

"LEY EXPRESA, CLARA Y TERMINANTE". ORDEN NORMATIVO Y PARADIGMA JURISDICCIONAL EN EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL¹

Fernando Martínez Pérez

I. INTRODUCCIÓN – II. EL PARADIGMA JURISDICCIONAL – III. EL PARADIGMA INTERPRETATIVO DE LOS ORÍGENES DE LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA – IV. LA LEY EXPRESA GADITANA Y LA REHABILITACIÓN DE UN PARADIGMA JURISDICCIONAL PARA EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL – 4.1.- La Constitución: de ley fundamental a equidad – 4.2. Poderes y potestades. "Régimen de Convención, indistinción de funciones y repercusiones sobre categorías normativas" – 4.3. La responsabilidad del empleado y los derechos de los españoles – V.- CONCLUSIÓN: CONSECUENCIAS HISTORIOGRÁFICAS. PARADIGMA JURISDICCIONAL Y COMPARACIÓN EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL

I. INTRODUCCIÓN.

1. En los últimos años se advierte un empeño de historiadores de las más diversas filiaciones en calificar experiencias constitucionales del Ochocientos². Como denominador común del procedimiento que se sigue en prácticamente todos estos esfuerzos se encuentra el recurso a la identificación de una experiencia con un "modelo" que a su vez se define

¹ Este trabajo es resultado de los proyectos de investigación HICOES 2 (Historia cultural e institucional del constitucionalismo español, s.XVIII-1876, BJU2000-1378) e HIJUR (Historia institucional y cultural de la justicia hispana s. XIII-XIX, BHA2000-0195) a cuyos equipos de investigación pertenece el autor. Una versión del mismo constituye su contribución a AA.VV, *Diritti e libertà nell'esperienza codicistica e costituzionale europea (secc. XVIII-XIX) modelli, progetti, soluzioni. Seminario internazionale, Messina 11-12 giugno 2001* (en prensa)

² Sin ánimo de exhaustividad, véase AA.VV, *Constitución en España orígenes y destinos*, José María Iñurritegui, José María Portillo (eds.), Madrid 1998; B. CLAVERO, *Happy Constitution, cultura y lengua constitucionales*, Madrid 1998; AA.VV, *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area Mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800 atti del Seminario Internazionale di Studi in Memoria di Francisco Tomás y Valiente*, a cura di A. ROMANO, Milán 1999; AA.VV. *Fundamentos, cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 2 (2000), (=Modelos constitucionales en la Historia comparada). AA.VV, *Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, M. KIRSCH/P.SCHIERA (eds.) Berlin 1999; *Verfassungswandel um 1848 im europäischen Vergleich*, M. KIRSCH/P. SCHIERA (hrsg), Berlin 2001.

por cumplir con ciertos requisitos, integrar ciertos elementos, o dar una determinada solución a un mismo problema. Es partir del ese modelo desde donde se realiza la comparación de una experiencia constitucional nacional con las tradiciones constitucionales que prestan los elementos típicos para la construcción del modelo. A pesar de lo que se pudiera deducir del título, la intención del autor en este trabajo no es la de volver a calificar una experiencia constitucional nacional, conforme a los modelos utilizados por ese saber a la búsqueda de un estatuto disciplinar que denominamos historia constitucional.

2. Si uno de los problemas fundamentales a los que se enfrenta actualmente el estudioso de la Historia constitucional es el de su dependencia de la utilización de “tipos” y “modelos” como instrumentos de construcción y comprensión, si el estudioso no puede eludir los riesgos de la utilización de estos paradigmas interpretativos, quizás sea porque la comparación es uno de los pocos elementos esenciales del poliédrico (cuando no inexistente) estatuto disciplinar de la Historia Constitucional. A esta indisponibilidad metodológica no sólo contribuyen razones de orden conceptual, como las que están en la base de la definición del concepto de “Constitución” como objeto de estudio, sino también la presencia de determinadas tradiciones historiográficas y el contexto profesional que explica, justifica, y en todo caso estimula, la preocupación del historiador por estos temas³.
3. Ahora bien, es cierto que, sin poder renunciar a esta inclinación comparatista, el servirse de una caracterización de modelos no es un procedimiento a salvo de límites y riesgos que se vienen poniendo de manifiesto en directa proporción a la conciencia sobre la inexistencia de un estatuto disciplinar de los conocimientos histórico-constitucionales⁴. En efecto, desde el momento en que como de “Historia constitucional” se califican trabajos que parten de muy distintos presupuestos

³ El contexto de un proceso constituyente en el marco de la Unión Europea basta para animar la reflexión del historiador en busca de las tradiciones constitucionales comunes. Esta búsqueda podría bien iniciarse con la recuperación de constituciones y textos de valor constitucional y con la formulación de un vocabulario constitucional o el señalamiento de “institutos constitucionales” que permitieran la comparación. Véase en este sentido, la propuesta del proyecto de la Universidad Libre de Berlín anunciada por el malogrado O. BÜSCH, “Gesellschaftlicher und politischer Ordnungswandel in europäischen Ländern im Zeitalter des Konstitutionalismus. Ansatz und Apell zu einer vergleichenden europäischen Geschichtsbetrachtung “ en AA.VV, *Wege europäischen Ordnungswandels, Gesellschaft, Politik und Verfassung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Büsch/Schlegelmilch (dir.), Hamburgo 1995, pp. 1-20.

⁴ En este sentido, véase, por ejemplo la denuncia formulada por A.G. MANCA, en “El Constitucionalismo europeo y el caso prusiano: especificidad y concomitancias”, en AA:VV, *Constitución en España...op.cit.*, pp. 309-342, pero especialmente pp. 309-322.

historiográficos, la existencia de “modelos” o “tipos” de constitucionalismo, contruidos a partir de los requerimientos de una determinada disciplina u orientación historiográfica, aparecen como límites u obstáculos epistemológicos discutibles para los que reclaman también el hacer aquella historia desde otros presupuestos disciplinares.

4. Así tenemos que los modelos que se construyen como instrumentos heurísticos para una historia de las doctrinas constitucionales, o para una historia del constitucionalismo, son resistidos por quienes apuestan por una Historia constitucional que relativice el dato jurídico y ensalce otro tipo de elementos en pos de una Historia de la realidad constitucional que huya del efecto reformativo y disciplinante del modelo tradicional. Pero al mismo tiempo, podría decirse de esta Historia constitucional – preocupada por una dimensión material, “institucional” o estructural de la Constitución- que en ella se pierde la especificidad del objeto “constitucional” y se viene a identificar con una más general Historia del Estado moderno.
5. Si no se deja de hacer historia de modelos pero al tiempo se critican los límites que tienen estos mismos modelos para explicar el fenómeno constitucional, ello quizás sea porque la conciencia de la necesaria interdisciplinaria de las aproximaciones al estudio histórico de la fenomenología constitucional parece haberse convertido, junto a aquella finalidad – o al menos con la dimensión- comparatista, en el segundo de los elementos esenciales de la Historia Constitucional. El carácter irreductible de estos dos elementos, esto es, (i) la conciencia de que el objeto de estudio para arrojar consecuencias tiene que tener una dimensión, como poco, continental, y (ii) el reconocimiento de la naturaleza histórico-constitucional de los trabajos, cualesquiera que sea la aproximación metodológica, (de historia cultural o institucional; de perspectiva doctrinal o estructural; *histoire constitutionnelle* o *Verfassungsgeschichte*) trae como consecuencia la consideración de la fenomenología constitucional como “punto de intersección de aproximaciones” o “nexo disciplinar”⁵

⁵ Ya de “conexión interdisciplinar” hablaba H. BOLDT, *Einführung in die Verfassungsgeschichte. Zwei Abhandlungen zu ihrer Methodik und Geschichte*, Düsseldorf, p. 124. A.G. MANCA sigue este concepto de la historia constitucional como punto de encuentro donde diferentes disciplinas colaboren con el fin de restituir una imagen dinámica de un proceso de modernización político institucional, A. G. MANCA, “Introduzione” a W.BRAUNEDER/A.G. MANCA, *L’istituzione parlamentare nel XIX secolo, Una prospettiva comparata*, Berlin/Bologna, 2000, p. 23. Recientemente en la propuesta de la empresa editorial del Laboratorio “Antonio Barnave” de la Universidad de Macerata, podemos leer que “Il Giornale cercherà, pur nei limiti delle sue forze, di offrire un’immagine rispettosa delle competenze e dei percorsi disciplinari che nella storia costituzionale individuano un approdo o un utile punto di intersezione”, *Giornale di Storia Costituzionale*, 1/2001, p. 6. véase también en este sentido, el trabajo de Fioravanti citado infra nota, 8

6. Ahora bien, a partir de aquí es preciso seleccionar, siquiera dentro una de las perspectivas disciplinares que concurren en el punto de encuentro histórico-constitucional, los elementos que consientan la deseada comparación, y que sustituyan el agotamiento heurístico de los modelos tradicionales. En este sentido, y desde una perspectiva institucional de acercamiento a la fenomenología constitucional, se puede optar por hacer del Parlamento, y del régimen parlamentario, institución y problemática consustanciales al constitucionalismo moderno⁶. Ciertamente puede decirse que la institución parlamentaria es, desde un punto de vista institucional, inherente al constitucionalismo moderno, y es por ello que las conclusiones sobre este campo de estudio están en la base de la formación de los modelos de interpretación que se han prodigado desde los inicios de la “disciplina” histórico-constitucional.

7. Ahora bien, sin abandonar esa perspectiva estructural de la historia constitucional moderna, podría seleccionarse otro complejo institucional y otra problemática que, a mi juicio, contiene tanto valor de denominador común de la experiencia jurídico constitucional de la Europa continental, como los señalados en el párrafo anterior. Me refiero al proceso de modernización que se encuentra detrás del establecimiento de la Administración como complejo institucional, y de las relaciones de este nuevo sujeto con otras instituciones, naturalmente la Parlamentaria, pero también –o fundamentalmente- la judicial. La reforma administrativa, aparecería como sucedáneo, para ciertos ámbitos, de un proceso de constitucionalización, y gozaría en ellos del mismo valor a los efectos de la inauguración de un nuevo orden político y social⁷. El desarrollo de esta

⁶ Tal es la propuesta de M. KIRSCH, *Monarch und Parlament im 19. Jahrhundert: der monarchische Konstitutionalismus als europäischer Verfassungstyp, Frankreich im Vergleich*, Gotingen 1999, que opta por la sede material de las relaciones entre parlamento y monarca como campo de experimentación, pero que a la postre se traduce en la normalización del principio monárquico predicándolo de la experiencia francesa, que conserva en la obra del autor alemán la virtualidad de un modelo para la Europa continental. El principio monárquico, como es sabido, se considera como el elemento que peculiariza desde sus inicios un modelo de constitucionalismo alemán, según ha puesto de manifiesto -desde sus inicios- la misma historiografía constitucional alemana. Tal principio trata de conciliarse con, o se ve recortado por, el avance del parlamentarismo en Alemania. Si el resultado institucional de la interrelación conforma un tipo particular de Monarquía constitucional (incomunicable a otras experiencias constitucionales) o un paso intermedio hacia una Monarquía parlamentaria ha sido por largo tiempo objeto de la discusión de aquella historiografía. Un acercamiento a estas discusiones a través de una de sus posiciones puede hacerse ahora a través de E.W., BÖCKENFÖRDE, “Der Verfassungstyp der deutschen Monarchie im 19. Jahrhundert”, en Id, *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte*, Köln 1972.

⁷ Hasta el punto de que este proceso sucedáneo puede pasar por un *sonder Weg* en la constitucionalización de determinados Estados. El ejemplo por antonomasia es el caso prusiano, para el que todavía hoy es de referencia la historia constitucional de R. KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution, Allgemeines Landrecht, Verwaltung und Sozial Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart 1975, que utilizo en versión italiana, *La Prussia tra Riforma e Rivoluzione (1791-1848)*, Bolonia 1988, pp. 187-247

Administración, ya como consolidación de un complejo institucional, ya como definición de funciones y competencias, tendría tanto valor constitucional como el proceso de codificación del Derecho⁸.

8. Desde una perspectiva no institucional, sino normativa el elemento consustancial al constitucionalismo *moderno* (que es de hecho el que permite y sustenta hoy la formulación de modelos⁹) sería el representado por el surgimiento de una fundamentación contemporánea de aquél en libertades de un sujeto único de derecho, que en lo normativo se traduciría en la eclosión de la experiencia codicística continental. Fenómenos, como sabemos, indisociables por cuanto vinculados a la común etiología de la emergencia de la representación del sujeto individual como unidad de medida del orden político y, consecuente, o simultáneamente, del Estado como punto de referencia y atribución del origen del mandato político¹⁰.
9. Llegados a este punto, puede ser interesante, y en ello consiste la propuesta contenida en estas páginas, tratar de explicar una experiencia constitucional haciendo uso de claves de lectura o paradigmas interpretativos no reverenciales de los modelos de constitucionalismo al uso, pero vinculados a una disciplina académica, la Historia del Derecho y de las Instituciones, en la que se inserta el autor. En este sentido, creo que son de aprovechamiento para la Historia Constitucional paradigmas interpretativos que, forjados en ámbitos disciplinares diversos y preocupados por otros fenómenos y cronologías, pueden ser útiles no sólo para establecer puntos de partida de dicha necesaria perspectiva comparada, sino también para arrojar consecuencias respecto del problema de la discontinuidad de la experiencia constitucional respecto de experiencias jurídicas concebidas como previas.
10. El paradigma interpretativo “jurisdiccional”, al que me estoy refiriendo, y que da título a este trabajo, ha sido utilizado para individualizar una experiencia jurídica medieval y moderna, dando por supuesto, sin

⁸ El aprovechamiento constitucional de una historia de la administración es algo que puede hallarse en la propuesta de la publicación periódica del ISAP italiano, *Storia, Amministrazione, Costituzione*, pero también en los trabajos de especialistas que a partir del estudio de la dimensión histórica de fenómenos y categorías de derecho administrativo conectan con problemáticas constitucionales, B. SORDI, *L'amministrazione illuminata riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milán 1991; M. FIORAVANTI, "Storia costituzionale, storia amministrativa e storia della scienza giuridica", *QF*, 13 (1984), p. 549

⁹ Son conocidos hoy a partir de esta perspectiva los formulados por M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne, I. La libertà e le libertà*, Turín (2) 1995, que utilizo en traducción española debida a M. Martínez Neira, *Los Derechos fundamentales, apuntes de historia de las constituciones*, Madrid 1996.

¹⁰ Es preciso recordar aquí, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976

embargo, su absoluta incapacidad para explicar una nueva experiencia jurídica, la tardo-moderna y constitucional. A falsar, en alguna medida, esta última afirmación también van dirigidas estas páginas. Y para ello a partir de este momento, se procederá, en primer lugar, a traer a colación algunos de los rasgos generados por la historiografía jurídica como definitorios de ese paradigma que denomino “jurisdiccional” (2), a continuación se recuperarán las razones que se considera que fundan una discontinuidad en la experiencia jurídica moderna, y que aparentemente inhabilitan dicho paradigma para la explicación de la fenomenología “constitucional”, con particular referencia a la situación hispana (3). Interesará en este segundo momento, rastrear las razones que avalan el cambio de concepción, y sobre todo la perspectiva disciplinar y los elementos que se han tomado en consideración para afirmarla. Sentada esta discontinuidad, y por tanto enunciada una nueva experiencia jurídica de radio al menos continental, de la que es ejemplo la experiencia francesa, se introducirá la calificación que recientemente se viene haciendo por una historiografía, cuyos presupuestos en gran medida comparto, tendente a sustraer el primer constitucionalismo español de este área de influencia, a partir de la constatación de la persistencia de algunos de los rasgos que permiten, si no hablar de la persistencia *tout court* del paradigma jurisdiccional, sí de la habilitación de esta clave de lectura para interpretar la experiencia jurídico-constitucional del Ochocientos (4), hasta el punto que dicha clave puede servir de elemento útil para una historia constitucional que hoy sabemos esencialmente comparada, que exceda los límites, ahora no sólo temporales, sino también geográficos, que vienen dados por una comparación dependiente del método de las influencias, los trasplantes, y las coincidencias, textuales y discursivas (5).

II. EL PARADIGMA JURISDICCIONAL.

11. A la hora de enunciar los rasgos que caracterizan y conforman ese paradigma jurisdiccional como clave de lectura de la experiencia jurídica y constitucional de la Europa moderna, es preciso preguntarse si dichos rasgos vienen a ser coincidentes con los formulados para definir los *modelos* de organización estatal. De esta manera, conviene aclarar que la apuesta por la aplicación de la clave de lectura a tiempos post-revolucionarios no se traduce en la mera reflexión sobre los límites temporales del valor de “modelos” de organización política acuñados con denominaciones como las de “Justizstaat” o “Monarquía judicial”. La

clave de lectura, es eso, y no definición de un modelo de Estado. No puede identificarse por tanto su utilización, con la apuesta por extender cronológicamente aquellos conceptos que encuentren en el *Polizeistaat* o en la Monarquía administrativa su alternativa. Hecha esta precaución, pueden enunciarse los siguientes rasgos que se retienen como nucleares, no sólo a los efectos de formular las preguntas que se estiman apropiadas a las fuentes de reconstrucción de una experiencia constitucional, sino también a la hora de valorar cuáles deben ser estas fuentes.

12. En primer lugar, hablar de paradigma jurisdiccional quiere decir que no existe una matriz voluntaria del acto de poder, de establecimiento de la norma o de decisión judicial. La norma es establecimiento concreto de equidad, y es inconcebible un orden normativo basado en los principios de generalidad, jerarquía, o derogación. La articulación del orden social se realiza y se diseña continuamente de manera conflictual. Son conflictos los que señalan la titularidad de un derecho, al mismo tiempo que la atribución de una competencia o el alcance de la potestad de declarar el derecho¹¹.

13. En segundo lugar, puede decirse que es con los requisitos, el procedimiento y las formas de un juicio con las que se adopta cualesquiera actos de poder en la experiencia jurídica medieval y moderna¹². Lo que también quiere decir que no es contextual a la experiencia jurídica moderna, primero la distinción de funciones, y luego su atribución a instituciones, en alguna medida subjetivizadas¹³. Es más: no hay una individuación de una función administrativa que no sea, a la postre, vicaria y provisional de un conocimiento jurisdiccional, ni una actividad de declaración, reconocimiento o establecimiento de derecho que pueda comprenderse al margen de esta clave. Todo ello es especialmente relevante a la hora de determinar los elementos que se toman en consideración para la calificación y comparación de una experiencia, ya sea el de la fundamentación de los derechos y libertades, ya el de la configuración y funcionamiento de los de los poderes. Lo

¹¹ J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada: concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid 1992.

¹² Para tiempos medievales sigue siendo de referencia obligada, P. COSTA, *Iurisdictio, semantica del potere politico nella pubblicistica medievale: (1100-1433)*, Milán 1969, *passim*. Para la edad moderna la referencia en el sentido que se expresa en el texto ineludibles son los trabajos de A.M. HESPANHA, como p.e. "Representación dogmática y proyectos de poder" en *La Gracia del Derecho: economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid 1993, pp. 61-84.

¹³ L. MANNORI, "per una "preistoria" della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto commune", *QF*, (19) 1990, pp. 323-504.

primero, porque paradigma jurisdiccional implica que sólo con el conocimiento de causa pueden declararse alteraciones en la situación jurídica de los sujetos que integran la sociedad política medieval y moderna¹⁴. Lo segundo porque no hay para un mundo que se explica en clave jurisdiccional una especificidad formal ni material de ley, ni de resolución judicial o administrativa.

14. En tercer lugar, es consustancial a una idea jurisdiccional la idea de corporación. Es jurisdicción el mecanismo de articulación de un orden político en tiempos medievales y modernos. La savia de una corporación, de un cuerpo político, es la de su autonomía jurisdiccional¹⁵. Adviértase que si la autonomía jurisdiccional es clave de articulación de un estado equilibrado es porque el contexto es el de la presencia, con diversas medidas de cantidad de potestad jurisdiccional, de la pluralidad de órdenes, estamentos y cuerpos en los que se organizan aquellas sociedades. Lo que quiere decir también, como es bien sabido, que lógicas individualistas en la titularidad de los derechos son ajenas a esta metáfora del poder político, así como una representación bipolar de separación estado-sociedad civil, como sedes de producción y destino de la obligación política contenida en la norma. En este último sentido, no debe perderse de vista que la jurisdicción no lleva aparejada una faceta dominical, patrimonial, sino que esta es consustancial a la titularidad de la potestad jurisdiccional, desde el momento en el que es la corporación, el mismo sujeto, la unidad de medida de poderes y derechos.

III. EL PARADIGMA INTERPRETATIVO DE LOS ORÍGENES DE LA ESPAÑA CONTEMPORÁNEA

15. En el mejor de los casos el paradigma interpretativo que acaba de formularse tan sucintamente sirve para explicar una cronología medieval y moderna. La divisoria del Ochocientos opera en el historiador del derecho y de las instituciones una suerte de transformación de la perspectiva que conduce a tomar prestadas categorías cuando se trata de comprender

¹⁴ En palabras del último autor citado “L’organizzazione do qualunque apparato di governo deve necessariamente conformarsi ad un principio basilare: quello cioè per cui è inconcepibile che un qualsiasi suddito sia costretto a fare o a sopportare qualcosa contro la propria volontà (sia pure in nome dell’interesse pubblico) senza essere stato preventivamente sottoposto ad un regolare processo, o almeno senza che gli sia stata riconosciuta la possibilità di aprire un dibattito contenzioso davanti l’autorità che pretende colpirlo nei suoi diritti”, L. MANNORI, “Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime”, en AA.VV., *Magistrati e potere nella storia europea*, R. Romanelli (ed.), Bolonia 1997, pp. 38-65, esp., p. 49.

¹⁵ A.M. HESPANHA, *Visperas del Leviatán: instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid 1989.

tiempos postrevolucionarios¹⁶. En esto consiste un primer motivo de la inhabilitación de la clave jurisdiccional para entrar en tiempo constitucional. Se afirma, a partir de argumentos nacidos en el ámbito de una historia de las doctrinas constitucionales, o de las ideas políticas, la incompatibilidad de aquella primera clave de lectura que se ha construido, sin embargo, a partir de fundamentos generalmente “institucionales” o “estructurales”¹⁷. Así pues, existen una serie de rasgos que porta la revolución y que cancelan los que hemos enunciado concisamente como propios de la paradigma institucional del Antiguo régimen. Rasgos que constituyen el negativo de aquellos otros.

16. En primer lugar se parte de un presupuesto que fundamenta la especificidad constitucional, y que se identifica con una visión del mundo que tiene que ver con la capacidad de crear un orden político. La especificidad constitucional se inicia con la misma capacidad de imaginar la voluntad de creación de un orden político. Esta voluntad se predica de un sujeto colectivo generado por un contrato, o más reducidamente por un pacto, más o menos actual. Se diga constituyente o soberano, importa para calificar la especificidad de esta nueva experiencia jurídica continental la conciencia de la disponibilidad del orden político. Las matrices culturales que, por lo que atañe a la experiencia española, producen el cambio de época son suficientemente conocidas. En la declaración que las Cortes de Cádiz formulan en 24 de septiembre de 1810 podríamos situar, desde un punto de vista normativo, el documento fundacional de la Historia constitucional española: en el reconocimiento, allí presente, de los dogmas de la soberanía nacional y de la separación de poderes.

17. El momento fundacional del constitucionalismo español coincidiría con la aparición de la Nación española como depósito esencial de soberanía y como sujeto político representado en unas Cortes Generales y Extraordinarias que prácticamente durante toda la primera experiencia constitucional acumularon, se ha dicho que en términos de régimen de

¹⁶ Y ello a pesar de que una lógica jurisdiccional de la gestión del poder pueda ser llevada hasta la misma divisoria del Antiguo régimen, cfr. A. M. HESPANHA, “Justiça e administração entre o antigo regime e a revolução”, en AA.VV, *Hispania, entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán 1990, I, pp. 135-ss.

¹⁷ Tomemos como ejemplo de lo que acaba de decirse la obra de L.MANNORI/B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma 2001. La obra se refiere a una de los complejos institucionales que se han señalado en el texto como punto de encuentro de la atención de los estudiosos de la Historia constitucional. Pues bien, los autores, después de afirmar la continuidad europea continental de la presencia de un universo jurisdiccional, de la fuerza del *ius inventum*, trasladando a esta obra, las conclusiones alcanzadas como resultado de sus respectivos esfuerzos de investigación, resuelven, sin embargo, la aparición de una nueva clave administrativa como efecto del pensamiento fisiocrático, cristalizada en la Revolución francesa en cuestión de pocos años.

Convención, todos los poderes¹⁸. Precisamente esta circunstancia, esto es, la presencia de una institución tan relevante como las Cortes gaditanas que operan con una legitimación de sujeto soberano a partir de la comprensión del orden político como opción voluntaria de una sociedad, es la que inhabilita el primer fundamento de la pertinencia de la clave jurisdiccional.

18. En segundo lugar, esto se acompaña de la concepción sobre la individualización de diversas funciones en el actuar político; que al tiempo se entienden atribuidas a complejos institucionales, que traen causa, o no, del tiempo anterior, pero que dogmáticamente se entienden deben estar separados. Esa misma separación de poderes y, con ello, de comprensión de funciones la encontramos en ese mismo decreto fundacional de 1810.

19. En tercer lugar, y también como contraste de los rasgos que veíamos en el epígrafe anterior, con Cádiz se inauguraría un tiempo de ley, sistema normativo y codificación. Los inicios del constitucionalismo, serían precisamente inicios, porque se inauguraría un tiempo presidido por la ley como forma de expresión de la voluntad del sujeto nacional. A partir de aquí puede especularse sobre la presencia de un sujeto único de derecho, como requisito cultural para la posibilidad de localizar la idea de Código, y ello a pesar de la dificultad de localizar esta idea en la Ilustración jurídica española¹⁹. La Constitución como primer código, y los en ella previstos, civil, penal y de comercio, encontraban en la presencia de la comunidad nacional la razón de su pensabilidad. Aunque bien es cierto que ese sujeto ya tenía el adjetivo de español, y que la previsión de los códigos compartía sistemáticamente capítulo con el mantenimiento de privilegios jurisdiccionales. En esa obra legislativa se operaría, con un solo decreto, con un renglón, la obra de transformación de la sociedad mediante mecanismos de carácter jurídico²⁰. La emergencia del

¹⁸ Entre los que se puede poner de manifiesto, como muestra de que todavía hoy se formula esta calificación el ejemplo de J.I. MARCUELLO BENEDICTO, "Las Cortes Generales y Extraordinarias: organización y poderes para un gobierno de Asamblea" en AA.VV. *Las Cortes de Cádiz*, M. ARTOLA (ed.), (=Ayer, 1, 1991), Madrid 1991, pp. 67-104

¹⁹ Afirma por ejemplo, la presencia de las bases para la inauguración de un sistema y no de un mero orden normativo, M. ARTOLA, *Orígenes de la España Contemporánea*, Madrid 1975, I, 365, 366. De la dificultad a la que me refiero en el texto se testimonia en B. CLAVERO, "La idea de Código en la Ilustración jurídica", *Historia, Instituciones y Documentos*, 1979, pp. 49-88.

²⁰ La centralidad del fundamento jurídico de la Revolución burguesa es algo que sostiene B. CLAVERO, "Política de un problema: la revolución burguesa", en AA.VV. *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid 1979, pp. 3-48; y que todavía hoy se discute desde una historia no jurídica, que tampoco quiere serlo ya total, por autores como P. RUIZ TORRES, "Del Antiguo al nuevo Régimen, carácter de la transformación", en AA.VV., *Antiguo Régimen y liberalismo, Homenaje a Miguel Artola*, I (=Visiones

propietario se produciría a través de los decretos de abolición del régimen señorial, y de toda la producción normativa impulsada por la Comisión de Agricultura de las mismas Cortes²¹.

IV. LA LEY EXPRESA GADITANA Y LA REHABILITACIÓN DE UN PARADIGMA JURISDICCIONAL PARA EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

20. La que ha sido esbozada en el epígrafe anterior puede comprenderse como una visión somera y más o menos establecida de la Historia del primer constitucionalismo español²². Es una lectura que participa, aunque sean muy distintas sus finalidades, del presupuesto de la presencia de una ruptura de época. Pero hace tiempo que se han puesto de manifiesto las limitaciones a una comprensión así moderna del constitucionalismo gaditano²³. Y se ha hecho comenzando por una afirmación, que aquí no puede ser más pertinente, que destaca que la innovación de la ley, encontró en Cádiz la tradición de la justicia²⁴. La innovación, según esta lectura, que entiendo ajustada a la propuesta que en estas líneas se hace, se frustró no por falta de tiempo o de ilustración del laboratorio gaditano, sino por condiciones estructurales que tienen que ver con la persistencia de una organización social que, con el vacío de poder producido tras 1808 acentuó sus rasgos de desarticulación. La propuesta se formula desde un entendimiento de “constitución”, no sólo como el texto producido en 1812, y las relaciones institucionales, la cultura de derechos que dicho

Generales), pp. 183-185.

²¹ Por la que pasaron decisiones tan importantes como los de repartimiento de baldíos, acotamiento de propiedades, libertad de industria y de cultivos que suponían junto a la incorporación de los señoríos a la Nación, la desvinculación de los mayorazgos y la desamortización la transformación de las bases económicas de la sociedad moderna. El destacar estos hitos normativos, y seguirlos hasta tiempos isabelinos, como determinantes de una Revolución burguesa fue algo de lo que entre historiadores de Derecho se ocupó F. TOMÁS y VALIENTE, La obra legislativa y el dismantelamiento del Antiguo Régimen, en *La Era Isabelina y el Sexenio Democrático* (=Historia de España Menéndez Pidal, t. XXXIV) Jover Zamora (dir.), Madrid 1981, pp 141-193 y ahora en *Obras Completas*, Madrid 1997, IV, pp. 3539-3588.

²² Es por ejemplo la que podemos encontrar en el constitucionalista, I. FERNÁNDEZ SARASOLA, “La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana”, en AA.VV, *Fundamentos*, op. cit, pp. 359-466.

²³ Una distinta comprensión que comenzaba con un reconocimiento de las sombras que se habían dejado en el estudio de un objeto aparentemente trillado. F. TOMÁS y VALIENTE, “Lo que no sabemos acerca del Estado liberal (1808-1868)” en AA.VV, *Antiguo régimen*, op. cit, pp. 137-145, y proseguía con la puesta en marcha de un proyecto intelectual para repensar históricamente “La Construcción del Estado liberal” (=Proyecto de Investigación PB93-0834) cuyos frutos se concretaban, entre otras, en algunas de las aportaciones del volumen de carácter principalmente monográfico dedicado al constitucionalismo gaditano del AHDE, LXV (1995).

²⁴ M. LORENTE/C. GARRIGA, “el modelo constitucional gaditano”, en AA,VV, *Il modelo...*, op. cit, pp. 587-613

texto debía producir, sino también, y primeramente, como la configuración corporativa de la sociedad española en la divisoria del ochocientos, sus prácticas institucionales, la calidad de sus mediaciones sociales, en definitiva, el caldo del cultivo donde debía producirse el experimento constitucional. Así pues, parece sensato estudiar como se cancela una tradición, como paso previo o simultáneo al estudio de la inauguración de la innovación constitucional.

21. Y para ello intentaré estudiar algunos de los problemas que encuentra el orden normativo gaditano para convertirse en sistema, optando por una finalidad diferente, que no es, como la deconstrucción de aquella lectura más o menos establecida, sino la de la reconstrucción de la misma experiencia, tratando leer con clave distinta, la de la tradición jurisdiccional, las mismas fuentes que invitan a sostener la cesura del momento gaditano. Concentraré mi atención en la interpretación de unos términos, de una expresión, de un uso lingüístico con el que es fácil toparse en una fuente, los *Diarios de Sesiones de las Cortes* que, con todos sus problemas²⁵, constituyen la referencia obligada de cuantos tratan

²⁵ Como es sabido, *El Diario de sesiones* no fue publicación oficial de las Cortes, aunque el establecimiento encargado de su edición pudo llegar a estar gestionado por el Congreso y los contenidos revisados e intervenidos por una comisión de la Cámara. A pesar de estar intervenido, las Cortes no se responsabilizaron como cuerpo de los contenidos del *Diario*. Y esta falta de asunción de los contenidos puede verse además confirmada por el hecho de que se considerase incompatible el formar parte de la Junta suprema de censura, que conocía en último grado de los abusos cometidos en el ejercicio de la libertad de imprenta, y miembro de la comisión parlamentaria de inspección del Diario de Sesiones, por la situación de juez y parte en la que quedaría el nombrado cuando se procediese contra los responsables del *Diario* por las informaciones contenidas en esta publicación. La publicación que refleja la actividad oficial desarrollada por las Cortes era el Acta de cada una de las sesiones formada y firmada por los Secretarios de las mismas, y aprobada por ellas. Pero las *Actas* no constituyeron un impreso dirigido a la ilustración del gran público. Ciertamente el acta podía imprimirse (regularmente se hizo a partir de la previsión normativa introducida en el art. 66 del Reglamento de régimen interior de las Cortes de 1813), pero para circularlo entre las autoridades, participándoles así las decisiones y acuerdos tomados por las Cortes, y tal como se hacía con los decretos y órdenes. Así pues, la función del *Diario* de sesiones no era la de recoger con exhaustividad lo ocurrido. El *Diario* de Sesiones fue una publicación de periodicidad dilatada, su organización y contenidos estaban al servicio del objetivo de ilustración del gran público y menos, aunque también a través del *Diario* se cumplía esa función, de guía para la actividad del resto de las autoridades. La lectura de los *Diarios* puede invitar a la selección de unos temas o problemas como fundamentales de aquella experiencia constitucional. Ahora bien, ello no quiere decir otra cosa que esos temas fueron considerados por su valor para informar e ilustrar al público. Las discusiones que fueron destacadas lo fueron por la importancia que le concedieron en aquel tiempo unos determinados sujetos, aunque pudiera ser que el asunto no la tuviera sino en aquellas apuradas circunstancias y sólo para los sujetos, y no todos, que componían el cuerpo soberano. Así entendida esta publicación, que en un principio se dio en llamar Periódico de las Cortes, había de competir en las informaciones sobre lo acaecido en el teatro de las Cortes con otros periódicos como fueron *El Conciso*, *El Redactor General*, *El Diario Mercantil de Cádiz*, *El Observador*, etc. El retraso en la publicación que venía dado por la opción que no dejaba de ser política de encomendar la publicación del *Diario* a la Imprenta Nacional, en lugar de a impresores privados (conscientes las Cortes de lo que se jugaban en la correcta formación de esta publicación, pero también tiempo conscientes de que era obra cuya importancia en cuanto a la urgencia en la edición no era tanta como la de la edición de la Gaceta o de los decretos) llegó a perjudicar la competitividad del *Diario* respecto de los otros periódicos citados. En aquellos casos en los que las Cortes estuvieron interesadas en ilustrar al gran público de forma más o menos inmediata a los que consideraron los acuerdos más interesantes, el procedimiento seguido fue el de elaborar un manifiesto que acompañaba el texto

de contrastar, los datos normativos con una presunta práctica constitucional²⁶. Y el uso lingüístico al que me refiero tiene que ver siempre con una calificación de la ley. Puede aventurarse aquí que en la adición de adjetivos al sustantivo “ley” se aprecia un momento de transición en el orden normativo del antiguo régimen. Así, la pretensión de que la ley que debía actuar las reformas fuera “clara, expresa o terminante” significa simultáneamente el reconocimiento de la existencia de leyes que no reunían tales circunstancias. La consideración jurisdiccional (no la judicial) de la adjetivación “expresa, clara y terminante” de la ley la convierte en sucedáneo de Código pues presupone la existencia de otras *leyes* no expresas que no dejan de ser Derecho. A partir de este presupuesto se puede proponer una historia de la transformación de la cultura jurídica española no sobre la idea y realización de códigos sino sobre la semántica de algunos de los adjetivos que cualifican el término ley. “Ley expresa”, “ley clara”, “ley terminante” son expresiones que conforman la transacción y también la transición en la experiencia jurídica del primer ochocientos entre el que podemos denominar paradigma jurisdiccional como clave de lectura de la producción normativa del Antiguo régimen y una cultura legalista como el mito o la idea fuerte del Estado liberal de Derecho²⁷.

de la norma a modo de exposición de motivos. Así lo hicieron evidentemente respecto del proyecto de Constitución, el acuerdo de declarar nulos los actos del Monarca en cautividad, o el de la abolición de la Inquisición. En ciertos momentos, entre 1810 y 1814 las *Actas* de las Cortes se utilizaron para suplir la función encomendada a los Diarios, y también, entre las mismas fechas, a los Diarios se les dio visos de oficialidad. En efecto, como es suficientemente sabido, debido a que la decisión de editar un Periódico se tomó sobre la marcha de las sesiones públicas, y la falta de taquígrafos durante los primeros meses de sesiones, amen del retraso ya indicado en la preparación de los volúmenes, el primer volumen del Diario editado por la Imprenta Nacional fuera el II, y sólo después se formara con las informaciones tomadas del acta, el I que comprendía las sesiones desde el inicio hasta el 16.12.1810. A las *Actas* de las Cortes también se acudió para completar el *Diario*, bien respecto de discusiones que por su entidad no se consideraban interesantes, bien se estimaba que no convenía insertarlas con detalle. En estos casos, el extracto de la discusión preparado para el Acta servía para completar el *Diario*. Dicho de otra forma, los redactores del *Diario* y, evidentemente, los miembros de la comisión parlamentaria inspectora del Periódico tenían como punto de partida de lo acaecido en cada sesión el *Acta*, y por otro lado le era facilitada con posterioridad la transcripción de las notas taquigráficas. Pero además los redactores podían contar ya con las noticias e incluso transcripciones de intervenciones que, de lo acaecido en el Salón de las Cortes, se habían incluido en los periódicos gaditanos. De manera que el *Diario* se convertía más en complemento de dichos periódicos que en su fuente. Pero el retraso, más o menos calculado en la edición del Diario, provocaba otro efecto contrario al que se buscaba con su edición. Decretada la libertad de imprenta, los diarios de fuera de Cádiz, no incluían en sus secciones dedicadas a reproducir deliberaciones de Cortes, las informaciones provenientes del *Diario* sino las de los periódicos gaditanos. Ilustran sobre estos problemas, M.L. ALGUACIL/M. MACIÁ, M. R. MARTÍNEZ-CAÑAVATE, *El Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (1810-1977)*, Madrid 1996. Alicia FIESTAS, “El Diario de Sesiones de Cortes, 1810-1814”, *AHDE*, LXV (1995) pp. 533-558.

²⁶ Aunque para otro tiempo A. NIETO, *Los primeros pasos del Estado constitucional, Historia administrativa de la Regencia de María Cristina de Borbón*, Barcelona 1996.

²⁷ El diputado Cea en la sesión de 31 de marzo de 1811 pedía la sanción de la Cámara sobre que se obligara a los magistrados a “exponer las razones, causas y fundamentos en que se apoyan; y además que las decisiones se funden, no sobre la nuda autoridad de los doctores, que con sus opiniones han alterado el derecho,

22. Pero estos discursos, que pudieran obedecer a una distinta y nueva experiencia y cultura jurídica, sobre cuyas vías de introducción en este momento no nos pronunciaremos, sino que nos conformaremos con señalar su presencia, debían convivir con otros discursos que sobre los mismos adjetivos que acompañaban el término “ley” y utilizados en la misma fuente, pudieran comprender unos sentidos antitéticos de aquellos que acaban de ser sugeridos. Estos distintos sentidos de los calificativos “expreso, claro y terminante” predicados de ley, pudieran significar, sometidos a la clave que aquí se propone, otra cosa más situada en la tradición. Son sentidos tradicionales que nos permiten repensar la calificación racional-normativa del primer constitucionalismo español, aportando explicaciones de sus “categorías normativas” más plausibles que las que recurren a la “confusión”²⁸. Se percibe en los discursos de aquella primera asamblea gaditana, los deseos de encerrar en normas, así dichas expresas, claras y terminantes, las reformas cuya adopción se consideraba finalidad de aquel Congreso. Ahora bien la noción de ley expresa, clara y terminante se refería tanto a la producción de nuevas normas, como a la denominación de las contenidas en los cuerpos legales de la Monarquía²⁹. Si ahora recordamos cuales eran los rasgos que

constituyéndolo incierto y arbitrario, sino sobre el texto expreso de las leyes, ordenanzas o estatutos; y cuando no se encuentre ley expresa para el caso, acudan à V. M. para la interpretación ò extensión, y así se cumpla y ejecute con derogación de cuanto sea contrario a este decreto”. *DSCGE (Diario de las sesiones de las Cortes generales y extraordinarias, Madrid, 1870-1874)*, s. 31.3.1811.

²⁸J. CHOFRE SIRVENT, *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes españolas (1810-1837)*, Madrid 1996

²⁹Con motivo de la discusión del Preámbulo del proyecto del reglamento para abreviar las causas criminales propuesto por la comisión de justicia, proyecto que es al tiempo el origen del capítulo III del título V de la Constitución se decía "Examinado este proyecto o reglamento que ha presentado la comisión de Justicia, compuesto si no me equivoco de 28 declaraciones o capítulos, veo que unos están expresos y terminantes en toda legislación, y que otros son expresa y claramente contrarios a las leyes del Reino recopiladas en la Novísima Recopilación, y aun contra títulos enteros. Con respecto a lo primero, decía yo que todos los capítulos que son conformes a las leyes y Reales Ordenes expedidas sobre el particular, no hay más que mandarlos, porque ya lo están: y no es necesario que V.M. ocupe muchos días, como en mi dictamen se ocuparían, en la aprobación de unos artículos que ya están mandados. Con que quiere decir, que se va a mandar una cosa, no porque está mandada, sino porque no se observa: con que quiere decir que los jueces observen lo mandado en las causas criminales, no se había necesidad de más. Así lo ha conocido la comisión de Justicia; y uno de los señores diputados sabiamente dijo que este reglamento nada o casi nada de nuevo contenía. Creo que lo que V.M. ha observado, cuanto se hace un reglamento en que hay leyes expresas y terminantes de nuestros Códigos, es advertir allí mismo "según se previene en la ley tantas de tantos" para que todos vean que V.M. no va a establecer una ley nueva sino a reconocer la observancia de la que ya existía. Con respecto a los capítulos que no están en nuestras leyes, para mí hay muchos que son contrarios a las expresas y terminantes leyes del Reino; y como por otra parte no creo que V.M. quiera derogar estas leyes sin tener exacto conocimiento de este asunto, decía yo que sería acertado dar una última mano a un reglamento, pero no lo veo posible por el orden con que se va a empezar. En este concepto, y en el que V.M. tiene formada una comisión para que examine el Código criminal y el orden de sustanciación de las causas, me parece que ahora podría suspenderse la resolución de este reglamento", cfr. *DSCGE*, s. 25.4.1811, p 928.

informaban el denominado paradigma jurisdiccional, podremos toparnos, en torno a los epítetos que adornan el término ley, con una concepción premoderna de la misma.

4.1.- La Constitución: de ley fundamental a equidad

23. Podemos comenzar una lectura que rehabilite el paradigma jurisdiccional para el tiempo constitucional gaditano haciendo referencia al elemento religioso que es considerado como el factor que más peculiariza este constitucionalismo y sobre el que puede incluso pensarse en la inauguración de un modelo de consumo mediterráneo³⁰. Ahora bien, la valoración de este elemento para calificar la experiencia constitucional gaditana, puede llevarnos a comprender sus manifestaciones como concesiones hechas a la clerocracia por el ala más liberal del Congreso para la fortuna de las reformas, o bien como expresión de un elemento estructural de esta experiencia constitucional que llega incluso a elevarlo a modelo.

24. Adviértase que una lectura en clave jurisdiccional del constitucionalismo gaditano consiente explicaciones plausibles sobre la presencia de este elemento que hacen relativizar la interpretación racional-normativa del texto de 1812. La calificación “política” de la Constitución, la divinidad como autoridad mediata de donde emana el texto fundamental, y el elemento religioso que imbuye la parafernalia de promulgación, publicación y celebración del texto gaditano, son datos que ya nos advierten que existen otros órdenes normativos superiores o, como poco, yuxtapuestos a aquel del que la Constitución es norma principal. Y la noticia sobre estos otros órdenes se da en el propio texto constitucional, mediante la excepción de fuero jurisdiccional. Las Cortes generales y extraordinarias se arrojan no la capacidad de crear un nuevo orden social sino de interpretar los designios divinos. El orden de la monarquía es múltiple: no sólo político, sino también religioso y militar³¹. El orden religioso es el que muestra, precisamente por entenderse superior o yuxtapuesto al político, más problemas de articulación. Lo vemos, por

³⁰ B. CLAVERO, “Vocación católica y advocación siciliana de la Constitución de 1812” en, AA.VV, *Alle origini del costituzionalismo europeo*, A. ROMANO (ed.), Messina 1991, pp. 11-56.

³¹ Véanse en este sentido las reacciones que provoca la sola posibilidad de que las Cortes procedieran a la derogación de las ordenanzas de los diversos cuerpos de ejércitos, que se suscita con motivo del establecimiento del tribunal especial de guerra y marina. El mantenimiento del fuero militar va más allá que lo prescrito en el 249. Existe una verdadera sensación de indisponibilidad, y no sólo por las circunstancias bélicas, del orden normativo de los cuerpos de ejército. Este es el sentido de que se comience a hablar, ya en Cádiz de una constitución militar que se yuxtapondría a la política, cfr. *DSCGE*, s. de 20.5.1812, p.3202.

ejemplo, en la argumentación de la propuesta para declarar incompatible la dignidad de obispo con el empleo de Consejeros de Estado³², o en la discusión producida, como era de esperar, sobre el fundamento de la conservación del fuero eclesiástico³³. Ahora bien, si hay estrategia de comprender la Constitución simplemente como texto de Derecho público que deja fuera, pero consciente de su existencia, un orden católico y moral incólume, como tendría argumentativamente que defender Argüelles para evitar una declaración sobre la religión católica en el mismo precepto de reconocimiento de derechos³⁴, ello suscitará algún problema cuando comiencen a darse leyes sabias y justas que no sean conformes con ese orden del que la Constitución política no es sino una de sus múltiples concreciones. Entre ellas, la fractura vendrá dada por decretos que afecten a la Iglesia Nacional, como los decretos de regulares o, cómo no, por el de abolición de los tribunales de la fe³⁵. Allí empezará a concebirse una

³² Esto es lo que se advierte en la discusión de la proposición sobre que los eclesiásticos que fueran nombrados por Consejeros de Estado renunciaran a sus obispados, al hacer incompatible el nuevo cargo la obligación de residir en sus iglesias. Sobre el particular se pronunciaba el diputado Llaneras en la sesión de 2 de noviembre de 1811, pidiendo que tal obligación de renunciar al obispado se expresase en “un formal y expreso decreto. Decreto el más razonable, el más prudente y el más justo: decreto el más conforme á los sagrados cánones, especialmente a lo prevenido por el Santo Concilio de Trento en la sesión 28, capítulo de residentia praelatorum et curatorum, en que se supone estar mandada por derecho divino á los Obispos la residencia personal en sus propias Iglesias: decreto arreglado enteramente al espíritu de Jesucristo, al alto fin que se propuso este Supremo legislador de la ley de gracia en el glorioso establecimiento de los Obispos. Sería, Señor, hacer un agravio á V. M., y hacerle gastar inútilmente el tiempo, si presentando á la consideracion de V. M. una multitud de autoridades, sacadas del Nuevo Testamento, de los Concilios, así generales como particulares, y de los Padres de la Iglesia, quisiera yo ahora demostrarle que Jesucristo no se propuso otro fin en estos santos establecimientos que el recto gobierno espiritual de los fieles, encargados á su celo y vigilancia pastoral; es decir: que los Obispos cuidasen incesantemente de conducir á sus diocesanos por los senderos de la virtud con la administracion de los Sacramentos, con repartirles el pan de la santa doctrina, con el poderoso ejemplo de sus virtudes heroicas. Y los Obispos empleados en el Consejo de Estado, separados de sus Iglesias, ¿podrían desempeñar tan interesantes funciones?”, p. 2197.

³³ En ella el diputado y eclesiástico Villanueva reclamaba la capacidad de pronunciarse sobre estas materias de la potestad civil “Sé que algunos escritores han querido fundar este privilegio en el derecho divino. Pero además de lo que ya se contestó á aquella indicacion, es notorio lo que dice Santo Tomas (opús. ‘7’2, capítulo XV), que el derecho canónico, largamente hablando, suele llamarse derecho divino por las autoridades que contiene de los Concilios generales y otros monumentos de la Iglesia. Y tambien lo que advierte Covarrubias, que los Papas y los cánones suelen llamar divino que en algun modo puede apoyarse en la ley antigua, aunque no sea derecho expreso ni ley que deba regir en la nueva. Y asi es loable la prudencia de Bonifacio VIII, el cual, prohibiendo la prision de los clérigos por jueces seculares, se abstiene de apoyar su mandato en el derecho divino. Los mismos cánones dicen que en las causas temporales y del siglo son los Soberanos superiores de los clérigos, y hay innumerables ejemplos de haber obedecido á loa Emperadores los mismos Romanos Pontífices.” *DSCGE*, s. 17.11.1811, p. 2274.

³⁴ Intervención de Argüelles en la discusión del art. 12 de la Constitución, *DSCGE*, s.9.1811.

³⁵ Cfr. Por ejemplo el dictamen de A. Joaquín López, “Entre tanto, pues, que no emane de V. M. una ley terminante, á la cual me someteré gustoso, como lo estoy á todas las otras, /.../ no siendo congénitos con la Inquisición los vicios en que sus ministros hayan caído, el establecimiento no choca en su primitivo origen con la Constitución: Que opone á ella el modo de enjuiciar del Santo Oficio, y que á él se debe sustituir otro modo, conforme, en cuanto la materia lo permita, á lo que prescribe la Constitución, cometiéndolo todo á la autoridad competente que se designe” *DSCGE*, s. 9.12.1812.

ruptura que se confirmó por la lectura exaltada de este primer constitucionalismo y que consistió en la conformación de un patrón de equidad desprovisto de tintes religiosos³⁶.

25. Siempre tratando de la Constitución, pero dejando el elemento religioso, otro de los caracteres de aquella experiencia admite lectura distinta de contemporaneizadoras que hablan de concesiones, confusiones, maniobras de distracción y cortinas de humo³⁷. Me refiero a la mayor o menor sinceridad del historicismo con el que sus artífices presentan el Texto constitucional. Aquí conviene distinguir el contenido del mandato de la argumentación o, si se quiere, el recurso a elemento autoritativo que acompaña necesariamente la efectividad buscada por el constituyente. Para valorar este elemento, podemos recurrir a un texto que es complemento necesario, no sólo historiográficamente, del texto constitucional³⁸. Del Discurso preliminar a la Constitución de 1812 interesa la presentación del texto constitucional como nuevo método de leyes fundamentales antiguas recogidas en los cuerpos de legislación de la Monarquía.

“La soberanía de la nación está reconocida y proclamada del modo más solemne en las leyes fundamentales de este código (Fuero Juzgo). En ellas se dispone que la corona es electiva; que nadie puede aspirar al reino sin ser elegido; que el rey debe ser nombrado por los obispos, magnates y el pueblo; explican igualmente las calidades que deben concurrir en el elegido; dicen que el rey debe tener un derecho con su pueblo; mandan expresamente que las leyes se hagan por los que representen a la nación juntamente con el rey; que el monarca y todos los súbditos sin distinción de clase y dignidad guarden las leyes; que el rey no tome por fuerza de

³⁶ En la sesión de 23.1.1813, se discute sobre el ámbito de competencias de jurisdicción espiritual del Inquisidor general. Allí se comenzaba con un discurso de Creus tendente a separar la competencia de la potestad civil representada por las Cortes, y la de una potestad eclesiástica que quedaba fuera de la competencia de las Cortes y sobre materias en las que pueden entrar aquellas a través de la consideración de la Nación representada como protectora mediante leyes sabias y justas de la religión católica. Ahora bien, leyes que debían inexorablemente acomodarse a la Constitución, como civiles que eran. Para la regulación de los asuntos no temporales, parecía negarse la competencia de las Cortes, y por tanto como patrón de dicha regulación había de recurrirse no a Constitución sino a textos antiguos de derecho canónico contenidos en las compilaciones de leyes expresas y terminantes que regulaban aquella Institución. Adviértase que el procedimiento que siguen las Cortes, en este caso, es el de utilizar la expresión como atribución de competencia. Donde no la hay, la Nación recupera todos sus derechos. Se acentúa con ello, pero siempre dentro de la tensión conceptual de aquel momento, la perspectiva legal (aunque opere retroactivamente) sobre la jurisdiccional. Aunque en el mismo examen de aquellas leyes antiguas, y por tanto en la negación de la capacidad de las Cortes de hacer tabla rasa, ya hay un contexto jurisdiccional irreductible.

³⁷ I. FERNÁNDEZ SARASOLA, “La Constitución...”, *op. cit.*, p. 374.

³⁸ C. MUÑOZ de BUSTILLO, “Cádiz como impreso”, (=Estudio preliminar a edición no venal de la Constitución de Cádiz), Sevilla 2001

nadie cosa alguna; y si lo hiciere que se la restituya. ¿Quién a vista de tan solemnes, tan claras, tan terminantes disposiciones podrá resistirse todavía a reconocer como principio innegable que la autoridad soberana esta originaria y esencialmente radicada en la nación?”³⁹

26. La relación del nuevo texto con aquellos códigos es la de la reprimación del antiguo y buen derecho. Ahora bien, no es un mero discurso ocultador de una realidad constituyente, sino que el discurso autoritativo produce efectos precisamente porque retroalimenta el fundamento de la existencia y competencia de instituciones que son cuerpos de la Monarquía. Sirva de ejemplo de esto que digo lo que en el mismo discurso aparece sobre la Constitución de Navarra⁴⁰.

27. Atiéndase que no nos preocupan tanto las fuentes de las que se surtió el constituyente, pues parece claro que el mismo se apartó de la idea de formular en términos modernos las leyes fundamentales de la Monarquía⁴¹. Con dificultades es reconducible el texto nuevo a las colecciones antiguas. Más preocupa aquí cómo se presenta aquella operación, que puede calificarse de ocultamiento, pero también de obligada legitimación historicista: se justificaba que el nuevo método de disposición de la leyes *non erat substantia legis*, sino simplemente forma de los antiguos fundamentos de la Monarquía.

28. “En todas épocas se hicieron leyes, que se llaman por los jurisconsultos fundamentales: Ellas forman nuestra actual constitución y nuestros códigos, ¿Cómo es posible esperar que ordenadas y aproximadas de cualquier modo que se quieran puedan ofrecer a la nación las breves, claras y sencillas tablas de la ley política de una Monarquía moderada? No, Señor, la Comisión ni lo esperaba, ni cree que éste sea el juicio de ningún español sensato. Convencida, por tanto, del objeto de su grave

³⁹ *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, Madrid 1989, p.70.

⁴⁰ El reconocimiento de la existencia de la presencia de una Constitución de Navarra “viva y en ejercicio”, (*Discurso preliminar*, p. 71) supone también de principio el reconocimiento de otros órdenes normativos yuxtapuestos al texto gaditano que ocasionarán algún conflicto en el seno de las Cortes, al encontrarse esta compatibilidad con la pretensión del ala más liberal del Congreso de integrar en el texto de 1812 las Constituciones de la Monarquía. Así por ejemplo véase el incidente entre Mejía Lequerica y uno de los ex magistrados del Consejo de Navarra, Ramón Giraldo, cuando este último reclamaba la existencia de la Constitución de Navarra como límite a la nueva Constitución política de la Monarquía, en *DSCGE*, s. 25.4.1811, pp. 930-932.

⁴¹ F. TOMÁS y VALIENTE, “Génesis de la Constitución de 1812. I De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución” en *AHDE*, LXV (1995), pp. 13-125; para una interpretación distinta, véase en el mismo volumen S. M. CORONAS, “Las leyes fundamentales del Antiguo régimen (Notas sobre la Constitución histórica española”, pp. 126-218.

encargo, de la opinion general de la nacion, del interés común de los pueblos, procuró penetrarse profundamente, no del tenor de las citadas leyes, sino de su índole y espíritu; no de las que últimamente habían igualado a casi todas las provincias en el yugo y degradación sino de las que todavía quedaban vivas en algunas de ellas, y las que habían protegido en todas, en tiempos más felices, la religion, la libertad, la felicidad y bienestar de los españoles; y extrayendo, por decirlo así, de su doctrina, los principios inmutables de la sana política, ordenó su proyecto nacional y antiguo en la sustancia, nuevo solamente en el orden y método de su disposición”.⁴²

29. Adviértase, sin embargo, que en la disposición ya hay novedad. Es el afán de la claridad, la sencillez, la brevedad. Se sigue considerando el texto como expresión de orden antiguo, y el método de exposición se nos dice que no aporta más normatividad a un inmutable orden político, pero también se deja deslizar la idea en el mismo discurso que de la claridad, del método, depende la libertad, que el mismo es técnica de limitación de poder en atención de derechos⁴³. Y esto nos lanza a una consideración racional-normativa del texto constitucional que para cumplirse deberá pasar por desvincularse respecto de los códigos de la monarquía de los que tomaba prestada la autoridad.

30. Y el momento en el que podemos considerar que se produce esa transformación por sublimación puede fijarse cuando de la constitución se habla no sólo como texto sino también como espíritu. Ello sucede plenamente con la recuperación del régimen en 1820⁴⁴. Entonces podrá

⁴² *Discurso preliminar*, p. 77

⁴³ Así, por ejemplo, pedía Terrero con motivo de la derogación del art. 112 de la Ordenanza general del Ejército que fijaba las penas a los desertores que “ Cuando se trata de la vida de un hombre.. . ¡de un hombre! se debe poner la ley tan clara, tan justa y tan terminante, que no haya ningún juez que no la entienda. por consiguiente, siempre que la vida del hombre sea capaz de aventurarse ni aun remotamente, por estar la ley concebida en términos poco claros é inteligibles, debe esta rectificarse de modo que no dé lugar a ninguna exposicion o interpretacion ajena á su verdadero sentido y espíritu.”, cfr. *DSCGE*, s. 5.10.1811,

⁴⁴ Aunque ya en la primera etapa liberal encontramos signos de que la Constitución que nació con pretensión reglamentista de Código de leyes expresas claras y terminantes, tempranamente se sometió a interpretación: en una intervención sobre las irregularidades producidas en Galicia en las elecciones a Cortes ordinarias de 1813 se mezclan las consecuencias de estimar infringida una ley expresa (la responsabilidad del infractor) y la incapacidad de cerrar el sentido de una norma: “Señor, todas las leyes las ofrecen (dudas); aun las más bien acabadas no están exentas de que cada uno varíe en su inteligencia, mientras el legislador no fija del modo más claro, expreso y terminante en el que se han de entender ¿no es posible que pueda esto verificarlo siempre el legislador? ¡Ojalá! En este caso no se necesitarían intérpretes, expositores ni comentadores de las leyes, no habría pleitos ni abogados, ni muchos de los tribunales: ¡Cuan dichosos seríamos! Pues si todas las leyes han producido sus ambigüedades; si en muchas no se ha alcanzado todavía la intención del legislador , ¿se nos querrá hacer confesar á punta de lanza que la Constitucion es un Código tan perceptible en su espíritu como evidente en su modo de significarlo? Pues si no es así, como en realidad no lo es, y es irremediable el que ofrezca mil dudas , ¿por qué antes que estas las desvanezca el legislador hemos de gritar contra los que opinaron

resultar no sólo un espíritu de partido exaltado o doceañista, pero siempre liberal en la interpretación del texto, sino que también éste podrá ser tomado en su letra o en su espíritu⁴⁵. En el Trienio constitucional, con el restablecimiento de las leyes constitucionales, se procede a la reapertura del debate sobre la semántica de lo que había de considerarse por leyes expresas, terminantes y claras. Ahora no se trata sólo de aquilatar una comprensión de la ley que podía participar de ese carácter ilustrado de recortar el margen de la participación de cualesquiera sujetos en la conformación del orden normativo. Ahora se va mas lejos pues el sentido de la lucha tras la reflexión en torno a la ley expresa radica en no defraudar las realizaciones de la normativa revolucionaria. Y es por ello que no resulte baladí que el conflicto salte cuando se trata de infracción de las leyes que ordenan las conductas de conspiración contra el orden constitucional. Porque estas infracciones serán otra cosa, porque también la Constitución será otra cosa. Será también *ratio* a la que se acude para deducir leyes sabias y justas. Puede haber cambiado el patrón normativo pero se mantienen los mecanismos de integración de un orden normativo tradicional⁴⁶.

31. En relación con este argumento tenemos en el Trienio el ejemplo de dos

diferentemente que nosotros, quizás con mas prudencia? Pero vamos al artículo, y veamos como quiere la Constitución que entendamos esta palabra vecinos: ella no lo declara, con que es menester que nos lo diga V. M., mientras, no hay que reclamar por nulas las elecciones de Galicia, ó causa de su mayor ó menor número de elegidos. Esta palabra vecinos tiene, Señor, muchas acepciones en nuestro idioma, como lo sabe muy bien V.M. y consta de todos sus diccionarios”. Cfr. *DSCGE*, s. 5.8.1813

⁴⁵ Frente al recurso al espíritu de la Constitución no faltarán voces que reclamen la fidelidad al texto expreso y terminante de la Constitución como ley y no como equidad. El conocimiento por las Cortes de las reclamaciones contra el procedimiento electoral fijado con espíritu reglamentista por el constituyente es sede de desarrollo y encuentro entre interpretaciones literales o menos de la Constitución. Así sobre la elección de los secretarios escrutadores “resulta del acta que este presidente elector de parroquia y de partido (no lo olvidemos, porque al fin es un agente del Gobierno), indicó los secretarios y escrutadores, y que por aclamacion se hizo su nombramiento. La Constitución no dice por aclamacion, dice por mayoría de votos, por pluralidad de votos; dice que se ha de votar. Véase, pues, si se ha quebrantado, no el espíritu, que no quiero hablar del espíritu de la Constitución, la letra, la terminante decision de la ley”, Intervención de Canga Argüelles, en s. 22.2.1822, p. 35.

⁴⁶ “Supongamos que haya trece electores en una provincia: Se examinan en la junta los poderes de cada uno, y seis son de opinion que los poderes de uno de ellos son malos y los otros seis opinan que son buenos.; consiguientemente, estos electores no saben si los poderes sobre quienes hay ese equilibrio de opinion ó de duda, deben admitirse: este es un caso que no está previsto en la Constitución. Cuando ocurren dudas de esta naturaleza, ¿Qué regla hay para resolverlas? Se acude entonces a consultar al espíritu de la Constitución, y con arreglo a este se resuelve: yo entiendo, por consiguiente, que en el caso en cuestion es indudable que no puede haber la imparcialidad que corresponde en un jefe Político presidente y elector, y que por lo mismo que se ataca á la libertad de esta junta, Se ve que no puede ser el espíritu de la Constitución que un jefe político sea elector de provincia y al mismo tiempo presidente. La naturaleza nos manifiesta en infinitas ocasiones que siempre que no se cumple el objeto de las leyes, los resultados son monstruosos, y la naturaleza se venga dejando estacionario el resultado, ó muy diferente de la belleza que por las leyes regulares y constantes le pertenece. Esto nos prueba que las leyes de la naturaleza se han infringido, y que se han contrariado las causas. Hay monstruosidades políticas lo mismo que morales; y cuando encontramos un mónstruo político, hemos de suponer que se han infringido las leyes políticas.”, Intervención de Murfi, *DSC*, s. 22.2.1822, p. 37-38.

textos que sancionando conductas de infracción a la constitución se refieren a cosas absolutamente diversas⁴⁷. Unas al orden político constitucional, a la violación del orden establecido en la realidad española del Trienio, realidad generada por un texto. La otra es la infracción cometida, y en esto cambian absolutamente las cosas, en la interpretación de un texto por quien no sólo puede, sino que del mismo se supone que debe, realizar una *interpretatio* constitucional⁴⁸. Ahora Constitución se ha convertido no sólo en un texto expreso sino también un texto sometido a *interpretatio*, a *interpretatio* plural, pero también a una *interpretatio* probabilísima que es la realizada en el marco del procedimiento por infracciones a la Constitución.

32. Y este cambio parecerá inapreciable si sobre esas u otras fuentes, adoptamos el punto de vista de la ley pues no encontraremos, quizás otra cosa que la yuxtaposición de éstas, sean códigos, leyes nuevas o recopiladas. El cambio es apreciable cuando miramos la Constitución. Ésta no sólo es texto expreso sino también “espíritu”. Así es en este momento cuando el texto se ha sacralizado sublimándose en tal “espíritu”, sacralización que lleva a que sea objeto de juramento, de reverencia, de catecismo, etc⁴⁹.

4.2. Poderes y potestades. "Régimen de Convención, indistinción de funciones y repercusiones sobre categorías normativas".

33. La utilización de la clave de lectura propuesta puede ser también interesante a la hora de calificar el primer constitucionalismo en relación con la inauguración en la tradición constitucional española del principio de separación de poderes. En este sentido, a través de la utilización de esta clave puede darse una más plausible explicación sobre la práctica de gobierno de unas Cortes que siempre mantuvieron, aunque cesaran en el

⁴⁷ Se trata de la ley de 26.4.1821 para castigar la conspiración contra el régimen constitucional, y de las medidas para castigar las infracciones al texto constitucional que se recogieron también en la misma fecha de abril de 1821. Esta última ley preveía el desafuero de todos los que incurrieran en infracción de la Constitución, y el conocimiento de las causas por los tribunales ordinarios. La ley de conspiración, en cambio, preveía en ciertos casos la competencia de la jurisdicción militar.

⁴⁸ A. FIESTAS, *Los delitos políticos (1808-1936)*, reimpr, Madrid 1994, pp. 108-110 trata de salvar la contradicción apelando a un *decalage* temporal entre las fechas en que fueron aprobadas realmente uno y otro texto. Me parece más convincente la interpretación de M. LORENTE, quien hace estribar la diferencia en que la ley de conspiración no partía de una noción de Constitución como texto. *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Madrid 1984, pp. 80-91.

⁴⁹ M. LORENTE, “El juramento constitucional”, en *AHDE*, LXV (1995), pp. 585-632;

encargo constituyente, una posición de supremacía. Como hemos visto más arriba, sobre esta preponderancia del papel del legislativo, se ha hablado también de la primera experiencia constitucional gaditana como de un régimen de “Convención”. Es conocida la interpretación que habla de contradicciones entre la declaración sobre la separación de poderes en el decreto fundacional de 24 de septiembre y la práctica de gobierno de aquellas Cortes. Contradicción que podemos considerar que se repite en el texto de la Constitución, en punto de facultades del Congreso. Ahora bien, sobre estos problemas puede aquí apostarse por considerar para estas injerencias del Congreso en el ejercicio de potestades reservadas a otros órganos la explicación de una inercia jurisdiccional en la concepción sobre los requisitos para la producción de un acto de poder. Adviértase que cuando hablo de inercias no me refiero solo al desarrollo por el Congreso de las funciones que le tocaba como subrogado en el ejercicio de la soberanía, sino también a la comprensión del procedimiento a través del que se gestiona el poder. Podríamos llegar incluso a aventurar que las primeras experiencias constitucionales no suponen en esto una alteración de la organización de los poderes, pero tampoco en las prácticas institucionales de la Monarquía. De manera que el régimen polisinodial, desprestigiado después de la actuación en la crisis de independencia de 1808, no desaparecería, sino que se camuflaría en el régimen parlamentario bajo forma de comisiones constituidas en su seno⁵⁰.

34. Pero la inercia jurisdiccional no sólo alcanza las maneras de actuar del poder legislativo, o mejor, no sólo informa el modo de ejercer dicha *potestad* legislativa⁵¹. Lo mismo podemos predicar respecto del ejercicio

⁵⁰ A pesar de la ingente bibliografía sobre las Cortes de Cádiz, está por hacer su historia desde un punto de vista institucional interno. El paradigma administrativo que tan bien funciona para animar a los especialistas del derecho administrativo a embarcarse en una Historia de las Instituciones inequívocamente administrativas, puede estar en la base de esta desatención. El testigo tampoco ha sido recogido por constitucionalistas que detienen el nivel del análisis en la historia del parlamentarismo y tampoco por Historiadores del Derecho que o no se preocupan por este tiempo o cuando lo hacen se despreocupan por esta dimensión institucional. Como resultado de todo ello, en ocasiones se producen lo que pueden calificarse como malentendidos ocasionados por la diversidad de los intereses disciplinares y de los presupuestos metodológicos empleados. Un ejemplo es la crítica que I. FERNÁNDEZ SARASOLA (“La Constitución...”, *op.cit*, nota 196) formula a la interpretación de LORENTE/GARRIGA, (“El modelo constitucional...”, *op. cit*, p. 596) sobre el punto que interesa en el texto. La afirmación por los segundos del mantenimiento de prácticas institucionales de Antiguo régimen en la producción normativa, incontestable en la experiencia constitucional gaditana (basta con abrir cualesquiera de los legajos de la Serie General del Archivo del Congreso de los Diputados), y que consisten en la intervención de los más plurales sujetos individuales y corporativos a través de la remisión al Soberano (ahora las Cortes) de múltiples informes, consultas y representaciones particulares, es interpretada por el primer autor como una negación del principio del mandato representativo de los Diputados gaditanos, a lo que contesta con una lectura de los Diarios de Sesiones y una dogmáticamente inspirada (aunque contextualmente discutible) diferencia entre la expresión de la voluntad general y la consulta de la opinión pública.

⁵¹ Es B. CLAVERO, “Cádiz como Constitución”, (=Estudio preliminar a edición no venal de la Constitución de Cádiz, t.II, Sevilla 2001,) quien llama la atención sobre el empleo del término potestades y no de poderes

de la *potestad* de ejecutar las leyes, al menos durante la primera etapa de régimen constitucional. Para contrastar esta última afirmación pueden ser señalados aquí dos problemas respecto de los cuales contamos con una doble lectura, constitucional y jurisdiccional.

35.El primer problema es el relativo al nacimiento de la función administrativa. Es sabido que la interpretación común en la ciencia de la administración española consiste en el exceso de “judicialismo” del que pecaba la solución gaditana a los contenciosos de la Administración⁵². Esta interpretación es posible en cuanto se presupone, algo que no puede hacerse cuando se habilita para tiempos constitucionales clave jurisdiccional, la separación ontológica entre asuntos de justicia y asuntos de administración. Esto es, en cuanto se supone, no sólo prefigurada la naturaleza de unos y otros, sino también su natural asignación a complejos institucionales diversos. El segundo problema, especialmente pertinente aquí, tiene que ver con la consideración sobre la existencia o no de una potestad reglamentaria compatible con aquel régimen constitucional presidido por la omnipresencia de las Cortes⁵³. Y aquí, el permitir utilizar una diversa clave de lectura, que entre otros efectos tiene el de no considerar la imprenta y la publicación como sustancia del reglamento, ni concentrar la vista en los reglamentos *secundum legem*, permite redescubrir una actividad reglamentaria compatible con aquel régimen dicho de “Convención”⁵⁴. La dificultad de formular o reclamar la observancia de jerarquía normativa para las producciones de las mismas Cortes, o la invisibilidad de una abundante potestad reglamentaria *praeter legem* son cuestiones que merecen una explicación más plausible que la injerencia, o la coyuntura excepcional en la que se desarrolló aquella experiencia.

36.Recientemente se ha calificado el orden normativo decimonónico español

utilizado en el texto fundamental para referirse a la legislativa, ejecutiva y judicial. Aunque el argumento sea meramente textual, parece que ello puede ser signo de lo plausible de una lectura jurisdiccional del primer constitucionalismo español.

52 En este sentido, a clásicos estudios como los de A. GALLEGO ANABITARTE, *Administración y jueces: gubernativo y contencioso. Reflexiones sobre el Antiguo régimen y el Estado constitucional y los fundamentos del Derecho administrativo español*, Madrid, 1971 (Cuadernos de historia de la Administración, 1) o J.A., SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Madrid 1973, es preciso añadir hoy otros como los de A. BETANCOR, *El acto ejecutivo origen y formación de una categoría central del Derecho Administrativo*, Madrid 1992; o J.R. FERNÁNDEZ TORRES, *La formación histórica de la jurisdicción contencioso administrativa (1845-1868)*, Madrid 1998

⁵³ Dudaba de la misma, A. GALLEGO, *Ley y Reglamento en el Derecho Publico occidental*, Madrid 1971.

⁵⁴ C. GARRIGA, “Constitución, Ley, Reglamento: el nacimiento de la potestad reglamentaria en España”, *AHDE*, LXV (1995), pp. 449-528

como un orden plano⁵⁵, en el sentido de que, entraña un desconocimiento de la supremacía de la Ley como expresión de la voluntad de un sujeto nacional sobre otras normas, respecto de las cuales se reproducen los mecanismos de integración del ordenamiento premodernos⁵⁶. Esta calificación es, por supuesto, predicable de las primeras experiencias constitucionales, con un límite, el de la Constitución. La misma aparece como patrón del ejercicio de cualesquiera potestades, primeramente como texto expreso y luego como depósito de validez, ruda equidad constitucional para la actuación de cualesquiera poderes. El hecho de que las Cortes se reserven la interpretación auténtica de dicho orden no quita para que la concreción del espíritu de la constitución en leyes, decretos, ordenes, instrucciones y sentencias sea fruto de una relación inmediata de las autoridades que producen estas normas con un patrón normativo.

4.3. La responsabilidad del empleado y los derechos de los españoles

37. Y terminamos por donde deberíamos haber empezado, por los derechos y el individuo, pues sólo es calibrando su presencia puede calificarse más o menos pertinente una lectura jurisdiccional o legal. La afirmación de la

⁵⁵ M. LORENTE, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid 2001, pp. 177-185.

⁵⁶ No legal por carente de las circunstancias a las que me he referido más arriba, y entre ellas la posibilidad de la derogación como acto de voluntad y no de razón. El principio de derogación puede seguir siendo odioso en el Constitucionalismo gaditano. Véase la intervención del diputado Gómez Fernández en la sesión de 16.6.1812 en la discusión de la proposición sobre la derogación de la ley que prescribía la necesidad del consentimiento paterno para contraer matrimonio: “Señor, aunque conozco y alabo el celo de la actual comisión de Justicia para que se deroguen ó reformen las leyes del Reino que conceptúa dignas de derogacion ó enmienda, y no se me ocultan ni las razones que ha tenido para proponer á V. M. la que conceptúa necesario se haga en la pragmática de casamientos de 28 de Abril de 1803, hoy ley 18 :título II, libro 10 de la Novísima Recopilacion , ni la fuerza que aquellas tengan./.../ Por ahora no puede tener lugar la modificación, variacion ó reforma á que aspira la comisión de Justicia. Lo primero, porque las leyes no se derogan ni reforman en todo ó en parte sin justa razon y causa, ni por cualquiera; lo segundo, porque está resistida por anteriores, recientes y sabias disposiciones del Congreso en este mismo é idéntico asunto ; y lo tercero y último, porque cuando pudiera tener lugar la que se intenta en dicha pragmática de los casamientos, ni seria en todos loa puntos ó capítulos que quiere ia comisión , ni en solo ellos, y sí en otros mucho más graves é interesantes al honor de las familias y bien del Estado, á que se dirigió principalmente su establecimiento en el año de 1776 por Real pragmática de 23 de Marzo, hoy la ley O.a del mismo libro y título, y á que quiso dar nuevas reglas la ya citada de 1803. Esta ni ninguna otra se deroga sin justa y evidente causa, ni por cualquiera, aunque la mejore en algo; porque como se dice en un capítulo de la distincion 12, *ridiculum est, et satis abominabile dedecus, ut traditiones, quas antiquitus a patribus suscepimus, infringi patiamur*. Y porque para hacer cualquiera derogacion ó novedad en la ley constituida es indispensablemente necesario ó que de la constituenda resulte una grande y evidentísima utilidad, ó que la antigua contenga manifiesta iniquidad, y su observancia sea muy nociva ; y en una palabra, que estemos en alguno de los casos de que habla la 18, título 1, Partida 1.ª, de lo cual nos hallamos muy distantes, aun por confesion de la misma comisión de Justicia en su citado dictamen. No solo es esto así, sino es que la modificación, variacion ó reforma que propone está resistida por recientes, sábias y justas resoluciones de V. M. , una de ellas á consecuencia de instancia hecha por D. Nicolás Tap y Nuñez, y otra de la instruida por D. Miguel de Castro, caballero de la Real y distinguida orden de Cárlos III, vecino de esta ciudad/.../”, *DSCGE*, p. 3324.

tesis de la existencia de una matriz jurisdiccional también remite inmediatamente a una antropología del sujeto en sociedad con la que la idea jurisdiccional en el antiguo régimen estaba directamente vinculada. Si es la corporación y no el individuo el titular de las libertades en la experiencia jurídica moderna, y si la autonomía jurisdiccional es lo que define la presencia de una corporación, la jurisdicción no sólo es matriz de poder sino también atributo de personalidad jurídica, de titularidad de derechos. Y a partir de aquí puede llegar a explicarse la dificultad del discurso constitucional español para enfrentarse a una concepción individualista de los derechos. Porque el proceso de asunción de la soberanía por parte de la Nación podía pasar por no abandonar la lógica corporativa como por otro lado esta siendo visto por la historiografía del periodo, sea la que se enfrenta al problema de la representación política, particularmente en la España ultramarina⁵⁷ sea la que analiza la transformación de corporaciones como las mercantiles⁵⁸, o la constitución o reconstitución de instituciones tradicionales⁵⁹.

38. Sabemos que no se trata de una resistencia, sino de una lógica que informa todo el constitucionalismo español de primera hora, desde el momento en que la misma Nación es cuerpo de españoles. La misma lógica jurisdiccional que lleva a construir un sujeto – la Nación española - que afirma su titularidad corporativa de los derechos de los españoles que la componen⁶⁰, obliga a este sujeto a observar en sus actos las calidades de un juicio cuando este acto toca irreversiblemente sus situaciones jurídicas previas.

39. De lo que acaba de afirmarse puede ponerse como primer ejemplo el de cómo se realiza en la experiencia constitucional española la superación de la estrecha vinculación entre jurisdicción y dominio, y la forma como se mantiene o se supera dicha conexión. Aquí la referencia es obligada al importante decreto de abolición de la feudalidad o, más correctamente, de incorporación de los señoríos a la Nación. Es decreto que inauguraba una propiedad burguesa, pero cuyo fin inmediato era el de la reintegración a la Nación de toda jurisdicción señorial. La transacción entre, por un lado, la

57 M. LORENTE, “América en Cádiz”, en AA.VV., *Los orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica: un estudio comparado*, Sevilla 1993, pp. 17-47

58 C. PETIT, “Amos sirvientes, comerciantes, algo más sobre el primer modelo constitucional”, en ID, (ed), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid 1990, pp. 87-122.

59 C. MUÑOZ de BUSTILLO, “De Corporación a Constitución: Asturias en España” en *AHDE*, LXV(1995), pp, 321-403

60 J.M. PORTILLO, *Revolución de nación, orígenes de la cultura constitucional en España*, Madrid 2000.

renuncia a seguir el mismo procedimiento judicial ante el Consejo de Hacienda observado durante el Antiguo régimen para la incorporación de alhajas enajenadas por la Corona, y recuperadas por la Nación, y la indemnización, por otro lado, de esta Nación para con aquellos que sin figura ni estrépito de juicio se veían privados de *iura quaesita*, marca la tensión que informa y configura la cultura constitucional española del primer Ochocientos. Sin embargo, como es sabido, no sólo la misma adopción del decreto de incorporación de los señoríos, sino que a la postre materialmente sus efectos no pudieron ser sino fruto de una complicada definición jurisdiccional⁶¹.

40. Esta misma conexión entre la necesaria definición o alteración jurisdiccional de los derechos y la comprensión de presunción de su titularidad nacional y repercusión individual se reproduce en otros escenarios, como el de la administración de justicia, y particularmente del régimen de control y responsabilidad de jueces y magistrados. Adviértase que el escenario es particularmente pertinente para dar cuenta de esa tensión que define la posición de los derechos en el constitucionalismo español. Lo es porque el juez, ya sabemos que todos lo son, tomado en sentido estricto, desarrolla su función, ejerce potestad jurisdiccional, en el fuego cruzado de los derechos de la Nación y de los particulares. debiendo satisfacer al tiempo a una y a los otros en el resultado del juicio y en el procedimiento seguido para alcanzarlo. La terrible responsabilidad a la que el juez en el primer constitucionalismo español estaba sometido no es una contrapartida, como se piensa, de su independencia, sino el elemento que impide considerarlo suprema potestad, esto es, soberano⁶².

41. Soberano será el juez no sometido a juicio, v.gr. La Nación representada, que por no estar sometida, intentará no estarlo ni siquiera al difuso

61 Sobre sus hitos normativos, véase S. De MOXÓ *La disolución del régimen señorial*, Madrid 1960; y ahora, J HERNÁNDEZ MOLTALBÁN, *La abolición de los señoríos en España (1811-1837)*, Madrid 1999.

62 “/.../debe quedar un medio de castigar al juez que contra derecho ó contraviniendo/.../ á las leyes haya faltado á su obligacion; de lo contrario, vendría la magistratura a ser soberana, y el resultado sería poder disponer á su antojo de la hacienda, honor y vida de los ciudadanos/.../ esto basta para que las Cortes tengan cuidado en no crear una autoridad soberana que pueda perjudicar á la causa pública” Intervención de Argüelles en *DSCGE*, s. 11.3.1813, pp. 4810-4811. La idea se mantuvo en el Trienio. Entonces se reformuló con motivo de la discusión suscitada por la visita de las causas de conspiración sitas en los tribunales territoriales: “/.../Aquí se trata de que el poder judicial, que ya es independiente, no sea soberano, como dijo oportunísimamente el Sr. Argüelles en las Cortes Constituyentes: que era preciso evitar que el poder judicial se constituyese en soberanía, como se constituiría si no hubiese esta traba, este dique de la responsabilidad que oponerle”, *DSC, legislatura de 1822*, intervención de GONZALEZ ALONSO, s. 17.4.1822, p. 881; “por dos o tres causas en que se halle una sentencia contra ley expresa que no esté derogada, ó que se halle una infracción de Constitución, se hará ver al poder judicial que no es soberano, y que sus individuos están sujetos a responsabilidad”, *DSC, legislatura de 1822*, intervención de GÓMEZ BECERRA, s. 18.4.1822, p. 899

tribunal de la opinión pública. Creo que la repetida mención al “Tribunal de la Opinión pública” como mecanismo de control de la constitucionalidad de la actuación de las Cortes no ha de minusvalorarse. Debe pensarse que, durante toda su vigencia, el régimen constitucional pendió del hilo de la creencia del público en la afirmación la legitimidad de las Cortes como representante de la Nación. Esto explica no sólo las durísimas reacciones contra quien osase dudar de este incontestable principio, sino también el que sobre tan difuso tribunal, primero las Cortes hiciesen porque fuese un tribunal de jurado el competente para conocer de los abusos en el ejercicio de la libertad de imprenta, y después que la actividad de tal jurado fuese controlada, de alguna manera, por una Junta para la protección de la libertad de imprenta, que no era sino una comisión del seno del Congreso⁶³.

42. Un somero análisis de la normativa sobre el control y la responsabilidad de los empleados públicos y particularmente de los del ramo judicial, ilustra sobre la estrecha vinculación en aquel constitucionalismo entre la exigencia de responsabilidad por infracción de ley expresa e inobservancia de fórmulas procesales. En cuanto a la responsabilidad por un comportamiento doloso del juez como se aprecia en la discusión sobre la formulación de tipo de prevaricación del código penal de 1822, el legislador se preocupaba más por el elemento subjetivo del aquel tipo que de la objetiva contravención contra una “ley expresa”, y ello no tanto por la inexistencia de estas, cuanto por su abundancia en un orden normativo hecho de viejas y nuevas piezas. De esta manera la vinculación del juez, no a cualesquiera leyes expresas, sino a una interpretación de aquellas en el sentido de las reformas queridas por la Nación representada, trata alcanzarse todavía a través de la disciplina de los hombres y no del arreglo de las leyes⁶⁴. La prevaricación entonces se enuncia no tanto como la conducta de quien sabe que falla o procede manifiestamente contra el tenor de la ley expresa, como la del que lo hace “a sabiendas” del perjuicio de la causa pública o de tercero.

43. Ciertamente que en la normativa gaditana sobre responsabilidad se introdujo también el supuesto de hecho de una responsabilidad por culpa del juez que “falle contra ley expresa” junto a otro consistente en provocar la

⁶³ F. MARTÍNEZ, *Entre confianza y responsabilidad, la justicia del primer constitucionalismo español*, 1810-1823, Madrid 1999, pp. 508-535.

⁶⁴ Bien porque se estimase irrelevante el elemento intelectual del tipo de prevaricación, bien porque por leyes expresas se concibiesen sólo las procesales, se llegaba a sostener incluso la posibilidad de que un jurado prevaricase; cfr. F. MARTÍNEZ, *Entre confianza...*, p. 189

nulidad de lo actuado por la infracción de las leyes formularias. Pero también es cierto que la exigencia de responsabilidad por aquel primer supuesto de hecho, no se predicaba respecto de los fallos de las Audiencias, unos tribunales territoriales que, por esta limitación de responsabilidad por errores *in iudicando*, resultaban supremos e insindicables en cuanto a la interpretación doctrinal de leyes sustantivas, no así cuando el error por falta de instrucción o de descuido conducía no a la injusticia del fallo sino a la nulidad de lo actuado⁶⁵.

44. Esta afirmación se refuerza por el hecho de que en la experiencia constitucional gaditana no hallamos ninguno de los mecanismos de finalidad nomofiláctica del constitucionalismo revolucionario francés: ni la obligación de motivar los fallos, ni el recurso de casación, ni el *référé législatif*⁶⁶. Los sucedáneos hispanos del recurso de nulidad por errores in procedendo y de unas tradicionales “consultas” que versaron fundamentalmente sobre dudas en la interpretación de leyes procesales, son datos que entiendo avalan la tesis de la definición jurisdiccional y no legal de los derechos en el constitucionalismo español de primera hora⁶⁷.

45. Aunque suscitase la perplejidad y la duda de sus autores en 1813 y de sus intérpretes del Trienio, la lógica de determinación procesal de unos derechos que se planteaban como de titularidad nacional y repercusión mediatamente individual, llevaba a curiosas consecuencias como la previsión de una acción de responsabilidad que resarciera a las partes perjudicadas en un pleito o causa, contra el juez prevaricador⁶⁸, pero que dejaba firme la sentencia que hubiera, aún con esta infracción, gozado de todas las instancias y no fuera impugnable por vicios in *procedendo*. Como curiosa puede también resultar la consecuencia de que el recurso de

⁶⁵ “El magistrado ó juez que por falta de instrucción o descuido falle contra la ley expresa, y el que por contravenir las leyes que arreglan el proceso, dé lugar á que el que se haya formado se reponga por el tribunal superior competente, pagará todas las costas y perjuicios, y será suspenso de empleo y sueldo durante un año. Si reincidiese, sufrirá igual pago, y será privado de empleo, é inhabilitado para volver a ejercer la judicatura”. Así reza el artículo 7º del capítulo I del decreto de 24 de marzo de 1813 sobre responsabilidad de los magistrados y resto de empleados públicos que será considerada ley constitucional en el Trienio y acompañará la vigencia de la Constitución de Cádiz en su atribulada vida

⁶⁶ M. LORENTE, “División de poderes e interpretación de ley”, en AA.VV., *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid 1989, pp 401-420; M.LORENTE/C. GARRIGA, “El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla 1489-España 1855)”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 1 (1997), pp. 97-145

⁶⁷ F. MARTINEZ, *Entre confianza...*, pp.339-364

⁶⁸ Y por tal se entendió en la discusión del precepto al que me refiero en el texto (art.20 del Decreto de 24.3.1813) primero al juez que fallase “contra ley expresa” pero finalmente al que “haya contravenido las obligaciones de su cargo”. Esta es manifestación de una renuncia: la del constituyente gaditano a vincular con nuevas “leyes expresas” a jueces contrarios a las reformas, *ibid*, pp. 202-203

nulidad para sanar en última instancia esos vicios, se ciñese a los pleitos civiles, y no a las causas criminales, respecto de las que la Constitución gaditana, además de los derechos de los reos, se preocupaba por la celeridad de la vindicta pública⁶⁹.

46. Aunque fueran los jueces los empleados que estaban en el punto de mira de la responsabilidad por la infracción de ley expresa –procesal–, el control alcanzaba al conjunto de los empleados públicos. Aunque ello pueda hoy resultar menos visible⁷⁰. Los diputados también están sometidos⁷¹. El resto de los empleados, también los militares en su propia jurisdicción⁷² y hasta los empleados que permanecieron bajo dominación

⁶⁹ *Ibid*, pp. 210-217

⁷⁰ En ello sigue quizás operando el apriorismo de la categorías de la dogmática constitucional para la comprensión de una dimensión histórica de la responsabilidad. Tal es el caso, a pesar de su buen planteamiento inicial sobre el papel de la responsabilidad para la definición de un modelo constitucional, lo que sucede en I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Poder y Libertad, los orígenes de la responsabilidad del ejecutivo en España (1808-1823)*, Madrid 2001, donde se subordina el estudio de la responsabilidad del ejecutivo en este primer constitucionalismo a una previa exposición sobre los tipos penal y parlamentario de responsabilidad ministerial.

⁷¹ Así, por ejemplo, el “expreso” precepto constitucional que ordena la convocatoria de cortes anualmente, hace a los diputados infractores de la constitucion si no procuran esta reunión. Argumento que se utilizó para no dilatar la convocatoria de cortes ordinarias a partir del 1 de octubre de 1813, véase sesión de 6.5.1812. p. 3164; por ejemplo es algo que se pone de manifiesto cuando en la discusión sobre la traslación de las Cortes a Madrid, hay quien recuerda el carácter inalterable de la constitución, y el hecho de que allí donde hay precepto expreso constitucional, las Cortes por muy extraordinarias que sean no pueden desconocer. Intervenciones de Ostolozza y Buenavista en *DSCGE*, 17.8.1813; Véase la intervención del Conde de Toreno en *DSCGE*; s. de 17.5.1813, p 5313.

⁷² En la coyuntura bélica en la que se desarrollaron las sesiones gaditanas, la ordenanza del ejército de 1768 aportaba suficientes artículos expresos que disciplinaban el comportamiento de los empleados militares, y cuya infracción desencadenaba la responsabilidad ante las Cortes. Pero la ley expresa puede también operar en el seno de la disciplina de un estamento militar, sin conexión con otras leyes de la Monarquía. Ejemplo de esto es el conflicto sobre la extensión de la libertad de imprenta de los militares. El ejemplo es paradigmático porque en el se encuentran, por un lado la consideración expresa de ley de ordenanza militar y la de imprenta gaditana, el mantenimiento de la jurisdicción militar y la utilización de un discurso ilustrado para el mantenimiento de un orden antiguo: “././aunque el militar sea un ciudadano, no está sustraído por la Constitución de las obligaciones que le impone la ordenanza, antes bien, debe ser el modelo de la subordinación y del orden. La conveniencia pública, la inestabilidad de las instituciones sociales, no solo pueden permitir, sino que exigen muchas veces, que se suspenda ó se disminuya el ejercicio de la libertad política de algunos de los individuos que forman una nación. Por esta razón, las Cortes generales y extraordinarias, al paso que con la Constitución dejaron á los militares el fuero privilegiado en los términos que previene la ordenanza ó en adelante previniere, creyeron también indispensable para conservar la disciplina y subordinación de las tropas en el ejército, el mandar observar con todo rigor las leyes penales de la ordenanza. /.../Tratándose de calificar la conducta del jefe de Guardias de la persona del Rey, en haber procedido á arrestar un subalterno suyo porque infringió una ley de la milicia, no me parece justo considerar este hecho bajo el aspecto de una infracción de Constitución, porque á mi juicio no puede haberla habiendo procedido aquel ‘jefe a virtud de una ley positiva, sancionada por la misma Constitución, hasta que se declare y fije la inteligencia de los preceptos que se oponen, pues lo contrario sería anteponer la calificación del crimen á la existencia de la ley terminante y clara, cual debe ser para que obligue en toda su extensión. Así que, me parece más exacto examinar si la ley de la libertad de imprenta es extensiva á los militares en punto de rigurosa disciplina con derogación de la ordenanza ; y presentada así la cuestión, me atreveré á decir que la ley de la libertad de la imprenta no se extiende á los militares en ninguno de los objetos que ataca las leyes de su instituto en punto á disciplina. En hora buena escriban y publiquen SUS ideas políticas, usen de este sagrado derecho sobre que reposa el edificio político de nuestras libertades, pero sin lastimar las

intrusa, que se sometieron a un proceso de purificación en el que era difícil determinar la infracción de un deber, el de fugarse, contenido en ley alguna⁷³. Se percibía la necesidad de disciplinar antiguas y nuevas autoridades, y se piensa en la vinculación a texto normativo escrito y expreso como patrón de esa disciplina, aunque la capacidad de expresar estos textos se entendiese múltiple y compleja⁷⁴.

V.- CONCLUSIÓN: CONSECUENCIAS HISTORIOGRÁFICAS. PARADIGMA JURISDICCIONAL Y COMPARACIÓN EN LA HISTORIA CONSTITUCIONAL.

47. Hasta aquí se ha tratado de problematizar la habitual inserción de la primera experiencia constitucional española en el modelo de constitucionalismo legicéntrico que tiene en el constitucionalismo revolucionario francés su ejemplo paradigmático. Ahora bien, haciendo esto convendría aún afrontar una cuestión que precisamente por esta crítica se coloca en primer plano y que tiene que ver con la posibilidad de incardinar la experiencia constitucional española en un modelo de constitucionalismo alternativo. O mejor dicho, en el modelo de constitucionalismo reconocido como alternativo en tiempo coetáneo al del desarrollo de la primera experiencia constitucional española. El reconocimiento o la visibilidad de la influencia del constitucionalismo inglés en la España de las primeras décadas del ochocientos, es un hecho que viene acentuándose por la historiografía constitucional.

48. La menor necesidad de recrear una historia (*constitutionnelle*) del constitucionalismo español, ha permitido a algunos de sus estudiosos rescatar fuentes que acreditan el interés y el conocimiento hispano de la

leyes de las ordenanzas, buenas ó malas, mientras estén vigentes; siendo por esto mismo menores sus derechos políticos y civiles que los de los demás españoles, y sin que por esto dejen de ser ciudadanos, así como no dejan de serlo porque no tengan en los juicios militares el mismo número de instancias; y porque al adoptar cualquiera individuo una profesion determinada, renuncia en particular á aquellos derechos cuyo ejercicio es incompatible con las instituciones de lo profesion, recibiendo en cambio la milicia por estas restricciones una preferencia de honor sobre todas las clases del Estado y á esto se refieren las consideraciones, la del fuero, las exenciones y preeminencias, los retiros, los inválidos, las pensiones, etc”, *DSC*, s.5.8.1820. pp.393-394.

⁷³ En defensa de estos empleados el diputado Gutiérrez de la Huerta argumentaba: “Estoy muy distante de creer que los empleados civiles que no emigraron antes de la invasion enemiga, ó que no lo hicieron despues de señoreado el usurpador del país de su residencia, hayan quebrantado ninguna providencia especial que contenga el expreso y terminante precepto de su fuga, para conservar el concepto y la reputacion de buenos ciudadanos.” *DSCGE*, s. 4.9.1812, p. 3650

⁷⁴ Así, por ejemplo, en el escándalo del que conocieron las Cortes sobre la malversación cometida de algunos de los efectos del Hospital de San Carlos, se presume como fundamento de tal responsabilidad la infracción de los empleados al Reglamento expreso de Hospitales, que les encargaba una especial vigilancia de los almacenes y la entrega de efectos sólo con autorización de sus jefes, *DSCGE*, s de 25.11.1812, p. 4019.

otra cultura constitucional antes y durante la experiencia gaditana⁷⁵. Es en este contexto de otra posible historia del constitucionalismo español donde se potencia la comparación de la experiencia constitucional gaditana con el modelo alternativo inglés. En este sentido se pone de manifiesto la existencia de influencia británica en los artífices del primer constitucionalismo español⁷⁶, y especialmente en la figura de Jovellanos⁷⁷, cobra nuevo significado el argumento historicista del constitucionalismo patrio hasta hacer disputar a la historiografía sobre la existencia o no de una Constitución histórica en España y de su protagonismo en el momento constituyente de 1810⁷⁸, o adquiere renovado interés el estudio de la formación intelectual en el exilio inglés de algunos de los que serán protagonistas del periodo constitucional del Trienio⁷⁹.

49. Y en este contexto, podríamos plantearnos si una distinta lectura del constitucionalismo español que abandone el paradigma legicéntrico, también porque desconfíe de una ley que por ser única lengua de los derechos es fundamento de nuevo despotismo⁸⁰, acaso puede servir para sostener los resultados de unas pesquisas que sitúan los inicios del constitucionalismo español –también– en órbita inglesa. Las maneras jurisdiccionales de la actuación de las potestades públicas españolas del primer tercio del XIX podrían convertirse, desde esta perspectiva, en argumento añadido para esta identificación alternativa.

⁷⁵ Para el momento anterior, J. VALLEJO (edición y estudio), Duque de ALMODÓVAR, *Constitución de Inglaterra*, Madrid 2000, para el coetáneo la traducción por Juan DE LA DEHESA de Jean Louis De LOLME, *Constitución de Inglaterra, o Descripción del Gobierno Inglés comparado con el democrático, y con las otras Monarquías de Europa*, Oviedo 1812, ahora en DE LOLME, *Constitución de Inglaterra*, B. CLAVERO (ed.) Madrid 1992

⁷⁶J. VARELA-SUANZES. “Un precursor de la Monarquía Parlamentaria: Blanco White y “El Español” (1810-1814)”, en *REP*, 79 (ene-mar 1993), pp. 101-120. Id “El debate sobre el sistema británico de gobierno en España durante el primer tercio del siglo XIX”, en AA.VV, *Constitución en España...op.cit*, pp. 79-108; “Un precursor de la Monarquía Parlamentaria: Blanco White y “El Español” (1810-1814)”, en *REP*, 79 (ene-mar 1993), pp. 101-120.

⁷⁷ Sobre la figura sigue siendo referencia obligada, Javier VARELA, *Jovellanos*, Madrid, 1988. Muestra de la reciente recuperación a la que me refiero en el texto, C. ALVAREZ, “La influencia británica y la idea de Constitución en Jovellanos”, en AA.VV, *Il modello, op. cit*, pp 507-543. esp. 524-ss.; S.M.CORONAS, “El pensamiento constitucional de Jovellanos”, en *Historia constitucional*, 1 (2000) (= <http://constitucion.rediris.es/revista/hc/uno/jovellanos.html>), especialmente §39.

⁷⁸ S. M. CORONAS, “La recepción del modelo constitucional inglés como defensa de la Constitución histórica propia (1761-1810), e AA.VV, *Il modello...op. cit.*, pp. 615-643. En el mismo volumen, aunque optando por tesis negativa, J.M. PORTILLO, “¿Existía una Antigua Constitución española? El Debate sobre el modelo inglés en España, 1808-1812”, *ivi*, pp. 546-585.

⁷⁹ Manuel MORENO ALONSO, *La forja del liberalismo es España. Los amigos españoles de lord Holland, 1793-1840*, Madrid 1997

⁸⁰ P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán 1998

50. Ahora bien, hablar para la experiencia española de la rehabilitación de la clave jurisdiccional, no quiere decir necesariamente suponer presencia de una matriz similarmente británica. Si hay razones que pueden servir para hacer plausible la comparación entre el constitucionalismo español de primera hora y la experiencia jurídico-constitucional inglesa existen otros que lo alejan indefectiblemente de este modelo. Y no se trata aquí de tomar en cuenta como elemento de comparación (y seña de identidad de lo constitucional británico) un preconstituido modelo de Monarquía Parlamentaria, para después negar su concurrencia en la experiencia constitucional española⁸¹.

51. Desde una dimensión de historia de las doctrinas constitucionales, la contradicción entre las tremendas facultades que retiene y de las que hace gala la representación gaditana de la Nación, y la presencia de tales miramientos jurisdiccionales y remisiones historicistas al antiguo y buen derecho, que hemos tratado hacer ver en este trabajo, puede considerarse como resultado de una estrategia de ocultación de una matriz voluntarista en el ejercicio del poder, para la propia conservación de un Gobierno balbuceante. Desde un plano más situado en *Verfassungswirklichkeit*, puede quizás aportarse otra explicación a esa contradicción, o la que se establece entre, por un lado, la contundencia con la que se anuncia y asegura, pero a través del control de los agentes, el cumplimiento del *indirizzo* político contenido en “Constitución y leyes que de ellas derivan” y, por otro, la lasitud con la que se permite la interpretación del resto del orden normativo. Esta otra explicación tendría que ver con un escenario donde se desarrolla la experiencia jurídico-constitucional que no podemos calificar, en modo alguno, de plano. Es un escenario de pluralidad corporativa, donde el recurso a maneras, discursos y mecanismos jurisdiccionales, no es sólo estrategia fantasmagórica, sino lenguaje constitucional efectivo para la conservación del orden de una sociedad política aún articulada corporativamente.

52. Si existe la contradicción en España es porque tan efectivo como esa articulación plural es la existencia de un sujeto que reclama un poder distinto por soberano. En esta primera experiencia constitucional a la persistencia efectiva de una pluralidad corporativa se yuxtapone la aparición de un sujeto nacional que reclama la capacidad no solo de reformar leyes fundamentales, sino también el de considerarse depósito esencial de soberanía. Ahora bien, esta aparición no es otra cosa que el

⁸¹ Véanse en este sentido los trabajos del prof. J. VARELA-SUANZES, “El debate”...*op.cit.*; “La Monarquía Imposible. La Constitución de Cádiz de 1820 a 1823” en *AHDE*, LXVI (1996), pp. 653-687.

resultado de un proceso revolucionario que consiste en una novación subjetiva del titular de ese poder. Porque traen causa de Monarquía, tanto en España como en Francia un sujeto nacional adirá el todo de la soberanía, convirtiendo a su anterior titular sólo en primer magistrado. Pero en la experiencia francesa la yuxtaposición de unos efectivos límites estructurales del absolutismo, ahora jurídico, no se registró con la misma intensidad que en la experiencia hispana. En la experiencia ultrapirenaica, la Revolución ha acabado no sólo dicursivamente, sino también efectivamente, con cuerpos y lógicas corporativas. En la experiencia hispana, sin embargo, la presencia de una pluralidad corporativa, lleva a nuevo sujeto a asumir lógica antividualista, historicista, no constituyente y jurisdiccional.

53. Para una historia constitucional que se construya desde la centralidad de ese nuevo sujeto, obviando lo efectivo, factual de una dimensión corporativa, la peculiaridad española aparecerá sólo como la manifestación de una artificiosa vestimenta jurisdiccional en la actuación de la representación nacional. La desaparición historiográfica de los presupuestos corporativos, la omisión en la reconstrucción por la historiografía de la persistencia de sus sujetos, afectará ineludiblemente a los predicados de la titularidad y definición de los derechos. Así pues, si el mirador de la historiografía constitucional se ciñe al de la centralidad del nuevo sujeto nacional, podrán identificarse sin matices la experiencia hispana y la gala. Incluso podremos deducir que, ya sean producto de formulación legal en un Código, o de concreción jurisdiccional en leyes sabias y justas, o en procedimientos de jueces y autoridades, los derechos son criaturas de titularidad y definición estatal, producto de actuación y mediación política.

54. Por el contrario, una historia constitucional o administrativa que, en clave antiestatalista, fije la atención sobre aquellos miramientos jurisdiccionales iluminando resistencias a la imposición de un absolutismo jurídico, puede verse tentada de sobredimensionar la lógica jurisdiccional que, normalmente, acompaña la inercia corporativa, para hacer de aquella lógica elemento de comparación de alguna experiencia constitucional continental con tradiciones constitucionales anglosajonas. Sin embargo, esta comparación tendría precisamente el mismo límite del presupuesto estructural de la configuración de la sociedad política. Aquí, si se permite seguir utilizando el símil gramatical, sería la apresurada identificación entre los predicados de actuación jurisdiccional, los que inducirían a descuidar la radical diversidad de los sujetos y de las situaciones jurídicas – los privilegios estametales no son *property rights*-

para cuya alteración aparece perentorio el recurso a procedimientos jurisdiccionales.

55. Puede apreciarse cómo el recurso a una clave de lectura jurisdiccional puede servirnos para calificar la experiencia constitucional nacional siempre que no sólo se plantee el problema de la presencia de mecanismos y prácticas institucionales que responden a la operatividad de dicha clave, sino que parta de los presupuestos estructurales que operan como causas de la inercia de dichas prácticas, y que tienen que ver con el de los modos de articularse las respectivas sociedades políticas en los distintos escenarios constitucionales que son objeto de estudio y comparación histórico constitucional. Partiendo de esta premisas, la perspectiva jurisdiccional debe ser indisociable de la toma en consideración de la conformación corporativa o individualista de la sociedad política en los orígenes del tiempo constitucional, como elementos, uno y otro de comparación hábil para integrar, conectando disciplinadamente, historias constitucionales de “poderes” y de “derechos”