

EDOARDO ROZO ACUÑA

LA EXPANSION DEL ESTADO DE DERECHO
Y DEL CODE NAPOLEON

SUMARIO

1. *Capitalismo, liberalismo y costitucionalismo.* 2. *Expansión del capitalismo, del liberalismo y del coonstitucionalismo.* 3. *El socialismo y el Estado marxistas.* 4. *La expansión del socialismo y del Estado de derecho marxistas.* 5. *El fin del Estado y de la Economía Socialista Marxista.* 6. *La globalización de la economía capitalista y del liberalismo.* 7. *La expansión de las institucioones democráticas liberales.* 8. *Globalización e istituciones constitucionales en América Latina.* 9. *Doscientos años de expansión del Code Napoléon.* 10. *El Code Napoléon y la codificación civil en América Latina.* 11. *Conclusión: El significado del Código de Napoléon en el marco de la globalización del Estado de Derecho.*

1. Los tres conceptos son inseparables. No existen separadamente, hacen parte de un todo social económico y político que, en su formación, en Europa Occidental, arranca da sus primeros pasos en la baja edad media, y sigue en un proceso de desarrollo casi lineal hasta nuestros días¹. La sociedad capitalista se caracteriza por el papel fundamental que en ella juega la clase social che detenta los instrumentos y medios de producción: la burguesía. Fue ella la que hizo la primera revolución moderna para cambiar radicalmente el modelo de sociedad cerrada, feudal, rural, imperante durante la edad media, en sociedad abierta y mercantil. Con esta revolución², el modelo de relaciones de producción feudales, es reemplazado por el de relaciones capitalistas. Esto es, los papeles sociales del señor y del siervo son cambiados por los del burgués y del asalariado. Este cambio en la forma de producción conlleva el cambio político del estado feudal en estado absolutista, centralizado, unitario, como primera forma del Estado nacional³.

El Estado Nacional es esencialmente el resultado de la centralización del poder, che antes, en el feudalismo, se encontraba fragmenta-

¹ Ver, G.D.H. COLE, *La organización política*, Ed. F.C.E., México, 1972.

² Esta revolución que lleva al mercantilismo es analizada en gran forma por MAX WEBER, *Historia general de la economía*, Ed. F.C.E., México, 1964, pp. 292 ss.

³ Sobre la materia, el libro que mejor analiza el Estado absolutista, es de T. HOBBS, *El Leviatán*, Ed. F.C.E., México, 1940. Ver también, P. ANDERSON, *Lo Stato assoluto. Origni ed evoluzione dell'assolutismo occidentale e orientale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1980.

do o pulverizado, como consecuencia de la disolución del Imperio Romano de occidente. La burguesía mercantil tenía el interés de agrandar el territorio para sus mercados y de integrar a la población, ya considerada en su papel de consumidora. En alianza con la realeza feudal, la burguesía logra dominar a los señores feudales, unificar el poder político, integrar los territorios y las poblaciones, creando así, la primera forma de estado moderno: el estado nacional, monárquico absolutista. Este tipo de estado nace basado en el poder tradicional de la nobleza o realeza y en el poder económico de los burgueses⁴. Estos le ofrecen al monarca su apoyo financiero y éste les asegura la libertad de comercio y la intervención del estado para garantizar la seguridad interna e internacional en sus actividades comerciales. La actividad mercantil de la burguesía, asegurada en su expansión y en su proceso de acumulación de riqueza con la intervención favorable del Estado, permitirá a su vez un desarrollo ulterior del Estado Nacional. Desarrollo que se traducirá en la construcción de los primeros grandes imperios del mundo moderno: España, Inglaterra, Francia, Holanda, Portugal, los más grandes ejemplos de intentos exitosos de globalización económica y política en el mundo moderno, después del impresionante proceso de mundialización que significó el Imperio Romano⁵.

Para la burguesía mercantil, el crecimiento en poder económico produce las naturales aspiraciones de dominio político, que la llevarán a organizar y realizar la segunda gran revolución, la liberal, con la cual, de aliado del rey, pasará al ejercicio directo del poder político. Esta segunda revolución se llama liberal por estar alimentada de las teorías y doctrinas de los derechos y libertades naturales de los hombres, que son la base y la justificación de la nueva forma de Estado Nacional Liberal-Burgués. La burguesía hace la revolución contra el absolutismo proclamando los derechos naturales a la vida, la libertad, la igualdad, la propiedad y la seguridad⁶. Con el triunfo de la revolución, estos principios libertarios se traducen políticamente en la fundación del Estado liberal de derecho, es decir, el que nace de la aceptación de los derechos y de las libertades de los hombres, que funciona

⁴ Ver, R.H. CROSSMAN, *Biografía Estado Moderno*, Ed. F.C.E., México, 1965.

⁵ Sobre el tema del imperialismo moderno, ver, W. J. MOMMSEN, *L'età dell'imperialismo*, Ed. Feltrinelli, Milán, 1970.

⁶ Ver, J. LOCKE, *Ensayos sobre el gobierno civil*, Ed. F.C.E., México, 1941 – existen nuevas ediciones.

y se justifica por su servicio en favor del progreso de los mismos y de la entera sociedad. Entre los derechos y libertades fundamentales del nuevo Estado sobresalen aquellos de carácter económico y los políticos. Los primeros son la esencia del capitalismo, los segundos, el fundamento del constitucionalismo o del estado de derecho liberal⁷.

Las libertades y derechos económicos se sintetizan en la propiedad privada, la libertad de industria, comercio y trabajo; la libertad de oferta y de demanda de capitales, bienes, servicios y trabajo, que en síntesis dan vida a la economía de mercado. Las libertades y derechos políticos se resumen en la participación del pueblo en la creación de la ley y del gobierno, para darle la forma que más convenga a sus intereses, para cambiarlo cuando lo juzgue necesario, para que funcione en respeto y desarrollo de la ley y del derecho, que son los principios básicos del constitucionalismo o del estado liberal de derecho. Se trata así del liberalismo económico y del liberalismo político que integralmente crean el capitalismo y el constitucionalismo, y, los dos, el estado liberal-democrático o de derecho⁸.

2. El modelo de Estado capitalista, liberal y constitucional, se expande en el mundo occidental especialmente a través de los textos jurídico-políticos que comprenden sus principios fundamentales: La *Bill of Rights* de Inglaterra de 1689, Carta de derechos proclamada por la *Glorious Revolution* que puso fin al absolutismo monárquico inglés y dio comienzo al estado liberal-burgués; la *Declaration of Independence* de los Estados Unidos de América de 1776, que puso fin a la monarquía y al imperio inglés en América y que sirvió de base para el nuevo tipo de estado republicano y liberal de los Estados Unidos; la *Déclaration de droits de l'homme e des citoyens* de 1789, que acabó con el antiguo régimen de la sociedad aristocrática, desigual y con el absolutismo político en Francia⁹, y, por último, pero no menos importante, la *Constitución de Cádiz de 1812*, que marca el comienzo del

⁷ Ver, T. PAINE, *Los Derechos del Hombre*, Ed. F.C.E., México, 1945; N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo Moderno*, Torino, 1976.

⁸ H. LASKI, *Le origini del liberalismo europeo*, Firenze, 1962.

⁹ Sobre las cartas de los derechos, F. BATTAGLIA, *Le carte dei diritti*, Firenze, 1946 – hay una nueva edición de 1999 –.

Estado liberal en España y sirve de modelo en América Latina y en algunos países de Europa¹⁰.

La expansión liberal democrática y capitalista se realiza en todo el resto de América, desde el Río Grande hasta el Río de la Plata. En efecto, los movimientos de independencia de todos los territorios coloniales de España, de comienzos del siglo XIX, adoptan, como instrumentos ideológicos de lucha, las mencionadas cartas de derechos con sus dos elementos esenciales: las libertades fundamentales y los derechos políticos y económicos. Es decir, por una parte, el Estado liberal y la economía burguesa de mercado, por la otra. Las excepciones, en el vasto subcontinente, son solo dos, el Brasil y Cuba, pero solo hasta el último cuarto del siglo XIX, pues con sus independencias respectivamente de Portugal y de España, las dos excolonias adoptarán también el modelo capitalista en lo económico y el liberal burgués en lo político, homologándose con el resto de América¹¹. La organización de la sociedad según las formas liberales en lo económico y en lo político, consagradas en un texto magno – la constitución –, de máxima jerarquía, con obligación de cumplimiento para gobernados y gobernantes, se vuelve imperativo común para todos los países americanos, como lo será también, aunque si mucho más tarde, para toda Europa Occidental. Es una expansión institucional global que comprende de ese modo la mayor parte del mundo¹².

Para los países de África y de Asia la expansión del modelo capitalista de economía y del Estado liberal-burgués tendrá lugar mucho más tarde, precisamente después de la segunda guerra mundial. Especialmente con los movimientos de descolonización e independencia, como una de las consecuencias de la victoria, en ese conflicto bélico, de los aliados, a la cabeza con los Estados Unidos, defensores de la libertad y de los derechos fundamentales de los hombres, y con la creación de la organización internacional de las Naciones Unidas para la defensa de la libertad, la igualdad, la seguridad y el desarrollo de todos los pueblos y de todas las personas. Pero en estas nuevas experiencias, sucede algo muy diferente a lo acaecido durante el siglo pa-

¹⁰ Ver, L. ALAYZA PAZ SOLDÁN, *La constitución de Cádiz de 1812*, Lima, 1956; M. MARTÍNEZ SOSPEDRA, *El primer liberalismo español. La Constitución de Cádiz*, Valencia, 1976.

¹¹ AA.VV., *Evolución de la organización político-constitucional en América Latina*, México, 1978.

¹² Ver, M. DUVERGER, *Constitutions et documents politiques*, PUF. Paris, 1957.

sado en América. Son dos los modelos económicos y políticos que rivalizan por imponerse en esos dos continentes: el capitalista, liberal-burgués y el socialista marxista. Esta lucha se desarrolla hasta sus últimas consecuencias, inclusive con el recurso a las armas, como lo demuestra la historia mundial de los últimos cincuenta años del siglo XX¹³. La expansión de los dos modelos – liberal y socialista – tiene un denominador común formal. Los dos proclaman la defensa de los derechos y libertades per medio de un estado de derecho, pero con una diferencia específica: la diversa, opuesta y antagonica concepción del hombre, la sociedad, la economía y el estado. Pero si el contenido y los fines de la constitución y del derecho liberal burgués son muy diferentes a los del socialismo marxista, de todas formas la constitución en las dos experiencias es la norma fundamental para la organización económica, social y política de los pueblos y para la defensa de sus diversos derechos y libertades¹⁴.

3. El desarrollo y la globalización del modelo del capitalismo e del Estado liberal burgués no suceden sin obstáculos y oposiciones. Desde la segunda mitad del siglo XIX aparecen las críticas y la elaboración de modelos en contraposición. Las críticas y las propuestas de nuevos modelos de sociedad y de Estado que se contraponen al capitalismo y al Estado liberal burgués, que más éxito han tenido históricamente hasta nuestros días, han sido las elaboradas por Marx, Engels, Lenin y Mao-Tse-Tung, es decir, las teorías y la prácticas del socialismo marxista, *tout court*. Su éxito, hasta finales del siglo XX, fue global pues abarcó muchos países de todos los cuatro continentes, más de la mitad della población y del territorio mundiales¹⁵.

El socialismo marxista nace y se desarrolla como crítica contro el capitalismo. Esto es, al modo de pruducción que se basa en las relaciones productivas entre propietarios de los medios e instrumentos de pruducción y propietarios de la fuerza de trabajo, es decir, entre capitalistas y trabajadores o proletarios. El producto de esta relación de producción viene repartido, en una mínima parte, al propietario del

¹³ Ver, G. CALCHI NOVATI, *La decolonizzazione*, Loescher Ed., Torino, 1983.

¹⁴ ALEXANDROV et altri, *Teoría del Estado y del Derecho*, Ed. Grijalbo, México, 1962.

¹⁵ Como ejemplos ver, M. LESAGE, *Le régimes politiques de l'Urss et des Pays de l'Est*, Paris, 1971; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *La Repubblica Popolare Cinese*, Milano, 1977.

trabajo, como retribución, paga o salario. El resto, la mayor parte, va al propietario de los medios e instrumentos de producción, como ganancia o renta. Al trabajador, lo que recibe por su aporte a la producción, el salario, es apenas suficiente para permitirle mantenerse en vida y reproducirse. Al capitalista, la parte que le queda comprende la retribución a los factores de producción de su propiedad, más lo que se ha dejado de corresponder al asalariado por su trabajo, es decir, la plusvalía. De esta forma, el capitalista tiene la posibilidad de conservar su propiedad y de acumular ganancias o rentas que aumentarán geoméricamente en el tiempo. Con este modo de producción y de acumulación de riqueza se desarrolla el capitalismo y crece el poder económico de la burguesía. El socialismo marxista, entonces, deduce que el capitalismo es una forma de producción en la cual el propietario de los medios e instrumentos de producción, el capitalista, explota al propietario del trabajo, al proletario y, por lo tanto, es claro que se trata de un modo de producción basado en la explotación del hombre por el hombre¹⁶.

Para asegurar en el tiempo este modo de producción, mantener las relaciones sociales y el tipo de sociedad clasista que produce, se hace necesario que la clase dominante, la burguesía, se organice políticamente y ejerza todo su poder bajo la forma del Estado liberal-burgués. En este tipo de estado, la constitución y el derecho en general, promulgan y defienden derechos y libertades que, en un primer momento, son solo formales para el pueblo y reales para los propietarios de los medios e instrumentos de producción, esto es, para la clase capitalista. Es un tipo de Estado que, en este sentido, tiene como finalidad fundamental esencial mantener la desigualdad real entre las personas, mientras semánticamente defiende una igualdad formal aun delante de la ley. Para combatir y derrotar al capitalismo y al Estado liberal, esto es, a la sociedad clasista, al derecho formal y a la economía burguesa o de mercado, después de estudiarlos y conocerlos para tomar conciencia, el socialismo marxista propone al proletariado la revolución armada, que acabe con ellos mediante la institución de la dictadura del proletariado. Con ésta, se sienta las bases para la construcción del socialismo como forma social de producción e de Estado democrático.

¹⁶ Ver especialmente, K. MARX, *El Capital*, Ed. F.C.E., México, 1966, T. III e F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Ed. Progreso, Moscú, 1965.

El socialismo desde el punto de vista de los derechos y de las libertades propone la abolición de todos aquellos de carácter individualista y de contenido económico, esto es, la propiedad privada de los instrumentos y medios de producción, la libertad de empresa, de oferta y demanda, la libre iniciativa privada, es decir, de toda la economía capitalista, de mercado. En su reemplazo se propone la propiedad socialista o colectiva de los medios e instrumentos de la producción, que lleva a la construcción de la sociedad sin clases, y la planificación de la economía para regular la producción, la distribución, el consumo, el ahorro y la inversión, y lograr el desarrollo integral de la sociedad. En lugar del Estado liberal, del derecho y de la constitución burgueses, se propone la abolición del estado como aparato de represión y explotación, el desarrollo del derecho colectivo y de la constitución marxista que defiendan la colectivización, el partido unico del proletariado, la centralización democrática del poder, en vez de su división ficticia, que permitan, conclusivamente, la creación del ideal de la sociedad comunista¹⁷.

4. Estas interpretaciones del capitalismo y del estado liberal burgués, junto con las teorías de la revolución proletaria, del Estado y del derecho socialista-marxistas se desarrollan y difunden en el mundo particularmente a partir de la segunda mitad del siglo XIX. A principios del siglo XX, en 1917, el modelo marxista comienza a ser puesto en práctica en Rusia con la revolución bolcheviche. Con ella se instaura la primera dictadura formal del proletariado, que llevará a la construcción de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, primer Estado socialista marxista, colectivista-comunista, con economía planificada. Al terminar la segunda guerra mundial, la URSS, como vencedora, logra imponer la solución socialista marxista a todos los países de Europa Oriental y a la mitad de Alemania, países que adoptarán las formas de la economía planificada, sobre la base de la propiedad colectiva; el derecho y el estado socialistas con el centralismo democrático basado en el partido único, el comunista. Contemporáneamente, en el vastísimo territorio y en la pobladísima China, el leader Mao-Tse-Tung, vence con la Gran Marcha la revolución en 1949, contra los nacionalistas de Chiang Kai-shek, y logra implantar el régimen político y económico socialista marxista-maoista en todo ese subcontinente,

¹⁷ V. LENIN, *El Estado y la Revolución*, Ed. Sudamérica, Bogotá, 1962.

con excepción de la Isla de Formosa. Experiencias similares se tienen durante la segunda mitad del siglo XX en Corea y Vietnam; Cuba, Nicaragua y en Chile con Allende, históricamente primer presidente marxista popularmente elegido; Libia, Argelia, Egipto y Yemen (del sud). En el Africa negra también se intenta la solución marxista, come en la experiencia del Congo exbelga y otros países más, aunque con resultados al final negativos. Es innegable que, de la revolución rusa de 1917 y hasta comienzos de los años 90, la expansión global del modelo de la economía socialista y del estado marxista fue muy intensa y extensa.

5. Lo que generaciones y hombres de Estado construyeron en decenios, en menos de un quinquenio se extinguió. Los países comunistas y de socialismo real, la Unión Soviética y todos los países de Europa Oriental, dejaron de existir en sus formas de economía y de Estado socialistas¹⁸. Durante los seis años largos de su gobierno, el leader soviético Gorbachev, con sus programas fallidos de reformas políticas y económicas, que comprendían principalmente la *perestroika*, la *glasnost*, la *zakonnost* y la *demokratizatsiya* – restructuración, transparencia, legalidad y democratización – provocó las condiciones para poner punto final a la experiencia marxista. El mundo occidental, capitalista, liberal-democrático, incluyendo el Vaticano, apoyaron e impulsaron por propia conveniencia los programas de Gorbachev hasta cuando estos movilizaron la mayor parte de los grupos de poder de la Urss. Al momento de financiar económicamente la continuación de las reformas, las potencias capitalistas occidentales y el Japón se retiraron dejando a ese país en la crisis total, provocando la caída de Gorbachev y la toma del poder por los opositores del marxismo-leninismo. En efecto, en la reunión de los siete países más industrializados en Londres, de la primavera de 1991, se le negaron a la Urss los préstamos que hubieran podido salvar al gobierno y permitir la continuidad del sistema, pero al mundo capitalista no le podía convenir esta solución. En los planes del Occidente capitalista y de la diplomacia vaticana se esperaba y se confiaba en la caída della Urss a causa de la grave crisis económica y política que provocaría el fracaso de los programas de reformas políticas y económicas de la *glasnot* y de la *perestroika*. En efecto, la crisis final se presentó en diciembre de 1991, des-

¹⁸ E. ROZO ACUÑA, *Introducción a las instituciones políticas*, Ed. G. Ibáñez, Bogotá, 1998, 6ª edición, pp. 204 ss.

pués de que Gorbachev recibiera el no a la financiación de las reformas de parte del Occidente, y el sistema se derrumbó luego de los tentativos de golpe de estado del verano del mismo año.

Antes, en octubre de 1989, Gorbachev se había encargado de darle el golpe final a la República Democrática Alemana, al declarar como política internacional de su gobierno que los problemas de la RDA debían ser resueltos en Berlín y no en Moscú. Lo que provocó enseguida el cambio del secretario del partido comunista germano-oriental, Honecker, y la movilización de la población contra el gobierno que simbólicamente empezó a derrumbar el muro de Berlín, que desde 1961 separaba a las dos alemanias, la occidental capitalista y la oriental socialista. Iniciava así la extinción del socialismo y la democracia marxistas de Europa Oriental¹⁹.

Luego de la RDA siguieron Polonia, Hungría, Checoslovaquia, Rumania, Albania, Bulgaria y Yugoslavia. Unos países con mayor fortuna que otros. Ejemplo entre estos últimos, Yugoslavia, Rumania y Bulgaria, y entre los primeros, Polonia y Hungría que han podido instaurar con relativo éxito el liberalismo político parlamentarista y la economía de mercado²⁰. En todos ellos, el socialismo y el estado marxistas quedaron como parte de la historia pasada de esos países. Se mantienen aun en Cuba, Corea del Norte, Vietnam y en la China de Pekín, pero en todos estos países se vive un proceso de cambio relativamente rápido hacia economías “libres” y formas políticas liberales²¹.

6. Con la caída del Muro de Berlín se tuvo en el mundo entero la idea clara del fin del socialismo y del estado marxistas. A partir de los años 90 del siglo XX en adelante, la globalización total del capitalismo en lo económico y de la democracia liberal en lo político no tendría obstáculo alguno. Los países socialistas que sobreviven no tienen el desarrollo político ni económico para ser líderes globalizadores. El sistema de socialismo cubano dejó de ser hace muchos años, por lo menos desde los años 80, un modelo para América Latina, mientras

¹⁹ E. ROZO ACUÑA, *El fin del socialismo real de Europa Oriental en Introducción a las instituciones políticas*, Ed. Ibanñez, Bogotá, 1998, pp. 211 ss.

²⁰ P. BISCARETTI DI RUFFIA, *1988-1990, un triennio di profonde trasformazioni costituzionali*, Giuffrè, Milano 1991.

²¹ El ejemplo más saliente es de la China, que ha firmado acuerdos comerciales con los USA y ha entrado a formar parte della Organización mundial del comercio. Ver, NAPOLEONE COLAJANNI, *La Cina contemporanea*, Newton Compton, Roma, 1994.

que en esa época la política anticubana y anticomunista de los Estados Unidos en todo el subcontinente, terminó anulando y mandando al traste los esfuerzos de democratización del subcontinente. Ejemplos símbolo de los resultados de esta política, han sido el sangriento golpe de estado contra el gobierno socialista de Allende en Chile, en 1973, y la instauración de la feroz dictadura de Pinochet; los golpes de estado en Brasil contra los presidentes Quadros y Goulart y la instauración en ese país de la dictadura militar de los años 60 en adelante, y los similares procesos de Uruguay, Bolivia, Ecuador, Perú, Panamá, República Dominicana y de la mayor parte de países de la América Central y del Caribe. En Nicaragua, luego de la revolución victoriosa del Sandinismo, se intentó instituir el socialismo marxista, pero los efectos de la política norteamericana de oposición, lo mismo que la caída del Muro de Berlín y del socialismo soviético fueron muy negativos para el sandinismo hasta el punto que esa experiencia también llegó a su fin a comienzos de los años 90²².

La China comunista y su modelo político-económico en América Latina ha tenido una influencia muy estrecha y marginal, limitadamente en algunos grupos guerrilleros del Perú, como *Sendero Luminoso*, los *Tupamaros* en Uruguay y Argentina y, en los últimos años, en los movimientos agrarios del Chiapas en México. También en ciertos sectores minoritarios de la guerrilla colombiana que, como se sabe, es la que cuenta con la más larga trayectoria combativa, habiendo llegado a dominar más de la mitad del territorio colombiano²³. Pero la China no tiene capacidad económica ni cultura política, como las tenía la Urss, para difundir el socialismo marxista-maoísta en América Latina. En la actualidad, después de más de una década, borrado el socialismo y el estado marxistas en la Unión Soviética y en Europa Oriental, es ya imposible volver a intentarlo, considerando que los modelos del capitalismo y del liberalismo político, comenzando el tercer milenio sin rival en el mundo entero, han ya logrado el máximo de globalización.

²² D. POMPEJANO, *Storia e conflitti del Centroamerica*, Ed Giunti, Firenze, 1991, pp.137 ss.

²³ En la actualidad el desarrollo chino es asombroso, llegando a superar en sus índices de crecimiento los de Europa y los Estados Unidos, pero al mismo tiempo su estructura política-ideológica ha tenido un gran viraje hacia las formas occidentales, lo que implica la posición china de no querer intevenir en los asuntos internos de los países que están fuera de su área geográfica de influencia.

La expansión del liberalismo económico ha llegado en su última fase en América Latina, como en el resto del mundo, bajo las formas de la privatización de la mayor parte de las actividades estatales y no solo de aquellas económicas. Se privatizan las empresas y las sociedades de economía estatal, mixta o con participación del estado. El Estado como agente económico dejó de existir en Europa²⁴ y en los principales países de América Latina en la década de los 90 y hoy el proceso ha prácticamente concluído. Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, México, Perú, pueden ser citados como ejemplos en el campo de las privatizaciones. En estos países, el Estado ha sacado a la venta sus principales empresas industriales, comerciales y sociedades económicas y se ha llegado a privatizar hasta las empresa de prestación de los servicios de salud, previsión social, fondos de pensiones y hasta los servicios públicos esenciales, como transporte, agua, luz, teléfonos y buena parte del servicio de seguridad ciudadana. También la contratación y las relaciones laborales públicas cambian cada vez más hacia formas privadas. La Banca Mundial y el Fondo Monetario Internacional han presionado el cambio, pero la privatización, sobre todo, se ha tenido que admitir luego de los fracasos del modelo de economía estatal o de aquellas economías que tenían un fuerte sector público²⁵.

Este proceso de globalización de las privatizaciones generalizadas abarca todo el mundo y obedece en gran parte a la situación que se ha creado después de la extinción del socialismo en la Urss y en Europa Oriental. Es la consecuencia de la nueva concepción del mercado, como mecanismo mágico que no solo crea riqueza a las naciones sino que también produce orden y justicia y, por este motivo, la ley de la libertad de oferta y demanda se transforma un principio más universal que en los tiempos de sus ideadores y teóricos, Smith y Ricardo. El hecho que la otra solución, la socialista colectivista y planificada, propuesta como alternativa para lograr el desarrollo económico y social de los pueblos, haya fracasado, es la prueba reina de que en el presente no hay otra vía. Para el nuevo milenio el neo liberalismo es la *Solución*²⁶.

²⁴ C. DEBBASCH, *Les privatisations en Europe*, París, 1989.

²⁵ Sobre privatización en latinoamérica ver, J.R. DROMI, *Reforma del Estado y Privatizaciones*, Buenos Aires, Ed. Astrea, 1991. También, A. TAFUR GALVIS, *La Constitución de 1991 y la modernización del Estado colombiano – Privatización de empresas públicas* –, Bogotá, Ed. Universidad Externado, 1993, pp. 181 ss.

²⁶ F. A. HAYEK, *The constitution of liberty*, Ed. London and Henley, London, 1976.

El otro aspecto de la privatización globalizada se relaciona con el Estado. Según la vieja concepción liberal de finales del siglo XVIII y de todo el XIX, el Estado debe ser como un gendarme, como un policía que vigila en las calles e interviene solo en caso de que las relaciones entre las personas sufran alguna anormalidad. Es el Estado del *laissez-faire, laissez-passer* o Estado Gendarme. Este tipo de Estado liberal, después de la primera guerra mundial, especialmente en Alemania con la Constitución de Weimar, comenzó a sufrir cambios fundamentales, hasta el punto de convertirse en Estado social, benefactor, interventor e instrumento directo para lograr el desarrollo económico, social, político de los pueblos. De *gendarme* se convierte en *agente* del cambio, en productor de bienes y servicios, inversionista, bancario, “capitalista”, empresario, en el sentido de ser gran propietario de medios e instrumentos de producción. No solo, es también planificador o programador de la economía y de la sociedad, con más poder que el *leviathan*²⁷.

Este nuevo tipo o modelo de Estado social de derecho, que se expande por el mundo, es en gran parte la respuesta del liberalismo burgués a las críticas y a los desafíos del socialismo marxista. Para superar la desocupación, la pobreza, el exceso de concentración de la riqueza, la mala distribución de las oportunidades, el Estado debe intervenir en todos los campos, inclusive en forma planificada o programada, como lo había enseñado el socialismo marxista. No hay duda que esta reforma del Estado burgués, nueva en su organización y funcionamiento, produce el efecto de frenar la expansión del socialismo y, sobre todo, ayuda a demostrar que el capitalismo regulado por el estado, que el mercado limitado por el interés colectivo, es capaz de producir bienestar y mejores condiciones económicas, sociales y políticas para las clases trabajadoras. Los milagros económicos, sociales y políticos de Europa occidental obtenidos después de la segunda guerra mundial con este nuevo modelo de estado liberal-democrático, de economía capitalista, de mercado, pero con una fuerte intervención estatal programada gracias a la existencia de un fuerte sector económico público, dejan a los países socialistas muy atrás en todos los campos, especialmente en lo económico y político²⁸.

²⁷ G. AMATO, *Lo Stato sociale. Verità e problemi en Forme di Stato e di governo, Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, Bologna, 1998, v. I, pp. 52 ss.

²⁸ Para el desarrollo del capitalismo la obra de Max Weber y del socialismo los trabajos de historia constitucional comparada de Biscaretti di Ruffia.

Esta diferencia en desarrollo económico y político, de bienestar general entre capitalismo y socialismo, jugará a la larga un papel muy importante en la caída del socialismo soviético y del oriente europeo, y terminará por convencer a la mayor parte de los países del mundo, especialmente de América Latina, de la bondad del liberalismo económico y político, como modelo universalmente válido, y de la menor o nula funcionalidad de los otros modelos, especialmente del socialista marxista.

7. Como se sabe, la segunda guerra mundial termina con la victoria de los Estados Unidos y sus aliados Francia e Inglaterra, en la parte occidental de Europa, y de la Unión Soviética en toda la parte oriental de Europa, contra los países totalitarios nazi-fascistas, Alemania, Italia y Japón. En el sentido más formalmente aceptado, se trató de una victoria de la democracia y de la libertad contra el autoritarismo, la dictadura y el totalitarismo. Por esta razón, al terminar este conflicto mundial queda campante en Europa Occidental el modelo liberal democrático representado especialmente por los Estados Unidos, con las excepciones de España y Portugal, que seguirán hasta los años 70 bajo los regímenes autocráticos de Franco y de Salazar, respectivamente. Así, las instituciones del Estado de derecho liberal burgués se convierten en el denominador común de Occidente, incluyendo Portugal y España donde, luego de la desaparición de los respectivos dictadores, las adoptarán en forma completa²⁹.

Las instituciones del moderno Estado de derecho, de última generación, son especialmente:

1. Una constitución escrita que comprende precisamente un catálogo de garantías y de derechos no solo de aquellos de primera generación sino también de los que han sido el resultado de los últimos desarrollos de la sociedad³⁰; la organización del poder público nacional y local, con base en el principio de la separación y de la colaboración orgánica y funcional; la creación y el desarrollo de los órganos y de las funciones de control; las previsiones normativas sobre el gobier-

²⁹ Para Portugal ver, GOMES CANETILETO - VITAL NORETRA, *Fundamentos da Constituição* (de 1976), Coimbra, 1997. Para España, L. SÁNCHEZ AGESTA, *El sistema político de la constitución española de 1978*, Madrid, 1980.

³⁰ Ver, EDUARDO ROZO ACUÑA, *Diritti e doveri di terza generazione in Diritti Umani*, Quaderni del Consiglio Regionale delle Marche, Ancona, 2000, pgs. 123 ss.

no de la economía; los mecanismos de garantía de la supremacía de la constitución y los procedimientos para la revisión constitucional.

2. Las instituciones de participación del pueblo en la toma, ejecución y control de las decisiones públicas, que comprenden los derechos políticos activos y pasivos, que hacen parte de la democracia indirecta y los derechos de participación popular directa por medio del referendun, la iniciativa legislativa y constitucional, el control constitucional directo, las asambleas populares y cabildos abiertos, la consulta popular, el mandato imperativo y la revocación del mandato.

3. La existencia autónoma e independiente, constitucionalmente garantizada, de grupos intermedios entre el estado y el individuo que, como los partidos políticos, sindicatos, asociaciones y demás grupos de interés, representan y defienden los intereses colectivos y sirven de canales de participación política y administrativa de los ciudadanos.

4. En desarrollo de la libertad de expresión del pensamiento, el nuevo Estado de derecho garantiza la libertad de prensa, de radio, televisión, es decir de los medios de comunicación de masas, como verdaderos canales de participación ciudadana e instrumento de control político sobre gobernantes y administradores.

5. La burocracia estatal y local en el nuevo Estado de derecho es representativa y democrática, en el sentido que su reclutamiento, permanencia y ascenso son determinados por los principios y reglas universales de la carrera administrativa, según los cuales los funcionarios públicos son escogidos con base al mérito y no con criterio político, superándose así la tradicional burocracia del *spoils system* o de nombramiento político partidista.

6. La fuerza armada en el moderno Estado de derecho corresponde a una institución profesional apolítica, no deliberante, sometida a la constitución y a la ley, con la principal función de defender la integridad territorial y la seguridad interna. No puede ni debe tener como tarea la defensa de la constitución y de las instituciones políticas ni el desarrollo económico o social por ser estas tareas un derecho-deber de los gobernantes y una obligación jurídica de los gobernados. Esta última prohibición se justifica para impedir que la fuerza armada intervenga en cuestiones que son esencialmente políticas.

7. El aparato de finanzas públicas, fundamental para la obtención de los recursos económicos necesarios para la ejecución de las políticas públicas que tiendan a la realización de una sociedad justa, al tiempo que armónicamente desarrollada. Su carácter técnico y su eficiencia, lo mismo que su representatividad democrática por ser de ca-

rrera, deben asegurar el principio de que todos están obligados a colaborar económicamente a los gastos públicos y a la inversión social, en modo proporcional a las propias posibilidades.

8. El nuevo Estado de derecho requiere que las instituciones universitarias correspondan a la más alta calidad académica y científica, y que entre ellas sobresalgan las escuelas de derecho, que tienen la gran misión de preparar los juristas y jurisperitos, que son la principal defensa del imperio de la constitución y de la ley, sin lo cual no es posible garantizar la existencia de este tipo especial de Estado de derecho, democrático y liberal.

9. La mayor autonomía e independencia de la rama judicial del poder público que de esta manera se transforma en el poder que garantiza el imperio de la ley y de la constitución, es otra de las importantes condiciones del nuevo estado de derecho. Los jueces, además de la función jurisdiccional que les compete, están llamados a defender la supremacía de la constitución por medio de sus atribuciones de control de constitucionalidad difuso o concentrado. En Europa, sin embargo, el poder de garantía y seguridad de la constitución es reservado casi que exclusivamente al juez constitucional, por efecto del sistema concentrado de la garantía de la supremacía de la constitución, según el cual, los demás jueces pueden presentar los problemas de inconstitucionalidad de las normas o de los actos, solo por vía incidental o concreta ante la Corte o Tribunal Constitucional para la decisión final. Inclusive, en un país tan importante en la historia y evolución del moderno Estado de derecho, como Francia, los jueces no tienen ni siquiera este poder. Por otra parte, para asegurar el autogobierno de la rama judicial del poder, la mayor parte de constituciones europeas y latinoamericanas han creado el Consejo Superior de la Magistratura.

Si repasamos la historia y el derecho constitucional de Europa Occidental de la postguerra, se puede constatar que sus formas de Estado y de gobierno corresponden al moderno Estado de derecho por haber adoptado y puesto a funcionar todas las instituciones precedentemente mencionadas³¹. Es necesario hacer resaltar, cómo todos los países tienen hoy una constitución escrita con las características mencionadas. Todos han creado Cortes, Consejos o Tribunales Constitu-

³¹ Solo Inglaterra se aparta parcialmente por no haber adoptado una constitución escrita, ni la función ni el órgano para su control.

cionales y han creado y aceptado la jurisdicción de Cortes o Tribunales internacionales para la defensa del derecho en general y de los derechos fundamentales en particular. En su gran mayoría han instituido Comisarios Parlamentarios u Ombudsman para la defensa de los derechos humanos. Igualmente las instituciones de democracia directa, especialmente el referendun y la iniciativa popular, al tiempo que han reforzado los partidos políticos y demás grupos intermedios. El derecho de información y la libertad de los medios de comunicación de masas; la carrera de la función pública; sus fuerzas armadas son profesionales y obedecen a los criterios fijados por las leyes; el aparato de finanzas corresponde a las finalidades democráticas del gasto público de interés colectivo y de la inversión socialmente útil; la universidad en general y las escuelas de derecho en especial, en ejercicio de la autonomía, se esfuerzan por preparar científica y cívicamente a las nuevas generaciones. No hay duda que en este sentido, el moderno Estado de derecho se ha difundido por toda Europa Occidental y no solo de manera formal sino también material.

La parte oriental de Europa, después de la caída y fin del Estado socialista, es decir en la última década, se esfuerza por adoptar las instituciones del moderno Estado de derecho, liberal democrático, aunque el proceso es realmente difícil, por la falta de cultura política pluralista y por la ausencia de unidad nacional, que en varios casos ha llevado a sangrientas guerras civiles, divisiones del territorio y a la proclamación de nuevos estados. Igualmente otro factor determinante de la crisis es también el atraso económico heredado de los viejos regímenes y la desocupación generalizada que está provocando un fuerte éxodo hacia Europa Occidental, especialmente hacia España, Italia, Francia y Alemania.

Los países miembros de la Unión Europea auspician el ingreso a la Unión de los Estados ex socialistas para el año 2004³², condicionándolo a la adopción y al funcionamiento de las instituciones demoliberales e de la economía de mercado. El proceso se halla en curso, especialmente en la República Checa, Eslovaquia, Polonia, Hungría, Chipre y Estonia, países que ya superaron el primer examen para el ingreso a la Unión Europea. La ex Yugoslavia, Rumania y Albania enfrentan más serios problemas en este aspecto. De todos modos es

³² El evento ya sucedió en junio 2004 con el ingreso a la Unión Europea de Checoslovaquia, Hungría, Polonia, Eslovenia, Estonia, Letonia y Lituana. Próximamente está programado el ingreso de Bulgaria, Rumanía y Croacia.

apreciable el avance globalizador del moderno Estado de derecho también en los países de Europa del Este.

10. De la década de los años 70 hasta fines de los 80, América Latina sufrió la “subglobalización” de la dictadura militar generalmente apoyada, como se recordaba atrás, por los Estados Unidos en su política anticubana y anticomunista. Solo pocos países lograron permanecer, por lo menos formalmente, bajo las instituciones democráticas. Colombia, por tener en la práctica un “dictadura constitucional” anti-comunista y antiliberal, que establecía el monopolio del poder político de los dos partidos tradicionales, el liberal y el conservador, y un gobierno con plenos poderes, autocrático, basado en el estado de excepción constitucional, con fuerte intervención militar en los asuntos políticos. Venezuela, en condiciones similares a Colombia y México con la “dictadura democrática” del partido único, el Partido Revolucionario Institucional, que dominaba absolutamente el poder a nivel federal y local. Costa Rica es el país que en este período y hasta hoy, ha gozado de formas más democráticas y liberales. Los demás países de Centroamérica no solo han sufrido dictaduras sino que han debido soportar sangrientas guerras civiles, que se prolongan hasta hoy, como en el caso de Guatemala. También aquí la intervención de Estados Unidos ha sido determinante en sentido negativo.

A partir de finales de los años 80 del siglo XX comienza a renacer la democracia y las libertades públicas en América Latina, como lo demuestran los grandes cambios constitucionales de los últimos tres lustros. En efecto, el subcontinente después del largo período de las dictaduras militares y de diversos tentativos de instaurar por medio de la lucha armada o la guerrilla el sistema socialista de tipo castrista, marxista o maoísta³³, ha entrado en una fase política en la cual las principales fuerzas han encontrado el acuerdo suficiente para la convivencia con base a nuevas instituciones políticas. En este sentido se deben interpretar los últimos y más importantes cambios constitucionales: Brasil (1988), Colombia (1991), Costa Rica (1993-95); Guatemala, Paraguay y Perú (1993); Argentina y Bolivia (1994); Nicaragua (1995); Ecuador (1996); México (1993-96).

³³ Los tentativos más significativos han sido aquellos de los Tupamaros en Argentina y Uruguay; de Sendero Luminoso en Perú; del Ché Guevara en Bolivia; de la guerrilla comunista-maoísta en Colombia, todavía hoy en acción, y en Venezuela ya superada y de las guerrillas y guerras civiles de América Central, especialmente Nicaragua, Guatemala, Honduras, el Salvador.

Todas las nuevas cartas constitucionales mencionadas muestran la tendencia a modernizar las instituciones siguiendo la tendencia globalizadora del nuevo Estado de derecho, liberal democrático.

En efecto la mencionadas constituciones dedican una parte a los nuevos derechos y garantías de tercera y última generación, como son aquellos de la democracia directa arriba mencionados, del pluralismo político, de la diversidad cultural, de la salud, del ambiente y de la ecología; los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios; los derechos de las poblaciones indígenas. En esta materia sobresalen también, especialmente, dos nuevos derechos adoptados por la mayor parte de constituciones de América Latina y que han tenido también difusión en Europa. Se trata del derecho de **Amparo**, de antigua creación en México – primera mitad del siglo XIX – y Centroamérica – finales del siglo pasado – pero de reciente introducción constitucional en el resto de países latinoamericanos. El Amparo funciona como garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales, al tiempo que como mecanismo de control de constitucionalidad³⁴. Las constituciones europeas de Portugal, España, Alemania y Austria han adoptado la institución con el nombre de *tutela*, como también se llama en Colombia. En Italia estaba incluida entre las reformas institucionales propuestas por la Comisión Bicameral³⁵. El otro derecho es el de **habeas data**, que se coloca a la par con el derecho de **habeas corpus**, para proteger los datos y referencias personales que se encuentran en los archivos electrónicos y telemáticos, para el respeto y la protección jurisdiccional, en forma expedita y directa, contra las violaciones de la *privacy* y que para sus titulares puedan hacerlos cambiar cada vez que no coinciden con la verdad. Esta nueva institución originada en América Latina también sobrepasa las fronteras y ya se comienza a discutir sobre la necesidad de adoptarla con rango constitucional en Europa.

América Latina ha siempre defendido el principio de la supremacía de la constitución, perfeccionando los mecanismos de control de constitucionalidad, hasta el punto de haber creado en el tiempo un

³⁴ Ver, EDUARDO ROZO ACUÑA, *L'Amparo o Tutela dei diritti fondamentali in America Latina*, in G.GUIDI (coor.), *Un Collegio garante della costituzionalità delle norme in San Marino*, Maggioli, Rimini, 2000, pgs. 213 ss.

³⁵ E. ROZO ACUÑA, *Reforma constitucional y reforma a la justicia en Italia*, en *Revista de Ciencias Sociales, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile*, 1998, N. 43, pp. 83 ss.

tipo de control original, que en forma completa e integral hace funcionar simultáneamente el control *difuso*, de origen estadounidense – a cargo de todos los jueces –, y el *concentrado* europeo – a cargo de una Corte o Tribunal Constitucional –. El **modelo de control constitucional latinoamericano**, a diferencia del estadounidense y del europeo, se complementa e integra aun más con la participación directa del pueblo en el control, por medio de la acción pública de inconstitucionalidad.

Hans Kelsen propuso en los años 20 del siglo XX, para Checoslovaquia y para Austria, un órgano judicial especial capaz de garantizar la supremacía del estado constitucional: **la Corte Constitucional**. Desde entonces, la institución se ha globalizado en forma casi total, en Europa y en el resto del mundo. En América Latina el modelo se ha difundido bastante y hoy son más los Estados que la han adoptado completamente o que han creado la **Sección o Sala Constitucional** en el seno de la tradicional Suprema Corte de Justicia, que aquellos que siguen el modelo tradicional de control constitucional de los Estados Unidos de la Corte Suprema de Justicia. Entre estos últimos son de recordar la Argentina y el Brasil.

El *Ombudsman* o Comisario Parlamentario para la defensa de los derechos de las personas de origen escandinavo, se ha globalizado en Europa –anche nell'Unione Europea existe con el nombre de *Mediador* – y América Latina. En el subcontinente americano ha sido rebautizado con el nombre de **Defensor del Pueblo** o de los **Habitantes**, con derecho de acción judicial en defensa de la persona, iniciativa legislativa, con voz en las cámaras y acceso directo a todos los despachos de la administración pública y del Estado para garantizar un comportamiento respetoso de los derechos fundamentales de las personas. No parece equivocado considerar las instituciones de los *veedores* y de los *oidores* del período colonial, como antecedentes o criptotipos del *Ombudsman* latinoamericano, lo que ayuda a explicar el éxito de la institución y su completa difusión en el subcontinente americano.

Todas las constituciones latinoamericanas garantizan actualmente la libertad de prensa y de los demás medios de comunicación de masas, prohíben la censura y garantizan la libertad de información y de expresión del pensamiento en todas sus formas. No se puede olvidar que este derecho-libertad ha sido uno de los más violados en los tiempos de las dictaduras. Hoy se tipifican en las constituciones, las violaciones a estas libertades, como delitos sin prescripción y con pe-

nas para los gobernantes culpables que van desde la pérdida de los derechos políticos y la interdicción de los cargos públicos hasta la cárcel.

Las carreras administrativa, judicial y diplomática-consular vuelven a ser tema de importancia política nacional y local y en la mayor parte de las nuevas constituciones si impone la obligación de nombrar, por concurso público de mérito y cualidades de los aspirantes, todos los funcionarios cuyo nombramiento no haya sido determinado en modo diverso.

Sobre las fuerzas armadas, son varias los países latinoamericanos que no han podido romper completamente con el pasado militarista y sus constituciones repiten todavía como una de las funciones primordiales de los militares **la defensa del orden constitucional o el desarrollo económico y social del país** que en las democracias liberales occidentales no tienen y no pueden tener. Es un aspecto negativo en el desarrollo constitucional de la región. Sin embargo, son también varias las constituciones que han impuesto el principio de la fuerza armada no deliberante, sin poder para reunirse sin orden de la autoridad legítima, ni para presentar peticiones fuera de los casos relacionados con el servicio y la moralidad del respectivo cuerpo. Hay una tendencia también a prohibir a los militares en servicio activo el ejercicio del derecho político – el voto – activo y pasivo.

Las reformas de los aparatos de finanzas públicas sobresalen en las nuevas constituciones, que tratan de modernizarlos para lograr el desarrollo económico y social, con base en una organización funcional y una política equilibrada y justa de recolección, distribución, gasto e inversión de los recursos y de las competencias. Se nota sin embargo, la insistencia en la concepción del Estado intervencionista aunque si constitucionalmente se prevé que la intervención debe ser por orden de la ley y según planes o programas de desarrollo. Este intervento del estado está previsto con la finalidad de corregir las fallas del mercado y los eventuales resultados negativos que podría producir un liberalismo sin límites, que lleva al consumismo y a mayores injusticias en la distribución de la riqueza. Desafortunadamente las estadísticas de los últimos años muestran que el liberalismo de la globalización en el subcontinente ha llevado a los extremos de producir mayores cantidades de población desocupada y en condiciones aun por debajo del grado de pobreza. El intervencionismo del Estado, constitucionalmente previsto, o no se ha realizado o lo ha sido en sentido opuesto a la finalidad constitucional. Lo demuestran los más de 200 millones de

personas en condiciones inferiores a las de la pobreza y el promedio de desocupación del subcontinente que sobrepasa el 20% de la población activa.

La nuevas constituciones latinoamericanas dedican una parte importante a la Universidad, a la autonomía universitaria y al papel de todo el sistema de educación en la contrucción de una sociedad mejor y de un Estado de derecho moderno. Sobresale al respecto la uniformidad constitucional latinoamericana de encargar a la educación no solo la promoción del conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia y la tecnología, sino también la formación ética y cívica, y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos. No de otro modo se puede construir sobre buenas bases y mantener el nuevo Estado de derecho.

11. Un gran desarrollo político hacia la contrucción del nuevo estado derecho en América Latina, por lo menos desde el punto de vista formal, han sido las reformas constitucionales en materia de autonomía e independencia del poder judicial. Para este fin, se ha generalizado la carrera judicial, paralelamente a la de la adiministración pública nacional y local. Se ha creado también, en la mayor parte de países de América Latina, el Consejo Superior de la Magistratura o de la Judicatura, siguiendo el modelo organizativo y funcional de Italia, Francia y España.

9. Como se sabe el Code Napoleon fue promulgado el 21 de marzo de 1804 y después de doscientos años representa el punto de partida de un nuevo orden jurídico no solo para Francia sino para la mayor parte del mundo³⁶. Porque en el sentido del análisis de la expansión de las instituciones del capitalismo liberal-democrático, el Code representa el mismo papel de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de la Revolución francesa o de la Constitución de 1791 para el desarrollo jurídico y político³⁷. Después de dos siglos, no obstante las reformas profundas y extensas que ha tenido, sigue siendo un texto símbolo, ligado estrechamente al desarrollo del Estado de derecho en Francia, en Europa, en América Latina. Si para Francia representa la síntesis de las tradiciones jurídicas, de las conquistas de

³⁶ Y. LEQUETTE y L. LEVENEUR, (coor.), *Le Code civil: un passé, un present, un avenir*, Paris, Dalloz, 2004.

³⁷ C. LARROUMENT, *Le Code civil, instrument de propagande politique*, en Lequette y Deveneur. *Le Code civil...*, 225 ss.

la Revolución de 1789 y la encarnación de los valores de libertad, igualdad, de soberanía de la voluntad pero con responsabilidad, de superación de todos los cesaropapismos y Estados confesionales³⁸, para América Latina no es muy diferente. Inclusive por que los mismos movimientos de independencia comienzan gracias a la expansión del poder de Napoleón en España y Portugal y las bases de las nuevas sociedades serán construídas sobre los mismos cuatro pilares franceses, la Declaration des Droits, la familia, la propiedad, el contrato.

El Code fue obra realmente del Primer Cónsul Napoleón, como está demostrado desde la promulgación de la orden del 12 agosto 1800 -Año VIII – para que la comisión redactora terminara su estudio final, integrando los trabajos preparatorios que habían llevado a la presentación de un último proyecto en diciembre de 1799. La discusión, título por título, de este proyecto comenzó en asamblea general del Consejo de Estado bajo la presidencia de Bonaparte en julio de 1801 y terminó casi tres años más tarde, en marzo de 1804, después de ciento dos sesiones, de las cuales cincuenta y dos fueron presididas por Napoleón mismo, pero no simbólicamente sino muy activo especialmente en la ordenación de los temas, buscando la colocación natural de las disposiciones de la ley, como él mismo decía, y en la determinación de contenido, entre las cuales vale la pena recordar las relacionadas con el matrimonio, el divorcio, la adopción, pero también en materia de bienes y contratos lo mismo que de todo el Libro I del Code sobre el goce y privación de los derechos civiles. Si el Code Français se conoce en Francia y en todo el mundo más como Code Napoleón no es solo porque el Primer cónsul fue su propulsor y promulgador sino porque en primera persona participó en su redacción. El *Code Civil* fue el resultado exitoso de una voluntad política, la voluntad política de Napoleón Bonaparte, que supo interpretar no la voluntad del pueblo, que generalmente o no existe o es imposible de interpretar, sino de la clase política del momento que con el tiempo se convertiría en la soberana de Francia y de la mayor parte del mundo: la burguesía. Pero el Code no fue el resultado de una fuerza política prepotente, absolutista, cerrada en sus propias convicciones. Fue, por el contrario, una voluntad política que supo escuchar, que supo dialogar, siempre dispuesta a aceptar razones ajenas, con capacidad y deseo

³⁸ J.PH. LÈVY, *La Revolution Française e le droit civil*, en Lequette y Deveneur, *Le Code civil...* cit. 87 ss.

de conocimiento y recepción de la experiencia extranjera, como ha quedado demostrado en las actas de discusión de su texto definitivo y, especialmente, en las docientos cincuenta y siete intervenciones personales de Napoleón³⁹.

Es cierto que Napoleón mismo, al igual que personas y grupos cercanos a él, tenían algunos intereses por defender, como demostrado, por ejemplo, en materias relacionadas con el divorcio, la adopción, el poder público y la pérdida de los derechos civiles. En su unidad, sin embargo, el *Code* responde a las necesidades de respuestas jurídicas que la nueva clase burguesa, que ha logrado apoderarse del poder contra la aristocracia, la nobleza y la Iglesia, tiene en una sociedad y en un Estado que está construyendo no solo a su imagen y semejanza, sino sobre todo según sus propios intereses económicos, políticos y sociales.

10. Analizando retrospectivamente, de mediados del siglo XX para atrás, las relaciones del Código de Napoleón con todo el proceso de codificación civil en América Latina, no es difícil demostrar su enorme influencia. En el proceso de codificación civil, al igual de lo que sucede en materia de codificación constitucional, el idioma que se usa más, a veces casi exclusivamente, es el francés; de todos modos se usa más que el inglés o el alemán. Esta constatación no obsta para afirmar que en la actualidad la codificación civil latinoamericana, como también la constitucional, según se ha podido demostrar en las páginas que preceden, ha adquirido una forma propia de ser, hasta el punto que hoy se puede hablar de sistema o familia jurídica latinoamericana, sin miedo a ser refutados por los estudiosos del derecho comparado de los sistemas jurídicos⁴⁰.

Sin poder entrar en el grande y grave problema que se vive cotidianamente en América Latina y que surge de las diferencias enormes entre países reales y países formales, entre ley formal y ley real, constitución material y constitución formal, por razones de espacio, tiempo y oportunidad, se debe constatar únicamente la influencia formal del *Code Napoleon* en las codificaciones civiles del subcontinente america-

³⁹ J.L. SOURIOUX, *Le Role du Premier Consul dans le travaux préparatoires du Code civil*, in Y. LEQUETTE e L. LEVENEUR, *Le Code civil: un passé, un présent...*, cit., 107 ss.

⁴⁰ AA.VV., *Il Diritto dei Nuovi mondi*, Cedam, Padova, 1994.

no. Pero antes hay que repetir que América Latina sigue constantemente en sus esfuerzos por encontrar, con ayuda de las enseñanzas extranjeras, especialmente europeas, soluciones jurídicas creativas a sus problemas centenarios y que estos esfuerzos han sido regularmente productivos si se piensa a las nuevas instituciones de sus ordenamientos jurídicos y políticos, especialmente aquellas mencionadas anteriormente⁴¹.

La influencia en América Latina del *Code civil*, hay que volverlo a decir, va paralela e integralmente ligada a la de la *Revolution* y de su *Declaration*, que fueron y serán banderas contra los absolutismos y autoritarismos de todos los tipos, comenzando por los de sus antiguas metrópolis colonizadoras. Proteger la libertad, la igualdad y la propiedad son finalidades de los anteriores eventos de influencia. En lo relacionado con el *Code*, la defensa de estos principios, unidos a los de la autonomía de la voluntad y del imperio del contrato, significa la defensa del liberalismo económico contra la intromisión de los gobernantes en las actividades productivas, de comercio o de consumo, pero al mismo tiempo significa la defensa del liberalismo político, por lo menos formalmente, en el sentido de la defensa de los poderes del ciudadano en relación con el gobierno.

La elaboración de los códigos civiles en América Latina sigue al proceso de independencia y de elaboración de Cartas constitucionales que, como ya se dijo, está muy ligado en buena parte del 800 y del 900, primariamente al derecho público y civil francés, y secundariamente al alemán, español, portugués y en parte también al angloamericano⁴².

Más en concreto, en cuanto a la codificación civil, la mayor parte de países trataron de lograr el cometido sin sacrificar la aspiración a la originalidad, necesaria para poder responder a las propias condiciones económicas y sociales de cada país, muy diferentes a las que dieron vida al Code de Francia. Esta afirmación se demuestra con el hecho de que de todos los países latinoamericanos solo tres adoptaron el Code Civil casi sin ninguna modificación: Bolivia en 1830 -que duro en vigencia hasta 1976 cuando entró en vigor un nuevo código

⁴¹ L.J. CONSTANTINESCO, *Tratado de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.

⁴² P. VILLARD, *La tradition juridique française dans l'oeuvre de Texieras de Freitas*, en S. SCHIPANI (coor.), *Augusto Texeiros de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, Cedam, Padova, 1988.. 269 ss.

que repite en gran parte el Code-; Haití en 1846 y Santo Domingo en 1884.

Una prueba de la anterior afirmación la ofrece el Código civil de la República de Chile de 1855, obra magistral del jurista venezolano Andrés Bello⁴³, quien la logró a partir principalmente del derecho romano-castellano vigente en la época colonial; del proyecto de código español de 1851 y de las fuentes prusianas y austríacas, sin que la fuente francesa fuera marginada⁴⁴. Este código, uno de los primeros adoptados en el subcontinente, de un contenido teórico y funcional excelente, después de haber demostrado sus bondades, fue adoptado también por otros países, como Ecuador en 1860, Colombia en 1887, El Salvador, Honduras y Nicaragua a comienzos del siglo XX.

Otra experiencia ejemplar, que demuestra un gran trabajo comparativo y de síntesis jurídica, es la del Código civil de Argentina de 1869, obra del jurista argentino Dalmacio Vélez Sarsfield⁴⁵, que tuvo como principales fuentes el derecho colonial español y más precisamente la Recopilación de leyes para las Indias occidentales del 1680; el derecho romano; el Code Napoleon, del cual parece que tomó más de la mitad del articulado; la doctrina del jurista brasileño Texeiras de Freitas del 1858; las propuestas de Andrés Bello y del Código civil chileno de 1855; los códigos de los Estados Sardos, de las Dos Sicilias y de Italia de 1865, lo mismo que el código civil de Prussia de 1794 y el austríaco de 1811. Pero Vélez Sarsfield también consultó los códigos de Holanda y de la Louisiana -por su influencia francesa- y el proyecto de código civil español de 1851. De todo este trabajo ciertamente resultó una verdadera Constitución civil para el progreso del país. El código civil argentino en gran parte fue adoptado por el Paraguay en 1889. El Uruguay también siguió el modelo argentino en 1871, aunque si también utilizó los códigos chileno, brasileño y español.

El Código civil de Brasil es uno de los más antiguos e importantes en América Latina y fuera de ella. Su autor fue el gran jurista Texeiras

⁴³ A. GUSMÁN FUENTES, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Santiago de Chile, 1982

⁴⁴ A. GUZMÁN BRITO, *Codificación y consolidación: una comparación entre el pensamiento de A. Bello y el pensamiento de Texeiras de Freitas*, en S. SCHIPANI, *Texeiras de Freitas e il Diritto Latinoamericano*, cit., 255 ss.

⁴⁵ S. SCHIPANI (coor.), *Dalmacio Velez Sarsfield e il Diritto Latinoamericano*, Cedam, Padova, 1991.

de Freitas⁴⁶, ilustre romanista y civilista, autor de la más importante obra jurídica de consolidación y sistematización del continente, terminada a mediados del siglo XIX con el título de *Consolidación de Leyes Civiles*. Esta obra de integración de las fuentes portuguesas y locales sirvió de base para la redacción de un proyecto de código civil de más de casi cinco mil artículos con el nombre de Esboço, ejemplo de codificación imponente y de inmenso contenido. Sin embargo el proyecto no logró su aprobación. Solo en 1917 el jurista Clovis Bavaqua logró la aprobación del código civil brasileño, que se basó ciertamente en el trabajo de Texieras, sobre todo para las fuentes locales, portuguesas y romanas, pero también en el Code Napoleon y en BGB alemán⁴⁷.

Otras experiencias de codificación enseñan vías diversas, como en los casos de Cuba en 1889, Panamá 1917, Venezuela 1992, que prefirieron optar por seguir el modelo de código civil español tal vez en razón de una mayor fidelidad de estos países para con la Madre Patria y con sus orígenes jurídico-políticos.

No queda duda de la importante influencia del Code civil en la codificación del derecho civil en América Latina⁴⁸ pero sin olvidar los propios esfuerzos por lograr que sus textos respondieran a las exigencias de las condiciones sociales y económicas de cada país al tiempo que hay que reconocer el papel del Code junto con las cartas constitucionales, en la construcción del Estado liberal de derecho de subcontinente americano.

El primer código civil de la federación de Estados de México fue el de 1884, aunque si antes de la federación había adoptado en 1827 un código tomado casi completamente del francés de 1804. Posteriormente el código civil del Distrito Federal de 1928, dominado por las ideas de la revolución y de la Constitución federal de 1917, como lo demuestra su profundo contenido social y de solidaridad, sirvió de modelo para los treinta y cuatro códigos de los Estados federados. Considerando la experiencia francesa del emperador Maximiliano en México, la influencia del Code civil es bien marcada.

⁴⁶ S. MEIRA, *Texeiras de Freitas: O Jurisconsulto do Imperio*, Rio de Janeiro, 1979.

⁴⁷ MUNIR KARAM, *O processo de codificação do Direito Civil Brasileiro* (da "Consolidação" de T. de Freitas ao projeto Beviláqua. O sistema do Esboço, en S. SCHIPANI, *Texeira de Freitas e il Diritto...*, cit., 319 ss.

⁴⁸ A. WALD, *L'influence du Code Civil en Amerique Latine*, in Y. LEQUETTE e L. LEVENEUR (coor), *Le Code civil: un passé, un present...*, cit., 860 ss.

11. Conclusión: El significado del Código de Napoleón en el marco de la globalización del Capitalismo, del Estado liberal-burgués y del Estado de Derecho es fundamental. En efecto, como se sabe, la Revolution es el típico ejemplo de revolución burguesa, pues con ella se supera la época del Estado aristocrático de monarquía absoluta. Cortada por la guillotina la cabeza del rey – y de la reina – de Francia, su lugar será tomado por las fuerzas burguesas de la economía comercial abierta, de mercado, en modo análogo al proceso inglés realizado después de que la burguesía triunfara en la *Glorious Revolution del 1689*. Es pues el triunfo de la nueva clase social, la burguesía, tanto en Europa como también en la América anglosajona con la revolución de independencia de 1787, que no solo afianzará su poder económico sino que la llevará a imponerse paulatinamente en el poder hasta llegar a ser el señor, el soberano incuestionado, indiscutible no solo en los Estados nacionales sino también de la mayor parte mundo, especialmente después de la caída y extinción del socialismo marxista.

En este proceso de imposición, de conquista, de dominación del capitalismo y de la burguesía, el *Code Civil*, al igual que las cartas constitucionales y de derechos, es el instrumento por excelencia de la victoria. Con las cartas constitucionales y, especialmente, con el *Code Civil*, la burguesía ha conquistado más territorios y ha logrado acumular el más ilimitado poder que con todas las trinfos históricos de batallas y guerras. Con el Code se unificó Francia, pero se unificó también el capitalismo del 800 en desarrollo, que venía de convertirse de capitalismo mercantilista en capitalismo industrial y financiero. En Francia, como en el resto de países, que de alguna manera pertenecen a la familia romano-franco-germana del derecho, se podrá presentar, como en efecto sucede, constante inestabilidad política, pero la estabilidad, la seguridad del mercado de mercancías y bienes, de trabajo y capitales, queda siempre asegurada gracias al *Code*, que no solo vence en su desafío contra el tiempo sino también contra los necesarios, innumerables y continuos cambios políticos y sociales.

En la construcción y perfeccionamiento de los Estados nacionales, liberal-burgueses, al lado de las constituciones políticas, en gran parte también francesas, se encuentra en puesto igualmente privilegiado el *Code Napoleon*, representando no solo formalmente sino materialmente la Constitución Civil de los nuevos Estados. Esto esta confirmado, porque, si las constituciones políticas fueron el instrumento iluminado de la burguesía para crear los nuevos Estados liberales, democráticos, de derecho, el *Code Civil* representa el mecanismo afortunado de res-

puesta jurídica pero al mismo tiempo social, cultural, técnica fundamental para construir y unificar la sociedad civil que el nuevo Estado requiere. Los valores políticos que la burguesía defiende frente a la monarquía, a la aristocracia, la nobleza y la iglesia son realmente los propios, libertad, igualdad, seguridad, derecho a la felicidad, pero en teoría también responden al ideal utópico al cual toda persona aspira. Lo mismo sucede con el *Code Napoleon* que defiende los valores de libertad, igualdad, voluntad, responsabilidad y laicidad, y que elabora los fundamentos para el desarrollo social: la familia, la propiedad y el contrato. Valores y fundamentos que en un primer momento son reales solo para la clase burguesa pero que con el tiempo, y con las debidas reformas políticas y jurídicas que se han venido conquistando, se han convertido también en reales para el resto de la sociedad.

Lo anterior lleva a entender mejor porque cuando en la actualidad se trata de la creación de un código civil latinoamericano⁴⁹, acompañado de un fuerte movimiento integracionista que se basa en las experiencias positivas del Mercosur y de la Comunidad Andina, se retorna a las fuentes primarias del derecho romano y del *Code Civil*, especialmente por vía de grandes juristas latinoamericanos como Andrés Bello, Texeira de Freitas, Clovis Bevilacqua y Dalmacio Vélez Sarsfield, entre los más importantes. Juristas que que reivindican los intereses de la burguesía que, como ya se dijo, con el tiempo coinciden con los de la sociedad civil, frente a organizaciones políticas todavía hoy dominadas por el autoritarismo de gobiernos civiles, presidencialistas, cuando no de las dictaduras militares.

Igualmente se llega también a entender el recurso obligado en Europa al *Code Napoleon* cuando en el seno de la Unión europea se trata de elaborar un código civil⁵⁰, una Constitución civil europea cuya necesidad es cada día más evidente y sentida, especialmente para una Unión de Estados ampliada ultimamente a veinticinco Estados y que ya cuenta con una Constitución política⁵¹.

⁴⁹ S. SCHIPANI y R. VACCARELLA, (coor.), *Un "Codice Tipo" di Procedura Civile per l'America Latina*, Cedam Padova, 1990.

⁵⁰ L. LEVENEUR, *Le Code civil et le droit communautaire*, en *LE CODE CIVIL, un passé, un présent...*, cit, 953 ss.

⁵¹ E. ROZO ACUÑA, *La Carta Costituzionale dell'Unione Europea*, Edizioni Studio Alfa, Pesaro, 2005.