

Carlos Garriga

## ORDEN JURÍDICO Y PODER POLÍTICO EN EL ANTIGUO RÉGIMEN\*

### 1. Preliminares: en el principio fue el *Estado*.

La historia y configuración del poder político en el tiempo largo que precede a las revoluciones liberales ha sido objeto principal de la historiografía jurídica europea desde comienzos del siglo XIX y motivo de constante debate durante las últimas décadas del XX, al calor entonces de la construcción y ahora de la crisis del Estado nacional. La vinculación entre aquella historiografía y estos procesos históricos no es en absoluto casual y si fuera necesario podría explicarse fácilmente, recordando que los historiadores se ocupan del pasado (la historia), pero viven en el presente y al presente pertenece su obra. No sería exagerado decir que, tal como la entendemos, la historiografía del derecho nació como parte del complejísimo proceso de construcción *estatal* –lo que para el caso es tanto como decir *nacional*– que llena buena parte del siglo XIX europeo: ésta es la matriz de la que arranca, y a la que sirve, nuestra tradición disciplinar, todavía hoy pujante.

Las razones por las que muchos obedecen a unos pocos en cierto espacio de convivencia y el modo cómo éstos deban ejercer sobre aquéllos el poder que así tienen ha sido siempre, y no es para menos, cuestión problemática, que ha requerido de una estructura de legitimación, esto es, de argumentos capaces de crear un efecto de obediencia consentida en quienes soportan la dominación política. El Estado nacional es la particular solución que el mundo occidental contemporáneo, alumbrado por las revoluciones burguesas, ofreció a este problema y supone, por usar una formulación tan clásica como válida a nuestros efectos ahora, el monopolio del uso de la fuerza legítima en un determinado espacio, históricamente alcanzado merced a la concentración en un único polo del poder disperso en el cuerpo social<sup>1</sup>.

Esta monumental tarea expropiatoria (por utilizar el término del mismo Weber que cuajó esa noción) en que vino a resolverse el proceso de construcción del Estado nacional, exigió una potente operación ideológica, en la cual la historia como disciplina asumió el cometido de naturalizar la idea estatal, *construyendo* el Estado en el pasado para presentarlo como la forma política propia o consustancial al hombre socialmente organizado. Con su eficaz retórica, decía Ranke que los Estados eran “creaciones originales del espíritu de la humanidad. Diría más: pensamientos de Dios”<sup>2</sup>. El *Estado* (sin adjetivos) ya no es sólo un nombre más o menos preciso para cierta cosa, una organización política dada, sino que envuelve toda una concepción acerca de cómo deba configurarse la dominación política, que responde en lo sustancial a la forma como resultó políticamente organizada, mediante un proceso complejo y muy conflictivo, la sociedad europea posrevolucionaria, el llamado Estado liberal o de derecho. Esta tarea, que llena historiográficamente el siglo XIX y buena parte del XX, consistió en un auténtico y

\* Trabajo realizado en el marco de los proyectos de investigación BJU2000-1378 y BHA2000-0195.

<sup>1</sup> He aquí algunas referencias solventes y muy generales, espigadas en la bibliografía de los últimos años, para introducirse en una materia por lo demás inabordable: Nicola MATTEUCCI, *Lo Stato moderno. Lessico e percorsi*, Bologna, 1993; Maurizio FIORAVANTI, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993; Pier Paolo PORTINARO, *Stato*, Bologna, 1999; José María PORTILLO VALDÉS, «Estado», en Javier Fernández Sebastián y Juan F. Fuentes, dirs., *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, 2002, pp. 295-302; Florence POIRAT, «État», en Denis Alland et Stéphane Rials, dirs., *Dictionnaire de la culture juridique*, París, 2003, pp. 642-648.

<sup>2</sup> Citado por Hagen SCHULZE, *Estado y nación en Europa* (1994), Barcelona, 1997, p.16.

muy eficaz proceso de *invención de la tradición*, que discurrió de modo rigurosamente paralelo a la construcción histórica de la identidad nacional (para la cual fue originariamente acuñada esa expresión), con la que en rigor se confunde. La construcción jurídico política del Estado nacional exigió la invención de la tradición nacional bajo forma estatal<sup>3</sup>.

Por un lado, se asume la ordenación de la realidad jurídica conforme a (o a partir de) la dicotomía *privado/público*, como dos polos irreductibles y en permanente contradicción, que en sus grandes líneas tiende a reproducir en el pasado el modelo político y jurídico contemporáneo, gráficamente calificado por Cassese de “paradigma bipolar”<sup>4</sup>. En respuesta a lo que Otto Brunner llamó la “idea de separación”<sup>5</sup>, se imagina y postula que el poder político se halla de suyo concentrado en una instancia única, presuponiendo, en consecuencia, que también en el mundo pre-contemporáneo se daba una separación tajante entre el *Estado* y la *sociedad civil*, como sedes para la realización del *interés público* y de los *intereses privados*, respectivamente sometidos a regímenes jurídicos diferenciados, componentes del *derecho público* y del *derecho privado*<sup>6</sup>.

Por otro lado, identificado “lo público” con el Estado, éste se configura historiográficamente al modo como fue teorizado por la iuspublicística europea del siglo XIX y primeras décadas del XX, sumamente exitosa a la hora de naturalizar (o presentar como naturales) sus propias categorías culturales. Como polo que concentra la totalidad del poder político, el Estado se concibe funcional o internamente dividido en legislación, gobierno o administración y justicia o tribunales, para la consecución del interés público<sup>7</sup>. Los juristas confeccionaron a partir del Estado liberal una teoría del Estado y los historiadores (juristas y no juristas) convirtieron al Estado así teorizado en la forma de organización política propia de toda sociedad civilizada, y así los temas propios del presente liberal pasaron a orientar la indagación sobre el pasado de la humanidad. A estas alturas, resulta innegable que la imagen que el Estado (contemporáneo) ha forjado de sí mismo impregna toda la historiografía institucional.

Aun a riesgo de simplificar, el argumento de esta historiografía puede resumirse diciendo que presentaba la historia del poder político europeo como la historia de la

<sup>3</sup> Aparte del clásico Eric HOBSBAWM y Terence RANGER, eds., *La invención de la tradición* (1983), Barcelona, 2002, véanse Wim BLOCKMANS y Jean-Philippe GENET, eds., *Visions sur le développement des États européens. Théories et historiographies de l'État moderne*, École Française de Rome, 1993, *maxime* su parte II; y últimamente, Elías PALTI, *La nación como problema. Los historiadores y la “cuestión nacional”*, Buenos Aires, 2003.

<sup>4</sup> Paolo CAPPELLINI, “Privato e pubblico (diritto intermedio)”, *Enciclopedia del diritto*, 35 (1986), pp. 660-687, resaltando la significación política del problema. Para la cita, Sabino CASSESE, “L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato”, recogido en su *La crisi dello Stato*, Roma-Bari, 2002, pp. 74-136, diagnosticando el fin de tal paradigma.

<sup>5</sup> Otto BRUNNER, *Terra e potere. Strutture pre-statuali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale* (1939), Milán, 1983 (que es traducción italiana de la 5<sup>a</sup> ed. alemana (1965), con introducción de Pierangelo Schiera), *maxime* pp. 157-228.

<sup>6</sup> António M. HESPANHA, “Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime”, en su *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime. Colectânea de textos*, Lisboa, 1984, pp. 7-89.

<sup>7</sup> Luca MANNORI lo ha expresado muy bien, en su excelente “Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime”, en R. Romanelli (a cura di), *Magistrati e potere nella storia europea*, Bologna, 1997, pp. 39-65, ocupándose de las relaciones entre justicia y administración, que es cuestión decisiva para el argumento: “In effetti, il costituzionalismo continentale ha ipostatizzato a un punto tale la teoria dei ‘tre poteri dello Stato’ da presentare legislazione, giurisdizione, amministrazione come le funzione necessarie e ‘naturali’ di ogni Stato degno di questo nome: assegnando allo storico più la missione di avvalorare questo disegno teórico attraverso il proprio bagaglio erudito che non quella di spiegarne le origini e l'economia interna. Da questa subalternità della riflessione storiografica rispetto a quella giuridica è nato un modello explicativo in apparenza molto sólido, ma in realtà largamente fundado su premesas che poco hanno a che vedere con la ricerca storica” (p. 40).

sustancia estatal, dividida en distintas fases correspondientes a otras tantas formas, que venían a culminar en el Estado liberal. Se construyó así un esquema interpretativo pre-ordenado en función del resultado (una preconcepción), que determinaba tanto la selección de los temas relevantes (los procesos de concentración del poder y de centralización), como el tipo de fuentes a considerar para estudiarlos (básicamente consistente en los textos de derecho oficial) y el instrumental teórico empleado para comprenderlo. Construida a partir de las categorías elaboradas por la ciencia jurídica contemporánea, que fungieron como “esquemas generales de ordenamiento”, la historia del derecho pasó a ser “dogmática retrospectiva” (Theodor Mayer) y, bajo la forma de una “historia jurídica del derecho” (Böckenförde), se dedicó a inventar una tradición que contribuyese a legitimar los nacientes Estado nacionales, es decir, a fundar un derecho y un Estado retrospectivos. He aquí todo un modelo historiográfico que podemos llamar –y ha sido llamado- *paradigma estatalista*<sup>8</sup>.

Vista con cierta perspectiva, el desarrollo de la historiografía jurídica europea, marcada desde el principio por semejante orientación, puede en buena medida entenderse como resultado de un progresivo desvelamiento de esta operación cultural, que ha ido reduciendo paso a paso el ámbito de aplicación de la categoría Estado más allá de la época contemporánea<sup>9</sup>.

No es necesario entrar ahora en mayores detalles. Bastará con recordar que el primer momento de ruptura llegó -puestos a singularizar- con la renovadora obra de Brunner que, arrumbando los presupuestos dogmáticos sobre los que descansaba la historia constitucional (*Verfassungsgeschichte*) del Ochocientos, propició la disolución historiográfica del “Estado medieval”, que no ha hecho más que acentuarse desde entonces y pocos discutirían hoy<sup>10</sup>. Fruto de este planteamiento, que marcaba las distancias con (y resaltaba la ajenidad de) la edad media, la noción de *Estado moderno*, acuñada para designar la forma de organización política característica de la época contemporánea y extendida luego a la moderna, habría de resultar –como alguien ha dicho- pleonástica<sup>11</sup>. Ya no hay más Estado que el *Estado moderno*, que viene así a condensar la dimensión política de la *modernidad*, como cultura a la cual todavía hoy –o al menos hasta ayer- pertenecemos.

## 2. El *Estado moderno*, institución política de la *modernidad*: crítica y crisis.

Considerado el Estado moderno como la institución política de la *modernidad*, suele caracterizarse a partir de la forma que adquirió en su etapa de madurez, como la entidad que por soberana monopoliza el poder político sobre un determinado territorio<sup>12</sup>. En palabras de Max Weber: “el Estado moderno es una asociación de dominación

<sup>8</sup> HESPANHA, *Para uma teoria da história institucional*, pp. 24-65; Pietro COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milán, 1986.

<sup>9</sup> Aparte del texto de Brunner, véanse: E.-W. BÖCKENFÖRDE, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono. Problematica e modelli dell'epoca* (ed. orig. alemana, Berlín, 1961). Trad. e introd. de P. Schiera, Milán, 1970; Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milán, 1979. Para el argumento, Bartolomé CLAVERO, “Debates historiográficos en la historia de las instituciones políticas”, en VV.AA. *Problemas actuales de la historia. Terceras Jornadas de Estudios Históricos*, Universidad de Salamanca, 1993, pp. 198-209, que remite a otros trabajos anteriores.

<sup>10</sup> Basta remitir a un autorizado testimonio de época: Giovanni TABACCO, “La dissoluzione medievale dello stato nella recente storiografia”, *Studi medievali*, s. terza, I (1960), pp. 397-446.

<sup>11</sup> La cita es de G. POGGI, y la tomo de PORTINARO, *Stato*, pp. 21 y 41.

<sup>12</sup> Así, Paolo PRODI (con la collabor. di G. Angelozzi e C. Penuti), *Introduzione allo studio della storia moderna*, Bolonia, 1999, pp. 68 ss: “La novità più visibile ed emergente nella storiografia dell’età moderna è la nascita dello Stato moderno come unico soggetto politico dotato di piena sovranità. Esso è caratterizzato, secondo la definizione che è stata data all’inizio del Novecento quando esso ha raggiunto la sua

con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación y que, a este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de su dirigente y ha expropiado a todos los funcionarios estamentales que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos por sus propias jerarquías supremas”<sup>13</sup>. El Estado sería el resultado de un proceso de concentración del poder político disperso en el cuerpo social hasta configurar un sujeto soberano, esto es, capaz de definir e imponer el derecho sobre un cierto territorio. Si recordamos que el mismo Weber caracteriza el derecho por la nota de la *coactividad*, entonces el Estado es la entidad que monopoliza la creación del derecho, que se entiende prácticamente reducido a -o identificado con- la ley. En este modelo, puede decirse que hay Estado allí donde hay soberanía, esto es, una instancia de poder que concentra la potestad legislativa.

Así concebido, como la encarnación historiográfica del paradigma estatalista, el Estado moderno ha venido orientando hasta fechas muy recientes la indagatoria sobre la dimensión política de la época moderna. Sin ánimo de establecer una secuencia cronológica demasiado rotunda, puede decirse que vivió sus años dorados como categoría historiográfica a caballo entre los sesenta y setenta del siglo pasado, cuando se publicaron algunas colecciones de trabajos significativos, que en ocasiones conservan todavía hoy su vigencia, y obras globales y muy enjundiosas acerca del Estado moderno<sup>14</sup>. Este fue el papel que jugó entre nosotros la magna obra de Maravall, *Estado moderno y mentalidad social*, aparecida en 1972 y que ha tenido una repercusión notable en la historiografía jurídica española dedicada al estudio de las instituciones políticas<sup>15</sup>. A cierta distancia, Benjamín González Alonso resumía la imagen entonces ampliamente compartida de la realidad política moderna en estos términos: “La forma política típica y propia del período histórico emergente en los países entonces hegemónicos del Occidente europeo, [...] fue el “Estado moderno”, al que [Maravall] presenta, de una parte, como vástago del Renacimiento; de otra, como construcción política consciente, esto es, como artificio humano; en tercer lugar, como producto rigurosamente nuevo y sin embargo colmado de “supervivencias medievales”, de “elementos heredados”. Dicho Estado propende a configurarse como esfera de poder unitaria, tendencialmente cerrada y exclusiva; con otras palabras: “el poder del Estado trata de eliminar toda instancia extra y supraestatal” [I, p. 174]”<sup>16</sup>.

---

piena maturità, da tre elementi da loro integrati: un territorio, una popolazione e il monopolio del potere legittimo; mancando uno di questi elementi non si dà Stato nel senso moderno del termine”.

<sup>13</sup> Max WEBER, *El político y el científico*, Madrid, 1992, p. 92. No hace falta recordar que para el desarrollo y explicación de la noción, debe estarse a su *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* (ed. orig. 1922), 2<sup>a</sup> ed. (6<sup>a</sup> reimpr.), México, 1983, esp. Parte I, I, §§ 12-17.

<sup>14</sup> La más difundida e importante de estas colecciones, todavía hoy imprescindible para entrar en materia, se debió a Ettore ROTELLI y Pierangelo SCHIERA, a cura di, *Lo Stato moderno*, I. *Dal medioevo all'età moderna*; II. *Principi e ceti*; III. *Accentramento e rivolte*, Bologna, 1971-1974; pero deben destacarse también, sobre todo por la calidad e importancia de sus respectivos estudios preliminares, por lo demás de muy distinta orientación, las publicaciones de Aurelio MUSI, a cura di, *Stato e pubblica amministrazione nell'Ancien Régime*, Nápoles, 1979; y HESPAÑA, *Poder e instituições na Europa do antigo regime*, ya citado. Entre las interpretaciones generales, tuvo gran repercusión el ensayo de Joseph R. STRAYER, *Sobre los orígenes medievales del Estado moderno* (1970), Barcelona, 1981; y merece citarse el breve e interesantísimo libro de Denis RICHET, *La Francia Moderna: el espíritu de las instituciones* (1973), Madrid, 1997, con presentación de Jean-Frédéric Schaub.

<sup>15</sup> José Antonio MARAVALL, *Estado moderno y mentalidad social (siglos XV a XVII)*, Madrid, 1972.

<sup>16</sup> Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, “Derecho e instituciones en la Castilla de los Austrias: notas sobre su consideración por la reciente doctrina histórico-jurídica española”, en B. Clavero, P. Grossi, F. Tomás y Valiente, a cura di, *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán, 1990, I, pp. 86-133, esp. 125. En esta dirección, merecen destacarse las obras que por entonces dedicaron a caracterizar globalmente la organización política de la Monarquía hispánica Francisco TOMÁS Y VALIENTE, “El

El consenso historiográfico más o menos establecido en torno a este modelo quedó roto por aquellos años: coincidiendo con una revalorización del estudio del poder como objeto de la historia política<sup>17</sup> y al calor de la llamada “crisis del Estado”, la categoría “Estado moderno” fue sometida a severas críticas, especialmente por parte de la historiografía jurídica que, asumiendo radicalmente la ajenidad del mundo precontemporáneo que ya impulsara la obra de Brunner, tiene en Clavero y Hespanha a sus principales artífices<sup>18</sup>. No creo que el debate sobre este punto resultase más fructífero que aquí en cualquier otro sitio. Si estilizamos al máximo, su propuesta consiste en valorar como características estructurales de la sociedad moderna tanto el orden feudo-corporativo como la incapacidad para definir políticamente el derecho, enfatizándolos como otros tantos obstáculos para la emergencia del “Estado moderno”, que no sería así una entidad *histórica*, sino el resultado *historiográfico* de proyectar categorías pertenecientes al orden político actual sobre las formaciones del pasado, de este modo inevitablemente interpretadas como *precedentes* del Estado contemporáneo. Comoquiera que las investigaciones de estos últimos años –que luego comentaré– no han dejado de confirmar e ilustrar en esa línea la ajenidad de la sociedad y el derecho moderno a toda lógica estatal, el problema se reduce hoy por hoy a determinar hasta qué punto y con todo resultan o no incompatibles con una instancia política de carácter estatal.

Aunque hay toda una historiografía de las instituciones *político-administrativas* (nombre de por sí equívoco para referirse a un mundo tan *judicial* como aquel) que continúa cultivando la disciplina conforme a la tradición establecida, una vez planteado el problema, como notó al punto González Alonso, cualquiera que trate este objeto debe adoptar una posición, explícita o implícita que sea, en el debate<sup>19</sup>; que de hecho orientó e inspiró algunas de las obras más significativas elaboradas sobre lo que Tomás y Valiente proponía llamar “historia constitucional” en la España de los primeros noventa, y no sólo aquí<sup>20</sup>. ¿Hasta qué punto una instancia política que ha de ser compatible con la configuración pluralista de la sociedad y debe asumir la indisponibilidad del derecho –su incapacidad creativa del orden jurídico– merece o puede recibir el calificativo de Estado? Planteada en estos términos (compatibilidad o mutua exclusión), la dimensión política del antiguo régimen puede leerse en clave estatalista o no estatalista<sup>21</sup>. El pro-

---

gobierno de la Monarquía y la administración de los reinos en la España del siglo XVII”, en *La España de Felipe IV. El gobierno de la Monarquía, la crisis de 1640 y el fracaso de la hegemonía europea* (=Historia de España Menéndez Pidal, t. XXV), Madrid, 1982, pp. 21-107; o el mismo GONZÁLEZ ALONSO, *Sobre el Estado y la Administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen*, Madrid, 1981.

<sup>17</sup> Javier GIL PUJOL, “Notas sobre el estudio del poder como nueva valoración de la historia política”, en *Pedralbes. Revista d’Història Moderna*, 3 (1983), pp. 61-88.

<sup>18</sup> Bastará con citar los trabajos más generales o significativos: Bartolomé CLAVERO, “Institución política y derecho: desvalimiento del estado moderno”, ahora recogido en su *Tantas personas como estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986, todo él directamente interesante para el argumento; y de António Manuel HESPAÑA, aparte del ya citado en la nota 6, su “A historiografia jurídico-institucional e a morte do estado”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, III (1986), pp. 191-227; y la revisión que lleva a cabo en *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, 2<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1998 (traducción castellana: *Cultura jurídica europea: síntesis de un milenio*, Madrid, 2002), pp. 15-57.

<sup>19</sup> Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, “Notas sobre las relaciones del Estado con la administración señorial en la Castilla moderna”, en *Anuario de Historia del Derecho Español* (=AHDE), 53 (1983), pp. 365-394.

<sup>20</sup> Francisco TOMÁS Y VALIENTE, “Dos libros para una misma historia”, en AHDE, 65 (1995), pp. 113-125; a propósito de José María PORTILLO VALDÉS, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y constitución en las Provincias Vascas (1760-1808)*, Madrid, 1991; y Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Fragmentos de monarquía. Trabajos de historia política*, Madrid, 1992. Aludo en el texto además a la obra fundamental de António Manuel HESPAÑA, *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid, 1989.

<sup>21</sup> Para una evaluación de estas posiciones, desde distintas perspectivas, Salustiano DE DIOS, “Sobre la génesis y los caracteres del Estado absolutista en Castilla”, en *Stvdia historica.- Historia moderna*, III-3

blema no es solamente hispano, claro está, sino que, como la categoría “Estado moderno” que le sirve de base, es y se plantea como europeo, y puede formularse más o menos así<sup>22</sup>: ¿la categoría “Estado” es o no adecuada para captar la *quidditas* de la organización política moderna?

### 3. ¿Genealogía del Estado o dimensión política del Antiguo Régimen?

No voy a entrar en la cuestión del *nombre*, considerando la pertinencia o no de usar el término *Estado* para calificar la institución política moderna<sup>23</sup>, sino que me detendré un momento en la *cosa*. Salvo que se ignoren los problemas que plantea o se asuma en su sentido más fuerte el modelo teórico que comporta, no creo que hoy por hoy el uso del direma “Estado moderno” marque *a priori* divisorias historiográficas tajantes<sup>24</sup>. Una parte al menos de la mejor historiografía jurídica italiana asume expresamente el nombre “Estado moderno” para designar una cosa que, bajo la forma de un llamado *Estado jurisdiccional*, que se conceptúa ajeno a cualquier afán político (o de poder) monopolístico, poco tiene que ver con aquel modelo historiográfico, si no es para tratar de solventar las dificultades que plantea. No obstante, en términos generales, creo que –sin tantas precauciones– buena parte de la última historiografía europea ha optado por mantener, no sé si como mal menor, esta categoría, obviamente al precio de desdibujar o atenuar el perfil del Estado resultante, como ahora veremos. Un ambicioso programa internacional de investigación se ha ocupado durante la década pasada, bajo la dirección de Wim Blockmans y de Jean-Philippe Genet, de *los orígenes del Estado moderno en Europa (siglos XIII-XVIII)*, planteado como una investigación comparativa y pluridisciplinar, distribuida en siete grupos de trabajo, que han dado lugar a otros tantos volúmenes, ya publicados en sus versiones inglesa y francesa, que es imposible considerar ahora con detenimiento<sup>25</sup>. Aunque el planteamiento es muy sofisticado y pretende

---

(1985), pp. 11-46; id., “El Estado Moderno ¿un cadáver historiográfico?”, en A. Rucquoi, coord., *Realidad e imágenes del poder. España a fines de la Edad Media*, Valladolid, 1988, pp. 389-408; Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO, “Les traditions nationales d’historiographie de l’État: l’Espagne», en *Visions sur le développement des États européens*, pp. 219-233.

<sup>22</sup> Además de la bibliografía específica citada luego, véase la muy equilibrada puesta a punto de Luigi BLANCO, “Note sulla più recente storiografia in tema di *Stato moderno*”, en *Storia, amministrazione, costituzione. Annale ISAP*, 2 (1994), pp. 259-297. Así como los informados trabajos de Angela de BENEDICTIS, “Una ‘nuovissima’ storia costituzionale tedesca. Recenti tematiche su stato e potere nella prima età moderna”, en *Annali dell’Istituto storico italo-germanico di Trento*, XVI (1990), pp. 265-301; Jean-Frédéric SCHAUB, “L’histoire politique sans l’État: mutations et reformulations», en Carlos Barros, ed., *Historia a debate. III. Otros enfoques*, Santiago de Compostela, 1995, pp. 217-235; id., “La Península Iberica nei secoli XVI e XVII: la questione dello Stato”, en *Studi Storici*, 36-1 (1995), pp. 9-49; id., “Le temps et l’État: vers un nouveau régime historiographique de l’ancien régime français», en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giurídico moderno* (=QF), 25 (1996), pp. 127-181; Elena FASANO-GUARINI, “État moderne et anciens États italiens. Éléments d’histoire comparée», en *Revue d’histoire moderne et contemporaine*, 43-1 (1998), pp. 15-41. Tiene interés también la sección «comptes rendus» dedicada a “L’État dans l’Europe moderne”, en *Annales. HSS*, 52-2 (1997), pp. 393-443.

<sup>23</sup> Gianfranco MIGLIO, “Genesi e trasformazioni del termine-concetto *stato*” (1981), recogido en *Le regolarità della politica. Scritti scelti, raccolti e pubblicati dagli allievi*, Milán, 1988, II, pp. 799-832; Alberto TENENTI, *Stato: un’idea, una logica. Dal comune italiano all’assolutismo francese*, Bolonia, 1987, pp. 15-97.

<sup>24</sup> Para algún ejemplo reciente del sentido fuerte mencionado: Gian Giacomo ORTU, *Lo Stato moderno. Profili storici*, Roma-Bari, 2001; como destaca debidamente Francesco BENIGNO, “Ancora lo ‘stato moderno’ in alcune recenti sintesi storiografiche”, en *Storica*, 23 (2002), pp. 119-145, a propósito también de Wolfgang REINHARD, *Storia del potere politico in Europa* (ed. orig. alemana, 1999), Bolonia, 2001.

<sup>25</sup> Introduce muy bien a todo ello el propio Jean-Philippe GENET, “La genèse de l’État moderne. Les enjeux d’un programme de recherche”, en *Actes de la recherche en sciences sociales*, 118 (juin 1997), pp. 3-18. Abundante información acerca de sus actividades y publicaciones, que no detallo ahora por mor

explícitamente evitar los problemas de las historiografías nacional-estatales, no parece hacerse cuestión ni se propone una indagatoria específica acerca de las posibilidades y los límites de la categoría “Estado moderno” para tratar de la dimensión política de la sociedad moderna. Así, en el volumen dedicado a “legislación y justicia”, por lo demás muy interesante, se acepta de antemano el *nombre* y, *en consecuencia*, se afronta la cosa como un estudio de “los instrumentos legales del poder estatal”<sup>26</sup>. Y es que, si no me equivoco, la categoría “Estado moderno” implica *de suyo* todo un programa investigador precisamente en relación con el derecho, que determina los temas a tratar e impone la perspectiva a adoptar, condicionando así muy fuertemente los (posibles) resultados a alcanzar. Veamos con qué consecuencias.

(i) Ante todo, al afirmar su especificidad *moderna*, obliga a marcar la discontinuidad medieval-moderno y, por ello, plantea como prioritario el problema de la génesis del Estado, habitualmente en términos de los orígenes medievales del Estado moderno, no sólo para indagar sus *por qués*, sino también para precisar el sentido del cambio y averiguar sus *cómo*s: qué novedad sustantiva aporta *lo moderno* en relación con *lo medieval*<sup>27</sup> (sin olvidar que ésta es, como todas, una periodificación puramente convencional y, por eso, tan discutible como cualquiera otra<sup>28</sup>). Aunque de arco cronológico más amplio, el citado programa europeo de investigación desciende de un proyecto francés específicamente orientado a indagar la génesis del *Estado moderno*<sup>29</sup>; asunto que asimismo ha alimentado otras iniciativas más específicas, pero de notable repercusión<sup>30</sup>. Si tuviera que hacer un rápido balance (como es efectivamente el caso), yo diría que si algo ha puesto claramente de manifiesto la historiografía de los últimos años es que “*lo medieval*” no desaparece sustituido por “*lo moderno*”, sino que a lo sumo esto se superpone a aquello. Por ello, desde la perspectiva que comento, atenta a reconstruir un proceso de concentración de poder, tiende a distinguirse entre elementos *estatales* y elementos *no-estatales* en las formaciones políticas modernas; cuando éstas creo que pueden entenderse mejor como escenarios de un proceso de integración corporativa, que

---

de la brevedad, en la página del proyecto, localizada en la siguiente dirección: <http://lamop.univ-paris1.fr/W3/lamop10.html#europe>. Por lo que he podido ver, tengo la impresión (y sólo como tal debe tomarse) que el juicio de Christian WINDLER sobre el volumen coordinado por Wolfgang REINHARD (*Les élites du pouvoir et la construction de l’État en Europe*, París, 1996; traducción castellana: Madrid, 1997), puede extenderse al conjunto del proyecto: “étudier l’Etat dans des sociétés qui n’étaient pas dominées par des logiques étatiques” (*Annales HSS*, mars-avril, 1997, n° 2, pp. 393-395, esp. 395).

<sup>26</sup> Antonio PADOA-SCHIOPPA, ed., *Legislation and Justice*, Oxford UP, 1997, incluido en la colección *The Origins of the Modern State in Europe. 13<sup>th</sup> to 18<sup>th</sup> Centuries*, editada por Wim Blockmans y Jean-Philippe Genet, como Thème C. (Hay traducción francesa: París, 2000).

<sup>27</sup> Una útil descriptiva de las diferentes posiciones historiográficas al respecto, con relación a lo que su título indica, en A. London FELL, *Origins of Legislative Sovereignty and the Legislative State*. Vol. 4. *Medieval or Renaissance Origins? Historiographical Debates and Deconstructions*, New York, 1991. Para un planteamiento general, Wim BLOCKMANS, “Les origines des États modernes en Europe, XIIIe-XVIIIe siècles: état de la question et perspectives”, en *Visions*, pp. 1-14.

<sup>28</sup> Roberto BIZZOCCHI, «L’idea di età moderna», en *Manuali di Storia Donzelli. Storia moderna*. Lezioni di Guido Abbatista et al., Roma, 1998, pp. 3-21; Scipione GUARRACINO, *Le età della Storia. I concetti di Antico, Medievale, Moderno e Contemporaneo*, Milán, 2001, *maxime* pp. 205-255; Randolph STARN, “The Early Modern Muddle”, en *Journal of European Modern History*, 6-3 (2002), pp. 296-307.

<sup>29</sup> Jean-Philippe GENET, ed., *L’Etat moderne: genèse. Bilans et perspectives*, Paris, 1990, volumen del que ahora me interesa destacar, especialmente, la aportación conclusiva del mismo editor, «L’Etat moderne: un modèle opératoire?» (pp. 261-281).

<sup>30</sup> Me refiero especialmente a: Giorgio CHITTOLINI, Anthony MOLHO, Pierangelo SCHIERA, *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, Bolonia, 1994. Volumen que ha merecido dos enjundiosas recensiones: Luca MANNORI, “Genesi dello Stato e storia giuridica”, *QF*, 24 (1995), pp. 485-505; Luigi BLANCO, “Genesi dello Stato e penisola italiana: una prospettiva europea?”, en *Revista Storica Italiana*, CX, fasc. II (1997), pp. 677-704.

permite la formación de unidades mayores sin disolución de las menores y da lugar a las “monarquías compuestas” características de la Europa moderna<sup>31</sup>.

Todo esto queda muy bien ejemplificado en la noción de soberanía formulada por Jean Bodin, en la que tradicionalmente ha querido individuarse –ya se sabe- el cambio o la novedad que, a los efectos jurídico políticos que aquí interesan, aportan los tiempos modernos. En efecto, la incesante e inabarcable investigación acerca de este autor pone cada vez más de manifiesto su incardinación en el marco de la jurisprudencia medieval, destacando *en consecuencia* su atención a los *límites* del poder soberano<sup>32</sup>. Estos límites se localizan precisamente en la constitución tradicional de la sociedad, es decir, en ciertas condiciones políticas y jurídicas forjadas en la baja edad media que perduran en la moderna, caracterizando por igual (y con independencia de cambios diversos y múltiples transformaciones) a la una y a la otra, que desde este punto de vista pueden quedar englobadas en un período unitario, el *Antiguo Régimen*, como diré después. Como ha escrito Angela de Benedictis, en una obra muy recomendable: “la nuova sovranità non si sostituisce ma si sovrappone all’ordine tradizionale delle continuità gerarchiche”<sup>33</sup>. La pregunta planteada sigue entonces en pie: ¿cómo compatibilizar el “Estado moderno” con aquellos elementos *no-estatales* y de raigambre medieval, pero tan pujantes a lo largo de la edad moderna?

(ii) Si la categoría “Estado moderno” conlleva situar el momento fuerte de discontinuidad que supone pasar de una sociedad-sin-Estado a una sociedad-con-Estado entre la edad media y la edad moderna (no importa ahora cuándo exactamente) y no entre ésta y la contemporánea, entonces es fácil considerar todos aquellos elementos que desde esta perspectiva se consideran pre-estatales y se mantienen pujantes durante los siglos modernos, para desaparecer en (o con) la época contemporánea, como “supervivencias medievales”, residuos o lastres de un pasado a superar y/o en trance de superación. El riesgo de esta actitud aparece hoy evidente, porque, lejos de ser residuales, muchos de ellos son elementos estructurales de la sociedad que llega hasta el alborear mismo de la revolución y sólo trabajosamente fueron arrumbados por ésta.

Aunque nadie puede desconocer ya la pujanza del pluralismo jurídico e institucional durante los siglos modernos, desde este modelo historiográfico (o sea, en la lógica estatal) tiende a plantearse en términos de superación o sustitución por -y no de complementariedad con- el poder del *princeps*, primando el estudio de los elementos *más-estatales* sobre el de los *menos-estatales*. Esto es muy claro, según creo, en los binomios, a veces planteados (o incluso meramente supuestos) como auténticas dicotomías: ley-jurisprudencia administración-justicia, burocracia-feudo, centro-periferia, público-privado, etc., vistas como otras tantas contraposiciones respectivamente correspondientes al Estado naciente y sus frenos o resistencias, los lastres medievales. En efecto, si atendemos al discurso sobre el “Estado moderno”, es fácil comprobar que algunas de las palabras clave del léxico historiográfico son *ley*, *administración*, *burocracia*, que tal como se encadenan creo denotan una concepción *voluntarista* del derecho, que no se compadece con el mundo precontemporáneo. No parece casual, en este sentido, que el *absolutismo* (no importa ahora en qué acepción) sea objeto predilecto de estudio para

<sup>31</sup> Para una útil y equilibrada consideración de la problemática aquí esbozada, con atención a las principales perspectivas historiográficas, Mario CARAVALE, “La nascita dello Stato moderno”, en *Manuali di Storia Donzelli. Storia moderna*. Lezioni di Guido Abbatista et al., Roma, 1998, pp. 77-101.

<sup>32</sup> Por atender especialmente a esta cuestión, merecen consultarse Diego QUAGLIONI, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell’età moderna*, Padova, 1992; y la ajustada visión general de Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, 1999, pp. 65-80.

<sup>33</sup> Angela de BENEDICTIS, *Politica, governo e istituzioni nell’Europa moderna*, Bologna, 2001, p. 394.

una historiografía que en cambio ha prestado muy poca atención al *constitutionalismo d'ancien régime*<sup>34</sup>.

Como no puedo entrar a desarrollar el argumento, bastará observar que la selección y disposición de los temas relevantes reproduce los esquemas organizativos propios del Estado liberal, a menudo sin una indagatoria previa acerca del sentido que tenían en el Antiguo Régimen. No es que cada uno de esos elementos no estuviera presente a su modo y en mayor o menor medida, sino que –como enseguida diré– se construye con ellos una secuencia temporal, que, *por partir del resultado* (el Estado), sirve al fin de trazar una genealogía más que para comprender un mundo diferente en su globalidad (la dimensión política de la sociedad del antiguo régimen). En ocasiones, parece que una vez *pensada* la ley la realización histórica del Estado fuese ineluctable<sup>35</sup>. Paradójicamente –dadas las habituales protestas de especificidad–, el mundo moderno pierde así sustantividad y pasa a ser una especie de escenario donde se enfrentan los restos del mundo medieval con la vanguardia del mundo contemporáneo, respectivamente encarnados en unas dicotomías cuyos términos responderían de hecho a los momentos pre-estatal y plenamente estatal, durante un tiempo –el moderno– que no tiene entonces más sustantividad que la de haber dejado ya de ser medieval y no ser todavía contemporáneo. Y es que, si bien se mira, el Estado moderno no parece más que un proyecto de Estado contemporáneo lastrado por las adherencias medievales.

(iii) Por último, la perspectiva del “Estado moderno” también obliga a marcar las diferencias entre el mundo moderno y el mundo contemporáneo sin romper la identidad sustancial del Estado que los aúna (y que es la tesis fuerte de este punto de vista). El paso de uno a otro período es así un asunto de transformaciones o sucesión de formas, vistas como otras tantas fases de una entidad que se concibe esencialmente (i. e., en su esencia) igual<sup>36</sup>. La pregunta obligada es, entonces: ¿qué novedad aporta el Estado contemporáneo con relación al Estado moderno? La respuesta tradicional y más frecuente entre quienes consideran que la época moderna trajo la estatalización de la sociedad, es que el mundo contemporáneo se sustanció en la *liberalización* del Estado, (entendida como la liberación del absolutismo); punto de vista que además se encuentra muy difundido entre los juristas, que de esta forma legitiman al Estado liberal como un instrumento de libertad<sup>37</sup>. La sucesión de las edades media, moderna y contemporánea tendría una correspondencia perfecta en el plano político, mediante la secuencia: sociedad-sin-Estado, sociedad-con-Estado absoluto, sociedad-con-Estado liberal. Aunque nadie considere cada uno de esos tramos como estáticos, lo cierto es que, desde este punto de vista, ha de aceptarse que, en el plano político y cuando menos conceptualmente, hay más diferencias entre el siglo XIV e incluso XV y el siglo XVI, que entre éste y el XIX o incluso el XX. Para evitar este despropósito sin romper la unidad conceptual del Estado, no parece haber otra fórmula que vaciarlo de contenido prácticamente hasta desnaturali-

<sup>34</sup> Véase, simplemente, Nicola MATTEUCCI, *Organización del poder y libertad. Historia del constitutionalismo moderno* (1988), Madrid, 1998, con la Presentación de Bartolomé Clavero.

<sup>35</sup> Así, y aunque desde otra perspectiva, Paolo GROSSI sitúa en el siglo XIV el arranque de una *modernidad* frontalmente opuesta al medioevo, en cuanto que dominada ya por el Estado y la soberanía, tanto en su fundamental *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995 (traducción castellana, con Introducción de F. Tomás y Valiente, Madrid, 1996), como en “Un diritto senza Stato (La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)”, en *QF*, 25 (1996), pp. 267-284 (ahora en su *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, 1998, pp. 275-292), o en su brillante síntesis “Giustizia come legge o legge come giustizia? Annotazioni di uno storico del diritto”, en *Mitologie giuridiche della modernità*, Milán, 2001, pp. 13-39 (traducción castellana, Madrid, 2003).

<sup>36</sup> Siguiendo la estela marcada por Otto HINTZE, “Esencia y transformación del Estado moderno” (1931), incluido en su *Historia de las formas políticas*, Madrid, 1968, pp. 293-323, esp. 293-295.

<sup>37</sup> Ejemplar, en este sentido, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Madrid, 1994.

zarlo. Este es justamente el resultado al que llegan quienes, adoptando la categoría Estado moderno, observan además un momento fuerte de discontinuidad entre las edades moderna y contemporánea.

Así, Maurizio Fioravanti acuña la categoría *Estado moderno europeo* para referirse a una “realtà politico-istituzionale che caratterizza la storia europea” desde el siglo XIV hasta la actualidad, que encarna en tres formas históricas sucesivas: *Estado jurisdiccional*, *Estado de derecho* y *Estado constitucional*; la primera de las cuales, que llena todo nuestro período, no es reconducible todavía al principio de soberanía, en el sentido monopolístico actual. ¿Qué concepto es entonces capaz de dar cuenta de un tal Estado moderno europeo? ¿Cuál es la *línea de fondo* que recorre toda la historia *estatal*? La institucionalización de un *gobierno del territorio*: “È questo il senso fondamentale della trasformazione cui assistiamo nel passaggio dall’età medievale a quella moderna, ed è dunque questo il carattere dello Stato moderno europeo, che è possibile cogliere alle sue origini: *lo Stato come governo di un territorio, che opera in modo sempre più disciplinato e regolato, con l’intento di consociare le forze operante su quel territorio, di ricordurle a una prospettiva comune*”<sup>38</sup>.

En conclusión: con independencia de las motivaciones que puedan estar detrás de unas u otras posiciones historiográficas, la construcción de la historia política y jurídica de la edad moderna en torno a la noción de Estado determina o al menos orienta temas y perspectivas que, a mi juicio, diluyen la dimensión política del Antiguo Régimen en la genealogía del Estado, reduciendo y no sé si hasta deformando la perspectiva. Aunque “Estado” sea –o quede reducido a- un nombre puramente convencional, está cargado de consecuencias: el Estado es producto –y productor- de cultura estatal.

En primer lugar, construye una evolución finalista, que lleva a leer el pasado desde el presente, adoptando la perspectiva de lo-que-acabó-por-suceder: mostrando el presente como apogeo del pasado, tiende a seleccionar y acomodar el material histórico en función de un destino, que resulta así legitimado. Si lo que interesa es reconstruir un proceso de concentración de poder, entonces hay que considerar los mecanismos de intervención (administrativa) más que los dispositivos de garantía (jurisdiccional y para la defensa de los derechos tradicionales), atendidos en el mejor de los casos como frenos o resistencias a la construcción del Estado.

Por esta razón –y esto me parece importante-, el enfoque estatal obliga a adoptar un punto de vista diacrónico, más que sincrónico en la consideración del pasado moderno, lo que supone favorecer la conexión de elementos sucesivos (y afines) sobre la relación entre elementos coetáneos (y dispares), o lo que es igual: tiende a construir una evolución (jurídica), pero no pretende reconstruir un contexto (cultural). Salvadas todas las distancias, que son muchas, se mantiene el canon de la historia *jurídica* del derecho (en cuanto que elaborada con elementos jurídicos desgajados de su contexto no jurídico) sobre el modelo de la historia social (en cuanto que *cultural*) del derecho.

Así pues, desde esta perspectiva la dimensión política de la época moderna queda en buena medida reducida a (y en todo caso, resulta mediatisada por) la historia de la construcción del Estado y se sustancia primordialmente en la invención de una tradición estatal (en sentido propio, desde el momento que casi nadie discute hoy que el Estado que se predica no existe en la historia que se construye –y así se destaca- más que *in statu nascente*), renunciando a comprenderla con arreglo a sus propios medios cultura-

---

<sup>38</sup> Maurizio FIORAVANTI, “Stato e costituzione”, en M. Fioravanti, a cura di, *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, 2002, pp. 3-36. Como puede observarse, el concepto es tan amplio y genérico, que invita a preguntarse qué sentido tiene mantenerlo; pero lo cierto es que sólo así pueden evitarse las aporías que comporta de suyo el “Estado moderno” como categoría historiográfica.

les. A falta de ellos, tiende a construirse más bien una genealogía del Estado, como revela la misma terminología empleada (Estado naciente, madurez del Estado).

Tengo para mi que en el fondo de esta posición late la creencia en *una* naturaleza humana intemporal, que vendría a actuar como una suerte de *universal antropológico*, es decir, como un espacio donde conviven en fructífero diálogo el hombre del pasado y el hombre del presente<sup>39</sup>. Si se abandona esta *creencia* (por lo demás tan desacreditada) y, en consecuencia, se prescinde del “Estado moderno” como categoría contemporánea que es, entonces puede aflorar la alteridad del Antiguo Régimen, que es condición necesaria para preguntarse, no ya por las características de la organización política moderna, sino por las vías para llegar a conocerlas. Como de forma muy gráfica ha escrito Costa, se trata primeramente de saber qué textos leer y cómo leerlos, de entre la masa inmensa aunque siempre incompleta que el pasado traslada hasta el presente<sup>40</sup>. No me detendré en este punto, limitándome a destacar que la historiografía jurídica crítica con el paradigma estatalista, demostrando que la teología y el derecho atesoraban en el mundo pre-contemporáneo un conjunto de saberes ampliamente consensuados acerca del hombre y la sociedad, ha propuesto atender a la jurisprudencia (la doctrina de los juristas) para reconstruir –en palabras de Clavero- una suerte de antropología *d'ancien régime* que permita comprender el contexto cultural de *lo político* y *lo jurídico*<sup>41</sup>. António Manuel Hespanha lo ha expresado con suma claridad y eficacia, al afirmar que estas categorías responden a “representaciones profundas, espontáneas, impensadas, que organizan la percepción, la evaluación, la sensibilidad y la acción en el dominio del derecho y del poder”; y son culturalmente *locales*, es decir: “aunque muy profundas, generales y permanentes, son dependientes de la historia y no de una naturaleza humana, dada de una vez por todas”<sup>42</sup>. Desde este punto de vista, la dimensión política del Antiguo Régimen no queda reducida al “Estado moderno” y sólo puede comprenderse reconstruyendo *otra* cultura, que dé cuenta de *otros* dispositivos.

#### 4. La cultura jurisdiccional y sus dispositivos institucionales.

Frente a estatalismo, *jurisdiccionalismo*. Antes de que la cultura estatal, gestada en el último tramo de la edad moderna y desarrollada en la época contemporánea, dominase el universo jurídico, una cultura jurisdiccional, formada en la baja edad media y desarrollada en los siglos modernos, desplegó sus efectos durante todo el Antiguo Régimen. Una atenta lectura de los “textos de saber” ha permitido en estos últimos años reconstruir sus claves, que por tan ajenas a las nuestras lo son además de lectura para todo el universo jurídico político de aquel período. La clave de esta cultura, tal como fue desvelada por Pietro Costa en un libro fundamental y ya clásico, reside en concebir el poder político (*i. e.*, las relaciones de poder en virtud de las cuales un conjunto de individuos se encontraba subordinado a otro) como *iurisdictio* y, en consecuencia, circunscribirlo a la potestad de *decir el derecho*<sup>43</sup>. Quienes tienen poder político, y porque

<sup>39</sup> Clifford GEERTZ, *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas* (1983), Barcelona, 1994; íd., “Contra el antirrelativismo”, en *Revista de Occidente*, 169 (junio, 1995), pp. 71-103; íd., *Reflexiones antropológicas sobre temas filosóficos* (2000), Barcelona, 2002, *maxime* cap. 2.

<sup>40</sup> Cfr. Pietro COSTA, “Storia giuridica: immagini a confronto”, en *AHDE*, 67-1 (1997), pp. 71-94.

<sup>41</sup> La idea se debe a Bartolomé CLAVERO, *Tantas personas como estados*, ya cit.; *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán, 1991. Cfr. HESPAÑHA, *Panorama*, pp. 45-57.

<sup>42</sup> António Manuel HESPAÑHA, “Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna”, en *Ius fugit. Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos*, 3-4 (1996), pp. 63-100, esp. 63.

<sup>43</sup> Pietro COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella iuspubblicistica medievale (1100-1433)*, Milán, 1969. Ristampa, Milán, 2002, con Prefazioni de Ovidio Capitán (pp. ix-xviii) y Bartolomé Clavero

lo tienen, poseen la facultad de declarar lo que sea el derecho, bien estatuyendo normas o bien administrando justicia, en el grado y sobre el ámbito que en atención a su *iurisdictio* les corresponda. Esto es lo fundamental: el poder político se manifiesta como lectura y declaración de un orden jurídico asumido como ya existente y que debe ser mantenido. Por debajo de la extraordinaria complejidad y sutileza de la elaboración jurisprudencial, minuciosamente analizada por Jesús Vallejo, alienta así una idea capital, sin la cual no es posible comprender la configuración jurídico-política de los siglos modernos: la idea de que el poder político está sometido a -y limitado por- el derecho, lo que es tanto como decir que el derecho es anterior e independiente del poder<sup>44</sup>. ¿Cuál es entonces su sustancia y, por tanto, la matriz de esta cultura jurisdiccional?

Esta concepción, que con toda razón podemos llamar concepción *jurisdiccionalista* del poder político, responde a una arraigada cosmovisión de base religiosa que se expresa en la idea de *ordo* (orden), con consecuencias decisivas para la comprensión de “lo jurídico” y “lo político”. El imaginario del antiguo régimen está dominado por la creencia –largamente consensuada- en un orden divino –y por tanto, natural e indispensible- que abarca todo lo existente asignando a cada parte una posición y destino en el mundo, que desde luego puede ser descubierto y en cualquier caso debe ser universalmente respetado<sup>45</sup>. La cultura del Antiguo Régimen es, así pues, una *cultura de orden revelado*<sup>46</sup>. ¿Cómo?

Una cultura de orden revelado fundamentalmente por la *tradición*, primero textual (esto es, contenida en los libros de autoridad -la Biblia y los textos normativos del derecho romano y canónico-, leídos e interpretados por los santos y sabios, teólogos y juristas); pero también en la tradición histórica del territorio o ámbito que fuere. Ha podido decirse así con todo acierto que aquel etéreo orden natural aparecía objetivado en la *constitución tradicional*, esto es, encarnado en los muy concretos derechos propios de las múltiples *estados* (como plural romance de *status*) y corporaciones que articulaban la vida social. Ni individuos ni Estado, sino *personas* como estados y corporaciones con capacidad para auto-administrarse (pluralismo institucional)<sup>47</sup>.

Si el orden natural precede a y se concreta en los derechos tradicionales (o adquiridos) que componen la constitución tradicional, el poder político es un instrumento del orden: existe y se legitima para mantener el orden constituido, y a este fin (que es el *oficio* o función que cabe a su titular) va trenzando un conjunto de dispositivos institucionales, que son así procedimientos o mecanismos, prácticas o instrumentos para realizar (hacer realidad) la concepción jurisdiccionalista del poder político (o lo que es igual, para mantener a cada uno en su derecho). Si no me engaño, este conjunto de dispositivos encierra todo (o casi todo) el juego de posibilidades y límites del poder soberano, tal

(“‘Iurisdictio’ nello specchio o el silencio de Pietro Costa”, pp. xviii-lxxx, contraponiendo tajantemente “iurisdictio” y la categoría conceptual Estado), y Post-fazione del autor (pp. lxxxii-xcvi).

<sup>44</sup> Jesús VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, 1992; así como Carlos PETIT y Jesús VALLEJO, “La categoría giuridica nella cultura europea del Medioevo”, en Perry Anderson *et al.* (eds.), *Storia di Europa. III: Il Medioevo. Secoli V-XV*, Torino 1994, pp. 721-760, donde resume sus trazos fundamentales.

<sup>45</sup> Junto al recientemente traducido Otto von GIERKE, *Teorías políticas de la Edad Media* (1881) (Edición de F. W. Maitland, 1900). Estudio preliminar de B. Pendás, Madrid, 1995, pp. 117-133; véanse: António Manuel HESPAÑHA, *História das instituições. Épocas medieval e moderna*, Coimbra, 1982, pp. 205 ss.; *Las categorías de lo político y de lo jurídico en la época moderna*, ya cit.; GROSSI, *L'ordine, passim*, que es fundamental; COSTA, *Civitas*, I, cap. I.

<sup>46</sup> Bartolomé CLAVERO, “*Beati dictum*: derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden”, en *AHDE*, 63-64 (1993-1994), pp. 7-148; António M. HESPAÑHA, “Qu'est-ce que la ‘Constitution’ dans les Monarchies Ibériques de l’Époque Moderne?”, en *Themis*, I-2 (2000), pp. 5-18.

<sup>47</sup> Bartolomé CLAVERO, “Principio constitucional: el individuo en Estado”, en *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, 1997, pp. 11-40, que aporta otras referencias suyas sobre esto.

como se desplegó durante los siglos modernos y una historiografía cada vez más atenta a destacar las modalidades no coactivas de ejercicio del poder político está poniendo de manifiesto<sup>48</sup>.

El tránsito entre las convencionalmente llamadas edad media y edad moderna, se caracteriza precisamente por el desarrollo de un intenso proceso de integración corporativa (y no meramente territorial, toda vez que los territorios estaban por lo común jurisdiccionalmente equipados), cuyo resultado más significativo o vistoso fue la composición de formaciones políticas complejas (o mayores, por agregación de otras menores), que son los tradicionalmente llamados “Estados modernos”<sup>49</sup>. Como vimos, tres preguntas interesaría responder a este propósito: por qué, cómo, qué. Si se admite el juego de palabras, y recordando lo ya visto, podríamos decir que de los *por qués* suele desprenderse un *qué* (Estado moderno) que se compadece mal con los *cómo*s. En efecto: sin entrar a valorar -más que nada por incompetencia- los *por qués* historiográficos de este proceso, si atendemos a *cómo* fue llevado a cabo en términos jurídico-políticos, concluiremos que las nuevas formaciones políticas se articulan mediante el conjunto de dispositivos institucionales propio de la cultura jurisdiccional (*i. e.*, jurídicamente determinados), por lo que resultan ser artefactos muy poco estatales (*i. e.*, arbitrariamente decididos). Entiéndase bien: no hay duda de la entidad por así decir cuantitativa de los cambios producidos, pero en términos cualitativos las también llamadas “nuevas monarquías” fueron muy poco innovadoras en su instrumentarium. Me parece innegable que hubo un proceso de fortalecimiento del poder real (evidente, *p. ej.*, en Castilla con los Reyes Católicos), pero no es menos claro que fue realizado con los dispositivos de carácter jurisdiccional ensayados en la baja edad media<sup>50</sup>. Tampoco niego que esta cultura desplegará tan pronto como en el Trescientos nuevas concepciones acerca de las relaciones entre poder y derecho (y, por tanto, sobre la ley), pero en tal caso no articuló los medios institucionales para llevarla a la práctica. El poder político responde ciertamente a una (u otra) cultura, pero es cuestión de instituciones: es pensamiento, pero también procedimiento. No se trata, en suma, de cuestionar que se dieran cambios significativos, sino de recordar que la composición política resultante se atuvo a los cánones jurisdiccionales y así se mantuvo<sup>51</sup>. En este sentido, bien puede decirse, de acuerdo con Mannori y Sordi, autores de una espléndida *Storia del diritto amministrativo*, que la *quidditas* moderna se sustanció justamente en construir *Estados jurisdiccionales* (que ellos categorizan como “Estado premoderno”)<sup>52</sup> ... o sea –añado por mi parte-, *estados*

<sup>48</sup> Cecilia NUBOLA y Andreas WÜRGLER, eds., *Suppliche e ‘gravamina’*. *Política, amministrazione, giustizia in Europa (secoli XIV-XVIII)*, Bolonia, 2002. Para una consideración general de los dispositivos institucionales aludidos, permítaseme remitir a mi trabajo “Las Audiencias: la justicia y el gobierno de las Indias” (en prensa), que he utilizado para la redacción de este apartado 4.

<sup>49</sup> António M. HESPAÑHA, “El espacio político”, recogido en su *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, 1993, pp. 85-121; y el arranque de Stefano MANNONI, “Relazioni internazionali”, en *Lo Stato moderno in Europa*, pp. 206-229.

<sup>50</sup> Carlos GARRIGA, “Control y disciplina de los oficiales públicos en Castilla: la visita del Ordenamiento de Toledo (1480)”, en *AHDE*, 61 (1991), pp. 215-390; Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, “Poder regio, reforma institucional y régimen político en la Castilla de los Reyes Católicos”, en *El Tratado de Tordesilla y su época*, Junta de Castilla y León, 1995, vol. I, pp. 23-47.

<sup>51</sup> António M. HESPAÑHA, “Representación dogmática y proyectos de poder”, recogido en *La gracia del derecho*, pp. 61-84; Luca MANNORI, “Per una ‘preistoria’ della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell’età del tardo diritto comune”, en *QF*, 19 (1990), pp. 323-504.

<sup>52</sup> Luca MANNORI y Bernardo SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, *maxime*, pp. 5-71: “Volendo attribuire un’etichetta di comodo a questo spesso sostrato di pratiche, istituzioni e costruzioni intellettuali, la meno inesatta che riusciamo a immaginare è quella di ‘Stato giurisdizionale’: facendo attenzione, però, a depurare il sintagma di ogni valenza arcaizzante, per intendere invece con esso un qualunque sistema di potere, vasto e articolato quanto si voglia, nel quale ogni pubblico comando venga comunque funzionalizzato *alla difesa e alla riaffermazione di una norma giuridica già data*. Di

*no-estatales*: nuevas formaciones políticas, que precisamente por jurisdiccionales – entiendo yo- se avienen muy mal a la lógica estatal. Un breve repaso a las principales características del orden jurídico y el poder político modernos, tal como han sido destacadas por la reciente historiografía atenta a reconstruir aquella cultura, servirá para ilustrarlo.

#### 4.1. Las características del orden jurídico.

A los solos efectos de percibir de qué hablamos cuando hablamos del *orden jurídico* con relación al Antiguo Régimen, creo que sus principales características pueden enunciarse del modo que sigue.

(i) *Preeminencia de la religión*. Ante todo, el derecho sólo puede comprenderse como parte de un complejo normativo más vasto e intrincado, que tiene matriz religiosa e integra a los distintos órdenes que disciplinan o contribuyen a disciplinar la sociedad: el derecho como la teología moral principalmente formaban un *ordenamiento compuesto*, porque siendo distintos participaban de una misma cultura –una “cultura preceptiva de carácter tradicional”– constituida (en sentido propio) por la religión<sup>53</sup>. Esta se encuentra omnipresente en el derecho y puede rastrearse sin dificultad en los binomios que enlazan ambos mundos: justicia como equidad-ley estatuida, pecado-delito, amor-juicio, don-obligación jurídica... Probablemente, la manifestación más llamativa de esta configuración, que asignaba al derecho un papel secundario, radica en la dualidad *fuerro externo-fuerro interno* y deja ver toda su trascendencia en caso de conflicto entre los órdenes normativos que prioritariamente vinculan a uno y otro, planteando como cuestión *si la ley humana obliga en conciencia a los súbditos*<sup>54</sup>. No hace falta decir que las respuestas a esta cuestión clásica de la teología moral (siempre en plural y tan distintas como variados fueran sus contextos), tenía entonces una importancia *práctica* excepcional, dada la precariedad de los aparatos de dominio coactivo disponibles, que toda una historiografía del *disciplinamiento social*, al releer críticamente la supuesta estatalidad moderna, está poniendo de manifiesto en su debido contexto<sup>55</sup>.

(ii) *Orden jurídico tradicional y pluralista*. El derecho u ordenamiento jurídico tiene a su vez una configuración pluralista, en la medida que está integrado por distintos órdenes dotados de contenidos normativos y legitimidades diferentes<sup>56</sup>. Bajo el estrato superior que ocupan los *derechos divino, natural y de gentes*, en gran medida nutridos por el inmenso arsenal del *derecho común*, como sustancia normativa de aquella cultura (que rige además como derecho romano y canónico a título propio, variable en cada territorio), en el campo del derecho *positivo* concurren con estos últimos distintos derechos –en rigor, tantos como *cuerpos* habitan aquella sociedad, que por esto se dice “corporativa”–, articulados por una lógica de integración (y no de exclusión), cultivada por

---

qui, la principale caratteristica istituzionale degli Stati premoderni: [...] presentarsi come sistemi *ad apparato indistinto*, composto unicamente da giudici, e non da giudici e da amministratori” (pp. 15-16).

<sup>53</sup> La idea se debe, especialmente, a CLAVERO, “*Beati dictum*”: *derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden*”, esp. 26-34 y 111-131 (119, para la cita), que remite a otros trabajos suyos anteriores.

<sup>54</sup> Jean-Claude WAQUET, *De la corruption. Morale et pouvoir à Florence aux XVIIe et XVIIIe siècles*, París, 1984; Miriam TURRINI, *La coscienza e le leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione della prima Età moderna*, Bolonia, 1991, *maxime* pp. 245-288. Para todo esto es ahora fundamental Paolo PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bolonia, 2000.

<sup>55</sup> Véase la aguda revisión crítica de Giorgia ALESSI, “*Discipline. I nuovi orizzonti del disciplinamento sociale*”, en *Storica*, 4 (1996), pp. 7-37, con abundante bibliografía.

<sup>56</sup> HESPANHA, *Panorama*, pp. 92-98. Con carácter general, Bartolomé CLAVERO, *Historia del derecho: derecho común* (2<sup>a</sup> ed., 1979), Salamanca, 1994.

la jurisprudencia, el saber (o la doctrina) de los juristas<sup>57</sup>: en este contexto, la *ley real* es apenas un componente del derecho, por más que cada vez tenga mayor importancia dentro del positivo. Como tradicional y pluralista, además, aquel orden jurídico estaba regido por normas de conflicto de “geometría variable” (Hespanha), toda vez que la integración de los distintos derechos que lo componían no se planteaba en general, de una vez y para siempre, sino caso a caso, y en función de las circunstancias que en cada uno concurriesen.

De ahí, por último, (iii) que fuese un *orden jurídico probabilista*: concebida la tarea del jurista como interpretación de un orden dado, lo orienta hacia la fijación y solución de problemas (o *casos*), y –lo que importa más– es revelador de una concepción del derecho esencialmente antilegalista, bien cifrada en la fórmula: *Ius non a regula sumatur, sed ex jure quod est regula fiat* (*Digesto* 50, 17, 1), que antepone el derecho a la regla<sup>58</sup>. El derecho resulta construido caso a caso mediante la *tópica*, que es el arte de encontrar (*ars inveniendi*) y conciliar los argumentos o puntos de vista aptos para tratar de los asuntos discutibles (todos aquéllos, como los jurídicos, sobre los cuales no hay afirmaciones evidentes o necesariamente ciertas). Los juristas son así maestros de una técnica especialmente apta para organizar el consenso entre perspectivas diferentes y alcanzar soluciones o adoptar decisiones justificadas: que vencen o se imponen porque convencen en el marco de una cultura compartida (y no porque sean expresión de una certeza jurídica previamente definida: entiéndase, legalmente preceptuada)<sup>59</sup>.

Estas características determinan la *configuración jurisprudencial del derecho* en el Antiguo Régimen: aunque apenas enunciadas, nos llevan a las antípodas del universo jurídico legal y nos sitúan ante un ordenamiento construido caso a caso en la tarea de conciliar universos normativos (y por tanto, posiciones políticas) dispares. Los juristas, como *sacerdotes de la iuris religio*, organizaban entonces, con su sabiduría acerca de las cosas divinas y humanas, el consenso en que el derecho viene a consistir o resolverse: no en vano la moderna ha podido llamarse la “edad de la *communis opinio*”<sup>60</sup>. Hay metáforas que expresan bien las diferencias entre aquel pasado y nuestro presente, contribuyendo a resaltar la *discontinuidad* que nos separa. Frente al orden jurídico “legalista” inaugurado aquí (que no sin más implantado) por las revoluciones liberales, comparable a un jardín diseñado y permanentemente atendido y cultivado por atentos jardineros (el jurista como legislador), se ha dicho que en el Antiguo Régimen el ordenamiento jurídico semeja un bosque (un espacio salvaje, no cultivado), en el que el jurista actúa a modo de *guardabosques*, ocupado en mantener un orden dado, que se vive como natural y entiende, por tanto, esencialmente invariable<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Remito simplemente a la síntesis de PETIT-VALLEJO, *La categoria giuridica nella cultura europea del Medioevo*, ya cit., a propósito de “la articulación de la pluralidad como problema”, con una rica bibliografía. Cfr. Javier BARRIENTOS GRANDÓN, *Historia del Derecho Indiano, del descubrimiento colombino a la codificación*. I. *Ius commune – Ius Proprium en las Indias occidentales*, Roma, 2000, para el espacio americano.

<sup>58</sup> Un aspecto muy bien destacado por Michel VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milán, 1986 (edición original francesa: París, 1975), pp. 61-62, 464-466, 530-532.

<sup>59</sup> Además del trabajo clásico de Theodor VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia* (1963), Madrid, 1986, Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, 1992; y HESPAÑA, *Panorama*, pp. 110-129.

<sup>60</sup> Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán, 1975, pp. 79-199. El calificativo es de Adriano CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milán, 1982, pp. 146-171. Para los fundamentos medievales, GROSSI, *L'ordine, maxime*, caps. VI-IX.

<sup>61</sup> La metáfora (culturas salvajes/culturas cultivadas) procede de Ernest Gellner, y ha sido desarrollada en su análisis del papel de los intelectuales por Zygmunt BAUMAN, *Legislators and interpreters. On modernity, post-modernity and intellectuals*, Cambridge, 1987, *maxime* pp. 51-67; y espléndidamente aplicada al derecho, sobre todo para ilustrar el pre-moderno, por António M. HESPAÑA, “*Jurists as Game-*

## 4.2. La configuración del poder político.

No es exagerado decir, por ello, que el derecho (a fin de cuentas, fundado en los principios necesarios de toda convivencia o *affectio societatis*), cumplía en el Antiguo Régimen una *función constitucional*, en la medida que se impone a todo poder político, cuya legitimación y finalidad radicaba precisamente en el mantenimiento del orden constituido<sup>62</sup>. De ahí que desde un principio –volvamos sobre nuestros pasos- fuese designado por los juristas con el término *iurisdictio*, significando muy bien la función o tarea declarativa (y no constitutiva) del orden que le da su razón de ser. No importa ahora recordar las sofisticadas divisiones de la *iurisdictio* ni la gradación establecida en atención al *quantum* de poder que confiere, sino destacar que, en función de ellas, esta actividad puede revestir distintas formas que, pasando por la sentencia, van desde la ley del *princeps* a la mera providencia (gubernativa). Todo acto de poder era entonces visto como la declaración de un orden asumido como existente que se trata de garantizar y del cual dimana, en último término, su fuerza de obligar<sup>63</sup>. La razón de ser del poder político es precisamente ésta: *decir el derecho* (*dictio iuris*), y al derecho –en el sentido comprensivo del término que ya sabemos– estaban por tanto sometidos, en vía de principio, sus titulares. Veamos con qué consecuencias institucionales<sup>64</sup>.

Por de pronto, esta concepción deja un espacio muy limitado a la *voluntad*, que –consustancial a la cultura estatal- se entiende en la jurisdiccional sometida de suyo al orden inscrito por Dios en la naturaleza de las cosas. No era entonces concebible un poder ordenador capaz de conformar jurídicamente la sociedad, asignando a voluntad las posiciones jurídicas, es decir, estableciendo los derechos y deberes (el *status*) de sus miembros. No había otro poder *constituyente* que el divino en el acto de la creación.

Es verdad que, como ha sido reiteradamente estudiado, desde la baja edad media avanza una deriva voluntarista que, arrancando en la fórmula de la *potestas extraordinaria* o *absoluta*, culmina en la noción de soberanía y, en el curso de la edad moderna, tiende cada vez más claramente a situar la figura del *princeps* por encima del derecho, reconociéndole la capacidad de modificar el universo normativo mediante actos de voluntad imperativa (y con unos u otros requisitos según cuál fuera su alcance). Ahora bien, estas facultades se entendieron siempre al servicio (y no en contra) del orden constituido: propias del oficio de *princeps*, estaban vinculadas a ciertas finalidades y debían ser ejercidas en conciencia; de hecho, como extraordinarias habían de servir precisamente para resolver los problemas que no encontraban solución con los medios ordinarios (*i. e.*, ajustados al orden), pero aquella cultura jurídica consideraba dignos de remedio. Dicho en otros términos: lo extraordinario en estos casos eran los medios que em-

---

keepers. Scrutinizing Order in Early Modern Western Europe” (publicado en versión portuguesa: *Análise social*, 161 (2001), pp. 1183-1209), que he podido manejar gracias a la amabilidad de su autor.

<sup>62</sup> HESPAÑHA ha escrito páginas muy esclarecedoras acerca de esto en varios de sus trabajos: *História*, pp. 199-220 y 302-332; *Vísperas*, 233-241 y 391-414; *Panorama*, pp. 59-62; así como, últimamente, MANNORI y SORDI, *Storia*, en su primera parte (debida al primero).

<sup>63</sup> Luca MANNORI, *Il sovrano tutore: Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (secoli XVI-XVIII)*, Milán, 1994, lo ha resumido muy bien: “A sorregere questa costruzione stava il convincimento che l'autorità politica non fosse tanto chiamata a formare ed attuare un comune progetto di convivenza, ma a mantenere un assetto storicamente dato attraverso la ricerca di un giusto equilibrio tra le varie parti dell'ordinamento. Dal che si ricavava appunto non esistere alcuna difformità radicale tra l'attività del 'princeps' e quella dell'ultimo dei suoi baglivi, posto che ad entrambi era assegnato lo stesso compito di comporre i conflitti sociali tramite il richiamo di diritti e doveri già iscritti nell'ordine obiettivo del mondo” (p. 408).

<sup>64</sup> En esta línea, son imprescindibles las obras ya citadas de HESPAÑHA, junto al volumen que ha coordinado sobre *O Antigo Regime (1620-1807)* (=José Mattoso, dir., *História de Portugal*, 4), Lisboa, 1998; así como las de BENEDICTIS y MANNORI-SORDI, igualmente citadas.

pleaba, y no los fines que perseguía, el poder soberano. De ahí que, como muy gráficamente ha dicho el mismo Mannori, el *princeps* fuese más *dispensador* que legislador, y concretara su actividad soberana no tanto en leyes como en *rescriptos*. En fin, sin necesidad de entrar ahora en las particularidades que encierra el ejercicio de la *gracia*, baste decir que había de servir para perfeccionar y no para destruir el orden constituido. No otra cosa significa la doctrina de la *justa causa* necesaria para alterar el derecho indisponible, que –dando cabida a los valores sociales predominantes– se concreta en el respeto a los derechos adquiridos o radicados en aquel orden (*iura quae sita*), salvo casos de suprema utilidad pública<sup>65</sup>. Que esta perspectiva está vigente con fuerza a lo largo de toda la edad moderna, lo demuestra, *a contrario*, la pujanza que adquirió en los países de tradición más acentuadamente católica la doctrina de la *razón de estado*, entendida como vía extraordinaria de actuar en conciencia al margen o en contra del derecho establecido, en beneficio o utilidad de la república<sup>66</sup>. La *constitución tradicional* limita y al mismo tiempo legitima aquel poder que, por supremo (y no exclusivo), se llama *sobrano*.

En efecto. No sorprenderá que el conflicto formase parte de la fisiología (y no de la patología) de los cuerpos políticos en el Antiguo Régimen, siempre necesitados de una instancia armonizadora que, dando a cada uno lo que le correspondiese, garantizara la permanencia del orden jurídico en su conjunto. Esto es precisamente lo que se dice cuando se dice que *hacer justicia* era la tarea principal y durante mucho tiempo casi única del *princeps* como titular del poder político supremo: invariablemente definida como la *perpetua y constante voluntad de dar a cada uno lo que es suyo*, se resolvía en el mantenimiento de los equilibrios sociales establecidos y, por tanto, de cada uno en su derecho (como parte del cual la *administración* -o gestión de los asuntos comunes- tocaba en cada corporación no al *princeps* sino a sus rectores)<sup>67</sup>.

Era aquel, como ha dicho Clavero, un *orden de derechos judicialmente garantizados*. Si la función principal del poder político es hacer justicia y ésta se identifica con el mantenimiento del orden social y político establecido, entonces su ejercicio ha de consistir principalmente en la resolución de conflictos entre esferas de intereses diversas, atendiendo a los derechos y deberes constituidos o radicados en el orden jurídico. En consecuencia, como ha destacado muy bien Luca Mannori, para constreñir a alguien a hacer o soportar algo sin su consentimiento era necesario que fuese admitido preventivamente a probar que el sacrificio impuesto no era jurídicamente debido. De ahí la acusada impronta *garantista* del derecho del Antiguo Régimen, que puede resultar llamativa o sorprendente desde ciertos tópicos historiográficos acerca de la monarquía absoluta –que fueron forjados por razones bien definidas de política del derecho–, pero que resulta plenamente coherente y está llena de sentido en su propio contexto. La metaboliza-

<sup>65</sup> Gino GORLA, “*Iura naturalia sunt inmutabilia. I limiti del potere del principe nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*”, en *Diritto e potere nella storia europea*, Firenze, 1982, II, pp. 629-684; Wolfgang WEBER, “What a Good Ruler Should Not Do”: Theoretical Limits of Royal Power in European Theories of Absolutism, 1500-1700”, en *Sixteenth Century Journal*, 26-4 (1995), pp. 897-915; MANNORI, *Storia*, pp. 36-47.

<sup>66</sup> Yves Charles ZARKA, «Razón de Estado», en Philippe Raynaud y Stéphane Rials, eds., *Diccionario Akal de Filosofía Política*, Madrid, 2001. (ed. orig., París, 1996), pp. 661-665, introduce bien a una problemática que cuenta con muchas aportaciones recientes de notable interés, de las que da abundante noticia Artemio Enzo BALDINI, a cura di, *La Ragion di Stato dopo Meinecke e Croce. Dibattito su recenti pubblicazioni*, Genova, 1999, *maxime* su estudio preliminar (pp. 7-31).

<sup>67</sup> Jesús VALLEJO, “Acerca del fruto del árbol de los jueces: escenarios de la Justicia en la cultura del ius commune”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2 (1998), pp. 19-46; PRODI, *Una storia, maxime cap. III*. Para introducirse en la teoría pre-moderna de la justicia, António M. HESPANHA, “Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução”, en *Hispania*, I, pp. 135-204.

ción de este principio en el plano institucional dio lugar a un modelo *judicial* de gobierno, que por de pronto presuponía que el poder de juzgar y el poder de mandar, aunque distinguibles, fuesen inseparables; encomendaba su ejercicio a magistrados, que en el plano superior se constituían en tribunales colegiados (o consejos); elevaba el proceso judicial a canon de la recta actuación pública; y desde luego, entronizaba a los juristas (o *letrados*), como el tipo ideal de agente público. Una sociedad ordenada por el derecho debía ser administrada por los juristas, en su condición de *jurisprudentes*, esto es, poseedores de un saber práctico sobre el derecho<sup>68</sup>.

No podía ser de otra manera. Este conjunto de ideas y creencias ampliamente compartidas, componen un ideario que, legitimado en último término como voluntad de Dios, se impone como exigencia a quien, como cabeza del *cuerpo político*, corresponde organizar el *gobierno de la justicia*, es decir, construir un aparato apto para la debida conservación del orden<sup>69</sup>. Por soberana que fuese, y sin duda lo era, las posibilidades de acrecer la potestad regia en detrimento de las otras potestades políticas concurrentes venían de suyo limitadas por su misma configuración, esto es, por su carácter lógica e históricamente derivado del orden jurídico. Y concluyo, repitiéndome: la concepción *jurisdiccionalista* del poder político propia del Antiguo Régimen, tan rica en consecuencias institucionales como acabo de recordar, hace del orden jurídico el fin y el límite de un poder político que se entiende constituido como tal para mantenerlo.

## 5. ¿De qué hablamos cuando hablamos del *absolutismo*? Monarquía administrativa y dinámica estatal.

Esto plantea la cuestión de qué deba entenderse por *absolutismo*, que es recurrente en la historiografía y conviene atender brevemente para terminar, porque afecta de plano al argumento de estas páginas: la relación entre poder y derecho, *sub specie* de los límites o el control del poder soberano<sup>70</sup>.

Nacido como opuesto a “constitucionalismo” en el debate político revolucionario, el término “absolutismo” ha tenido tan buena fortuna historiográfica que hoy por

<sup>68</sup> Desde perspectivas complementarias y además de las obras generales citadas, pueden consultarse: Rafaële AJELLO, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Nápoles, 1976; Pier L. ROVITO, *Respublica dei togati. Giuristi e societá nella Napoli del Seicento*. I. *Le garanzie giuridiche*, Nápoles, 1981; Robert DESCIMON, Jea-Frédéric Schaub, Bernard Vincent, eds., *La figure de l'amministrateur, Institutions, réseaux, pouvoirs en Espagne, France et au Portugal 16e-19e siècle*, París, 1997; Jean-Frédéric SCHAUB, *Le Portugal au temps du Comte-Duc d'Olivares (1621-1640). Le conflit de jurisdicciones comme exercice de la politique*, Madrid, 2001; Carlos GARRIGA, «Los límites del reformismo borbónico: a propósito de la administración de la justicia en Indias», en F. Barrios, coord., *Derecho y Administración Pública en las Indias hispánicas*, Cuenca, 2002, I, pp. 781-821.

<sup>69</sup> Cfr. Bartolomé CLAVERO, “La monarquía, el derecho y la justicia”, en E. Martínez Ruiz y M. de Pazzis Pi, eds., *Instituciones de la España Moderna. I. Las jurisdicciones*, Madrid, 1996, pp. 15-38.

<sup>70</sup> Entre la bibliografía reciente que conozco, y además de la obra de Henshall citada luego, me parecen destacables, con carácter general y diversa orientación: Gunter BARUDIO, *La época del absolutismo y la Ilustración, 1648-1779* (1981) (=Historia Universal Siglo XXI, vol. 25), 6<sup>a</sup> ed., Madrid, 1992; Richard BONNEY, *L'absolutisme*, París, 1989; Heinz DUCHHARDT, *La época del Absolutismo* (1989), Madrid, 1992; Xavier GIL PUJOL, *Las Claves del Absolutismo y el Parlamentarismo. 1603-1715*, Barcelona, 1991; Henri MOREL, “Absolutismo”, en *Diccionario Akal de Filosofía Política*, pp. 13-21; Salustiano de DIOS, “El absolutismo regio en Castilla durante el siglo XVI”, en *Ius Fvgit*, 5-6 (1996-1997), pp. 53-236, que tiene otras varias aportaciones posteriores más concretas; Diego QUAGLIONI, “Il pensiero politico dell'assolutismo”, en Alberto Andreatta e Artemio Enzo Baldini, *Il pensiero politico dell'età moderna. Da Machiavelli a Kant*, Torino, 1999, pp. 99-125; David PARKER, “Absolutism”, en *Encyclopedia of European Social History from 1350 to 2000*, New York, 2001, vol. 2, pp. 439-448; BENEDICTIS, *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, ya cit.; y especialmente, Fanny COSANDEY - Robert DESCIMON, *L'absolutisme en France. Histoire et historiographie*, París, 2002.

hoy no se sabe bien cuál sea su significado y se discuta vivamente si merece la pena mantenerlo en uso<sup>71</sup>. Las posibilidades son muy variadas. Si por absolutismo se entiende de aquel régimen político que, admitiendo la máxima *princeps legibus solutus*, desvincule al soberano del derecho positivo, todos lo son (pues la soberanía se define precisamente por la capacidad de abrogar y derogar las leyes). Si, en cambio, quiere reservarse el calificativo sólo para aquellos regímenes políticos que carecen de límites institucionalizados al ejercicio del poder soberano, entonces difícilmente se hallará ninguno que lo sea, porque de uno u otro modo la constitución tradicional del cuerpo político actúa siempre como límite en este orden. A lo que veo, por lo común la categoría absolutismo se emplea últimamente más que nada por tradición historiográfica y sin mucha convicción para calificar a aquellos regímenes en los que el soberano legisla por sí solo, sin el concurso de los *estados* del reino.

Creo, por mi parte, que es mucho más fructífera la línea que –si se admite la simplificación- refiere el absolutismo no a la *creación* sino al *cumplimiento* del derecho, o sea, no a la potestad legislativa, sino a la capacidad regia de gobernar o imponer efectivamente sus decisiones, que, sin olvidar los desarrollos teóricos, está más atenta a la práctica institucional que a la filosofía política. Desde luego, hay que descartar de plano cualquier idea de omnipotencia regia, desmentida una y otra vez por la historiografía que, a ras de suelo, destaca el papel relevante del pluralismo institucional en la contención de las pretensiones (a menudo fiscales) regias. La historiografía de los últimos años, especialmente dedicada a la Francia de Luis XIV, que funge como paradigma del absolutismo, está poniendo de manifiesto la “dramática lucha” entablada en la práctica para asentar las decisiones regias. Si alguna conclusión general puede obtenerse de esta línea historiográfica es que de absolutismo puede hablarse a lo sumo como *tendencia* – una tendencia al ejercicio intensivo y extensivo del poder soberano-, que además es muy rico en “elementos no-absolutistas”, como muy gráficamente se ha dicho (especialmente para referirse al empleo del *pacto* como medio de alcanzar el imprescindible consenso con las corporaciones integrantes del espacio político)<sup>72</sup>.

Con este trasfondo, desde el punto de vista jurídico-político el interés prioritario reside en identificar y valorar el conjunto de dispositivos *nuevos*, puestos en acción por el poder soberano<sup>73</sup>. Junto a la de juez supremo, cobraron protagonismo otras imágenes

---

<sup>71</sup> Especialmente a partir de las –a mi juicio sensatas- propuestas de Nicholas HENSHALL, *The Myth of Absolutism: Change and Continuity in Early Modern European Monarchy*, London, 1992, comparando las monarquías francesa e inglesa, reflejadas en el título. De la polémica que desató, interesa recordar, especialmente, Ronald G. ASCH y Heinz DUCHHARDT, hrsg. v., *Der Absolutismus - ein Mythos? Strukturwandel monarchischer Herrschaft in West- und Mitteleuropa (ca. 1550-1700)*, Köln- Weimar- Wien, 1996. Traducción parcial, con presentación de F. Sánchez Marcos, bajo el título de *El Absolutismo. ¿Un mito? Revisión de un concepto historiográfico clave*, Barcelona, 2000, que recoge las contribuciones debidas a los editores, a Henshall y a Hinrichs. La obra original incluye además, y entre otras, una interesante (y desmitificadora) aportación de I. A. A. THOMPSON, “Absolutism, Legalism and the Law in Castile 1500-1700” (pp. 185-228).

<sup>72</sup> Una buena síntesis: Elena FASANO, “L’assolutismo”, en *Manuali di... Storia moderna*, ya cit., 315-349.

<sup>73</sup> Junto a otros ya citados, me parecen por uno u otro concepto básicos para todo esto: Daniela FRIGO, “*Disciplina Rei Familiariae: a Economia como Modelo Administrativo de Ancien Régime*”, en *Penélope. Fazer e desfazer a história*, 6 (1991), pp. 47-62; José María PORTILLO VALDÉS, J. M.: “La administración en la reciente historiografía italiana (Tema y variaciones)”, en *AHDE*, 62 (1992), pp. 633-674; MANNORI, *Il sovrano tutore*, ya cit.; Stefano MANNONI, S.: *Une et indivisible. Storia dell’accentramento amministrativo in Francia. I. La formazione del sistema (1661-1815)*, Milán, 1994; CLAVERO, B.: “*Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville*”, en *QF*, 24 (1995), pp. 417-468; así como las contribuciones reunidas bajo el título “*Percorsi del centralismo borbonico in Francia e Spagna nel XVIII secolo*”, en *QF*, 26 (1997), pp. 7-240. Para el caso español, permítaseme remitir, más que nada por la bibliografía que recojo y comento a mi “*El Corregidor en Cataluña. (Una lectura de la obra de Josep M.*

asimismo tradicionales del rey -como *cabeza* de la república, como *padre* de sus súbditos- para facilitar una acción de gobierno más directa y eficaz (o *administrativa*) sobre el espacio político. Sin posibilidad de entrar ahora en detalles, bastará recordar que nociones historiográficas como *monarquía administrativa* y *dinámica estatal* son adecuadas para englobar el conjunto de técnicas ensayadas con tal fin. Se ha observado así la lenta emergencia junto a (y en conflicto con) la *jurisdiccional* de una monarquía *administrativa*, en cuanto que orientada al ejercicio del poder sin atenerse a los requerimientos procesales de la *iurisdictio*, que desencadenó en el último tramo del siglo XVIII toda una dinámica *estatal*. Esta vía desembocaría en el complejo proceso que terminó por *absolutizar* jurídicamente (o desvincular del derecho tradicional) el poder político, es decir, al Estado. Sin embargo, a nuestros efectos, tiene el mayor interés recordar que esta *vicenda* se encuentra intrínsecamente limitada en el medio de una cultura jurisdiccional (por más que generase categorías y procedimientos aprovechables desde una cultura estatal). El Antiguo Régimen no podía saltar sobre su propia sombra.

## 6. Colofón: cultura jurisdiccional, cultura constitucional.

Las resistencias que generó en su día la dinámica estatal y sus dificultades para metabolizar un conjunto de prácticas administrativas adecuadas a lo fines que perseguía, inequívocamente puesta de manifiesto por la historiografía reciente, revela la pujanza de la cultura jurisdiccional y comprueba la eficacia que mantenían sus dispositivos institucionales, a pesar de la rapidez con que algunos se aprestan a sustituirlos por la Administración (con la mayúscula de rigor). Obnubilada por la emergente cultura estatal, que se impone, con la activa y muy temprana colaboración de la historiografía jurídica, en el curso del siglo XIX, se ha perdido el interés, abandonado la pista y después borradas las trazas de la cultura jurisdiccional y sus dispositivos institucionales. Recuperada ésta del modo que vengo comentando, la historiografía constitucional de los últimos años va viendo que sólo hilvanando el hilo de aquella tradición cobra sentido y puede entenderse el primer constitucionalismo hispano (español y americano) y las dificultades que, al menos aquí, conoció y hubo de vencer el emergente Estado administrativo (heredero de la dinámica estatal del Setecientos) que se impone en el segundo tercio del siglo XIX<sup>74</sup>. Hoy sabemos, en efecto, gracias a los trabajos de Clavero y otros colaboradores de este volumen, que la cultura jurisdiccional aún habría de conocer una formulación constitucional, que ponía los viejos dispositivos institucionales que garantizaban los derechos corporativos al servicio de la “libertad de la nación”, como la gran corporación formada por los españoles de ambos hemisferios<sup>75</sup>.

Es el colofón de nuestra historia, no otra historia distinta, y por entenderlo así considero prioritario recuperar (o no perder también) el tiempo largo propio de aquella cultura que dinámicamente cubre la baja edad media y los siglos modernos: todo un universo jurídico al que podemos llamar por su nombre propio, el *Antiguo Régimen*, no por un afán de perpetuar la edad media como a veces se dice, sino en atención a una cultura jurisdiccional que, por tradicional, tenía una configuración historicista.

---

Gay Escoda)”, en *Initium. Revista Catalana d’Història del Dret* 3 (1998), pp. 531-583. El mejor tratamiento general se debe, sin duda, a MANNORI-SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, ya cit.

<sup>74</sup> Para esto último, Benjamín GONZÁLEZ ALONSO, “Las raíces ilustradas del ideario administrativo del moderantismo español”, en F. Tomás y Valiente, ed., *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en honor al Profesor Paolo Grossi*, Madrid, 1995, 157-196; Carlos GARRIGA, “Gobierno”, en J. Fernández Sebastián y J. F. Fuentes, *Diccionario político y social del siglo XIX español*, Madrid, 2002, pp. 319-335.

<sup>75</sup> Para un planteamiento general, Bartolomé CLAVERO, “Voz de Nación por Constitución. España, 1808-1811”, en *Giornale di Storia Costituzionale*, 4-II (2002), pp. 81-104, con abundantes referencias.

Y me parece que hay que hacerlo así no sólo por conocimiento del pasado que estudiamos, sino también por compromiso con el presente que vivimos y para ordenamiento del futuro que esperamos: en plena “crisis del Estado”, recuperando la cultura jurisdiccional de aquel tiempo, contribuimos como historiadores a formar la cultura constitucional que el nuestro necesita.