

## LIBERTADES CIVILES Y LIBERTADES POLITICAS

POR

JUAN BMS. VALLET DE GOYTISOLO

### I. EL PLANTEAMIENTO DE MONTESQUIEU

Debo confesar, antes de dar comienzo a esta exposición, que no he buccado en la historia para hallar cuál fue el texto donde, por primera vez se formuló esta distinción. Pero, una vez reconocido ese desconocimiento —que no constituye solo una laguna sino un océano ignoto—, sí puedo decir que el más antiguo que conozco que exprese esta distinción se halla en el capítulo XXX del libro XII del *Espíritu de las leyes*, de Montesquieu.

«El crimen de Sextus [es decir, la violación de Lucrecia por Sexto Tarquino] dio a Roma la libertad política; el de Papirius [que había pretendido corromper la pudicidad del joven Publilio, deudor suyo, al que por sus deudas tenía retenido en su casa] le dio la libertad civil» (1).

Esta segunda dupla la hallamos ya en el libro anterior del citado, cuando al hablar del gobierno gótico —«la mejor especie de gobierno que los hombres han podido imaginar», en palabras del mismo Montesquieu— dice: «Fue costumbre conceder cartas de franquicia; y pronto la libertad civil del pueblo...» (2).

El texto referido a Roma enfoca la libertad civil en contraposición a la dación en noxa de un deudor insolvente. La esclavitud (3) es, sin duda, la negación total de la libertad. El texto que habla del gobierno gótico se refiere a todo el abanico de li-

(1) MONTESQUIEU: *Espíritu de las Leyes*, XII, XXI, 3, inc. 8.

(2) E. L., XI, VIII, 3, inc. 11.

(3) E. L., XV, IX, epígrafe.

bertades concedidas en las cartas de franquicia (4). Ese abanico puede comprender lo que considera en otro lugar (5), al decir que el exceso de tributos tiene por efecto producir la servidumbre:

— La *libertad política* es examinada por el filósofo bordelés en dos perspectivas: una, *en relación con la constitución* y, otra, *en relación con el ciudadano*.

— En relación a la constitución, depende —a su juicio— de «una cierta disposición» de los tres poderes (6). De tal modo que, por la disposición de las cosas, el poder contenga [*arrête*] al poder (7).

— En relación con los ciudadanos, la libertad política consiste en la seguridad de tener la que ellos gocen (8). Y advierte que, donde esa seguridad es principalmente atacada, es en las acusaciones públicas o privadas; por lo cual, estima que, «de la bondad de las leyes penales depende principalmente la libertad del ciudadano» (9).

La distinción entre libertades civiles y libertades políticas en el pensamiento del barón de la Brède parece aclarada con la diferencia que —siguiendo a Gravina (10)—, establece entre *sociedad civil* y *sociedad política*. Para el bordelés esta distinción es paralela a la existente entre derecho civil —que regula «las relaciones que todos los ciudadanos han entre sí»— y derecho político —que regula las relaciones entre los gobernantes y los gobernados (11)—.

---

(4) Cfr. nuestro libro, *Montesquieu: Leyes, Gobiernos y Poderes*, Madrid, Montecorvo, 1986, cap. II, 10, A, pág. 113.

(5) MONTESQUIEU: E. L., XIII, XV, 2.

(6) E. L., XX, 1, pág. 1.

(7) E. L., XI, IV, 2, ap. 1.

(8) E. L., XII, I, 2, ap. 2 y XII, II, 1, ap. 2.

(9) E. L., XII, II, 2.

(10) J. V. GRAVINA (1664-1718), jurista italiano nacido en Rogliano (Calabria), que es autor del libro *De ortu et progressu iuris civilis*, del que Montesquieu toma sus citas.

(11) MONTESQUIEU: E. L., I, III, 3, incs. 3 y 4.

— Se llama *estado civil*, según Gravina, la reunión de todas las *voluntades* (12).

— Según el mismo autor, la reunión de todas las *fuerzas* particulares bajo un gobierno forma lo que se denomina *Estado político* (13).

El poder político —que —comprende necesariamente la unión de varias familias» (14)— es «más conforme con la naturaleza» cuando «su propia disposición se adecua mejor a la disposición del pueblo para el cual se ha establecido» (15). De ahí que el Estado político —equivalente a lo que Joaquín Costa llamaría *Estado oficial* (16) y que otros han calificado de *pais legal*— debe respetar y defender la estructura y la esfera propia del Estado civil o sociedad —que Costa denominaría *Estado común* y otros *pais real*—. Esto implica el respeto que el Estado político debe guardar con el Estado civil; y del derecho político con el derecho civil. Dice el bordelés: «Es un paralogismo que el bien particular deba ceder ante el bien público: esto no tiene lugar sino en los casos en que se trata del imperio de la ciudad»; «no tiene lugar en aquellos en que no se trata sino de la propiedad de los bienes, porque el bien público siempre consiste en que cada uno conserve la propiedad que le otorgan las leyes civiles» (17). De ahí el sentido del enunciado que pone por epígrafe en el capítulo XV de libro XXVI de su obra principal: «*Qu'il ne faut point régler par les principes du droit politique les choses que dependent des principes du droit civil*».

Paralelamente conviene no perder de vista estas otras tres afirmaciones del propio Charles de Secondat:

(12) *Ibid.*, 10.

(13) *Ibid.*; 7.

(14) *Ibid.*, 8, inciso final.

(15) *Ibid.*, 9.

(16) JOAQUÍN COSTA: *Teoría del hecho jurídico individual y social*, 31, Madrid Impr. «Rev. de Legislación», 1880, págs. 239 y sigs.

(17) MONTESQUIEU: *E. L.*, XXVI, XV, 2. Aduciendo, en el siguiente párrafo: «Cicerón sostenía que las leyes agrarias eran funestas, porque la ciudad no se había establecido sino para que cada uno conserve sus bienes».

— «Las leyes son instituidas, las costumbres son inspiradas; éstas se atienen más al espíritu general» (18).

— «... las leyes son instituciones particulares que precisan del legislador; las costumbres y los hábitos, instituciones de las naciones en general. De ahí se sigue que cuando se quieran cambiar las costumbres y los hábitos, no deben cambiarse por leyes: ello parecería demasiado tiránico; es mejor hacerlo por otras costumbres y otros hábitos» (19).

— «No deben decidirse por las leyes civiles las cosas que han de serlo por las leyes domésticas» (20).

¿No vemos aquí enunciados, en cuanto a los ámbitos familiar y de la sociedad civil, los principios forales que Joaquín Costa (21) denominaría *standum est chartae* y *standum est consuetudini*?

## II. LA AURORA DE LAS LIBERTADES EN EL BAJO MEDIEVO

La formulación de Montesquieu respondía a una realidad que no era nueva, sino que, por el contrario, se hallaba entonces en decadencia. Había surgido en los tiempos en que regía el denominado, por él, «gobierno gótico», que no creía —según confesión suya (22)— «que haya habido en la tierra gobierno tan bien temperado como lo fue éste en cada parte de Europa durante el tiempo en que subsistió».

El fenómeno se había dado con cierta sincronía en toda la Europa cristiana, es decir, en la Cristiandad medieval, aunque con mayor o menor intensidad y más o menos variantes.

El Bajo imperio romano había llegado —en palabras de De-

(18) E. L., XIX, XII, 2.

(19) E. L., XIX, XIV, 1.

(20) E. L., XXVI, XIX, epígrafe.

(21) Joaquín COSTA: *La libertad civil y el Congreso de jurisperitos aragoneses*, Madrid, Impr. de la Rev. de Legislación, 1883, cap. IV, páginas 102 y sigs. y 108.

(22) MONTESQUIEU: E. L., XI, VIII, *in fine*.

clareil (23)— al «socialismo de Estado más apremiante y más sabiamente establecido que hemos conocido». Habla Rostovtzeff (24) de los tributos «excesivos e inicuos basados en la esclavización de los agricultores del campo y de los artesanos de la ciudad»; de que se había producido «la parálisis de la vida económica, cuyo libre curso impedían las cadenas» y la destrucción implacable y consciente de la clase más culta del imperio: la burguesía; terminando «en una ola de resignación».

Desbordado por los bárbaros hasta cubrir lo que fue imperio de occidente, se formó una sociedad guerrera en la que predominaría el uso de la fuerza en una situación fáctica de servidumbre. El cristianismo, en aquella sociedad bárbara e inculta, fue abriéndose paso lentamente a una «aspiración general hacia el orden y la estabilidad manifestada en las instituciones de la paz y la tregua de Dios», así como a la emancipación y a la mejora de la situación de las clases inferiores (25).

Por ese influjo se reconoció a esos siervos alguna capacidad jurídica, haciéndoles de condición diferente de los siervos del mundo antiguo. Pero —como ha entendido García de Valdeavellano (26)— ocurrió «que los tributos y prestaciones que gravaban la persona de los colonos del Bajo imperio, adscritos hereditariamente a sus fundos, se hubieran considerado cada vez más como gravámenes anejos al predio a que estaba adscrito el colono y no a la persona de éste»; y, de otra parte, a esa condición se

---

(23) J. DECLAREIL: *Roma y la organización del derecho*, conclusión; cfr. vers. en castellano, Barcelona, Ed. Cervantes, 1928, págs. 458 y sigs.

(24) M. ROSTOVITZEFF: *Historia social y económica del Imperio romano*, vol. II, cap. XII, cfr. vers. en castellano, Madrid, Espasa Calpe, 1962, pág. 470.

(25) Cfr. Eduardo DE HINOJOSA: «Orígenes del régimen municipal en Castilla y León», VI, en *Estudios sobre la historia del derecho español*, Madrid, Impr. del Asilo de Huérfanos del J. C. de Jesús, 1963, páginas 37 y sigs.

(26) Luis G. DE VALDEAVELLANO: *Curso de historia de las instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Madrid, ed. Rev. de Occidente, 1968, lib. IV, sec. 1.º párr. 11, págs. 346 y sigs.

aproximarían de hecho, desde su originaria libertad, los labriegos que recibían tierras de un gran dominio de señorío».

Fue a partir de este nivel de situación social que comenzaron a forjarse las *libertades civiles* y las *libertades políticas*.

«Al lado de la influencia religiosa obraba, con no menos eficacia —explica Hinojosa (27)—, la presión de las ideas económicas. Veían los señores que el trabajo libre impulsado por el interés personal, valía más y era más fecundo que el trabajo servil». Y, también, se sintió la necesidad de repoblar los territorios reconquistados a los moros.

De ahí, los otorgamientos en las cartas de población, de libertades y franquicias y de fueros que cubrían el mapa de todos los Estados de la España cristiana.

Son muy variados sus motivos, y el contenido y la extensión que tuvieron, las cuales podían depender de su causa (28):

— A veces se basaban en una donación o concesión del soberano o del señor.

— Otras, en un contrato entre éste y los habitantes de un municipio.

— O en una transacción o en la resolución de una materia objeto de controversia.

— Y, en fin, podían ser obra de la autonomía municipal; supuesto en que sus disposiciones solían ser más amplias y completas, comprensivas, tanto de la constitución política municipal, como del derecho civil, penal y procesal aplicables, así como de la policía sanitaria y de costumbres, o de la reglamentación de la agricultura y de la industria.

«Fruto espontáneo —explica este maestro de historiadores del derecho (29)— de las necesidades de la época, no creación arbitraria del legislador, derivada de sistemas y principios científicos, como las leyes y codificaciones de la Edad moderna, reflejan, por modo más exacto, las ideas y la cultura de su tiempo».

---

(27) HINOJOSA: *op. cit.*, págs. 40 y sigs.

(28) *Ibid.*, V, pág. 35.

(29) *Ibid.*, pág. 36.

Obra de «aquellas generaciones, a quienes somos deudores de los mayores progresos políticos y administrativos, afanándose, en el período heroico de su laboriosa y fecunda existencia, por defender su integridad y su autonomía contra el árabe invasor y contra el orgulloso magnate...».

Con referencia a Cataluña, clasifica Font Rius (30) las modalidades y tipos de carta de población y de franquicia, en: *a*) donaciones o licencias «*ad populandum*», establecimientos agrarios colectivos; *b*) establecimientos aldeanos o vecinales; *c*) cartas de franquicia y privilegios relativos a la condición personal de los habitantes en relación al suelo, tráfico de bienes, cargas y servicios públicos, posición ante la actuación de las autoridades y sus agentes; *d*) estatutos primarios de la vida jurídica local; que, además de las normas de un establecimiento, con sus concesiones y las franquicias, reales y personales, contienen una compleja normativa que posteriormente solía incorporarse a la recopilación de las *consuetudines* de la población como desarrollo natural suyo. Todo ello respondía a sus tres elementos básicos: «libre posesión de la ciudad y su término por los habitantes, situación de libertad de los mismos, con singulares franquicias, fiscales y personales y, finalmente, normación básica de la administración de justicia en el ámbito vecinal, con cláusulas de orden penal (...) y procesal».

Ahí tenemos el origen histórico de las libertades civiles y políticas (31).

*Políticas* y también *administrativas*, referentes al autogobierno de la población, a su administración y a la de la justicia, completada con normas de derecho procesal y penal.

*Civiles*, que comienzan por las libertades personales y alcan-

(30) José M.<sup>a</sup> FONT RÍUS: *Cartas de población y franquicia de Cataluña*, introducción, Madrid-Barcelona, C. S. I. C., 1969, vol. I, páginas xxii y sigs.

(31) Cfr. a través del contenido de los fueros o cartas que podemos ver, analizado por Joaquín CERDÁ RUIZ-FUNES: «Fueros municipales», VII, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, vol. X, Barcelona, 1960, págs. 404 y sigs.

zan la capacidad para poseer, contratar, disponer y testar; y que abarcan la de estatuir en forma de costumbres, completando, con ellas, el propio estatuto contenido en la carta.

### III. LAS LIBERTADES POLÍTICAS Y LA ELABORACIÓN DE COSTUMBRES LOCALES

Estas libertades civiles y políticas no solo se establecieron, desarrollaron y pactaron (32) en las concesiones de fueros, o cartas de población y de franquicia, sino que también surgieron en las relaciones entre el rey y su reino o entre el príncipe y su principado, que se formalizaban con carácter general en las Cortes, donde se desenvolvería la práctica de ese pactismo político, aunque en diversos niveles —incipiente en Castilla y cuajado en los diferentes Estados cristianos de la España en el Bajo medievo: Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia— (33).

Antes del nacimiento de las Cortes tenemos la promulgación de los *Usualia* (núcleo inicial de los *Usatges* de Barcelona), calificados de primer código feudal europeo (34), que daría vigor

---

(32) FONT RÍUS: *op. cit.*, págs. xxx y sigs., ha destacado que estas cartas de franquicia en Cataluña ocupan «una zona ambigua entre lo "público" y lo "privado" (habida cuenta, sobre todo, de la fisonomía político-social de nuestro país en la época medieval), pero ya con una manifiesta dimensión pacticia o convencional, numerosos acuerdos políticos, convenios de índole feudal, semifeudal, señortos o de contextura análoga...». A su juicio esta relación feudal de fidelidad u otro vínculo análogo que se establecía entre el concedente y los concesionarios, está «bien patente en el contenido de mutuos derechos y deberes, compromisos, etc., expresados en el texto».

(33) Cfr. *El pactismo en la historia de España*, que recoge las comunicaciones expuestas en el Instituto de España por los profesores LEGAZ LACAMBERA, SOBREQUÈS CALLICO, LALINDE ABADÍA, GARCÍA GALLO y SÁNCHEZ AGESTA y por el propio exponente. Madrid, Instituto de España, 1980.

(34) SANTIAGO SOBREQUÈS VIDAL: «Historia de la producció del Dret català fins al Decret de Nova Planta», I, B, en *Llibre del II Congrés Jurídic Català*, Barcelona, 1972, págs. 90 y sigs.



de ley a las normas procesales y composiciones de penas en uso, y que aparece otorgado, hacia el año 1060, por el Conde de Barcelona, Ramón Berenguer I el Viejo y su esposa Adalmodis, con «*asserzione et clamore illorum terrae magnatum*».

También es anterior a las primeras Cortes el estatuto de la paz pública territorial —que está calificado por Valls i Taberner (35) de la primera carta constitucional de Cataluña—, asimismo contenido en los *Usatges*, a los que la última crítica histórica sitúa en el condado de Ramón Berenguer III el Grande (36). En ella se consignan las potestades y los deberes del príncipe, en especial los de protección y fidelidad, que destaca el usatge *Quoniam per iniquum*; y se proclaman: las libertades de tránsito, por tierra y mar, que el príncipe debía garantizar a sus súbditos, a mercaderes y peregrinos; la exclusión a los magnates de la facultad de castigar; el poder del príncipe de convocar a todos los súbditos, llamando a *sometent*, pero circunscrito a la guerra defensiva frente un enemigo exterior.

En 1188, en las que parece fueron las primeras Cortes de Castilla y León, Alfonso VIII se obligó a no castigar sin haber llamado al acusado y confrontarlo con el acusador, permitiendo que aquél se defendiera; garantizando que solo los jueces y los alcaldes harían justicia en las ciudades y en el campo y prometiendo vigilar cómo la administraron. Muy en especial, varios preceptos trataron de eliminar la venganza privada y el castigo por el señor de la tierra, sustituyéndolos por la justicia del rey, o de sus jueces o alcaldes.

En 1283, en las Cortes de Barcelona, presididas por Pedro el Grande, se establecía —en los capítulos *Item statuimus volu-*

(35) Así lo estima Joan BASTARDAS I PARERA: *Sobre la problemàtica dels Usatges de Barcelona*. Discurso de recepción en la Academia de Bones Lletres de Barcelona, 1977, págs. 37 y sigs., e *Introducció* a la edición de *Usatges de Barcelona. El Codi de mitjan segle XII*, Barcelona, Fundació Noguera, 1984, págs. 11 y sigs.

(36) Ferran VALLS TABERNER: «Carta constitucional de Ramón Berenguer I de Barcelona (ver. 1.060)», en *An. de Historia del Derecho español*, vol. VI, 1928, págs. 254 y sigs.

*mus e Item quod semel in anno*, pactados por el rey con los tres brazos de éstas— que, en adelante, no podría legislar, él ni sus sucesores, ni siquiera interpretar las leyes, sino con el acuerdo de esos tres brazos. Este fue el origen del carácter paccionado de las constituciones generales (37) que, en la práctica, corrigieron toda clase de abusos de los poderosos y de toda especie de funcionarios; y establecieron una serie de garantías para las libertades de los súbditos. De ellas, complementando lo previsto en los *Usatges*, escribiría Narcís de Sant Dionis, a comienzos del siglo xv, un *Compendium*, en el que enumeró: «*De his que Dominus rei facere debet*» y «*De his que dominum regem facere non debet*» (38).

En Aragón, el pactismo —basado en el mito de procedencia navarra de unos fueros de Sobrarbe, o en los de San Juan de la Peña, alegados frente a Ramón Berenguer IV (39) —se proclamó— en el Privilegio General de 1273 de Pedro el Grande, fue reiterado en el fuero *Quod Dominus Rex* —concedido por Jaime II en las Cortes de Zaragoza de 1301— y consolidado en el fuero *De is quae Dominus Rex*, por Pedro el Ceremonioso.

#### IV. LOS ORIGENES DE LA LIBERTAD CIVIL

A la par de estas *libertades políticas*, se consolidaron, también con carácter general, las *libertades civiles* y su complemento por la facultad de las comunidades de elaborar su propio derecho privado en forma de costumbres.

Esta última prevalencia la hallamos formulada en el *usatge*

(37) Cfr. nuestro estudio «Valor jurídico de las leyes paccionadas en el Principado de Cataluña», en *El pactismo en la historia de España*, páginas 75 y sigs.

(38) NARCÍS DE SANT DIONIS: *Compendium Constitutionum Cathaloniae*; cfr. la versión publicada por F. Valls y Taberner en *Rev. Jur. de Cataluña*, XXXIII, págs. 231 y sigs.; 252 y sigs., y 440 y sigs.

(39) Cfr. Jesús LALINDE ABADÍA: «El pactismo en los Reinos de Aragón y de Valencia», en *El pactismo en la historia de España*, págs. 115 y siguientes.

139, *Una quaque gens*, que, en su versión catalana, dice, en su primer apartado, «*Casquna gent eleis a si sa propia costuma per lig, car longa costuma per lig es recebudat*»

Y, en las referidas Cortes de Barcelona de 1283, Pedro el Grande ratificó las libertades, costumbres, buenos usos, privilegios, concesiones y usajes locales, como de antiguo plenamente hubieran y poseían en tiempo de su padre Jaime I. De ello, deduciría el jurista gerundense del siglo xv, Tomás Mieres (40), que en Cataluña debía juzgarse, en primer lugar, por los respectivos privilegios y, seguidamente, por las costumbres del lugar. Esa prioridad resultaba especialmente salvaguardada por el juramento de fidelidad que el rey, como Conde de Barcelona, debía prestar, antes de ser coronado, de guardar franquicias, libertades y buenos usos, según fue establecido en el capítulo *Item nostri sucesores in Comitatu Barcino, vel in Cathalonia*, de Jaime II en las Cortes de Barcelona de 1299, cuyo cumplimiento —según matizaría Mieres (41)— condicionaba el prestado a él por sus vasallos (42).

En Aragón, también en 1283, Pedro el Grande, en las Cortes de Zaragoza, ratificó, asimismo, los fueros, privilegios, libertades, usos y costumbres que venían observándose en Aragón; y, en 1348, Pedro el Ceremonioso, con las Cortes de Zaragoza de ese año, ordenó en el fuero *De iis quae Dominus Rex*, que se observaran «*usus et consuetudinis regni Aragonum et locorum ipsius*» ... «*usus et consuetudines tam particularia quam generalis*»; y, después de jurar que los observaría, guardaría y haría ob-

(40) Tomás MIERES: *Apparatus super constitutionibus curiarum generalium Cathaloniae*, II, coll IX, cap. IX, 13 y 14; cfr. 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Impr. Sebastián Corruellas, 1621, pág. 216.

(41) MIERES: *Apparatus*, I, coll IV, *In secunde curia Barcino*, capítulo XXX, pág. 156.

(42) Respecto del valor de las costumbres locales en relación con las constituciones generales o leyes paccionadas, cfr. mi estudio «Incidencia práctica del "pactisme" en la teoría de las fuentes del derecho», 9; recogido en *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, Montecorvo, 1982, págs. 623 y sigs.; y «Valor jurídico de las leyes paccionadas», 13, en *El pactismo en...*, págs. 100 y sigs.

servar y guardarlos inviolablemente, estableció el deber de sus sucesores de prestar igual juramento antes de ser jurados y coronados.

En Navarra, ya en 1253, el rey Teobaldo II había formulado el juramento de mantener fueros, franquezas, derechos y buenas costumbres íntegramente. Lo cual se correspondía con la divisa de los infanzones de Obanos: *Pro libertate patria gens libere etate* (43).

Y, en Vizcaya, la ley 3 del título XXXVI del Fuero de Vizcaya —que no era sino una compilación de costumbres—, después de declarar «de ningún valor y efecto» todo lo que se sentenciara, determinase o proveyere contra el Fuero de Vizcaya, concluía: «Y aunque venga proveído y mandado de su alteza por su cédula y provisión real, primera, ni segunda, ni tercera fusion et mas, sea obedecida y no cumplida como cosa desafortada de la tierra...».

Ahí tenemos las raíces históricas que detectan el principio que Joaquín Costa ha denominado *standum est consuetudini*.

#### V. LA PREVALENCIA DE LA CARTA EN ESTE PERÍODO.

Pero, si, en virtud del principio *standum est consuetudini* toda buena costumbre se debía anteponer a la ley, frente a ésta prevalecía la carta —contrato o testamento debidamente documentado— en cuanto no fuera contra el derecho natural.

A este principio responden los adagios *convenence loi vault*, superado por el posterior *convenances vainquent loi*, *pactum vincit leges*, *pactos rompen leyes*, *paramiento fuero vience*, *Gedungue* [pacto, convenio o arreglo entre particulares] *bricht Landrecht* o *Willkür* [pacto individual] *bricht Landrecht*, etc.

(43) Cfr. José Javier LÓPEZ JACOISTE: «Los principios generales de la codificación foral de Navarra», III, I, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, XLII, 1966, pág. 622; y Francisco de Asís SANCHO RIBULLIDA: *Tratamiento actual de las fuentes de Derecho civil navarro*, Pamplona, Univ. de Navarra, 1984, págs. 11 y sigs.

Mi compañero Juan García Granero, en un trabajo inédito

acerca de esta materia —al que se ha referido, indicando que de él ha tomado citas, el profesor Lacruz Berdejo (44)—, señala que este principio de *libertad civil* se vivía en muchos territorios de Europa. Los primeros testimonios conocidos se refieren a Inglaterra, donde aparece en una compilación de las *Leges Henrici*, que se cree anterior a 1118. En Francia se halla repetidamente en *coutumes* escritas y en algunos autores en el siglo XII. Y en Alemania el testimonio más antiguo conocido es de 1328.

En Cataluña, en el siglo XIII, las *Commemoracions* de Pere Albert recogen, en su capítulo XXXIII, una *costuma* que, después de dar prevalencia al *us cotedià* sobre las leyes, le antepone las *convinences*, «*car les convinences la en us deuen esser servades per dret*».

En Aragón, Joaquín Costa (45) señaló que ese principio, enunciado como *standum est chartae*, aparece proclamado en las *Observancias*, compiladas en el siglo XIV y, definitivamente en el XV, en especial en la 16, *De fide instrumentorum*: «*Iudex debet stare semper et iudicare ad cartam et secundum quod in ea continetur, nisi aliquod impossibile vel contra ius naturale continentur in ea*», es decir, con esa salvedad: «*a no ser que algo imposible o contra el derecho natural se contuviese en ella*» (46).

Pero, García Granero (47) ha notado que estaba enunciado ya en el Fuero de Teruel, 93 y 114, bastantes decenios anterior a las primeras observancias conocidas, reafirmandose en su refundición de 1564, que «*por fuero de Teruel sit standum chartae*».

(44) José Luis LACRUZ BERDEJO: «El principio aragonés "standum est chartae"», I, en *An. Der. Civil*, XXXIX, III, julio-septiembre de 1986, págs. 684 y sigs.

(45) Joaquín COSTA: *La libertad civil* y..., IV, § II, págs. 111 y sigs.

(46) Cfr. referido por LACRUZ: *loc. cit.*, I, 3, B, págs. 688 y sigs.

(47) Acerca de este tema estudiado por Joaquín COSTA, puede confrontarse nuestra conferencia: «Joaquín Costa y los principios "standum est chartae" y "standum est consuetudine"», publicado en los *Anales de la Fundación Joaquín Costa*, núm. 3, Madrid, 1986, págs. 23 y sigs., y en *Joaquín Costa*, Madrid, Instituto de España, 1987, págs. 5 y sigs.

En Navarra, aparece en el Fuero general de Navarra 2, 4, 20 el aforismo «*paramento fuero vienze*» y en el de Novenera, 242, el de «*paramiento ley venze*» (48).

## VI. INCIDENCIA DE LA REVOLUCIÓN FRANCESA EN ESAS LIBERTADES

Frente a esa perspectiva del derecho, que daba primacía a la voluntad particular —en cuanto no se opusiera al derecho natural acotándose así el principio de la *libertad civil*— y que con igual cualidad, tras de ella, daba prioridad a las costumbres del lugar —prelación expresada por Costa, como principio *standum est consuetudine*—, hallamos otra concepción que tiene sus raíces en el *Defensor Pacis* de Marsilio de Padua (49), pero que se va configurando con los conceptos: de la soberanía de Bodino (50), de la institución contractual de la república de Hobbes —que daría nacimiento a *Leviathan* (51)— y, en fin, de la *aliénation totale a la volonté générale* de Rousseau (52) —que llevaría a la asunción del derecho por el Estado, convirtiéndolo en emanación de éste—; la Revolución francesa significó el triunfo de esas ideas.

Según ha explicado René Savatier (53): «La Revolución fran-

(48) JUAN GARCÍA GRANERO FERNÁNDEZ: «Anotaciones de un ius foralista sobre el libro de un lingüista, Registro del Consejo de Olite, de Ricardo Ciervade», II, B, 4, en *An. Der. Foral*, II, Pamplona, 1976-1977, pág. 346.

(49) Cfr. JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA: *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do Estado. Um estudo sobre o «Defensor pacis» de Marsilio de Padua*, São Paulo, In. Saraiva, 1972.

(50) BODINO: *Los seis libros de la República*, libro I, cap. VIII; cfr., en castellano, Madrid, Aguilar, 1975, págs. 46 y sigs.

(51) THOMAS HOBBS: *Leviathan*, cap. XV, y cap. XVIII; cfr. versos en francés, París, Sirey, 1971, pág. 143 y pág. 183.

(52) J. J. ROUSSEAU: *Le contrat social*, lib. I, cap. VI; cfr. ed. París Unión Générale d'Éditions, 1963, págs. 61 y sigs.

(53) RENÉ SAVATIER: *Du droit civil au droit public*, cap. I; cfr. 2.ª ed., París, Lib. Générale de Droit et Jurisprudence, 1950, págs. 6 y sigs.

cesa, en la escuela de Jean Jacques Rousseau, había (...), considerado como una tiranía todo lo que restringiera la libertad del individuo. A sus ojos, solamente podía restringir esta libertad la soberanía popular, voluntad del conjunto de ciudadanos y expresión del Estado. La libertad quedaba sometida a la posibilidad de ser restringida en los límites de los intereses y de la voluntad de ese Estado, expresados por el sufragio universal. Pero, fuera de ahí, todos los grupos, todas las comunidades, que constriñen la libertad del individuo desde la familia hasta la corporación, todos eran a los ojos de la Revolución, a los ojos de Jean-Jacques Rousseau, y también a los ojos de Bonaparte, unos usurpadores de la libertad individual».

Así, el hombre queda solo ante el Estado, sin el apoyo de los cuerpos sociales en los que precisamente se realiza; y, por ende, «un nuevo peligro surge», el de «subordinar sistemáticamente, doctrinalmente, el hombre a lo social, la persona humana a la persona pública, el individuo a lo colectivo», en suma, a la omnipotente voluntad del Estado, dueño y arbitrio único.

O sea, mientras las libertades concretas protegían a los súbditos, la libertad abstracta le entrega desarmado al totalitarismo estatal.

Georges Ripert (54), por su parte, mostraría que en el campo jurídico: «La Revolución ha fundado el poder legislativo en su absolutismo» ... «pues la ley, expresión de la voluntad general, no puede ser sino justa y razonable»; y esa «pretendida transferencia de soberanía —del rey a la nación— esconde una creación. Jamás el rey de Francia tuvo el poder legislativo o, por lo menos, un poder comparable al del parlamento moderno. Es innecesario recordar por qué razones históricas estaba obligado a compartir la soberanía. Basta constatar que no osaba tocar el derecho civil».

Esas observaciones efectuadas *a posteriori* por estos dos grandes juristas franceses, habían sido presentidas y advertidas, desde

(54) Georges RIPPERT: *Le declin du droit*, cap. I, 2; cfr. ed. París, Libr. Générale de Droit et Jurisprudence, 1949, págs. 4 y sigs.

el siglo XVIII, en los pueblos más atraigados y amantes de sus tradiciones, y por preclaros juristas que no se dejaban arrastrar por el racionalismo abstracto.

Por otra parte, significaban un vuelco total en el concepto del derecho. Ya que, si éste consistía en la realización de lo justo concreto —función para la cual la ley solo constituye una pauta y un pretil—, no se podía traducir sino en un tejido de actos justos. Pero el racionalismo de la Escuela del derecho natural y de gentes, subsumido en la voluntad general e impuesto por el voluntarismo revolucionario, confundiría todo el derecho con la ley. Esta impondría sus normas para conformar la voluntad de los particulares, que dejaba de estimarse creadora de derecho y, simplemente, quedaría reducida a ser fundamento de unos actos o negocios a los cuales es la ley la que los dota de su fuerza jurídica. Y las costumbres ya tan solo por delegación de la ley podrían estimarse fuentes del derecho.

#### VII. PERSPECTIVA QUE TUVIERON LOS JURISTAS TRADICIONALES O FORALES, EN EL SIGLO XIX, DE LAS LIBERTADES POLÍTICAS Y CIVILES

En España, los territorios que se llamaron forales resistieron, muy especialmente, a esa concepción, impuesta en los Estados modernos, y defendieron sus tradiciones. Estas se oponían: en lo ideológico, al liberalismo; en lo político, al absolutismo y al centralismo, y en lo jurídico, a la absorción del derecho por la ley emanada del poder político soberano, ya se encarnara éste en un rey absoluto o bien en unas cortes democráticas en el significado moderno de la palabra democracia.

En 1843 se publicó en Barcelona, la obra principal del mercenario Magín Ferrer (55) —de la cual se ha dicho que, en ella

---

(55) Fray MAGÍN FERRER: *Las leyes fundamentales de la monarquía española, según fueron antiguamente y según conviene que sean en la época actual*, Barcelona, Impr. Libr. de Pablo Riera, 1843.



«se descubren los rasgos definitorios del tradicionalismo» (56)— donde pueden leerse las siguientes proposiciones:

— Es «temerario declarar una Constitución *a priori*, es decir, formar leyes constitutivas de la sociedad antes de que ésta se constituya» (57).

— El poder soberano no debe actuar «contra los legítimos usos y costumbres del país, que forman en cierto modo el carácter peculiar de la sociedad española, y constituyen sus leyes fundamentales consuetudinarias» (58).

— La autoridad pública debe dejar al padre de familia «la libertad de obrar dentro de su casa del modo que mejor le acomode», «mientras la conducta del padre no dé lugar a que sus actos o los de los individuos de su familia alteren y perturben la tranquilidad o el orden público...».

— Y, «según estas reglas se ha de dejar a los Ayuntamientos toda la libertad e independencia posible» ... «para que no experimenten traba alguna en todas las cosas que son de interés puramente local» (59).

La escuela jurídica catalana del segundo tercio, del mismo siglo XIX —así calificada años después por Durán y Bas (60)—, sería caracterizada por este ilustre jurista y político, por estar, entre otras opciones, «más inclinada al derecho privado que al público, sin tener por éste injustos desdenes» (61). Sin embargo, señaló sintéticamente la posición de sus hombres en política, centrándola en dos «grandes principios»; uno, el de la «reducción de la tutela del Estado sobre las corporaciones que administran

(56) J. F. LORCA NAVARRETE: *Pluralismo, regionalismo, municipalismo*, Universidad de Sevilla, págs. 31 y sigs.

(57) Fray MAGÍN FERRER: *op. cit.*, II parte, cap. III, n. 57, en volumen II, págs. 66 y sigs.

(58) *Ibid.*, n. 72, pág. 94.

(59) *Ibid.*, n. 154, pág. 191.

(60) Manuel DURÁN Y BAS: *La escuela jurídica catalana*, discurso inaugural del curso de 1883 en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, publicado en «Estudios Jurídicos», Barcelona, Ed. Juan Olivares, 1888, págs. 347 y sigs.

(61) *Ibid.*, págs. 352 y sigs.

los intereses locales; y de dilatación de sus horizontes en que, sin más función del Estado que la inspectora y represiva no la preventiva, puede apreciarse la iniciativa individual»; y otro, el de «la restauración de las antiguas entidades históricas y la libertad en su organización, en vez de la uniformidad legal que las divorcia de la historia y de las condiciones del territorio en que viven» (62).

El propio Durán (63), el mismo año, sintetizaría en otro lugar los principios políticos históricamente arraigados en Cataluña en estos tres: «la intervención del país en su gobierno; la limitación de la autoridad real en su potestad legislativa, y la representación de todos los brazos en las cortes».

Como contrapunto, unos años después, Torras Bages (64) señalaría lo artificioso del sistema parlamentario, que «bajo el brillante engaño de unas elecciones ciegas e inconcientes, fundadas en la materialidad del número de votos, ha ido formando una verdadera oligarquía que ha conseguido tener la nación en sus manos, o mejor bajo sus pies», en la que «unos cuantos, formando sociedad para la explotación del país en su provecho, bajo la denominación del partido tal o cual, han llegado a hacerse suyo el gobierno de la nación». Precizando: «La mentira de que el parlamentarismo sea el gobierno del país por el país, es hoy evidente para todos».

De ahí que, tres años después de publicada *La Tradició catalana*, Prat de Riba (65), en una de sus misceláneas jurídicas, al comentar unos artículos de Charles Benoist en la *Revue de Deux Mondes*, penetrara en la crítica del sufragio universal

(62) *Ibid.*, pág. 372.

(63) M. DURÁN Y BAS: *Memoria de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*, Barcelona, Impr. de la Casa de Caridad, 1883, prólogo, pág. xci.

(64) JOSÉPH TORRES Y BAGES, Bisbe de Vic: *La tradició catalana*, libro I, cap. XVI; cfr. 2.<sup>a</sup> cd., Vic, Estampa de la viuda de Ramón Anglada, 1906, pág. 111.

(65) ENRIQUE PRAT DE LA RIVA: «Sufragio universal inorgánico y sufragio universal corporativo», en *Rev. Jurídica de Cataluña*, I, 1894, páginas 370 y sigs.

inorgánico: «La solución de ese problema, el remedio de ese mal es un uno solo: "organizar el sufragio universal; sustituir al sufragio universal inorgánico por el sufragio universal organizado", o sea, en otros términos, restablecer la natural estructura de la sociedad y acomodar a la misma su organización política». Es decir, «abandonar el parlamentarismo e inclinarse al régimen representativo, a la representación por clases y gremios, que en la Edad Media alcanzó su esplendor que no son bastantes a oscurecer las imperfecciones características de aquél período histórico».

En Aragón, otro foralista, el polígrafo Joaquín Costa, observaría también que el parlamentarismo moderno no garantizaba sino suplantaba las libertades del pueblo. En una crítica al doctrinarismo de su tiempo, advertiría que, para éste, «la soberanía del pueblo apenas tiene más alcance que la designación de sus representantes o mandatarios, a los cuales traspasa todo el poder por el acto de la elección. Clasifica los miembros del Estado en dos grupos separados uno de otro por un verdadero abismo: de un lado la autoridad, el gobierno, los depositarios del poder: el *país legal*, de otro los súbditos, el *país elector*, la masa caótica, cuya misión política se cifra entera en obedecer a quienes ha constituido en órganos suyos, despojándose de su soberanía. El país elector es el *servum pecus* sin personalidad propia, que recibe credo y consigna de lo alto, que obedece sin derecho en ningún caso de mandar: el país legal se compone de los que mandan sin deber de obedecer...» (66).

Texto que el propio León de Graus recogió en su libro *La libertad civil y el Congreso de jurisconsultos aragoneses*, donde añadiría: «Piensan los liberales españoles que el pueblo es rey y soberano, porque han puesto en sus manos la papeleta electoral, no lo creáis, mientras no se reconozca, además, al individuo

(66) Joaquín Costa; «Poder legislativo del Estado», 2, en *Rev. General de Legislación y Jurisprudencia*, 68, 1881, págs. 477 y sigs.; recogido en sus *Estudios jurídicos y políticos*, Madrid, Impr. de la Rev. de Legislación, 1884, págs. 154 y sigs.

y a la familia la libertad civil, y al conjunto de individuos y de familias el derecho complementario de esa libertad, el derecho de estatuir en forma de costumbres, aquella soberanía es un sarcasmo, representa el derecho de darse periódicamente un amo que le dicte leyes, que le imponga su voluntad: la papeleta electoral es el harapo de púrpura y el cetro de caña con que se disfrazó a Cristo de rey en el pretorio de Pilatos» (67).

Y en su discurso de ingreso como numerario en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas explicaría que «el día de las elecciones se le pone al pueblo el manto de púrpura a la espalda, corona de oro en la cabeza, el aspirante a legislador postrado de hinojos delante de él proclámale, *rex sui iuris...*». «Pero cayó la papeleta, como si dijéramos el cetro en la urna, y se acabó la soberanía: el diputado, el senador, el ministro, descienden al pueblo la corona, echan una losa sobre su voluntad, le mandan como a un recluta, llevándolo al calvario de Congreso, lo crucifican a discursos y a leyes imperativas...» (68).

A su juicio, para salvar esta falta de libertades, hay que partir de: 1.º que la noción de Estado abarca toda una jerarquía de organismos jurídicos autárquicos, desde el individuo hasta la humanidad; 2.º que cada uno de ellos produce un derecho propio, el cual deben ellos mismos regir en la medida de su capacidad, y que debe serles respetado por el organismo político superiormente desarrollado en cada período de la historia. Este respeto se traduce en lo que llamamos régimen de *libertad política* y de *libertad civil*, con relación al individuo y a la familia; y de *autonomía* o *selfgovernment* con respecto al municipio y a la provincia (69).

---

(67) J. COSTA: *La libertad civil y el...*, cap. VI, pág. 179.

(68) J. COSTA: *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el «status» individual, el referéndum y la costumbre*, Madrid, Impr. San Francisco, 1901, págs. 62 y sigs.

(69) J. COSTA: *Teoría del hecho jurídico individual y social*, 13, Madrid, Impr. de la Rev. de Legislación, 1880, pág. 127.

VIII. INTERDEPENDENCIAS DE LAS LIBERTADES POLÍTICA  
Y CIVIL

El mismo Costa (70) expondría que jurídicamente la libertad «ostenta dos faces, una civil y otra faz jurídica; y es caso peregrino ver cuál se las han distribuido los partidos»; y, sin embargo —advertía—, «que no son independientes una u otra [la política y la civil], que no funciona [la libertad] deshagodamente ni alcanza todo su desarrollo ni se consolida la primera aislada de la segunda...».

Habéis que persuadiros de que «no seréis libres» —clamaba en el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880 (71)— «mientras no desamorticiéis el poder civil entregándolo a sus verdaderos dueños, las familias, destruyendo la mano muerta de la ley, dando al pueblo lo que es del pueblo, y no dejando al legislador sino lo que legítimamente le corresponde».

Diez años antes, el notario y catedrático barcelonés, Félix María de Falguera, en la primera de las conferencias que pronunció sobre el derecho catalán, había mostrado ya que sin libertad civil no hay verdadera libertad política. Calificó de «anacronismo de la época» y «enfermedad del siglo», el conato de «esclavizar la familia al mismo tiempo que se quieren conceder inmensos derechos políticos al individuo, cuando, estos derechos, si algún bien han de producir ha de ser el de ensanchar la libertad civil» (72). Porque —como había dicho poco antes— «el pueblo en el que el jefe de familia no puede arreglar sus asuntos domésticos sin pedir permiso al juez o al alcalde, o sin consultar de continuo a la ley, es un pueblo esclavo, por más que se deslumbre con otras libertades de oropel. La mejor de las liberta-

(70) J. COSTA: *La libertad civil y el...*, cap. II, págs. 56 y sigs.

(71) *Ibid.*, pág. 58.

(72) Félix María DE FALGUERA: «Idea general del derecho catalán. Su espíritu y principios que lo informan», recogido en *Conferencias de derecho catalán dadas en el Areneo Barcelonés de 1870 a 1880*, Barcelona, 1880, pág. 19.

des es la que nos permite arreglar nuestro patrimonio, conforme nuestro albedrío y no nos obliga a amoldarnos a la ciega voluntad del Estado que no puede saber lo que nos conviene ¿De qué nos sirven sin ésta todas las demás libertades? ¿Qué sacaremos de ser reyes en el Parlamento si no podemos reinar en nuestra casa?» (73).

En esa misma línea, Durán y Bas (74) afirmaría: «La libertad civil es la verdadera condición de los pueblos libres», de la cual los derechos políticos «no son sino garantía», «aquella es la libertad esencial».

Más rotundo sería Costa (75): «donde el Estado impone a las familias una forma determinada de constitución, de régimen económico, de sucesión testada e intestada, las familias carecen de autoridad y de iniciativa, obran movidas por ajeno impulso, no son seres vivos; entonces no existe en la nación sino una sola personalidad, inmensa, gigantesca, avasalladora, pancósmica, que violando las leyes naturales de la sociedad, monopoliza la legislación por el solo privilegio que le da la fuerza».

De ahí su distinción entre el pueblo «dueño y señor de sí mismo» y «el pueblo como una masa inorgánica, que recibe impulso y dirección de los poderes oficiales», «como entidades superiores» (76). La sociedad de masas está ahí definida...

Por esa senda, ya en nuestro siglo, desde su prisma de Vizcaya, el P. Chalbaud (77), advertiría: «Quitáis la propiedad familiar, priváis de apoyo necesario al espíritu familiar, le habéis arrancado su nexo y nace la lucha individual por la riqueza, la plutocracia y la miseria, el capitalismo y el proletariado miserable, con eso brota la familia inestable, y tras ello, necesaria fatalmente con esa necesidad de las leyes históricas que se cumplen

---

(73) *Ibid.*, págs. 13 y sigs.

(74) DURÁN Y BAS: *Memoria...*, cap. IV, pág. 218.

(75) COSTA: *La libertad civil y...*, cap. XI, págs. 515 y sigs.

(76) *Ibid.*, cap. VI, pág. 167.

(77) LUIS CHALBAUD Y ERRAZQUIN, S. I.: *La familia como forma típica y trascendental de la constitución social vasca*, Bilbao, La Edit. Vizcaina, 1919, págs. 12 y sigs.

mientras no se desvía la curva de su acción con el influjo de nuevos elementos (...) viene la absorción del Estado (...) y el anulamiento del hombre en su consideración personal, en sus relaciones afectivas, en su afán providencial de perpetuarse con la tierra».

### IX. EN QUÉ CONSISTE LA LIBERTAD CIVIL

Después de lo expuesto, parece hora de que precisemos lo que significan las locuciones libertad política y libertad civil.

La *libertad política* la hemos visto referida, de una parte a la salvaguardia del individuo, ante el poder del Estado, en la órbita penal y procesal —éste es su lado negativo—; y, de otra —que constituye su lado positivo— en la participación del pueblo en el gobierno, a través de los cuerpos sociales de que forma parte, conforme al principio de subsidiaridad— y en Cataluña, en especial, bajo la concepción pactista que alcanzaba la facultad de compartir la de legislar.

La *libertad civil*, en su grado mínimo nos ha aparecido contrapuesta a la esclavitud y a toda forma de servidumbre; pero, en grados superiores, que se aquilatan cuando y donde aquéllas no se padecen, alcanza la libertad en materia de derecho privado, en todo aquello que no sea de carácter necesario o imperativo.

Antes de seguir, conviene que nos detengamos en precisar este punto. Y lo haremos de la mano de nuestros dos principales defensores de la *libertad civil*, Joaquín Costa y Manuel Durán y Bas.

El altoaragonés (78) distingue dos órdenes de relaciones: las de *derecho necesario* y las de *derecho voluntario*. Aquéllas «abrazan la naturaleza humana en su concepto absoluto, en su unidad, en su existencia, en su libertad, en lo permanente y esencial de ella, en aquello que la constituye, sin lo cual dejaría irremisiblemente de ser, y que se encuentra, por tanto, en todo ser racio-

(78) Joaquín COSTA: *Teoría del hecho...*, 11, págs. 81 y sigs.

nal, independientemente de toda condición de espacio y de tiempo». Por ello, como dice en otro lugar del mismo libro (79), en ese ámbito, «la materia, el fondo sustancial del derecho positivo, ha de ser todo derecho natural, y no ha de tener de más aquel sobre éste sino la forma, la limitación cuantitativa, regulada por el estado histórico de cada hombre y de cada pueblo, de cada momento, y de cada siglo».

Por ello, estima (80) que en tal ámbito: «Las reglas consuetudinarias que el *Estado común* [podríamos decir, la sociedad civil, el país real] expresa y produce en sus hechos, la autoridad legislativa, o, en su nombre, la judicial, ha de revisarlas y, si no las encuentra conforme a los principios eternos del derecho, debe interrumpirles la posesión, perseguirlas, corregirlas o erradicarlas; las reglas legales o de otro género, dictadas por el *Estado oficial*, los súbditos a quienes van dirigidas deben contrastarlas en la piedra de toque de su razón, y si encuentran que no es lícito en conciencia obedecerlas sin infringir o lesionar un derecho, si el fin que en ellas se propone es malo, o siendo bueno el fin son malos los medios, es deber de ellos, cuando menos, suspender el cumplimiento».

Las relaciones del segundo orden —sigue diciendo en el primer texto que, en este epígrafe, le hemos citado (81)—, es decir, las de *derecho voluntario*, «afectan a la naturaleza humana en su concepto relativo y mudable, como individualidad, en eso que constituye el carácter y, por decirlo así, la *constitución interna*, y que en cada instante es otro diferente, porque depende de un número infinito de condiciones infinitamente variables, nacidas de la herencia, de la educación, de la edad, del grado de desenvolvimiento del espíritu, del medio natural y social en que se vive, del género de obstáculos.

En esas relaciones —dice Costa (82)— el Estado oficial debe dejar «libre acción al individuo, a la familia, al municipio y a la

(79) *Ibid.*, 1, pág. 7.

(80) *Ibid.*, 31, págs. 239 y sigs.

(81) *Ibid.*, 11, págs. 81 y sigs.

(82) *Ibid.*, págs. 90 y sigs.



provincia, los cuales deben expresar su original personalidad» ... «Retener el estado superior un derecho que no le pertenece es intolerable despojo nacido de esas concepciones socialistas que llenan la historia de la humanidad». Es la esfera en la cual tienen su lugar —recuerda (83)— los apotegmas: «*la voluntad del fundador es ley*», «*la voluntad del testador es ley*»; «*el contrato constituye ley*». Es el campo de la *libertad civil* del individuo y la familia, que constituye —sigue el León de Graus (84)— «una consagración individual enfrente al derecho público, y el reconocimiento por parte del Estado de la soberanía que es inherente al individuo y a la familia en el círculo de sus relaciones privadas».

Y, aun, en esa materia de derecho voluntario, *en lo no previsto por los sujetos de la relación* —sigue Costa (85)—, «nada más lógico que la voluntad de una persona quiera lo que ha querido la mayoría de las personas que viven en condiciones análogas a las suyas». Es el ámbito en el cual, a su juicio (86), al principio foral *standum est chartae*, «reconocimiento de aquella libertad respecto de las voluntades expresas, debe corresponder el principio *standum est consuetudini*, reconocimiento de la misma libertad, respecto de las voluntades presuntas».

Durán y Bas (87), por su parte, en el Congreso Jurídico Español que, en Madrid, en 1886, tuvo lugar en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, señaló como principio que debe informar el derecho civil, el de *la libertad*, «esencial para el ejercicio de los derechos civiles», «sin más limitaciones que las que exijan la justicia, la moral y la pública utilidad»; y que, en lo demás, las leyes civiles solo deben entenderse «como expresión de su voluntad presunta [la de los particulares] en caso de si-

(83) *Ibid.*, 9, págs. 72, *in fine*, y sigs.

(84) J. COSTA: *La libertad civil y el...*, cap. IV, II, págs. 102 y sigs.

(85) J. COSTA: *Teoría del hecho...*, 11, pág. 91.

(86) *Ibid.*, pág. 108.

(87) Manuel DURÁN Y BAS: *Estructura más apropiada para un código civil español. Distinción formal entre leyes obligatorias y leyes supletorias*, Madrid, Impr. de la Revista de Legislación, 1886, pág. 18.

lencio», que «dejen íntegra la libertad de los interesados en toda relación jurídica que se propongan crear». Sin olvidar, como advierte en otro lugar (88), que para interpretar lo supletorio debe atenderse a la costumbre que «está impregnada de un espíritu de localidad que le da fisonomía particular».

Delimitado el ámbito de la libertad civil, es preciso determinar cuáles son su concepto (89) y su contenido.

Costa (90), refiriéndose a su expresión aragonesa, principio *standum est chartae*, dice que es «el reconocimiento por parte del Estado de la soberanía que es inherente al individuo y a la familia en el círculo de las relaciones privadas», y que reconoce «el Estado, en virtud de este principio, al individuo y a la sociedad, la facultad de darse por sí propios ley en la esfera de sus relaciones privadas».

Durán y Bas (91) asimilaba la libertad civil a la de moverse «dentro de la esfera del derecho privado, completando con ella, dentro del organismo del Estado, el concepto (...) de sus derechos» ... «La libertad testamentaria como padre de familia; la libertad de contratar, como poseedores todos de igual capacidad jurídica; la propiedad territorial plena o semiplena, como condición de poder e independencia».

En ese sentido, en 1889, Maluquer y Tirrell (92) había proclamado en el Senado: que, en Cataluña, «el padre es legislador».

---

(88) DURÁN Y BAS: *Memoria*, págs. 9, *in fine*, y sig.

(89) Cfr. nuestros estudios: *La libertad civil*, ponencia en la IV Reunión de amigos de la Ciudad Católica, en *Verbo*, 63, págs. 186 y sigs., y en «Contribución al estudio de los cuerpos intermedios», Madrid, Speiro, 1968, págs. 186; *La libertad civil según los juristas de las regiones forales*, discurso inaugural del curso 1967-1968 de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; *La libertad civil según los juristas de derecho foral*, conferencia en la Universidad de La Laguna, en *Anales de dicha Universidad*, año 1967-1968, y en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, XVII, págs. 289 y sigs.; y *La libertad civil i l'estructura federalista*, en *AUSA*, 58-59, Vic, 1968, págs. 1 y sigs.

(90) J. COSTA: *La libertad civil y...*, cap. IV, págs. 102 y sigs.

(91) DURÁN Y BAS: «La Codificación», en *Estudios Jurídicos*, páginas 338 y sigs., y *Memoria*, MXCI.

(92) JOSÉ MALUQUER Y TIRRELL: «Discurso en el Senado de 9 de fe-

Con referencia a Navarra, resumiendo el concepto allí tradicional, López Jacoïste (93), la definía como «libertad en el derecho de obligaciones, con una amplia autonomía de voluntad; lo mismo en la sucesión hereditaria y en la organización del régimen matrimonial de bienes»; que «es, en el fondo, la libertad de la casa, la del seno de la familia, proyectada sobre los diversos aspectos de la vida».

Tratando de ordenar el contenido que hemos visto señalado como propio del ámbito de la libertad civil, vemos que:

— en primer lugar, va referido, de una parte, al individuo y a la familia, y, de otra, al conjunto de individuos y de familias agrupados socialmente, en gremios o cofradías, municipios, comarcas, regiones;

— y, en segundo lugar, de una parte, se refiere a un ámbito *formal*, creativo, determinativo, y, de otra, a un ámbito *material*, relativo a la propiedad, sea ésta: individual, vinculada a la familia por la voluntad de su jefe expresada en capitulaciones matrimoniales o en testamento; estatuida compartidamente en establecimientos infitéuticos, o de otros modos semejantes, o bien corporativa de los gremios u otras instituciones, o comunal de los habitantes de un lugar o de un municipio, pero sin injerencias del Estado.

Profundizando en el sentido de esa segunda dualidad, se puede observar y precisar que la libertad civil tiene un ámbito más amplio que el principio *standum est chartae*, en cuanto éste se circunscribe al ámbito formal, creativo de derechos y de relaciones jurídicas, y aquélla comprende, además, el ámbito sustantivo o material del poder, disfrute y disposición de las cosas.

En cuanto al primer término de la primera distinción, referente al individuo y a la familia, tanto expresa el valor de la carta (testamento, capitulaciones matrimoniales, contratos en general) como la libertad frente los entes públicos superiores y, en

breo de 1889», cfr. en *Colleció de discursos en defensa de la legislació catalana pronunciats en lo Senat y en lo Congrès*, Barcelona, Impr. Barcelonesa, 1891, pág. 15.

(93) LÓPEZ JACOÏSTE: *loc. cit.*, III, 1, págsff 624 y sigs.

especial, al Estado, de esas formas de propiedad —individuales, compartidas o comunales— establecidas conforme al derecho. Y su segundo término, referido a las comunidades de individuos o familias —gremios, municipios, comarcas, etc.—, esa libertad civil se extiende a la facultad de elaborar, en su propio seno, normas de derecho en forma de costumbres, supletorias de la voluntad no suficientemente o explicitada por sus miembros, dispo-nientes o concertantes, con carácter preferente a las leyes que no sean imperativas por no corresponder a materia de derecho necesario. Esa fue la forma en que en esos territorios se elaboró el derecho que en ellas —como de Cataluña dijo Torras y Bages (94)— «emanaba de la *vis societatis* y no del apetito de legislar», pues el pueblo lo construía a medida que lo necesitaba, como las abejas sus panales.

X. CONTRAPOSICIÓN ENTRE LAS SOCIEDADES PRESIDIDAS POR LA LIBERTAD CIVIL Y EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD Y LAS SOCIEDADES DE MASAS

Hemos leído, en esta exposición, varios párrafos en los cuales sus autores previeron los efectos de la pérdida de la libertad civil y, entre ellos, la imposición por el Estado de la concepción jurídica por la que se hace creador y monopolizador del derecho. Previsiones que —¡a los ojos de todos está!— se van cumpliendo inexorablemente.

Se trata de la disolución de las sociedades organizadas, dejando tras de sí masas amorfas de individuos. Esa contraposición había sido ya expreada por Joaquín Costa (95), Torras y Bages (96) y Prat de la Riba (97), tal como hace años hice notar (98). Con

(94) TORRAS Y BAGES: *op. cit.*, II parte, cap. VIII, pág. 536.

(95) J. COSTA: *La libertad civil y...*, cap. VI, págs. 167 y sigs.

(96) J. TORRAS Y BAGES: *op. cit.*, lib. I, cap. VIII, págs. 60 y sigs.

(97) E. PRAT DE LA RIBA: «Psicología de las multitudes. La era de las multitudes», «Miscelánea Jurídica» de *Rev. Jur. de Cataluña*, 1985, páginas 42 y sigs.

(98) *Sociedad de masas y derecho*, 3, págs. 20 y sigs.

la masificación viene inexorablemente el totalitarismo estatal. Se trata de un círculo vicioso en el que causas y efectos son interdependientes y actúan recíprocamente como concausas entre sí. De modo tal que, si los efectos son causa del acrecentamiento de su misma causa, ésta, a su vez, como efecto, es causa de un incremento de aquéllos, y así sucesivamente.

El hombre, a medida que se *despersonaliza* y *desarraiga* de las sociedades naturales que lo integran, y que se *masifica*, es reducido por el Estado a ser un individuo aislado, productor, contribuyente, afiliado a un partido político y beneficiario de la seguridad social y demás servicios estatales (99). Lo cierto es que, inevitablemente, surge el Estado totalitario, a la vez causa y efecto; pero, aun en este aspecto, es acrecentador de las causas de las que se dice efecto.

Antes de cerrar el tema, conviene precisar lo que es el *totalitarismo*. Como escribía en 1943 quien fue profesor de la Universidad de Zurich, Emil Brunner (100), el totalitarismo «no es como la dictadura una forma de Estado, sino la absorción de todas las instituciones y todos los derechos por el Estado». Es «la plena libertad de llamar derecho a aquello que le venga en gana» ... «es la omníestotalidad, la estatalización total de la vida, que es posible solo cuando se ha arrebatado el poder a las formas de vida preestatales y al individuo». Aunque tenga «cierta afinidad con la dictadura, propiamente su raíz histórica es la República de la revolución francesa, en el *Contrat social* de Rousseau, en su principio de *aliénation totale*».

Precisamente, la *Fundazione Gioachino Volpe* dedicó su *II Convegno romano*, en el año 1974, al tema *Una sociedad contra el hombre* y me encomendó el tema que desarrollé: *El hombre ante el totalitarismo estatal. Líneas político-jurídicas de defensa* (101).

(99) *Ibid.*, en especial, caps. III-IV, V y VI, págs. 87 y sigs.

(100) Emil BRUNNER: *La Justicia*, cap. XVI; cfr. vers. en castellano, México, Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Autónoma, 1961, págs. 174 y sigs.

(101) Cfr., en *Verbo*, 124-125, abril-mayo de 1974, págs. 387 y sigs.

Las líneas que expliqué era preciso defender o reconquistar, son, fundamentalmente: *a)* la necesidad de volver a la convicción de que el derecho trasciende al Estado (102) y el reconocimiento de un escalonado pluralismo de órdenes jurídicas en cada unidad política (103), que implica, en la *esfera de las libertades civiles, la necesidad de la propiedad personal para salvaguardar los ámbitos de lo político, lo económico, lo laboral y lo cultural, y b)* la de una pluralidad de órdenes sociales, dotados de autonomía jurídica y de articulación orgánica.

En los modelos de libertades políticas y civiles que hemos contemplado tenemos, precisamente, un modelo vivido de esas líneas de defensa de un *pluralismo organizado de órdenes jurídico-sociales*, presidido por el principio de subsidiariedad.

He de repetir aquí, una vez más, lo que hace años reconocí (104), la evidencia de que hoy en todos los países no comunis-tiados conviven en diversas proporciones: de una parte, una sociedad integrada por familias con el soporte material de la propiedad, la previsión y el aborro, con el impulso de la iniciativa y la responsabilidad de su jefe y, de otra parte, una masa amorfa de población, tutelada por el Estado, con el porvenir solo cubierto por la seguridad social estatalizada y obligatoria, a la que se promete liberarla de toda responsabilidad patrimonial.

La protección de esas masas —proletarizadas, desarraigadas— obedece inicialmente a una necesidad social y a una razón de justicia; pero, puede realizarse con diversas orientaciones y diferentes niveles. Generalmente, amplía y fomenta la masificación, pues, como la protección de la masa cuesta cara al Estado y éste no puede dar más de lo que recibe, en ese esfuerzo por distribuir más, fácilmente incrementa la masificación. Pero esa ayuda podría realizarse de otro modo: favoreciendo la desmasificación del sector protegido, si se trata de promover la difusión, en él, de la propiedad y de estimularle el sentido de la responsabilidad, la

---

(102) *Ibid.*, II, *Terapéutica, a*, págs. 396 y sigs.

(103) *Ibid.*, *b*, págs. 407 y sigs.

(104) *Sociedad de masas y derecho*, 58, págs. 237 y sigs.

previsión y el ahorro; y, en especial, no entorpeciendo, sino favoreciendo que esto se realice espontáneamente con mediación de la familia y de los cuerpos sociales, con el debido respeto al principio de subsidiariedad (105).

En todo caso, el respeto o la restauración de las libertades políticas y civiles que hemos repasado, y su actualización (106), sería el valladar que impediría el crecimiento de la masificación, y, a la vez, la base de una prudente y progresiva desmasificación de los sectores que ya la padecen. Esto aliviaría la sociedad civil del peso del totalitarismo estatal, facilitaría la restauración de sus tejidos y, con ella, de su vitalidad fructífera.

Pero, mientras esta convicción no se extienda —para lo que es imprescindible que todos aportemos nuestro granito de arena—, nada se hará, sino arar en el mar. La historia más reciente así nos lo ha demostrado, una vez más.

---

(105) Cfr. mi ponencia «Libertad y principio de subsidiariedad», en *Verbo*, 197-198, julio-agosto-septiembre de 1981, págs. 95 y sigs.; o en *Tres ensayos: Cuerpos intermedios-Representación política-Principio de subsidiariedad*, Madrid, Speiro, 1981, págs. 109 y sigs., o en *El principio de subsidiariedad*, Madrid, Speiro, 1982, pág. 195.

(106) Cfr. mi comunicación «Constitución orgánica de la nación», en *Verbo*, 233-234, marzo-abril de 1985, págs. 305 y sigs., o en su separata.