

LA CONSTITUCION DE 1978 Y LA HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

I. UN ALUD DE PREGUNTAS Y UN POCO DE METODO PARA CONTESTARLAS

Cuando nos situamos con ánimo crítico ante la vigente Constitución y nos interrogamos sobre su texto, un elevado número de las preguntas suscitadas por la lectura conciernen a lo que podríamos denominar la significación histórica de nuestra norma fundamental. Al margen de influencias procedentes de textos constitucionales extranjeros, ¿hay en ella un cierta continuidad de problemas y de características que la vinculan a las otras Constituciones españolas o, al menos, a algunas de ellas? ¿En qué medida ha tomado en consideración el legislador constituyente de 1978 anteriores preceptos y experiencias de la historia de nuestro constitucionalismo? ¿Cuál será el valor que el historiador del futuro atribuirá a la actual Constitución y cómo la insertará dentro de la serie completa de los textos constitucionales españoles?

El tema planteado tiene interés desde un punto de vista político, pues afecta a la candente cuestión de la fidelidad del presente a la tradición nacional, y podría tenerlo también en un sentido estrictamente jurídico, en cuanto que el recurso a la historia puede ser un criterio hermenéutico útil para aclarar tal o cual precepto constitucional. Esta última posibilidad sólo cobraría realidad si procediéramos a un estudio minucioso y analítico de los precedentes textuales de cada precepto o institución de la Constitución de 1978 a través de nuestro constitucionalismo pretérito, pero tal propósito escapa por el momento de nuestra intención y de los límites de este trabajo. Nos reduciremos, pues, a reflexionar sobre cuál puede ser la tradición jurídico-política de la Constitución de 1978 dentro de nuestra historia.

Las preguntas sobre el tema ya acotado surgen espontáneamente, se enredan entre sí, como cerezas en cesto, y tiran unas de otras al hacerse explícitas. Si pretendemos relacionar la Constitución de 1978 con las anteriores Constituciones españolas, ¿no resultará imprescindible una previa visión panorámica de todas ellas? De otra parte, ¿qué grado de homogeneidad o de divergencia se dio entre los textos constitucionales españoles del pasado? ¿A qué fenómenos cabe atribuir los frecuentes cambios de Constitución en el siglo XIX? ¿Fueron en verdad significativas o tan sólo aparentes las sustituciones de unas Constituciones por otras? Por último, cuando hablamos de Constitución con relación al pasado constitucionalismo español, ¿nos estamos refiriendo también a la Carta de Bayona de 1808, al Estatuto Real de 1834 y a las Leyes Fundamentales del Nuevo Estado nacido a raíz del alzamiento militar de julio de 1936 y de la subsiguiente guerra civil?

Se impone la necesidad de ordenar el alud de interrogantes. Para hacerlo comencemos, como cuestión conceptual preliminar, por responder a la última de las preguntas formuladas y por hacerlo en sentido negativo.

En efecto, negamos a la Carta de Bayona de 1808, y al Estatuto Real de 1834 la inclusión en la serie histórica de nuestras Constituciones, basándonos para ello en un precepto clásico y casi fundacional del constitucionalismo escrito. Me refiero al artículo 16 de la «Declaración de derechos del hombre y el ciudadano» promulgada en la Francia revolucionaria por los «representantes del pueblo francés» en agosto de 1789, según el cual la sociedad en la que «la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes establecida no tiene Constitución». El lenguaje de la norma legal es en esta ocasión prescriptivo y aunque en esa fórmula no se agota toda la riqueza conceptual que se escondía en el término «Constitución» y que la doctrina desarrolló después a través de un proceso histórico largo y discontinuo, es lo cierto que en el famoso artículo 16 se estableció la noción de «mínimo constitucional», esto es, se afirmó la necesidad de que existieran esos requisitos para que un texto político normativo pudiera merecer el nombre de Constitución sin incurrir en interesadas perversiones semánticas. Los autores de la Declaración de 1789 eran conscientes de un posible empleo oportunista del término «Constitución» y

salieron al paso de futuras confusiones, nunca inocentes, estableciendo una definición cargada de valoración ideológica. No toda ley que a sí misma se denomine Constitución lo es «eo ipso», sino que, restrictivamente hablando, sólo será Constitución la ley suprema de un Estado que lo organice con arreglo al principio de división de poderes y que garantice unos derechos del hombre entonces considerados, dentro de la tradición del iusnaturalismo y de la Ilustración, como «naturales, inalienables y sagrados».

Y nótese bien que a las dos exigencias mencionadas por dicho artículo 16 de la Declaración de 1789 podríamos añadir un tercer elemento de la noción de «mínimo constitucional», a saber, la necesidad de que el texto que pretenda denominarse Constitución preceda, como la Declaración francesa, «de los representantes del pueblo... constituidos en Asamblea Nacional». Por lo demás, algo muy semejante se pensaba por aquellos años en los Estados Unidos de América, donde la Constitución de 1787, completada casi de inmediato por las diez enmiendas aprobadas por el Congreso en 1791, reguladoras de importantes derechos y libertades individuales, comenzaba afirmando: «nosotros, el pueblo de los Estados Unidos... promulgamos y sancionamos esta Constitución», cuyos tres primeros artículos desarrollaban el dogma liberal de la división de poderes¹.

Dogma que, como es bien sabido, no implicaba tan sólo un reparto correlativo entre funciones del Estado y órganos del mismo, de modo que a cada una de las instituciones básicas del Estado correspondiera una y sólo una de sus funciones fundamentales, sino que atendía a la necesidad de dividir el poder para conseguir la limitación del mismo y garantizar el máximo de libertad para los ciudadanos. Como en este sentido ha escrito García Pelayo, la racionalidad organizativa respondía a una más profunda racionalidad axiológica; en el pensamiento de Montesquieu y en los prime-

1. Para los textos aquí citados cfr. *Constituciones españolas y extranjeras*, ed. de Jorge DE ESTEBAN, Taurus, Madrid, 1977, en concreto, II, 619, 423-433 y ss. Muy recientemente, en un sentido análogo, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, 3.^a ed., Civitas, Madrid, 1980, p. 84. Cfr. también TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho Español*, Tecnos, Madrid, 1979, págs. 436, 437 y 442.

ros textos del constitucionalismo escrito de finales del siglo XVIII «el máximo valor era la libertad, a la que se trataba de garantizar formalmente mediante la limitación de la acción del Estado por el freno mutuo de sus potestades»².

Bien es verdad que el concepto racional-normativo³ de Constitución y la fidelidad al mismo y a esos mínimos constitucionales originariamente postulados se degradaron de forma muy notoria en la Europa continental (España incluida, por supuesto) durante la larga etapa del liberalismo doctrinario. Propongo para las Constituciones insertas en esa línea el calificativo de Constituciones degradadas, aunque Constituciones al fin. Las Constituciones doctrinarias de Francia o de España no procedían de unas Asambleas o Cortes emanadas de la soberanía nacional y titulares del poder constituyente, con lo cual perdieron autenticidad democrática en relación con anteriores Constituciones como las francesas de 1791 y 1793 o la española de 1812, pero al menos trataban de garantizar formalmente unos derechos individuales necesarios para la burguesía recién ascendida al poder, contenían una cierta limitación del poder de la Monarquía y respetaban bajo fórmulas más o menos mitigadas el principio de la división de poderes. Sin embargo, junto a ellas, otros textos normativos como la Carta de Bayona de 1808 o el Estatuto Real de 1834 (interesantísimo, por lo demás, dentro de nuestra historia) no alcanzaron los mínimos constitucionales antes mencionados ni siquiera en sus cotas más bajas. Por haber sido otorgados por un poder monárquico que se consideraba a sí mismo titular exclusivo de la soberanía y por no garantizar derechos y libertades individuales ni regular una verdadera división de poderes, ni la Carta dada por José Bonaparte en 1808, ni el Estatuto de 1834 fueron verdaderas Constituciones⁴.

2. GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, p. 57.

3. GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Revista de Occidente, Madrid, 1950.

4. En contra de esta opinión y a propósito del Estatuto Real de 1834, cfr. TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *El sistema político del Estatuto Real (1834-1836)*, IEP, Madrid, 1968, en especial su capítulo III; no obstante, su opinión favorable al valor constitucional del Estatuto, por él mismo reiterada en ocasión posterior (cfr. del mismo autor su muy útil *Breve historia del constitucionalismo español*, ed. Planeta-Editora Nacional, Bar-

Por lo que respecta a las llamadas Leyes Fundamentales del Nuevo Estado creado y sostenido por el general Franco, considero pertinente traer aquí a colación las citas de varios de sus preceptos, para justificar por qué el conjunto de aquellas Leyes no mereció nunca llamarse Constitución, siempre en función, como aquí defiendo, de un concepto sustancial y no meramente semántico de dicho término. Recordemos, pues, que el artículo 1 del Decreto de 29 de septiembre de 1936, base primera de las después denominadas Leyes Fundamentales, nombró «Jefe del Gobierno del Estado español» al Excmo. Sr. General de División don Francisco Franco Bahamonde, quien asumirá todos los poderes del Nuevo Estado»; que la cláusula promulgatoria de la Ley de Principios del Movimiento declaraba al Caudillo «responsable ante Dios y ante la historia», pero no ante instituciones jurídico-políticas de raíz y composición democráticas; que el artículo 1.º de esa misma ley proclamaba que los principios en ella contenidos «son, por su propia naturaleza, permanentes e inalterables»; que el Fuero de los Españoles contenía más deberes que derechos y más retórica totalitaria que regulación jurídica inmediatamente aplicable de los pocos derechos allí reconocidos⁶; que la Ley Orgánica del Estado, con la cual se lograba

celona, 1976) no carece de matizaciones, como la de considerarla una "Constitución otorgada" o una "Constitución breve e incompleta".

5. Véase el texto en *Constituciones...*, ed. cit., I, p. 355-356; en el mismo sentido, cfr. XIFRA HERAS, Jorge, *Instituciones y sistemas políticos. La estructura constitucional de España*, ed. Bosch, Barcelona, 1961, p. 143. Sobre otras versiones del texto del famoso Decreto y acerca de la intervención en él de don Nicolás Franco, puede verse, por ejemplo, THOMAS, Hugh, *La guerra civil española*, ed. Ruedo Ibérico, París, 1962, p. 235 y también GALLO, Max, *Histoire de l'Espagne franquiste*, Marabout Université, París, 1969, I, p. 47. Puede consultarse también SEVILLA ANDRÉS, Diego, *Historia política de España (1800-1978)*, 2.ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1974, tomo II, pp. 739-743, en donde se glosa el Decreto núm. 138 de la citada fecha y se alude textualmente a que en él se nombra a Franco "Jefe del Gobierno del Estado español", con reunión en su mano de "todos los poderes del nuevo Estado", comparando Diego Sevilla (que en ese punto sigue a Kindelán) el caudillaje de Franco y su proclamación en el citado Decreto y en la ceremonia del 1 de octubre de 1936, nada menos que con el 18 de Brumario napoleónico.

6. Para entender lo que quiero decir, recuérdense artículos como el 12 ("Todo español podrá expresar libremente sus ideas mientras no atenten a los principios fundamentales del Estado"), o el 16 ("Los españoles

«culminar la institucionalización del Estado nacional» treinta años después de la fundación del mismo, conservaba en manos del Jefe del Estado los mismos poderes que éste obtuvo en 1936, es decir, todos, si bien revestidos entonces (en 1967) de nuevas coberturas lingüísticas⁷, como la contenida en su artículo 2,II, donde de manera eufemística se declara que «el sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones».

Loewenstein ha enseñado, en un texto ya clásico, que hay leyes que se autoconceden el prestigioso nombre de Constitución y que así son denominadas por algunos juristas y políticos, pero cuya «realidad ontológica» no es sino la formalización de la existente situación del poder político en beneficio exclusivo de sus detentadores fácticos, que disponen del aparato coercitivo del Estado. A juicio de Loewenstein se puede denominar a los textos políticos de este tipo como Constituciones semánticas, con lo cual se quiere decir que de Constitución sólo tienen el nombre, la apariencia, el disfraz⁸.

Así entendido, el concepto de Constitución semántica se opone a la categoría de Constitución sustancial, por no darse en aquélla el «mínimo constitucional» de que antes hablábamos, y que dentro de cada formación social alcanza una determinada precisión. Las

podrán reunirse y asociarse libremente para fines lícitos y de acuerdo con lo establecido por las leyes"); sobre este mismo punto relativo a la necesidad de una ulterior "legislación de desarrollo", cfr. FERNÁNDEZ CARVAJAL, *Rodrigo, La Constitución española*, Editora Nacional, Madrid, 1969, p. 13.

7. De las Leyes Fundamentales cito siempre por la colección *Constituciones...*, I, pp. 363 y ss., donde se contiene el texto oficial refundido de todas ellas elaborado con ocasión de la Ley Orgánica del Estado. Acerca de la concentración de poderes en manos del Jefe del Estado desde 1936 hasta la propia Ley Orgánica (y podría decirse hasta 1975) es muy curioso un texto citado por el prof. FERNÁNDEZ CARVAJAL, R. (op. cit., p. 84, nota 11), teórico bienintencionado, honesto y tardío del régimen, según el cual "como ha observado CASTÁN, entre otros, en *España no tenemos el obstáculo del principio o teoría de la división de poderes*" (el subrayado corresponde al texto de Castán citado por R. Fernández Carvajal).

8. LOEWENSTEIN, Karl, *Teoría de la Constitución*, ed. Ariel, Barcelona, 1979, pp. 218-219.

Constituciones semáticas ni proceden del pueblo, ni conservan lo que a la altura de nuestro tiempo continúa siendo válido del principio liberal de la división de poderes⁹, ni tratan de limitar el poder

9. En la doctrina de administrativistas y constitucionalistas es ya desde hace muchos años un tópico aludir a la superación en el Estado de nuestros días del principio de la división de poderes. Es ciertamente obvio que la complejidad de poderes, funciones e instituciones del Estado actual no encaja en aquella mecanicista correlación trinitaria esbozada a finales del siglo XVIII. Pero ello no significa que el viejo principio haya perdido toda su virtualidad. Pensemos que una excesiva infravaloración de la clásica división o una crítica de la misma desde posturas tecnocráticas o autoritarias ha permitido, incluso en nuestro país (véase, por ejemplo, la nota 7 y el texto en ella citado) alabar al Estado autoritario precisamente porque en él no se daba la división de poderes, con lo cual se mezclaba intencionadamente el plano relativo a la organización funcional del poder político, con el plano político de la pertenencia de todo el poder a un único titular.

Se podrán proponer nuevas divisiones tripartitas del poder, o introducir nuevos poderes no existentes en la realidad política del siglo XVIII, y se podrá insistir hasta la saciedad en el hecho de que hoy ya no es posible sostener aquella adecuación entre instituciones y funciones. Pero nada de eso significa "que el mantenimiento y la funcionalidad jurídico-política de la división clásica de poderes carezcan de sentido, sino que simplemente han modificado su sentido", pues la división clásica, con las correcciones e impurezas de todos conocidas, cumple la función de asegurar la unidad y la estabilidad del Estado democrático y la de contribuir a la racionalidad organizativa del mismo. Por otra parte, tampoco es inútil dicha división en atención a lo que para Montesquieu era su finalidad última, a saber, garantizar la libertad individual y la independencia de unos poderes respecto a otros, al menos la del judicial. Cfr. en este sentido GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones...*, pp. 57-61 y 159, y en términos semejantes, Paolo BISCARETTI DI RUFIA, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1973, pp. 216-221. En este contexto continúa siendo ilustrativo recordar la crítica de Kelsen a la teoría de la separación de poderes y las principales ideas contenidas en la exposición kelseniana, que podríamos sintetizar así: a) la citada "doctrina ... nació originariamente como postulado político" para lograr una conveniente estructura del Estado y para garantizar la "firme libertad de los súbditos"; b) históricamente fue la Monarquía constitucional la gran beneficiaria de la implantación, nunca perfecta, del principio de separación de poderes; c) no se debe confundir la formulación que hizo Montesquieu de la separación de poderes con "el puro principio de la división del poder", que, a juicio kelseniano, sí está enraizado en la tendencia al compromiso y a la cooperación, como rasgos fundamentales de la democracia

del autócrata, sino de respaldarlo formalmente, ni garantizan un sistema de derechos fundamentales concebidos como límite y fin del poder del Estado y como corolario de la soberanía del pueblo; caracteres que, enunciados negativamente en relación con esas Constituciones, componen en forma positiva los principios axiológicos contenidos en la categoría de Constitución sustancial. No es ahora el momento de desarrollar este último concepto, sino tan sólo el de apuntar que la llamada «Constitución española» del Estado personalizado por el general Franco, es decir, el conjunto de sus Leyes Fundamentales, encajaba perfectamente en el concepto de Constitución semántica y debe quedar por ello fuera de nuestro examen.

Si desde un enfoque formalista se llegó a identificar tiempo atrás Estado y Derecho, de modo que cualquier Estado en cuanto sistema de normas era considerado sin más como un Estado de Derecho; y si contra esta perspectiva rígidamente positivista ha reaccionado la doctrina de juristas, filósofos del Derecho y cultivadores de la ciencia política en nuestros días, hasta el punto de que el propio Kelsen superó en la segunda edición de su obra cumbre sus iniciales planteamientos y llegó a admitir que Estado de Derecho en un sentido específico es sólo aquel que corresponde a las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica¹⁰, de un modo paralelo los constitucionalistas actuales ya no admiten como válida una noción semántica de Constitución. Para ellos no toda ley o conjunto de leyes que regulan formalmente la organización de los poderes de un Estado es sin más una Constitución. Con esta actitud se trata de recuperar, enlazando con la primitiva concepción racionalista e ilustrada de la Constitución, la carga axiológica del término, de inequívocas resonancias democráticas.

Reducido así, por eliminación, el posible elenco de Constituciones españolas y excluidos también de nuestro breve examen, salvo

(cfr. KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, 15.^a ed., E. Nacional, México, 1979, trad. de Luis LEGAZ LACAMBRA, pp. 333-340.

10. KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, UNAM, 1979 trad. de la 2.^a ed., Viena 1960, p. 315. En contra, recuérdese del propio KELSEN aquel texto clásico suyo en el que afirmaba que "desde el punto de vista del positivismo jurídico, todo Estado es un Estado de Derecho" (KELSEN, H., *Teoría general del Estado*, p. 57).

posibles alusiones circunstanciales, los Proyectos frustrados de Constituciones, volvamos, como al comienzo de nuestro interrogatorio, a preguntarnos si hubo muchas Constituciones vigentes en España y si éstas fueron, o no, muy diferentes entre sí. Resolveremos esta cuestión en el próximo epígrafe, intentando clasificar tales Constituciones no por mero afán de taxonomista, sino por pensar que ello nos puede ayudar a comprender cuál es la tradición textual y política en la que puede situarse la Constitución de 1978.

II. SOBRE LAS CONSTITUCIONES ESPAÑOLAS, SU ABUNDANCIA Y SU POSIBLE AGRUPACION EN DOS SERIES

Conviene rescatar del olvido, para citarlos en este momento, unos párrafos, llenos de apasionado patriotismo y de doliente amargura, escritos probablemente en 1898 por un recio castellano llamado Ricardo Macías Picavea; dicen así:

“La Constitución. Obra de escuelas y partidos en perpetua transacción con la corte y sus elementos; ficción puramente escrita, nunca realidad viva; reflejo postizo de la última novedad parisién, el pueblo es completamente ajeno a ella y ni influye en la vida nacional, ni conocida ni amada, resulta totalmente infecunda; como engaño contrahecho y amañado, origen de muchos males. De aquí su inercia amovible, su fábrica inestable, su fácil naturaleza, jamás intangible y santa, que la convierten en juguete irrespetuosamente traído y llevado por las camarillas.

¡Número increíble el de nuestras Constituciones mal nacidas, y no mucho menor el de las abortadas! Y hay que preguntar: si una Constitución no es para un pueblo arca santa de la alianza que guarda en el tabernáculo propia sustancia de su alma encarnada en ley de justicia, biblia veneranda e inmaculada para todos, ¿qué es entonces?, ¿para qué sirve?, ¿qué oficio desempeña? ¹¹.

11. MACÍAS PICAVEA, Ricardo, *El problema nacional* (1.^a ed., Madrid, 1899), reeditado con una *Nota preliminar* de Federico SÁINZ DE ROBLES, IEAL, Madrid, 1979, pp. 180-181; MARTÍN REBOLLO, Luis, *Actualidad de Macías Picavea*, “Documentación Administrativa”, 184 (1979), 335-346.

El estilo, demasiado elíptico, es confuso en alguna frase, pero el sentido del texto es diáfano. Al margen de posibles concesiones retóricas a la hipérbole, Macías Picavea pone la mano entera sobre muchas llagas de nuestro constitucionalismo. Llamo la atención tan sólo acerca de una de sus acusaciones: el pueblo ha sido ajeno a la elaboración de las Constituciones y no ha creído en ellas. Para valorar en su justo sentido tal afirmación no olvidemos que Macías Picavea escribe en pleno fracaso del sistema de la Restauración y en el punto más profundo de la depresión producida en la opinión pública por el desastre del 98. Luego veremos si su aseveración es tan válida respecto a la Constitución entonces vigente, la de 1876, como para otras.

Casi sesenta años después, otro Catedrático español, no de Instituto y de Geografía, como Picavea, sino de Universidad y de Derecho político, el profesor Sánchez Agesta, en un libro muy importante en el momento de su aparición (1955) aludía a la «vertiginosa sucesión de soluciones constitucionales contrapuestas»¹², y después de referirse al «desfile fantasmal de Constituciones efímeras» añadía:

“Sólo en dos ocasiones se acertó a resolver el equilibrio entre la Monarquía y la representación nacional con una fórmula pasablemente viable y duradera, en 1845 y 1876, y aun en esta segunda fecha pareció quedar abierto y en marcha el proceso constituyente. Lo sensible de ese esfuerzo casi baldío es el inmenso caudal de energía que consumió, quemando el ímpetu que podía haberse proyectado sobre los múltiples problemas de orden interno y externo que quedaron sin resolver”¹³.

De las frases transcritas parece inferirse que las Constituciones se contraponían unas a otras, que el criterio tal vez preferente para valorar una Constitución es el de su duración y que en fin de cuentas acaso hubiera sido mejor dedicar el enorme esfuerzo constituyente a otros menesteres. Por otra parte, como las dos Constitucio-

12. SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Historia del constitucionalismo español*, 1.^a ed., IEP, Madrid, 1955, aunque cito por la reimpresión de la 3.^a ed. revisada, CEC, Madrid, 1978, p. 44.

13. SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia...*, p. 494.

nes que más tiempo estuvieron vigentes fueron las de 1845 y 1876, ciertamente, pero también fueron éstas las más doctrinarias y conservadoras, el lector de los citados párrafos puede temer que quizá la preferencia de su autor hacia aquellas dos Constituciones se deba, no tanto a su duradera vigencia, como al equilibrio logrado por ellas entre la Monarquía doctrinaria y la muy limitada representación nacional. Pero, dejando a un lado valoraciones personales ajenas o propias, ¿fueron en verdad contrapuestas entre sí las soluciones constitucionales?

Al decir de Miguel Artola, más bien no, sino todo lo contrario. En su opinión, en el fondo no existió entre 1837 y 1931 más que «un único texto constitucional». Entre una y otra fecha.

“... se extiende la vigencia casi centenaria de una única Constitución basada en el pacto tácito de un sistema constitucional que la Monarquía acepta a cambio de obtener una desorbitada influencia política que acabará por dar al traste con el sistema cuando la Corona no sea capaz de adaptarse a las nuevas realidades sociales y permita que su influencia quede minimizada gracias a la utilización de artificios legales o a las prácticas extraconstitucionales”¹⁴.

Desde este punto de vista, los conflictos políticos no pretendieron nunca romper el pacto tácito entre moderados, progresistas e incluso demócratas en torno a un único modelo constitucional y se tradujeron tan sólo en modificaciones legislativas en materias electoral, municipal o en la legislación sobre la libertad de imprenta.

Es verdad, como ya señaló en su «Tratado», don Nicolás Pérez Serrano, que la Constitución de 1837 «establece la arquitectura que va a prevalecer en las Constituciones españolas»¹⁵. Pero a esta observación y a la interpretación más rotunda de Miguel Artola, con-

14. ARTOLA GALLEGO, Miguel, *El modelo constitucional español del siglo XIX*, Fundación Juan March, Serie Universitaria, texto en offset, Madrid, 1979, p. 3.

15. PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado de Derecho Político*, ed. Civitas, Madrid, 1.^a ed., 1976; escrito —al menos parte de él, como puede comprobarse en pp. 580 y ss.— hacia 1939-1940, y acaso en buena medida en fechas anteriores, no ha sido editado hasta la fecha indicada; cfr. como explicación la *Introducción* escrita por su hijo, Nicolás PÉREZ-SERRANO JÁUREGUI; para el texto citado ahora, cfr. p. 577.

viene presentar dos serias objeciones. En primer lugar, que no es posible olvidar que antes de 1837 la Constitución de 1812 señaló rutas constitucionales bastante diferentes a las de 1837, por lo cual, no basta con indicar la continuidad de las originadas en esta última fecha, sino que es necesario explicar al mismo tiempo qué ocurrió con la línea iniciada en 1812. Y en segundo término hay que recordar que la Constitución de 1869 contiene peculiaridades fundamentales respecto al «modelo constitucional» implantado en 1837, de forma tal que, sólo incurriendo en una indebida infravaloración del movimiento revolucionario de 1868, de los primeros textos legales anteriores a la Constitución del año siguiente y de algunos artículos y principios básicos de la Constitución de 1 de junio de 1869, cabría incluir a ésta dentro de la línea marcada desde 1837. De otra parte, es evidente que dicho modelo se quiebra sin duda alguna con la Constitución de la II República. Por consiguiente, de la afirmación de Artola sólo queda, a mi juicio, en pie la idea de la continuidad existente entre las Constituciones de 1837, 1845 y 1876, cuyos principios básicos estaban ya prefigurados, dicho sea de paso, en el Estatuto Real de 1834.

Otra interpretación global de nuestro pasado constitucionalismo consiste en señalar como principal característica del mismo lo que Jesús Lalinde ha llamado el «movimiento pendular». La serie de nuestras Constituciones se iniciaría, según esto, con el texto de Cádiz, de claro influjo iusnaturalista europeo y protestante, «frenado» pronto por fuerzas influidas por el doctrinarismo francés y el utilitarismo inglés, que lograron implantar el Estatuto Real de 1834. Tras éste se vuelve en 1836 a la restauración de la Constitución de 1812, que luego es moderada «suavemente en 1837 y radicalmente en 1845». Sigue después la vigencia larga, aunque no siempre pacífica, de la Constitución de 1845, hasta que otro «movimiento pendular» desemboca en la de 1869, «la más estrictamente liberal». Un nuevo impulso del péndulo trae en 1876 la Constitución canovista, la cual acabó por desaparecer «ante otro movimiento pendular, que lleva esta vez a la Constitución republicana de 1931, destinada a perecer en la guerra civil de 1936 a 1939». Pasado ya el franquismo, «la ley pendular del constitucionalismo español conduce ahora a una Constitución liberal o democrática» en 1978¹⁶.

16. LALINDE, Jesús, *Ubicación histórica de la Constitución de 1978*.

A la construcción de Lalinde se le pueden oponer algunas matices de cierta entidad. La primera es que tras el Estatuto Real la «restauración» de la Constitución de 1812 tuvo muy escasa duración (exactamente desde el 13 de agosto de 1836 hasta el 18 de junio de 1837) y fue más aparente que efectiva, pues en el mismo Real Decreto de la Reina Gobernadora en que se mandaba «publicar» la Constitución de Cádiz se anunciaba ya su probable sustitución por «otra Constitución conforme a las necesidades de la misma» (de la Nación)¹⁷, de manera que con el motín de la Granja no se produjo ningún movimiento pendular, sino un paso más hacia la redacción de ese modelo constitucional cristalizado poco después en el texto de 1837.

Una segunda observación a Lalinde consiste en recordar que a la Constitución de 1837 no le siguió un texto contrapuesto, sino otro, el de 1845, que, como todos sabemos y el mismo Lalinde declara, no hizo sino acentuar radicalmente el doctrinarismo de la antecedente Constitución. Así, pues, desde 1837 —y en cierto sentido desde 1834— hasta 1868 no hubo movimientos bruscos y anti-téticos (pendulares), sino una línea constitucional doctrinaria y continua, aunque recogida en dosis variables en los textos vigentes.

Así las cosas, ¿en qué quedamos? ¿Vertiginosa y fantasmal sucesión de Constituciones contrapuestas? ¿Modelo constitucional único, al menos desde 1837 a 1931? ¿Movimientos alternativos o pendulares entre 1812 y 1978? Las interpretaciones aquí esquematizadas no difieren entre sí tanto como parece, pero producen en

en el libro colectivo *Estudios sobre la Constitución española de 1978*. Edición preparada por Manuel RAMÍREZ, Facultad de Derecho, Universidad de Zaragoza, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 11-24, el texto resumido, en pp. 11-12. En el mismo sentido y también del propio Jesús LALINDE, cfr. su *Iniciación histórica al Derecho español*, ed. Ariel, 2.^a ed., Barcelona, 1978, pp. 246-248.

17. El texto literal e íntegro del citado Real Decreto de 13 de agosto de 1836 es el siguiente: "Como Reina Gobernadora de España, ordeno y mando que se publique la Constitución política del año de 1812, en el interín que reunida la Nación en Cortes, manifieste expresamente su voluntad o dé otra Constitución conforme a las necesidades de la misma. En San Ildefonso, a 13 de agosto de 1836. Yo la Reina Gobernadora. A don Santiago Méndez Vigo" (cfr. *Decretos de la Reina doña Isabel II...*, Madrid, 1837, tomo XXI, p. 330.

el estudioso de nuestra historia una impresión desazonante o desorientadora. Buscando una mayor claridad expositiva y un cuidadoso acercamiento a los textos, intentaré en adelante otra interpretación de la historia de nuestro constitucionalismo, formando con los textos dos series de Constituciones divergentes entre sí desde muy variados enfoques, lo que nos permitirá entre otras consecuencias comprender a cuál de ellas pertenece por derecho propio la Constitución de 1978. Huelga decir que en estas breves consideraciones me limito a un análisis comparativo de los textos, sin que me sea posible más que aludir a la dinámica de las fuerzas sociales que están tras ellos.

En primer lugar conviene subrayar que no todas las Constituciones de nuestro pasado tuvieron un período igual, ni siquiera semejante, de duración. Obsérvese la brevísima etapa de vigencia de la Constitución de Cádiz (19 de marzo de 1812 a 4 de mayo de 1814), aunque fuese efímeramente restaurada en 1820 y en 1836, y la también escasa y agitada duración de las Constituciones de 1869 y 1931. Mucho más larga fue la vigencia de la Constitución canovista, incluso aunque admitiéramos como punto final de la misma no ya el advenimiento de la II República, sino el de la Dictadura de 1923, que no la derogó, pero sí la dejó en suspenso¹⁸. No fue corta tampoco la vigencia de la Constitución de 1845, que llega hasta la Revolución de septiembre de 1868, y en cuanto a la Constitución de 1837, sus ocho años de vida la colocan muy por debajo de las de 1845 y 1876, pero la hacen casi longeva en comparación con las de 1812, 1869 y 1931¹⁹. Podríamos, pues, componer una serie de Constituciones de duración efímera, que serían estas tres últimamente citadas, y otra serie de Constituciones que tuvieron una vigencia superior en todo caso a las 1812, 1869 y 1931 y, además, pro-

18. Véanse los cuatro Reales Decretos del 15 de septiembre de 1923 relativos al nombramiento del General Primo de Rivera como Jefe del Gobierno, a la formación del Directorio militar, a la suspensión de las garantías constitucionales y a la disolución de las Cortes, en *Colección de Leyes Fundamentales*, textos editados por Ramón SÁINZ DE BARANDA, ed. Acribia, Zaragoza, 1957, pp. 500-504.

19. Para mayores precisiones sobre los períodos de vigencia de cada Constitución puede verse el libro de TOMÁS VILLARROYA, J., *Breve...*, ya citado, o también mi *Manual...*, capítulo XXV, pp 436-464.

gresivamente creciente, incluyendo en esta segunda tanda a las Constituciones de 1837, 1845 y 1876.

Esta observación empírica nos ayuda a caer en la cuenta de que las dos series mencionadas (Constituciones efímeras, Constituciones duraderas) se corresponden con las dos líneas ideológicas de la historia de nuestro constitucionalismo. La primera de ellas fue la de un liberalismo radical surgido en Cádiz, que vuelve a imponerse en la Revolución de 1868 y en la Constitución de 1869 (es decir, en el primer «ensayo democrático» de nuestra historia y en el «más avanzado de nuestros Códigos políticos monárquicos») ²⁰, y que resurge un 14 de abril para traslucirse en un texto, el de 1931, que siendo fiel a esa herencia liberal-democrática, profundizó mucho más en ella, dando entrada a nuevos elementos socializantes no contradictorios con la misma. La segunda línea ideológica es la del «moderantismo» español, concepto formulado por José María Jover, como régimen político de la España del siglo XIX, «bienios, trienios y sexenios dejados a un lado».

“En un país —escribe Jover— de tardío y escaso desarrollo industrial, con muy débil proporción de clases medias, con unos anchos estratos populares que no han acertado a integrarse en la vida política, con un inmenso proletariado rural (y con un creciente proletariado industrial a partir del último cuarto del siglo, añadido yo por mi cuenta), el moderantismo viene a ser el régimen político de una oligarquía que desea guardar las formas de un régimen representativo, sin perjuicio de renunciar de antemano a los resultados que comportaría una aplicación sincera del mismo, incluso sobre la base del sufragio restringido que corresponde a las concepciones doctrinarias”.

Así, pues, «el eclecticismo como actitud cultural, el doctrinarismo como credo político (y) el materialismo como talante en la vida cotidiana» ²¹ son los caracteres de una oligarquía dominante

20. PÉREZ SERRANO, Nicolás, *Tratado...*, p. 578.

21. JOVER, José María, *Política, diplomacia y humanismo popular en la España del siglo XIX*, Ediciones Turner, Madrid, 1976, pp. 348-349; el texto recogido corresponde al estudio titulado *1868: Balance de una revolución*, publicado por Jover con ocasión del centenario de la “Gloriosa”, en *Cuadernos para el Diálogo*, 59-60 (agosto-septiembre, 1968), y por eso alude sólo al proletariado rural, pues el contexto de la cita está re-

en la que caben moderados («sensu stricto») y progresistas, porque «el modentismo» en el amplio sentido aquí recogido abarca a unos y a otros, diferentes entre sí tan sólo en aspectos secundarios, pero conformes a la implantación y defensa de unos principios sociopolíticos conservadores de sus intereses. El «moderantismo», versión española del doctrinarismo francés, es el denominador común de los tres textos constitucionales más duraderos de nuestra historia: los de 1837, 1845 y 1876²².

ferido a la etapa anterior a 1868; la inclusión entre paréntesis de mi alusión al proletariado industrial no trata, pues, de corregir el párrafo de Jover, sino de prolongar su vigencia hacia épocas posteriores, hacia épocas en las que ya existía ese proletariado industrial igualmente desplazado del juego político constitucionalmente regulado.

22. La inclusión de la Constitución de 1837 entre las doctrinarias o hijas del "moderantismo" requiere quizá alguna justificación, aunque por fuerza haya de ser muy somera. Es cierto que el texto de 1837 aparece como "revisión" de la Constitución gaditana; es cierto también que en la cláusula inicial de la Constitución se hace una mención a la soberanía de la nación, y, finalmente, es verdad que son los progresistas quienes entonces ocupan el poder tras el Motín de la Granja de agosto de 1836. Sin embargo, esos hechos no son suficientes para situar la Constitución de 1837 entre las basadas en un liberalismo radical. Nótese que: a) la soberanía nacional no aparece recogida en el articulado, sino sólo aludida en la cláusula inicial; b) que en ésta se hace referencia a que las Cortes decretan la Constitución y la reina la acepta, clara alusión, si bien mistificada, al pacto constituyente entre Monarquía y nación, idea típicamente doctrinaria; c) que, bajo el precedente del Estatuto Real, la Constitución de 1837 introduce en nuestro constitucionalismo el bicameralismo unánimemente defendido por los doctrinarios, si bien la configuración del Senado confundió a propios y extraños, no satisfaciendo a nadie; d) que el bicameralismo de la Constitución fue ratificado y fortalecido por la Ley de relaciones entre los cuerpos colegisladores de 19 de julio de 1837; e) que el poder de la Corona quedó eficazmente fortalecido con —entre otros— los derechos de veto legislativo absoluto (artículo 39) y de disolución del Congreso (artículo 26); f) que el principio de la división de poderes quedó notoriamente debilitado, al producirse por un lado la clara intervención del rey, titular del ejecutivo, en el legislativo (por los citados artículos 26 y 39), y por otro la compatibilidad entre los cargos de ministro y de diputado o senador (artículo 62); g) que aunque la Constitución no reguló la forma del derecho de sufragio, la Ley electoral de 20 de julio de 1837 estableció un sufragio censitario y directo. Sobre algunos de estos puntos volveremos luego, pero por la concurrencia entre todos ellos creo que, por debajo de apariencias

La percepción de la coherencia interna de cada una de las dos series de Constituciones que venimos configurando se fortalece si nos fijamos en el transfondo social que está por debajo de unas y de otras. Las de 1812, 1869 y 1931 son fruto de momentos revolucionarios o de agitaciones y coaliciones genuinamente democráticas, como la constituida en torno al Pacto de San Sebastián, las elecciones del 14 de abril y las Cortes constituyentes del verano de 1931. A ellas no se les puede aplicar con justicia la acusación de Macías Picavea consistente en afirmar que «el pueblo es completamente ajeno» a la Constitución. Sabemos en verdad que en las Cortes de Cádiz no hubo una representación popular auténtica, pues ni la situación bélica ni la casi nula conciencia democrática de las clases populares lo permitían ni lo hacían posible²³. Pero la Constitución de 1812 pronto se convirtió en mito liberal dentro y fuera de España, porque su liberalismo radical destruía privilegios, igualaba formalmente a los individuos componentes de la nación soberana y contenía mecanismos institucionales, como el unicameralismo y el amplio sistema de sufragio, potencialmente democratizadores. De ahí que, aunque no en su momento inicial, sí adquiriera pronto arraigo popular y fuerza mítica. La atribución de estas dos características a los textos de 1869 y 1931 no requiere demostración.

Por el contrario, los textos de 1837, 1845 y 1876 son conscientemente antidemocráticos. Tras la muerte de Fernando VII y tras el Estatuto Real (verdadera ley para la reforma política mínima que a la altura de 1834 permitiera diferenciar frente al absolutismo carlista el régimen isabelino), se produce en 1837 la entronización de un sistema político apoyado por las «clases medias» y por un estrato social superior en el que se alberga gran parte de la aristocracia nobiliaria procedente del Antiguo Régimen. El pacto social entre esas fuerzas fue el auténtico pacto constituyente de aquel momento,

formales, la Constitución de 1837 es la base del "pacto o modelo constitucional", reproducido en las del 45 y el 76, si bien éstas son todavía más claramente doctrinarias que la de 1837.

23. Como ya observó FERNÁNDEZ ALMAGRO, M., *Orígenes del régimen constitucional en España*, Ed. Labor, Barcelona, 1928, p. 82), en las Cortes gaditanas había 97 eclesiásticos, 60 abogados, 55 funcionarios públicos, 37 militares, 16 catedráticos, 9 marinos, 15 propietarios, 8 títulos nobiliarios, 5 comerciantes, 4 escritores y ? médicos.

mucho más profundo que el llamado «pacto con la Corona», pues ésta no fue sino el núcleo que aglutinó la participación en el poder de una aristocracia palaciega y de una nobleza terrateniente que aceptaron las condiciones jurídicopolíticas del Estado liberal, con el poder creciente de una burguesía egoístamente revolucionaria, pero débil. Mientras por la legislación ordinaria se introducen las libertades económicas que constituyen los requisitos jurídicos para la implantación y el crecimiento de una economía incipientemente capitalista, y mientras por la misma vía se lleva a cabo en las décadas centrales del siglo la transformación del régimen jurídico de la propiedad agraria²⁴, la Constitución y las Leyes electorales conservaron el control político de la Nación en manos del estrato aristocrático-nobiliario y de las clases medias impulsadas hacia arriba por su sector dinamizador, la burguesía. Al Senado irá el estrato superior, al Congreso las clases medias.

Unas clases medias residuales (en el sentido propuesto por Murillo Ferrol)²⁵, que son minoritarias en comparación con la inmensa mayoría compuesta por las clases populares excluidas del sistema; unas clases medias políticamente conservadoras desde el momento en que, formando bloque con el núcleo aristocrático, se instalan en el poder²⁶. Sólo a los integrantes de ese bloque dominante les corresponde tener derechos políticos, porque sólo ellos —como había escrito Benjamín Constant— tienen intereses que defender y ocio para poder pensar: porque sólo ellos son propietarios²⁷. Los teóri-

24. Acerca de estos aspectos, puede verse TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, *La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen*, en el tomo XXXIV (en prensa) de la *Historia de España*, de la Editorial Espasa-Calpe, antes dirigida por MENÉNDEZ PIDAL y en la actualidad por José M.^a JOVER.

25. MURILLO, Francisco, *Los orígenes de las clases medias en España*, en el volumen colectivo *Historia social de España siglo XIX*, Guadiana, Madrid, 1972, pp. 131-146, en concreto, pp. 133-134.

26. MURILLO, F., *Las clases...*, p. 141. JOVER, José M.^a, *Política...*, pp. 231-254 (el trabajo de Jover puede verse también en el libro colectivo citado en la nota anterior).

27. CONSTANT, Benjamín, *Curso de política constitucional*, Ed. Taurus, Madrid, 1968, trad. e introducción de F. L. DE YTURBE, pp. 50-51. "No quisiera perjudicar ni ofender a las clases laboriosas. Estas no tienen menos patriotismo que las demás. Frecuentemente están dispuestas a los más heroicos sacrificios y su abnegación es tanto más admirable cuanto

cos españoles del «moderantismo», desde Donoso hasta Cánovas, pasando por Alcalá Galiano, Pacheco y Bravo Murillo, tienen muy clara esa idea. El poder político corresponde sólo a las clases propietarias. El dogma de la soberanía de la inteligencia, proclamado por Donoso con lenguaje ampuloso, no es sino una formulación retórica del sempiterno materialismo conservador de las clases propietarias, únicas a las que, según Donoso, pertenece la soberanía de la inteligencia²⁸.

Ni que decir tiene que la función social de la Constitución dentro de ese planteamiento consiste en garantizar el monopolio del

que no es recompensada ni por la fortuna ni por la gloria. Pero entiendo que el patriotismo que da el valor de morir por su patria, es distinto del que hace capaz de conocer bien sus intereses. Se requiere, pues, otra condición además del nacimiento o la mayoría de edad. Dicha condición es el ocio, indispensable a la adquisición de la cultura y recto criterio. Sólo la propiedad privada puede procurar este ocio, sólo la propiedad hace a los hombres capacitados para el ejercicio de los derechos políticos...". "En todas partes en que haya asamblea representativa es indispensable que estas asambleas, sea cual fuere su organización posterior, se hallen constituidas por propietarios".

28. DONOSO CORTÉS, Juan, *La Ley electoral considerada en su base y en su relación con el espíritu de nuestras instituciones, escrito en 1835*, en *Obras completas de...*, BAC, Madrid, 1970, I y II, edición, introducción y notas de Carlos VALVERDE, S. I., concretamente en I, p. 311: "... Las clases propietarias, comerciales e industriales se iniciaron en los misterios de la inteligencia, que las reveló el arte de gobernar y las confió el ejercicio de la soberanía, que les pertenece, luego que se les hubo revelado. Sí; sólo a estas clases pertenece el ejercicio de la soberanía, porque sólo estas clases son inteligentes; sólo a estas clases pertenecen los derechos políticos, porque sólo estas clases pueden ejercer legítimamente la soberanía; su Gobierno es el de las aristocracias legítimas, es decir, inteligentes, porque sólo la inteligencia da la legitimidad; se diferencia del Gobierno de la democracia porque el Gobierno de la democracia es el Gobierno de la fuerza...". En términos semejantes cfr. *ibidem* sus *Lecciones de Derecho Político*, pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1836 y 1837, en especial las lecciones sexta y séptima, I, pp. 379 y siguientes. En términos muy semejantes y aún más descarnadamente sinceros, cfr. PACHECO, Joaquín Francisco, *Lecciones de Derecho Político constitucional pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1844 y 1845*, Madrid, 1845, pp. 236, 237 y 240, 241, en las que el eco de Constant es audible, si bien está revestido por un tono declamatorio, forense y casi cínico. En general, cfr. Díez DEL CORRAL, Luis, *El liberalismo doctrinario*, IEP, Madrid, 1945.

poder político a las fuerzas mencionadas y a la Monarquía. Existe una «constitución interna» en la Nación, existe una «constitución histórica», que es la importante y la decisiva, y en ella la Monarquía aparece como una institución constante, como sujeto titular del poder antes de todo momento constituyente. El Texto Constitucional es fruto de un poder constituyente compartido por la Monarquía y por la Nación políticamente reducida a las clases propietarias, a las clases inteligentes. Como es obvio, el papel de la Constitución se degrada dentro de ese enfoque, su función utópica desaparece y el respaldo popular o el entusiasmo constitucional carecen de razón de ser. La Monarquía Constitucional, derivada históricamente de la Monarquía absoluta, adquiere la forma de Monarquía limitada por la Constitución, y esa fórmula indica que lo sustantivo no es el texto constitucional, el límite, sino el sujeto del poder, el monarca. Como muy bien escribió Kelsen a este respecto, «la monarchie constitutionnelle étant issue de la monarchie absolue, sa doctrine est, par suite, guidée, à maint égard, par le désir de faire paraître la diminution de pouvoir que le monarque, jadis absolu, a subie, la plus petite et la plus insignifiante possible, ou même de la dissimuler complètement». No todo está por debajo de la Constitución, puesto que el «principio monárquico» no procede de ella ni en ella, sino en la historia, encuentra su justificación, y por consiguiente la Constitución no es realmente la norma superior, la ley de leyes ni el foco de todo poder, pues el monarca está por encima de ella al menos en cuanto al origen de su poder se refiere. Por ello, el monarca adopta la figura de guardián de la Constitución y asume la función de sancionar y promulgar las leyes, para dar así testimonio de la constitucionalidad en la confección de las mismas, y por esta vía se desemboca en la paradoja de que «c'est précisément l'instance qui devrait être contrôlée qui revendique la fonction de contrôle»²⁹. Dentro de la Monarquía constitucional y con arreglo a los

29. KELSEN, Hans, *La garantie juridictionnelle de la Constitution. (La Justice constitutionnelle)*, *Revue du Droit Public et de la Science politique en France et à l'étranger*, 1928, 197-257, en concreto, pp. 201-203. Quien piense que el testimonio de Kelsen, por ser demasiado genérico su texto, acaso no valga para la realidad histórica de la España del siglo XIX, puede ver ALCALÁ GALIANO, Antonio, *Lecciones de Derecho Político Constitucional*, Madrid, 1843, en especial pp. 145 y ss., sobre la

principios ideológicos del liberalismo doctrinario, la Constitución pierde valor, se degrada. Nuestras constituciones de 1837, 1845 y 1876 proceden de esas raíces.

Del núcleo de cuestiones analizado hasta aquí se deducen otros caracteres de las Constituciones del moderantismo que las diferencian de las integradas en la serie de Constituciones del liberalismo democrático. Me limitaré a una brevísima mención comparativa de los mismos, no porque los considere de escasa importancia, sino porque están implícitamente contenidos en los aspectos ya mencionados.

Así, frente a la tesis de la soberanía nacional (artículo 3 de la Constitución de 1812 y artículo 32 de la de 1869), o popular (Preámbulo y artículo 1 de la Constitución de la de 1931), la de 1837 aludía a la soberanía nacional sólo en el preámbulo, donde también se decía que la Constitución era decretada por las Cortes, y aceptada por la Reina, insinuando ya así el principio doctrinario de la soberanía y el poder constituyente compartidos, principio después recogido sin concesiones en las Constituciones de 1845 y 1876.

Así también, frente al principio de sufragio amplio contenido en los artículos 27, 34 y 35 de la Constitución de Cádiz, convertido en sufragio universal por el Decreto de 9 de noviembre de 1868, así como por el artículo 16 de la Constitución del año siguiente, y en contraste con la proclamación republicana del sufragio universal por Decreto de 3 de julio de 1931 y el artículo 52 de la Constitución del mismo año, bajo el «moderantismo» de 1837, 1845 y 1876 se impuso el sufragio censitario. A estos efectos conviene saber que el derecho de sufragio activo lo disfrutaba en 1834 el 0,15 por 100 de la población, en 1836 el 0,5 por 100, en 1837 el 2,2 por 100, en 1840 el 3,9 por 100 y en 1843 el 4,32 por 100; ese reducidísimo cuerpo electoral debido al sistema de sufragio restringido, que todavía en 1865 era sólo ligeramente superior en toda España a los 400.000 individuos, dio un enorme salto hasta estar integrado por unos 3.800.000 en virtud del Decreto ya citado del 9 de noviembre de

participación del monarca en la formación de las leyes y sobre su derecho de veto. En términos válidos para el pensamiento doctrinario español de las décadas centrales del siglo, cfr. GARRORENA MORALES, Angel, *El Ateneo de Madrid y la teoría de la Monarquía liberal, 1836-1847*, IEP, Madrid, 1974, especialmente pp. 410 y ss. y 635 y ss.

1864³⁰. No obstante, lo cierto es que las Constituciones de 1837, 1845 y 1876, no constitucionalizaron el sufragio censitario, limitándose las dos primeras a implantar el sufragio directo, y a remitirse a la legislación electoral (artículos 22 y 21, respectivamente), declarando por su parte la Constitución canovista que los diputados se elegirían «por el método que determine la Ley» (artículo 28). Este último precepto dejó abierta la puerta a ulteriores modificaciones del sistema electoral, cambios que en efecto introdujeron en primer término la Ley Sagasta de 26 de junio de 1890, reguladora del sufragio universal masculino, y en segundo lugar la Ley electoral de 8 de agosto de 1907³¹. Pero el continuo falseamiento de la realidad electoral a través de amigos políticos³², caciques y corrupción, restó importancia a estas concesiones formales del derecho de sufragio.

En las Constituciones de 1812, 1869 y 1931 se aprecia, para bien o para mal³³, una mayor fidelidad al principio de división de poderes que en las restantes.

En materia de declaración de derechos, las Constituciones de 1837 y 1845 (y lo mismo podría decirse de la de 1876), «proclamaban un derecho, pero remitían su regulación concreta a una ley que no llegaba a elaborarse, que recortaba sensiblemente su extensión o que sometía su ejercicio a medidas previas y cautelares que lo des-

30. Para los datos anteriores, cfr. MURILLO FERROL, F., *Los orígenes...*, pp. 144; JOVER, J. M.^a, *Política...*, p. 246; ARTOLA, Miguel, *La burguesía revolucionaria (1808-1869)*, en *Historia de España*, Alfaguara-Alianza Universidad, V, Madrid, 1973, p. 197; TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *El sistema...*, pp. 431, 441, 489; TOMÁS VILLARROYA, Joaquín, *Breve historia...*, p. 90; SÁNCHEZ AGESTA, Luis, *Historia...*, pp. 508 y ss.

31. Pueden verse los textos en SÁINZ DE BARANDA, R., *Colección...*, cit., pp. 427 y ss. y 453 y ss.

32. Cfr. sobre este tema clásico dos obras recientes: VARELA ORTEGA, José, *Los amigos políticos*, Alianza Universidad, Madrid, 1976 y ORTI, Alfonso, *Prólogo* a la edición de Joaquín COSTA, *Oligarquía y caciquismo*, I y II, Ediciones Revista de Trabajo, Madrid, 1975, en concreto I, pp I a CCI.XXXVII.

33. Puede considerarse como un acierto la flexibilización de tal principio introducida por el artículo 62 de la Constitución de 1837, mientras que a mi entender significan un intento reaccionario de control del ejecutivo sobre el judicial los Títulos IX y X, respectivamente, de las Constituciones de 1845 y 1876.

naturalizaban»³⁴. Es cierto que también las Constituciones de 1869 y 1931, se remitían a futuras leyes ordinarias para la regulación de algunos de los «derechos de los españoles», positivizados por ellas mismas, de tal manera que todas ellas adoptaron el «sistema mixto»³⁵ para la regulación normativa de los entonces denominados derechos individuales, sistema consistente en la enunciación por la Constitución de los grandes principios y en la remisión de su desarrollo a la legislación ordinaria. Pero es innegable que, en contraposición a las Constituciones doctrinarias, tanto la Constitución de Cádiz³⁶ como las de 1869 y 1931, contenían una cierta dosis de entusiasmo utópico, nunca intrascendente y siempre significativo, a la hora de formular sus respectivas declaraciones de derechos; al mismo tiempo es de destacar (sobre todo en las dos últimas citadas) la notable amplitud con que se recogía la entonces llamada «parte dogmática»³⁷, en la cual, aunque abundaban las aseveraciones más retóricas que inmediatamente aplicables, no fue tampoco rara la conversión de las afirmaciones candorosas o ingenuas en garantías jurídicamente exigibles³⁸. En este sentido, es justo destacar la protección jurisdiccional de las «garantías individuales» ante «otras autoridades» y en especial ante el «Tribunal de garantías constitucionales» por medio del recurso de amparo contenido en el

34. TOMÁS VILLARROYA, J., *Breve...*, p. 93.

35. PECES-BARBA, Gregorio, *Derechos fundamentales*. Guadiana de Publicaciones, 2.^a ed., Madrid, 1976, p. 163.

36. En ésta la declaración de derechos está dispersa en su articulado y no sistematizada; cfr. sobre ello PÉREZ SERRANO, N., *Tratado...*, p. 576 y SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia...*, p. 110. Es justo reconocer que la Constitución de 1812, próxima todavía a la Declaración de Virginia o a la francesa de 1789, contenía demasiadas proclamaciones inoperantes, ingenuas e inaplicables por sí mismas, pero ese impulso declaratorio y, casi diríamos también declamatorio, de nuestra primera Constitución no merece censuras demasiado severas, pues, como ha escrito PÉREZ SERRANO a este propósito (op. y loc. cit.), «La hipercrítica olvida la nobilísima intención de los autores, para recordar tan sólo la candorosa ineficacia del enunciado».

37. POSADA, A., *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 5.^a ed., tomo II, pp. 372 y ss.

38. PÉREZ SERRANO, N., *La evolución de las Declaraciones de derechos*, discurso de apertura del curso académico 1950-51, Madrid, 1950, pp. 25 y ss.

artículo 121 de la Constitución de 1931, en la que, por otra parte, se deja notar la influencia de la Constitución de Weimar de 1919, al dar entrada a los derechos de contenido económico, social y cultural, regulados, entre otros, por los artículos 43 y siguientes de la Constitución Republicana³⁹. Por todo ello podemos concluir que las Constituciones de 1812, 1869 y 1931, a pesar de cuantas deficiencias técnicas pudiéramos observar en sus respectivos preceptos, mostraron una sincera adhesión al principio de los derechos fundamentales en los que, por el contrario, no parecían creer (o al menos no en la misma medida) los constituyentes de 1837, 1845 y 1876.

Otro principio a propósito del cual conviene contraponer también las dos series de textos tantas veces citadas es el de la rigidez constitucional. En 1812, 1869 y 1931 se dotó a la Constitución de una protección consistente en regular de modo especial el proceso de reforma de la misma; en los tres casos, y de manera muy señalada en 1812⁴⁰ se trató de dificultar la reforma constitucional («Verfassungsänderung») para garantizar la estabilidad de la Ley suprema, y se introdujeron diversas garantías procedimentales que actuaban como otros tantos obstáculos, que no imposibilitaban «la alteración, adición o reforma» de la Constitución, pero que tampoco dejaban ésta a merced de la mayoría simple de unas Cortes ordinarias⁴¹. Los autores de los tres citados textos quisieron en verdad que la Constitución fuese la norma superior del ordenamiento y establecieron por consiguiente que no pudiera ser modificada como si de cualquier ley ordinaria se tratase. Aquéllas fueron Constituciones rígidas.

En sentido contrario, las Constituciones de 1837, 1845 y 1876 fueron Constituciones flexibles, pudieron ser reformadas con el simple acuerdo mayoritario de las Cortes ordinarias, sin ningún requisito o dificultad especial, ni siquiera la de una mayoría cualificada, ya que nada disponían sus respectivos textos sobre el tema en

39. PÉREZ SERRANO, N., *La evolución...*, pp. 57 a 61.

40. Cfr. su insólito artículo 375. Véanse también los artículos 376 a 384 de la misma Constitución y los artículos 110 a 112 de la de 1869 y el artículo 125 de la de 1931; las medidas contenidas en las tres Constituciones citadas no son iguales entre sí, pero no me es posible entrar aquí en mayores precisiones analíticas.

41. SÁNCHEZ AGESTA, L., *Historia...*, pp. 283 y ss. y 380.

cuestión. Si a pesar de la facilidad procedimental con que pudieron ser reformadas no prosperaron casi nunca reformas parciales de tales Constituciones⁴² bien pudo ser porque los dueños del sistema político (el binomio formado por el núcleo aristocrático y las clases medias durante el período 1837-1868, o la burguesía conservadora de la Restauración) se encontraban tan cómodamente instalados en él, que ni percibían la necesidad de perfeccionar la Constitución, ni sentían acaso rubor de actuar contra ella, convirtiéndola (volvamos a Macías Picavea por última vez) en una pieza postiza que «ni conocida ni amada» resultaba inocua e inoperante.

Pero al margen de estas diferencias técnicas, unas y otras Constituciones, las rígidas y las flexibles, coincidieron entre sí en un mismo y trascendental aspecto: apenas pasaron de la letra legal a la práctica real, apenas se hicieron carne social ni llegaron a tejer una red de prácticas constitucionales complementarias. A la Constitución escrita y vigente en cada momento no se le dotó de esa Constitución no escrita, nacida de los usos políticos, de costumbres originadas dentro o fuera del Parlamento o derivadas de la continuidad en el funcionamiento de las instituciones. No hay que confundir con tales prácticas constitucionales, tan saludables y ricas en Gran Bretaña o en Estados Unidos, la aparición de ciertos usos cortesanos emanados de la voluntad o el capricho del monarca reinante. Nuestras Constituciones no calaron hondo. Algunas por efímeras, otras por inauténticas; unas porque el recurso a la violencia utilizado por sus enemigos no dio tiempo a que pudieran arraigar ni permitió que entraran en juego los mecanismos previstos para la reforma constitucional; otras porque no estaban destinadas más que a cubrir las vergüenzas de una vida política más corrupta que auténtica, lo cierto es que la historia de nuestro constitucionalismo se nos presenta como la trayectoria de una frustración interrumpida por momentos de esperanzas pronto disipadas. La falta de continuidad de las Constituciones rígidas no permitió que entraran en juego parciales, calladas y actualizadoras «mutaciones» constitucionales

42. No me refiero a la de 1837 porque ésta sí que se reformó, siendo la de 1845 presentada como modificación o revisión sustancial de la de 1837. Respecto a la de 1845 citemos la llamada Acta Adicional de 1856 (dudosamente constitucional) y la Ley de 17 de julio de 1857 que contenía la reforma del Senado.

(«Verfassungswandlungen») ⁴³; la continuidad inauténtica de las Constituciones flexibles, propias del moderantismo en sus diversas etapas, era poco propicia para que aquellos textos arraigaran en los distintos componentes de una sociedad escasamente identificada con su Constitución.

La historia de nuestro constitucionalismo es la antítesis, por ejemplo, de la de países como Estados Unidos o Suiza, con su equilibrio entre Constitución escrita estable, reformas constitucionales meditadas, y oportunas mutaciones vivificadoras surgidas a lo largo de la vida de unas instituciones atentas a asumir los cambios producidos en la sociedad. Nuestra historia es una sucesión de crisis constitucionales constituyentes, parecida superficialmente a la de Francia, cuyo número de Constituciones no difiere apenas del nuestro; pero hay una desventaja importante para nosotros, pues si en Francia no arraigaron los textos constitucionales propiamente dichos, sí ha permanecido, como hilo conductor constante la Declaración de 1789 y sí que ha arraigado socialmente el sistema constitucional ⁴⁴, mientras que en nuestro país las crisis del Estado constitucional han sido prolongadas y profundas. El jurista español que busca consuelo a tan larga serie de esfuerzos inútiles por implantar en España un Estado de Derecho fundamentado sobre un texto constitucional, ha de pensar que la causa de tan reiterados fracasos no radica tanto en posibles errores técnico-jurídicos como en profundas y conflictivas tensiones hondamente arraigadas, ellas sí, en la sociedad española.

43. Sobre la diferencia entre "reforma" y "mutación" constitucional, cfr. LOEWENSTEIN, K., *Teoría...*, cit., pp. 162 y ss., de modo muy especial pp. 164 a 175.

44. Sobre ello cfr. el Preámbulo de la Constitución de la Cuarta República francesa (1946) y el de la vigente Constitución de 1958. Acerca de la polémica habida en la doctrina francesa a propósito del valor constitucional de la Déclaration de 1789 y de los Preámbulos de las Constituciones, cfr. HAURIU, M., *Precis de Droit Constitutionnel*, Paris, 1930, III, pp. 241 y ss.; ESMEIN, *Elements de Droit constitutionnel*, Paris, 1921, I, 554-555; CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1922.

III. LA CONSTITUCION DE 1978. TRADICION A LA QUE PERTENECE. LIMITES DEL HISTORICISMO

El estudio realizado hasta aquí nos permite situar la Constitución española actual dentro de la serie formada por las de 1812, 1869 y 1931. Ello no significa que existan grandes semejanzas literales entre la de 1978 y aquellas tres, ni que éstas o alguna de ellas haya cumplido la función de modelo a imitar en nuestros días, misión que más bien hay que atribuir, al menos en muchos campos, a la Constitución italiana de 1947 y a la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Sin embargo, no es pequeña la influencia que la Constitución republicana ha ejercido en la actual, por ejemplo, en lo concerniente a lo que ahora es el Título VIII («De la organización territorial del Estado») y entonces era el I («Organización territorial del Estado»), o en lo relativo al Tribunal de Garantías Constitucionales —hoy Tribunal Constitucional—, o en aspectos singulares del Título III de la Constitución de 1931 en relación con el actual Título I («De los derechos y deberes fundamentales»). De todos modos, lo que más importa destacar de la Constitución de 1978 al colocarla dentro de la serie antes citada es su origen y talante democráticos, que la hacen heredera y continuadora de la tradición, iniciada en Cádiz y prolongada en 1869, de un liberalismo radical, así como también del carácter democrático y potencialmente socializante de la Constitución republicana. Si ha habido en nuestro constitucionalismo una tradición doctrinaria, no es a ella a la que hay que referir la Constitución de 1978, sino a la liberal y democrática.

Dicho ésto, que obviamente nos ahorra comparaciones con las Constituciones del «moderantismo», conviene meditar un poco sobre ello. Porque parece, y no debe ser así, que la reflexión sobre la tradición española y la vinculación con la misma ha de ser preocupación sentida sólo desde posiciones ideológicas calificables como conservadoras o reaccionarias. Y —repito— no debe ser así. Lo que sí constituye patrimonio exclusivo de tales tendencias es el tradicionalismo, esto es, el afán por inmovilizar una determinada etapa del pasado para mirarse en ella como en un espejo. Durante muchos años, demasiados años, hemos asistido a la apropiación

ción de la tradición nacional por parte de escritores más o menos identificados con el régimen anterior, quienes, con un nacionalismo exacerbado y exclusivista, sostenían que un casi metafísico «ser de España» y la mítica «esencia sutil de lo español» sólo se dieron en aquellos episodios de nuestra historia que podían ser utilizados como antecedentes del Nuevo Estado y de su peculiar ideología. Lo demás, lo que estaba vinculado a un modo democrático de entender la realidad sociopolítica española o la cultura como creación libre del hombre libre, todo ello, o fue oficialmente borrado de los libros de Historia o era considerado como bastarda orientación extranjerizante y desnacionalizadora. Con este procedimiento, la «otra España» era, además de «otra» (es decir, inferior, secundaria y perdedora), inauténtica.

Hora es ya de reaccionar contra tan maniqueo y arbitrario modo de entender y explicar nuestra historia. Aquí ha habido siempre de todo, tenemos una historia rica y plural y sería error imperdonable que no tratáramos de recuperar la memoria total de ese pasado, que ha de ser asumido en su complejidad, sin condenas interesadas, sin olvidos impuestos por los poderes públicos.

Por eso me parece importante vincular nuestra Constitución de 1978 con la elaborada en Cádiz (más famosa e influyente fuera que dentro de España, por paradoja nada infrecuente entre nosotros), con la derivada de la «Gloriosa» revolución de septiembre de 1868 y con la que rigió durante la agitada y combatida vida de la II República. De esa tradición somos herederos. También de la otra, porque en la madeja multicolor de nuestra historia no es posible separar unos hilos de otros, pero parece irrefutable que la Constitución de 1978 está inscrita dentro de la línea citada, tanto por el carácter de su proceso constituyente como por su contenido, que la brevedad de este trabajo me impide analizar⁴⁵.

Ahora bien; esta invocación a la historia, sin duda lícita y aleccionadora, debe ajustarse con cordura a sus límites naturales. En nuestros días es sin embargo frecuente que la apelación a la histo-

45. Me gustaría hacerlo tomando como puntos temáticos de referencia los siguientes: a) tratamiento dado a los "derechos y deberes fundamentales"; b) reforma constitucional; c) Tribunal Constitucional; d) Diputación permanente de las Cortes Generales; e) Título VIII. Quede el propósito para otro momento.

ria se haga con poco rigor, mucha carga emotiva y ningún cuidado. Asistimos a la explosión de un historicismo neorromántico, con cuyo apoyo se trata de legitimar determinadas reivindicaciones políticas. Como el pasado está muerto y no puede protestar contra quienes lo invaden, vemos cómo cada cual lo interpreta y utiliza a su antojo. El fenómeno no es del todo nuevo, pues sabido es que durante el régimen político anterior la Historia de España fue objeto de enfoques docentes muy particulares y tendenciosos, y en parte se pretende ahora conscientemente o no, compensar aquel enfático y vetusto nacionalismo con otros de radio menor. En uno y otro caso, antes y ahora, la historia resulta arma arrojadiza y plataforma ideológica. No pretendo aquí hacer un llamamiento a la objetividad científica del historiador profesional, pues no es ese el problema que hoy nos acucia, sino el de la mitificación de la historia al margen del conocimiento científico de la misma. La historia de España está siendo troceada a lo largo y a lo ancho, y cada cual toma o rechaza de ella lo que le conviene para argumentar decisiones tomadas de antemano. Al mismo tiempo, se mitifica el pasado de algunos de los pueblos de España o se hipertrofia en otros casos la importancia de determinados elementos étnicos o culturales. Y ante este confuso teatro de la historia, donde vemos mezclados personajes, fenómenos colectivos y episodios de las más variadas y a veces remotas épocas, abunda una tentación preocupante; la de acudir al pasado como fuente de legitimidad superior a la Constitución, esto es, la de afirmar que la historia y no la Constitución es causa y origen de legitimidad jurídico-política. Tesis explícita en ciertos casos, tácita en otros⁴⁶, que debe ser rechazada.

La historia y más en concreto la del Derecho es invocada por la Constitución en varios preceptos de forma directa o indirecta⁴⁷ y a ella habrá que acudir para interpretarlos. Pero que la

46. Me he ocupado del problema al comentar la Disposición Derogatoria tercera de la Constitución en un extenso trabajo titulado *Los derechos históricos de los territorios forales a la luz de la Historia del Derecho*; por motivos diversos conservo inédito este estudio.

47. Véanse artículos 143-1; 147-2-a; 149-1-8.º; la citada Disposición derogatoria tercera y de modo implícito el artículo 57-1, devdor de una línea de textos normativos que va desde las Partidas (II,15,2) hasta la Constitución de 1812; acerca de este asunto, cfr. GONZÁLEZ ALONSO, Ben-

historia sea vía y criterio hermenéutico, o incluso que el legislador constituyente se remita para legitimarlos a ciertos fenómenos históricojurídicos, como puede ser el caso de los Derechos forales, no significa que la historia sea en sí misma fuente de derechos. Este tipo de historicismo emocional es inadmisibles en un Estado de Derecho cuya norma superior positiviza el principio de que la soberanía nacional reside en el pueblo español. Esta, la soberanía popular, y la Constitución como su expresión jurídica son la única fuente de legitimidad.

El proceso constituyente actuó ante la historia pretérita como un filtro que dejó pasar a su través, para recogerlos en el texto de la Constitución, sólo aquellos elementos del pasado que los constituyentes consideraron adecuados para la construcción actual de un estado social y democrático de Derecho articulado territorialmente sobre el derecho a la autonomía. Historiadores y políticos tienen el deber inexcusable de conocer, dar a conocer y asumir toda la historia de España, entendida ésta como entidad resultante de un proceso histórico y no como sujeto metafísico o metahistórico previo a dicho proceso. Pero no toda la historia es válida para crear en el presente y hacia el futuro ese Estado. La Constitución la selecciona, y, en ese sentido, legitima determinadas tendencias o elementos de la historia de España y de la de sus pueblos componentes, al mismo tiempo que rechaza otros aspectos o ciertos modos de entender y construir el Estado, también presentes en nuestro pasado. Que esa selección haya sido o no acertada y deba o no ser corregida ha de decidirlo el titular de la soberanía actuando en todo caso por los cauces constitucionales. Entre tanto, hemos de atenernos a la Constitución, que es la norma legitimadora por antonomasia, la que regula y encauza hacia el futuro el ordenamiento jurídico del Estado y los de las nacionalidades y regiones que componen la nación española. Conviene repetir una vez más que el régimen jurídico de cada Comunidad Autónoma no debe identificarse con el que haya estado vigente en su territorio en cualquier etapa del pasado, pues

jamín, *La historia de la sucesión en el trono y el artículo 57 de la Constitución de 1978*, aún inédito, que conozco gracias a la amabilidad del autor.

la Constitución está por encima de toda tentación fuerista y de toda nostalgia que intente resucitar sin más instituciones pretéritas, acaso incompatibles con determinados preceptos constitucionales. Es el Derecho del pasado el que habrá de amoldarse a la Constitución si quiere subsistir o renacer, pero no a la inversa. Porque la Constitución es el fundamento sobre el que hay que construir el presente, un presente que también es historia.

Bueno será que esto lo afirmemos algunos historiadores del Derecho y algunos juristas⁴⁸ y que sobre éstas o parecidas ideas se vaya haciendo doctrina e incluso jurisprudencia.

FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE

48. Ya redactado este trabajo, leo dos recientes estudios con cuyos autores coincido plenamente a este respecto: Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Estudio preliminar al libro colectivo. La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución española*, IEE, Madrid, 1980, donde habla (pp. 15 a 17) de lo que él denomina "historicismo convencional"; CLAVERO, Bartolomé, *Presencia política de la historia. Nacionalidades y Autonomías en la Constitución*, en *Sistema*, 36, mayo 1980, pp. 37 a 52. A ellos aludo, pues, con esta última frase.