

UN REY, UNA LEY, UNA RELIGIÓN (GOTICISMO Y CONSTITUCIÓN HISTÓRICA EN EL DEBATE CONSTITUCIONAL GADITANO)

Clara Álvarez Alonso

A Inés, Pablo, Pablo (hijo) y Miguel (hijo)

1. El inevitable *goticismo* – 2. Goticismo y Constitución histórica en las vísperas constitucionales – 3. La constitución y las Leyes Fundamentales – 4. Algunas cuestiones relativas a la soberanía – 5. El concepto de Nación – 6. Nación, Monarquía, Religión – 7. Gobierno representativo y división de poderes. El Rey

1. El trabajo que ahora se presenta no quiere ser, no se plantea serlo, una investigación parcial o más globalizada acerca del que es uno de los aspectos más sustanciales del primer constitucionalismo español, sus presupuestos, sus tendencias o sus objetivos y resultados. Ni siquiera es una puesta al día de la abundantísima literatura, generada en torno a un texto rodeado desde sus inicios de una aureola mítica, casi sacralizada, que el paso de los años no ha hecho sino incrementar. Más modestamente pretende introducir algunas dudas acerca de asuntos tan relevantes como los que figuran en el título, los cuales, en los años inmediatamente anteriores a la redacción de la constitución de 1812, conformaban un sentimiento generalizado, prácticamente *communis locus*, entre las personas más directamente implicadas en el proceso constituyente y en los medios intelectuales a los que tales personas se adscribían¹.
2. Las concepciones coetáneas acerca de estos temas revelan un trasfondo cultural y doctrinal que, inexplicablemente, sólo desde un tiempo relativamente reciente han sido puestos de relieve por los actuales estudiosos, demostrando así las carencias en aquellos análisis que tendían a concebir dicho código político como el *alfa* o principio de un sistema que se explica por sí mismo, completamente autónomo, en conformidad con un método que solo contemplaba las cuestiones dogmáticas desde un punto de vista exclusivamente exegético.

¹ Como ponen de manifiesto las diferentes respuestas a la *Consulta al país* cursada por la Comisión de Cortes en 1809. Precisamente de una de ellas, la de José Batlle y Jover, está extraída la frase de encabezamiento del artículo, exactamente del párrafo donde reivindica la constitución gótica con la siguientes palabras: “El establecimiento de nuestra constitución a una ley, un rey y una religión, como antes de la invasión de los moros”. En M. ARTOLA GALLEGOS, *Los orígenes de la España Contemporánea*, II. Madrid, 1975, p. 611

3. Merced, pues, a tales aportaciones, podemos conocer actualmente las deudas contraídas con corrientes doctrinales anteriores, y no sólo propias, las influencias del constitucionalismo foráneo, la presencia mayor o menor del *iusnaturalismo* y del *iusracionalismo* y, sobre todo, se ha señalado la incidencia del goticismo y medievalismo o del modelo representado por la así llamada constitución mixta. Sin embargo, a falta de una historia de la cultura jurídica de la ilustración española –deficiencia que no ha podido subsanarse mediante los muy ilustrativos y, en ocasiones, excelentes estudios monográficos de que disponemos al efecto-, queda en primer término por dilucidar la propia influencia y alcance del iluminismo autóctono.
4. Se trata en todo caso de una carencia de extraordinaria importancia, ya que posiblemente conforma la piedra angular del edificio gaditano y buena parte del constitucionalismo español del siglo XIX. Al menos así se deduce de alguno de las extraordinarios aportaciones que, hasta el momento, ha sacado a la luz P. Fernández Albaladejo, el estudioso por ahora más dedicado a estos temas y empeñado, desde un tiempo, en desarraigar las raíces del modelo político borbónico y sus alternativas. Merced a ellas, es factible deducir que es con seguridad ahí donde se encuentra el marco propicio en el que encajarían y encontrarían repuesta adecuada alguna de las cuestiones más controvertidas que todavía cabe plantearse en torno a determinados fundamentos sobre los que se levanta el marco del constitucionalismo moderno español en sus inicios.
5. En todo caso, ya está fuera de toda duda que la Ilustración española, con todas sus peculiaridades, supone una fuente irrenunciable del mismo, a la vez que es origen de problemas, para cuyo esclarecimiento las últimas aportaciones han demostrado que, a estas alturas, se impone un acercamiento que, superando el dogmatismo habitual, se centre sobre todo en las contribuciones doctrinales, habida cuenta la importancia que las teorías políticas respectivas adquieren en el momento precedente a la revolución. De hecho se conforman como la auténtica y casi única, base verdaderamente constitucional, tal y como se ha puesto de manifiesto por los modernos constitucionalistas², quienes, además, insisten en reivindicar la importancia de la cuestión semántica³ para determinar el significado exacto, o cuando menos más aproximado, de las ideas y conceptos que entonces se defendían, el discurso anejo a voces y palabras y, sobre todo, el valor de su campo signifiante, construido por cierto con una inequívoca e incontestable vocación de permanencia o futuro.

² Entre los últimos y acertadamente, J. VARELA SUANZES, “¿Qué ocurrió con la ciencia del derecho constitucional en la España del siglo XIX?”, en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, 1997, 9.Separata

³ R. MÁIZ, “Los dos cuerpos del soberano: el problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la Revolución francesa”, en *Fundamentos. Cuadernos monográficos de teoría del Estado, Derecho público e Historia constitucional*.1/ 1998. *Soberanía y constitución*, pp. 167 y ss, p. 167-70, en parte tras la propuesta de la *begriffgeschichte*

1. El inevitable *goticismo*

6. Desde este punto de vista, parece que lo más pertinente consiste en el planteamiento de unas consideraciones previas acerca del título, relativas a la noción de constitución histórica y sus vinculaciones con el goticismo, expresiones absolutamente dominantes, con el de ley o leyes fundamentales, en el lenguaje constitucional de la época.
7. Causa y motor principal de las reivindicaciones de los monarcómacos y juristas protestantes franceses durante la segunda mitad del siglo XVI⁴, el recurso a los antecedentes góticos alcanzó, como es bien conocido, una enorme difusión debido, sobre todo, de los orígenes contractualistas del poder y al paradigma individualista que le era intrínseco. De hecho, François Hotman, uno de los primeros, sino el primero, en formular y presentar este paradigma constitucional, y a quien, no por casualidad, se debe la primera relación sistemática de las “leyes fundamentales” de la Monarquía francesa, percibía en él un modelo constitucional que se remontaba a la época gala prerromana, posteriormente recuperado por los francos a la caída del Imperio, bajo el cual, expone, los galos habían perdido “su virtud y su libertad conjuntamente”⁵. Como consecuencia de tal pérdida, aquéllos hombres libres se habían visto sometidos a una triple servidumbre: la militar, la tributaria y, fundamentalmente, la que les obligaba a abandonar sus viejas leyes⁶.
8. La virtud y libertad a las que Hotman alude proceden de la circunstancia de que la “antigua Galia” jamás estuvo sometida “a la dominación y autoridad de una única persona que la gobernaba con el título de rey” por un lado, y, por el otro, de que tampoco existían ciudades en las que hubiese “vne forme de police purement populaire” en las que la soberanía –*souueraine puissance*- correspondiese a todo el pueblo o a un pequeño grupo de notables. De hecho, expone siguiendo sus fuentes clásicas, estaba integrada por un gran número de ciudades o *republicques* cuya constitución, a pesar de compartir lengua, cultura, incluso estatutos y costumbres, era diversa, aunque existiese una mayoría que se inclinaba por la forma aristocrática de gobierno. Todas ellas, sin embargo, estaban de acuerdo en observar la costumbre establecida que obligaba a celebrar anualmente, en un período determinado, una dieta o asamblea general de todo el país en la que se deliberaba acerca de los asuntos concernientes al “bien vniuersel de la chose publique” y en la que, asimismo, se elegía mediante sufragio,

⁴ Sobre el tema del goticismo en general S. TEILLET, *Des goths a la nation gothique*. París, 1984, y J. FONTAINE y C. PELLISTRANDI (Eds), *L'Europe héritière de l'Espagne wisigothique*. Madrid, 1992

⁵ François HOTMAN, *Franco-gallia*, 1573. Utilizo aquí *La Gavle françoise de François Hotoman* *lurisconsulte. Nouuellement traduite de latin en François*. Cologne, 1574. Introduc. et notes d'A. LECA. Aix-Marseille, 1991, cap. III, p. 25

⁶ *Ibidem*, p. 28-29

expresado por los votos de todos los asistentes⁷, un jefe militar⁸ y un gobernador con periodicidad anual.

9. Se trataba, pues, de una constitución mixta que aunaba los elementos aristocrático, el consejo de notables –“vn conseil composé des plus apparens & des plus nobles”- al que expresamente estaba atribuida la supervisión (*superintendance*) de los asuntos gobierno⁹, el monárquico, representado por los jefes civiles y militares, y el democrático, que correspondía a las Dietas o asambleas. Hotman insiste en dejar claro que, incluso en el supuesto de elección de uno de estos jefes para toda la Galia, jamás tuvo cabida, por expresa disposición consuetudinaria y voluntad popular, la cesión de tal soberanía ni a uno sólo ni a un pequeño comité de notables. En el caso de excepcional de que se resolviese designar un único jefe o Rey para toda la Galia, la causa estribaba en que estos ni eran hereditarios, ni disponían de “vne puissance absolue & infinie”, “ni podían hacer lo que quisieran”. Estaban, por el contrario, sometidos a la autoridad de ciertas leyes que estipulaban su completa sumisión al a la “puissance & autorité du peuple”, de la misma manera que este pueblo se sometía a la suya¹⁰. Veía ahí, en consecuencia, la existencia de una Monarquía y constitución que descansaba en la decisión comunitaria expresada por hombres libres, absolutamente distinta del sistema corporativo imperante.

10. Fue, en todo caso, un sistema que, tras la dominación romana, se recuperó y mantuvo con los francos, versión francesa de los godos¹¹, y, en esencia, se reducía al reconocimiento del principio de que el pueblo francés “antiguamente no estaba obligado a cumplir más leyes que las que el mismo hubiese autorizado por sus voto y sufragios”¹². Existe, con todo, al respecto la nota característica a los francos, es decir, al goticismo, ya que con ellos la antigua costumbre gala se modificó parcialmente y, aunque seguía siendo de naturaleza consuetudinaria, ahora la “república” (chose publique) debía ser administrada y estar sometida a la “sagrada autoridad de la asamblea general de los estados”¹³, ese consejo, en el que, anualmente, se reunían en asamblea el rey, los príncipes y los diputados provinciales, elegidos por el consentimiento general de todo un pueblo, por ser los más virtuosos y capaces de todos los miembros del mismo¹⁴. Reiterando una y otra vez su carácter consuetudinario –en consecuencia no derivado de la voluntad de una persona o institución determinada, sino creación comunitaria-, Hotman, que admitía que esta

⁷ “le peuple semblablement designoit par ses voix & suffrages”. *Ibidem*, cap. I, p.3

⁸ *Ibidem*, pp 2-4

⁹ *Ibi*, p. 2

¹⁰ *Ibidem*, p. 11

¹¹ “les François se nommoient anciennement Germains, ou Alemans du nom general de toute leur nation”. *Ibi*, cap. V, p. 47

¹² *ibi*, cap. 11, p. 122

¹³ “De la sacree autorité de l’assemblee generale des Etats”. *Ibidem*, p.113

¹⁴ *Ibi*.cap. 10, p. 101-2

práctica, común a todas las formaciones políticas, entroncaba con la costumbre de la antigua Galia en la que toda la administración recaía en un Parlamento integrado por los diputados más notables elegidos por el pueblo, consideraba un modelo de perfección a este reino de los francogalos, no sólo porque la “souueraine & principale administration” pertenecía ahí a la asamblea general y solemne de “toda la nación, que posteriormente se llamó asamblea de los tres estados”, sino porque, precisamente por ello, era una prueba fehaciente y eficaz de la constitución mixta, la más perfecta de todas, por cuanto aglutina los tres modelos y “se opone directamente a un gobierno popular”¹⁵. Se trataba, en realidad, así de un testimonio de la antigua “prudencia”, añadiendo al respecto que, a pesar de su universalidad, nadie como los españoles, y en especial en Aragón, representaban más fidedignamente este “guuernement Royal & moderé”, presente en las naciones que se oponían a toda dominación tiránica¹⁶.

11. Sintéticamente, Hotman introduce así los principios básicos de la constitución histórica: monarquía limitada, gobierno por asambleas llevado a efecto por los capaces y no aceptación de otras “lois” que las que hubieran sido aprobadas mediante sufragio, es decir, que las que voluntariamente aceptasen como tales los representantes de la comunidad o pueblo. Al lado de esto, carecen de importancia las modificaciones introducidas por el elemento gótico que, en Francia, representan los alemanes o francos en el origen galo de la misma: al fin ellos también en sus orígenes habían poseído unos ordenamientos de carácter popular y la introducción de la ley sálica condicionaba el carácter despótico de los reyes y, sobre todo, la libre disponibilidad del reino por estos, de la misma manera que la aparición de los estamentos no parecía alterar el carácter popular de aquélla, representado ahora por el tercero y sus diputados competentes y virtuosos. Pero lo que resulta sin duda más relevante es su relación con las leyes fundamentales, auténticos pilares de dicha constitución, que tienen así un carácter consuetudinario imprescriptible y no pacticio merced al cual, podía presentar los actuales Estados Generales como herederos directos de aquélla Asamblea contemplada por la primitiva constitución.
12. Menos de un siglo después, Harrington, con una revolución por medio, matizaba considerablemente las aportaciones hotmanianas, en especial, en los aspectos concernientes a su desarrollo. Porque para el autor de *Oceana* las aportaciones góticas eran sustancialmente diversas y, al menos parcialmente, sustancialmente negativas. Tomando al efecto como referencia la voz *feudum* cuyo origen Calvino en su *Lexicon juridicum juris romani* –que el autor francés no había podido conocer debido a la fecha de su publicación, 1600, en Frankfurt- había atribuido a los godos, y sus diferentes significados o clases, Harrington veía ahí ni más ni menos que el nacimiento de la “prudencia moderna” en la “forma de gobierno” que venía

¹⁵ *Ibidem*, p. 97

¹⁶ *Ibidem*, 101 a 106

a sustituir así a la de los antiguos, esto es, la de los romanos, la cual, entre otros aspectos destacables, descansaba en un concepto individualista del ciudadano. O lo que es lo mismo, identificaba esta “gothic balance” con el nacimiento de los reinos de la cristiandad existentes en su época, desde el Imperio a los reinos de Francia, España o Polonia, que expresamente menciona¹⁷.

13. En este sentido, el modelo gótico sobre el que descansaban las monarquías citadas no era en absoluto un “perfect government”, por la obvia razón de que se apoyaban en la nobleza (“monarchy by a nobility”). Sin embargo, reconoce asimismo que tal situación no era sino la degeneración de un modelo inicial, sobre todo en el caso español, donde, como él mismo advierte, antiguamente habían existido “some government called kingdom” en los que el rey no gobernaba con la aristocracia sino conjuntamente con una asamblea popular (council of de people). De esta manera, el monarca venía a ser un jefe militar (captain) y era realmente al pueblo, y solamente a él, a quien competía la facultad de crear el derecho, disponiendo, incluso, de la facultad de deposición de los príncipes en determinados casos¹⁸.

14. Como puede observarse, a pesar de las obvias diferencias, ambas posturas, sin embargo se complementan en la medida que coinciden en resaltar la bondad absoluta de un ordenamiento o constitución gótica inicial, opinión que, desde antes incluso pero sobre todo a partir de la segunda mitad del XVII en adelante, se conformará como *communis locus* del pensamiento político-constitucional europeo. Para esa época, en especial en los medios continentales, se difunde y universaliza la visión democrática –entendida esta en el sentido aristotélico–, de la constitución gótica inicial, haciendo propia la puntualización de Montesquieu, sin ninguna originalidad por su parte, de que “las libertades habían nacido en los bosques de Germania”. Se consagraba así un mito que planeará incesantemente en los primeros procesos constituyentes de Francia y España, al menos. Para esas fechas, parecía carecer de importancia, y desde luego nadie lo consideraba, la segunda parte del argumento relativa al nacimiento del feudalismo, asimismo divulgado durante la dominación goda: lo verdaderamente relevante era reseñar el inicio de una constitución, la gótica, cuyos fundamentos consistían en el gobierno asambleario, en un rey electivo, luego moderado, y las omnímodas facultades que competían a la primera, a la Asamblea, como se verá más adelante.

15. En los medios hispánicos el recurso al goticismo no sólo arraigó, sino que puede incluso presentar orígenes más remotos. De hecho se presentaba como algo intrínseco a su propia historia, vinculado al nacimiento de la

¹⁷ James HARRINGTON, *The commonwealth of Oceana*, “The second part of preliminaries”. Uso aquí la edic. de J.G.A. Pocock, C.U.P., 1996, p. 47

¹⁸ *Ibi*, “The preliminaries, showing principles of government”, p. 31

Monarquía y, esto es fundamental, con la propia unidad de España. Y es ésta última una circunstancia digna de tener en cuenta, presente ya en la época bajomedieval –por más que entonces pueda atribuírsele, como es obvio, una interpretación diferente. En cierto sentido, así se pone de manifiesto en *Historia de rebus hispaniae*, aquella crónica escrita en esa tan emblemática fecha que es la mitad del siglo XIII¹⁹ por el gran enciclopedista que fue el arzobispo Rodrigo Jiménez de Rada.

16. Sin que en esta relación, que quiere ser mínimamente ilustrativa acerca del tema, se pretenda ahora establecer ahí el inicio del goticismo hispánico, lo cierto es que esta Crónica de España, escrita durante el reinado de quien impulsó la versión romanceada del *Liber Iudicum*, el *corpus* jurídico más relevante de los visigodos para concederlo como fuero a todas las ciudades de los recién conquistados reinos de Sevilla y Murcia, se inicia prácticamente con la historia de los godos, tras unas breves referencias a los orígenes bíblicos y mitológicos. Y es ahí, asimismo, donde el prelado toledano deja constancia de un hecho singularmente trascendente al manifestar que tales godos “(d)urant un tiempo se gobernaron con caudillos propios y más tarde asumieron la monarquía, que magnificaron con el sacerdocio”, añadiendo a continuación que “(p)rotegieron siempre su libertad más con la guerra que con la paz”²⁰.
17. La Crónica, en la que Jiménez de Rada, quizá sin pretenderlo, introduce elementos básicos del mito gótico español a finales del XVIII, como es la vinculación monarca-sacerdote, y en consecuencia religión, o la remisión a una libertad, por más que esta aun no pueda considerarse como en siglos posteriores, se publicó por vez primera en 1545. Ambrosio de Morales, autor absolutamente relevante en el relanzamiento del goticismo, da cumplida cuenta de la misma, añadiendo que la consulta del original le permitió enmendar “alguna cosas del mío impreso”²¹.
18. Desde el siglo XVI, en efecto, las referencias góticas, consideradas como sinónimo de legitimación de un modelo político, no hacen sino incrementarse, aunque es verdad que, asimismo desde entonces, parecen convivir en principio en perfecta sintonía con otro modelo de validez, el representado por la Monarquía de los Hebreos, relacionado este con la sucesión de los españoles como pueblo elegido, por cuanto se presentan como “los sucesores de los hebreos en la viña y heredad del Señor”²². En todo caso, ambos supuestos, coincidían en presentar la religión,

¹⁹ RODRIGO JIMÉNEZ DE RADA, *Historia de los hechos de España*. Utilizo aquí la edición de J. FERNÁNDEZ VALVERDE, Madrid, 1989, quien, p. 39, la sitúa hacia 1240.

²⁰ *Ibi*, cap. IX, al final del cual pueden asimismo leerse los elogios y la elevada opinión que el arzobispo tenía de los mismos.

²¹ La edición ¿casual?, corrió a cargo de Sancho de Nebrija. *Ibi*, pp 31-2

²² La frase corresponde a Fray JUAN DE SALAZAR, *Política española*. 1619, “proposición IV-VI. Utilizo la edic. de M. HERRERO GARCIA, Madrid, C:E.P.C., 1997

naturalmente católica romana, como uno de los pilares de la propia Monarquía²³.

19. Sin embargo, ya desde esa centuria, y sobre todo durante el siglo XVII, este mito de genuina impronta hispánica, parece alcanzar lecturas o interpretaciones diferentes. En tanto que en el exterior se recurre a él para señalar, fundamentalmente, su vinculación con una monarquía “moderé” o templada por la presencia de esas asambleas populares, como había hecho Hotman, o de una constitución mixta adecuada a la “prudencia moderna”, desde una lectura polibiana como justificación doctrinal, en el caso de Harrington, en el ámbito de la Monarquía hispánica se contempla desde una posición más regalista.
20. Desde Saavedra y Fajardo, con toda nitidez, se abre así una línea *in crescendo* que no se reservó exclusivamente al ámbito doctrinal, sino que alcanzó manifestaciones prácticas, incluso en momentos bien conflictivos, como el de la propia Guerra de Sucesión española a principios del siglo XVIII²⁴. Es, en todo caso una tendencia sostenida que bien pudiera culminar a la mitad de Setecientos con Pérez Valiente, autor para quien fue bajo los godos cuando Hispania se configuró como “una gens, & una ciuitas sub unus rectoris Imperio”²⁵. Lo que *mutatis mutandis* equivaldría a una sociedad, una forma política y un rey al que se atribuye el imperio como *majestas*, cierto, pero también como dominio. O lo que es lo mismo, los primeros pilares del *ius publicum* hispánico a mediados del XVIII, admirablemente ajustados a una forma política monárquica en la que la religión, por supuesto católica romana, como acertadamente ha visto Fernández Albaladejo, adquiere un protagonismo específico *per se*. De hecho se configura como la base misma del sistema, legitimada por su ininterrumpida presencia oficial desde el III Concilio de Toledo, y a la que ahora, además, se recurrirá de forma sistemática para respaldar un regalismo, práctica y doctrinalmente, cada vez más acendrado. No en vano así lo había hecho constar, entre otros, el propio Mayans, de manera

²³ *Vid.*, para mayor conocimiento, el precioso estudio de P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, “Católicos antes que ciudadanos: gestación de una “política española” en los comienzos de la Edad Moderna”, en J.L. FORTEA PÉREZ (ed.), *Imágenes de la diversidad. El mundo urbano en la corona de Castilla (s. XVI-XVIII)*. Cantabria, 1997, pp. 103-127

²⁴ Como, p.e., en las “Disposiciones de la corte de Madrid para ocupar Cataluña y en cuanto a la forma de gobierno que se debía establecer y resoluciones”, en las que expresamente se alude, con ocasión de solicitar del rey la restauración de su antigua constitución, a “la reforma de las leyes góticas y formación de las que pareciesen convenientes” en unas supuestas Cortes generales de Cataluña de 1069. El Documento en FRANCISCO DE CASTELLVÍ, *Narraciones Históricas*. Vol. III: Año 1710 –Año 1711 – Año 1712 –Año 1713. Edic. J.M. MUNDET i GIFRE, y J. M. ALSINA ROCA. Madrid, 1999, pp. 616 y ss, p. 618

²⁵ *Apparatus Juris Publici Hispanici*, t. II, IV y V, 4-11. La cita en P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, “GOTHICA CIVITAS: La lectura iusnaturalista de la Historia de España en el *Apparatus Juris publici Hispanici* de Pedro J. Pérez Valiente, en *Actas de la primera conferencia Internacional hacia un nuevo humanismo, Córdoba, 1997*, en prensa, y en la magnífica *Introducción* a la edición del *Aparato de Derecho público hispánico*, de próxima aparición. Agradezco al autor su generosidad por haberme permitido disponer de los originales.

explícita e incontestable, cuando buscaba los orígenes del patronato regio en las disposiciones conciliares hispánicas visigóticas y no en la gracia o concesión pontificia.

21. El goticismo, pues, es una corriente ininterrumpida dentro de la tradición constitucionalista hispánica que, en los albores del ochocientos, poseía, como se advierte, unos fundamentos multiseculares. También aquí se subraya la presencia de esa *libertas* que tanto había llamado la atención en los siglos anteriores, bien que con otro planteamiento y, desde luego, todo parece indicar que con diferentes propósitos, a pesar de su barniz *iusnaturalista*, como pone manifiesto la propia obra de Pérez Valiente. Porque, si bien es cierto que este autor alude, a un *regni-status* de naturaleza moderada por los presencia de los tres estamentos que mantenían viva aquella, es decir, la *libertas ciuillis*, su opción, sin embargo, más próxima a la que Hotman había defendido dos siglos antes, dista considerablemente del modelo de Monarquía templada que, por entonces, como prototipo de constitución mixta, claramente favorable al elemento democrático que representaba el tercer estado, se estaba imponiendo en otros ámbitos académicos y aún políticos. La visión del español, por el contrario, se orienta más al mantenimiento de una postura preeminencial, al menos, del *rector ciuitatis*, es decir, del monarca. No será hasta medio siglo después cuando el goticismo se utilice con una orientación sustancialmente diversa y, entonces, apuntará en la versión de los autores extranjeros anteriormente mencionados.

2. Goticismo y Constitución histórica en las vísperas constitucionales

22. El medio siglo que separa la publicación de la obra de Pérez Valiente y los escritos de Mayans y otros autores de las vísperas constitucionales en España, fue, como por otra parte es sobradamente conocido, absolutamente fundamental para el pensamiento iuspublicista español y constitucional en particular. La difusión de las ideas francesas, los folletos revolucionarios, los escritores políticos y constitucionales ingleses, la difusión de las ideas iusracionalistas y iusnaturalistas, los escritos de los moralistas escoceses, aquí, como en otras formaciones políticas, sirvieron para modelar los ánimos de una generación que asumirá el más espectacular protagonismo con anterioridad, incluso, al debate gaditano. A este respecto, sus miembros no sólo se habían imbuido del espíritu del siglo, sino que, al lado del conocimiento de las grandes aportaciones realizadas durante el reino visigodo que se habían ido editando periódica y cuidadosamente, conocían y frecuentaban los escritores españoles de los siglos XVI y XVII, en particular los miembros de la Segunda Escolástica²⁶, o

²⁶ J.A. MARAVALL, "Introducción" a Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del gobierno español*. Madrid, C.E.C., 1988, p. 10-11. Las referencias a esta obra se harán por esta edición

las obras del ya mencionado Saavedra y Fajardo. Es, pues, una generación con un pensamiento nuevo que, a pesar de las divergencias intrínsecas e incluso diacrónicas, representa, por más de un motivo y en muchos aspectos, Martínez Marina. Al menos desde la perspectiva que aquí interesa ahora, es fundamental su *Discurso sobre el origen de la Monarquía*, aparecido, como es conocido, justamente al año siguiente de la promulgación de la constitución y que, por ello mismo, viene a ser, en palabras del autor, el cierre del círculo de aquél proceso “restaurador” que él mismo había iniciado con el *Ensayo Histórico-crítico*²⁷.

23. En ella, en efecto, de una manera más sintetizada que en otras de sus obras, incluidos los *Principios Naturales*, defiende con vehemencia la idea de una constitución monárquica acomodada a las antiguas instituciones y costumbres de Castilla y a las circunstancias o adelantos propios del siglo, convirtiéndose, por esto mismo, en una espléndida manifestación de un sentimiento bastante generalizado que, desde luego, hizo sentir su influencia en la redacción de la constitución.
24. A mi entender, lo que en verdad singulariza este *Discurso* de un Martínez Marina que se muestra ahí, más que un historiador, como un filósofo de la historia en el sentido habermasiano del término, es decir, que reconstruye el pasado en función de la visión que tiene del futuro²⁸, son, fundamentalmente, dos cuestiones: la refundición de la tendencia representada por la Monarquía de los hebreos y el concepto de constitución histórica, por un lado, y, en segundo lugar, la descripción, en términos exactos de esta última, es decir, la Constitución histórica, y su exclusiva vinculación con la castellana bajomedieval en conjunción con la percepción contractualista del poder y de la Nación.
25. Profundamente informado de las corrientes de pensamiento propias del Antiguo Régimen, incluida su irreprochable comprensión de la “anaciclosis” polibiana²⁹, es, sin embargo, su propia historia, o mejor, su visión –bastante generalizada, por otra parte- de esa historia, la que logra finalmente imponerse, en conformidad a unos criterios muy divulgados desde finales del siglo XVIII en todos los ámbitos académicos, como se verá más adelante, en perfecta armonía con ese “modernismo” que conlleva la admisión de los principios iusnaturalistas y iusracionalistas como base de un individualismo defendido hasta el extremo. En definitiva, una perfecta mixtura entre tradición y liberalismo³⁰. En cualquier caso, y quizá a

²⁷ “...convenía mucho difundir las luces, preparar la nación é instruir al pueblo. Con este fin publiqué en el año 1808 el *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación de los reinos de León y Castilla*”. *Discurso*, 101 y 102

²⁸ J. HABERMAS, “¿Aprender de la historia”, en *Más allá del Estado Nacional*. Madrid, 1997, pp.39 y ss, p. 42

²⁹ *Discurso*, 56

³⁰ J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Tradicón y liberalismo en Martínez Marina*. Oviedo, 1983; J.M. PÉREZ-PRENDES, *Introducción a la Teoría de las Cortes* de F. MARTÍNEZ MARINA.

consecuencia de su propia formación académica y dedicación profesional, es sin duda Martínez Marina quien expone con una mayor claridad y coherencia los conceptos básicos de ese primer constitucionalismo, muy frecuentados en el lenguaje de los primeros constituyentes, y todos ellos con un origen directo o más secundario en una única fuente: el goticismo.

26. Corresponde de ellos el primer lugar al de constitución histórica. A este respecto, Martínez Marina se adscribe, no cabe duda, a esa tendencia doctrinal que consideraba como tal los “fundamentos” jurídicos del sistema político existente entre finales del siglo XI hasta el XVI. Concretamente en España, hasta la llegada de la dinastía austriaca. Se trata, como es sobradamente conocido, de un concepto sumamente arraigado en las vísperas gaditanas que, pese a todo, precisa cierta clarificación, por lo menos en su delimitación cronológica, tanto en los orígenes como en la conclusión. Porque no deja de producir cierta sorpresa que, en lo que concierne a este último, se retrase hasta Carlos I y Felipe II, a quienes expresamente, él como muchos otros, mencionan, en tanto que no deja de suscribir elogios a quien es el verdadero motor del cambio y a quien en definitiva cabe atribuir sus cimientos, Fernando V, quizá entonces sólo justificado por el apoyo de las ciudades, por haber convocado Cortes y por sus medidas antiseñoriales.

27. No obstante, y a pesar de no ser ésta la menor de las dudas, tampoco es la más relevante, pues, al propio tiempo, no deja de ser sintomático la pertinaz identificación de la constitución histórica solo y exclusivamente con la castellana bajomedieval. Sobre todo, resulta tanto más sorprendente por la fecha de aparición de esta obra, donde quizá mejor condensa sus aspiraciones, 1813; es decir, cuando eran más que notorios los debates sostenidos en la discusión de la constitución, en el transcurso de los cuales tanta relevancia había alcanzado la constitución aragonesa, tan elogiada ya desde el XVI por los monarcómacos franceses y hasta el propio Bodin, como prototipo de defensa de determinados derechos y libertades³¹. Sin embargo, para Martínez Marina, y en general para la mayor parte de los liberales, las referencias a tal constitución histórica, están indefectiblemente unidas a la castellana, vigente desde finales de undécimo siglo hasta principios del Quinientos. Y es una constitución que, desde luego, tiene sus precedentes, legitimación y validez, en el Reino visigodo.

Madrid, 1979; P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, “Observaciones políticas”: Algunas consideraciones sobre el lenguaje político de Francisco Martínez Marina”, en E. LLUCH, *Estat, Dret, Societat al segle XVIII*. Barcelona, 1996, pp., 691 y ss

³¹ Y para tratar asuntos tan relevantes como el caso de determinadas garantías procesales o el “gobierno municipal”. Sin duda, aunque fueron bastantes los diputados que acudieron a las referencias aragonesas y catalanas, el paladín de las citas es Capmany, cuyas intervenciones pueden verse ahora en F. J. FERNANDEZ DE LA CIGOÑA, E. CANTERO NUÑEZ, *Antonio de Capmany (1742-1813). Pensamiento, obra histórica, política y jurídica*. Madrid, 1993, *passim*

28. Porque, como es asimismo notorio, Martínez Marina postula una “constitución gótica política del Reyno” que, en esencia, se presenta como sensiblemente diferente de la constitución griega y romana, entre las cuales, por otra parte, también observa importantes diversidades. Pues si en la primera, esto es la de los griegos, “hablando con propiedad era (un gobierno) mixto de Monarquía, oligarquía y democracia”³², entre los romanos “la soberanía propiamente dicha residía en los comicios ó congresos generales de la Nación”³³, por más que la legitimidad de las magistraturas emanase de la voluntad del pueblo, estableciendo así una interesante diferenciación Nación-pueblo, en aras a la titularidad de la soberanía y su legitimación, de altísima importancia. De todas maneras, no es esto lo relevante para él autor, sino el subrayar que, en ambos supuestos, así como en el caso de la Monarquía de los hebreos, fue su opción por la existencia de unos reyes todopoderosos –olvidando que la función original de éstos consistía en ser “executores de las leyes, defensores de la patria, jueces del pueblo y generales de los ejércitos”-, y los desmanes o demasías cometidas por ellos, no sólo la causa de la caída de tales gobiernos, al haber incurrido en un descrédito que fue general para todas las monarquías, sino también, como consecuencia, de la aparición de los gobiernos aristocráticos y democráticos³⁴.
29. Frente a ese caos, los godos, a quienes realmente se debe el nacimiento de la Monarquía española, introdujeron “un nuevo orden de cosas...nueva forma de gobierno, nueva constitución”. Es, sin duda, la mejor carta de presentación de aquellos godos, a quienes, casi con las mismas palabras de Hotman, presenta como “restauradores de la libertad española”, entre otras razones, porque, como en el autor francés, pero asimismo con similitudes a la corriente republicana anglosajona, tal nueva forma de gobierno se caracterizaba por aglutinar, amalgamar de hecho, las sanas costumbres germanas con las sabias usadas por griegos y romanos, de tal modo que, con todas ellas, consiguieron crear un modelo de monarquía templada, en la medida que “era mixto de aristocracia y democracia”³⁵. Con estas “mejoras considerables”, la nueva constitución de los godos se caracterizaba porque en ella el rey tenía todo el poder ejecutivo, presidía las grandes juntas populares que, por esta vía, se erigieron como “una parte esencial de la constitución” en la medida que así cumplieron con su función de ser “fundamento de la libertad y freno del despotismo”³⁶.
30. Martínez Marina al insistir en dejar claro que tales juntas, estas de la Monarquía española en sus inicios, eran absolutamente singulares y propias, por tanto no equiparables a otras, porque, a diferencia de las de los germanos griegos y romanos, “no se componían de todo el pueblo”, ya que

³² *Discurso*, 47

³³ *Discurso*, 51

³⁴ *Discurso*, 56 y 44

³⁵ *Discurso*, 68

³⁶ *Discurso*, 69

este “congreso nacional español” era, ni más ni menos, que “un cuerpo formado por representantes o de las personas más señaladas de la nación”³⁷, se mantiene con firmeza en la tajante separación nación-pueblo y en atribuir por tanto la soberanía a la primera. De esta forma quedaban identificados los requisitos básicos de la llamada constitución gótica: un rey cabeza del ejecutivo, y unas Juntas cuya autoridad, insiste en ello, “se extendía a todos los asuntos políticos, económicos y gubernativos del Reyno”³⁸. En fin, una constitución política de tal perfección que, coincidiendo ahora con Montesquieu, no duda en definir como un sistema “tan excelentemente constituido que no creo... que haya existido sobre la tierra otro tan bellamente templado y combinado en todas sus partes”³⁹. Desde esta perspectiva, abrumado ante una tal perfección, no sorprende en absoluto que sea ahí, en efecto, donde Martínez Marina, como habían hecho con anterioridad Hotman y toda la línea de teóricos protestantes, vea el nacimiento de la primera y más importante de las leyes fundamentales: la que defiende “que el reyno debe ser uno e indisoluble”, así como los principios básicos de toda constitución y sociedad: “los deberes de la religión y de la justicia”⁴⁰.

31. Es importante retener estos datos, sobretodo porque, para Martínez Marina y en general para sus contemporáneos, no es ésta en rigor la constitución histórica; más bien observa en ella el origen legitimador de la misma o, para expresarlo en sus propias palabras, “ahí encontraríamos las semillas del orden social y los fundamentos del orden político y de la constitución de los diferentes estados y reynos que simultánea o sucesivamente se formaron, crecieron y florecieron en la península”⁴¹. Y es que, aunque adscriba a ese momento la presencia de requisitos tan básicos para el constitucionalismo moderno, tal y como habían sido elaborados por los teóricos más implicados del Antiguo Régimen, como era la separación de poderes, el talento como base del ciudadano virtuoso e incluso el carácter representativo –concebido este, por cierto, desde una orientación bien peculiar- de las asambleas, éstos, desde su punto de vista, sólo se desarrollan plenamente a partir del siglo XI.

32. Hasta entonces, y desde la caída del reino visigodo, discurre todo un período en el que aquella monarquía templada se debilitó por la pérdida del ejercicio del poder ejecutivo del monarca, alcanzando su máxima expresión las “máximas orgullosas y tiránicas de la aristocracia militar”⁴² y la nobleza hereditaria, “esa clase siempre enemiga del pueblo, esta plaga del orden social”, el ansia de poder temporal del clero⁴³, pero también la ignorancia –

³⁷ *Ibidem*

³⁸ *Discurso*, 70

³⁹ *Ibidem*

⁴⁰ *Discurso*, 70 y 74

⁴¹ *Discurso*, 67

⁴² *Discurso*, 78

⁴³ *Discurso*, 79

es decir, la falta de talento en el gobierno, que obviamente procedía de los mejores y más sabios⁴⁴-, las cuales no sólo rompieron y echaron en olvido la ley fundamental que prescribía la unidad del reino, del poder y la autoridad, sino que como consecuencia llevó aparejada la pérdida de fuerza e imperio de la mejor constitución del mundo. Pero sobre todo, esa emergencia de un gobierno aristocrático trajo consigo el mayor de los males “la formación en medio de la nación (de) otra nación, otro estado, otro cuerpo numeroso” que supuso un constante freno a la autoridad del príncipe, desfigurando la religión, la virtud y los derechos del pueblo⁴⁵. La aparición, pues, del feudalismo había supuesto la pérdida de aquella libertad inicial, absolutamente irrenunciable para la conformación de una nación como tal, y con ella, la desaparición de la tan encomiada constitución gótica original. Excepción hecha de la religión, nada diferencia esta opinión con la pérdida de la libertad que Hotman había expresado cuando la Galia se convirtió en provincia romana.

33. Hubo, por tanto, que esperar hasta el final de la undécima centuria, porque fue en ese momento cuando, precisamente en Castilla, “se divisó un rayo de luz” que desvelaba la oscuridad existente. Entonces, en efecto, se vuelve a la Monarquía hereditaria, renace la sumisión política y, sobre todo, se vuelven a convocar las grandes “juntas del reyno” donde radicaba “la representación nacional” porque a ellas acudían “los ilustres varones diputados... (que) superiores a sí mismos y a todas las pasiones, (se erigieron) en defensores de los derechos del ciudadano, y de los intereses de la sociedad”⁴⁶. Es decir, es por esas fechas cuando, realmente, surge la verdadera constitución española, la histórica. Pero ¿en qué radicaba la novedad de esta auténtica constitución histórica para singularizarse de la anterior, la de los godos, en la que, jurídica y políticamente, tenía su origen?.
34. En primer término, en introducir el poder judicial asentado sobre unos principios que permitieron deslindar las facultades de jueces y magistrados y la organización de los juzgados; en segundo lugar, en levantar el propio “edificio” de la legislación española; y, finalmente, en garantizar “la libertad del ciudadano” mediante la mejora de la moral pública y la eliminación de “los miembros inútiles: ociosos, vagabundos y holgazanes”⁴⁷. Es decir, se adaptaba, ni más ni menos, a los principios del constitucionalismo moderno: separación de poderes, derecho legal y garantía de los derechos de los ciudadanos virtuosos y sabios. En ello, tras reconocer implícitamente la deuda con el movimiento urbano y, en consecuencia, con la aparición y organización de las comunidades de esta naturaleza, identifica como base del gobierno representativo el que este, de hecho, recayese en manos de

⁴⁴ *Discurso*, 77

⁴⁵ *Discurso*, 77, 73 y 79

⁴⁶ *Discurso*, 84

⁴⁷ *Discurso*, 88

los “representantes de las comunidades”⁴⁸De tal modo que este gobierno así se adecuaba perfectamente a las exigencias de una doctrina política que desde por lo menos mediados del XVII venía reivindicando reiterada e insistentemente un cambio constitucional, basado precisamente en tales premisas, como jamás dejaron de divulgar y recordar sus máximos representantes.

35. Para Martínez Marina existe, pues, en esos siglos bajomedievales una auténtica Monarquía templada, un gobierno moderado *avant la lettre*, que conlleva en sí mismo la esencia de una constitución mixta, ahora legitimada por la gótica, que, a su vez, es la que le confiere validez, pero a la que, sin embargo, supera. Tal era, en realidad, la constitución histórica española, que los constituyentes gaditanos habían respetado en su casi integridad al haber eliminado los abusos cometidos por el despotismo austriaco, exasperado con los Borbones, hasta el extremo de que, durante el último reinado, el pueblo español llegó a carecer de las mínimas nociones de libertad civil y política, al haber desaparecido igualmente la constitución, las leyes fundamentales y, por supuesto, las Cortes que ni aún los Habsburgo habían osado abolir⁴⁹.

36. A pesar de lo anterior, lo que sin duda resulta la parte más interesante, a la vez que controvertida, es la legitimación de la validez de tal constitución histórica. Desaparecida ésta tras cuatro siglos de vigencia por trescientos años de gobierno despótico ¿cuál era ahora el argumento y fundamentos para reivindicar esa vigencia? No son ciertamente los aportados por el derecho natural, sino, precisamente, otros de naturaleza material más eficaces, porque para este autor, coincidiendo así con las tesis que tres siglos antes había mantenido Hotman, esa constitución jamás había perdido su validez, debido a su carácter contractualista y, sobre todo, a su naturaleza consuetudinaria. Estas características, son las que le otorgan en verdad su carácter de “ley viva del reino”⁵⁰, pues de eso se trata: de una costumbre que jamás puede, por eso mismo, fenecer, ya que es creación popular. De hecho no sólo no había desaparecido sino que acababa de restaurarse con esa constitución promulgada el 19 de marzo del año anterior, a través de la labor de unas Cortes que, eso, sí, habían realizado su trabajo auxiliadas por “los sabios”⁵¹ que, como él mismo, las habían rescatado del olvido a que habían sido relegadas, y de unos códigos nacionales como manifestación de tal constitución histórica. Porque con ellos se pudo refrenar el despotismo existente, producto de la “desmesurada autoridad de los reyes” y reimplantar los derechos nacionales, demostrando así la “absoluta necesidad... de la compilación de un nuevo código civil y criminal”⁵².

⁴⁸ *Discurso*, 85

⁴⁹ *Discurso*, 92, 90 y 100

⁵⁰ *Discurso*, 107

⁵¹ *Discurso*, 105

⁵² *Discurso*, 102 y 103

37. De esta manera, además, se conseguía uno de los objetivos primordiales del primer liberalismo: el reconocimiento de la soberanía de una Nación considerada, entre otras cosas, como producto de una asociación general, en conformidad a los predicados contractualistas, y de la que, y ello es sumamente revelador, también son partes las provincias y los Reinos⁵³. La nación, que así se configuraba históricamente como una e inmutable; por ello correspondía a la misma la potestad y capacidad de elaborar las leyes –principio de legalidad- que ahora tenían, en virtud de su fuente creadora, una validez universal.
38. Para conseguirlo, esta Nación había tenido que pasar por un proceso de regeneración que, sobre todo, atendía y se fundaba en “las primeras verdades en que se apoyan los derechos del hombre y del ciudadano”⁵⁴. Así se desprendía de la lectura de la nueva constitución, adaptada a los principios iusnaturalistas más avanzados, porque ante estos, incluso Martínez Marina reconocía que “los cimientos de la libertad (y) el género de gobierno... más conveniente” no tenía porque ajustarse literalmente a lo que la constitución histórica establecía: más importante que ésta, o al menos al mismo nivel, se situaban ahora también los principios inviolables de la naturaleza y el orden social cuyo conocimiento solo se alcanzaba mediante el estudio de la moral pública, de la política y de la filosofía⁵⁵. Con ello no sólo admitía implícitamente la validez exclusivamente formal y por razones de conveniencia de una constitución histórica que, a la postre, había sido un mito creado por razones puramente interesadas, sino que situaba en primer término el principio individualista como sustituto de un corporativismo acerca del que, a decir verdad, él rara vez habla y, si lo hace, es de forma más bien elíptica, al tiempo que admitía explícitamente el orden preconizado por el iusnaturalismo y la escuela escocesa, con su ideal de virtud ciudadana basada en el talento y la riqueza.
39. Y es que, para este autor, al igual que para el conde de Volnay ante las ruinas de Palmira, y desde una aproximación no tan distinta a pesar del anticristianismo de éste, este talento, y por tanto la virtud del ciudadano, sólo se adquiría a través de la meditación “con toda la energía de que es capaz nuestro espíritu” sobre los principios y causas de la ruina y destrucción o del esplendor de los grandes imperios⁵⁶.
40. Parece claro, pues, que, para Martínez Marina, cuya defensa de la soberanía nacional, la exclusiva validez del derecho legal y el protagonismo de un ciudadano que lo es merced a su talento, destinado sobre todo a generar riqueza conforme a los predicados del liberalismo clásico, donde se

⁵³ *Discurso*, 108

⁵⁴ *Discurso*, 117

⁵⁵ *Discurso*, 117 y 118

⁵⁶ *Discurso*, 118

confundían el interés particular con los valores -que no los intereses-públicos o generales, se adecuaban impecablemente a las exigencias del primer constitucionalismo, no se trata sin más de la restauración de la constitución histórica. De hecho ésta, en su calidad de mito o ficción cuidadosamente elaborada, había cumplido sobradamente su función legitimando la soberanía nacional, por eso puede afirmar sin mayores preocupaciones que reimplantar su vigencia es totalmente indiferente, pues podía aplicarse total o parcialmente. Porque, lo que realmente le interesa dejar claro, como por otra parte habían hecho los redactores o redactor del preámbulo de la propia constitución, es que ahí estaban ya los principios básicos de la misma, que así podían mostrar una validez multiseular en la época de esplendor del historicismo, como la religión. No en vano, como recordará en sus *Principios naturales*, no sólo existe, sino que debe existir “una conexión esencial entre las leyes de la religión, de la naturaleza y de la moral, y entre las instituciones y leyes civiles o políticas”, que el depositario de la autoridad soberana debe en todo caso respetar⁵⁷. Y, sobre todo, las Cortes como pilar fundamental de un gobierno representativo porque en ellas estaba la “Nación legítimamente representada”⁵⁸, aunque sea, precisamente, su concepto de representación lo que más le aleja de sus coetáneos gaditanos, muchos de los cuales, por demás, comulgaban ampliamente con su ideario político.

3. La Constitución y las Leyes fundamentales

41. En términos generales, y salvo las reservas apuntadas acerca del último de los puntos mencionados en el epígrafe anterior, esto es, acerca del gobierno representativo, que se analizará más adelante, esta es la tesis más comúnmente divulgada en los medios políticos del momento y la que, desde una aproximación global, salió finalmente triunfadora frente a las posturas que o bien defendían el *statu quo*, es decir, “la constitución actual”, o la, minoritaria que, con un sistema similar al King in parliament, presentaban Jovellanos y sus más directos amigos y colaboradores⁵⁹.
42. De hecho, las respuestas a la *Consulta al País* cursada por la Comisión de Cortes de 1809, aportan un buen testimonio al respecto. Existe ahí, en efecto, una incontestable uniformidad en relación con algunos asuntos capitales, acerca de los que todos los estamentos parecen estar de acuerdo en cuanto a su resolución y urgencia, poniendo, al mismo tiempo, de manifiesto la profundidad del arraigo de las tendencias iusracionalistas. Tal es el supuesto de la llamada unidad legislativa que abogaba por “un cuerpo

⁵⁷ Francisco MARTÍNEZ MARINA, *Principios naturales de la moral, de la política y de la legislación*. Estudio introductorio J. VARELA SUANZES. Oviedo, 1993. T. II. *Principios naturales de gobierno civil y político*, p. 149

⁵⁸ *Discurso*, 109

⁵⁹ I. FERNÁNDEZ SARASOLA, “Estado, constitución y forma de gobierno en Jovellanos”, en *Cuadernos de Estudios del Siglo XVIII*, n. 6 y 7. Oviedo, 1996-97, pp. 77 y ss, *passim*

de derecho libre en todo de partes heterogéneas”⁶⁰. En este sentido, tal petición, que se exigía además como el remedio más eficaz para eliminar la tan temida y denostada pluralidad de fueros y sus perniciosos efectos en los tribunales⁶¹, se adapta sobre todo al principio de legalidad, como se sabe vinculado directamente con el axioma por antonomasia de los ilustrados: la certeza del derecho, considerada como sinónimo de seguridad, el objetivo entonces más perseguido, con independencia de los fundamentos morales o benéficos que pudiese acarrear a la sociedad.

43. En virtud de ese principio, que a esas alturas es ya universal para todas las adscripciones políticas, incluso por el estamento eclesiástico se reclama la unidad de Códigos, si bien su contenido marca claramente diferencias entre las inclinaciones y facciones existentes, porque mientras los simpatizantes de la causa liberal reivindicaban nuevos códigos, los demás se inclinaban por uno que contuviera “las leyes fundamentales antiguas y modernas”⁶², en clara referencia al código político que, eso sí, había de conformar un cuerpo, “uno sólo bien distribuido y metódico, breve, conciso y claro”⁶³. Y, entre todos, no faltó quien abogase por un sistema completamente nuevo ante la absoluta maldad y deficiencias, incapaz de cualquier mejora, que presentaba la legislación española existente, alegando en este caso que, aunque pudiera, entre ese inmenso fárrago, encontrarse algún material aprovechable, debía adaptarse a una nueva “distribución y nueva forma”, lo que viene a poner de relieve que, aun en el supuesto de los más rupturistas, ni siquiera se renunciaba a la antigua constitución o constitución histórica. Finalmente, existía asimismo la defensa de la separación de poderes, como la que, entre otros, exponía con claridad y de forma razonable y coherente el obispo de Barbastro⁶⁴, comprobándose también una evidente defensa del gobierno representativo, desde una comprensión más real y certera que la llevada posteriormente a efecto por el aludido Martínez Marina y que, como es obvio, para la mayor parte radicaba en la Nación representada en Cortes o en la Nación con el rey. Se comprueba, pues, la presencia y aceptación los requisitos formales básicos de una constitución, tal y como la venía defendiendo el art. 17 de la Declaración de derechos de 1789. Es decir, se percibe, incluso entre algunos miembros de los estamentos privilegiados, una simpatía evidente por una nueva constitución que aparentemente, y en teoría al menos, no sólo no contradecía sino que venía a complementar esa constitución histórica española cuya expresión material eran las leyes fundamentales.

44. Citadas y recitadas hasta la saciedad en todas las formaciones políticas occidentales, en la actualidad está ya fuera de toda duda que se trata de

⁶⁰ Respuesta del obispo de Albarracín, en M. ARTOLA, *Los orígenes*, II, pp.131 y ss. La frase en p. 132

⁶¹ Respuesta del Obispo de Cartagena, p.e., aunque es una solicitud generalizada. *Ibi*, p. 159

⁶² Respuesta del Obispo de Urgel, *Ibi*, p. 223

⁶³ *Ibidem*, p.222

⁶⁴ *Ibi*, pp 136 y ss

una creación estrictamente doctrinal, cuya elaboración como categoría jurídico-política se debe a los juristas protestantes, que las utilizaron como instrumento de defensa ante la reacción católica en la séptima década del s. XVI⁶⁵. Con posterioridad, se recurrió a ellas tanto en los círculos católicos como reformados, hasta el extremo de que en la misma Francia, tras el triunfo de la Liga, la religión romana se llegó a considerar como una de las más relevantes leyes fundamentales del Reino.

45. No obstante su formulación doctrinal, se insiste en subrayar su naturaleza consuetudinaria, es decir, de formulación comunitaria o “popular” en sus orígenes, que coinciden, se dice, con los de la propia Monarquía, teniendo por consiguiente una obvia relación con el goticismo y una primitiva creación pacticia. Desde estos presupuestos, era absolutamente consecuente su conexión con el concepto de Nación, de soberanía. Sin embargo, no existe una concreta definición, quizá debido a la naturaleza enunciativa de la ciencia jurídica en ese momento, ni tampoco, salvo en el caso de Hotman, una completa relación, de las mismas, aunque es seguro que entre ellas se encontraba el orden sucesorio y la integridad territorial así como el respeto por parte del príncipe a ciertos *iura quaesita* de los súbditos.
46. En el fondo, estaba la cuestión de la relación rey-reino, es decir, la de un individuo con “la comunidad universal de todos los ciudadanos y súbditos”, basada en una obligación recíproca y un respeto mutuo, en la que el rey, como padre y tutor, se ha establecido para cuidar a su pueblo, cierto, pero en la que el Reino, esa *uniuersitas y communitas y respublica*, posee su propia sabiduría, que expresa a través de las Asambleas, para proceder a la “administración del Estado universal del Reino”. Desde esta perspectiva, y por más que la realeza, no la persona del rey, sea inmortal, es indiferente que la soberanía pertenezca a “uno sólo”, pues al fin, “el pueblo puede subsistir sin el rey... pero es inimaginable que un rey pueda subsistir sin su pueblo”⁶⁶. Esta es la razón que explica por qué las leyes fundamentales están admitidas incluso en los sistemas absolutistas, aunque es verdad que algunas otras, como la religión o la obligatoria convocatoria de los parlamentos –irrenunciable para los contractualistas y monarcómacos-, no gozaron de igual suerte, ya que su aceptación dependía de la naturaleza de las formas del gobierno y de las formaciones católicas o reformadas. En cualquier caso, la remisión a las mismas en los medios académicos continentales desde finales del siglo XVI es incontestable.
47. A principios del XVII, Altusio se refiere a alguna de las que el considera vigentes en los reinos europeos más relevantes, pero hace especial énfasis en las que Hotman había proporcionado en su *De jure regni Gallici*.

⁶⁵ M.P. THOMPSON, “The history of fundamental law in political thought from the French wars of religion to the American revolution”, en *American Historical Review*, 1986, pp 1103 y ss

⁶⁶ François HOTMAN, *Francogallia*, cap. XV, pp 156 y ss

Conforme al criterio del autor francés, era absolutamente obligatoria en Francia la autorización de las asambleas del reino al rey para toda cuestión relativa “al estado de la república”, de la misma manera que el orden sucesorio, sancionado ahí por la ley sálica, mantenía la integridad territorial del reino al impedir su disponibilidad por el monarca, quien, además, tenía expresamente prohibida la enajenación de cualquier parte sin la autoridad expresamente declarada por las dichas asambleas. Estas, asimismo, disponían de plenas facultades en los asuntos relativos a cualquier modificación o alteración en las normas penales y concesión de indultos, y exclusiva en la alteración de la ley de la moneda, explícitamente prohibida al rey, al igual que la separación o deposición de magistrados, si previamente no existía una aprobación del Consejo de los Pares⁶⁷, institución pública, distinta y, desde luego, mucho más beneficiosa que el consejo privado del rey⁶⁸.

48. En conclusión: ocho leyes fundamentales que están todas ellas destinadas, como cabía esperar de un monarcómaco tan significado, a subrayar la primacía e integridad del Reino representado por los Estados Generales.
49. Como puede observarse, Hotman, hugonote eminente, no incluye entre las mismas la religión. Y es que, como ya se ha apuntado, esta alcanza una desigual consideración: en tanto que las formaciones políticas católicas, como Francia tras la crisis de los setenta, el Imperio antes de la Reforma o en la Monarquía hispánica sí conforma una de sus más relevantes leyes fundamentales, en la mayor parte de las formaciones reformadas se substituye por la tolerancia e, incluso, la libertad de cultos, como el mismo autor holandés se encarga de manifestar acerca de una cuestión que, por cierto, tampoco es para él la más relevante⁶⁹. Porque lo que Altusio quiere dejar claro es resaltar que son, precisamente, éstas las leyes que el rey jura en su accesión al trono y, sobre todo, que su validez procede de un *pactum* inicial del que se deriva, porque es su origen, la propia forma de gobierno.
50. Después de Altusio, la fórmula se generaliza y adquiere tal éxito que en el XVIII viene a ser ya sinónimo de Constitución, incluso en sentido formal, como ocurre, por ejemplo en Montesquieu, que prefiere su concepto al de esta última. Precisamente a mediados de ese siglo, y coincidiendo casi con la publicación de la obra más divulgada de este autor francés, Pérez Valiente exponía expresamente que “los acuerdos entre el pueblo y el

⁶⁷ Johannes ALTHUSIUS, *Politica methodice digesta, atque exemplis sacris et prophanis*. 1614, edic. de C.J. FRIEDRICH, Cambridge, 1932, XIX, 43 y 44

⁶⁸ “Car le premier (conseil du Royaume) tend á prouoier au bien de toute la Repub. vniuersellement: l'autre (conseil priué) ne pense qu'á seruir aux commoditez & auantages d'un homme”. HOTMAN, *Francogallia*, cap. X, p. 101

⁶⁹ *Politica*, XIX, 42, con expresa remisión, además de Francia e Inglaterra, al juramento del rey de España de acuerdo a las leyes y a los cánones de los concilios de Toledo, y a la libertad de religión en Suecia.

príncipe afectan a las leyes fundamentales de la república”⁷⁰. Pero Pérez Valiente, en su Derecho público hispánico la interpretaba de una forma sustancialmente diferente a Montesquieu y otros autores más o menos coetáneos, como Hamilton o Rousseau⁷¹. El español, en efecto, las contemplaba desde la óptica radicalmente diversa que implica el *pactum subiectionis* y, por tanto, en una obvia defensa de la preeminencia regia, que es, en definitiva, la órbita en la que mueven la mayor parte de los ilustrados españoles a mediados de siglo.

51. Sin embargo, no mucho más tarde, y por citar sólo otro ejemplo donde las alusiones al término constitución son reiteradas en disfavor del de leyes fundamentales, León de Arroyal, a pesar de su inclinación por el principio monárquico, estima que “la solidez de una monarquía consiste en el equilibrio de la autoridad soberana con la libertad civil” establecida en una “sabia constitución”⁷². Era su manera de expresar su simpatía por una “monarquía templada” en la que, dice, “un rey, píntese como se quiera, nunca será más que un primer magistrado o cabeza de la sociedad que gobierna, un punto de reunión de muchos hombres, dueños de distintos derechos, y un órgano de la voluntad de la patria”⁷³. Derechos, por cierto, entre los que sobresalía el de propiedad, al lado del que no olvida resaltar la función determinante de la religión, la cual, como ocurre en todos los países católicos, “entra en casi todas las operaciones de gobierno”⁷⁴.

52. Arroyal, quien, al señalar que la administración de justicia es el primer paso para la felicidad reclamando para ello la aplicación de un principio de racionalidad, coincide con otros contemporáneos y señaladamente con Romero Alpuente, que 1786 señalaba al legislador como “fuente de todas las jurisdicciones”⁷⁵, nos habla constantemente de Nación y Estado, de ciudadanos y españoles, incluso de individuos de la Nación⁷⁶. Pero a su lado defiende en equiparables circunstancias e igual valor, que deben compulsarse como personas “todas las comunidades y cuerpos civiles y militares del Reino”⁷⁷. Por ello mantiene la validez de “la actual constitución de España”⁷⁸, absolutamente respaldable porque, en su opinión, no es necesario crear nuevas leyes, sino simplemente expurgar las antiguas y existentes de los vicios introducidos por el austracismo, sobre todo desde Felipe II, cuando se produjeron tales descalabros que, desde entonces, la

⁷⁰ Cit., P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Introducción*

⁷¹ THOMPSON, *The history*, p. 1128

⁷² LEON DE ARROYAL, *Cartas político-económicas al Conde de Lerena*. Estudio preliminar A. Elorza. Madrid, 1968, IV, p. 210-11

⁷³ *Ibi*, V, p. 224

⁷⁴ *Ibi*, IV, p. 177

⁷⁵ *Ibi*, IV, p. 198; Juan ROMERO ALPUENTE, “Disertación sobre competencias”, 1786, en *Historia de la Revolución Española y otros escritos*. Ed. A. GIL NOVALES. Madrid, C:E:C:, 1989. Vol. I, pp. 1 y ss, p. 4

⁷⁶ P. e. en *Cartas*, IV, pp 156, 158, 162, 177

⁷⁷ *Cartas*, V, p. 223

⁷⁸ *Cartas*, IV, pp 162 y 165, p.e.

constitución se presentaba como absolutamente viciada⁷⁹. Se trataba en definitiva de la “recuperación” de constitución histórica, contemplada desde una óptica que no tardaría, por otro lado, en generalizarse.

53. En este sentido es, con todo merecimiento, un hombre de frontera. Lo es, porque, al lado del individualismo iusnaturalista y su formación iusracionalista que le impulsan a proclamar “la libertad de pensar, la libertad de escribir, la libertad de hablar” porque crean “hasta en el bajo pueblo” el espíritu de confianza e interés mutuo⁸⁰, convive pacíficamente la visión corporativa de la sociedad. Porque, junto a la plena vigencia del principio monárquico que defiende la exclusiva soberanía del rey –“todos están obligados a reconocer la soberanía del rey”⁸¹-, nos habla asimismo de la racionalidad impositiva en términos lockianos, y, finalmente, porque con los ciudadanos libres y propietarios introduce también los derechos y deberes de los hidalgos⁸²
54. Fiel exponente de la ya universal aceptación de la ley, a pesar de su ya mencionada reticencia y desconfianza hacia la creación de “otras nuevas”, como sinónimo de certeza del derecho que representan, por encima de todo, los códigos que el iusracionalismo divulgaba como un cuerpo metódico, defiende en consecuencia un código político o constitución que, en su caso, puede ser incluso popular “que mueve en los hombres un espíritu de patriotismo”⁸³. Pero la suya es, asimismo, una idea de constitución que representa un estadio intermedio entre la de los que hacía mediados de la centuria defienden una constitución que sanciona la exclusiva soberanía del monarca y la de otros sectores que postulan ya modelos diferentes.
55. En cierto sentido se aproximaba a la que, ya expurgada de los vicios austracistas y borbónicos, se propugnaba a partir de 1808, de nuevo con el nombre de Leyes Fundamentales, señalando como la principal de ellas la convocatoria de Cortes. La denominación es ya tan general que, incluso Jovellanos, tan reacio siempre a usar el término, entre otras razones por su rechazo de la constitución histórica, recurrirá a la misma justamente a partir de esas fechas. Así se cerraba el círculo y daba comienzo un nuevo debate. Sin adelantar definición ni una relación concreta y específica, como mucho referencias a cuerpos normativos producidos en su práctica integridad durante la época que todos identificaban como la de esplendor de la constitución histórica, este hecho realmente supone una prueba evidente de que, para entonces, o bien era ya un acuerdo aceptado unánimemente que no precisaba una clarificación especial o, por el contrario, pone de relieve la existencia de un espúreo interés por no divulgar su exacta naturaleza. En 1813 Martínez Marina alude

⁷⁹ *Cartas*, I, p. 67

⁸⁰ *Cartas*, IV, p. 163

⁸¹ *Cartas*, V, p. 235

⁸² *Ibi*, 242

⁸³ *Cartas*, IV, p. 163

explícitamente únicamente a dos que, no por casualidad, coinciden con las tesis de los contractualistas franceses del XVI: la existencia de una asamblea política o Cortes y la unidad e inalienabilidad del Reino⁸⁴, cuya presencia atribuye ya al momento de la constitución gótica.

56. En el interregno se había aprobado y publicado la constitución de 1812 precedida de encendidos debates y profusión de textos normativos que, hasta la saciedad, habían hecho alusión a tales leyes. Pero ¿en qué términos y con qué significado?

57. El ambiente intelectual o político más implicados en los años anteriores a 1808, incluso en los medios cortesanos, transmiten la viva inquietud que producía la presencia del elemento gótico, tan vinculado con alguna de las más importantes leyes fundamentales. Incluso, por rechazo, entre los más realistas, pertinazmente empeñados en la oposición a la publicación de documentos que tuviesen una mínima relación con el tema y, sobre todo, si eran las actas de los cánones de los concilios de Toledo, por suponer que las mismas conllevaban un atentado a las “regalías del soberano” que sancionaba “nuestra actual constitución”⁸⁵. Pensamientos y declaraciones como éstas, desde luego, se dejaron sentir tras la formación de la Junta Central, cuando se reivindicaba para la misma una “mayor autoridad que las Cortes”, para las que se dejaba la exclusiva función de institución consultiva, frente a la plenitud de poder de la Junta en todos los asuntos que afectasen al gobierno del Reino⁸⁶. Una buena parte de la “opinión” era, sin embargo de un parecer bien distinto. Realmente se mantenía una posición exactamente contraria, que Pérez Villamil, ese mismo año, resume arguyendo que, en ausencia de rey, eran las Cortes las que debían proveer, por cuanto en ellas estaba “la Nación legítimamente representada”, al tiempo que conminaba a la realización de una “nueva constitución civil”⁸⁷.

58. Pasando por alto el oscuro debate, los agrios enfrentamientos y los conflictos de competencias que tales opiniones encontradas generaron, así como sus consecuencias políticas, interesa subrayar como ya todas las tendencias, incluida la de los miembros de la Junta, aluden ya incesantemente a constitución, que así se erige en el caballo de batalla, sobre todo porque el concepto va siempre adjetivado. Como sustantivo, está claro que debe entenderse en sentido aristotélico y, en consecuencia,

⁸⁴ *Discurso*, 73 y 98. Alusión asimismo a las mismas, bien que sin mencionarlas expresamente, en 76, con la expresión “leyes fundamentales de la antigua monarquía”, es decir, la de los godos.

⁸⁵ “*Orden para suprimir en la impresión de la colección de cánones todo lo que pueda ser opuesto a las regalías de S. M.*”, dirigida por Marqués Caballero, el 13 de Mayo de 1807. En Manuel FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario español*. Madrid, 1885, vol. 1, pp 351-2. La interesante contestación del destinatario, pp. 52-54. Utilizo la edición del Congreso de los Diputados, Madrid, 1992, con prólogo de J.J. LAVILLA RUBIRA.

⁸⁶ *Instrucciones del Conde de Florida-blanca á la Junta de Murcia, para la erección de la Suprema Central del Reyno, comunicadas a la de Cataluña, y publicadas*. *Ibi*, pp 341-43

⁸⁷ Juan PÉREZ VILLAAMIL, *Carta sobre el modo de establecer el Consejo de Regencia del Reino con arreglo a nuestra Constitución*, Madrid, 1808. Extractos en *ibi*, pp 343-50

alude a una de las formas de gobierno que se contemplaban en la *Politeia* del estagirita, acerca de la que la más absoluta unanimidad reivindicaba la Monarquía.

59. El conflicto surge ahora en torno al calificativo que acompaña el término constitución: actual, nacional, de España o, finalmente, a constitución y leyes fundamentales, usándose en este caso como términos sinónimos. Considerado el primero como la forma de gobierno existente, los demás no están exentos de cierto tinte enigmático. Sobre todo, si se tiene en cuenta que “constitución de España” es la expresión utilizada, en 1808, por el consejo, incluso entonces favorable a que “se convoque la Nación en cortes para tratar de todo lo conveniente a fixar el sistema con arreglo a las leyes del reyno, fueros, usos y costumbres”⁸⁸. Y ya se ha visto como el mismo Jovellanos, que no simpatizaba con los conceptos, se vio impelido, como miembro de la comisión encargada de redactar el proyecto de reglamento del funcionamiento de la Junta Central, no sólo a aceptar determinados calificativos sino a defenderlos. El apartado V de su voto particular es incontestable al respecto, cuando en él deja constancia de que si las Juntas provinciales “no fueron erigidas para alterar la constitución del reyno, ni para alterar las leyes fundamentales”, también la Suprema debía acatar dichas leyes y constitución⁸⁹. Sucediendo exactamente lo mismo dos años después, en 1810, cuando se proponía la creación de una “diputación celadora de la observancia del reglamento y los derechos de la Nación”, donde se incorporaba un apartado conforme al cual la regencia debía entender en los asuntos contrarios “á las leyes fundamentales del reino ó á los derechos de la Nación”⁹⁰. En su descargo, ha de decirse que, con ello, venía a confirmar lo que previamente se había incluido en las actas de la convocatoria a cortes cursada el año anterior. En ella, en efecto expresamente se recordaba que la misión de los convocados consistía en “respetar y observar la constitución y las leyes que aseguran a las primeros sus derechos”⁹¹.

60. Como puede observarse, existen remisiones a las leyes fundamentales por doquier. Pero ¿en qué se convierten y cuales son? Exactamente la convocatoria de Cortes, la integridad territorial y la religión: exactamente los “principios” que el primer decreto de Cortes de 24 de septiembre de 1810, exige jurar al Consejo de Regencia⁹². La influencia iusracionalista, que

⁸⁸ Consulta a la Junta de 8 de Octubre de 1808, *Ibi*, pp 403-15. Las frases entrecorilladas en pp 409 y 415

⁸⁹ *Ibi*, p. 388

⁹⁰ *Ibi*, p. 612

⁹¹ *Ibi*, p. 599

⁹² Como es conocido, la *fórmula*, recogida en el párrafo séptimo, exponía textualmente: *¿Reconocéis la soberanía de la Nación representada por los diputados de estas Cortes generales y extraordinarias?...¿Conservar la independencia, libertad é integridad de la Nación? ¿La religión Católica Apostólica Romana? ¿El gobierno monárquico del reyno?...* (cursiva original). *Colección de decretos y ordenes de las Cortes de Cádiz*. 1811. Utilizo la edición facsímil, Madrid, Cortes Generales, 1987. I, p. 27 y ss

exigía un código metódico y el único derecho válido que se reconocía como tal ya desde la ilustración, ensalzaron aquellas ahora a la categoría de principios informadores y constitutivos del código. Unos principios que se basaban en el hecho de que, “en tiempos más felices habían protegido la religión, la libertad, la felicidad y el bienestar de los españoles”, razón por la cual “forman nuestra actual constitución” tal y como se hace constar en el propio *Discurso Preliminar* a la misma. De su continua presencia e invocación nos dan cumplida referencia los debates sostenidos, en los que no sólo se esgrimían como elemento legitimador o de validez de las normas, sino que, asimismo, exigían un respeto escrupuloso. Testimonio de esto último es el debate sostenido acerca de la cuestión suscitada por la venta de ciertos presidios a Marruecos, operación que sufrió varios retrasos. Fue entonces el principal de los argumentos en contra de la operación, en el que por otra parte coincidían liberales y realistas, la clarificación de si tales lugares formaban parte del territorio, pues en caso afirmativo la cesión afectaba plenamente la integridad territorial –que algún diputado presentó incluso como *dominios*-, violando de este modo la, por otro lado, más pacífica de tales leyes fundamentales⁹³ y, desde ahora, uno de “los principales fines de la Constitución”, como expresamente se hace constar en el *Discurso Preliminar* de la misma.

4. Algunas cuestiones relativas a la soberanía

61. Presentadas desde el principio como una consecuencia del *pactum* inicial, las leyes fundamentales conforman el emblema de las teorías contractualistas del poder, a las cuales también se debe la creación del mito de la constitución histórica. *Communis locus* de los monarcómacos, estos las vincularon además con el carácter electivo de los reyes, que, de esta manera, carecían de un poder absoluto, pues “al contrario (estaban) limitados por ciertas leyes”, de tal manera que aquéllos se encontraban tan sometidos a la autoridad y poder del *populus* como éste a la del príncipe, que así no era sino “nada más que un magistrado perpetuo”⁹⁴.

62. En 1603, Altusio se refiere a una *Lex fundamentalis* que sitúa en el origen mismo del *pactum societatis*, erigiéndose por ello en la piedra angular, el auténtico pilar de toda forma política, por cuanto se basa en el “común

⁹³ Acerca del debate suscitado, expone Villanueva: “...subsistía en algunos la persuasión de que son parte integrante (de la Monarquía), de donde inferían que no pueden enajenarse sin quebrantar el juramento que hemos hecho los Diputados de conservar la *integridad* (cursiva del autor) de la monarquía. Moviose otra contestación si basta para no enajenarlos el que sean comprendidos bajo el nombre de *dominios* (cursiva autor),. Porque también hemos jurado conservar al Sr. Don Fernando y á sus sucesores todos sus dominios”. Joaquín Lorenzo VILLANUEVA, *Mi viaje a las Cortes*.1860. Edic. y Estudio preliminar, G. RAMÍREZ ALEDÓN. Diputación de Valencia, 1998, p. 199. Información al respecto en F.J. FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA, E. CANTERO NUÑEZ, *Antonio Capmany*, pp. 133 y ss

⁹⁴ HOTMAN, *Francogallia*, cap. 1, p.11

consentimiento y aprobación de los miembros del Reino”, que así se convierten en un único cuerpo regido por una sola cabeza. En este sentido, se trata de una *lex* única que englobaba todos los *pacta* a través de los cuales se constituye “una única república” mediante la unión de ciudades y provincias. En ellos, en estos *pacta*, en consecuencia, radica la fuente de la soberanía, pues son los que determinan el derecho y el ejercicio del poder, ya que, en última instancia, recogen y establecen las condiciones en que tal poder se ejercita. Se trata, en suma, de las condiciones que el magistrado supremo jura respetar cuando accede a su función⁹⁵.

63. Anterior a Pufendorf, el autor holandés reconoce, sin embargo, que los derechos de soberanía pueden en todo caso, cederse al supremo magistrado parcial o totalmente, incluso es posible que la asociación se reserve la mitad de los mismos. Pero, cualquiera que sea la opción, se entiende que existe ahí una suerte de mandato o contrato de buena fe, regulado, dice ahora citando a una de las fuentes más recurrentes, Vázquez de Menchaca, por la equidad, que prescribe que “quien recibió la administración de los negocios ajenos” jamás debe exceder los límites y los fines con los que y para los que le fue dada por el mandante⁹⁶. Altusio explicita que tal condición se aplica también a los príncipes, cuyo oficio “consiste en la potestad de mandar y administrar la república”, apoyándose al efecto en el “derecho de mandar y obedecer” que les está reconocido⁹⁷.

64. De esta forma se admitía implícitamente la existencia y validez de las formas políticas que caracterizan el Antiguo Régimen europeo: la republicana y la absolutista. Esta última, respaldada además por las aportaciones de los juristas humanistas, alguno de los cuales, como Cuiaccio, habían desempolvado oportunamente la fórmula de la *translatio imperii*, a través de la cual Ulpiano había legitimado el principado de Augusto mediante la renuncia de las *potestas* originaria del *populus* en el príncipe, consiguiendo así una validez añadida. La misma que está también en el planteamiento de la soberanía, tal y como la concibiera Bodin poco tiempo después de que uno de sus maestros, Johannes Corasius hubiese calificado al monarca como causa eficiente del derecho.

65. Se trataba, no obstante, de una *summa potestas* que, al estar atribuida a un único titular, y por tanto excluir la participación de terceros, en particular los estamentos, eliminaba las formas mixtas de gobierno. Sin embargo, siempre se deja claro que en modo alguno se trataba de un poder arbitrario o ilimitado, porque se sometía a lo dictado por el derecho natural y divino⁹⁸, en una forma que los juristas franceses no llegan a especificar pero que aparece plenamente desarrollada en Altusio. Se trata, en definitiva, del

⁹⁵ ALTUSIO, *Política*, XIX, 49

⁹⁶ *Ibidem*, 48

⁹⁷ *Ibidem*, 58

⁹⁸ D. WYDUCKEL, “La soberanía en la Historia de la dogmática alemana”, en *Fundamentos*, 1, 1998, pp 203 y ss, p. 218

reconocimiento de una “vis directiva”, que asimismo admiten, por lo menos algunos y muy en particular Vázquez de Menchaca, miembros de la Escuela de Salamanca, con lo que, en el fondo, todas las tendencias vienen así a participar de la legitimación paulina de poder originario atribuido a Dios, por un lado, y, por otro, de la relación rey-reino en términos de *dominium*. De esta manera, quien ostentaba el poder se situaba en una condición preeminente y, a la postre, condicionado por la presencia, más o menos activa, de los estamentos del reino, dando origen a una suerte de gobierno mixto, interrumpido en Francia al dejar de ser convocados los Estados Generales a principios del s. XVII.

66. La Monarquía Hispánica participa de este criterio. El *pactum subiectionis* suareziano es susceptible de contemplarse asimismo desde esta perspectiva preeminencial, aunque aquí también adquiere peculiaridades propias
67. A finales de la segunda década de aquél conflictivo, pero a la vez pleno de ideas, medio siglo europeo al que se puso fin en Westfalia, fray Juan de Salazar, que consideraba, como ya se ha expuesto, al español como el pueblo elegido por sucesión de los hebreos, presentaba un modelo *ad hoc*, ya utilizado por Bellarmino y Suarez: el de la Monarquía o república de los hebreos, posteriormente sistematizado de manera ejemplar por Spinoza.
68. Conforme a la misma, la propiedad del Reino correspondía a Dios, todos los demás eran, simplemente, arrendatarios o usufructuarios. Era la aplicación práctica de la teoría dominical, la misma a la que, en el siglo anterior, algunos monarcómacos franceses, como Junius Brutus, y los propios juristas hispánicos, en especial Antonio Gómez, habían recurrido para definir al reino como un mayorazgo en el que el rey era titular de *dominium utile*. Desde esta perspectiva, la *plena potestas* o el *pouvoir souverain*, no tenía cabida. Al rey, por tanto, le pertenecía la *auctoritas* suprema, lo que le situaba en una posición preeminencial que hacía de los “reyes católicos padres y no tiranos, pastores y no mercenarios”⁹⁹, coincidiendo con otros contemporáneos en adelantar una imagen tan cara al absolutismo dieciochesco. Un rey que es juez y capitán, como los antiguos jueces de Israel¹⁰⁰, de una nave que, como expondrá Saavedra y Fajardo¹⁰¹, está gobernada por la prudencia y la justicia, virtudes ahora

⁹⁹ *Política española*, proposición octava, V. Es una opinión bastante generalizada y debe recordarse al respecto como Añastro, traductor al castellano de la obra de Bodin en 1590, traduce sistemáticamente *pouvoir souverain*, como “suprema autoridad. *Los seis libros de la república. Traducidos de lengua francesa y enmendados catholicamente por Gaspar de AÑASTRO ISUNZA*. Turin, MDXC. Edic. y est. preliminar por J.L. BERMEJO CABRERO. Madrid, C:E:C., 1992, *passim*, y en particular, I, VIII

¹⁰⁰ *Política española*, proposición cuarta, V

¹⁰¹ DIEGO DE SAAVEDRA Y FAJARDO, *Idea de un príncipe político –cristiano representada en cien empresas*. Milán, 1642. Facsímil. C.A. Murcia, 1985, 60, fol. 453 y ss; *Política española*, proposición quinta, III

erigidas como los auténticos baluartes de un buen gobierno frente a la “perversa” razón de Estado maquiavélica¹⁰². En suma, una forma de gobierno que, como la hebrea, se asentaba sobre la separación de las esferas temporal y espiritual, reservado éste al papa¹⁰³, aunque sin perder su influencia -tesis por cierto particularmente eficaz en un momento de abrupto enfrentamiento con el papado a causa del patronato regio-, y que, además, era mixta, “el gobierno más perfecto y excelente”, de los tipos monárquico y aristocrático. Salazar consideraba esta forma mixta de gobierno como “el non plus ultra de toda política”, porque permitía al rey contar con el consejo, para la resolución “como se debe hacer” de los asuntos, no de una sino “de muchas cabezas nobles, doctas y experimentadas”¹⁰⁴, lo que, desde luego, se ajustaba al sistema de valimiento y polisinodial sin mermar ese poder exento de los reyes a quienes es la “voluntad de Dios” la que dispone obediencia¹⁰⁵.

69. En consecuencia, existe una aceptada evidencia de cuales eran y en que consistían los límites prescritos por la ley natural y divina al poder de los monarcas. Ciertamente: ninguno de ellos aparece materialmente plasmado en las disposiciones positivas, pero es asimismo innegable que algunas de aquellas primitivas “lois” o *pacta* de la *lex fundamentalis* sí adquirieron ese rango, destacando al respecto las que disponían la sucesión o la conservación de la integridad territorial. Salvo excepciones, en ninguna formación política continental, quizá con excepción de Imperio, se incluye sin embargo, las asambleas políticas o su convocatoria.

70. A mediados del XVII se produce un punto de inflexión decisivo al que no fue ajeno la divulgación del iusnaturalismo llamado laico. El hobbesiano Pufendorf va a ser la clave, porque, con él, y en primer término, la soberanía se concibe como un poder ilimitado y supremo que se manifiesta a través del derecho legal, elemento este indispensable para eliminar la validez de los otros medios de creación jurídica tan relevantes en la sociedad corporativa, basados en la *iurisdictio*, y, sobre todo, porque le atribuye como *conditio sine qua non* la indivisibilidad¹⁰⁶, lo que, asimismo, suponía la total desaparición de las formas políticas correspondientes a aquella sociedad. Hasta tal extremo es importante esta última característica que su inexistencia puede dar lugar a formas que no duda en calificar de irregulares –*respublica irregularis*–, lo que ocurre siempre que el poder, *imperium*, está compartido. Pufendorf admite y entiende que en estos

¹⁰² *Política española*, proposición sexta, IV y proposición séptima, I

¹⁰³ *Ibidem*, proposición undécima, I

¹⁰⁴ La Monarquía hispánica es así “república en consultar exactamente las cosas, resolviendo lo que se debe hacer, no una, sino muchas cabezas nobles, doctas y experimentadas, y es monarquía en tener un solo rey absoluto, exento y soberano, que sin dependencia alguna, manda poner en ejecución lo resuelto y sanamente acordado por sus consejos y senados”. *Ibidem*, proposición séptima, III

¹⁰⁵ *Ibidem*, proposición nona, IV

¹⁰⁶ D. WYDUCKEL, *La soberanía*, p. 289

supuestos la *causa originis* de la irregularidad puede ser muy bien un producto del “derecho público” o la costumbre –de la que aquél en gran parte es producto-, pero ello no invalida el pronunciamiento porque, en tal caso, se trata siempre, por más que hayan existido históricamente, de una desviación de lo correcto: la unidad e indivisibilidad del poder, con independencia de la forma que adopte la *civitas* (monarquía, aristocracia o democracia)¹⁰⁷. El primer axioma es, por tanto la indivisibilidad de la soberanía. El segundo: los derechos del hombre y del ciudadano como presupuesto ineludible de una concepción individualista.

71. Asimismo vinculados doctrinalmente con la idea del *pactum societatis* primigenio, al que se consideraba garante de una *civilis libertas*, se recurrió a ésta para crear una inicial esfera individual, oportunamente utilizada para remover la propia estructura política. Si el cambio constitucional de la alta modernidad¹⁰⁸ había sustituido la vieja *ciuitas siue respublica regni* por la *societas ciuillis siue populus siue respublica*, que se expresaba a través de la concepción dominical de las relaciones políticas y situaba al gobernante en una situación preeminencial por su calidad de titular del *dominium utile*, ahora se abrían nuevas posibilidades que requerían la desaparición o sustitución de los *corpora* para entablar una relación directa entre el titular del *imperium* o poder y el súbdito, cuya articulación más clara tiene una formulación lebniziana.
72. El nuevo *ius publicum europaeum* parte, sin duda, de la admisión de ambos presupuestos, que así se conforman como auténticos pilares del mismo, bien que con notables diferencias, desde la década de los cuarenta del siglo XVII, entre el ámbito anglosajón y el continental. Y ello porque, si la teoría pufendorfiana de la soberanía atacaba la raíz de la facultad de dominio que, desde la época medieval, venían ejerciendo los parlamentos con el rey, a quienes estaba ahora encomendada la protección de la *libertas ciuillis*, que aun continuaba viva en ese *irregularis aliquod corpus et monstro simile* que era el Imperio según Pufendorf, la individualización del súbdito procuraba otro tanto con la estructura corporativa.
73. Desde el punto de vista político, con este nuevo planteamiento y premisas, el nuevo orden europeo surgido tras Westfalia adquirió también, en el interior de cada formación política, orientaciones divergentes. Amparada por la propia tradición que representaba el *Common Law*, la constitución inglesa corría el riesgo de recaer en una *irregularis forma*; riesgo superado, sin embargo, mediante las contribuciones de los grandes teóricos del XVII, en especial Locke. Estos, en efecto, solucionaron el problema concediendo el legislativo –en un sistema de *rule of law*-, que obviamente recaía en el parlamento, la supremacía de todos los poderes, lo cual, por otra parte, no

¹⁰⁷ *De officio hominis et civis*, VIII, 1, 2, 3 y 8

¹⁰⁸ A.M. HESPANHA, *As vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal Séc. XVII*. Lisboa, 1986. 2 vols. Vol. I, *passim*, en especial, cap. III y IV

era sino la clara adaptación de los presupuestos ya fijados por Fortescue a finales del XV¹⁰⁹. Un poder que, en cualquier caso, tampoco aquí era ilimitado, sino sometido a dictados del derecho natural que, materialmente, se manifestaban sobre todo a través de las libertades negativas. Fue así como se arbitró el binomio *liberty-property*, reservando a la primera su contenido inicial filosófico, casi metajurídico, que había representado la primitiva *libertas ciuillis*, y adquiriendo un protagonismo casi absoluto la segunda, es decir la propiedad, fundamentalmente porque se tiende a considerar esa libertad civil, ahora individual porque es la de cada uno en concreto, como una propiedad personal, absolutamente intangible por los poderes públicos.

74. Las formaciones políticas continentales siguieron criterios distintos. A diferencia de Inglaterra, aquí el soberano se identifica con el monarca, a quien, en virtud de ello, le corresponde la marca por antonomasia de la soberanía: la creación y formulación del derecho, que desde ahora es, por tanto, un derecho legal. De esta manera, el rey se convierte en absoluto, entendiéndose por tal no, como es obvio, un ejercicio de despotismo o carencia de límites, sino, de hecho, la actuación propia como legislador supremo, juez superior y estar en posesión de la máxima autoridad en las materias administrativa y militar¹¹⁰. En definitiva, se trata de un sistema en el que la *auctoritas vel potestas* o la soberanía descansan en un titular que, teóricamente, las ejerce, o puede ejercerlas, sin el consenso o intervención de cuerpos o instituciones. Pero donde, asimismo, no sólo está condicionado por el total acatamiento a las leyes fundamentales, en particular las que prescribían la integridad territorial y el orden sucesorio, sino también por los límites impuestos por el derecho natural, y divino en su caso, que prescriben, en primer lugar, la absoluta conservación de la libertad civil. Sobre todo porque esta libertad civil, desde ahora, se considera como el emblema de la personalidad de cada individuo en concreto y, en consecuencia, sólo se desarrolla libre de la dominación de terceros, tal y como se venía reivindicando desde las filas iusnaturalistas y iusracionalistas, haciéndose, por consiguiente, acreedor el individuo de determinados derechos.

75. Así contemplado, a este individuo, el súbdito-*subiectus*, no repugna en principio la existencia de las diferencias impuestas por una sociedad estamental, que se considera al fin como producto de un determinado orden social basado en el privilegio porque, a la postre, tales diferencias permiten la emergencia del ciudadano en la medida que no afectan al concepto de *libertas personalis*, máximo objetivo a defender incluso para los teóricos absolutistas. Como tampoco es un impedimento, desde otro orden distinto, la permanencia de reinos o provincias con propios e, incluso, desiguales,

¹⁰⁹ J. VARELA SUANZES, "La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)", en *Fundamentos*, 1, 1998, pp 87 y ss, p. 114 y ss

¹¹⁰ R. VIERHAUS, *Germany in the age of absolutism*. C.U.P., 1988, pp. 88-9

privilegios y ordenamientos, porque, en última instancia, estos no son, como se venía arguyendo por los contractualistas, un producto de la soberanía inicial de los pueblos o comunidades surgida de un *pactum* originario sino, más bien, una expresión volitiva de este rey legislador, que así lo dispone y quiere desde su lugar preeminencial y superior en todos los ámbitos. Entre otras razones, y fundamentalmente, porque todas esas comunidades y corporaciones, necesitan para su legitimación, una última referencia a un cuerpo superior que garantice su propia supervivencia y defensa¹¹¹, que es, en definitiva, la propia Monarquía.

76. Se trata, pues, de un modelo que se inserta claramente en el concepto de *dominium*, donde el *dominus*-rey se complementa con el súbdito y, por ello, el gobierno se mantiene en equilibrio entre los derechos de éste, las leyes fundamentales y la presencia de virtudes tales como la prudencia y la justicia. Tal parece ser el preconizado por Pérez Valiente en su Derecho Público, sobre todo al defender la *lex regia* como *lex fundamentalis* -sustituyendo así la visión contractualista que situaba como primordiales las asambleas políticas-, la *majestas* y la completa armonía de la *libertas civilis* con la *libertas politica* que correspondía al rey¹¹². Parece también meridianamente claro que es, asimismo, el modelo de otros grandes contemporáneos, como Olavide o el mismo Campomanes.

77. Todo parece indicar que las alternativas o modificaciones de este modelo comienzan a producirse a finales de la sexta década del siglo XVIII, debido a una recepción, todavía minoritaria, de las tendencias más renovadoras que se producen en ámbitos foráneos. Desarrolladas, por lo general, fuera de los marcos académicos oficiales, tienen un alcance muy dispar que todavía falta por esclarecer totalmente, pero que consiguieron logros de relevancia. El todavía tímido intento de León de Arroyal, que en lo que ahora interesa, es decir la soberanía, está expresado de forma directa en la segunda y tercera de sus célebres *Cartas*, propone una reforma de la “constitución actual” que identifica con una Monarquía en la que se “temple” el poder del rey y se “extienda esta preciosísima alaja que es la libertad civil”, lo que exigiría un trabajo que él mismo califica de “muy arduo”¹¹³. En este sentido se percibe claramente su dependencia de lo existente, que apenas logra paliar su expresa referencia al contrato social para defender una libertad civil desde presupuestos más filosóficos que jurídicos¹¹⁴ y que, además, acata, de hecho, como el único freno o límite al despotismo o “supremo poder” que los españoles, “consultado la experiencia, de siglos”

¹¹¹ F.E. SCHRADER, *L'Allemagne avant l'État-nation. Le corps germanique 1648-1806*. P.U.F., 1998, p. 73

¹¹² P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Introducción a Pérez Valiente*

Cartas, III, p. 132-33

¹¹⁴ “el derecho que cada ciudadano tiene a obrar según su voluntad en todo lo que no se opone a la sociedad en que vive”. *Ibidem*, p. 134

han depositado en una “familia en que se trasmite (tal supremo poder) de padres a hijos”¹¹⁵.

78. ¿En qué, pues reside lo novedoso de su aportación? No, desde luego, en su concepción absolutista de la soberanía, por cuanto a ésta, que se manifiesta en el respeto a los vasallos, le atribuye unos caracteres que consisten en hacer del rey un “juez supremo, administrador público y primer hacendado de la Nación” dentro de unas barreras que son “las leyes del reino y las buenas costumbres de las provincias”¹¹⁶. Más bien está en hacer nacer unos derechos, fruto de su visión contractualista, para las dos partes, que son “igualmente sacrosantos”, que el rey, en su calidad de soberano, debe en todo caso respetar y entre los que sobresale el de propiedad, “que es de los más sagrados de la república”¹¹⁷. En definitiva, en vincular directamente el poder que ostenta en virtud de una soberanía, a la que, dice, el reino jamás debió renunciar, porque “los derechos de soberanía no son enajenables”, con la protección de un individuo que es ciudadano porque es propietario, cuya libertad “no está al arbitrio del reino”¹¹⁸. El mismo que, ya entonces, se estaba reivindicando en Francia, por lo menos desde mitad del XVIII, como componente de la Nación y motor de un cambio político que, a la postre, tampoco lo era tanto.

79. En resumen: la concepción dieciochesca que Costa ha sintetizado recientemente, y conforme a la cual, esos límites previstos a la soberanía conforman los fundamentos de un orden político cuyas bases constitutivas contemplan conjuntamente al sujeto individualmente considerado y al propio soberano. De modo que tal soberano no sólo no es una amenaza para el individuo, sino su salvaguarda, su defensor, su tutor¹¹⁹. De ahí la expresa remisión y atribución al mismo del monopolio del orden público, ahora contemplado desde la omnipresencia y omnicompetencia de la *policía*. He ahí, también, la razón por la que para Arroyal, aunque las conoce y las menciona¹²⁰, son perfectamente prescindibles las asambleas políticas, porque lo verdaderamente interesante ahora consiste en resaltar el carácter individualista de un sistema que hace del ciudadano el protagonista, reafirmando su personalidad y amparándolo por unos derechos subjetivos entre los que, también aquí, el de propiedad, quintaesencia de esa personalidad, brilla sobre todos los demás.

80. Es así un principio irrenunciable, que está ya plenamente asumido y desarrollado en Jovellanos, sobre todo a partir de su *Informe sobre la Ley agraria*, cuyo experimento constitucional, que atribuía la soberanía a un

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 136

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 141

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 148

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 149

¹¹⁹ P. COSTA, *CIVITAS. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al settecento*. Roma-Bari, 1999, pp578-9

¹²⁰ *Cartas*, II, p. 96

parlamento bicameral de nobles y propietarios a cuya cabeza estaba el rey, no necesitaba, y por ello podía prescindir de las mismas, remisiones ni a la constitución histórica ni a las leyes fundamentales en las que ésta se basaba, las cuales sólo muy tardíamente aparecen en sus escritos, sin duda entonces forzado por las propias circunstancias.

81. Puede advertirse, pues, cual era el objetivo preferente, unánime incluso, en posturas tan divergentes, ninguna de las cuales, tanto las que se refieren a la “actual constitución” –es decir, el orden vigente- o a una novedosa tentativa, se refieren directamente o reivindican, a pesar de aceptar el dogma de la inalienabilidad y unidad de la misma, la soberanía para la Nación.
82. Sin embargo, esta idea, la de la soberanía nacional, emerge y se divulga desde finales del siglo XVIII. En las vísperas constitucionales, los grupos liberales, donde se la considera un producto, el más exitoso, de las ideas contractualistas e indefectiblemente ligada a la *lex fundamentalis* y a la constitución histórica, cuya aparición se debía a dicha *lex*, que así alcanzaba su plasmación material, no sólo la reclaman, sino que se valieron de ella como espléndida defensa frente a los abusos cometidos por el constitucionalismo francés revolucionario.
83. Así pues, desde 1809, la reivindicación de la primera de las leyes fundamentales da origen al más serio conflicto constitucional, el que enfrentaba a los defensores de la soberanía del rey y de la “actual constitución”, es decir, “la viciada” desde el austracismo en adelante, con los que, presentando como argumento la constitución histórica, hacían otro tanto con la de la Nación. Entre los primeros se encontraban los miembros del Consejo de España e Indias, representado por sus fiscales¹²¹, pero también el mismo Jovellanos quien, olvidando su personal desdén por Pérez Valiente, no dudaba en apelar a los principios del derecho público español, para sostener ahora que “la plenitud de soberanía residía en el monarca”, desde una perspectiva basada en los conceptos de dominio y sumisión¹²². Como se acaba de exponer, se trataba, en el fondo, de otra forma de interpretar una de las leyes fundamentales, ahora universalmente reconocidas, : aquélla que exigía la convocatoria de Cortes, que los liberales calificaban como reconocimiento implícito de la soberanía nacional y, por extensión, de una determinada articulación de los poderes.
84. En 1810, un opúsculo editado, con autorización oficial, en Tarragona, defendiendo la oportunidad de una constitución, pone de relieve el arraigo y naturaleza e interpretación del pacto social y su proyección en la soberanía

¹²¹ Consulta fechada en Sevilla el 7 de septiembre de 1809, en FERNÁNDEZ MARTÍN, *Derecho parlamentario*, 1, pp. 499-509

¹²² Consulta de la convocatoria de Cortes por estamentos, fechada en Sevilla el 21 de Mayo de 1809. *Ibi*, pp 458 y ss

nacional, entre los grupos liberales. Ahí, en efecto, se hace constar, desde una óptica revolucionaria, que es sólo en un “pueblo libre” donde reside realmente el poder de “conceder la constitución”, porque tal pueblo, “reunido en sociedad”, conforma la Nación independiente que es la auténtica titular de la soberanía. Era así una Nación surgida del pacto o pactos que se conforman como las leyes fundamentales, de absoluto obligatorio cumplimiento par ambas partes, es decir, el pueblo-Nación, titular de la soberanía, y el que ejerce el poder, de tal manera que dicho contrato es el verdadero pilar de un gobierno representativo. Por ello, y en contra de lo que conformará uno de los axiomas más emblemáticos de los doctrinarios, se dejaba claro que, en ausencia de ejercicio, la soberanía revertía siempre a la nación, por cuanto, como también se expresaba, ésta, la Nación, “no quiere entregarse en patrimonio, en dominio, ni a discreción del Rey; quiere sólo encomendarse a él para que la rija baxo determinadas condiciones”¹²³.

85. En cualquier caso, tales posiciones, adscritas a realistas y liberales respectivamente, tuvieron ocasión de expresarse más ampliamente en la discusión del que sería el artículo tercero de la Constitución. Habiendo sido analizada por historiadores y constitucionalistas, quienes, con razón, enfatizaron el adverbio esencialmente, lo cierto es que la solución adoptada atacaba requisitos elementales de la soberanía, en la medida que las que la doctrina, desde Bodin y Pufendorf, o entre nosotros el ya citado Jovellanos, consideraba como principales causas *sine qua non* de la misma, esto es la unidad e inalienabilidad –como, p.e., su adscripción a una determinada familia-, quedaban seriamente afectadas. Porque, a pesar de las explicaciones aportadas, como la del diputado Alcocer insistiendo en que esencialmente garantizaba la inalienabilidad y, en consecuencia, ratificaba su pertenencia a la Nación, o la proclamación de unidad de la misma, lo cierto es que las competencias atribuidas al rey en el propio Código político parecen desmentir tales afirmaciones a favor de una soberanía compartida “entre la virtud de la Nación y la actual del rey y nación”¹²⁴.

86. Es, desde luego, una opinión que se confirma en el preámbulo de la Constitución, legitimada y validada ahí mediante el recurso al goticismo y a la constitución histórica¹²⁵. Se trata, de todas formas, de una medida que, al

¹²³ *Preliminares á la constitución para el Reino de España que dedica á la augusta asamblea de las Cortes un español*, impreso con la autorización del General en Jefe del ejército de Cataluña, dada en el cuartel general de Tarragona á 10 de octubre de 1810, en *Ibidem*, 2, pp. 289-91

¹²⁴ Para este asunto *vid* sobre todo J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *La teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*. Madrid, C.E.C., 1983, cap. II, *passim* y en especial, pp. 75 y ss. Las frases entrecomilladas en pp 117 y 82

¹²⁵ Donde, tras exponer, en efecto, que “la soberanía de la Nación está reconocida y proclamada del modo más auténtico y solemne en las leyes de este Código”, refiriéndose al Fuero Juzgo, la versión romanceada en el s. XIII del Liber Iudicum, se añade sin embargo a continuación que tales leyes “mandan expresamente que las leyes se hagan por los que representan á la Nación, juntamente con el Rey”. Cito el *Discurso preliminar* por la edic. contenida en *Derecho Parlamentario*, 2, pp.664 y ss, p. 667

estar directamente relacionada con la institución a la que se atribuye esa soberanía, no se ve afectada por el aspecto territorial sino más bien por la idea de centralidad, estimada como un elemento irrenunciable del nuevo Estado, que es una creación estrictamente jurídica. No obstante, es verdad que, aunque materialmente se infringiera entonces, como se verá posteriormente, el principio de indivisibilidad, formalmente, se mantenía la misma, pues a la postre, sólo es soberano quien es reconocido como tal por la Constitución¹²⁶. Y esta, ciertamente, contemplaba como soberana a la Nación, aunque fuese esencialmente.

5. El concepto de Nación

87. Con independencia de la propia formulación doctrinal, parece no ofrecer demasiadas dudas que, durante el Antiguo Régimen, el de nación es, cuando se utiliza, es un concepto más bien político que jurídico, con el que se hace referencia al conjunto o universidad de naturales de un determinado lugar, tomando en consideración la residencia y, sobre todo, el nacimiento. A este respecto, se concibe como el elemento humano, el número de “almas”, vinculado a un específico territorio con jurisdicción propia y sometido a un *dominus*, al que se identifica, ante todo, como poseedor o administrador del reino de acuerdo a la propia concepción del poder y la soberanía durante el periodo. Es, en este sentido, equiparable a la expresión “pueblo de un territorio”, con la que O. Brunner definía a aquellos que, a diferencia de lo que ocurría en el constitucionalismo decimonónico, que preveía una sociedad preexistente a la constitución, “viven bajo una constitución dada que regula su propia existencia”, en un ámbito territorial sometido al poder de un señor, porque es este poder el que crea el territorio y no viceversa¹²⁷

88. Desde este punto de partida, el de nación es un concepto flexible, en la medida que no es cerrado o concluyente desde el punto de vista jurídico o constitucional, para el que es casi irrelevante, en contraposición al de *communitas* e incluso *societas ciuillis*, con los que tiene muchos aspectos en común, bien que sin llegar a ser sinónimos. Entre otras razones, porque, a pesar de las aspiraciones de la doctrina, los individuos siguen manteniendo un mayor lazo de unión con su *communitas*, es decir, con la ciudad en que habitan, en la medida que conforma un “microcosmos político perfecto cuya unión o *consociatio universalis*, en palabras de Altusio, está en la base de todas las *republicas* o formaciones políticas”¹²⁸,

¹²⁶ D. WYDUCKEL, *La soberanía*, p. 241

¹²⁷ O. BRUNNER, *Land und herrschaft. Grundfragen der territorialen Vergassungsgeschichte Österreichs im Mittelalter*. Viena, 1965. Utilizo aquí la versión italiana de P. SCHIERA, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell’Austria medievale*. Milán, 1983, pp 236, 583 y 321

¹²⁸ Vid al respecto las acertadas opiniones de P. COSTA, *Civitas*, sobre todo pp 88 y ss

construida, además, respetando el orden estamental y jurídico, que con el propio Reino¹²⁹-

89. De hecho, el término tiene así más bien un valor político, pues se utiliza sobre todo para la identificación de esta naturaleza, razón por la cual su aplicación, más general o restrictiva, esta en ocasiones en función de los objetivos del sujeto que usa el concepto. De tal manera que es perfectamente posible referirse a la Nación española desde el exterior para describir a los oriundos de cualquier Reino peninsular, como por ejemplo se hacía durante la baja. Edad Media, con un significado distinto, pero asimismo en armónica convivencia con la propia concepción interna, donde la tendencia es justamente la contraria y, al menos determinados sectores, tienden a identificar o a proclamar como nación al conjunto de habitantes de cada reino o territorio.

90. Es, en cualquier caso, una visión perfectamente asumida, como ponen de manifiesto los documentos de la guerra de Sucesión española, en los cuales las referencias a la nación catalana, aragonesa o valenciana., p.e., a las que se recurre siempre por los propios implicados, se complementan con el que unánimemente usan los responsables de las cancillerías extranjeras, quienes aluden a la Nación española en sus documentos oficiales y correspondencia¹³⁰, respaldando así la vigencia de una teoría creada por los doctores medievales, conforme a la cual la naturaleza y la concesión eran las bases para la adquisición del *status* de vecino como parte fundamental de la *communitas*. En cualquier caso es de una teoría que está en consonancia con un concepto corporativo de la sociedad y, fundamentalmente, del poder como dominio en una Monarquía que era la única *respublica*¹³¹, lo que no dejaba de presentar dificultades para el modelo borbónico, el cual como absolutista, se basaba en una relación directa soberano-súbdito que abogaba por la desaparición, en principio, de los diversos *corpora* políticos. Y es, ciertamente, algo de lo que parecen ser

¹²⁹ Como pon de manifiesto ya el propio BODIN, *Les six livres de la republique*.Lión, MDXCIII.Edic. Fac., Fayard, París, 1986, I, VI

¹³⁰ Las referencias son múltiples. Como ejemplos: “la deseada felicidad de la nación catalana y la gloriosa libertad de toda la monarquía de España”, en una interesante referencia Nación-Monarquía como sinónimo de *republica*, en la “representación de los tres comunes de Cataluña a la emperatriz explicando su parecer acerca de las tropas inglesas”; en el mismo sentido, aunque esta vez aludiendo a los sujetos, en “Disposiciones de la Corte de Madrid para ocupar Cataluña”; de nuevo nación catalana en la “Instrucción a los diputados de Cataluña al Marqués de Montnegre en 13 de enero de 1713”; Lo mismo en la “Carta de los diputados de Cataluña a la reina de Inglaterra en 7 de mayo de 1813”.Asimismo, como nación valenciana en la “representación que en 12 de julio (1713) dieron los valencianos a los tres comunes de Cataluña ofreciéndose a la defensa de Barcelona”.Y, por el contrario, referencias a la nación española en la “respuesta a los grandes” de Luis XIV, fechada en Versalles el 1 de octubre de 1710.Los documentos en F. CASTELLVI, *Narraciones históricas*, pp. 492-3; 616-17; 725-26; 727.

¹³¹ Como asimismo hacen ver catalanes aragoneses y valencianos, refiriéndose constantemente a esos conceptos de dominio, reinos y provincias, así como la negativa de Bolingbroke a la proposición “de erigir en república el principado de Cataluña”.*Ibi*, p. 476, 736 y 738, entre otras

plenamente conscientes los nobles partidarios de Felipe V, quienes frente a los anteriormente mencionados representantes de los Reinos partidarios del archiduque, no dejan lugar a dudas acerca de su visión de la nación. En sus alusiones, en efecto, se refieren ya a un conjunto global de los españoles¹³², una reunión de los mismos -bien que, es obvio, carentes del contenido jurídico-político que le otorga el constitucionalismo decimonónico- a cuyo frente está el rey. Es decir, como un cuerpo único, surgido de la desaparición de aquella weberiana constelación de corporaciones que había caracterizado las formas políticas hasta entonces existentes.

91. Y es que la concepción de la soberanía como una e indivisible, el éxito de las teorías contractualistas y la implantación de las ideas iusnaturalistas defendiendo el individualismo y reivindicando el protagonismo de un sujeto político que venía a sustituir a las corporaciones y se consideraba conformado desde sus inicios por el conjunto de hombres libres e independientes -identificando independencia con propiedad, es decir, con riqueza-, cuestiones todas ellas que son palmariamente visibles en el aspecto doctrinal desde mediados del siglo XVII, no sólo suponían, como es obvio, un duro golpe al sistema corporativo y político existente, sino que parecían, además, adecuarse mejor a la situación política creada tras la Paz de Westfalia. De esta manera, se fue configurando una situación nueva en el interior de las formaciones políticas que la doctrina aprovechará para sustituir el elemento de naturaleza previsto por la jurisprudencia medieval por otro de un carácter bien distinto, pero que englobaba la lengua, las tradiciones y la cultura, elementos todos que hasta el mismo Leibniz, absolutista convencido, percibía como los que verdaderamente identificaban a Alemania como base del Imperio¹³³. Y a su lado, aparece asimismo otro más, el popular, conformado por un *populus* ahora desprovisto de todo sentido corporativo, ya que estaba integrado por todos los miembros útiles, considerada entonces la utilidad desde criterios cuantificables materialmente a través de un patrimonio cuyas variables, renta y propiedad, podían articularse jurídicamente, lo que, muy oportunamente además, servirá para introducir una neta, y en absoluto sutil, diferenciación entre ciudadanos y hombres, y entre ciudadanos activos y pasivos tras el proceso revolucionario.

92. *Ethnos y demos*¹³⁴, eran pues los requisitos fundamentales de lo que ya empezaba a calificarse como Nación, la validez de su existencia autónoma y legitimación buscó la doctrina en un *pactum societatis* originalmente igualitario para sus integrantes, pero que, desde finales del siglo XVII, se transforma hábilmente en un contrato social radicalmente desigual. Era

¹³² "pues tratado nuestro honor y el de la nación por los impulsos del tuyo". *Carta* de 19 de septiembre de 1710 de los grandes al duque de Alba. *Ibi*, p.190

¹³³ F.E. SCHRADER, *L'Allemagne*, p. 155

¹³⁴ J. HABERMAS, "Ciudadanía e identidad nacional", en *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de soberanía del discurso*. Madrid, 1998, pp. 619 y ss, p.624

éste, desde luego, un paso necesario, para promover el cambio político-constitucional que se auspiciaba y que, mejor que ningún contemporáneo, Pufendorf expone magistralmente cuando considera la “republica” como un único cuerpo o persona a la que quedaban sometidos por medio de la obediencia todos los individuos o voluntades particulares, reunidos en una Nación asentada en una “societatis inaequalis”¹³⁵ cuya dirección, en consecuencia, debe someterse a los más capaces.

93. Es, entonces, para esta nación, validada históricamente por los monarcómacos entre otros, para la que se reclama la soberanía, una, sola e indivisible, desde los postulados pufendorfianos, o también compartida con el rey, aunque, de acuerdo con los mismos premisas, se diera así origen a formas monstruosas. Se reclama incluso en las formaciones políticas absolutistas, bajo las cuales incluso ese concepto de Nación va prosperando en el transcurso sobre todo del XVIII, que es cuando toma conciencia de sí misma, doctrinalmente primero, pero también en un plano más real.
94. Y es también en virtud de esa soberanía como la Nación, desde esa fecha ya como generadora de una voluntad general, conforma un cuerpo único y soberano y, como oportunamente se dejará asimismo claro por los autores más implicados, por ello es libre y tiene la plena facultad de cambiar su constitución sin que, como escribía Vattel,¹³⁶ absolutamente ninguna persona o institución pueda impedir o arrebatarle tal poder. Y lo hace mediante la creación de un sistema representativo creado *ad hoc*, a través de cual se hace efectiva dicha voluntad general mediante el mecanismo del único derecho válido, válido, entre otras razones porque se basa en la certeza, que es el derecho legal, exclusivamente.
95. Esta parece ser asimismo la visión que se logra imponer en España, incluso a lo largo del Setecientos.
96. Nación como pertenencia a una comunidad, de la que se es miembro de forma natural, por nacimiento, o civil, por concesión o adquisición, asentada en un territorio con normas sociales y jurídicas propias, incluso rasgos culturales como base de las *communitates*, cuyo conjunto conforma esa “gran Máquina de la Monarquía española”. La misma que, a principios del siglo XVII se contemplaba como “una multitud de tierras y estados” y “la mayor riqueza de rentas reales y dinero”, forjando ambas la “grandeza del rey católico”, que era quien la regía, y gobernaba sobre “el crecido número de tantos y tan poderosos príncipes y titulados como tiene su majestad por vasallos”¹³⁷. Y es que, a este respecto, el orden estamental no sólo no

¹³⁵ P. BASTID, *L'idée de constitution*. Preface de Jean Rivero. París, 1985, p. 111

¹³⁶ *Ibidem*, p. 135

¹³⁷ Juan de SALAZAR, *Política española*, proposición primera, VII y VIII

afectaba, antes bien venía a reforzar y consolidar un sistema que se definía como *societas civilis siue populus siue respublica*.

97. Y, desde luego, también aquí el sistema se vio afectado por las mismas convulsiones que trajo consigo el *iusnaturalismo*, por más que este adquiriera una impronta especial y se vinculase con el tradicional *iuscatolicismo*, el cual tampoco podía impedir la emergencia del individualismo, pilar de ese protagonismo que reivindica cada vez con más fuerza el tercer estado. En este sentido, parece ir surgiendo una suerte de “naturaleza gentilicia” cuyo concepto engloba a todos los que dentro del territorio del reino admiten la sumisión a un rey que es magistrado supremo y jefe superior, muy similar al que emplea p. e. Leibniz cuando identifica a Alemania, y en consecuencia a los alemanes, con el Imperio, o entre nosotros Pérez Valiente a mediados del XVIII. Pero todavía carece del valor político, y, desde luego, constitucional, que adquirirá posteriormente.
98. Este, sin duda, se consigue a través de la influencia de un goticismo cada vez más dominante, a través de cual se identifica a la Nación española con el conjunto de hombres libres que habían forjado la constitución de los godos, o por los miembros de las *civitates* que, a partir del siglo XI, dieron lugar a una constitución histórica como reforma de la anterior. Ahora, además de esa legitimación, se añadía una validez procedente del principio individualista aportado por la idea de *cives* romano y, sobre todo, por la recuperación de aquella idea tan, propia de la *politeía* helénica, de que el hombre era libre no solo por obedecer las leyes, sino sobre todo por su poder de cambiarlas¹³⁸, premisas ambas aportadas por la influencia incontestable de los autores grecorromanos que el humanismo había recuperado.
99. Con todo, no era ciertamente suficiente esa *libertas*, pues era preciso añadir a este individuo un carácter independiente que sólo podía venir dado por su “propio” poder económico. Era un pensamiento tan generalizado, que la Enciclopedia, bien conocida en los círculos españoles más implicados, a mediados del XVIII podía decir con toda propiedad que el clérigo y el noble eran miembros de la nación en la medida que “sus intereses estén indisolublemente unidos por los lazos de sus posesiones”¹³⁹, opinión vivamente compartida en 1813 por Martínez Marina cuando excluía, por la misma razón, a los “ociosos, vagabundos y holgazanes” de una sociedad que, así, podía identificarse como el substrato de la nación¹⁴⁰.

¹³⁸ B. WARD, *Nationalism and ideology*. Londres, , 1967, p. 40

¹³⁹ *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. 14, pp 28-32,

p. 31

¹⁴⁰ *Discurso*, 88

100. Esta noción gentilicia, como englobante de todos los habitantes, deriva del concepto de *societas ciuillis* pufendorfiana y se complementa con el concepto constitutivo de la misma, surgido de la desigualdad natural que el mismo autor calificaba de intrínseco a la *societas civilis*, e integrado por todos los ciudadanos activos y productivos. De hecho, es a esta última a la que se deberá la construcción del Estado como sustituto político-jurídico de la *respublica*, aunque doctrinalmente conviven, a veces confusamente, en el aspecto doctrinal en las vísperas constitucionales, e incluso después. Está, en mi opinión, presente en la mente de Pérez Valiente cuando afirma que la “república puede mantenerse mucho tiempo sin territorio, ciudades, muros y casas”¹⁴¹ Está en el uso indiferenciado que le otorga León de Arroyal cuando alude a pueblo, nación, estado, cuerpo de estado, ciudadanos y españoles. Está en muchas de las respuestas a la Consulta al país de 1809 y, desde luego, planea en los debates gaditanos, donde pretendió subsanarse a través del concepto organicista de Nación¹⁴².

101. Y, naturalmente, responde al texto y al articulado de la propia Constitución, cuyo artículo primero se refiere a la nación como reunión de todos los españoles, pero que, asimismo, dedica todo un capítulo, el IV, a definir la cualidad de ciudadanos desde exclusivos criterios de renta y propiedad, como más expresamente se dice en el Preámbulo de la misma, donde, de forma explícita, se ratificaba la identificación de Nación con la masa de hombres útiles y cultos, excluyendo, por tanto, a los asalariados de cualquier condición¹⁴³, opinión que, incluso años después, continuaba manteniendo uno de sus principales instigadores, Argüelles¹⁴⁴. A este respecto, puede resultar una obviedad añadir que, naturalmente, ambas encontraban su legitimación en la constitución histórica, pues también ahora se decía que su presencia estaba contemplada ya en el Fuero Juzgo, donde se reconocían “los derechos de la Nación, del rey y de los ciudadanos”¹⁴⁵, alcanzando con ello su máxima validez, pues se trataba del cuerpo legislativo visigodo más característico que permaneció vigente en todos los Reinos y se revalidó en Castilla durante el siglo XIII.

102. En este sentido, puede sin duda aludirse de un concepto abstracto de Nación como hacía Carré de Malberg en 1922, desde una interpretación no exenta de dogmatismo retrospectivo, sobre todo porque, desde el siglo XVII, y fundamentalmente con el triunfo del liberalismo, que crea su propio lenguaje, las “voces” y conceptos carecen de esa “realidad” intrínseca que alcanzaron durante el espectacular momento dialéctico que suponen los últimos siglos medievales, pero, en la práctica, ni siquiera con Rousseau o

¹⁴¹ P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Introducción a Pérez Valiente*

¹⁴² J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *La teoría del Estado*, pp 190 y ss

¹⁴³ *Discurso Preliminar*, pp 670, 669, 667

¹⁴⁴ Agustín de ARGUELLES, *Examen histórico de la reforma constitucional de España*. Estudio preliminar M. ARTOLA. Oviedo, 1999, T. II, pp. 89 y ss, entre otras referencias. La edición original fu publicada en Londres en 1835

¹⁴⁵ *Discurso Preliminar*, p. 667

Sieyès se consiguió una construcción clarificadora de la misma desde el punto de vista dogmático-jurídico. Todo parece indicar que su opción está directamente relacionada con el aniquilamiento de las tendencias que, desde los *levellers* ingleses en adelante, sí identificaban el sujeto político con el pueblo integrado por todos los individuos, sometidos a unas condiciones que nada o poco tenían que ver con su calidad de poseyentes, y no en la Nación como conjunto unitario, que no reunión, de todos los sujetos, de todos los ciudadanos. Tendencias, por otra parte que, al menos, parcialmente, estuvieron a punto de triunfar con los jacobinos.

103. Posiblemente radique ahí la causa principal que explica la ausencia de una definición concreta, especialmente sorprendente en este caso por la relevancia absoluta de la nación a efectos constitucionales, y que llama aun más la atención en un sistema jurídico que, frente al anterior, el del *ius commune* de carácter esencialmente enunciativo, se autorreconoce él mismo por la reivindicación de la concreción y exactitud –las dos notas distintivas de la certeza del derecho tan cara a la Ilustración-, o lo que es lo mismo, por definirlo absolutamente todo. No se trata, en todo caso, de ausencia de claridad en ideas y objetivos sino, más bien, de la cuestión por excelencia porque, en el fondo, lo que se estaba planteando es el ejercicio de la soberanía y, con ella, su efecto más importante: la producción jurídica.

6. Nación, Monarquía, Religión

104. A mi parecer, lo expuesto anteriormente es especialmente aplicable al caso español, particularmente durante el primer constitucionalismo donde, cuidadosamente, se evita utilizar el concepto de pueblo. Un pueblo que, para las teorías contractualistas más radicales, como unidad asociativa o sociedad civil por excelencia, se conformaba como el único sujeto político capacitado para autoconcederse una forma de gobierno y, naturalmente, en el que recaía la soberanía.

105. Sin embargo, concebida, tal y como proclamaba el artículo primero de la constitución de 1812, como “reunión de todos los españoles”, la nación se presenta más bien como una supervivencia, en todo caso, una sustitución, de la antigua *societas civilis*, a la que ahora se la dotaba de una uniformidad, producto de la visión individualista, de la que carecía durante el sistema corporativo del Antiguo Régimen, ofreciendo así una oportuna y necesaria visión unitaria. Y esto es particularmente interesante, porque, de hecho, se convertía en el requisito absolutamente imprescindible para la legitimación apriorística del Estado como una forma política que se asienta en un gobierno representativo, el cual ejerce sus funciones y consigue sus fines a través de un derecho legal creado entonces por el legislativo-Cortes, presentado como la manifestación de una voluntad general soberana, aunque sin especificar de donde realmente emana la misma. Sobre todo, porque el concepto de Monarquía en relación con una forma política

determinada, con su tradicional división en reinos y provincias, a pesar de las reformas dieciochescas¹⁴⁶, es una realidad, un *communis locus*, que se encuentra por doquier, incluso tras la promulgación de la Constitución, como pone de manifiesto la propia producción normativa llevada a cabo durante, incluso, el periodo postconstituyente¹⁴⁷.

106. En este sentido, no sería aventurado aceptar la permanencia de la Monarquía como una comunidad de comunidades, que es en definitiva lo que viene a sancionar el artículo correspondiente de la Constitución cuando mantiene la división política preexistente para referirse al “territorio de las Españas”. La desaparición de la misma, es decir, de la división, y en consecuencia la unidad, entendida como esa uniformidad sobre la que descansa la centralización, territorial, dista, desde luego, de ser un objetivo prioritario de los constituyentes españoles, que continúan imperturbablemente refiriéndose a dominios o posesiones en relación con el tema, a diferencia de las reformas administrativas que habían acaecido en Francia y que aquéllos diputados conocían perfectamente. Y ello, a pesar de confesar que un “más cómodo y proporcionado repartimiento de todo el territorio” era fundamental para conseguir fines y objetivos tan necesarios e irrenunciables para el nuevo modelo constitucional como “facilitar la administración de justicia, la distribución y cobro de las contribuciones”, las comunicaciones interiores, básicas para el comercio, y, sobre todo, el más rápido conocimiento de las leyes. De hecho, el artículo 11, retrasando *sine die* la tal división, viene a ser un testimonio fehaciente de ello, como es convenientemente explicado en el Preámbulo, donde, por el contrario, se da por sentado el principio de la integridad territorial como traslación de la vieja ley fundamental, confirmada explícitamente por los redactores cuando añadieron al respecto que “se han especificado los reinos y provincias que componen su imperio (de España)”¹⁴⁸.

107. La unidad e indivisibilidad, dogmas irrenunciables del nuevo constitucionalismo, no afectaban, pues, a la territorial, pero tampoco a la jurisdicción, dado el respaldo constitucional a la permanencia de fueros y jurisdicciones especiales hasta 1868, ajustándose así más a los predicados

¹⁴⁶ J.M. PORTILLO VALDÉS, *Monarquía y gobierno provincial. Poder y constitución en las provincias vascas (1760-1808)*. Madrid, C.E.C., 1991, sobre todo pp 611 y ss

¹⁴⁷ Partiendo de que la propia Constitución se presenta como constitución de la Monarquía y no de España, pueden servir de ejemplo cuatro disposiciones: dos, anteriores a la promulgación de la Constitución es la Orden de 11 de enero de 1812 *en que manda activar la circulación de los decretos y providencias de las Cortes, y demás papeles públicos en los pueblos libres y ocupados de la Monarquía o el Decreto 139 de 18 de marzo de 1812 acerca de las solemnidades*, a aplicar para la publicación de la constitución en *todos los pueblos de la Monarquía*; y otras dos posteriores a dicha publicación: el Decreto 186 de 17 de agosto de 1812, por el que es declarado indigno de la consideración de español el obispo de Orense y *expelido del territorio de la monarquía*; o el Decreto 253, de 19 de abril de 1813: *instrucción para dirimir las competencias de jurisdicción en toda la Monarquía*. En *Colección de decretos y ordenes de las Cortes de Cádiz*. T. II, Cádiz, 1813, pp 51 y 173; T. III, Cádiz, 1813, p. 56; IV, 1813, p.54

¹⁴⁸ *Discurso preliminar*, p. 677

del viejo derecho público español, para el que la *republica* podía mantenerse sin un territorio, que a las exigencias del que se pretendía seguir. Pero entonces, si no es al territorio, tan directamente relacionado con la propia Nación, ni a la jurisdicción ¿a qué se aplican tales principios de unidad? Pudiera pensarse en principio que a la nación, que ahora venía a ser como la universidad, *uniuersitas*, de todos los españoles. De hecho, existía de tiempo una convicción al respecto en los círculos liberales. Y así lo expresa, de forma contundente, en 1809, una de las respuestas a la *Consulta al país* cuando, textualmente, expone que “el aragonés, el valenciano, el catalán, unidos al gallego y al castellano, todos serán españoles”. El autor, además, añadía el requisito necesario para su consecución cuando reivindicaba la unidad jurídica, afirmando al respecto que “todo empeño dirigido a mantener las leyes y fueros particulares de cada provincia nacería de él el federalismo y, por consiguiente, nuestra ruina”, ratificando, es obvio, la exclusividad del derecho legal¹⁴⁹.

108. Sin embargo, parece claro que esta agregación, ya de españoles, es la antítesis de aquél ente en el que, desde Rousseau sobre todo, se hace recaer y se considera como el forjador de la voluntad general. Mirándolo bien, se aproxima más a aquél concepto de nación que usaban los nobles españoles durante la guerra de sucesión y que, en definitiva, era aquella *gens* que Pérez Valiente veía sometida al *rector ciuitatis*, desprovista ya de todo contenido corporativo y, ahora también, estamental. Esta, además, podía asumir sin dificultades aparentes el principio por excelencia: el individualismo y sus dos manifestaciones jurídicas, los derechos subjetivos y las obligaciones correlativas a tales derechos, entre las que ahora adquiere especial importancia “las de los españoles para con la Nación, de los que no puede dispensarse ningún español”, en la medida que conforman “el vínculo que los une con el Estado”. Teniendo siempre presente que, en todo caso, unos y otras, es decir, derechos y obligaciones, deben proceder y venir sancionados por leyes “justas y equitativas”, como correspondía a un principio de legalidad que ahora se contempla como base de todo el sistema, como un pilar fundamental del mismo¹⁵⁰.

109. De esta manera, los vínculos de la nación con el Estado se establecían a través de una modalidad de derecho cuya manifestación más palmaria era, desde el *iusracionalismo*, el código, cuya unidad, en el sentido de aplicación general, también se reclama y reconoce. “Un código universal de leyes positivas... uno mismo para toda la Nación”, se decía asimismo en el Preámbulo, porque, como también ahí se especifica, se basa en la igualdad de derechos de todos los “naturales originarios de la Monarquía”, pero insistiendo que esa es la “igualdad legal de los españoles”¹⁵¹. En definitiva, en “el respeto a la libertad civil”, lo que no era sino más que la

¹⁴⁹ Respuesta de Antonio Panadero. M. ARTOLA, *Los orígenes*, II, p. 659

¹⁵⁰ *Discurso preliminar*, pp 666-67, y 677

¹⁵¹ *Ibidem*, pp 699 y 701

puesta al día de aquella constitución existente ya “en tiempo de los godos”, cuando “los españoles fueron... una Nación libre e independiente formando un mismo y único imperio”. Así las cosas, ni entonces ni ahora debe sorprender que la que se presentaba se considerase como “la antigua ley fundamental de la Monarquía”, convenientemente adecuada a un “sistema completo y bien ordenado”, mediante el cual se “limita en los hombres la libertad natural, sujetándolos al suave yugo de la ley”¹⁵², aunando así elementos tradicionales con las aportaciones más novedosas extraídas del *iusracionalismo* y del *iusnaturalismo*.

110. La concepción de la Nación, legitimada por la antigüedad de la constitución histórica, era pues el edificio que se cimentaba en la libertad civil, ese “esencialísimo punto”¹⁵³ que tal constitución ya reconocía, y sus vínculos con el Estado se expresan exclusivamente a través de la ley. Pero ¿cuál era el vínculo o ligamen que existía entre sus componentes? En otras palabras ¿qué es lo que hacía que los gallegos, castellanos, catalanes o aragoneses dejaran de serlo para pasar a ser considerados ahora españoles miembros de una sola Nación y asociación indivisible, sometida además a un único derecho?

111. No era la unidad institucional, puesto que, a pesar de reconocer la absoluta necesidad de una fundamentalísima como era la jurisdiccional, la propia Constitución, como es sobradamente conocido, conserva, con la oportuna y apropiada justificación del Preámbulo, fueros y privilegios corporativos. Ni tampoco lo era el derecho legal, ahora exclusivo o con vocación de exclusividad, ya que, como también se especifica, se concibe a éste como el ligamen particular de cada uno de los españoles con el Estado. Por consiguiente, la solución válida y universalmente aceptada tenía que venir dada por el único elemento incontestablemente común desde los orígenes y que desde la Contrarreforma puede considerarse como una ley fundamental de la Monarquía: la religión católica romana.

112. Tampoco era una cuestión novedosa introducida por la fuerza. Por el contrario, existía ya desde la propia fundación de la Monarquía, por no remontarnos más atrás y, sobre todo durante el XVII, una absoluta unanimidad al respecto, tan profunda que ni siquiera se vio afectada por la dura polémica regalista con el papado. Por no recurrir a otros autores que los que se han venido citado, en 1619, Salazar la contemplaba como la base de la propia Monarquía y “el principal fundamento que España ha tenido para adquirir los reinos de que goza y la sólida razón de Estado de que usa para conservarlos”¹⁵⁴. A mediados de ese siglo, Saavedra y Fajardo no sólo la considera como una de las cuatro “causas universales”, es decir, “que comprehenden a todos los Reinos”, de engrandecimiento de las

¹⁵² *Ibidem*, pp 673, 692 y 695

¹⁵³ *Ibidem*, p. 693

¹⁵⁴ *Política española*, proposición segunda, IV

Monarquías, sino que la califica de “el vínculo de la República”, añadiendo que, por ello mismo, debía ser “una sola”, so pena de incurrir en desunión¹⁵⁵. En el XVIII, se la relaciona directamente con el origen gótico de España, base de la *gens* hispánica, al lado de la figura de Pelayo y de los concilios de Toledo, porque allí, se explica, se trataban conjuntamente las materias de religión y gobierno¹⁵⁶.

113. A finales de esa centuria, León de Arroyal, contrastando el hecho de que en los países católicos la religión siempre estaba presente en los asuntos de gobierno, no solo conmina a seguir “las pisadas de los siglos felices del cristianismo”, sino que explica con claridad contundente las razones para mantenerla: “la doctrina de Jesucristo y de su Iglesia, dice textualmente, (consiste en) la obediencia a los legítimos señores, sean buenos, sean malos”. Pero añade en seguida que “es de advertir que esta fue mandada a los *crístianos en particular no a las sociedades en común* (cursiva mía)”¹⁵⁷. Con ello, no solo confirma la tesis de la religión como vínculo personal entre el gobernante y los gobernados y de éstos entre sí, sino que aporta además una causa capital, la de la obediencia particular a las órdenes de legislador y del soberano, coincidiendo así con lo igualmente sostenido en las formaciones políticas reformadas, sobre todo las de confesión luterana.

114. Se trata, pues, de un principio incuestionable, cuya permanencia, a mi entender, no se debe al hecho de que la Monarquía española no hubiese sufrido un proceso de “desacralización” similar al francés, puesto que existen sobradas razones que confirman, frente al modelo constitucional anglosajón¹⁵⁸, las influencias religiosas en la propia revolución¹⁵⁹ francesa, ni tampoco a ese pacto con el estamento clerical que agriamente sostiene Argüelles tras su segunda estancia en Inglaterra y un mejor conocimiento del sistema de *rights and liberties*¹⁶⁰. Por el contrario, se enmarca más bien en ese “periodo transicional” en el que la teología, incluso en los países reformados, todavía no ha perdido su función legitimadora, plenamente

¹⁵⁵ *Idea de un príncipe*, 60, fol. 554,; 93, fol.686

¹⁵⁶ Como venía advirtiéndose de tiempo atrás; entre otros por el mismo SAAVEDRA Y FAJARDO, *ibidem*, 55, fol. 406

¹⁵⁷¹⁵⁷ *Cartas*, IV, pp 195 y 186-87

¹⁵⁸ G.A.POCOCK, “Religious freedom and the sacralization of politics: from english civil wars to the Virginia statute”, en M.D.PETERSON y R.C. VAUGHAN (ed.), *The Virginia statute for religious freedom. Its evolution and consequences in American History*. N.Y., 1988

¹⁵⁹ Bien que distintos a los católicos romanos, que habían sido ley fundamental en Francia. D.K.van KLEY, *The religious origins of the french revolution. From Calvin to the civil constitution, 1560-1791*. Yale U.P., 1996

¹⁶⁰ “En el punto de la religión se cometía un error grave, funesto... pero inevitable. Se consagraba de nuevo la intolerancia religiosa. Para establecer la doctrina contraria sido necesario luchar frente á frente con toda la violencia y furia teológica del clero”. *Examen histórico*, II, p. 54. Argüelles parece olvidar las disposiciones ordinarias de carácter penal que sancionaron dicha religión, entonces y en el Trienio, explícitamente como “ley fundamental y origen de las demás leyes fundamentales”, como se verá a continuación

comprobable por otra parte, entre los ilustrados, en función de un historicismo que sólo logrará desplazarla e imponerse avanzado el siglo XIX, cuando se alcance esa “secularización” que significará el fin de la autoridad de la religión sobre las instituciones, del que se hacen eco las constituciones elaboradas sobre todo a partir de los años setenta. Hasta entonces, ha podido comprobarse la interna relación entre el conocimiento histórico y la teología, cuya manifestación más importante radica en la utilización de la interpretación bíblica por un conocimiento histórico-filosófico no exento de tensiones, como las que en toda Europa se producen, a principios del Ochocientos, entre crítica histórica y verdad religiosa, fuentes ambas de las que bebieron, en mayor o menor medida, todas las facciones políticas existentes en la época¹⁶¹.

115. Todo parece indicar, sin embargo, que tales tensiones no se producen en la España protoconstitucional, en la que ambas disciplinas parecen también convivir armónicamente, al menos en un plano formal. De tal manera que Teología e Historia, a través de la religión y la constitución histórica, son los pilares doctrinales e ideológicos que dan validez a ese “nuevo edificio” constitucional que se presentaba como una reforma del antiguo. En este sentido, la religión fue la única de las leyes fundamentales que jamás fue rebatida, sobre la que, entonces, existía la más absoluta unanimidad y que, por ello, nunca necesitó argumentación ni justificación. Los testimonios son abrumadores al respecto. Está en diversos escritos de Jovellanos, como en el que, en octubre de 1808, reclama “conservar ilesa nuestra religión”; en la del vocal de la Junta Central¹⁶², Jacano, en julio de 1809¹⁶³, en idéntico sentido y, sobre todo, en el juramento que debían prestar los integrantes de la Regencia, y aún más en el proyecto del reglamento que recogía el mismo y cuya primera exigencia consistía en, como se recordará, hacer “cuanto esté de vuestra parte para conservar en España la religión C.A.R. sin mezcla de otra alguna”¹⁶⁴. Y ello solo por citar algunos ejemplos.

116. La religión, por supuesto católica romana, concebida, pues, como ley fundamental y que, en cuanto tal, se convertirá en principio constitucional por la importantísima razón de servir de causa para la existencia de la propia nación como reunión de los españoles. El artículo 12 del Código Político, situado exactamente en medio del que prescribía la integridad territorial y del que sancionaba la potestad legislativa de las Cortes como símbolo de su soberanía, es decir, las tres leyes fundamentales más relevantes de la Monarquía, así viene a confirmarla.

¹⁶¹ Vid al respecto Th. A. HOWARD, *Religion and the rise of historicism*. W.M.L. de Wette, Jacob Burchardt, and the theological origins of nineteenth-Century historical consciousness. C.U.P., 2000, *passim*,

¹⁶² *Consulta* fechada en Madrid el 8 de Octubre de 1808. *Derecho parlamentario*, I, pp 403 y ss

¹⁶³ *Dictamen* fechado en Sevilla en 21 de julio de 1809. *Ibidem*, p 486-7

¹⁶⁴ Posteriormente matizada en el texto definitivo, recogido por el primer decreto de Cortes, donde se limita la fórmula a exigir sólo su conservación. El proyecto en *Ibidem*, pp 611 y ss. p. 613

117. Y de que no se trataba de una simple declaración, un mero enunciado propagandístico, sino de algo consustancial al propio sistema, es prueba fehaciente el proyecto de Ley presentado el 13 de julio de 1813 – posterior ley de 17 de abril de 1821-, conforme al cual se tipificaban como delitos políticos -“reos de estado” a los infractores- ya no sólo la comisión directa, sino la conspiración para que la religión católica dejara de ser profesada en España o para introducir cualquier otra. El que lo hiciera, exponía el artículo segundo, se consideraba infractor de una ley fundamental; exactamente la que era, como más tarde, ya durante el Trienio, diría el propio Calatrava, “la base de todas las demás bases de la constitución” y, en consecuencia, se le perseguiría como traidor y sufriría la pena de muerte¹⁶⁵.
118. Pero esta Nación, que es la re-unión de todos los españoles por el vínculo de la religión, en definitiva, la agregación de los españoles no es la que realmente expresa la voluntad general. Es, en realidad, una asociación en la que cada uno conserva su propia voluntad e interés particular ante esa “persona moral cuya vida consiste en la unión de sus miembros y cuyo cuidado o fin más importante es su propia conservación”, de acuerdo a unos límites que pasan necesariamente por deslindar y respetar los derechos y deberes del soberano y de los miembros de la asociación, cierto, pero también y, sobre todo, de los ciudadanos¹⁶⁶.
119. En este sentido, las relaciones de los españoles con el Estado, construidas sobre el exclusivo respecto a la libertad civil de los mismos, tal y como se afirmaba en el Preámbulo de la Constitución, se fundan, como se pretendía, en criterios individuales y, en consecuencia, cada uno conserva y mantiene su propia voluntad tanto, frente a los demás como ante el propio Estado. Por consiguiente, no puede conformar una “volonté générale parfaitement une”; es decir, esa voluntad unitaria y no real que es la nota más distintiva de la Nación en el constitucionalismo formal¹⁶⁷. Como *universalité* que realmente era, la tal reunión de españoles conforma el género considerado como abstracción, tal y como afirmaba el mismo Rousseau en uno de los primeros borradores del *Contrato social*, coincidiendo sospechosamente con aquella teoría formulada por los maestros medievales acerca de la *uniuersitas*, bien que desde una percepción, sin embargo, mucho menos elaborada¹⁶⁸. Pero, con ello, se

¹⁶⁵ Para más información sobre este particular aspecto, A. FIESTAS LOZA, *Los delitos políticos.(1808-1936)*.1ª edic. Salamanca, 1976, pp. 60-61

¹⁶⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes du droit politique*. MDCCLXII, III y IV. Uso la edic. incluida en *Oeuvres complètes*. Pref. J. FABRE, introd., présent. et notes M. LAUNAY. Paris, 1971, vol. 2

¹⁶⁷ J. VARELA SUANZES, “Algunas reflexiones sobre la soberanía popular en la constitución española”, en *Revista Española de Derecho constitucional*, 36, 1992, pp 71 y ss, pp 76-77

¹⁶⁸ *Du Contrat social ou essai sur la forme de la république*. (Manuscrito de Ginebra, c.a. 1756-60), cap. IV. *Ibi*

acerca extraordinariamente esta construcción, cuando no viene a coincidir plenamente, a aquella *societas civilis*, uno de los elementos constitutivos de las formaciones políticas del Antiguo Régimen, la misma asociación que los nobles adictos a Felipe V llamaron asimismo Nación y Pérez Valiente calificaba de *gens*, desprovista de todo contenido corporativo y, desde ahora, también del estamental.

120. Por otra parte, dado que esa Nación concebida como reunión de españoles por el vínculo de la religión no representa la indivisibilidad necesaria que, coherentemente, la propia constitución atribuye en el art. 174 exclusivamente al “reyno de las Españas”, ni tampoco la unidad precisa para crear una voluntad general, siempre recta y tendente a la utilidad pública¹⁶⁹, para ejercer el máximo acto de la soberanía, es decir, la ley -que debe ser tan general como la voluntad de quien la dicta-, la cuestión fundamental consiste evidentemente en localizar el sujeto forjador de la misma, o, en palabras de Rousseau, la especie del género¹⁷⁰. Un sujeto que, al establecer como requisito *sine qua non* para su existencia la unión por la comunión de intereses, sólo podía estar conformado por los ciudadanos. No en vano, como ya se había sentado, entre otros, por Burke, la defensa de sus propios intereses reportaba la de los de la totalidad, consiguiendo alcanzar así la tan encomiada utilidad pública.

121. A estos efectos, la doctrina, desde antes incluso, pero sobre todo desde mediados del siglo XVII, venía realizando una auténtica campaña para presentar de forma legítima a estos individuos, cuya identificación, por encima de cualquier consideración, procede de su propiedad, entendida como posesiones materiales, viniendo así a configurarse como la antítesis del sistema corporativo construido sobre el dominio. Para conseguirlo, todos los fundamentos del antiguo derecho, cuya concepción antidoral¹⁷¹ se basaba en el concepto del *amor-misericordia* como virtud esencial, fueron sistemáticamente desplazados y anulados, al ser sustituidos por otra concepción de virtud que encomiaba el talento como generador de riqueza.

122. Pero no sólo, porque esos mismos autores políticos europeos, comprendieron que, por sí sola, la alternativa política que presentaban, basada en el principio individualista, y que se manifestaba además a través de un único derecho de formulación legal, por más que estuviera respaldada por la doctrina iusnaturalista de los derechos y libertades y una visión contractualista del poder, no era suficiente para desplazar un sistema como el existente, de base corporativa y legitimado por un derecho que seguía manteniendo la idea de orden desde remisiones teológicas y de creación eminentemente comunitaria, como pone de manifiesto el valor otorgado a la costumbre y a los usos jurídicos. Era preciso localizar una

¹⁶⁹ *Du contrat social*, III

¹⁷⁰ *Manuscrito de Ginebra*, IV

¹⁷¹ B. CLAVERO, *ANTIDORA. Antropología católica de la economía moderna*. Milán, 1991

nueva legitimación. Conscientes de ello, se afanaron en construir la que se presentó como recuperación de una “prudencia antigua”, propia de otros sistemas individualistas muy evolucionados, como el modelo grecorromano, que venía, ahora también, acompañada de una nueva moral, la moral burguesa, completamente opuesta a la anterior, entre otras razones porque se fundaba en un concepto neutral de virtud que auspicia la tajante separación de hechos y valores¹⁷².

123. Fue una opción rápidamente asumida. Tanto como para que, desde mediados del XVII, en toda Europa la doctrina defiende que solo los derechos de ciudadanía pertenecían al propietario –incluyendo bajo esta denominación lo que desde entonces se llamarían “las otras formas de propiedad”, muy en especial la actividad financiera y mercantil- en la medida que había demostrado talento para generar riqueza y, en cuanto tal, sólo él está capacitado para expresar esa voluntad general. Entre otras obras de gran difusión, así lo proclamaba la Enciclopedia. Los autores españoles están, desde luego, en la misma línea de considerarlos como los únicos titulares de los derechos políticos, siguiendo asimismo una aplicación restrictiva y degenerativa del pacto social tal como había sido formulado por los primeros iusnaturalistas y del que ahora nadie parecía acordarse.

124. La identificación de las “grandes propiedades” con la Nación, parece ser ya un hecho extendido a principios del XIX¹⁷³. En 1811, con ocasión de la discusión del art. 29, el mismo Argüelles ratifica lo anterior cuando exponía que, en conformidad a lo recogido en la Constitución, la palabra ciudadano no podía “entenderse en el sentido vago e indeterminado que hasta aquí ha tenido”. En consecuencia, decía el orador, “no se puede confundir en adelante con la palabra vecino”. Obviamente, estos eran los españoles, “una nueva clase (de los cuales) –continúa- no se halla en disposición de desempeñar todos los derechos de ciudad”, contentándose entonces con afirmar que, a estos últimos, siempre les quedaba “el derecho de entrar en la clase de ciudadanos por *la puerta de la virtud y el merecimiento* (cursiva mía)”¹⁷⁴, coincidiendo así con lo que, dos años después, reasumiendo las aportaciones de moralistas y iusnaturalistas,

¹⁷² C. ÁLVAREZ ALONSO, *Lecciones de Historia del constitucionalismo*. Madrid, 1999, pp. 127 y ss

¹⁷³ ROMERO ALPUENTE, por citar un ejemplo de un individuo no excesivamente radical, escribía así sobre la necesidad de establecer nuevas leyes “especialmente sobre las grandes propiedades que fueron de la nación y de los vasallos” en *El grito de la razón al español invencible o la guerra espantosa al pérfido Bonaparte*, rechazando asimismo las quejas dirigidas por la nobleza y el clero amparados ambos en “el velo de la sagrada propiedad que no tienen”, en su *Wellington en España, y Ballesteros en Ceuta*. Ambos en *Historia de la Revolución*, pp 15 y ss y 89 y ss, pp. 23 y 94, respect.

¹⁷⁴ Discursos pronunciados en Septiembre de 1811. D.S., pp. 1764-66 y 1887-8, ahora en Agustín de ARGÜELLES. *Discursos*. Estudio preliminar F. TOMÁS Y VALIENTE. Oviedo, 1995, pp. 168 y ss

expondría Martínez Marina al reivindicar, como otros, la exclusividad del talento.

125. Consecuente con estas generalizadas opiniones, la Constitución sanciona lo que era el sentir universal, al diferenciar claramente entre ciudadanos y españoles. A los primeros corresponde la libertad política, la primera en “afianzarse”, incluso antes que la libertad civil, como se expone más ampliamente en el Preámbulo, exactamente en el mismo párrafo donde, para despejar dudas por si alguna quedaba, se comienza por aludir a “la libertad política de la Nación”¹⁷⁵. Libertad política que, como es natural, se afianza sobre la renta y la propiedad y de la que, por consiguiente, ahora explícitamente están excluidos los españoles en general que, en todo caso, siempre son “católicos antes que ciudadanos”¹⁷⁶. No era una simple enunciación o proclamación de un principio explícito y tajante entre la separación del español o *natural* y el ciudadano, que “tiene derechos muy diferentes y más extensos que el que solo es español”¹⁷⁷. El decreto 159 de 13 de mayo de 1812, a dos meses escasos de la promulgación de la Constitución, exigiendo a los que pretendían “cartas de naturaleza ó de ciudadano” la acreditación fehaciente de las circunstancias respectivas, y el 251 de 13 de abril de 1813, estableciendo las fórmulas a seguir en ambos casos, en las que se hace explícita mención a los diferentes derechos y obligaciones que concurren en cada uno según lo determinado por la Constitución, son suficientemente elocuentes al respecto¹⁷⁸

126. De esta manera, articulados en torno a un derecho de propiedad que, desde luego, como también se explicitaba, iba mucho más allá de la territorial¹⁷⁹, haciendo como en Francia, especial hincapié en la renta –al

¹⁷⁵ *Discurso preliminar*, p. 692

¹⁷⁶ Acertada expresión de P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Católicos antes que ciudadanos*

¹⁷⁷ ARGÜELLES, discurso pronunciado el 4 de septiembre de 1811 con ocasión de la discusión del art. 19. En *Discursos*, p. 167

¹⁷⁸ *Colección de Decretos*, II, p. 218 y IV, p. 50. Se complementan con la Orden de 3 de Julio de 1813, sobre abolición del pago de derechos por la expedición de tales cartas. *Ibidem*, IV, p. 134

¹⁷⁹ Villanueva cuenta como el hecho destacado de la sesión secreta del 7 de febrero de 1812 la lectura de la representación elevada a las Cortes por “ciento y tantos” comerciantes de Cádiz en la que se quejaban de haber sido excluidos de la elección de consejeros de Estado y la alegación a favor de la misma de García Herreros argumentando que “el espíritu del congreso era no excluir de esta dignidad á los ciudadanos beneméritos de cualquier clase que fueren”. *Mi viaje a las Cortes*, p. 320. La oposición a esta postura por parte de algunos diputados, muestra asimismo que no bastaba la mera cualidad de poseyente o el ejercicio de una actividad, sino que era sobre todo el nivel de renta el baremo del que se partía para contabilizar las contribuciones, el hecho determinante, como pone de manifiesto el Decreto 52 de 1 de abril de 1811, con la tabla correspondiente de rentas y contribuciones, aunque sean en este caso extraordinarias. *Colección de Decretos*, I, p. 119. Lo que equivale a decir que no eran siquiera los pequeños comerciantes o propietarios, sino los grandes terratenientes y comerciantes los que, en puridad, podían considerarse ciudadanos de pleno derecho, exactamente igual que en el siglo anterior y exactamente igual que en la Francia revolucionaria con excepción del periodo jacobino. Al respecto *vid* M KWASS, *Privilege and the politics of taxation in eighteenth-Century France. Liberté, égalité, fiscalité*. C.U.P., 2000, *passim* y, sobre todo, pp. 303 y ss

ser igualmente ésta el único baremo a tener en cuenta para demostrar su capacidad a efectos políticos-, se erige como el verdadero elemento identificador de la subjetividad, convirtiéndose por ello en el más sagrado y, de hecho, en un auténtico privilegio en un sistema de igualdad legal, se construyó la Nación de ciudadanos que rebatió con dureza y dobló los estamentos superiores para formar parte de la misma. Era un elemento necesario, imprescindible, para establecer las bases de un gobierno que se autocalifica de representativo –no obstante la exclusión de los naturales o españoles del disfrute de los “derechos de cité”- y, sobre todo, para identificar el sujeto al que desde ahora habría que atribuir la soberanía, como pone de manifiesto el primer decreto de las Cortes que, no por casualidad, se la atribuye a las Cortes entonces reunidas¹⁸⁰.

127. De hecho, esta Nación, con mayúscula, se convierte así en el *corpus fictum* en correspondencia perfecta con la *persona*-Estado. Pero, al reivindicar jurídicamente la soberanía para esa parte de la población cuya comunidad de intereses le permite, por ello mismo, construir sin dificultades una única y sola voluntad general que, de esta manera, no es la suma de todas las voluntades, es decir, para los ciudadanos, guarda un estrecho parecido con aquél *populus*, como *corpus* diferenciado de la *universitas*, que gobernaba las ciudades medievales en la época de esplendor de la constitución histórica, cuya reivindicación se comprende así mejor. El mismo que pasaría a ser sustituido por la segunda parte del trinomio durante la Monarquía, en un ámbito territorial más amplio, en la ecuación *societas ciuillis, siue populus siue respublica*.

8. Gobierno representativo y división de poderes. El rey

128. La anterior perspectiva, que es sobre todo jurídica, puede complementarse con otra sociológico-política, que, en realidad, viene a confirmar lo expuesto. Y es que, desde este punto de vista, el primer concepto de nación como reunión se correspondería con aquella percepción de la comunidad conforme a la cual sus integrantes están unidos por unos determinados lazos específicos de una forma particular, orientada a garantizar tanto la supervivencia de los miembros como la suya propia. De tal manera que, como ya en su día observara B. Ward¹⁸¹, los que

¹⁸⁰ El propio Argüelles reconocía en 1811 que no existía un “sistema fijo” para establecer los criterios de ciudadanía entre las naciones –con minúscula-, pero que, en el caso español, la Comisión, por expresa autorización de la Nación –con mayúscula, “ha tenido en presente toda esta variedad... para adoptar la que más convenga”. *Discursos*, p.175. Sin embargo, años después, pese a citar la ley de *Partidas* (2, 10, 1), donde se califica como pueblo “el ayuntamiento de todos los omes comunamente, de los mayores, e de los medianos e de los menores” (p. 53), se mantiene, ya lejos de toda presión, en su primitiva acepción al escribir que “sólo se añadía en el proyecto el requisito de que los diputados tuviesen una renta anual procedente de los bienes propios”. *Examen histórico*, II, pp 53 y 57-58

¹⁸¹ B. WARD, *Nationalism*, p. 17

la integran solo pueden pertenecer a ese grupo o comunidad y no a otra distinta. Pero, ante la imposibilidad de que todo el grupo ejerza el poder y, sobre todo, ante la imposibilidad de que todos sus miembros participen en el proceso de toma de decisiones, se genera, tal y como parte de los modernos politólogos han podido observar, necesariamente un grupo dominante o élite, favorecida por la propia estratificación social o estamental, en conformidad a los presupuestos básicos que moralistas y autores políticos venían defendiendo desde mediados del XVII.

129. Es, en el fondo, una práctica política arraigada, que toma en consideración no solo criterios jurídicos, constitucionales o institucionales, porque estos vienen a sancionar y encubrir otros como la riqueza, el *status* social, el control laboral¹⁸², todos ellos presentes y muy activos en los primeros tiempos del constitucionalismo moderno y que se esconden con el derecho al voto y la tajante diferenciación entre ciudadanos activos y pasivos. Es decir, la desigualdad producida entre los ciudadanos con derecho a voto, *isegoria*, y la igualdad legal, *isegonia*. Al fin y al cabo, como dirá Collingwood desde un razonamiento lógico-formal, las sociedades no conforman sino un “todo” integrado por partes, una de las cuales conforman las clases en que se dividen. En consecuencia, tal y como dicta la primera de las leyes políticas que este autor les atribuye, “un cuerpo político se divide entre una clase que gobierna y otra que es gobernada”, bien que tal separación no es insuperable pues, también de acuerdo a la segunda de esas leyes, existe una barrera totalmente permeable, en teoría, entre ambas clases¹⁸³. Dos premisas a las que recurrió ampliamente Argüelles en sus intervenciones sobre los arts 19 y 29 y que el primer liberalismo, a través de las constituciones, supo adaptar convenientemente.

130. En cualquier caso, ambas visiones, la constitucional y la sociopolítica del sistema, aparecen así profundamente imbricadas, incluso formalmente, durante el primer constitucionalismo moderno, al implantar la total separación entre el cuerpo social o comunidad y el cuerpo nacional mediante el sistema que introduce el gobierno representativo. Y esta división, que, por otro lado, está en la base de lo que antaño conformaba la *societas civilis* y el *populus*, desde luego está, asimismo, en consonancia con la teoría del poder constituyente, al menos tal y como lo concibiera Sieyès, autor muy frecuentado, aunque quizá no totalmente asimilado, por

¹⁸² N.W. POLSBY, “How to study community power: the pluralist alternative”; R. E. WOLFINGER, “Reputation and reality in the study of “community power””, y “P. BACHRACH y M. S. BARATZ, “Two faces of power”, ahora en J. SCOTT (Ed), *Power. Critical concepts*. Nueva York, 1994, II

¹⁸³ *The NEW LEVIATHAN or man, society, Civilization and barbarism* by R.G. COLLINGWOOD. Revised edition. Ed and introd. D. BOUCHER with “Goodness, Rightness, Utility” and “What “civilization” means”. Oxford, 1992, 19, 1, 2 y 22; y 25, 7 y 8

los primeros liberales españoles¹⁸⁴, y su propia concepción de tal gobierno representativo.

131. Para este autor, como es conocido, especialmente este último aparece, además, directamente vinculado con la idea de la representación, como corresponde a un “estado de civilización más refinado” y, por ello, es totalmente contraria a la democracia directa, a la que estima una forma de gobierno rudimentaria y primitiva. El mandato representativo adquiriría así un valor añadido, pues carecía de la naturaleza de pertenencia o apropiación, como producto de una relación contractual, que, en su opinión, poseía el mandato durante el Antiguo Régimen, donde venía a ser el ejercicio de un poder personal. Ahora, tal y como se presentaba, la representación por la que se abogaba, desprovista de esa responsabilidad personal, facilitaba que los representantes fueran, en principio, más controlables por el grupo que les había elegido¹⁸⁵.

132. Porque de lo que en definitiva se trataba era la articulación de una “forma de gobierno” adecuada al ejercicio de esa soberanía y de determinar la manera en la que el Estado hacía uso de esa *suprema potestas*. Y aquí no hay fisuras ni divergencias: existe unanimidad entre los autores en rechazar la democracia directa, en la que se apoyaban las teorías heterodoxas, asimismo desde mediados del siglo XVII. El propio Kant, a pesar de considerar que la “voluntad general” se oponía y era contradicción flagrante del derecho de libertad individual, la había incluido entre sus formas despóticas de poder, presentando una única alternativa válida: aquella en la que existiese una neta diferenciación entre el ejecutivo y el legislativo, naturalmente siempre que su poder normativo se atuviese al imperativo categórico que representaban la universalidad y racionalidad de las leyes¹⁸⁶. Para él se trataba del principio incontestable de un gobierno representativo, en consecuencia, no dudaba en calificar a los demás tipos de auténticas “anomalías”¹⁸⁷.

133. Desde este punto de vista, es obvio que la Constitución de 1812 recoge ciertamente la idea de un gobierno representativo, al que expresamente se alude en diversas ocasiones, tanto en los debates del articulado como en el Preámbulo de la misma, pues, tal y como se ha apuntado¹⁸⁸, al menos teóricamente, se basó en dos grandes principios: la soberanía nacional, de la que se derivaba la función más importante para el

¹⁸⁴ J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, “La constitución de Cádiz y el liberalismo español del siglo XIX”, en *Revista de las Cortes Generales*, 10, 1887, p. 37

¹⁸⁵ P. BASTID, *L’idée*, p. 138

¹⁸⁶ I. FERNÁNDEZ SARASOLA, “Representación, mandato y racionalidad en el pensamiento liberal”, en *Debates constitucionales. Revista electrónica de Derecons.* 1, 1999, pp.1 y ss, precioso artículo que va mucho más allá de lo que el título expresa.

¹⁸⁷ G. S. JONES, “Kant, the french revolution and the definition of the republic”, en B. FONTANA (ed.), *The invention of the modern republic*. C. U.P., 1994, p. 157

¹⁸⁸ J. VARELA, *La constitución de Cádiz*, p.36

nuevo modelo constitucional, “hacer leyes”, y la separación de poderes adecuadas a las premisas de Nación y representación. Con ello, no hacía sino recoger el eco de un clamor general entre los liberales, que se mostraban sin cesar partidario de tal gobierno. Pero también es verdad que, salvo excepciones, no existía entonces una idea terminantemente clara acerca de cómo proceder a su plasmación material.

134. No sin amargura lo reconocería años después el propio Argüelles a Lord Holland, cuando, en 1823, le escribe que “en Cádiz... en general entre nosotros no había entonces ideas exactas sobre un sistema representativo”¹⁸⁹. Y Argüelles, que en la sesión de 26 de abril de 1811 pone de manifiesto una de las visiones más coherentes al respecto¹⁹⁰, tenía ciertamente razón, sobre todo si nos atenemos a la diversidad de las posiciones que, en general, circulaban acerca de este asunto. Como las que a principios de la guerra atribuían esa “representación” y, en consecuencia, sus facultades, a las Juntas locales¹⁹¹; como las del Consejo que, a través de un escrito de los fiscales y basándose en la unidad e indivisibilidad de la soberanía “inherente a la persona del rey”, conminaba a la “formación de un gobierno que represente a nuestro soberano”¹⁹² en octubre de ese mismo año; como las del propio Jovellanos¹⁹³, quien, en mayo de 1809, atribuyendo la supremacía o soberanía al rey, dejaba para las Cortes “un poder de representar” entendido más bien como facultad de consulta, a pesar de su inclinación por la división de poderes.

135. Ninguna de ellas, sin embargo, está tan sólidamente afirmada, por más que sea en el plano doctrinal, como el modelo anglófilo que propone Blanco-White¹⁹⁴, o el sugerido por Martínez Marina.

136. Construida a partir de un concepto de representación basado en el mandato imperativo, al reclamar la aplicación rigurosa de “la forma que prescriben nuestras leyes, y como se ha practicado en una continua serie de generaciones y siglos” que él conocía tan bien, no se consideró entonces, siendo asimismo rechazado más tarde, a pesar de los elogios que su obra mereció entre sus contemporáneos¹⁹⁵ europeos, porque tal procedimiento no se ajustaba al entonces defendido. Tal y como se entendía desde fines del XVIII, a partir de Burke y hasta Stuart Mill, la

¹⁸⁹ Carta (*very secret*) de 8 de febrero de 1823. En M. MORENO ALONSO, “Confesiones políticas de don Agustín de Argüelles”, en *Revista de Estudios Políticos*. Nueva época, 1986, 54, pp 249 y ss, p.250

¹⁹⁰ *Discursos*, p. 29

¹⁹¹ *Derecho Parlamentario*, 1, p. 313

¹⁹² *Ibidem*, p. 411

¹⁹³ *Ibidem*, p 458

¹⁹⁴ J. VARELA SUANZES, “Un precursor de la monarquía parlamentaria: Blanco-White y “El Español” (1810-1814)”, en *Revista de Estudios Políticos*, 1993, 79, pp. 101 y ss

¹⁹⁵ Como ocurre, p. e. con Costanzo RINAUDO, que utilizó su *Teoría de las Cortes como fuente principal para su Saggio storico sulle origini del governo rappresentativo nei regni di Castiglia, di Francia e d’Inghilterra*. Turín, 1876, pp 1 y ss

representación consistía en una alienación temporal de soberanía a favor de los representantes, los cuales ejercían el poder en nombre de los representados, pero de forma totalmente incondicional. En este sentido, era absolutamente contraria a la sostenida por Martínez Marina, en cuya concepción ni existía enajenación del poder ni, desde luego, podían actuar libres de cortapisas los diputados, sometidos como estaban a la responsabilidad aneja al propio poder que se les otorgaba y les acreditaba como tales.

137. Los diputados doceañistas insistían una y otra vez que la suya no era sino la constitución histórica, a la que en rigor correspondería el tipo de representación anterior, adaptada a las costumbres de su tiempo, entre las que es indudable que entraban las reformas concernientes a este aspecto. En la mencionada carta a Lord Holland, Argüelles, refiriéndose explícitamente al gobierno representativo, expone textualmente que la solución gaditana tenía “no lo dude Vd, mucha analogía con nuestras antiguas cortes y con las que aun duraban en Navarra antes del año 20”¹⁹⁶. Si esa era, como todo hace indicar, una idea que planeaba entre las distintas facciones, entonces no parece tan incoherente la propuesta de Martínez Marina, defendiendo la representación medieval en la que era el *populus*, a través de un mandatario, y no la entera *universitas* quien asumía esa función.

138. En todo caso se trata de una postura, esta de la legitimación histórica, que Argüelles nunca abandona, y que enfatiza incluso en la década de los treinta, bien que con notables diferencias, en lo que, aun entonces, insiste en llamar Reforma Constitucional de España. Ahí, en efecto, suscribe la tesis de “la adaptación” cuando, con ocasión de la defensa del poder legislativo de las Cortes, asegura, en contra de lo expuesto a Lord Holland, que las gaditanas se adaptaban en todo “a las máximas recomendadas por la experiencia de los gobiernos representativos de la era presente”¹⁹⁷. Pero ¿era en verdad cierta tal aseveración?

139. El párrafo donde se incluye tal sentencia está, todo él, destinado a justificar la “armonización” existente entre las competencias de las Cortes como legislativo y las del propio rey, de acuerdo a las exigencias de una monarquía templada o moderada. Sin embargo, resulta difícil aun en la

¹⁹⁶ Argüelles escribe que, para ello, tomaron como modelo las ideas francesas acerca del gobierno representativo, que GUIZOT, más tarde, en su *Histoire de la civilisation en France* definía como el medio de “decouvrir tou les éléments du pouvoir légitime disséminés dans la société et de organiser en pouvoir de fait, c’est-à-dire de concentrer, de réaliser la raison publique, la moral publique et de les appeller au pouvoir”...C’est un procédé naturel pour extraire du sein de la société la raison publique qui *seul* a le droit de la gouverner”. Años antes, MARTÍNEZ MARINA señalaba que el depositario de la autoridad soberana debía tener presente que “Existe, pues, o debe existir un enlace sensible, una conexión esencial entre las leyes de la Religión, de la Naturaleza, de la Moral y entre las instituciones y leyes civiles y políticas”. *Principios de la Moral, de la política y de la legislación*. Estudio introductorio J. VARELA SUANZES. Oviedo, 1993. II, p. 149

¹⁹⁷ *Examen histórico*, II, p. 57

actualidad esclarecer que se entendía entonces, incluso por los españoles más implicados en las tareas constitucionales, con esta remisión.

140. Desde la opinión de Romero Alpuente, que la relaciona directa o tácitamente con la soberanía al calificar “la monarquía moderada como la constitucional de nuestras leyes y la soberanía plena, como la constitucional también de nuestras Cortes”¹⁹⁸, a la que se pretende explicar en el Preámbulo de la Constitución cuando se identifica al “gobierno de España” como “una monarquía hereditaria, moderada por la ley fundamental” de acuerdo a principios que yacían “vagos, dispersos y destruidos” en “todas las leyes del código Godo”¹⁹⁹ y la constitución histórica, pasando por la más que Monarquía limitada que, como alternativa, presentaba Blanco-White siguiendo el modelo parlamentario de W. Paley²⁰⁰, todo indica la falta de uniformidad, cuando no auténtico confusionismo, que existía al respecto. A salvo, naturalmente que existiera un propósito muy distinto de lo que esas, y otras, opiniones expresan y justifican. Se trata, de todas formas, de otra de las antinomias y abiertas contradicciones que existen en relación con la redacción de la primera constitución española. A ellas debe añadirse aun otra, la que afecta a la separación de poderes, sobre todo los aspectos relativos al ejecutivo y, en especial, a sus relaciones con el legislativo.

141. Aunque se percibe una confesada y decidida opción por la “división”, formalmente puesta de manifiesto en los primeros decretos de las Cortes, como consecuencia de la generalizada aceptación de que la creación de las leyes son un acto de soberanía que corresponde al legislativo, reservándose al ejecutivo su estricta ejecución, la realidad muestra, como por otra parte es sobradamente conocido, hasta que extremo se infringió en la práctica tal principio. Y a este respecto, sin duda la medida más ilustrativa al efecto la proporciona la primera disposición en que se regula el ejecutivo, es decir, el Reglamento Provisional sobre el mismo para la Regencia que recogía el D. 24 de las Cortes de 16 de Enero de 1811.

142. No obstante su declarada intención de atenerse a una rígida separación adecuada al principio de racionalidad sobre el que debía asentarse la propia estructura estatal, tal separación no se consigue a pesar del “penoso esfuerzo”²⁰¹ llevado a cabo. Así lo testimonian las amplias competencias del segundo poder que llegan a ser, en algunos casos, sorprendente. Como en el de las “relativas al gobierno interior del reyno”, las cuales, reguladas en el Cap. V del texto constitucional, indican claramente que la potestad ejecutiva se manifiesta ahí como una mera traslación de la facultad omnicomprendiva de la administración o *policía*, tal

¹⁹⁸ *Wellington en España*, pp 104 y 132

¹⁹⁹ *Discurso Preliminar*, pp 677 y 725

²⁰⁰ VARELA, *Un precursor*, p. 113

²⁰¹ L. SÁNCHEZ AGESTA, “Poder ejecutivo y división de poderes”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3, 1981, p. 19

y como había sido concebida por los ilustrados y, en general, llevaban a efecto los gobiernos absolutistas, de tal manera que el poder ejecutivo, que debía, conforme al modelo, limitarse a una estricta ejecución de lo aprobado en las Cortes, adquiere así, de hecho y de derecho, una auténtica función de gobierno.

143. Se trata de una compleja situación, que acaso pudiera presentarse como un producto de las especiales circunstancias del periodo. Sin embargo, ello no explica, y mucho menos clarifica, las propias funciones que se reservaron las Cortes, las cuales, como acertadamente se ha visto, llevaron a cabo un auténtico “gobierno de asamblea”²⁰², muy activo en verdad, como se deduce de sus constantes intervenciones en los asuntos ejecutivos y judiciales sin motivación aparente, y de una forma tan indiscriminada, que podría decirse sin exageración que incluso supera la existente en el Antiguo Régimen, cuando Chancillerías y Audiencias se constituían formalmente en forma diversa para entender en los asuntos judiciales o gubernativos que formaban parte de sus competencias.

144. En este confusionismo -de carácter incluso formal dada la naturaleza de las disposiciones emitidas que adoptan asimismo una nomenclatura más propia del Antiguo Régimen-, puede admitirse la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía atribuidos a órganos e instituciones que mantienen, teóricamente al menos, una cierta jerarquía funcional²⁰³. Pero es asimismo cierto que, hasta en su formulación constitucional, la aplicación del “dogma” de la separación de poderes, como aconteció con tantas otras cuestiones, no resultó en absoluto fácil de articular, pese a su irrenunciable condición de exigencia intrínseca para la existencia de una constitución. Ni siquiera el judicial, en apariencia el más inocuo a estos efectos y también el más necesario por cuanto su reforma era universalmente solicitada desde todas las facciones o grupos, que se vio afectado en la práctica por el mantenimiento de los jueces de señorío y por la ambigua regulación de recursos procedimentales fundamentales o la postergación, voluntariamente mantenida, *sine die* de la división territorial judicial, se salva de esta deficiencia.

145. El conflicto, sin embargo, se exaspera en las ya aludidas relaciones ejecutivo-legislativo y su definitiva plasmación en el Código Político, en las que adquiere una marcada importancia de la figura del rey. A pesar del acuerdo entre realistas y liberales por limitar sus poderes, e incluso el “menosprecio” y desconfianza hacia el monarca y el ejecutivo²⁰⁴, ampliamente justificados en la práctica, por más entonces se argumentasen en los vicios introducidos en la constitución histórica desde el austracismo,

²⁰² J. VARELA SUANZES, “Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español: 1808-1814”, en *Revista de Estudios Políticos*, 55, 1987, p. 129

²⁰³ L. SÁNCHEZ AGESTA, *Poder ejecutivo*, p. 16

²⁰⁴ J. VARELA, *Rey, Corona*, p. 128

lo cierto es que, se mire por donde se mire, en la Constitución salió sin duda reforzado y sus funciones y competencias distan, desde luego, de ser las de un mero jefe de Estado tal y como es contemplado por un sistema parlamentario.

146. Las amplias facultades que, en efecto, se le reconocen en el cap. VIII del Título III y el I del IV, parecen ser en verdad una derivación de la parte de soberanía que el art. 15 le reconocía en orden a la creación de las leyes. Convenientemente sistematizadas en su día²⁰⁵ en ocho grandes apartados, a los que debe añadirse el importantísimo derecho de gracia, tales facultades, que le otorgan una discrecionalidad, que ejerce además sin sometimiento a ningún control, verdaderamente insólita en los terrenos de iniciativa legal, del presupuesto –el emblema de las Cortes en la Constitución histórica-, del poder reglamentario y del mando de los ejércitos, que le corresponde en exclusiva, tienen mucho, muchísimo en común, cuando no son una traslación directa, con aquellas competencias que el Derecho público hispánico le atribuía como *dominium iurisdictionis*. Ese dominio que, setenta años antes, Pérez Valiente compendia en *ius dicendi tributa, jus ferendi legis, exertium dominium eminens*²⁰⁶.

147. Pocas son las ocasiones, seguramente, en las que existe en el texto constitucional un tan evidente seguimiento del derecho histórico, una tan directa aplicación del principio histórico, ahora respaldado además por el respeto y acatamiento directo y personal a las leyes fundamentales, convertidas, ellas mismas, en principios constitucionales, de la religión, que el rey está obligado a defender y conservar por juramento (art. 173), al igual que la integridad territorial (art. 172-4). En este sentido coexiste con el elemento racional, presente, a mi entender, sobre todo en la facultad de sanción de las leyes. No obstante, tal y como parece regulado en el art. 142, también aquí, como en la francesa de 1791, viene tal mecanismo a hacer de él en primero de los ciudadanos de una Nación que es la agrupación de todos ellos.

148. Todo ello, sin embargo, no minusvalora aquél *dominium eminens* tan característico de los reyes del Antiguo Régimen, que tampoco queda especialmente afectado por la única limitación de relevancia que la Constitución admite: su ausencia o no participación en el proceso de reforma constitucional, manifestación quizá la más emblemática de la soberanía, no sólo por afectar a la ley más relevante, sino porque, teóricamente, implicaba, de hecho, un auténtico proceso constituyente.

149. Pero el procedimiento arbitrado por la propia constitución en el título X muestra, una vez más, hasta que extremo, como muy bien se ha

²⁰⁵ L. SÁNCHEZ AGESTA, *Poder ejecutivo*, p. 21

²⁰⁶ Cít. P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Introducción*

apuntado²⁰⁷, se habían recibido en España “de un modo confuso y contradictorio” las ideas de su mejor expositor, Sieyès. Al no existir una neta diferenciación y, sobre todo, al no conceder al constituyente, verdadero poder, una supremacía explícita sobre el legislativo ordinario, se puede, en efecto, concluir que en Cádiz existía un verdadero constituyente-constituido, aspecto este en el que, por otro lado incurrirán asimismo otras constituciones decimonónicas, en particular la del 45. Tal circunstancia, por tanto, viene materialmente a minusvalorar esa ausencia, por lo demás importante, del rey en uno de los aspectos fundamentales, cuando no el capital, del nuevo constitucionalismo. De tal manera que así el rey salía, en cierto sentido, casi reforzado. Pues, frente a los límites abstractos – abstractos en cuanto que, por lo general, no aparecían, salvo casos particulares, recogidos como tales por el derecho positivo-, pero en cualquier caso muy eficaces, que suponían las leyes fundamentales en todas las formaciones políticas europeas del Antiguo Régimen, ahora, a pesar de haberse convertido en principios constitucionales, se producía un pronunciamiento por la irresponsabilidad, la no responsabilidad en los actos, amplísimos, del rey en los asuntos que el propio Código le reconocía.

.....

150. Desde el punto de vista formal, el modelo constitucional introducido por la Constitución de 1812, se ajustaba, en efecto, a las premisas revolucionarias que, partiendo de una concepción individualista de la sociedad, propugnaban la garantía de unos derechos y deberes subjetivos de formulación estrictamente jurídica, y la separación de poderes adecuada a un gobierno representativo, legitimado por una soberanía nacional cuya expresión primera y más importante consiste en la creación de un derecho legal.

151. Sin embargo, aunando elementos racionales y teológicos, los dos puntales sobre cuya confrontación o simbiosis se asentará la cultura jurídica europea hasta muy avanzado el Ochocientos, el modelo que implanta tal Código Político en modo alguno significa una ruptura, sino más bien una fuerte dosis de continuidad del modelo preexistente, a todos los efectos y en diversas manifestaciones. Continuidad -que no restauración, y mucho menos de una constitución histórica intencionadamente desvirtuada a través de un mito creado con sumo cuidado a partir de unos, asimismo voluntariamente distorsionados, precedentes góticos relanzados con éxito, sobre todo, desde tres siglos antes- a la que contribuyeron decisivamente las contradicciones internas de los presupuestos que informaban la revolución y que la producción normativa, comenzando por las constituciones, reflejaron puntualmente. Y no se trata sólo de las discriminaciones intrínsecas al sistema, aún subsistentes, de raza, sexo y religión que, como fundamento de una desigualdad jurídica, con la nunca

²⁰⁷ J. VARELA SUANZES, *Rey, Corona*, p. 135

contemplada equiparación de oportunidades, se sancionaron constitucionalmente como alternativa material a la igualdad de todos, y de cada individuo, ante la ley, la igualdad legal, ahora presentada como el más fecundo elemento desestabilizador de la sociedad corporativa. Se trata también de la supervivencia del privilegio como articulador de un sistema social y político, en el que el nacimiento se sustituye por la propiedad individual y la rigidez estamental por la permeabilidad de las clases, asimismo sancionado constitucionalmente a través del distinto reconocimiento y tratamiento diverso de la libertad civil y la libertad política en la definición de hombre y ciudadano.

152. Son aspectos relevantísimos, por cuanto forman parte del substrato mismo de la formación y concepción de la Nación como especie y la nación como género. Para los diputados presentes en Cádiz, esta última venía ser, en realidad, la *uniuersitas*, integrada por todos los españoles, pero también una comunidad, al estar unidos, entre otros lazos, por el vínculo de la religión, aquella ley fundamental convertida ahora en principio constitucional. Conforman así, de hecho, la tantas veces mencionada sociedad civil, un género cuya especie es la auténtica Nación desde el punto de vista constitucional, porque es la depositaria de la soberanía en una Monarquía templada con un gobierno representativo, acerca de cuyas características no existía una idea muy clara, pero en el que la representación se ejercía en nombre de un grupo que se identificaba por su comunión de intereses, y por su especial talento para generar riqueza. Sus miembros, calificados como ciudadanos activos y rodeados de una aureola de excelencia y virtud que depende exclusivamente de la magnitud de su patrimonio, están así especialmente cualificados para designar a quienes, en su nombre, pueden expresar la voluntad general a través de la ley. De esta manera, la relación representante-representado se legitima por la capacidad para contribuir a las cargas del Estado, razón por la cual se asienta en criterios estrictamente fiscales, ya que ésta era la única variable que, tal como expone el Preámbulo de la Constitución, agrupaba “la propiedad territorial y la industria”²⁰⁸.

153. Se trata, sin embargo, de un hecho, este último, que tampoco suponía una novedad. La estimación jurídica de la renta para determinar al sujeto políticamente relevante, unánime entre los teóricos del Antiguo Régimen, fue una práctica que contó con el acuerdo de la nobleza en la Francia absolutista en el Siglo XVIII²⁰⁹; en España, se podría rastrear sin esfuerzo, por lo menos, en las reformas acaecidas durante el reinado de Carlos IV, y aun con anterioridad, siendo asimismo es el argumento principal de las *Cartas de León de Arroyal* a fines de siglo. Pero, de este modo, la Nación-especie, conservaba una gran similitud con el antiguo *populus*, al que, en cierto modo, venía a sustituir en esta nueva “forma de

²⁰⁸ *Discurso Preliminar*, pp.682 y 718

²⁰⁹ M. KWASS, *Privilege, passim*

gobierno” en la que el rey, asimismo, mantiene casi indemnes las principales prerrogativas de su *dominium iurisdictionis*. Fundamentalmente porque, como es evidente, la nación-género, esa sociedad civil que es también una comunidad porque sus integrantes están sometidos al mismo derecho, asimilable, en el constitucionalismo moderno al concepto jacobino de pueblo, quedaba, a pesar de su obligatorio cumplimiento, totalmente marginada al margen en los procesos de adopción de decisiones políticas y de la elaboración de las leyes, adoptadas por los representantes de una Nación que, de esta manera viene a situarse en una posición muy próxima a aquella suerte de tutoría que los juristas atribuían al *populus* durante el Antiguo Régimen.

154. Es una cuestión que se advierte incluso en los asuntos locales o municipales, ese “gobierno interior de las provincias y pueblos” regulado en el título VI, en la única mención a pueblo que existe en toda la Constitución. Ahí, en efecto, a pesar de conservar intocada la forma institucional de los concejos preconstitucionales (arts 313 y 314), se deposita en manos de los ciudadanos la elección de los órganos, no obstante la proclamación en el Preámbulo de haber “establecido el principio de que los ayuntamientos hayan de formarse en su totalidad por la elección libre de los pueblos”²¹⁰. De hecho, la propia constitución viene, una vez más, a sancionar su carácter de auténtica *societas civilis*, bien que de naturaleza individualista y no corporativa. Porque, tras reconocer que, históricamente, estos ayuntamientos “de las ciudades y pueblos de los diferentes reynos de la Península” eran una asociación libre de base comunitaria y que los “vecinos –descartada su equiparación a ciudadanos en 1811, como ya se ha visto– de los pueblos son las únicas personas que conocen los medios de promover sus propios intereses”, cuyo valor comunitario se encomia, se limita, exclusivamente, a abolir los privilegios corporativos y a “derogar virtualmente los regimientos hereditarios, perpetuos y realengos” en conformidad a la reforma jurisdiccional y estamental que también ahí se explica.

155. Observándolo bien, por tanto, la naturaleza de esta Nación española del art. 1 no es sino la de una *uniuersitas* reunida en *societas ciuilis* como se ha expuesto, carente de competencias, a pesar de su reconocimiento constitucional, cuyos miembros mantienen con la persona-Estado una relación subjetiva, absolutamente personal. No es un caso aislado de esta “pervivencia adaptada”: al fin y al cabo la regulación legal del más paradigmático –sagrado, en la época– de los derechos individuales, demostraba como en la esfera privada, la propiedad, podía coexistir con mecanismos totalmente contrarios, como censos y foros, por ejemplo, de base dominical y corporativa. Ni tampoco es lo único que permanece: las jurisdicciones especiales de base igualmente corporativa, y el respaldo incontestable de la división territorial de las “Españaes” según provincias y

²¹⁰ Discurso Preliminar, p. 713

reinos preexistentes, cuya aceptación y presencia infringen clarísimamente los elementos de racionalidad y objetividad adecuados a las circunstancias y exigencias naturales, culturales y económicas que impone el nuevo modelo²¹¹ pero extrañamente adecuada a esa moderna concepción política del *Reyno*, que no se define pero al que se mantiene la única indivisibilidad constitucionalmente reconocida (art. 174) como aplicación de la antigua ley fundamental que prescribía un orden sucesorio y la integridad del territorio, son, algunos entre otros, testimonios al respecto.

156. Todos ellos conforman elementos, tantos y tan constitucionalmente relevantes, de continuidad que no dejan de producir perplejidad y sugerir al menos ciertos cuestionamientos sorprendentes. No se trata, sin embargo, un caso particular; más bien ocurre lo contrario y es norma general. No sólo se produce en España, donde la Constitución del 45 –y en algunos aspectos también la del 37- exasperará incluso la presencia de ciertos factores de permanencia. También en el resto de los estados europeos puede observarse –quizá con la excepción de 1848 en Francia- el mismo fenómeno, bien que con menos expresividad, ciertamente. De hecho, no será hasta finales de los sesenta y primeros setenta, 1869 en España, con la irrupción del Estado no intervencionista, o no activista en Estados Unidos, cuando las consolidaciones económicas, las presiones sociales, y la así llamada opinión pública, promueva esa disociación hegeliana de Estado y sociedad, y, con ello, la puesta en marcha de la que, sin género de dudas, es la verdadera revolución constitucional: el parlamentarismo.

²¹¹ A.M. HESPANHA, *La gracia del derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*. Madrid, 1993, p. 95