

¿EXISTE UNA HISTORIA CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA?  
REFLEXIONES SOBRE UN PRIMER MANUAL  
DE ESTA ESPECIE (1)

J. M. PORTILLO (\*)

*A aquella que no habla, para que acoja en su cabeza espaciosa estos pensamientos que me son tan próximos.*

D. Maraini,  
*La larga vida de Marianna Ucria.*

---

(\*) Universidad del País Vasco.

(1) Las reflexiones que siguen están motivadas por la aparición de un primer *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, 1989 y una trayectoria historiográfica, la de su autor B. CLAVERO que prácticamente nulo debate han provocado hasta la fecha, lo cual es sintomático y demuestra cuántos corderos deben aún guardar silencio en el subconsciente historiográfico español. Las referencias entre paréntesis se refieren siempre a las páginas de esta obra central. Con posterioridad a la redacción de este texto ha visto la luz el volumen LIX del *Anuario de Historia del Derecho Español* (1989) que contiene dos notas que directamente interesan a la cuestión que tratamos: «Materiales primeros para una historia constitucional de España» de B. CLAVERO que recensiona *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989 (ed. J. Cano) y la recensión de A. FIESTAS al *Manual* que aquí consideramos.

1. UNA CONSTATACIÓN:

«TRATADOS DE HISTORIA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA NO HAY»

Es la que debe realizar BARTOLOMÉ CLAVERO en la primera de las referencias bibliográficas de su manual advirtiendo así, ya desde su prólogo, de la entrada en un terreno historiográficamente virgen para el sujeto que se indica. En los demás capítulos, que responden a otros tantos períodos constitucionales, podrá constatar, en sus correspondientes *lecturas*, que estudios más o menos monográficos sobre aspectos que interesan a la historia constitucional existen. La Iglesia católica y la religión, el ejército, la administración, la justicia, algunos aspectos de la práctica constitucional o del debate político cuentan en alguna medida con atención historiográfica que sin aún satisfacer el conocimiento de su respectiva dimensión constitucional la han, al menos, introducido. Pero todo ello no deja de justificar la apreciación básica y por ello tanto más necesaria de este nivel preliminar: continua –continuaba ya– faltando una sistemática consideración de la historia constitucional española. No había, propiamente, *manual* (2).

---

(2) No faltan referencias genéricas recientes: J. F. MERINO: *Regímenes históricos españoles*, Madrid, 1988; A. TORRES DEL MORAL: *Constitucionalismo histórico español*, Madrid, 1988.

Y la constatación de esta evidencia no hace sino esconder otra que, comparativamente, puede perfectamente apreciarse y que afecta a una carencia más trascendental: no había tratados ni manuales para una materia que no contaba con disciplina de respaldo que los demandara. Ha debido ser finalmente por una vía menos directamente comprometida con la solicitud académica y más con una pura constatación de la carencia historiográfica que venga esta primera aportación. No se demandaba desde luego desde la licenciatura que aporta el sustantivo. La disposición serial de los estudios de Historia, que la reforma en acto palía pero mantiene, mal podía albergar una entrada de este tipo, aunque ya había en este sentido privilegios bien significativos que han conllevado consolidaciones disciplinarias. Pero es también, además, una cuestión de cultura historiográfica la que ha impedido no ya que exista una autonomía disciplinaria para esta u otras materias sino, también, que la dimensión constitucional no haya conocido un mínimo tratamiento en las especialidades –no solamente la *contemporánea*– a que debería afectar.

La comparación no se resiste. Nuestra cultura historiográfica ha podido asumir como un referente temático y disciplinar la existencia de una *historia económica* concerniente a todo tipo de momentos y espacios, físicos o sociales, que ha generado además su propio discurso historiográfico transfiriéndolo como preliminar en muchas ocasiones a la disciplina básica. En asociación –no siempre paritaria– con una *historia social* –que no cuenta con institucionalización disciplinaria propia– ha venido conformando el núcleo fundamental de articulación de la Historia y sus especialidades en nuestro país. Son los «aspectos económicos y sociales» que no casualmente suelen ocupar lugar preferente en programas y manuales dotándoles de estructura e indicando de esta manera la dependencia de su comprensión para otras materias sin autonomía explicativa: «política, cultura e ideología». No habrá de extrañar que se cuente en la licenciatura de Historia con una especie *económica* de historia pero no con una *política* (sí en otras: ciencias políticas, de la información, sociología), *jurídica* (también en otras: derecho) o, incluso, *social* a la que también resultan más sensibles otras especialidades. Pero en ninguno de los casos mencionados, inte-

resando a todos ellos, podrá hallarse una referencia a algún tipo de historia que se apellide *constitucional*. ¿De dónde entonces ha podido aquí y para el caso que reseñamos venir la necesidad de este manual?

Aunque una respuesta más exacta a esta cuestión solamente la podrá ofrecer el propio autor (3), al menos parte de la misma puede estar en la contemplación de otros panoramas y culturas historiográficas sólo geográficamente cercanas a la nuestra. Una mera comprobación inicial puede aquí introducirnos. En 1984 M. FIORAVANTI se planteaba desde los *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* la relación entre la construcción del Estado «social administrativo» y la crisis de la concepción jurídica del Estado, todo ello en el contexto de la dinámica constitucional decimonónica y del debate jurídico político europeo (4). Lo hacía reseñando varias obras europeas interesantes a la cuestión, entre ellas una que pretendía recoger en una Europa *ampia* (5) una serie de cuestiones básicas referentes al surgimiento y la necesidad de un derecho administrativo, de la administración y sus funcionarios. Cuestiones sin duda capitales para una perspectiva *constitucional* del Estado liberal. Este era su índice: Bélgica, Dinamarca, Alemania, Inglaterra, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Holanda, Austria, Polonia, Portugal, Hungría. Aunque sólo lo fuese ya era un síntoma.

No es necesario –ni posible por nuestra parte– presentar aquí un censo exhaustivo a efectos comparativos, pero ciertamente una rápida compulsa de otros paisajes historiográficos puede confirmar el diagnóstico. Veamos un ejemplo. También en 1989 ha visto la luz en Italia una historia constitucional del

---

(3) Quien ya venía anunciando la necesidad de un replanteamiento de la historia constitucional española en diferentes trabajos que iremos luego considerando. Ya entonces ofreció un primer intento de manual, *Evolución histórica del constitucionalismo español*, Madrid, 1984.

(4) M. FIORAVANTI: «Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica», *Quaderni Fiorentini*, 12, 1984, págs. 591-639.

(5) E. V. HEYEN (ed.): *Geschichte der Verwaltungswissenschaft in Europa. Stand und Probleme der Forschung*, Frankfurt a. M., 1982.

país transalpino (6) en la que no ha debido constatarse para empezar la situación virginal de la materia. Ya se contaba en la década anterior con título de referencia expresa: la historia constitucional de C. GHISALBERTI (7) y con una tradición de estudio específico (8). Pero no es sólo esto. Se cuenta ante todo con una importante reflexión historiográfica previa sobre cuestiones que afectan directamente a la historia constitucional y la componen. Compárense simplemente las referencias bibliográficas actualizadas que pueden ofrecer sobre los respectivos casos CLAVERO y ALLEGRETTI. Puntos nodales para una historia constitucional como el poder y su actuación, el Estado y su concepción, la administración y su historia, el debate político y su transcendencia permanecen entre nosotros a niveles *premanuales* (9). Resulta difícil imaginar que una historia constitucional pueda desarrollarse en un medio historiográfico de tradicional desprecio hacia esos aspectos básicos en los que la Constitución se actúa.

Más penosa resultará la comparación si como término de la misma tomamos el que la historiografía italiana supone

---

(6) Me refiero a U. ALLEGRETTI: *Profilo di storia costituzionale italiana. Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bologna, 1989.

(7) C. CHISALBERTI: *Storia costituzionale d'Italia, 1849-1948*, Bari, 1974. Con un complementario previo, *Dall'Antico Régime al 1848. Le origini costituzionali dell'Italia moderna*, Bari, 1974, una atención específica, *Le costituzioni «giacobine» (1796-1799)*, Milán, 1957 y un estudio de una cuestión constitucional, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia*, Bari, 1979.

(8) De 1898 es la *Storia costituzionale del Regno d'Italia (1848-1898)* de G. ARANGO RUIZ.

(9) Por mantener la comparación, aunque odiosa, ¿dónde se encuentra entre nosotros una reflexión sobre el Estado liberal equivalente a la producida en Italia en los últimos años? Dos referencias colectivas pueden bastar: A. MAZZACANE (ed.), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Nápoles, 1986; A. SCHIAVONE (ed.): *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, Roma, 1990. Una aproximación al debate: «Tra 'crisi dello Stato' e 'Stato immaginario': un dibattito multidisciplinare», *Cheiron*, 7-8, 1988 (con aportaciones de C. MOZZARELLI, R. RUFFILLI, P. COSTA, M. MALATESTA, M. FIORAVANTI, L. ORNAGHI, F. RUGGE, C. GALLI).

como modelo (10). Veamos también un ejemplo, que aquí verdaderamente lo es tan sólo. Antecediendo un año a los de CLAVERO y ALLEGRETTI ha aparecido en Alemania el manual de D. GRIMM (11). Buen indicativo del desarrollo comparativo que conoce aquí la *Verfassungsgeschichte* es el hecho de que comience el autor dedicando un capítulo a la distinción del tipo de historia constitucional que contiene el estudio: aquel identificable con el objeto de CLAVERO y ALLEGRETTI, «la Constitución como *novum* histórico». Y debe realizarse la puntualización y explicarse los fundamentos de la misma porque en ese ámbito historiográfico la potencia de la disciplina puede exigirlo (lo mismo que puede exigir una permanente perspectiva europea y atlántica) (12). No solamente de la época del *Konstitutionalismus* se ocupa la historiografía constitucional alemana, también de las estructuras constitucionales que sin momento constituyente, institución y distinción de poderes o reconocimiento de derechos universales anteceden al moderno concepto de Constitu-

---

(10) Ya FIORAVANTI en la contribución citada *supra* subrayaba el hecho de que la producción historiográfica interesante a la historia constitucional era «casi exclusivamente alemana» (pág. 392). También para otra historia constitucional —la moderna— se apunta al modelo alemán, cfr. A. DE BENEDICTIS: «Otto Brunner e la modernistica italiana», *Annali I.S.I.G.T.*, XIII, 1987 (aunque, para empezar, la demanda de mayor atención al modelo se haga contándose con traducción de la obra de BRUNNER y en un encuentro dedicado al estudio de la obra del historiador austriaco).

(11) D. GRIMM: *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866. Von Beginn des moderner Verfassungstaats bis zur Auflösung des Deutschen Bundes*, Frankfurt a. M. 1988. Más recientemente lo ha hecho el de D. WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich zur Teilung Deutschland*, Munich, 1991.

(12) Así la historia constitucional citada de D. WILLOWEIT, con su expresivo subtítulo. Sobre todo ello informa recientemente A. DE BENEDICTIS, «Una 'novissima' storia costituzionale tedesca. Recenti tematiche su stato e potere nella prima età moderna» *Annali I.S.I.G.T.*, XVI, 1990.

ción (13). Se resiste la materia a un encuadramiento estrictamente contemporáneo del concepto (14).

Sin perderse la conciencia de la existencia de un tipo moderno de Constitución se reconocen otros situados en otros pará-

---

(13) A lo que ya se debía por su experiencia constitucional decimonónica, cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE: «Der deutsche Typ der Konstitutionellen Monarchie im 19 Jahrhundert» en, el mismo, *Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt, 1976 (ed. original 1967). Y sobre el servicio que ya entonces le presta la historia constitucional ya se había ocupado el mismo autor, *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono. Problematica e modelli dell'epoca*, Milán, 1970 (ed. original alemana 1961) traducido e introducido por P. SCHIERA. Con esta y otras traducciones y presentaciones de O. HINTZE, O. BRUNNER y más recientemente O. V GIERKE y otros clásicos de la historiografía constitucional alemana comenzaba P. SCHIERA una fructífera labor de importación de esta cultura historiográfica a Italia que recientemente daba por concluida con la presentación de una serie de textos de G. OESTREICH bajo el título, de por sí bien significativo, de *Filosofia e costituzione dello Stato moderno*, Nápoles, 1991. Nada de ello entre nosotros se tiene, excepto viejas traducciones –y alguna digna de olvidarse. La tendencia podría empezar a corregirse con la llegada, nunca tardía, de algún título fundamental: O. BRUNNER: «El historiador y la historia de la constitución y el derecho», *Revista de las Cortes Generales*, 11, (1987) (trad. de A. SÁEZ) y, sobre todo, recientemente, O. BRUNNER: *Estructura interna de occidente*, Madrid, 1991 con traducción del mismo A. SÁEZ, presentación de J. A. PARDOS y muy sustanciosa nota bibliográfica de ambos. De época más sensible a estos planteamientos proceden las aportaciones más sustanciales de M. GARCÍA PELAYO («Constitución y derecho constitucional» y «La Constitución estamental» respectivamente de 1948 y 1949) ahora en *Escritos políticos y sociales*, Madrid, 1990 que hubieran podido iniciar ya una mayor sensibilización teórica e historiográfica hacia la Constitución. Véase a este respecto la noticia que sobre ello da en su corto pero intenso prólogo a este libro F. TOMÁS Y VALIENTE.

(14) Y se resiste con ella la disciplina. La referencia obligada de toda la historiografía constitucional alemana actual en este punto es O. BRUNNER y especialmente el planteamiento que realizara en «Moderner Verfassungsbegriff und mittelalterliche Verfassungsgeschichte» en 1939 (publicado luego en Darmstadt en 1955 e incluido en la selección y traducción de P. SCHIERA: *Per una nuova storia sociale e costituzionale*, Milán, 1970 y no en la alemana *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, Gotinga, 1990 –con primera edición en 1956–). No faltan tampoco identificaciones que permiten ampliar el concepto a los ámbitos de la historia social de las estructuras políticas, cfr. H. BOLDT: *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. I (*Von den Anfängen bis Ende des älteren deutschen Reiches 1806*), Munich, 1984.

metros y respondiendo a otras lógicas. Es la *Verfassung* –usualmente traducida en otras lenguas por *Constitución material*– y no solamente la *Konstitution* más formal el objeto de la historia constitucional alemana, también de aquella que, como el libro de GRIMM, se ocupa del momento marcado en su inicio por la experiencia constituyente americana. Pero la amplitud del concepto la viene aquí también permitiendo no solamente la propia solidez disciplinaria sino el potente desarrollo historiográfico de todos aquellos aspectos que acaban interesando a la Constitución y su historia (15). Realícese de nuevo aquí el ejercicio de comparación de la bibliografía relacionada. Podrá comprobarse no solamente la cantidad de entradas por el título relativo a la *Verfassungsgeschichte* sino la historia constitucional que puede permitir realizar una imponente batería de estudios sobre el Estado, los partidos, la revolución, las relaciones sociales, la industria, la administración, etc., en los diferentes territorios alemanes. A lo que hay que añadir la ventaja, también secular, de una envidiable edición de fuentes (16).

El panorama en que surge este primer *Manual de historia constitucional de España* es, pues, bien diferente del que puede hallarse en esas otras culturas historiográficas más sensibilizadas respecto a la materia. Es evidente que un *corpus* historiográfico especialmente interesante para la historia constitucional se está configurando (17) pero importantes tramos permanecen sin cubrirse y en no pocos casos sin abrirse –o lo hace, como en otros, directamente este manual–. Por otra parte es evidente también qué puntos de referencia fundamentales para la histo-

---

(15) Cfr. entre un aluvión de títulos que lo confirman, del mismo D. GRIMM: *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a. M. 1987, guardando siempre estrecha relación con la materia constitucional.

(16) Un ejemplo, también entre tantos, H. BOLDT (ed.): *Reich un Länder. Texte zur deutschen Verfassungsgeschichte im 19. und 20. Jahrhundert*, Munich, 1987.

(17) Una simple compulsua, en este caso interna, también bastará. A finales de los setenta podía despachar J. A. ALEJANDRE la parte propiamente correspondiente a la materia constitucional en cuarenta y tres páginas en el *Derecho del constitucionalismo y de la codificación*, Sevilla, 1978. La bibliografía corres-

ria constitucional continúan siendo prácticamente terreno inexplorado desde la disciplina básica. Sigue, por ejemplo, estando reservada casi en exclusiva a los administrativistas la historia de la administración: del Derecho administrativo y su formación, la estructura de las diferentes administraciones, la ciencia de la administración. Son materias todas ellas de dimensión inequívocamente constitucional en manos de juristas y no de historiadores (18). No se verá que ocurra lo mismo, por ejemplo, con la dimensión económica de la Hacienda: aquí, sí entran los historiadores y no tanto los economistas o los especialistas en Derecho fiscal. Es la materia económica la que da entrada en este caso lo mismo que la que se supone exclusivamente jurídica la excusa en el otro. Cuestión, en fin, de cultura historiográfica. Pero el resultado se evidencia: surge en 1989 el primer manual de historia constitucional española.

## 2. ARGUMENTO BÁSICO

La reflexión desarrollada por CLAVERO en torno a la historia constitucional que culmina, de momento, con este manual, arranca de la consideración en profundidad de una serie de puntos fuertes en los que puede reconocerse la novedad del moderno constitucionalismo. Se parte en ello también del cuestionamiento de la validez de ciertos planteamientos difundidos en nuestra historiografía coincidiendo con el momento constituyente de 1978. La visión entonces instrumental de nues-

---

pondiente ocupaba apenas tres páginas. No estaba toda evidentemente, pero las obras sistemáticas debían completarse con traducciones de P. BISCARETTI y de M. HARIOU además de las partes *históricas* de los manuales de Derecho constitucional. El otro término de la comparación siguen siendo las *lecturas* propuestas por CLAVERO en sus diferentes capítulos y la consecuencia se extrae sola.

(18) Algo más en los historiadores del derecho, pero básicamente las aportaciones, salvo excepciones, provienen de la disciplina de derecho administrativo donde la historia puede preocupar limitadamente. La misma afirmación de CLAVERO podría aquí aplicarse: tratados de historia de la administración española no hay.

tro pasado constitucional como un *continuum* interrumpido infortunadamente y dichosamente recuperado, permitía la constatación y afirmación de una serie de valores de constitucionalismo que difuminaban las señas políticas del momento actual empobreciendo la comprensión histórica de los que realmente lo eran (19). Democracia, Constitución y constitucionalismo, representación parlamentaria, liberalismo incluso eran categorías históricas cuyo contenido semántico político actual impedía constatar la existencia de su propia *Begriffsgeschichte* (20). Ha de comenzar llamando la atención el planteamiento alternativo de CLAVERO no solamente sobre la historicidad del constitucionalismo, reivindicando su concepción múltiple, sino también, como se verá, de España misma como sujeto de tal historia. En esta empresa no se parte, sin embargo, de cero: ya habían venido preparando el camino algunos trabajos de CLAVERO tanto por lo que a la concepción de un *Derecho español* se refiere (21) como

---

(19) Cfr. el repaso historiográfico a este respecto realizado por el autor en «Amos y sirvientes ¿primer modelo constitucional?, *AHDE*, 56, 1986 (que es respuesta a la recensión de A. FIESTAS en el número anterior de esta revista a la *Evolución histórica...*, *cit.*). El interés por la dimisión histórica del debate político actual es evidente según muestran unas rápidas constataciones: durante los años 1978, 1979 y 1980 el libro de J. SOLÉ TURA y E. AJA: *Constituciones y períodos constituyentes en España (1808-1936)*, Madrid, 1977 (1.<sup>a</sup> ed.) conoce dos ediciones anuales; en 1979 se reedita la *Teoría de las Cortes (1813)* de F. MARTÍNEZ MARINA (ed. de J. M. PÉREZ PRENDES); el primer número de la colección «clásicos del constitucionalismo español» del Centro de Estudios Constitucionales aparece en 1981 y se dedica a la reedición del identificado, aunque no lo fue nunca, como *Discurso preliminar a la Constitución de 1812* (ed. de L. SÁNCHEZ AGESTA). Ejemplo evidente de esa lectura *servil* del constitucionalismo decimonónico español ofrecen los estudios de A. COLOMER reeditados en, *Los liberales y el origen de la monarquía parlamentaria en España*, Madrid, 1988.

(20) Cfr. para la aplicación a la cuestión que aquí interesa de la historia constitucional, con sus implicaciones internas al concepto, R. KOSELLECK: «Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung», AA.VV. *Gegenstand und Begriffe der Verfassungsgeschichtsschreibung*, Berlín, 1983.

(21) «La idea de código en la ilustración jurídica», *Historia, Instituciones, Documentos*, VI, 1979, «La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 48, 1978; «Leyes de la China: orígenes y ficciones de una historia del derecho español», *Anuario de Historia del Derecho Español*, 52, 1982.

por lo que hacía a la novedad constitucional (22). Pero ante todo se arrancaba de una concepción de conjunto anunciada en su *Mayorazgo* que permitía considerar y diferenciar los momentos de reforma proyectada y revolución efectiva en uno de los puntos fuertes que marcaba el tránsito de sistemas (23).

Partiendo precisamente del supuesto inverso al entoces usual, es decir, la *evolución histórica del constitucionalismo* y sus valores, el plano sobre el que diseña el autor del manual su interpretación de la historia constitucional, no solamente española, revela perfectamente sus ejes fundamentales: los derechos, la Constitución y los códigos. Podrán darse históricamente diferentes conjugaciones de las líneas de fuerza que operan en el plano sobre esos puntos axiales, ofreciendo diferentes modelos constitucionales: de primacía de derechos unos, de imperio de la ley y reconocimiento sólo legislativo de aquéllos otros, de dominio de la administración incluso con supresión o ignorancia del momento de la representación también algunos. Son componentes –derechos, libertades, leyes, normas, actos– cuyo carácter entrópico se pierde en la moderna conciencia de la necesidad de diseño de la Constitución como norma de normas. Es el momento inaugurativo del constitucionalismo, pero no el definitivo.

## 2.1. ¿Qué son los derechos?

Es algo que se cuestiona como preliminar el planteamiento desplegado por nuestro autor. Lo hace expresamente en su ma-

---

(22) Básicamente en su ya citada *Evolución histórica* que es el auténtico punto de conexión entre ambas preocupaciones historiográficas del autor.

(23) *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, 1989 (1.ª ed. 1974) para lo que aquí interesa págs. 291 en adelante. Sobre la revolución burguesa que marcaba el tránsito se interesaría el autor en los años sucesivos a *Mayorazgo*, también desde la preocupación más general por el nacimiento de las instituciones burguesas y la producción capitalista: «Para un concepto de revolución burguesa», *Sistema*, 13, 1976; «Política de un problema: la revolución burguesa», en AA.VV., *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid, 1979.

nual al analizar la Constitución de 1869 (pág. 101), reconociendo de entrada la dificultad de la respuesta, aun limitándose al texto señalado. De la explicación que ofrece allí, alguna noción general puede, sin embargo, extraerse que nos introduzca en la cuestión. Son para empezar los derechos disposiciones expresas que establecen en el texto fundamental diferentes garantías y libertades, que pueden decirse universales aunque en tal universo no entren todos los espacios políticos ni todas las personas (24). Pero por ser *derechos* no se crean en la Constitución, solamente se reconocen. Su carácter sustantivo los coloca por encima de normas de cualquier especie, incluida esta constitucional. De aquí se deriva la capacitación de la justicia para intervenir en favor y custodia de los derechos y la subordinación que, en principio, respecto a ellos han de mantener los códigos. La resultante que dibujan estos parámetros queda clara: primacía de los derechos. No todas las combinaciones de fuerzas quedan igualmente dispuestas en la historia constitucional —ni española ni europea— pero sin duda por esta se comenzó, por lo que puede ser ya una buena razón para comenzar por ahí también las indagaciones de la estructura profunda del planteamiento.

Es una constante en los estudios que venimos aquí considerando la comparación de modelos. Excepto en este último ma-

---

(24) No es tan sólo que pueda darse aún por supuesta en esta u otras coordenadas constitucionales coetáneas, y aún posteriores, una distinción de derechos (civiles y políticos) para diferentes tipos de ciudadanos (activos y pasivos) de sieyean memoria, sino que los propios derechos más fundamentales podían conferirse a universos que dejaban fuera personas, territorios, sexos, condiciones sociales o razas. Cfr. P. PASQUINO: «Sieyes, Constant e il 'governo dei moderni'», *Filosofía Política*, I, 1, 1987; G. DUSO: «La rappresentazione e l'arcano dell'idea: introduzione a un problema di filosofia politica», ahora en, del mismo *La rappresentanza: un problema di filosofia politica*, Milán, 1988 (y la reseñación sobre estos escritos de M. BARBERIS: «L'enigma della rappresentanza e la riabilitazione della filosofia politica», *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XIX, 2, 1989 esp. la propuesta final que permitiría conectar más constitucionalmente cuestiones como esta de la representación con la realidad práctica del poder, volveremos sobre ello); W. H. SEWELL: «Le citoyen/la citoyenne: activity, passivity, and the revolutionary concept to citizenship», C. LUCAS (ed.), *The political culture of the French Revolution*, Oxford, 1988 para algunas evidencias.

nual referido estrictamente a España y en el que no se hallan referentes comparativas –lo que adolece–, ha venido CLAVERO realizando una historia constitucional comparada con tres modelos básicos: Estados Unidos (y, aquí en lo que afecta y distancia, el modelo británico), Francia y España. La elección no es, por supuesto, caprichosa sino que responde a tres declinaciones fundamentales del moderno constitucionalismo europeo y americano: primacía y sustantividad de los derechos, primacía de la ley y el código, y transición entre ambos. La cuestión toca más hondo también a cualquiera de los modelos por su dimensión europea, situándose los derechos en el centro de la *revolución constitucional*. Lo hacen ya por razón misma de los orígenes conceptuales de unos *derechos naturales* (que se desmarcan de un *derecho natural*, con su tradición *iusnaturalista*) y unos *derechos del hombre*, con su veta *iushumanista*, vinculados a una tradición escéptica y civil en sus raíces remotas y a la fundación entre el individuo y su libertad de la sociedad política en sus más fundacionales implicaciones (25). La crítica precisamente del escepticismo renacentista desde la estipulación de un *minimum* ético (las «leyes primarias de la naturaleza») sobre el que fundamentar la existencia social provocaba, en ese *turning-point* de los siglos XVII y XVIII, una «revolución antes de la Revolución» a partir de la cual los esquemas político morales podrán comenzar una diferente dinámica que conduce al momento inaugural de 1776 (26). Entre la concepción grociana del *jus* como cualidad moral de la persona, la conocida diferenciación hobbesiana entre *right* y *law* (27) y la comprensión de la relación entre derecho

---

(25) Historiográficamente se ha planteado la cuestión CLAVERO en «De los dudosos orígenes de los derechos humanos (a propósito de un fallido encuentro entre los *Droit de l'Homme* y los *Natural Rights*)», *Quaderni Fiorentini*, 19, 1989.

(26) Cfr. para el planteamiento de la cuestión R. TUCK: «The 'modern' theory of natural law», en A. PADGEN: *The languages of political theory in early modern Europe*, Cambridge, 1987. Para las implicaciones posteriores en el XVIII y la revolución americana de todo ello, J. POCOK: *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, vol. II, cap. XIV.

(27) Cfr. J. FINNIS: *Natural law and natural rights*, Oxford, 1980, pág. 205 y sigs.

positivo y natural de PUFFENDORF (28) se estaban produciendo novedades conceptuales.

No son éstas, sin embargo, las que más parecen interesar a nuestro autor. Podría en realidad decirse que, dentro de la composición general que se nos viene ofreciendo por su parte, es el capítulo menos considerado. Tiene ello, sin embargo, su explicación si se atiende al punto de partida que ahora consideramos. No es el objetivo de esta reconstrucción tanto el replanteamiento de un rastreo intelectual del concepto fundamental de derechos con sus adjetivaciones sino el de la actuación constitucional del mismo, esto es, la intervención en el plano de definición del orden constitucional de los derechos y su virtualidad constituyente. Dicho de otra forma, no le interesa, o no en tanta medida, al autor la dimensión conceptual cuanto la factualmente constitucional de los derechos. Todo ello tiene sus consecuencias que conviene considerar separadamente.

## 2.2. Comunidad política, determinación constituyente y Constitución

Permite, en primer lugar, establecer una contundente línea demarcadora que distingue lo que entra en esta historia de lo que pertenece a tradiciones diferentes (aunque nunca absolutamente ajenas). No es lo esencial para ella la conciencia de la existencia de derechos que naturalmente se adjudiquen al hombre, sino la actuación ordenadora que con ellos como base puede desplegarse constitucionalmente. El *novum* histórico que inaugura esta era del constitucionalismo no está en la idea de derechos en sí sino en la materialización de su capacidad constituyente (29). La diferencia se aprecia en este punto discutiendo

---

(28) En especial por lo que al derecho de propiedad afectaba, cfr. S. BUCKLE: *Natural laws and the Theory of property. Grotious to Hume*, Oxford, 1991, cap. 2 esp. pág. 108 y sigs.

(29) El planteamiento se desarrolla en diferentes lugares: *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988, cap. I al que volveremos enseguida (con pequeñas variaciones corresponde a la primera parte de «Lo spazio dei diritti e la posizio-

precisamente la historiográficamente asumida continuidad del proceso en el ámbito anglosajón.

No es lo mismo, ni pertenecen a una misma dinámica constitucional el modelo inglés y el americano, aun entendiéndose el primero esquemáticamente fundamentado en el *common law* y el *Bill of Rights* de 1689, o, como propone CLAVERO, justamente por ello. Aunque aspectos procesales del derecho común inglés se transfieran al ordenamiento norteamericano, el fundamento de sus respectivos sistemas se diferencia en el punto que interesa poner de relieve: mientras en 1689 se declaran derechos como garantías en un orden ya establecido y frente a una autoridad en activo (derechos de los súbditos), en las diferentes declaraciones estatales norteamericanas y más genéricamente en los supuestos fundamentales de su cultura constitucional los derechos generan la propia constitución con la consiguiente diferencia respecto al lugar ocupado en cada proceso por el propio individuo (30).

La diferencia permiten captarla dos textos analizados por G. STOURZH recientemente estudiando la evolución del concepto *constitution* en el ámbito anglosajón (31). BOLINGBROKE en 1733 afirmaba ser tal *Constitución* «that assamblage of laws, institutions and customs, derived from certain fixed principes of reason, directed to certain fixed objects of public good, that compose the general system, according to wich the community

---

ne dei giudici tra costituzione e codice», *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XIX, 1, 1989); «Codicación y Constitución: paradigmas de un binomio», *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989; «Origen de la codificación civil en España: entre Francia y Norteamérica», en C. PETIT (ed.), *Revolución burguesa y Derecho privado*, Madrid, 1990.

(30) Textualmente: «Ya se tenía por *Bill of Rights* inglés el documento de 1689 con unos derechos del *subject*, esto era, el súbdito, y no del sujeto e individuo cuyos derechos previos constituyesen ya Constitución. La redundancia vale», *Los derechos y los jueces*, pág. 32.

(31) G. STOURZH: «Constitution: Changing meanings of the term from the early seventeenth to the late eighteenth century», en T. BALL y J. POCOCK: *Conceptual change and the constitution*, Kansas, 1988.

hath agreed to be governed». En 1766 el *town meeting* de CONCORD (Massachusetts) ofrecía un entendimiento bien diverso del concepto que ahora responde a «a system of principes stablished to secure the subject in the Possession and enjoyment of their rights and privileges, against any encroachments of the governing part». La diferencia la marcaba el papel institutivo de los derechos. También se plasmarán significativamente las diferencias en la distinta concepción —a partir de similares materiales— de la idea republicana (32) y del fundamento de la naturaleza federal que vincula a los estados que declaran su independencia en 1776 (33).

En apoyo de la tesis planteada pueden hallarse otras evidencias ofrecidas por estudios más centrados sobre algunas cuestiones concretas del proceso norteamericano y especialmente sobre el concepto de representación entonces manejado. La directa intervención del individuo, sin mediación de *nación* y con afirmación de *pueblo*, en el momento constituyente americano no solamente reflejaba una recreación política del *consent* (ahora *by the People at large*) sino ante todo, y como base del edificio constitucional que se creaba, de la radicalidad con la que se concebía al nuevo sujeto de los derechos (34).

Ciertamente la diferencia la marca la ausencia de un auténtico momento constituyente que, evidentemente sin crearlos, eleve los derechos a Constitución. No era ese el panorama inglés del siglo xvii ni el británico del xviii a pesar de algunas eviden-

---

(32) Cfr. R. E. SHALHOPE: «Toward a republican synthesis: The emergence of an understanding of republicanism in American historiography», *William and Mary Quarterly*, 29, 1972.

(33) Fundamental a este respecto, J. POCKOCK: «States, republics and empires: The American founding in early modern perspective», en T. BALL y J. POCKOCK (eds.): *Conceptual change, cit.* y cfr. también, para el contexto conceptual, M. LIENISCH: *New Order of the Ages. Time, the constitution, and the making of modern American thought*, Princeton, 1988.

(34) Cfr., entre otros, G. BUTTÀ: *Sovranità, diritto di voto e rappresentanza in Massachusetts e South Carolina*, Milán, 1988 y J. P. REID: *The concept of representation in the age of the American Revolution*, Chicago, 1989.

cias. Un concepto unitario de identidad personal, una radicalidad del concepto de propiedad de la propia persona se encuentra perfectamente asumido en el referente intelectual, y sobre todo historiográfico, básico de todo ese proceso, los *Two Treatises of Government* de J. LOCKE (35). Libertad, vida y propiedad son allí los derechos del hombre como individuo *natural* y por lo mismo esenciales, intangibles al poder político por cuestión de procedencia, asimilables perfectamente a una idea de esencialidad de estos derechos por tanto (36). Es más, no se apela, incluso en este momento del discurso lockiano, solamente a la *Ancient Constitution* ni a las *liberties* propias del ordenamiento constitucional inglés tradicional, sino a una concreta cultura política que entonces se venía difundiendo con insistente referencia a estos mismos planteamientos (37). Podría de todo ello derivarse, se hará con posterioridad repetidamente como es bien sabido, una lectura *constitucionalista* de los materiales lockianos (38). Pero constaban también en su mismo universo cultural otros elementos más olvidados comunmente que componen necesariamente otro escenario que nos interesa contemplar.

---

(35) Es, como es sabido, materia específica del quinto capítulo del segundo tratado «concerning the Original, Extent, and End of Civil Government», que significativamente se introduce una vez que se está imprimiendo el tratado.

(36) Cfr. A. CAVARERO: «La teoría contrattualistica nei 'trattati sul Governo' di Locke», en G. DUSSO (ed.): *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Bolonia, 1987, págs. 149-190 (esp. para este punto págs. 167-176); R. DAGGER: «Rights», en T. BALL, J. FARR y R. L. HANSON: *Political innovation and conceptual change*, Cambridge, 1989.

(37) La comunidad de cultura en este punto específico, y en otros, es puesta de relieve por las notas de P. LASLETT a su conocida edición del texto de LOCKE (Cambridge, 1988, 1.<sup>a</sup> ed. 1960). Cfr. especialmente las referidas a los párrafos 27 y 28 de este capítulo *of property* con alusiones que describen el ambiente: Grocio, Pufendorf, Barbeyrac. Este extremo es advertido por M. P. THOMPSON: «Significant silences in Locke's Two Treatises of Government: constitutional history, contract and law», *The Historical Journal*, 31, 2, 1987, págs. 292-293. Cfr. para el contexto referido R. TUCK: «The 'modern' theory...», *cit.*

(38) Es la perspectiva que ofrece M. P. THOMPSON: «Significant silences...» y, junto a H. HÖPFL: «The History of contract as a motif in Political thought», *The American Historical Review*, 84, 4, 1979 resaltando la conexión del pensa-

El estudio de los *Dos tratados* de forma aislada respecto al resto de la obra de LOCKE (especialmente los escritos referidos a la moral, la ética, la religión y la educación) ha impedido obtener una más precisa perspectiva de los fundamentos de su política (39). La construcción del argumento del «verdadero origen, extensión y fines del gobierno civil» desde la premisa del orden divino, el *status* normativo de las comunidades políticas humanas como necesidad sociológica de cumplimentar un deber religioso y la deducción a partir de ahí de la obligación política son algunos de los rasgos de base de esta composición que se deben poner al mismo nivel que los más usualmente resaltados (40). El replanteamiento desde esta perspectiva, propuesta repetidamente por J. DUNN desde finales de los sesenta, no solamente de la obra del filósofo inglés sino de todo el momento histórico de la segunda crisis inglesa del XVII, ha logrado resituar ya algunas cuestiones historiográficas esenciales para el planteamiento de una historia constitucional comparativa. Independientemente de la finalidad real de la obra de LOCKE (41), interesa aquí insistir en los factores que configuran el modelo inmediatamente *británico*: *government by consent*, con el repudio inherente de las derivaciones patrimonialistas y la re-

---

dor inglés con Grocio y Pufendorf en distinta sintonía que el discurso *whig* tradicional.

(39) La cuestión la señala J. MARSHALL: «Jhon Locke's religious, educational and moral thought», *The Historical Journal*, 33, 4, 1990 comentando algunas aportaciones recientes al respecto.

(40) Es la propuesta historiográfica planteada por J. DUNN: *The political thought of Jhon Locke. An historical account of the argument of the «Two Treatises of Government»*, Cambridge, 1990 (1.ª ed. 1969). La relación entre el derecho natural y la revelación y el conocimiento de la existencia divina se analiza en S. BUCKLE: *Natural law, cit.*, pág. 125 y sigs.

(41) Cuestión que cada vez viene siendo mejor conocida no pudiendo resultar indiferente: cfr. CH TARLTON: «The rulers now on earth': Locke's *Two Treatises* and the revolution of 1688», *The Historical Journal*, 28, 2, 1985. En apoyo del planteamiento de Tarlton sobre las auténticas preocupaciones de LOCKE al escribir primero y publicar después su tratado puede venir la publicación en el mismo número de la revista citada (J. FARR C. ROBERT: «John Locke on the Glorious Revolutions: a rediscovered document») de un manuscrito en el que LOCKE insiste en la educación del nuevo príncipe sobre fundamentos diversos a los del derecho divino de los reyes.

constitución del *King in parliament* (42); los derechos como *rights of the human being* y como fundamento del orden político y su legitimidad (43); el Gobierno parlamentario como modelo de expresión de la *political society* sustentada por la independencia propietaria (44). Pero todo ello sin momento constituyente que permitiera la institución de los *rights* como auténtica *constitution* (45).

Y la cuestión tiene aquí, en la dimensión historiográfica que consideramos, su importancia. Por una parte permite explicarnos, como venimos diciendo, la ausencia de este *momento* en el planteamiento de la historia constitucional que realiza CLAVERO: propiamente no entra en ella no solamente faltándole el momento constituyente fundamental, sino rehuyéndolo sistemáticamente en ocasiones decisivas. La primera de ellas en el mismo proceso de 1688 conducido sobre la base de una ausencia de disolución del Gobierno y las instituciones. El contexto, además, era el de la comprensión de la reversión del poder al pueblo como la ocasión no para una actuación constituyente sobre la base de los derechos, sino de reconstrucción de las estructuras

---

(42) Cfr. J. DUNN: «Consent in the political theory of Jhon Locke» (1967), en del mismo, *Political obligations in its historical context*, Cambridge, 1980 y, del mismo autor para el fundamento filosófico básico del *trust*, cfr. *Locke*, Oxford, 1984, cap. 2 y «'Trust' in the politics of Jhon Locke», en J. DUNN: *Rethinking modern political theory*, Cambridge, 1985.

(43) Cfr. J. DUNN: «Consent in the political theory of J. Locke», *cit.* y «Trust and political agency», en J. DUNN: *Interpreting political responsibility*, Oxford, 1990, esp. p. 35. Lo que acaba entendiéndose más, y así se expresará en las colonias americanas, como derechos de *British being*.

(44) Con su problema inherente puesto de relieve a lo largo del XVIII: la corrupción que podía hacer peligrar la base del equilibrio constitucional logrado al socavar la independencia del propietario mediante su vinculación a sistemas de propiedad que no dependen ya, como el crédito público, de sí mismo. Cfr. J. POCOCK: «Authority and property: the question of liberal origins», en del mismo, *Virtue, commerce and history. Essays on political thought and history, chiefly in the eighteenth century*, Cambridge, 1985.

(45) Y sin *revolución* propiamente tal, cfr. la introducción de J. POCOCK a su edición de E. BURKE: *Reflections on the Revolution in France*, Indianápolis, 1987.

ya legítimas de la autoridad (46). La Constitución, la *happy constitution*, a pesar de su valor referencial como paradigma de virtud política en la Europa del XVIII, juega en el modelo británico un papel bien distinto del que le asignan los sistemas contemporáneos en otras zonas europeas o americanas. Es aquí ante todo la Constitución un cúmulo histórico de virtudes (47) que puede funcionar como referente comunitario fundamental con diferentes orientaciones y realizaciones positivas del sistema (48). La alternativa la ofrecía ya en este área el proceso de politización de la sociedad. Es ahí ciertamente donde puede radicar la diferencia: la *political society* no precisa de Constitución como solución constitucional (49).

---

(46) Cfr. J. POCOCK: «The Fourth English Civil War: dissolution, desertion and alternative histories in the Glorious Revolution», *Government and Opposition*, 23, 2, 1988.

(47) Cfr. P. LANGFORD: *A polite and commercial people. England, 1727-1783*, Oxford, 1989, cap. 14.

(48) Podía, sin necesidad de referencia de ningún tipo a transformación constitucional, contener el proceso de unión de reinos de 1707 con la peculiar construcción *estatal* que de ahí surge, cfr. B. P. LEVACK: *The Formation of the British State, England, Scotland, and the Union, 1603-1707*, Oxford, 1987. En el mismo continente se inscribe la asimilación social de las instituciones, empujando por la Corona, especialmente tras los reajustes de 1783-1784 y el patriotismo británico, cfr. L. COLLEY: «The apotheosis of George III: Loyalty, royalty and the British Nation, 1760-1820», *Past and Present*, 102, 1984.

(49) Lo que no implica de ningún modo inmovilismo constitucional. La evolución del pensamiento constitucional británico, y especialmente inglés, desde finales del setecientos demuestra la asimilación de cambios de envergadura como la superación del planteamiento de la *English constitution* en términos de *checks and balance* y la introducción de diferenciación de esferas, política y de libertades, sin posibilidad constitucional de interferencia por su misma naturaleza que informará la tendencia decimonónica de un «absolute state» junto a un «libertarian citizen», cfr. M. FRANCIS y J. MORROW: «After the Ancient constitution: political theory and English constitutional writings, 1765-1932», *History of Political Thought*, IX, 2, 1988. No será extraño que en el contexto definido la lucha constitucional durante el siglo XIX, antes y después de 1832, se plantee en términos de pugna por una definición de la *constitución* capaz de integrar políticamente a quienes habían quedado al margen, cfr. G. STEDMAN, JONES: «Reconsideración sobre el cartismo», en el mismo, *Lenguajes de clase. Estudios sobre la historia de la clase obrera inglesa*, Madrid, 1989.

Pero tiene también relevancia historiográfica la misma cuestión en su otra vertiente. ¿No debería compararse en el esfuerzo comparativo de nuestro autor de una manera más rotunda este otro medio? Ya lo justificaría de por sí el propio desarrollo constitucional británico contemporáneo, pero otros procesos europeos entre 1700 y 1814 confirman la conveniencia. No siendo éste el lugar, ni nuestra la competencia, para una mínima profundización comparativa a este efecto piénsese simplemente en el ejemplo que pueda ofrecer al respecto el desenvolvimiento constitucional de Suecia entre 1719 y 1772-1789 (50) o el de la «ville anglaise sur le continent», Ginebra (51), en el momento inmediatamente anterior a la intervención francesa o, también, el de los territorios entonces de la confederación suiza ante ese mismo episodio (52). Podría, ampliándose el concepto, dar cabida a esas otras manifestaciones constitucionales que se producen a lo largo de ese período en determinados territorios europeos. Un atlas constitucional del continente mostraría zonas de experiencias divergentes a una supuesta generalización de la sucesión absolutismo-constitucionalismo que también deberían incorporarse al estudio comparativo ampliando el ámbito conceptual de la historia constitucional a experiencias que no necesariamente habrían de pasar por el momento constituyente como premisa aunque acaben adoptando una base constitucional de libertades y derechos o que también, ya tras el momento

---

(50) Cfr. G. BARUDIO: *La época del absolutismo y de la ilustración, 1648-1779*, Madrid, 1983, pág. 53 y sigs.

(51) La expresión es de SSISMONDI: *Considérations sur Genève dans ses rapports avec l'Angleterre et les Etats protestants...* (1814) citado en un más que sugerente estudio sobre la evolución constitucional del estado republicano como una variante del momento maquiaveliano anglosajón, F. SOFIA: «Il diritto naturale in un Stato republicano. Ginevra alla fine dell'Ancien Régime», en R. DE LORENZO (ed.): *L'organizzazione dello Stato al tramonto dell'Antico Regime*, Nápoles, 1990, págs. 9-44 (la cita en la pág. 29).

(52) Para una cuestión de especial relevancia constitucional, la organización del territorio y los problemas que ante ello presentan *libertades* cantonales cfr. F. WALTER: «Echec à la départementalisation: les découpages administratifs de la république helvétique (1798-1803)», *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte*, 1, 1990.

napoleónico y las revoluciones de mediados del XIX, lleguen a reducciones formales de sus Constituciones (53).

Habría de afectar esta perspectiva pluridimensional ciertamente también a otros intereses de reflexión historiográfica y a una comprensión, que ya se apunta, sobre supuestos diferentes de una época moderna amplia que fluctua entre la secularización de la teoría política moderna y el constitucionalismo euroamericano (54). Desde tal situación en el análisis pueden

---

(53) Habría, por ejemplo, que cuestionarse tal elaboración sobre la base de no escasas variaciones y desarrollos de un tema que se repite en distintas áreas europeas y que apunta a la recuperación de materiales constitucionales preconstituyentes para su aplicación formalmente constitucional o para la constatación de su necesidad. Así lo demuestra la experiencia constitucional del reino de Württemberg entre 1805 y 1819 con la conciencia contractual estatal derivada del *Erbgverleich* de 1770 (cfr. M. HETTLING: *Reform ohne Revolution. Bürgertum, Bürokratie und kommunale Selbstverwaltung im Württemberg von 1800 bis 1850*, Gotinga, 1990 y H. BRANDT, *Parlamentarismus in Württemberg, 1819-1870. Anatomie eines deutschen Landtags*, Düsseldorf, 1987). La constatación realizada a la altura de 1830 por el patriciado boloñés de la alteración de la base contractual de su relación con el soberano pontífice puede reclamar una reordenación constitucional (cfr. A. DE BENEDICTIS: «Una 'repubblica stans de per se' 'per vim contractus'. Elementi della cultura giuridico-politica di Bologna, città dello Stato della Chiesa», a publicarse en *Zeitschrift für Historische Forschung*). La misma lógica se retomaba en otro extremo continental para plantear también la variación constitucional, cfr. N. RONEBY: «Notizen über eine verhinderte Republik», en H. KOENISBERGER (ed.): *Republiken und Republikanismus im Europa der Frühen Neuzeit*, Munich, 1988, pág. 283-284.

(54) En el sentido que, por ejemplo, lo deja apuntado J. POCKOCK: «Conservative enlightenment and democratic revolutions: the American and French cases in British perspective», *Government and Opposition*, 24, 1, 1989, proponiendo hacer arrancar de la reacción civil de HOBBS, como programa para la superación de las guerras de religión, el estudio de la ilustración. Se trata del mismo momento en que TUCK sitúa su *turning point* respecto a la reflexión iusnaturalista (cfr. «The modern theory...», *cit.*) o A. M. BATTISTA el surgimiento de su *assolutismo laico*, cfr. la introducción de L. PALA a la antología póstuma de A. M. BATTISTA: *L'assolutismo laico*, Milán, 1990. Podría entenderse así mejor el papel jugado por desarrollos ilustrados (en Inglaterra y Escocia, pero también luego en el resto del continente) de negación de la crítica mediante la adopción de actitudes escépticas que no hacían de la fe en el progreso el eje de su discurso, cfr. I. BERLIN: «Alleged relativism in the eighteenth-century European thought» (1980), en del mismo, *The crooked timber of humanity. Chapters in the history of Ideas*, Londres, 1990.

comprenderse dinámicas que afectan directamente a los momentos fundacionales de la época contemporánea no iniciándose con ella. El mismo caso de los Estados Unidos que toma CLAVERO como una de las declinaciones esenciales de este tránsito hacia las formas políticas modernas puede, desde una comprensión no excesivamente divergente al fin y al cabo, ser considerado por POCOCK como una auténtica *British revolution again British being*, esto es, contra el modelo parlamentario inherentemente corrupto derivado de la previa crisis constitucional planteada a finales del xvii en el ámbito anglosajón (55). Sus elementos de ruptura se adivinan respecto a esa otra dinámica político constitucional, primero tratando de redefinir la relación con la metrópoli sobre la base de una confederación y, tras 1776, desde el supuesto revolucionario de la asunción de la perfección estatal (56). Lo significativo resulta entonces que se haga tal revolución respecto a un mundo del que se habían tomado buena parte de las referencias políticas esenciales (57) y en lo que se vendrá a insistir será en el análisis del comportamiento de esos mismos elementos transferidos al nuevo orden creado por la revolución (58).

La diferencia con la óptica de CLAVERO es evidente —centrada ésta en la novedad constitucional y su virtualidad revolucionaria— pero no incompatible. La corrección que introduce el análisis que aquí consideramos subraya más que las continuidades

---

(55) Cfr. J. G. A. POCOCK: «1776: the revolution against parliament», en, del mismo, *Virtue, commerce and history*, cit., págs. 73 y 82-83. Para la cuestión del papel del parlamento y su relación con la Corona y el Gobierno sobre la que descansa el modelo, cfr. la discusión planteada por J. C. D. CLARK: *Revolution and Rebellion. State and society in England in the seventeenth and eighteenth centuries*, Cambridge, 1986, cap. 5.

(56) Cfr. J. G. A. POCOCK: «Conservative Enlightenment», cit., pág. 94 y sigs.

(57) Cfr. N. MATEUCCI: *La Rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*, Bolonia, 1987 y G. STOURZH: «Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert. Zur Genese des modernen Verfassungsbegriffs», en R. VIERHAUS (ed.): *Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze*, Göttingen, 1977.

(58) Cfr. J. G. A. POCOCK: *Il momento machiaveliano*, cit., vol. II, pág. 884 y sigs.

las rupturas descubriendo la revolución en aquéllas que pueden ir dando paso a la auténtica novedad, también respecto al modelo de referencia tradicional: la capacidad constituyente de los derechos desde su concepción revolucionaria. Expresamente marca las distancias nuestro autor con algunas interpretaciones en el sentido antes indicado (59), para poder situarse en los orígenes «puros» del momento revolucionario. No en vano aquí, en el ejemplo con el que seguimos, se descubren significativas discontinuidades donde desde otras ópticas se habían detectado simples paralelismos entre un ordenamiento y otro. En realidad la cuestión toca aquí uno de sus fondos, pues la divergencia obedece a la comprensión misma de la estructura del fenómeno revolucionario y de la significación en él de la concepción de un nuevo sujeto político individual que puede serlo también de derechos (60). La cuestión es pues doble: no solamente se trata de que se estuviera revolucionariamente reaccionando contra un ordenamiento por considerársele intrínsecamente corrupto y falto de representación de los intereses que afectaba, sino que por encima de ello ya estaba emergiendo la concepción radical de los derechos sobre la que habría de construirse el nuevo sistema (61). Eso era la Revolución.

Pero como acabamos de indicar, no resultan tan incompatibles las apreciaciones de CLAVERO con la comprensión de procesos que no estrictamente se ajustan a las declinaciones que más usualmente se consideran de la revolución constitucional. No ha de extrañar que sea en el estudio de la experiencia política constitucional de las provincias vascas durante el siglo pasado (62) donde se descubran en sus referencias comparativas di-

---

(59) Así en *Los derechos y los jueces*, *cit.*, pág. 30, n. 9 respecto a N. MATEUCI.

(60) Crr. *Los derechos*, *cit.*, pág. 33 y la referencia que allí se da, «Almas y cuerpos. Sujetos de derechos en la Edad Moderna», en AA.VV.: *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol I, pág. 153 y sigs.

(61) Cfr. «Codificación y Constitución», *cit.*, págs. 90-91.

(62) La evolución historiográfica del autor respecto a la cuestión es ciertamente remarcable. En sus primeras aproximaciones (de 1981 es, por ejemplo, el original de «Los fueros en la España contemporánea: de la reacción antiliberal»

rectas alusiones al caso de Suiza a través primeramente de las ofrecidas en 1836 por A. DE TOCQUEVILLE o a la experiencia constitucional inglesa, también por referencias de la época (63). De hecho se tenían estos faros constitucionales o el norteamericano bien presentes porque hacia ahí apuntaban ciertamente las soluciones alternativas al modelo francés. No es casual a estos efectos la evolución de estos territorios de la monarquía en los momentos inmediatamente anteriores: las similitudes podrían ahí ampliarse ante todo por lo que se refiere a la operatividad de la conciencia posesiva sobre el territorio y sus libertades (64). Tampoco lo será, como la de otras comunidades, su evolución posterior en el marco de un Estado cuyo diseño constitucional se irá rápidamente alejando de la determinación constituyente de los derechos y participando de una cultura poco proclive a libertades individuales y autonomías comunita-

---

ral al federalismo vergonzante» en *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982), la idea motriz era la contraposición Fuero-Constitución como universos irreconciliables respondiendo a una literatura de apoyo que insistía en polarizaciones semejantes para otros ámbitos europeos. Coincidiendo con un evidente cambio en los objetos de estudio (de la idea de código y la ilustración jurídica a la evolución del constitucionalismo español comparativamente estudiado y a la antropología política europea), viene a realizarse una *lectura ingenua* de un proceso que descubre evidencias que requieren explicaciones más allá de aquellas primeras contraposiciones esenciales (cfr. la lectura que de sí mismo realiza en *Fueros vascos. Historia en tiempo de Constitución*, Barcelona, 1985, págs. 69-70), apuntando a una consideración *constitucional* de la cuestión que no se quede en lo estrictamente formulado textualmente e integre la dimensión antropológica de la cuestión (cfr. pág. 73 de ese mismo libro). De la lectura ingenua ha derivado más recientemente, acorde también con sus propuestas de interpretación del primer constitucionalismo español, una lectura diferente del proceso vasco entre sus posibilidades de integración en el modelo constitucional de 1812 («Las Juntas vascas ante el advenimiento de la Constitución española», *Jornadas sobre Cortes, Juntas y Parlamentos del Pueblo Vasco*, San Sebastián, 1989) y su modalidad de integración federal de 1839 («1839: la Constitución ante los Fueros», en J. AGIRREAZKUENAGA y J. R. URQUIJO (eds.): *150 años del convenio de Bergara y la ley del 25-X-1839*, Vitoria, 1990).

(63) Cfr. B. CLAVERO: «Entre Revolución y Tradición: Constitucionalismo y fuerismo», *Historia Contemporánea*, 4, 1990, págs. 39-44.

(64) Cfr. J. M. PORTILLO: *Monarquía y Gobierno provincial. Poder y Constitución en las provincias vascas (1760-1808)*, Madrid, 1991.

rias (65). Entre medias se había, precisamente, vislumbrado al menos la posibilidad de una inserción en el ordenamiento constitucional superior de la monarquía española de ese otro provincial con lectura e interpretación en otra clave de sus mismos Fueros y de su organización institucional (66). Pero ya ocurría todo ello a la altura de una desvirtuación esencial del primer modelo constitucional cuyas claves componen otro momento básico del discurso que analizamos.

### 2.3. Constitución y Código

Ocupan los Códigos un concreto lugar en la secuencia que del complejo proceso de la revolución constitucional contemporánea plantea CLAVERO: «Revolución, Declaración, Constitución y Códigos» (67). Independientemente de otros valores, aquí el Có-

---

(65) La reflexión de CLAVERO al respecto se realiza en una sede bien significativa, como epílogo de C. GONZÁLEZ (ed.): *Juntas Generales de Alava. Pasado y presente*, Vitoria, 1990. El abandono, sin embargo, será mutuo y derivará la fórmula de la que arranque el proceso de integración de un acuerdo militar: cfr. del autor últimamente, «Entre Cádiz y Bergara: lugar de encuentro de la Constitución con los Fueros», *Anuario de Historia del Derecho Español*, LIX, 1989.

(66) Siempre, sin embargo, desde la exclusión tanto por parte de los Gobiernos españoles como de los notables provinciales vascos de cualquier referencia autodeterminativa más allá de la que ellos mismos podían respectivamente representar. A estos aspectos de los federalismos que les podían servir de referencia argumentativa no se encontrará referencia en sus respectivos discursos. Sin hacerla tampoco, más similitud guardarán sus respectivos proyectos con fórmulas de integración territorial que también ignoraban de raíz tales extremos, como la que funda la monarquía dual austriaca que expresamente rechazaba el planteamiento formulado en 1849 en Kremsier de derechos nacionales derivados de la premisa de una soberanía popular. Aunque a ningún tipo de *Ausgleich* formal se llega finalmente en el caso vasco, la comparación puede servir por evitarse así también una solución federal, cfr. A. SKED: *The decline and fall of the Habsburg empire, 1815-1918*, Londres, 1989, pág. 142 y sigs., y T. FRANK: «Hungary and the Dual Monarchy, 1867-1890», en P. E. SUGAR e.a. (eds.): *A History of Hungary*, Londres, 1990.

(67) Así lo expresa en el «Diagnóstico y tratamiento» que de la cuestión propone en su contribución celebrativa del bicentenario revolucionario francés: «Codificación y Constitución...», pág. 84. En otro lugar anterior la secuen-

digó se entiende que viene a mecanizar el proyecto revolucionario que inaugura la contemporaneidad europea continental. Veamos primeramente la disposición de paradigmas que se nos ofrece.

La experiencia primera de estas revoluciones, la norteamericana, parece poder hacer fallar la ilación conceptual enunciada al no exigir siquiera como requisito el Código para su actuación por contar con otros mecanismos y, sobre todo, con otra cultura de base diferente. Permitted ésta plantear de distinta forma la relación entre ley y justicia mediante la participación en la determinación del derecho y del ordenamiento de instancias judiciales representativas (jurados) además de la política de las asambleas parlamentarias (68). No solamente, concluye CLAVERO, mediante normas políticas sino, también, mediante justicia representativa, pudo fijarse aquí el ordenamiento e incluso con una sustancialidad soberana más parlamentaria en esta segunda vía por razón de su capacidad revisora (69). Evidentemente en tal

---

cia se presenta diferente: «Declaración, Constitución, Revolución y Código; esto era, programación, ejecución y ordenación: Constitución política, Legislación revolucionaria y Codificación civil», «Origen constitucional de la codificación civil en España...», *cit.*, pág. 81. En cualquier caso el Código como elemento aglutinador de una *revolución constitucional*.

(68) Que entonces, en el proceso revolucionario, conocen una transformación en cuanto a sus principios representativos con la tendencia general a sustituir un concepto corporativo (representación municipal en las asambleas provinciales) por otro relativo a la representación de personas políticamente capaces y de la propiedad. Cfr. J. R. POLE: «The emergence of the majority principle in the American Revolution (1966)», en, del mismo, *Paths to the American past*, Oxford, 1979.

(69) Las abundantes referencias bibliográficas contenidas en los comentarios realizados por CLAVERO sobre el modelo norteamericano (además del artículo citado en la nota anterior en *Los derechos y los jueces*, *cit.*, y «Origen constitucional de la codificación civil...», también ya citado) harían en este punto superflua cualquier adición. Cabe añadir, para la relación cultural del concepto de representación manejado, J. PH REID: *The concept of representation in the age of the American Revolution*, Chicago, 1989. La consideración del jurado como elemento esencial de definición del gobierno limitado y de la constitución la realiza más profundamente, sin embargo, al ocuparse precisamente de los derechos, *Constitutional history of the American Revolution. The authority of rights*, Madison, 1986, pág. 48 y sigs. (que utiliza CLAVERO).

medio difícilmente encuentra su lugar el Código como producto legislativo de implantación universal de libertades. Por la propia concepción de fondo del sistema, aquí no se precisaba el mecanismo codificador bastándose la Constitución y ante todo los derechos y su defensa judicial (70).

Otra es la composición de estos factores de la revolución constitucional que detecta CLAVERO en otro de sus modelos. Reclamarán codificación desde los comienzos de su revolución los constituyentes franceses (71). Lo harán graduando de diversa manera los componentes del sistema. Será la ley el instrumento que vaya adquiriendo exclusividad como expresión del derecho e imposición universal de *los derechos* contando para ello con una justicia institucionalizada pero sin relevancia determinativa sobre el ordenamiento supeditada como estaba a la ley y el procedimiento por ella marcado. Solamente con la ley en la mano la Constitución de 1791 vendrá en Francia a plantear la liquidación de la *société d'ordres* y el establecimiento de un *droit commun* de los franceses. Y éste, insiste nuestro autor, es el primer entendimiento del Código: herramienta de la revolución. Su desvirtuación es obra inmediatamente posterior que se encerraba en las potencialidades de su originario contexto de nacimiento. En 1804 la configuración de todos estos componentes (derechos, ley, Constitución, Código) se ha descompensado favoreciendo la dependencia de los derechos respecto a la ley. Actuará sobre campos unificados la labor codificadora (civil, mercantil, penal o, incluso, rural), pero dejará a la ley la modulación del sujeto con un extremo en el caso del campo administrativo. Frente a ello el papel del juez será meramente instrumental sin poder entrar en cuestiones de constitucionalidad por razón de defensa de los derechos. Bien podrá valer este modelo también a sistemas poco constitucionales como el establecido en 1814 (72).

---

(70) Especialmente claro en este punto «Codificación y Constitución...», págs. 95-96.

(71) Cfr. el estudio específico en «Revolución y Codificación», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 3, 1989.

(72) Artículo 68 de la *Charte constitutionnelle* de 4 de junio de 1814: «Le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la

Entre medias, como siempre, España, la tercera declinación del paradigma. La similitud de previsión codificadora con el modelo francés de referencia más cercana no impide descubrir en los trabajos de CLAVERO diferencias más esenciales que afectan a los fundamentos *civiles* del proyecto. Por lo pronto, el primer diseño constitucional español dejará de incorporar programáticamente el desbroce corporativo previsto en el preámbulo francés de 1791, añadiendo en diferentes lugares del mismo consideraciones integradoras de esas mismas realidades corporativas (73). La evidencia del desfase la expone el análisis del proyecto de Código civil que durante el Trienio se diseñó con la Constitución de 1812 como fondo, fallándole precisamente la realización revolucionaria que en Francia había sido preliminar (74): «constituye el insuperado problema de esta primera fase de la codificación en España, así pendiente a la espera de soltar el mismo compromiso» (75).

Independientemente de proyectos intermedios a mediados del siglo pasado (76), la atención se concentra en el momento de nacimiento tardío del Código, finalizando la centuria. El contex-

---

présente Charte restant en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé.» Sobre ello recientemente ha insistido, dándole su dimensión epocal, M. FIORAVANTI, *Appunti di storia costituzionale. I. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Turin, 1991, cap. 3.

(73) Es éste uno de los aspectos en los que más insistentemente ha venido incidiendo CLAVERO en su consideración de la Constitución de 1812. Lo ha incorporado a su reciente *Manual* (pág. 38) tras la descripción de la *nación compuesta* que se figura en Cádiz (págs. 30-34). Se puede ir contando ya con un análisis monográfico sobre uno de los casos que apuntara CLAVERO, cfr. C. PETIT: «Derecho mercantil: entre Corporaciones y Códigos», en AA.VV., *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán, 1990, págs. 315-529.

(74) Preliminar incluso, como es bien sabido, a la propia redacción del texto constitucional de 1791. Este, en su preámbulo, no hará sino sancionar a su nivel una labor previa, de la misma *Asamblea Nacional constituyente*, de desarticulación de la *ancienne constitution*. Para los fundamentos de esa acción tan *constituant* como la elaboración de la Constitución, guarda su valor C. SCHMITT: *La dictadura*, Madrid, 1985, cap. 4 y para la figuración previa de la Constitución, M. VALENSISE: «La constitution française», en K. M. BAKER (ed.): *The political culture of the Old Regime*, Oxford, 1987.

(75) «Origen constitucional de la codificación...» *cit.*, pág. 81.

(76) *Los derechos y los jueces, cit.*, págs. 65-57.

to final será por una parte el de 1869 con su proclama de derechos de la que no se extraerán, sin embargo, consecuencias *americanas* también en este aspecto que ahora interesa planteando desde presupuestos contrarios a la libertad el Código. Finalmente vendrá bajo otro modelo constitucional que retoma la tradición más conservadora de supeditación de los derechos a su reconocimiento legislativo (77). El respeto que a aquéllos no se tiene se muestra a una Constitución social que el Código mantendrá diferenciadamente y a una realidad operativa que nunca constitucionalmente (salvo en 1873) se había reconocido (78). Y de una nueva actuación constituyente y mediante la Constitución (la republicana de 1931) arrancará el proceso de recuperación de derechos no ya sólo individuales sino también sociales que logrará decodificar sin reclamar como presupuesto constitucional el Código (79).

Hasta aquí los modelos. La idea básica que se obtiene de la evolución descrita es paralela, necesariamente, a la constitucional: plantemamiento originario de cumplimentación revolucionaria de defensa de derechos del sujeto individual, con o sin Código, y desvirtuación posterior, junto a la misma del sistema, actuando potencialidades contenidas en su diseño originario con la inversión de la posición de los derechos. Algunas cuestiones, de nuevo de conexión, no quedan, sin embargo, excesivamente claras. Se realiza la insinuación de la diferencia en los antecedentes respectivos (80), pero existen efectos de esa historia ante-

---

(77) En este momento se centra «Codificación y Constitución...», *cit.*, pág. 115 y sigs. y sobre todo el *Manual* caps. 7 y 9.

(78) Cfr. el planteamiento ofrecido en «Anatomía de España», *cit.*, págs. 80-82 que motivan (en el debate que recogen las actas del encuentro en que se presentó este trabajo) una intervención de P. GROSSI mostrando su asombro por el modelo español. La respuesta de nuestro autor constata de nuevo la divergencia entre realidad constitucional y operativa dejando abierta la investigación en este punto, págs. 995-997.

(79) De nuevo, las cuestiones básicas, en «Codificación y Constitución...», *cit.*, pág. 122 y sigs. y *Manual*, págs. 198 y sigs.

(80) «Aquí —en la Europa continental— comenzaba por tenerse todavía un derecho, con su matriz canónica, más inconveniente que el *common law* para los nuevos tiempos», «Origen cosntitucional de la codificación...», *cit.*, pág. 58 y la remisión bilbliográfica es a su colección de ensayos sobre la matriz a que

rior que ahora, en época constitucional, pueden estar reflejándose también. Debía efectivamente aquí en Europa la ley, para empezar, enfrentar un orden corporativo y feudal, de ahí el lugar central que ocupa mediante su nueva concepción constitucional (81). Pero ya con anterioridad, en el punto de partida de junio de 1789, se mostraba el peso de la historia inmediata en momentos centrales del debate político y de la configuración del modelo revolucionario. Permitásenos una escueta referencia al respecto.

El recorrido que perfectamente queda descrito en los diferentes trabajos de CLAVERO, que se vienen considerado, muestra el tránsito de una posición a otra totalmente diversa de los derechos en el orden constitucional que se diseña en Francia entre 1789 y 1804. De la ley al servicio de los derechos se pasa a la ausencia de todo compromiso y la autosuficiencia de la ley y el Código que nace entonces y no antes a pesar de estar constitucionalmente previsto (82). Aquéllos eran ciertamente *droits de l'homme* que en su mera declaración como tales ya enfrentaban el núcleo esencial del *ius commune* tradicional. Su proclamación era, sin duda, revolucionaria. Pero ¿fue este *homme* exactamente constituyente en la Francia de 1789 como lo fuera en los Estados americanos desde 1776 y en 1787? *We the People* no era evidentemente lo mismo que *La Assemblée nationale*: ambos encabezamientos no hacen sino reflejar posiciones divergentes respecto al momento constituyente (83). En ello está pesando en 1789 en

---

alude, *Tantas personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, 1986 a la que ya puede añadirse «Almas y cuerpos», *cit.*

(81) Cfr. J. RAY: «La Revolution française et la pensée juridique: l'idée du règne de la loi», *Revue Philosophique*, 128, 1939.

(82) Resumen de sus puntos de vista al respecto en «Revolución y codificación», *cit.*

(83) Que en un caso puede exigir más que el compromiso la participación explícita del pueblo a que entonces se hacía referencia mientras en el otro la propia asamblea de la nación asume la iniciativa y la realización. Cfr., respectivamente, G BUTTÀ: *Sovranità*, *cit.*, cap. 1 y P. PASQUINO: «Sièyes, Constant e il 'governo dei moderni'», *Filosofia Politica*, I, 1, 1987. No entra en estas implicaciones al plantearse la cuestión de la diferencia de sujeto M. ARTOLA, «La Monarquía parlamentaria», en M. ARTOLA (ed.): *Las Cortes de Cádiz*, Madrid, 1991, págs. 109-110.

Francia una determinada cultura política que ya venía asignando a la *Nation* un contenido radicalmente diferenciado del de *Peuple*. En la primera se podían entender residentes «la puissance, les droits des Citoyens, les relations civiles et politiques» y en el segundo reconocer «la sujétion, le besoin surtout de protection et de rapports divers de tout genre» (84). Dificilmente podía ese *peuple* jugar el papel de *people* y así lo pudieron constatar los revolucionarios de 1789: resultaba esencial el intermedio de la nación aunque los derechos fueran del hombre y el ciudadano que la conformaban (85).

¿En qué medida pudo afectar esta diferente posición de partida a todo el momento de la revolución constitucional? Nos limitaremos a una insinuación. Podía suponer, ya de partida, una importante diferencia de grado respecto al compromiso de ese mismo *citoyen* con el ordenamiento constitucional nacido, en principio, para el amparo de sus derechos. No habiendo sido él directamente *constituant* (86), otros podrán repetidamente asumir esta función arrogándose una representación de ese elemento realmente activo que era la *nation*. Pero aquí radicaba precisamente la revolución constitucional de Francia: la nación, que se sacude tutelas y representaciones extrañas (87), pasa a repre-

---

(84) De manera que el Rey podía ser *Chef* de la primera y *Père* del segundo, cfr. E. FEHRENBACH: «Nation», en R. REICHARDT y E. SCHMITT, *Handbuch politisch-sozialer Grundbegriffe in Frankreich, 1680-1820*, Munch, 1986, págs. 75-107 (la cita en pág. 78).

(85) De la importancia del dato con su inclusión en la primera Constitución francesa se percata CLAVERO, *Evolución histórica del constitucionalismo*, cit., pág. 21. El mejor relato puede ofrecerlo el teórico fundamental del momento constituyente francés, E. SIÈYES: *Observations sur le rapport du comité de constitution, concernant la nouvelle organisation de la France* (1789), en J. E. SIÈYES: *Ecrits politiques*, ed. de R. ZAPPERI, París, 1985 (hay traducción española de R. MAIZ en E. J. SIÈYES: *Escritos y discursos de la Revolución*, Madrid, 1991).

(86) Lo habían sido propiamente de sus derechos los representantes del pueblo francés constituidos en asamblea nacional y de la Constitución esa misma asamblea, lo que no significa que no se percibiera el valor de su referencia respecto a otras posibilidades, como la de una *chartre* de concesión regia, cfr. J. GUILHAUMOU: *La langue politique et la révolution française*, París, 1989, pág. 74.

(87) Que a lo largo del siglo XVIII habían venido queriendo crecientemente asumir los parlamentos, cfr. W. SCHMALE: «Les parlements et le terme de

sentarse a sí misma en su asamblea para, desde ella y mediante la Constitución que crea al margen de los tradicionales entendimientos de la misma, poder controlar el elemento aquí nodal: la ley (88). Todo el proceso posterior de transmigración del derecho natural a la ley positiva, mediante la codificación que crea el derecho civil burgués, se produce cuando no resulta ya decisiva la cuestión de la forma de Estado al haber quedado con Napoleón definitivamente controlado *el poder* con un directo dominio sobre el ámbito público y su configuración constitucional (89).

Algunos aspectos de contacto, conscientemente recuperados en la era post revolucionaria, se producen también en cuanto al funcionamiento del ordenamiento jurídico. La *paz burguesa* descansará en buena medida sobre la reaparición de una intervención doctrinal –judicial o profesoral– sobre su orden jurídico mediante el expediente que más deliberadamente le había sustraído la revolución: la *interpretatio*. Junto a otros, este mecanismo puede permitir insertar el nuevo derecho privado, como tradición, en regímenes políticamente ajenos al planteamiento constitucional originario (90). Pero sobre todo venía a demostrar que los constituyentes de 1791 tenían fundadas razones para su comportamiento diferenciado del norteamericano

---

constitution au XVIII<sup>e</sup> siècle en France: une introduction», *Il Pensiero Politico*, 1987. O expresiones no institucionalizadas en las que también se quería adivinar valor representativo, cfr. E. TORTAROLO: «Opinión publique tra antico regime e rivoluzione francese. Contributo a un vocabolario storico della politica settecentesca», *Rivista Storica Italiana*, CII, 1, 1990.

(88) Cfr. para el uso de los términos *constitution* y *nation* entre uno y otro momento, W. SCHMALE: *Entchristianisierung, Revolution und Verfassung. Zur Mentalitätsgeschichte der Verfassung in Frankreich, 1715-1794*, Berlin, 1988.

(89) Cfr. R. SCHNUR, «'La revolution est finie'. Su un dilemma del diritto positivo nella fattispecie del positivismo giuridico borghese», en, del mismo autor, *Rivoluzione e guerra civile*, Milán, 1986. Sin mediación social de ningún tipo, ni principio mayoritario, ni intervención judicial, sino precisamente mediante pura decisión soberana se pudo también en Prusia positivizar lo que se entendía como derecho natural, cfr. P. KRAUSE: «Naturrecht und Kodifikation», *Aufklärung*, 3, 2, 1988.

(90) Cfr. D. R. KELLEY: *Historians and the law in postrevolutionary France*, Pinceton, 1984, cap. 4 y M. BARBERIS: *Benjamin Constant*, cit., pág. 190. La cuestión la alude CLAVERO: *Los derechos y los jueces*, cit., pág. 56, aunque, dejando el análisis en 1804, no sigue por esa línea.

respecto al lugar de la justicia y, sobre todo, los jueces en el diseño constitucional. Lo que encaraba en Francia la revolución era un despotismo multiforme (91). A la vez que la independencia judicial preservaba este ámbito de la intervención ejecutiva de la que el despotismo ministerial había hecho constante uso, la estrecha vinculación del juez a la ley transformaba su poder en función (92). La desconfianza se mostraba no ante la justicia sino ante los jueces. No será en absoluto casual, más teniendo presente la disección del sistema ofrecida por CLAVERO, que tras 1804 y 1814 los juristas vuelvan, con la completa adulteración del principio constitucional, a adquirir una posición central en la paz burguesa no ya por un papel de vigilancia constitucional de derechos sino, precisamente, de *intérpretes* del nuevo derecho civil (93).

### 3. CUESTIONES DE HISTORIA CONSTITUCIONAL: EL MANUAL

#### 3.1. Sobre la Constitución y la historia de esta materia

Anuncia el prólogo de este manual sintéticamente el objeto de su historia: «Historia de Constituciones y de España». Y con-

---

(91) Y lo seguirá siendo con posterioridad a 1815. es en el período de muy débil entidad constitucional de la Restauración que se consolida un discurso liberal-revolucionario que, a la medida del nuevo contexto, debe insistir en los lineamientos doctrinales que provenían de la Gran Revolución, cfr. M. BARBERIS: «Liberalismo e liberalismo rivoluzionario: il fascino discreto di madame modernité», en sus *Sette studi sul liberalismo rivoluzionario*, Turín, 1989. Sobre la base de ese núcleo ideológico (consolidación del régimen constitucional y representativo, libertades y garantías del individuo, ciudadanía activa) se insistirá en la redefinición producida después de julio de 1830, cfr. P. PILBEAM: «The 'liberal' Revolution of 1830», *Historical Research*, 151, 1990, y ahora *The 1830 Revolution in France*, Londres, 1991.

(92) Cfr. D. SIMON: *La independencia del juez*, Madrid, 1985, cap. I.

(93) Con una capacidad de decisión nada despreciable en cuestiones básicas para el mantenimiento de esta paz, cfr. D. R. KELLEY y B. G. SMITH, «What was property? Legal dimensions of the social question in France (1789-1848)», *Proceedings of the American Philosophical Society*, 128, 3, 1984.

tiene este título una clara opción conceptual y metodológica preliminar respecto a lo primero que se mantiene luego a lo largo de su recorrido por los sucesivos momentos constitucionales: «Nos reclinamos en el mundo del ordenamiento jurídico o del derecho que suele decirse, esto es, de los hechos que encierran capacidad del establecimiento de normas en el seno de una sociedad» (pág. 13). Es, como el autor anuncia, el entendimiento más estricto de la Constitución. Es un claro reflejo de tal toma de postura el mismo índice de este manual y su disposición serial de acuerdo con las diferentes Constituciones y períodos constituyentes a excepción de este prólogo y de un epílogo sobre la transición al actual momento constitucional («Constitución de España»). Al lector debe quedarle claro ya el concepto de Constitución con que se aborda aquí la *historia constitucional*: «la Constitución es la norma que pretende ser el marco de otras normas, que tiende de este modo a regular la determinación del ordenamiento» (pág. 13). Dos declaraciones de principio que determinan al conjunto del trabajo como veremos y que aquí por tanto deben interesarnos.

No es aquí la Constitución como *estado*, como situación histórica de un ordenamiento político social lo que interesa aunque la referencia al soporte social de la Constitución no será aquí tampoco programática tan sólo. Interesa, se dice desde la portada, la historia constitucional como «historia de unas normas con pretensión de marco». Expresamente renuncia con ello el autor a referencias previas o exteriores a la formación del concepto contemporáneo de Constitución, o mejor, a la actuación formal de tal concepto. Con dos consecuencias todo ello. No le concierne, por una parte, la Constitución tradicional o las Constituciones que en plural operaban antes ni, por otra, la dimensión constitucional no formalizada de esta época del constitucionalismo, aunque aquí ya habrá como se verá más de una necesaria entrada. Se nos está ofreciendo en este conciso prólogo entrar en la historia constitucional española con los mínimos supuestos. Ello tiene una virtud indudable que se demuestra a lo largo de las páginas de este libro y que podremos ir constatando: dejar que los textos mismos nos muestren la historia constitucional construyendo el discurso no desde unos

elaborados supuestos filosóficos e historiográficos de partida (94) sino desde los mismos materiales originales. No se buscan aquí, por decirlo de otra manera, liberalismos, primacías de derechos o democracias porque lo exijan así determinadas definiciones conceptuales del constitucionalismo contemporáneo sino que se permite a la documentación –afectándola el mínimo necesario para su interpretación– ir mostrando su formación histórica.

Pero lo mismo puede decirse en otro sentido: se echa en falta una previa reflexión teórica sobre el concepto mismo de Constitución por ejemplo o de su formación histórica –ya no estrictamente historia de España– y su diferente ubicación en los distintos ordenamientos, estatales o no, que tampoco queda suplida historiográficamente. Y esta partida conceptualmente virgen podrá en ocasiones mostrarse posteriormente precaria. A título de ejemplo tan sólo, pues luego lo veremos con mayor detenimiento, uno de los hilos conductores del argumento de CLAVERO en este periplo constitucinal, la relación, fundamental desde sus inicios, entre la Constitución y los derechos demanda, desde su primer abordaje de la cuestión en el capítulo de Cádiz (pág. 35 y sigs.), una consideración y aclaración conceptual más allá del propio texto constitucional de 1812 que solamente un alzamiento sobre el nivel del constitucionalismo español para lograr perspectiva puede ofrecer (95).

Tiene también otra lectura este planteamiento preliminar *mínimo* que se realiza, con posibilidad de engaño que sólo la lectu-

---

(94) El contrapunto puede ofrecerlo el manual de U. ALLEGRETTI: *Profilo di storia costituzionale*, cit., donde la historia constitucional propiamente tal sigue a una exposición –que ocupa la mitad de la obra– dedicada a los fundamentos teóricos y sociales del ordenamiento liberal en general y en Italia. Es la primera de las críticas que realiza ALLEGRETTI de su propia obra en *Scienza e Politica*, 4, 1990, pág. 89. La conveniencia de una partida sin preconcepciones la constata también, para su caso, M. BARBERIS: «Liberalismo e liberalismo rivoluzionario», cit.

(95) Pues de más allá venía como ya hemos visto. Al mismo autor, pues, habrá que acudir para las referencias fundamentales que ya hemos venido citando. Podría haberse simplemente sistematizado todo ello en el manual.

ra posterior del texto evita. Se nos ha presentado la historia constitucional básicamente como la de unas normas marco de otras diciéndonos acertadamente que este fenómeno tan simple no comienza a operar hasta las décadas finales del siglo XVIII y, por lo común y lo que afecta a España, hasta el siglo XIX. Sin embargo, también es cierto, como luego demuestra este mismo manual, que no solamente así se comprendió la Constitución, que si a este concepto básico habría de adecuarse la historia constitucional algunos momentos de la misma quedarían fuera. Otras comprensiones de la Constitución menos determinantes también hubo. Si bien es cierto que por éste que apunta el autor se comenzó y se produjo la novedad ya con ello *revolucionaria* no lo es menos que podrá desvirtuarse luego el concepto con consecuencias esenciales para la propia situación constitucional de la Constitución (96). Cuestiones que luego se tratarán en este manual como las *Verfassungswandlungen* que permiten las cesiones al campo de la legislación —o del simple acto del Gobierno— de aspectos constitucionalmente fundamentales mal se entienden con aquella mínima definición introductoria (97). No solamente de la Constitución sino del ordenamiento constitucional en su más vasto sentido operaron otros entendimientos que determinarán componentes fundamentales del mismo (98).

---

(96) Como lo que hace, por ejemplo, a su concepción *jurídica o política* cfr. J. PÉREZ ROYO: *Las fuentes de derecho*, Madrid, 1986, pág. 28. De todo ello como digo se da cuenta luego en el texto.

(97) Cfr. para la cuestión apuntada, desde un punto de vista teórico, M. GARCÍA PELAYO: «Constitución y derecho constitucional», *cit.*, pág. 60 (que desaparece, como recuerda F. TOMÁS Y VALIENTE, al incorporar este artículo a su *Derecho constitucional comaprado* en 1950 —ed. actual Madrid, 1984—); M. S. GIANNINI: *Introduzione al diritto costituzionale*, Roma, 1984 caps. 1 y 2 y P. BASTID: *L'idée de constitution*, París, 1985 (orig. 1962-1963) cap. 2. Y la referencia básica ya en castellano, G. JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, Madrid, 1991 (ed. de P. LUCAS VERDÚ) cap. III.

(98) Y de nuevo la referencia puede ser al propio autor: cfr. «'La gran dificultad'. Frustración de una ciencia del derecho en la España del siglo XIX», *Ius Commune*, XII, 1984, pág. 91 y sigs., donde se considera la dimensión de la cultura jurídica decimonónica y sus carencias en el horizonte de la codificación civil.

«Y de España» decía el título de este prólogo para aclarársenos enseguida, tan escuetamente como respecto al objeto, la identificación del sujeto de esta historia. Tratándose de España como sujeto ya también se está insistiendo en la misma doble oferta: partir del arranque constitucional que introduce precisamente este sujeto inexistente en los ordenamientos de la monarquía tradicional, nunca hasta entonces *española*, y hacerlo sin «dar de entrada nada por constituido». También en ello, como respecto a los conceptos, la opción de CLAVERO es dejarle a la historia que se explique (99).

### 3.2. La prehistoria constitucional y el primer constitucionalismo

Entre la *Evolución histórica del constitucionalismo español* de 1984 y el manual actual ha suprimido nuestro autor un capítulo preliminar, «La idea constitucional» con un primer epígrafe, «La idea de Constitución y el reto de la España ilustrada». En ellos se ofrecía una interesante noticia de los hilos rojos por los que era posible ir detectando, desde finales del setecientos, novedades conceptuales respecto al ordenamiento político de la monarquía (100). Se comenzaba allí advirtiendo de la antigüedad del término Constitución y la novedad contemporánea de la idea constitucional. Junto a la inserción del arranque constitucional español en las coordenadas de los procesos americano y francés y una precisa referencia a la «proyección histórica» del concepto, con referencia a Inglaterra, se ofrecía una perspectiva de partida que permitía incluir allí mismo, como segundo epígrafe, los inicios bayoneses y gaditanos de nuestra historia constitucional.

---

(99) Punto para el que se cuenta con una reflexión posterior que evita todo comentario adicional. «Anatomía de España» en *Hispania*, *cit.* (sobre el momento auténtico fundacional para un derecho español se insiste en el colquio subsiguiente a esta exposición, pág. 998).

(100) Haciendo buen uso de trabajos propios, especialmente «La idea de Código», *cit.* y «Leyes de la China», *cit.*

La entrada en el libro que consideramos es, sin embargo, directa: «Constitución de 1808» y «Constitución de 1812», sin preámbulos. Ninguna alusión se hace a esa otra Constitución previa a la idea constitucional. Pero existen indicios, a los que se va prestando alguna atención, bien suficientes para sostener que en nuestro ámbito, al igual que en otros europeos mejor estudiados, se cifraban buena parte de «los males políticos» en los defectos de lo que como *Constitución* se identificaba (101). No son cuestiones, las que entonces preocupan, propiamente de una historia que se ocupe de la Constitución en el sentido moderno que el prólogo anuncia, pero sí constituyen su prehistoria. Antes de 1808 venían acuciando y debatiéndose cuestiones que exigirán una resolución constitucional en su momento. La ubicación eclesiástica en la «Constitución de la república civil», la amortización, los mayorazgos, las rentas, el gobierno de los pueblos, la identificación y afirmación del *derecho español* eran, entre otros, puntos esenciales de apoyo del orden tradicional de la monarquía, de su *Constitución*, que se reciben en el momento constituyente (102).

Las transferencias de ese otro orden tradicional son evidentes en 1808, como no deja de recordarse, en la composición misma de la asamblea deliberante (pág. 16). Se hallarán presentes, también, como uno de los términos del debate, en el planteamiento de la de 1810 (págs. 24 y 25) y no dejarán de estar, más o menos figuradamente, en otros momentos constitucionales (1834, 1845, 1876). Pero hay transmisiones más sutiles que pene-

---

(101) Para la monarquía hispana viene abriendo camino sobre todo en este sentido P. FERNÁNDEZ ALBALADEJO. Cfr. últimamente «León de Arroyal: del sistema de rentas a la 'buena Constitución'», *Hacienda real y haciendas forales*. (Homenaje a los profesores M. ARTOLA y F. RUIZ MARTÍN), Bilbao, 1990 y «El absolutismo frente a la Constitución tradicional», *Historia Contemporánea*, 4, 1990 (que recoge las actas del congreso *Cambios sociales y modernización*, Vitoria, 1989). De las comparaciones europeas dan cumplida noticia ambos trabajos.

(102) Para un caso: cfr. de nuestro autor: «Enfiteusis: ¿qué hay en un nombre?», *AHDE*, LVI, 1986 y «Revolució i dret de propietat: interferència de l'emfiteusi», *Estudis d'Historia Agraria*, 7, 1983; J. MILLÁN: «Los rentistas valencianos entre el reformismo ilustrado y la revolución liberal», en A. ALVEROLA y E. LA PARRA (eds.): *La ilustración española*, Alicante, 1986.

tran en la historia constitucional. De algunas de ellas, comúnmente descuidadas por la historiografía, ofrece CLAVERO en su manual algo más que insinuaciones introductorias. Permítase-nos una referencia a dos asuntos que especialmente responden a lo que se acaba de decir.

Venía nuestro autor diseñando desde hace algunos años una lectura de los fundamentos socio-políticos del primer constitucionalismo español que deliberadamente rompía con la tendencia —propia del momento constituyente que nuestro país acababa de vivir— a la asimilación de una serie de valores estereotípicos del liberalismo, la democracia y el constitucionalismo que mal servirían para la comprensión *histórica* de su configuración. Retomando planteamientos similares realizados para el liberalismo francés por M. BARBERIS (103), planteaba CLAVERO nuestro primer constitucionalismo sin que necesariamente tuvieran por qué serle afectas categorías constitucionales más contemporáneas (104). Antes bien, la Constitución de Cádiz reflejaba en diferentes momentos esenciales una estructura social de respaldo que, aunque integraba el sujeto individual no se desentendía de otros corporativos de diferente tipo (parroquias, ayuntamientos, provincias, consulados) (105). Es más, el propio con-

---

(103) Cfr. «Constant, Guizot e il liberalismo preso sul serio», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2, 1985; «Pensare il liberalismo», *Il Mulino*, 3, 1987 ambos comentarios a aportaciones historiográficas recientes sobre la cuestión. Ha sitematizado sus consideraciones BARBERIS en *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso*, Bolonia, 1988.

(104) Arrancaba con la *Evolución histórica del constitucionalismo*, *cit.* y seguía con una contestación a la recensión de A. FIESTAS a este libro (en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 55, 1985) «Amos y sirvientes ¿Primer modelo constitucional?», también en *AHDE*, 56, 1986. Otro aspecto de la misma cuestión le ocupaba en «Cara oculta de la Constitución: sexo y trabajo», *Revista de las Cortes Generales*, 10, 1987 (monográfico sobre la Constitución gaditana).

(105) Recientemente y desde esta perspectiva también C. PETIT ha vuelto a considerar la cuestión de las libertades económicas en el modelo constitucional de 1812. Cfr. «Amos, sirvientes y comerciantes. Algo más sobre el primer modelo constitucional» en C. PETIT (ed.): *Derecho privado y revolución burguesa*, *cit.*, p. 87 y sigs. (que completa y corrige su anterior aportación «Arreglo de consulados y revolución burguesa: en los orígenes del moderno derecho mercantil español», *Historia, Instituciones, Documentos*, 11, 1984). Todo ello siste-

cepto de nación, la «nación compuesta» a que se refiere el manual (págs. 30-35), reflejaba este soporte social con su incidencia en otros conceptos clave como el de representación o el de poder. No niega con ello tal planteamiento el *novum* del primer constitucionalismo sino que procura detectarlo donde realmente estaba: en la determinación constituyente de la nación, en la definición y distinción de poderes; en la sustancialidad de los derechos, en la idea misma, en fin, de Constitución como aglutinadora de todo ello (106).

Pero elementos aquí puestos de relieve como la forma en que ello afecta al momento de la representación, no absolutizado por una concepción *nacional* del mismo, evidencian también la deuda respecto a un debate y a un camino que, si bien sólo culturalmente, ya se habían abierto desde las últimas décadas del siglo anterior. La búsqueda entonces de una redefinición de la «Constitución del reino», de los elementos que permitieran recuperar la cohesión constitucional necesaria (107) puede abocar

---

matizado en «Derecho mercantil...», *cit.* De otro elemento fundamental en este esquema socio constitucional gaditano, la familia, no se cuenta con análisis más concretos. Unicamente ha dado lugar a un cierto debate la calificación primera de CLAVERO del modelo gaditano como de «padres de familia» mediante la exclusión por razón de sexo o condición social de la participación en el mismo (cfr. la recensión de A. FIESTAS citada *supra* cuya crítica vuelve a plantear M. PÉREZ LEDESMA: «Las Cortes de Cádiz y la sociedad española», en M. ARTOLA (ed.): *Las Cortes de Cádiz, cit.*, pág. 184 y 188). Creo, no obstante lo planteado por A. FIESTAS y M. PÉREZ LEDESMA, que el núcleo argumentativo del planteamiento de CLAVERO al respecto no está cifrado tanto en la manera en que los asalariados podían quedar fuera del derecho político del sufragio (al margen del cual en cualquier caso permanecieron prácticamente toda la centuria) cuanto en el reconocimiento en el mismo modelo de realidades socio constitucionales que no se acomodan en absoluto con la idea (moneda corriente en nuestra historiografía) de un constitucionalismo de base estrictamente individualista.

(106) Cfr. comparativamente el capítulo que M. BARBERIS dedica a «Constitucionalismo e modernità» en *Benjamin Constant, cit.* (esp. págs. 119-112) para la relevancia de tales aspectos.

(107) Para lo que resultará fundamental hallar —en crear aun no se piensa— un *derecho español*. Cuestión que ha merecido repetidamente la atención del autor, cfr. «Leyes de la China», *cit. passim*.

perfectamente en el descubrimiento, ya en abierto debate constitucional, de la *Nación española* a la que, aquí la novedad, atribuir poder constituyente de instituir y jurisdicción de vigilancia sobre el orden constituido (pág. 41).

Otra cuestión hasta no hace mucho literalmente olvidada por la historiografía (108) se revela aquí componente fundamental del orden constitucional –y en este caso no sólo del primero. La integración de la Iglesia en el orden constitucional que en Cádiz se busca (pág. 35 y sigs.) con la asimilación de religión y derechos –y, por tanto, la protección debida a ambos por la Nación– resultan ser entonces piedras angulares de la arquitectura constitucional. También desembocaba aquí uno de los puntos básicos del debate preconstitucional. La implicación eclesiástica en la república civil, su inserción en los ámbitos *públicos* más directamente ya controlables por el rey –soberano en ellos– había venido ya preocupando tanto cultural como políticamente (109). La recepción de tales debates e inquietudes resulta evidente en el momento constituyente (110) que, por serlo, podrá entonces también dar solución original mediante la reducción del ordenamiento al ras de los derechos (pág. 37). La transmisión a la época constitucional de esta *cuestión eclesiástica* recibe la debida atención, desde la desvirtuación, junto a este modelo, de la fórmula integradora dando paso a composiciones en las que la Iglesia y su derecho no solamente se situarán al margen sino también por encima de la Constitución (págs. 81-83, para 1851 y 161 para 1876) (111) lo

---

(108) Tras M. REVUELTA: *Política religiosa de los liberales en el siglo XIX*, Madrid 1973 hay que esperar hasta E. LA PARRA: *El primer liberalismo y la Iglesia*, Alicante, 1985, para un replanteamiento específico [escaso interés desde el punto de vista que aquí interesa ofrecía J. LONGARES, *Ideología religiosa del liberalismo español (1808-1843)*, Córdoba, 1979].

(109) Cfr. J. M. PORTILLO: «El Monitorio de Parma y la Constitución de la república civil en el 'juicio imparcial' de Campomanes», en E. LA PARRA (ed.): *Iglesia, Sociedad y Estado en España, Francia e Italia. Siglos XVIII al XX*, Alicante, 1992.

(110) Cfr. las referencias ofrecidas por LA PARRA sobre las discusiones de la comisión a propósito del artículo 12, *El primer liberalismo*, cit., pág. 38 y sigs.

(111) Para una cuestión de impacto político social directo, como lo era el control de la constatación pública del estado de las personas, el autor ha ofre-

que obligará a revisiones en momentos constitucionales más sensibles a la primacía de los derechos (págs. 116-117, para 1869) hasta su exclusión en 1931 (pág. 204).

### 3.3. Texto y contexto

Una de las advertencias más repetidas en este manual, respecto a sus puntos de interés preferencial, son sin duda las que previenen respecto a los contextos en los que los textos constitucionales se producen. «Sus circunstancias políticas, sus coordenadas sociales o sus condiciones económicas, ya sabemos que aquí no nos ocupan» (pág. 85), solamente aquello que directamente afecte al texto o su génesis se nos dice, por ejemplo, al comienzo del capítulo VI (Constitución de 1856) y se repite de una u otra manera en otros (págs. 97, 180). No es, como veremos enseguida, que el punto inicial de partida de CLAVERO, la reclusión en el «mundo del ordenamiento jurídico o del Derecho», conduzca a una geografía descriptiva de los textos constitucionales. Sin duda, y lógicamente, constituyen el material fundamental pero no el único: «Una historia constitucional no puede agotarse en el repaso textual. El concepto no se registra ni encierra precisamente por escrito» se dice también expresamente al cuestionarse sobre el concepto de Constitución en 1876 (pág. 163). Pero esta relación entre texto y contexto tiene sus consecuencias para el conjunto del manual.

Por una parte dificulta, deliberadamente pues así se confiesa, una integración en la historia constitucional de cuestiones que sin llegar a textualizarse a este nivel, o incluso a ninguno, afectan sin duda a los diferentes modelos constitucionales. Lo hacen directamente los mismos «hechos»: no deben ser despreciables para la comprensión de la *historia* constitucional cuestiones tan rudimentarias y factuales como quiénes hacen las Constituciones o cómo acceden al poder los grupos o partidos que pro-

---

cido tratamiento: cfr. «Codigo y registros civiles, 1791-1875», *Historia, Instituciones, Documentos*, 14, 1987.

vocan cambios constitucionales. Que las alternancias políticas del siglo pasado se produzcan sistemáticamente al margen de las previsiones constitucionales ya dice bastante sobre los modelos que se crean, especialmente sobre los más perdurables de 1845 y 1876. La propia dinámica constitucional decimonónica que se describe en este libro implica a otros momentos no estrictamente constituyentes en la definición de los distintos esquemas constitucionales. Como se insinúa en más de una ocasión (págs. 74, 137) traspasándose el horizonte gaditano, el simple aligeramiento físico de los textos advierte de la remisión a otras instancias para la creación del marco.

Entra aquí a jugar su papel un segundo componente que tampoco ha encontrado su lugar específico en esta historia: el debate político. Absolutamente externo a los textos constitucionales no deja de determinar su contexto (112). Cuestiones que desaparecen del debate constituyente, pero que determinan el marco político, y que carecen de una determinada definición en la Constitución se transfieren a otros momentos políticos y a sus debates cuando pueden tener lugar. Veamos un ejemplo sobre lo que decimos. Se expone en el capítulo correspondiente a la Constitución de 1837 la centralidad constitucional que le puede caber a la opinión pública (págs. 62-63) en un régimen parlamentario como el que se estaba definiendo entonces (113) y se detecta luego un hecho relevante para comprender las discontinuidades con el precedente modelo: los organismos locales y provinciales, no comprendiéndose ya como poderes re-

---

(112) Un debate al que debe dársele su propia dimensión, tantas veces lejana de un constitucionalismo *clásico* —cfr. sobre ello, la nota crítica del autor acerca de las recientes ediciones de estos textos, «Editar clásicos como empresa pública en tiempo constitucional», *AHDE*, LIV, 1984— porque igualmente lejana era también la realidad sobre la que se construía. Pero era el debate que debía considerarse. En tal sentido remite alguna de las lecturas recomendadas del manual —pág. 69—.

(113) Especial importancia para la configuración de tal modelo tenía sin duda su conexión con el Rey como elemento representativo. Sobre los orígenes políticos de la opinión pública cfr. recientemente K. M. BAKER: «Public opinion as political invention», ahora en, del mismo, *Inventing the French Revolution*, Cambridge, 1990, pág. 167 y sigs.

presentativos, desaparecen, salvo en lo esencial, del texto constitucional (pág. 66). Sin embargo, la misma remisión a la ley para la regulación de tal aspecto ya estaba abriendo la puerta de un debate político que no solamente tendrá lugar sino que marcará como pocos las diferencias entre unos y otros liberales: era la opinión pública —pues es a través de sus medios que se manifiesta el debate— que actuaba su virtualidad constitucional. Es el momento, con el debate, de la práctica, de la reducción factual de la Constitución que también acaba por definir el modelo interesando a su historia (114).

Puede darse la impresión, prescindiéndose programáticamente de circunstancias políticas y coordinadas sociales, de que algunos cambios de envergadura que se detallan en esta historia no tienen un sujeto también cambiante que el debate puede identificar. Si efectivamente a partir de 1837 se perfila la consolidación de un modelo que prescinde de una noción de jurisdicción civil común introduciendo reservas de diferente signo demostrando su continuidad con tendencias marcadas en el último de los períodos de gobierno de Fernando VII (pág. 67), también existe una sucesión en los puntos esenciales del debate político que arroja el proceso. Antes que en las leyes a que remitirán los textos constitucionales para estas materias de control del creciente espacio administrativo fue en el debate donde se había ido formando el concepto de omnipresencia del Gobierno y la Administración (115). Y ahí, en el debate, se expresaban diferentes posibilidades, diferentes entendimientos respecto a cuestiones que como ésta u otras (libertad de prensa, cuerpo electoral, papel constitucional del rey) dibujaban diferentes modelos.

---

(114) Cfr. la observación similar que realiza F. RUGGE al libro de ALLEGRETTI, «Finalmente una storia costituzionale?» (en prensa).

(115) No siendo este lugar para mayores precisiones, baste la remisión a un texto suficientemente conocido, el de M. ORTIZ DE ZUÑIGA, *El libro de los alcaldes y ayuntamientos* (1841), Madrid, 1978 ed. de A. Nieto donde el contraste se traduce en el que deliberadamente se da entre las ideas que expresa su introducción y el fundamento de su exposición posterior (cfr. p. XXIX del estudio preliminar).

Diferentes modelos también se ofrecían a otros niveles. Alguna declaración formal al respecto del autor puede inducir a pensar que sólo instrumentalmente interesan a esta historia constitucional de España: «Ya sabemos que aquí, en esta historia de España, no nos ocupa la Constitución anterior de estos otros territorios, pero ha de considerarse obligadamente en la medida que interese a nuestro objeto» (pág. 180). Y entonces, en el proceso constituyente de 1931, se dice, lo hace sobre todo por la solución constitucional adoptada en la articulación entre el Estado que legisla y las regiones que ejecutando controlan la administración interior. La atención a la historia de esas otras Constituciones interiores –que en medida mayor de la declarada ha ocupado espacio en el texto– revela sin duda algunas claves explicativas de la tendencia. Lo hace la de los territorios vascos que mejor han logrado a lo largo del proceso anterior, y especialmente una vez perdida su mayor fundamentación política desde 1876, controlar administrativamente ese espacio político entre municipios y diputaciones (págs. 189-191). Pero también informará al respecto la de los propios espacios municipales: que la provincia al final de ésta historia se coloque al margen de la sustancialidad política que cabe solamente a municipios y regiones es un dato nada despreciable en este sentido (págs. 184-185).

No es una constante sin embargo, y a pesar de las declaraciones que pueden hallarse, la desatención a contextos políticos o sociales. Otro ejemplo: solamente desde el contexto de un proceso revolucionario que revolucionariamente también comienza a establecer libertades y proclamar derechos –ello no era, aún, texto aunque ya sí se entendía como constitucional– puede entenderse el proceso constituyente de 1868 y 1869 (pág. 98 y sigs.) y al contexto, no tan reciente, habrán de referirse cuestiones entonces fundamentales para la definición de ese mismo texto como la consideración del poder ejecutivo (pág. 111) o la posición de la Iglesia católica (pág. 116) (116). No puede ciertamente

---

(116) Mas recientemente sobre este modelo, «Prototipo constituyente: de los derechos a los poderes», ahora en *Razón de Estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1991.

decirse que este manual ofrezca una imagen meramente descriptiva de su materia. Su reclusión en el mundo del derecho se da con materiales traídos de otros mundos con el que a fin de cuentas se nos describe la historia constitucional: otros mundos están en él.