

JOSÉ ASENSI SABATER  
(Universidad de Alicante)

## Liberalismo y modernidad en el constitucionalismo español

### I. AL PROFESOR FERRANDO BADÍA

La invitación a participar en el libro-homenaje dedicado al profesor Ferrando Badía supone para mí un motivo de gran satisfacción a la vez que un sincero compromiso. El fecundo magisterio del profesor Ferrando a lo largo de tantos años, la huella intelectual y moral que ha dejado entre nosotros, nos obliga a proseguir el diálogo con él y con su obra, que va más allá de lo que sería, en el plano personal, la expresión de un recuerdo emocionado hacia su persona y un tributo de afecto por todo lo que él hizo por la Universidad y por quienes servimos en ella.

Fue el profesor Ferrando un notario de su tiempo; un tiempo de desorden político e intelectual, en el cual las viejas categorías del Derecho Constitucional se desgarraban. Un tiempo que, en España, estaba como en suspenso, debido a los estertores de una dictadura que había tratado de estrangular el desarrollo del pensamiento constitucional. En este sentido, el profesor Ferrando tuvo la valentía de nadar a contracorriente, adentrándose en terrenos desconocidos para quienes éramos entonces jóvenes investigadores. Su obra, en contacto con las corrientes realistas de la Ciencia Política, se anticipó varias décadas a los dictados del programa oficial del momento, gracias a lo cual pudimos vislumbrar la riqueza de las aportaciones que nos presentaba.

Su manera de concebir el Derecho Político –una concepción que hoy en día, aunque desplazada hacia otras temáticas, vuelve por sus fueros–, tenía la ambición de desplegarse de la mano de un cosmopolitismo que se remontaba más allá de las determinaciones nacionales, o nacionalistas, que habían sido el santo y seña de la tradición del Derecho Constitucional en España. Fue, por otra parte, un demócrata convencido, lo que por entonces representaba un riesgo evidente; y por ende, un firme europeísta. Tuvo una sensibilidad política progresista y avanzada, animada por el convencimiento de que la sociedad, la española muy concretamente, tenía que desarrollarse como un todo, sin dejar de lado la reivindicación de las clases populares de ser sujetos activos en la tarea de la realización efectiva de la Constitución.

Ahora bien, todo el fruto del trabajo del profesor Ferrando descansa en un concepto de Constitución estrechamente vinculado a la Historia, al proceso histórico. Sus más admirables obras están enfocadas desde esta perspectiva, en el bien entendido de que la Constitución no es una norma estática sino que sus pretensiones de normatividad se proyectan sobre un entorno cambiante y una realidad subyacente que presenta resistencias, y que, al tiempo, esa propia realidad, en permanente transformación, moldea y en ocasiones rebasa las propias determinaciones constitucionales.

Me ha parecido, pues, pertinente a la hora de rendir homenaje al Profesor Ferrando Badía, hilvanar algunas ideas sobre las raíces constitucionales de España, a partir de las cuales, a buen seguro, podríamos haber entablado una buena discusión. Por otro lado, en estos tiempos refundadores de tantas cosas, no está de más que, junto al discurso «ético-jurídico», hoy predominante, se recupere ese otro discurso «histórico-político» que nos ayuda a reflexionar sobre los antecedentes, las innovaciones que la Constitución ha traído consigo, y la huella que el paso del tiempo ha dejado en su trama un tanto percutida.

## **2. UNA HISTORIA CONSTITUCIONAL SOLÍCITA DE INTERPRETACIONES**

Acierta de lleno Bartolomé Clavero, un historiador del Derecho riguroso, al señalar que no se encuentra en la bibliografía española una línea inequívoca de interpretación de nuestra Historia constitucional.

No olvidemos que todo intento explicativo del pasado viene condicionado – y más aún si éste tiene que ver con la «Constitución Política»- por las circunstancias de la época y por el peso de los paradigmas vigentes en el momento en que se escribe. Debido a ello, no es extraño que la Historia constitucional de España, que conocemos por los libros y los escritos de los autores, responda a las tensiones y las crisis políticas que han abundado entre nosotros, y que se preste en líneas generales a ser abordada desde planteamientos desdeñosos, apologéticos o críticos, según los casos.

Hay que destacar por otro lado que los paradigmas del constitucionalismo han estado monopolizados tradicionalmente por lo que en Teoría Constitucional se conoce por el «constitucionalismo originario», es decir, por modelos constitucionales considerados genuinos, bien sean los de la Revolución Francesa, la Constitución norteamericana o la «Constitución» inglesa. Los restantes procesos constitucionales, entre ellos el español, se han considerado habitualmente como productos derivados, y se valoran y entienden en función de su proximidad o en su contraste con aquéllos. Por más que la Constitución de Cádiz, la Constitución republicana de 1931, e incluso la vigente Constitución de 1978, contengan innovaciones de interés, elementos abiertos a la reflexión constitucional, éstos se consideran de tono menor en comparación con los modelos de referencia.

Tal punto de partida, sin embargo, omite el hecho de que precisamente lo decisivo de los procesos constitucionales está en los detalles, en las especificidades, en las líneas de ruptura que, por supuesto, no siguen ni han seguido nunca un patrón preestablecido: no tendría sentido, pues, marginar del campo de visión importantes procesos histórico-constitucionales altamente interactivos, como los que tuvieron lugar en Alemania, Italia, Bélgica o Rusia, y desde luego en España, por no hablar del constitucionalismo latinoamericano, muchas de cuyas claves están todavía sujetas a discusión.

Si el estado de cosas aquí descrito se explica por la influencia doctrinal, y sobre todo política, de los Estados que han gozado de un protagonismo indiscutido a lo largo de los siglos XIX y XX, es evidente que la tendencia está cambiando. La Historia constitucional, que en realidad ha sido durante mucho tiempo un precipitado de la Historia del nacionalismo, se encuentra ahora en trance de revisión, de suerte tal que el debate se orienta cada vez más en la dirección de lo que verdaderamente importa, a saber: de qué manera los diferentes Estados, en el curso de su azaroso camino hacia la modernidad, han planteado y en su caso resuelto sus problemas de convivencia política de un modo acorde con el punto de vista jurídico-constitucional.

El debate actual gira, pues, en torno a la problemática de los procesos de modernización, con todas sus complejidades, respecto de los cuales la Historia Constitucional se entiende como una vertiente más, con sus determinaciones características. Habría que apuntar de pasada en este orden de cosas que uno de los factores que más ha contribuido al ensanchamiento del horizonte de la problemática constitucional es la configuración política actual de los Estados, que se presenta ahora bajo esquemas constitucionales más complejos e integradores, como es el caso de la Unión Europea y en cierto modo de Latinoamérica, lo cual introduce en los estudios constitucionales mayor riqueza y profundidad.

Aportaciones como la de los profesores Peter Häberle en Alemania, Mauricio Fioravanti y Matteucci en Italia, o Carlos de Cabo en España, dan idea de la creciente importancia de los métodos comparativos –de instituciones, procesos constitucionales, intercambios culturales y políticos– así como del empleo de categorías homogéneas de tipo jurídico-constitucional, a la hora de analizar los procesos históricos. A ello se añade que la historiografía actual aporta resultados más refinados y concretos, enriqueciendo con ello la perspectiva desde la que juzgar la Historia constitucional de cada Estado en particular.

No de otro modo cabe explicar, por ejemplo, la influencia que a estos efectos supone la Constitución española de 1978, que sin ser ni mucho menos «originaria», sino más bien un texto que integra experiencias de nuestra tradición constitucional junto a préstamos procedentes de otras constituciones del entorno europeo, se proyecta más allá de nuestras fronteras en toda una serie de aspectos, que van desde los mecanismos de protección de los derechos de la persona a las peculiaridades del modelo territorial del Estado.

De ahí también que los relatos constitucionales de juicio pronto, y, en ocasiones, francamente desafectos hacia los ideales constitucionales, que predominaban en las décadas de los sesenta y setenta, hayan dejado paso a una renovación de los estudios constitucionales, que recuperan ahora la rica tradición que iniciara Adolfo Posada, continuada años más tarde por Manuel García Pelayo y otros constitucionalistas, plenamente identificados ya con los postulados del constitucionalismo democrático y social, hasta desembocar en el momento actual.

Ahora bien, la superación de la mediocridad y el oscurantismo impuestos por la dictadura franquista, la anomalía más sobresaliente de la Historia constitucional española, no significa que ésta se pueda considerar materia pacificada. Como se dijo, no es fácil sustraerse al debate político del momento, como prueban los frentes abiertos entre historiadores y constitucionalistas a propósito de los tópicos constitucionales. Se sigue discutiendo, pues, sobre y hasta qué punto la Historia constitucional de España ha tenido o no un desarrollo coherente; sobre la estabilidad y la calidad de las instituciones; sobre las contradicciones entre las propuestas constitucionales y la realidad social; sobre las fracturas o «*clivajes*» típicos de la vía española hacia la modernidad, especialmente en lo relativo al modelo de Estado, la cuestión social y la naturaleza de los conflictos políticos, las relaciones entre Estado e Iglesia, la persistencia de instituciones premodernas, el factor militar, y otros aspectos relevantes, similares en todo caso a los problemas que han tenido que afrontar otros países europeos.

En la medida en que la Constitución española de 1978 ha abierto un abanico nuevo de posibilidades, una vez fusionados sus principios informadores en torno al modelo del Estado social y democrático de Derecho, y dada, por otra parte, la efectividad de las libertades ideológica y de investigación hoy plenamente garantizadas, no es de extrañar que se multipliquen las interpretaciones del pasado constitucional, las cuales tratan de enlazar bien con la tradición liberal, bien con postulados eminentemente democráticos o, bien, finalmente, con la exaltación de los valores sociales.

La discusión sobre estos aspectos se agudiza más si cabe en nuestros días en la medida en que no es ni mucho menos descartable su incidencia en el debate político cotidiano. Pero lejos de ver en ello un factor contaminante hay que saludarlo como síntoma de la revitalización de los estudios históricos. No cabe esperar del historiador una interpretación cerrada, definitiva. La Historia –también la Historia constitucional española–, tiene sentido si la inmensa riqueza de los datos y las contradicciones que éstos entrañan permanece abierta a ulteriores interpretaciones.

Con todo, aunque la problemática de los procesos de modernización sigue siendo la vía principal de los estudios histórico-constitucionales, el interés de los historiadores ya no se centra ahora únicamente en este punto sino que se vuelca en temáticas inéditas, suscitadas en el contexto de una sociedad como la española que se encuentra inmersa en lo que se ha dado en llamar postmodernidad. Abundan así incursiones novedosas en materias tales como las minorías nacionales,

étnicas o sociales, las cuestiones de género, de ciudadanía, de los movimientos sociales y políticos, etcétera, recuperando para la «memoria histórica» la peripecia vital y social de los «sujetos débiles», víctimas, precisamente, de una modernidad de alguna manera impuesta.

Pero volvamos sobre nuestros pasos para plantear algunas cuestiones básicas referidas al constitucionalismo histórico español, para ver más de cerca algunas de sus implicaciones.

### 3. LAS POTENCIALIDADES DEL IDEAL CONSTITUCIONAL

Revisitar a paso de carga el proceso histórico del constitucionalismo español que arranca en Cádiz, con el precedente de la convulsión que supuso la Guerra de la Independencia contra Napoleón, nos lleva a plantear inmediatamente el problema central que desde entonces no ha dejado de afectar a España: la tensión entre Constitución política y realidad social, o dicho de otro modo, el impacto que el ideario liberal produjo en la realidad social y política de España –en lo que en cierto modo era su Historia hasta ese momento– ya en los albores del XIX.

Un primer dato es bastante evidente: el ideario liberal no es un ideario cualquiera, sino hijo legítimo del art. 16 de la Declaración francesa de 1789, según el cual «una sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni la separación de los poderes, no tiene constitución». Hasta entonces una «constitución», un término de añejas connotaciones, era sin más el conjunto de reglas, costumbres, usos y prácticas que regulaban la vida de la comunidad política. A partir de la Declaración, la Constitución toma un significado completamente distinto, fundacional si se quiere, erigiéndose en la clave para evaluar no sólo el pasado de España sino *de cualquier sociedad y de cualquier pasado*, especialmente si éste se identificaba con el del arbitrio de los reyes y de los cuerpos privilegiados del Antiguo Régimen.

La Declaración determinó sin duda un *antes*, considerado irracional y despótico, y un *después* ya plenamente racional. Mas aún, en algunos de sus elaboraciones discursivas más influyentes, como por ejemplo en Hegel, el ideario liberal se presenta como el único *históricamente racional*, legitimado por tanto para llamar a juicio a las historias particulares ante el tribunal de la Historia Universal.

Para medir las consecuencias de lo que aquí se trata hay que tener en cuenta que, a lo largo del XIX, este discurso fue compartido no sólo por los liberales, tanto fueran moderados como radicales, sino por monárquicos constitucionalistas, republicanos y socialistas, pues no se identificaba con posiciones ideológicas particulares sino que era el sustrato común en que se sustentaba la modernidad política. En gran medida este discurso se sigue compartiendo.

La fuerza expansiva de este ideario, con la carga epistemológica que comporta, va más allá de las resistencias concretas que le salieron al paso aquí y allá, y las desborda. Ciertamente, no es baladí el modo, revolucionario o evolutivo, en que los postulados del liberalismo se abren camino; pero lo que importa, más allá de la figura y del mito del «poder constituyente», es la extraordinaria fuerza expansiva que se encierra en el nuevo paradigma, capaz de determinar la entera estructura del Estado y de su ordenamiento jurídico, y expandirse a lo largo y ancho de la sociedad.

Desde este punto de vista no se puede negar que la irrupción en España del nuevo concepto de Constitución, pese a las resistencias, censuras y cautelas, que los liberales españoles expresaron ya tempranamente con ocasión de la elaboración de la Constitución de Cádiz, impuso finalmente su ley. La planta de las constituciones españolas del XIX, y aún de la Constitución republicana de 1931 y de la vigente Constitución de 1978, en mayor o menor medida, responde en lo sustancial a las categorías del constitucionalismo liberal. Nunca se ha desembarazado de ellas. La lengua del Derecho y de la Constitución es todavía hoy una lengua construida en clave liberal.

Es cierto que una cierta ambigüedad rodea con frecuencia la cuestión constitucional en España, ya desde los tiempos de Cádiz. Recordemos por ejemplo la polémica, muy viva en su tiempo, alimentada más tarde por una cierta historiografía, sobre la naturaleza más o menos «patria», más o menos extranjerizante, de la Constitución de 1812. ¿Era la Constitución de Cádiz una Constitución *ex novo* o el fruto de una transacción de los poderes tradicionales? Qué duda cabe que por razones políticas los artífices de la Constitución de Cádiz se esforzaron por presentar su obra más como una reforma de las antiguas instituciones de la monarquía que como el producto de las nuevas ideas y fuerzas revolucionarias. Pero ello no era más que apariencia.

Que Agustín Argüelles subtitulara su estudio sobre las Cortes de Cádiz con el expresivo título de «Examen histórico de la Reforma Constitucional que hicieron las Cortes generales y extraordinarias» y que en el Discurso Preliminar de la Constitución se afirmara que nada había allí «que no se halle configurado del modo más auténtico y solamente en los diferentes tiempos de la legislación española, sino que se mire como el nuevo método con que ha distribuido las materias ordenándolas y clasificándolas para que formasen un sistema de ley fundamental y constitutiva», no da cuenta sino del disfraz con el que se pretendió embozarla.

Los intentos de un Martínez Marina, por ejemplo, de presentar la Constitución gaditana como una mera reforma de la vieja «constitución histórica» de la monarquía española, es simplemente el reflejo de las aperturas políticas de los padres constituyentes gaditanos, muchos de los cuales, es cierto, se orientaban hacia Inglaterra a la hora de buscar un ejemplo de acción constituyente a imitar, pues únicamente un reducido grupo de afrancesados encabezados por Meléndez Valdés soñaron para España un proceso, también moderado, pero a la francesa.

Ahora bien, tomando una cierta distancia histórica, lo decisivo es constatar, como se dijo, el potencial expansivo del ideario liberal, tanto en sus aspectos constitucionales como jurídicos, que transformó radicalmente la faz de la sociedad española de su tiempo. En este sentido no es el constitucionalismo español «diferente» de otros procesos constitucionales conocidos. Más bien al contrario: la Historia constitucional española muestra a las claras, tanto en el terreno de las instituciones como en el de la filosofía política, líneas de semejanza con el ideario liberal mucho más marcadas si cabe que otros países europeos. Y en todo caso decididamente contrapuestas a las procedentes de la tradición del mundo hispánico.

#### **4. LA ESTRUCTURA DE LA SEPARACIÓN DE PODERES Y LA CUESTIÓN DE LA SOBERANÍA**

De las dos partes del artículo 16 de la Declaración, la referida a la separación de poderes tiene, desde el punto de vista constitucional, una importancia mayor que la garantía de los derechos, que se supone que no es sino la consecuencia directa de una específica arquitectura constitucional.

«Separación de poderes» no es exactamente lo mismo que «división de poderes», la fórmula canónica que consagrara Montesquieu en sus escritos. La interpolación que la Declaración francesa hace a este respecto, identificando los tres poderes en que se dividen las ramas del Estado con las «funciones» legislativa, ejecutiva y judicial, es algo más que un mero ajuste semántico. Responde al objetivo de jerarquizar tales funciones y reservar un importante papel al Ejecutivo, residenciado en la Corona, allí donde, como en España, la monarquía prevaleció a fin de cuentas.

Pero es el caso que el constitucionalismo liberal se correlaciona principalmente con la forma de gobierno representativo y limitado, y no tanto con la cuestión de la titularidad del poder. Se trata de un constitucionalismo concebido para hacer efectivo el control del poder, buscando el sometimiento de éste a las determinaciones del Derecho. No de cualquier Derecho, sin embargo, sino de un Derecho que tiene su fundamento en la garantía de la autonomía individual.

De ahí que para el liberalismo la «separación de poderes» no afecta a la soberanía. Ésta puede estar residenciada de modo eminente y exclusivo en el «poder constituyente», como propugnaron liberales radicales, republicanos y socialistas; o en la Nación, como ya se estableció liminarmente en Cádiz («La soberanía reside *esencialmente* en la Nación», fórmula que se repite en la Constitución de 1869). Puede ser inclusive una cualidad predicable del propio Estado, como los juristas positivistas sostuvieron con el propósito de convertir la soberanía, un concepto político por excelencia, en mera soberanía del Derecho, narcotizando así sus efectos políticos. Para el ideario liberal, finalmente, no representa en absoluto un problema que la soberanía pudiera ser compartida

entre la Corona y la representación popular, tal como de hecho ocurrió en buena parte del constitucionalismo español del XIX. Así lo teorizaron los liberales doctrinarios, defensores de la «Constitución histórica», cuya figura más destacada fue Antonio Cánovas del Castillo.

En poco se diferencia a este respecto el caso español del constitucionalismo dominante a lo largo del siglo XIX en Europa, ya que éste fue, en lo que a la cuestión de la soberanía se refiere, eminentemente dualista, con las importantes implicaciones que se derivaron de ello en los órdenes teórico y práctico. Ahora bien, una tal configuración de la estructura de los poderes, basada en su «separación», deja a la Monarquía como flotando en un terreno ambiguo, pues ésta no se entiende como un poder funcional más, sino que se reencarna como «poder moderador», reservándose para sí potestades decisivas, de tal suerte que su voluntad se deja sentir en el juego de los poderes del Estado.

La estructura orgánica de las constituciones españolas del XIX, ya desde Cádiz, responde en general a este modelo, sin que se experimentaran con posterioridad excesivas variaciones, con las excepciones ya indicadas.

Se parte, pues, del esquema de un Poder Legislativo, normalmente bicameral —excepto en Cádiz y en la Constitución republicana—, que tiene atribuido materialmente la potestad legislativa y la representación de la Nación, es decir, en todo caso, la legislación que regula las esferas de libertad y de propiedad de los ciudadanos. De un Poder Ejecutivo, por otra parte, cuya cabeza es también la Corona, que además de importantes atribuciones de ejecución ministerial, salvaguarda del orden público y mando militar, coadyuva a la legislación, bien mediante el veto suspensivo, que ya la Constitución gaditana se reservara al monarca, bien mediante la institución de la sanción real a las leyes, que subsistió en su forma constitutiva de requisito de la validez de la ley, hasta que se transformara, ya en la Constitución vigente de 1978, en un requisito meramente formal y obligado, como corresponde ahora a una monarquía de tipo y alcance parlamentarios.

Un Poder Judicial, finalmente, reconocido como tal en Cádiz, que se establece separadamente de los otros dos poderes con el fin de erradicar de una vez por todas la fronda de jurisdicciones señoriales y eclesiásticas del Antiguo Régimen. Un Poder Judicial basado en los principios de independencia e imparcialidad, y al cual se encomienda la potestad de aplicar las leyes, a las que se encuentran expresamente sometidos. Bien es verdad que los principios de inamovilidad, independencia, imparcialidad y profesionalidad de los jueces no fue una realidad inmediata, a pesar de lo dispuesto en los textos constitucionales, pues se veían interferidos por la discrecionalidad del Ejecutivo. De hecho no alcanzan una relativa efectividad hasta la Restauración, como el núcleo fundamental que eran del funcionamiento del Estado de Derecho.



## 5. LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

Acostumbrados como estamos hoy en día a considerar a los derechos y libertades ciudadanas como los fundamentos del orden político y de la paz social, tal como establece la vigente Constitución de 1978, nos cuesta entender el distinto papel que desempeñaron en el ordenamiento liberal.

En este ámbito, los derechos de la persona formaban parte del ideal político, o si se quiere, del Derecho Natural racionalista, que cristalizó en la tríada revolucionaria «libertad, igualdad y fraternidad». Pero su concreción jurídica se confió a las determinaciones de la ley, y sólo de ella. Por tanto, en el orden liberal, la delimitación de los derechos, con sus consiguientes modulaciones, quedaba relegada al dictado de las regulaciones legales, y más allá, a las medidas administrativas y policiales que en muchos casos de dictaban para salvaguardar el orden público. «Derechos» era sinónimo del estatuto de libertad e igualdad del ciudadano burgués, el cual reclamaba un espacio de libertad libre de ingerencias, la seguridad de que su propiedad sería respetada y la certeza de que sus posibilidades económicas y de desarrollo individual no sufrirían discriminaciones.

Ya los primeros Decretos de las Cortes de Cádiz introdujeron reglas sobre el principio de igualdad y los derechos ciudadanos, de clara impronta francesa. Así, en el de 6 de agosto de 1811 se ordenó que «en adelante nadie podrá proclamarse señor de vasallos, ejercer jurisdicción, nombrar jueces, ni usar de privilegios y derechos compartidos en este decreto (art. 14)», y en el X de 1810, se declaró «la igualdad de todos los españoles, tanto metropolitanos como ultramarinos»). En la Constitución gaditana, pese a no contener nada parecido a una tabla de derechos a la manera de la Declaración de 1789, son múltiples las referencias al nuevo programa individualista, como puede ya leerse el Discurso Preliminar, donde se proclama:

«La ley ha de ser igual para todos y en su aplicación no ha de haber acepción de personas. A su vista todos parecen iguales, y la imparcialidad con que se observen las reglas que prescriben será siempre el verdadero criterio para conocer si hay o no hay libertad civil en un estado.»

El principio de libertad se pone de manifiesto, por otra parte, en preceptos tales como el artículo 4º («La nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos de todos los individuos que la componen») enumerándose asimismo el de sufragio (arts. 27 y 91 a 97), la inviolabilidad de domicilio (arts. 306 y 373), toda suerte de garantías procesales y penales, progresistas para la época (arts. 244 y 247, 287, 300, 302, 303, 297), o la libertad de expresión, de prensa y de imprenta (art. 371: «Todos los españoles tienen libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas sin necesidad de licencia, revisión o aprobación alguna anterior a la publicación, bajo las restricciones y responsabilidades que establezcan las leyes»).

A lo largo del desarrollo del constitucionalismo liberal, los derechos y libertades registraron tanto períodos de fortalecimiento como de debilitamiento, en función de las coyunturas político-constitucionales. Sobre la base de una garantía relativamente sostenida en lo que respecta a los derechos de propiedad y de libertad, preeminentes en todo caso, otros derechos más directamente emparentados con la participación política, como los de asociación y reunión, e incluso los de libertad de prensa e imprenta, sufrieron evidentes restricciones por motivos políticos: nada sin embargo que no se diera en otros contextos constitucionales europeos, y aún de Norteamérica.

Tuvieron lugar entre nosotros todos los debates y planteamientos imaginables en materia de derechos. Desde la exaltación inicial de Cádiz, cuya Constitución depositaba en el ejercicio de los mismos la esperanza de la felicidad de la Nación, hasta las restricciones de los derechos que ya empiezan a manifestarse en la Constitución del 37, y más aún en la «doctrinaria» Constitución de 1845. Hubo momentos de florecimiento de tablas de derechos, que introducían ya a las claras contenidos eminentemente democráticos, como en la Constitución de 1869; y otros en los que llevó a cabo la formalización detallada de su marco legal, como en el período de la Restauración, si bien con el alcance que permitía el pacto dinástico que se concretó en la Constitución de 1876.

No obstante, pronto se reveló la insuficiencia de este marco legal, de clara impronta individualista, para integrar las demandas de los nuevos sujetos que se iban incorporando al desarrollo de la sociedad moderna, urbana, industrial y democrática. Dan cuenta de ello los interesantes debates parlamentarios que se suscitaron a partir del 1968 en relación con la AIT, o las medidas de orden público dictadas para enervar el avance del asociacionismo obrero y las reivindicaciones del republicanismo político, para los cuales, la proclamación constitucional del sufragio universal masculino en el 68, y su concreción legal, el 26 de junio de 1890, no supuso precisamente un paliativo.

## **6. CÓDIGO Y CONSTITUCIÓN**

Se suele afirmar equivocadamente que las constituciones del XIX, a diferencia de las actuales, carecieron de valor jurídico, que fueron instrumentos de gobierno de mero valor político y que sus reglas estuvieron ayunas de verdadera eficacia. Es evidente que, en este terreno, las constituciones del XIX no resisten la comparación con la Constitución vigente del 78, e incluso con la republicana del 31, que ya incorpora, por influencia de la Constitución de Weimar, en el elenco de sus instituciones, un Tribunal de Garantías Constitucionales. Pero esto no significa que las Constituciones del XIX no fueran normativas.

Eran sin duda por su formulación y sus contenidos un código de auténticas normas jurídicas. Una norma no deja de serlo porque la infracción de la misma no lleva aparejada una sanción. Y ciertamente, la fuerza de los hechos políticos

impugnaba muchas veces la eficacia de las constituciones; mas no así su validez. Estaban especialmente protegidas frente a los cambios, mediante un procedimiento de reforma distinto y más exigente que el de las leyes. De hecho, a pesar de que las Constituciones españolas fueran promulgadas, derogadas, o dejadas sin efecto como consecuencia de los vaivenes políticos, muchas de ellas, formalmente al menos, se presentaron como reformas de Constituciones anteriores; así sucedió con las Constituciones del 37 y del 45, presentadas como reformas sucesivas que arrancan de la Constitución de Cádiz, y con la propia Constitución de 1876. Por otra parte, irradiaban una eficacia simbólica de primer orden en el sentido de que conceptos que utilizaban no eran en absoluto indiferentes. La propia desafección de sectores políticos y sociales a las constituciones, según tuvieran cariz conservador o progresista, monárquico o republicano, lo prueba. Tenían eficacia, sin duda, más no una legitimidad basada en el consenso social.

Se ha subrayado acertadamente la relación que existe en el constitucionalismo del XIX entre el proceso de codificación del Derecho privado y el proceso de codificación del Derecho público y constitucional. Ambos procesos, en efecto, se relacionan. Es cierto que en el universo liberal, el Estado, el reino de lo público, es una esfera separada de la sociedad, el reino de lo privado, y que, por tanto, la codificación de las normas del funcionamiento de la sociedad civil responde a principios distintos de la codificación política; pero ambos son complementarios.

No hay que olvidar que la Constitución representa para el ideario liberal la coronación de un programa sistemático de codificación normativa. Frente a los particularismos jurídicos del Antiguo Régimen, en el que coexistían una pluralidad de ordenamientos señoriales, gremiales, canónicos, y en el que la autoridad del Derecho emanado y compilado por la Monarquía era desafiado por las doctrinas de los juristas, a la que los tribunales se atenían normalmente, el orden liberal requería de una simplificación drástica del sujeto de Derecho y de las materias que debían ser reguladas por las leyes, tanto en el ámbito de las relaciones jurídico-privada como en el de las relaciones jurídico-públicas.

Por otra parte, la codificación venía alentada no solo por un prurito de racionalidad abstracta, sino por la necesidad de convertir el espacio del Estado en un espacio unitario, en una unidad económica homogénea en la que pudiera desarrollarse sin trabas, sin inseguridad e incertidumbre, la lógica del mercado. A tales fines se llevó a cabo la abolición de los señoríos, la erradicación de los privilegios que conservaban la nobleza y la propia Iglesia, desamortizándose sus bienes raíces. Quedaron suprimidos igualmente los gremios y corporaciones que se resistían a abrirse a la libertad de los mercados. Se produjo, en fin, un poderoso impulso de simplificación y clarificación de las leyes, en forma de códigos, tomando en muchos casos como referencia a Francia, cuyo *Code civil* se promulgó tempranamente, en 1804.

El programa codificador, que había de ser el mismo para todo el Estado, fue una tarea que la Constitución del 12 encomendó al legislador. Pronto se empezó a

concretar en leyes, de desigual incidencia, dadas las turbulencias a que estuvo sometido el legado gaditano. Hubo que esperar, no obstante, exceptuando el Código Penal de 1848, hasta la Restauración para la promulgación de los principales códigos ya maduros, como el Código de Comercio de 1885, el Código Procesal Penal de 1882, la importante Ley Contencioso-Administrativa de 1888, y ya finalmente, en 1889, superadas las interminables resistencias foralistas, el Código Civil. Ni que decir tiene que tales códigos funcionaron como la auténtica constitución material, la «constitución» efectivamente aplicada en la sociedad de la época.

Especial mención merece el desarrollo del Derecho contractual, que era absolutamente contrapuesto al concepto jurídico del Antiguo Régimen, en el cual las relaciones entre individuos, entre sirvientes y amos, maridos y mujeres, etc., no podían ser determinadas por la voluntad de las partes sino que venían preestablecidas por derechos y obligaciones más o menos regulares. Con el nuevo derecho contractual, sin embargo, las partes dejaron de estar sujetas a las prácticas establecidas y quedaron habilitadas para negociar individualmente un conjunto de expectativas comúnmente negociables.

Es obvio, en fin, que la codificación no respondía a un problema exclusivamente técnico, sino profundamente político, hasta el punto de que no podía realizarse sino como un aspecto más de la revolución político-constitucional que estaba en marcha. Es fácil, pues, darse cuenta de que el proceso de codificación, que crea un marco de seguridad jurídica y de expectativas negociables, se caracterizó, tanto en España como en otros países, por ser un proceso directamente político, en el sentido de que actuó como un soporte del nuevo régimen.

## **7. EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL Y SUS ANOMALÍAS**

Todo proceso constitucional presenta anomalías. Ninguno está a salvo de ellas, ni siquiera el «constitucionalismo originario». En la medida en que el ideario liberal, en Europa al menos, con la cultura individualista que le envuelve, era diametralmente opuesto a la estructura social, política y cultural con la que se confrontaba, que era la del Antiguo Régimen, cabía esperar resistencias ante su avance, que fue demoledor en cualquier caso.

Si bien la influencias más claras en el constitucionalismo español proceden de Francia, las anomalías que presenta España tienen otras causas. Se parecen, no obstante, en el sentido de que el español es un constitucionalismo que se apoya, como el francés, en un concepto de Estado fuerte. Pero presenta la importante diferencia de que, en España, el Estado no juega el mismo papel que en Francia, donde se entiende que es ante todo un instrumento al servicio de la erradicación del Antiguo Régimen, sino que, aquí, el Estado hereda bastantes de los ingredientes

de la antigua monarquía y, por tanto, de las instituciones premodernas que lo configuraban.

Se puede decir, pues, que el constitucionalismo del XIX no supuso un verdadero límite a la arbitrariedad del funcionamiento del Estado, y que en no escasa medida tuvo que coexistir con instituciones tradicionales en las cuales se fortificaron las fuerzas refractarias a la modernización, es decir, las clases nobiliarias, la Iglesia, y aún los gremios y corporaciones que subsistieron por largo tiempo. Esto mismo se puede expresar diciendo que, en España, los sectores sociales burgueses que apoyaban el nuevo marco constitucional eran débiles, ya que el proceso de industrialización y de urbanización fue irregular e inestable, lastrado por el peso de una España rural y analfabeta.

En puridad, ya la propia institución monárquica es en sí una anomalía. Como se dijo, la monarquía es en teoría compatible con el paradigma liberal, sobre todo en sus formas más evolucionadas de monarquía constitucional y parlamentaria; pero en España esta evolución fue desesperantemente lenta y, en demasiadas ocasiones la monarquía se salió de su papel constitucional. Las tan mentadas crisis y vaivenes del constitucionalismo del XIX no fueron ajenas a los comportamientos anticonstitucionales y desestabilizadores de los titulares de la Corona. Por otra parte, es una anomalía, tal vez sin parangón en otros procesos constitucionales europeos, que a lo largo de la Historia constitucional española no se haya clarificado definitivamente la cuestión de la forma de gobierno, esto es, la contraposición entre Monarquía y República. Esta cuestión está presente en nuestra Historia constitucional desde 1871 al menos, con periodos tan destacados como el del régimen republicano de 1931: el hecho de que, hoy día, la Constitución del 78 haya regresado a la forma de gobierno monárquica no significa en modo alguno que la cuestión esté zanjada.

El estatus constitucional de la Iglesia católica a lo largo del XIX es, por supuesto, otra anomalía de cierto calado, que incluso proyecta pálidos reflejos en la regulación de esta cuestión en la vigente Constitución de 1978. En el período que va desde la Constitución de Cádiz, cuyo artículo 12 proclamaba que «La religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra», hasta la II República, que es cuando verdaderamente se establece un Estado laico, la Iglesia gozó de una posición de privilegio en el marco de un Estado que se declaraba abiertamente confesional. Es cierto que los bienes de la Iglesia se desamortizaron, pero, a cambio, se le concedieron privilegios especiales y sobre todo, un cuasi-monopolio en el ámbito de la enseñanza. Se dirá que otros países de constitucionalismo originario, como Inglaterra, han mantenido hasta el día de hoy su carácter confesional; más no son casos comparables, porque en España, a diferencia de Inglaterra, la Iglesia mantuvo un pulso constante, explícito o soterrado, al avance de los valores constitucionales.

La cuestión foral es, en cierto sentido, una anomalía constitucional que en España revistió características específicas. Ya se ha hecho alusión a ello. El constitucionalismo español fue, en sus líneas generales, centralista, lo que venía a reforzar, aunque desde parámetros racionalizadores y modernos, lo que ya era una tendencia que se manifestaba desde la implantación de la dinastía borbónica. Pero es evidente que subsistieron bastiones de foralidad, sobre todo en las provincias vascongadas, en Cataluña, y, más dispersamente, en otros lugares.

A diferencia también en este caso de Inglaterra, cuya «Constitución» se construyó en torno a la evolución de sus instituciones de tipo consuetudinario, el foralismo en España, que en buena medida amparaba privilegios de orden tributario e instituciones de derecho privado incompatibles con el nuevo concepto de libertad individual, fue claramente refractario al Estado constitucional. De hecho militó al lado del absolutismo, ya que, no sin motivos, veía en la monarquía absoluta una garantía de su supervivencia, y se asoció con los movimientos carlistas y anticonstitucionales. Más tarde, liquidada ya la última de las guerras carlistas, el foralismo evolucionó hacia formas más modernas y diferenciadas, tanto en el País Vasco y Navarra, como sobre todo en Cataluña, ante el avance imparable de la industrialización y del desarrollo de la cultura moderna.

Sin embargo, la cuestión no quedó zanjada. Frente al postulado de la Nación española, que a lo largo del XIX se erigió en el principio legitimador por excelencia de las constituciones, el foralismo opuso, transformado ya en un discurso nacionalista de corte más moderno, un nacionalismo particular. Y frente al principio democrático, que claramente figura ya en la Constitución de 1931 como el principio legitimador indiscutible, al igual que en la Constitución vigente de 1978, el nacionalismo de nuevo cuño opuso y opone hoy, no ya sólo un derecho de autodeterminación, sino también el valor extra-constitucional de sus instituciones tradicionales.

En consecuencia, el modelo territorial de Estado, que no es un problema abstracto, sino algo derivado de los planteamientos foral-nacionalistas, no ha sido definitivamente resuelto: permanece abierto como uno de las anomalías fundamentales del constitucionalismo español. La Constitución republicana no logró resolverlo, a pesar de proponer un original sistema de Estado integral, con amplia autonomía para Cataluña, *Euskadi*, Galicia y otras regiones, y de garantizar las especialidades forales allí donde existían. La Constitución del 78, con su modelo de Estado autonómico, tampoco parece que lo haya conseguido hasta el momento.