórmula que reza “el rey no reconoce superior en el reino, es emperador en él”¹⁶. Sobre los orígenes de esta regla no hay consenso: o ella habría hecho su primera aparición en Francia, en los escritos de dos juristas educados en la tradición boloñesa, Juan Blanosco y Guillermo Durante, o en Sicilia, en el proemio de Marino de Caramanico a la glosa sobre la constitución de Federico II para dicho reino, todos personajes del s. XIII. Pero cualquiera de ella sea la alternativa verdadera, tal principio —al igual que la decretal de Inocencio III— aparece sólo vinculado a la suerte de dos reinos libres o exentos del imperio, con lo que, de paso, el postulado que él envuelve es de alcances restringidos en su dimensión política.

Fue sin embargo Bartolo de Sassoferrato (1314-1457), considerado el jurista más influyente de la historia, quien al ver la realidad de las ciudades italianas ubicadas dentro de la zona imperial —cuya condición era por ende diferente a los reinos de Francia y Sicilia—, generaliza el alcance de dicha fórmula extendiéndola a otras entidades. La posición bartoliana se concretiza en la fórmula que se lee en *Ad Digestum vetus* (4.4.3), “las ciudades no reconocen en el hecho superior, son ellas mismas primeras”¹⁷. Lo que mueve al gran comentarista a esgrimir esta regla fue la observación que ninguna de las más características atribuciones del imperio faltan en ellas (función ejecutiva y legislativa, jurisdicción civil y criminal, ejército, acuñación de moneda, etc.), sin perjuicio que la *sufficientia* o capacidad

¹⁵ . . . insuper quum rex ipse superiorem in temporalibus minime recognoscat . . .

¹⁶ Rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator.

¹⁷ Civitas superiorem non recognoscens est sibi princeps.

para vivir por sí mismas que tienen esas ciudades es sólo *de facto*, pues *de iure* todas se hallan sujetas al imperio, concebido éste como el supremo órgano con la función de garantizar la paz y la justicia en la Cristiandad. Por eso que al construir los comentaristas el sistema del derecho común, con base romano-canónica, no olvidan de estudiar y considerar también los estatutos de las ciudades como expresión del derecho singular, con vigencia preferente —aunque restrictiva— dentro del ámbito local.

Pero esta condición que Bartolo asigna a las ciudades se aplica por extensión también a los reinos, pues entre aquéllas y éstos no hay, en la especie, diferencias sustanciales, sino meramente formales, como lo son su distinto tamaño y titulares de poder. Empero, sea como fuere, la autonomía de que gozan tales entidades —ciudades o reinos— se postula por verse en ellas a imperios en miniaturas, pues fue siempre su comparación y relativa semejanza con el imperio medieval —modelo a su vez del viejo imperio romano— el patrón que se emplea para definir su condición jurídico-política.

8. Se ha estimado por parte de connotados autores que en dichas fórmulas se encuentra el germen o preanuncio de la moderna noción de soberanía, a saber: (i) no reconocer superior en el reino, y (ii) tener el ejercicio de la plena potestad en él. De este modo, de la *plenitudo potestatis* medieval —apoyada y construida sobre la base de ideas publicísticas de procedencia romano-imperial— a la soberanía del s. XVI, no existirá nada más que una *translatio* de la jurisdicción del emperador universal a los reyes nacionales.

Ya en algunas obras de derecho de la Baja Edad Media es posible hallar claros testimonios en los que se consigna que el poder del rey en el reino —y por consiguiente su facultad legislativa— es análogo a la que el emperador tiene en el imperio. La doctrina que se esgrime en estos libros se halla claramente implícita también en un brocardo que alcanzó una gran difusión en la época: “El rey es empera-

dor en el reino”¹⁸. Pero serán en definitiva los juristas cercanos a palacio —los legistas regios—, instruidos también en la dirección científica de Bolonia, quienes aportarán su esfuerzo para concretar dichos principios en los textos de derecho positivo. Vale como ejemplo lo que en este sentido se establece en las Partidas del Rey Alfonso X, la creación jurídica más grandiosa de toda la Edad Media y uno de los aportes más significativos a la cultura jurídica universal. No está de más decir que un volumen importante del contenido de este código es un fiel exponente de los principios jurídicos justinianos tal como lo muestran los glosadores y comentaristas medievales.

Veamos algunas de sus leyes:

P.2.1.5: Vicarios de Dios son los reyes cada uno en su reyno, puestos sobre las gentes para mantenerles en justicia en verdad quanto en lo temporal bien assi como el emperador en su imperio.

P.1.1.12: Emperador o rey puede fazer leyes sobre las gentes de su señorio e otro ninguno no ha poder de las fazer en lo temporal; fueras ende si lo fiziessen con otorgamiento dellos. E las que de otra manera fueren fechas non han nombre ni fuerza de leyes, ni deuen valer en ningun tiempo.

P.2.1.7: E tiene el rey lugar de Dios para fazer justicia e derecho en el reino en que es señor bien assi como de suso diximos que lo tiene el emperador en su imperio. E aun demas que el rey lo tiene por heredamiento o el emperador por eleccion.

P.2.1.8: Sabida cosa es que todos aquellos poderes que de suso diximos que los emperadores han e deuen auer en las gentes de su imperio, que esos mismos han los reyes en las de sus reynos e mayores.

No obstante las ideas que en estas leyes se establecen acerca del alcance y eficacia del poder del monarca, chocan muchas veces con situaciones derivadas de la reali-

¹⁸ Rex in regno suo est imperator.

dad. Aunque sin duda en ascenso, el ejercicio de la potestad regia se ve aún seriamente obstaculizado por la existencia de otros poderes aún vigentes en el reino: la nobleza señorial, las ciudades, las cortes. Habrá que esperar todavía tiempo para que el poder real logre imponerse como el único existente a lo largo y ancho del reino. Este divorcio más o menos profundo que hay entre los preceptos y los hechos se puede explicar parcialmente si se toma en cuenta que las Partidas pretendieron probablemente ser un texto de doctrina jurídica más que una obra con valor de ley positiva, como opiniones autorizadas así lo han sostenido. Todo sin perjuicio que ellas lograron efectiva vigencia como fuente de derecho positivo alrededor de ocho décadas después de finalizada su redacción, en virtud de una disposición contenida en el Ordenamiento de Alcalá de 1348.

9. El concepto de soberanía no se dio en el plano teórico sin una motivación fáctica; al contrario, él se fraguó al calor de las luchas entre las diversas potestades de la época —emperador, reyes, señores, etc.—, y en que la vigorización del poder real se hizo a costa del cercenamiento de los poderes imperial y feudal. El estado moderno surge precisamente en medio de las convulsiones y cambios que se produjeron a fines de la Edad Media y comienzo del Renacimiento, en que hechos bien definidos marcan el tránsito de una a otra época; en lo económico: el comienzo del capitalismo; en lo social: el desarrollo de la burguesía; en lo religioso: la Reforma, y en lo político: el nacimiento de la monarquía absoluta.

Las crueles guerras cívico-religiosas que trajo el advenimiento de la Reforma condujeron a la quiebra de la unidad espiritual del imperio, sumiendo en la incertidumbre y el caos a gran parte de la geografía europea. Pero al no poder ser impuesta la paz por un estado confesional universal, inexistente a la sazón con la crisis del imperio, sólo quedó la posibilidad del estado absoluto, encarnado en las monarquías nacionales triunfantes, y en la que el soberano

- fuente de la ley y el orden— sea quien imponga y garantice la conciliación en cada estado. Se puede afirmar así que el estado soberano moderno surgió tras la ruptura de la *Respublica Christiana* medieval como una respuesta a las zozobras de la época; perdida vigencia la institución universal del imperio, su poder es asumido en cada reino por los reyes nacionales. De esta forma, la potestad de los monarcas en cada uno de los reinos es análoga a la que el emperador tenía en el imperio, sólo que aquélla se ejerce dentro de un ámbito geoespacial más reducido, a saber, en el territorio del respectivo estado. La idea del imperio supranacional medieval se sustituye así por el estado territorial moderno. Se ha pretendido ver en este aspecto del cambio como un desquite histórico de Grecia, pues la idea del *imperium infinitum* de la tradición romana heredada por el medievo se reemplaza por una nueva forma política —el estado plurixistente—, que obedece a la misma ley de la concentración territorial compacta que había producido un día la *polis* griega.

La esencia de la soberanía afirma Bodino en la edición latina de *De Republica* (1.11) reside en el “supremo poder de expedir y derogar leyes”¹⁹. Un soberano que no legisla no es tal soberano, pues la ley es el instrumento o manera como su voluntad de orden y justicia se hace operativa. La ley, dice el publicista galo, en *Les six livres de la république* (1.11), “n'est autre que le commandement du souverain usant de sa puissance”. He aquí, en consecuencia, uno de los nuevos signos que, desconocidos por la pretérita sociedad feudal, aparece con vigor en la época del absolutismo: el que la ley se convierte en el instrumento con que cuenta el soberano para establecer el derecho público y privado que ha de regir en el estado moderno. El reconocimiento de dicha facultad legislativa en los monarcas absolutos aparece consagrada no sólo en los textos de doctrina política y en las obras de derecho positivo de la época moderna, sino también en la conciencia de la gen-

¹⁹ ... iubendae ac tollendae leges summa potestate.

te, lo que en el caso de Castilla por ejemplo se traduce en ese conocido refrán popular “do quieren los reyes van las leyes”.

No se opone al decisionismo legislativo del rey la existencia de Consejos especializados —Posesiones de ultramar, Hacienda, Guerra, etc.—, que actúan junto a él, pues la resolución última siempre quedó entregada al parecer del monarca. El mismo nombre dado a estos órganos —Consejos— es muy significativo del tipo de función meramente asesorativa que ellos tienen en el gobierno del estado.

En el mismo reino de Castilla, por señalar un ejemplo, la actividad legislativa de los monarcas se acrecienta cada vez más a partir de la Baja Edad Media. Sin embargo fue frecuente todavía que durante los siglos iniciales de dicho período el rey legislara con el acuerdo de las cortes mediante los llamados ordenamientos de cortes; pero cuando el poder de las cortes va entrando en crisis por la debilidad de sus brazos componentes, los reyes legislan por sí solos a través de pragmáticas reales. La pragmática se convirtió en la más típica forma de legislar del rey absoluto; abundan ya con los reyes Católicos, pero mucho más a partir de los Austrias (1517-1700). Por otra parte, a medida que el absolutismo del monarca crece, éste prescinde cada vez más de la necesidad de fundamentar el contenido de sus propias leyes. No es inusitado ver cómo la fórmula “así es mi voluntad” es usual en las pragmáticas de Felipe V (1700-1724), el primer rey de la dinastía francesa de los Borbones que llega al trono de España.

Añádase que la época en que vio la luz *Les six livres de la republique*, en donde Bodino expone su famosa teoría de la soberanía, es la época del absolutismo regio. Aún Francia, su patria, es en esos tiempos el ejemplo más típico de gobierno absoluto en toda Europa. Y las páginas de su obra no tienen un objeto reflexivo puramente gracioso, sino que aspiran a consolidar y aumentar en el plano de las ideas los poderes del rey, tan necesarios en razón de las circunstancias de la época. La noción bodiniana de la soberanía ha hecido una gran fuerza histórica, ya que sobrevive a la caída

de la monarquía absoluta, proyectándose hasta la época contemporánea. Tal hecho no ha de resultar extraño por cuanto la idea de la soberanía se vincula con el estado absoluto, y éste no desaparece con la época moderna, sino que en adelante sólo cambia el portador en quien reside su soberanía, con lo que se pasa de un tipo de absolutismo a otro: el poder absoluto del príncipe se reemplaza por el absolutismo de la soberanía popular ilimitada; pero la soberanía es siempre lo que es —poder absoluto—, tanto en un sistema como en otro. Se puede sostener por ello que el poder civil roussoniano, inspirador del sistema de la soberanía popular, no es menos absoluto que el Leviathan de Hobbes, máximo teorizante del estado absoluto de los reyes.

Tan estrecha es así la relación entre el poder y la ley que, revitalizado conceptual y fácticamente el poder, como ocurre en el estado moderno, la ley vuelve a surgir como la principal de las fuentes del derecho. Pero hay más: para que exista específicamente un régimen de absolutismo jurídico no basta que el soberano sea la única fuente generadora de la ley, sino que ésta ha de monopolizar la total expresión del derecho, cualquiera que sean sus ramas —lo público y lo privado—, como en el pasado lo fue el modelo de Justiniano. Sucede así que al no quedar ningún ámbito del derecho fuera de la regulación de la ley —lo que equivale a decir fuera de la potestad del soberano—, no ha de resultar extraño que la ley pública se defina y trate dentro del más típico de los ordenamientos jurídico-privados; en nuestro caso, como en el de la mayoría de las naciones modernas, en el Código Civil y no en la Constitución Política.

10. Antes de finalizar este rápido recorrido sobre nuestro tema, séanos permitido un juicio a título de prevención. Lo sostenido en este artículo puede inducir a sobreestimar el rol que en la historia ha correspondido al poder en la génesis de la ley. Sin embargo, es necesario matizar esta afirmación a fin de establecer con precisión la naturaleza de esa relación, pues si sin el poder no hay ley, no todo en

la ley es creación u obra del poder. No quisiera por eso terminar este excursus sin antes delimitar aquello que en la ley es aporte del poder y aquello que queda al margen o fuera de su competencia, doble zona especialmente perceptible en la historia del derecho privado. En efecto, la ley es forma y contenido: forma impositiva conferida por el poder a un contenido material que no suele ser creación suya, sino de la actividad jurisprudencial o doctrinal.

Lo dicho se ve ratificado en que los libros más importantes que en materia de derecho privado positivo conoce la historia de Occidente, se han apoyado en un previo trabajo de índole jurisprudencial o doctrinal sin el cual aquellos jamás hubieran visto la luz. Tal fue el papel del consejo de prudentes (*auxilium prudentis*) en relación con el edicto pretorio (*lex annua*); de la multiseccular tradición de la jurisprudencia clásica para la confección de los *Digesta*; de la labor de los glosadores y comentaristas para la elaboración de las grandes obras medievales y modernas, y del trabajo de éstos y los juristas humanistas y ius-racionalistas para la ejecución de los ensayos codificadores del s. XVIII en adelante. Frente a ellos el aporte del poder ha consistido, previa elección y reformulación de tales criterios, en sancionarlos y oficializarlos, convirtiéndolos así en leyes.