

## LA CRISIS DEL DERECHO AL FINAL DEL ANTIGUO REGIMEN

El modo de creación del derecho establecido en España durante casi cinco siglos entró en crisis a lo largo del siglo XVIII, porque:

- la organización política de España desembocó en la plenitud del absolutismo monárquico
- la doctrina basada en el ius commune que había constituido el siglo XIII fue duramente combatida desde diferentes ángulos en el llamado siglo de las luces
- el descrédito en el que cayó la vieja técnica de las recopilaciones

estas mentes iluminadas pretendían reformar el sistema jurídico por el que se regía la sociedad. El reformismo ilustrado trató de cambiar no solo el modo de creación del derecho sino que también las instituciones contenidas en el derecho heredado, reformar no significa destruir una sociedad y su derecho para sustituirlo por otra organización jurídica de la sociedad basada en principios radicalmente nuevos, durante el s. XIII Floridablanca, Campomanes, Carrasco o Carlos III trataron de mejorar el tipo de organización social ya existente, lo que intentaban conseguir era una sociedad estamental racionalizada y progresiva y un derecho adecuada a la misma .

por tanto la ilustración buscó el difícil equilibrio entre conservación e innovación

## LA REITERACIÓN DEL ORDEN DE PRELACIÓN DE FUENTES TRADICIONAL:

El viejo orden de prelación establecido en Alcalá de Henares en 1348, vuelto a confirmar en la Leyes de Toro de 1505 y de nuevo reiterado al ser incluido en la ley de Toro en la nueva recopilación de 1567, objeto de otra expresa confirmación por Felipe V en 1713 en un importante Auto Acordado del Consejo. De la lectura de este se desprende una conclusión: el peor enemigo del derecho real la doctrina de los doctores todavía asentada sobre los viejos libros de los comentaristas del derecho romano-canónico.

## ROMANISMO Y ANTIROMANISMO JURÍDICO: LA CRÍTICA DE LOS ILUSTRADOS A LA DOCTRINA DEL DERECHO COMÚN:

Los juristas castellanos del siglo XVII incurrieron en la vulgarización y en la repetición de la doctrina del mos italicus. Sin embargo el prestigio del derecho romano se mantenía aunque fuese en contra de la corriente de los tiempos ilustrados. A ello contribuyeron:

- La necesidad sentida especialmente en Cataluña por fomentar y desarrollar el cuerpo doctrinal del Derecho romano como complemento subsidiario de su fosilizado Derecho privado.
  - la convicción todavía esgrimida (utilizada como medio) por muchos juristas, de que ese derecho estaba compuesto por preceptos de derecho natural y de gentes
  - El factor decisivo a favor del derecho romano radicaba en que este continuaba siendo junto al canónico, el único derecho enseñado en las Universidades españolas
- . Sin embargo frente a la tradición romanista y sobre todo contra el monopolio docente disfrutado por los textos romanos se fueron acumulando crecientes resistencias y argumentos cada vez más eficaces
- +el primer factor contrario a la doctrina del ius comunne era intrínseco a la misma y consistía en su propia

rutina, falta de renovación, la doctrina romanista permanecía lastrada por su envejecimiento

+la aparición de obras, escritas por y para juristas en la que ya no es perceptible la vinculación con esa tradición, al margen de los estudiosos universitarios únicos conocedores de los textos romanos y glosas y comentarios a ellos concernientes había otros profesionales del derecho que no habían pasado por las aulas universitarias y que solo conocían la práctica realmente observada en los tribunales

A lo largo del siglo XVIII aparecieron una serie de prácticas forenses cuyos autores escribían sin ninguna referencia a la doctrina romanista o a la canónica, prácticas como las de Vizcaíno Pérez, Álvaro Posadilla.. Rompen casi por completo el cordón que unía el viejo género de las Prácticas forenses con la vieja doctrina de los romanistas.

+Esa fue combatida con rigor creciente a medida que el racionalismo crítico de la Ilustración se difundió entre nosotros, los juristas ilustrados coincidieron en atacar al romanismo jurídico argumentando contra él, unos trataron de defender el derecho del rey contra la vigencia práctica del romano y de la doctrina de los autores del ius comunne , otros penaban si el derecho romano valía como encarnación de la razón natural

### **ENSEÑANZA DEL DERECHO REAL DE LAS UNIVERSIDADES:**

El intento de Macanaz y Felipe V por introducir en 1713 la enseñanza del derecho real en las universidades no tuvo de momento mucho éxito pero el mismo rey volvió a la carga con el auto acordado en el cual el consejo en nombre del rey decidió la introducción de la enseñanza de las leyes patrias sin intentar sustituir el derecho romano, el derecho real había de hacerse en función del derecho romano. Mariano Peset escribió sobre las vías por medio de las cuales podía enseñarse el derecho real en las universidades:

El establecimiento de las concordancias y las diferencias con el romano

El estudio directo de nuestros textos legales

La lectura de manuales..

En 1771 , Carlos III dió nuevos planes de estudio a las universidades de Valladolid, Salamanca, Alcalá y en años siguientes Santiago, Oviedo, Granada, Valencia se establecen cátedras para la enseñanza del derecho real , con la particularidad de que este ya no ha de ser comentado en función del derecho romano sino explicado como esquema y base de los nueve libros de la nueva recopilación.

OJO

### **CONCEPTOS ELEMENTALES O CARACTERÍSTICAS DEL ESTADO LIBERAL O PRINCIPIOS TEÓRICOS DE LA IDEOLOGÍA LIBERAL:**

No todo Estado es Estado de derecho, el estado liberal trató de constituirse al menos formalmente como tal.

En la sociedad del antiguo régimen el monarca en virtud de su poderío real absoluto podía con su sola voluntad crear leyes y no estaba sometido a la fuerza obligatoria de las leyes vigentes, los súbditos no eran iguales ante el derecho

Todos estos principios jurídicos fueron atacados por los principales teóricos de la Ilustración y del primer liberalismo: Montesquieu comenzaba diciendo que las leyes en sentido amplio son las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas y en este sentido todos los seres tienen sus leyes

La ley en general es la razón humana en tanto que ella gobierna a todos los pueblos de la tierra y las leyes

políticas y civiles de cada nación no deben ser más que los casos particulares en que se aplica esta razón humana.,

Podemos hablar entonces de:

–principio de legalidad:toda sociedad humana se rige,como todo en el universo, por sus leyes)

–principio de racionalidad:esas leyes deben derivarse racionalmente de las leyes naturales

–principio de nacionalidad:las leyes positivas deben adecuarse a la personalidad y características de cada nación.

Laband(uno de los juristas del derecho constitucional del siglo XIX y comienzos del XX)escribió que:la característica del Estado de derecho es que el estado no puede requerir ninguna acción ni imponer ninguna omisión ,no puede ni mandar ni prohibir nada a sus súbditos mas que en virtud de un precepto legal

## SOBERANIA NACIONAL Y PODER CONSTITUYENTE

KANT escribió que un estado es una sociedad de hombres sobre la cual nadie sino ella misma puede mandar o disponer, aquí no entendemos Estado como aparato institucional de poder sino como comunidad, sobre la cual nadie puede mandar ,en el lenguaje político del liberalismo lo denominan nación,en las primeras constituciones liberales se enunció el dogma de soberanía nacional

Soberanía nacional :la soberanía reside originaria y esencialmente en la nación

Nación: sociedad civil

Poder constituyente:la utilización de la soberanía para constituirse en Estado

Constituirse en Estado: los ciudadanos hacen uso de su soberanía ,bien directamente todos ellos o bien por medio de representantes,se reúnen y deciden como deben organizarse políticamente

la ley en que se recoge la organización del Estado y los derechos de los ciudadanos se denomina constitución  
el pueblo sometido a las leyes debe ser el autor de las mismas.

## LOS DERECHOS DEL CIUDADANO COMO FINES DEL ESTADO:

ROUSSEAU afirmaba que el paso del estado de naturaleza al estado de sociedad civil vino determinado por la necesidad de defender la propiedad privada ,la propiedad como decía el Art. 17 de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1879 (un derecho inviolable y sagrado)no solo es necesario que reconozca sino que también asegure con garantías jurídicas suficientes y que permita el ejercicio del derecho,a la idea de propiedad se asocian así las de seguridad y libertad

Aunque la propiedad sea considerada como base de la sociedad y como uno de los principales fines que impulsaron a la creación del Estado no todo se reduce a ella,las ideas de libertad y seguridad no se agotan al referirse al derecho de propiedad.

La libertad individual consiste en q el ciudadano lleve a cabo una conducta que no perjudique a los demás

Seguridad por ella entendemos la aproximación a la paz y la tranquilidad

En sentido amplio hablamos de seguridad jurídica como aquella pretensión que la burguesía revolucionaria repetid con insistencia y que consistía en saber que atenerse respecto al derecho

Por ello PROPIEDAD, LIBERTAD Y SEGURIDAD componen los fines principales perseguidos por el Estado

La igualdad Tb. fue una finalidad perseguida

## LA DIVISION DE PODERES

Este principio se empieza a considerar fundamental en el nuevo estado

La finalidad que se persigue es la creación legislativa diferente a las demás y superior a ellos porque la función que ejerce es superior y porque como decía Rousseau el poder legislativo corresponde al pueblo; no se trata de una superioridad jerárquica sino de superioridad funcional y política. El poder legislativo crea derecho por medio de normas generales: las leyes

Los poderes del Estado en los que se divide el ejercicio de la soberanía funcional y orgánicamente.

Para Rousseau sólo hay dos poderes: el legislativo, por medio del cual actúa la voluntad general y el ejecutivo, encargado de gobernar con arreglo a las leyes.

Locke: habla de tres poderes designándolos con términos no idénticos: leyes tribunales y coacción organizada

## MONTESQUIEU:

Poder legislativo: el que promulga y deroga las leyes

Poder judicial: para castigar los delitos y resolver los conflictos de intereses entre los particulares

Poder ejecutivo: por medio del cual el Estado hace la guerra o la paz, establece seguridad y evita invasiones

## CONSTITUCIONES:

### ESTATUTO DE BAYONA:

Se debate si es o no una verdadera constitución,

Realmente no lo es, aunque así lo diga el prólogo, porque no es fruto de las cortes constituyentes, sino de una asamblea corporativa convocada por Napoleón y realizada fuera del territorio español (carta otorgada por José Bonaparte)

Le faltan principios fundamentales como la soberanía nacional o como la separación de poderes

Realmente lo que es una carta otorgada no obstante es el inicio de la plasmación de la idea de constituciones decir la primera experiencia constitucional y tiene apariencias de constitución: escrita, sistemática

## CARACTERISTICAS GENERALES:

- -RIGIDAMENTE CONFESIONAL CATÓLICA
- -RECOGE PRINCIPIOS DE IGUALDAD
- -EL SENADO TIENE QUE VELAR POR LA LIBERTAD INDIVIDUAL Y DE IMPRENTA

- -SE ESTABLECEN GARANTIAS PROCESALES, SE DA UN MINIMO DE LIBERTADES PERO NO SE CONSIGUE LA LIBERTAD RELIGIOSA
- -NO HAY PRINCIPIO DE DIVISION DE PODERES TODOS LOS TIENE EL MONARCA AUNQUE EN ESE PODER EXISTEN LIMITES (NO ES ABSOLUTO)

## CONSTITUCION DE CADIZ.

España se encontraba invadida por Napoleón, se reunieron las cortes de Cádiz y se aprueba la primera constitución, fue una reunión unicameral con miembros de todos los estamentos

¿Qué modelo utilizar en la elaboración de la constitución?

En principio parecía triunfar Jovellanos (modelo inglés) pero finalmente triunfo el modelo más cercano al francés de soberanía nacional, una sola cámara

Una idea novísima es que por primera vez se constituye la nación española.

### **Los principios ideológicos y derechos individuales:**

La constitución procede de unas cortes titulares de soberanía nacional. El rey ya no es titular de la soberanía y está limitado por la constitución y sometido a ella por lo cual no puede jurar guardar ni hacer guardar la constitución, ello significa un cambio fundamental en la titularidad real de Fernando VII, las cortes lo reconocen como rey de España pero no como rey absoluto sino como rey constitucional

La constitución también recoge el dogma de división de poderes atribuyendo:

la potestad de hacer leyes o poder legislativo a las cortes con el rey

la potestad ejecutiva al rey

la potestad judicial a los tribunales

también se recoge el principio de confesionalidad católica referido a la nación estableciendo en su Art. 12 que la religión de la nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica y romana, se prohíbe el ejercicio de cualquier otra

el principio de rigidez constitucional que fija una serie de dificultades a la posibilidad de reformar la constitución

el principio de unidad de códigos y el de unidad jurisdiccional son consagrados por la constitución, por todas estas características salvo a la concerniente a la confesionalidad católica y a la falta de libertad religiosa la constitución de 1812 puede ser considerada como típico exponente del liberalismo auténtico o radical

pero lo cierto es que si la constitución stricto sensu fue la bandera del constitucionalismo liberal progresista en España y aun fuera de ella su discurso preliminar sirvió de apoyo en más de una ocasión a las ideas de los moderados

en cuanto a los derechos individuales la constitución de Cádiz carece de una parte dogmática o declaración propiamente dicha, se encuentran dispersos se da garantía a los presos, detenidos, libertad de imprenta, propiedad.

### **Órganos constitucionales:**

Los principales órganos constitucionales del Estado son las cortes, el rey y los tribunales de justicia

Las cortes son la reunión de todos los diputados que representan la nación todos ellos componen una sola cámara siendo el unicameralismo otro de los principios claramente característicos del liberalismo radical

entre las facultades de la corte destaca la de proponer y aprobar leyes y derogarlas en su caso

La constitución establecía la existencia de una diputación permanente de las cortes

### **El sistema electoral:**

La constitución de 1812 era excesivamente extensa porque regulaba hasta el detalle, uno de los temas de la constitución fue el sistema electoral para la elección de diputados a Cortes

Se trataba de un mecanismo de elección indirecta el sufragio activo (derecho a votar) era casi universal intervian los ciudadanos vecindarios y residentes en la parroquia

El sufragio pasivo (posibilidad de ser elegido) sentaba las bases de sufragio censitario pues establecía que para ser elegido diputado era necesario tener una renta anual proporcionada procedente de bienes propios (el prototipo de ciudadano había de ser propietario)

### **Vigencia de la constitución**

–EN UN PRIMER PERÍODO 1812–1820

–1820–1823

–DESDE EL MOTIN DE LA GRANJA (1830) HASTA LA PROMULGACIÓN DE LA SIGUIENTE CONSTITUCIÓN (1837)

### **ESTATUTO REAL DE 1834:**

Se produce la muerte de Fernando VII (1833)

El absolutismo era inviable, o al menos eso pensaban los partidarios de Isabel II y de la regencia de María Cristina en torno a las cuales se agruparon las liberales, enfrente los carlistas que si defendían la vuelta al absolutismo y fue inevitable entablar con ellos la primera guerra civil.

El estatuto real fue promulgado el 10 de abril de 1834 fue la norma básica de la nueva situación. Esta era inevitable ahora la percibimos como una situación transitoria como un intento de salir del absolutismo más que como un propósito de entrar en un régimen liberal. El estatuto de 1834 debe ser entendido como fruto e instrumento de aquella situación

El estatuto es una ley ambigua

Por su origen es una carta otorgada pues no procede de la voluntad popular constituyente

Por los temas es una ley de cortes cuyo estatuto realiza una ordenación general de la estructura y funciones de cortes

Por su apariencia era una ley fundamental o una ley permanente es decir una ley restaurada de nuestras antiguas leyes fundamentales

Por su contenido ideológico es la partida de nacimiento del moderantismo español en su versión mas conservadora.

El estatuto estructura las cortes en dos camaras:el estamento de próceres y estamento de procuradores(para ser miembro del estamento de procuradores hacia falta tener una renta anual elevada, en el se establecía un sistema electoral indirecto y censitario,pues solo podían intervenir como votantes un numero muy limitado de los mayores contribuyentes de cada pueblo.Este sistema fue cambiando y se amplio un poco la base electoral pero aun después solo se consideraba en beneficio de una clase restringida(la nación legal se identificaba con la de los propietarios ha dicho que el Estatuto recogía implícitamente la división de poderes pero tal opinión no parece muy convincente.

La intervención del rey era muy fuerte por lo que no cabe hablar de división de poderes

Por ello por no contener una declaración de derechos y por no emanar de la nación sino del poder real,el estatuto real no puede ser considerado como una verdadera constitución

## CONSTITUCION DE 1837

Fernando VII muere 1833, al ser su hija pequeña, Isabel, su mujer M<sup>a</sup> Cristina toma el mando de España. Durante esta regencia hay varia subidas y bajadas del poder de los grupos liberales, progresistas y moderados.

La constitución progresista de 1837 contiene tantas concesiones a los moderados que puede ser considerada como fruto de ese moderantismo,

aunque adoptara el método de reforma constitucional fue considerada siempre como una nueva constitución

### **Principios ideológicos y derechos individuales:**

El principio de soberanía nacional aparece amortiguado pues si es cierto que en el preámbulo se dice que la nación en uso de su soberanía revisa la CT de 1812

El principio de división de poderes tampoco esta declarado de modo expreso y como la intervención del rey en el poder legislativo es muy importantes principio de confesionalidad sancionado en Cádiz fue sustituido por una formula ambigua que declaraba la obligatoriedad de mantener el culto y el clero de la iglesia católica y afirmaba que la religión católica es la que profesaban los españoles (confesionalidad menos rígida, es decir, mas liberal)

Se instaura el principio de flexibilidad constitucional

El principio de unidad de códigos y de jurisdicción se mantuvo sin modificación

Los derechos individuales (libertad de prensa, de opinión, de asociación, derecho de petición, garantía de seguridad, derecho de propiedad etc.)carece de parte dogmática omite alguno de los expresados en la constitución de Cádiz pero protege con mayor énfasis la libertad de imprenta (derecho en aquel momento muy defendido por los progresistas)

Los constituyentes optaron por la brevedad;