

rias. Además de la aptitud, nada es más a propósito para inspirar aquélla que el que los individuos que han de representar a la nación en las cortes vean de tal modo unidos los intereses de cada español con los de la comunidad que le parezcan inseparables. La propiedad es lo que más arraiga al hombre a su patria, y ora consista en bienes raíces o en bienes de otra naturaleza, es innegable que los vínculos que le unen al estado son mucho más fuertes" (92).

Es decir, para los liberales doceañistas, como para el liberalismo decimonónico mayoritario, solamente los propietarios "pueden ser considerados -son palabras de ARANGUREN- ciudadanos à part entière, ciudadanos acreditados como tales, realmente interesados en esa gran empresa que, desde LOCKE, comienza a verse como constitutiva de la sociedad o "asociación nacional" (93). Con estas restricciones al derecho electoral por motivos económico-sociales, el código de 1812 inauguraba una tendencia que habría de ser constante en nuestra historia constitucional posterior, con la excepción de los códigos democrático-liberales de 1869, de 1931 y de 1978, si bien en el primero de ellos se negaba a las mujeres el derecho de voto -importante salvedad, sin duda (94).

Por lo que concierne al artículo 29, este precepto plantea mayores problemas que el 22, desde el punto de vista de su compatibilidad con el dogma de soberanía nacional y con la idea de Nación de que partían los diputados liberales de la metrópoli. No obstante, antes de detenernos en

este extremo interesa analizar los argumentos doctrinales que estos diputados trajeron a colación para justificar la introducción del artículo 29 en el Proyecto constitucional.

Para GARCIA HERREROS, el derecho a formar parte de la base de población de un determinado distrito, sobre la cual se determinaría el número de diputados a elegir según la proporción de uno por setenta mil "almas de población", era, al igual que el derecho a elegir y ser elegido, un derecho político y no civil. En consecuencia, también a la Nación en exclusiva, a través de la ley, competía regularlo, con la amplitud que estimase conveniente para el bien general:

"se dice que para entrar en ella (en la base de población) lo mismo da ser simple español que ciudadano. Yo entiendo que no; porque esto ya pertenece a la legislación política por la grande importancia que puede tener en la representación nacional. Esta debe ser tal qual la establezca la nación, teniendo siempre por objeto el bien de la sociedad. Si ésta exige que la representación nacional se establezca baxo de estas u otras bases, el fixarla deberá ser objeto de las leyes políticas: y como el de éstas no sea el bien de cada uno de los particulares que componen la sociedad, sino el general de la nación, se sigue de ahí que no todos los particulares deben entrar en el goce de los derechos políticos" (95).

PEREZ CASTRO, por su parte, agregaba:

"la comisión ha partido del principio de que todo lo que es relativo a la representación pertenece a los derechos políticos de la sociedad, que por tanto son el objeto de las leyes fundamentales o políticas. A ellas, pues, toca todo lo que se refiere a la base de la representación, al modo y personas que pueden elegir y a las personas que pueden ser elegidas" (96).

Esto es, los diputados liberales venían a decir que el derecho a formar parte del censo de población (desde el punto de vista de su finalidad electoral) al ser un derecho político y no civil, no había una base taxativa y fija para regular su composición, sino que, al igual que el censo electoral propiamente dicho (esto es, el número de individuos con capacidad de elegir y ser elegidos), tendría un carácter aleatorio, discrecionalmente reglamentado por la ley. El prurito relativista liberal, capaz de reducir a mero criterio técnico aspectos fundamentales del sistema político, se manifiesta aquí sin recato alguno con toda su crudeza. Ahora bien, los argumentos aducidos por estos dos diputados, a los que se podrían añadir los de ARGUELLES (97) y MUÑOZ TORRERO (98), que se expresaron en términos similares, podrían ser convincentes si el cómputo de la base de población se estableciese exclusivamente en virtud del número de ciudadanos. Pero el artículo 29 declaraba que se computarían también ciertos españoles privados del derecho de ciudadanía (los niños, las mujeres, etc); excluyéndose tan solo a las "castas" de este cómputo. Dicho con otros términos, si el derecho (con fines electorales o representativos) a formar parte del censo de población era considerado un derecho político, lo coherente sería privar de este derecho a todos los españoles no ciudadanos, o bien establecer una excepción general a beneficio de todos ellos. Había que explicar, pues, por qué este derecho

sólo se concedía a algunos españoles no ciudadanos, en perjuicio del resto. Esta explicación, exigida insistentemente por los diputados americanos, intentó darla PEREZ DE CASTRO en unos términos escasamente persuasivos:

"en el sentir de la Comisión -argumentaba este diputado- todas las familias de la península son ciudadanos, así como lo son todas las de los españoles americanos y las de los indios, pues aunque en unas y otras las mujeres, los menores de edad, los criados, etc no seanciudadanos, unos llegama serlo con el tiempo, y todos pertenecen a familias ciudadanas. No así los excluidos por ser originarios de Africa, excepto aquellos que adquieran la carta de ciudadano" (99).

Conviene decir, en fin, que para los diputados liberales el excluir a las "castas" de la base electoral no comportaba que éstas dejasen de estar representadas, ni que se las despojase de la condición de españoles. Ambas tesis fueron defendidas, sobre todo, por ANER:

"los originarios de Africa, aunque no concurren ni directa ni indirectamente a la representación nacional, son, sin embargo, representados en las cortes...El derecho de representar es distinto del derecho de ser representado. El primero es un derecho político anexo a los ciudadanos, y el segundo un derecho civil que deben disfrutar todos los españoles" (100).

¿Hasta qué punto eran forzados estos argumentos?

¿Era o no compatible con el principio de soberanía nacional el artículo 29? Por lo que atañe al primer interrogante hay que decir que aunque se acepte el carácter ideológico de la distinción entre derechos civiles y derechos po-

líticos (lo que vale decir que se admite su carácter relativo), es preciso reconocer que había que forzar mucho esta distinción para sostener que el derecho a formar parte del censo de población (aunque sólo fuese a efectos electorales) no era un derecho civil, sino político. Máxime, cuando, aún considerándosele un derecho político, se le concedía a ciertos españoles no ciudadanos, esto es, privados de este tipo de derechos.

Por lo que respecta a la compatibilidad del artículo 29 con el principio de soberanía nacional, conviene recordar dos de los requisitos que este principio exige -pese a su labilidad- en lo tocante a la organización del sistema representativo y electoral. El primer requisito, derivado del sustrato individualista consustancial a la idea de Nación, consiste en que la base electoral ha de ser siempre la población, "la masa indiferenciada de los individuos". El segundo requisito, que se desprende de la naturaleza unitaria e indivisible del ser nacional, consiste en que los distritos o circunscripciones electorales, sean éstos cuales fueren, han de concebirse como partes del cuerpo nacional, y no como colectividades territoriales ejercitantes de un derecho propio de Representación, como ocurría con los antiguos reinos, bailías, condados, burgos o ciudades, etc. (101). Pues bien, la primera condición la recogía el código de 1812 en sus artículos 28 y 31, y la segunda en los artículos 34 y siguientes, en los que se es-

tablecían como distritos electorales la Parroquia, el Partido y la Provincia. El problema radica, pues, en saber si según el dogma de la soberanía nacional la base de la población electoral, a tenor de la cual se asigna el número de diputados correspondientes a cada distrito, debe ser igual a la población total, esto es, a la población realmente existente bajo jurisdicción del Estado. O bien, si, por el contrario, cumplidos los dos requisitos arriba mencionados, el principio de soberanía nacional es compatible con cualquier criterio que se arbitre para determinar la base electoral, en cuyo caso los individuos excluidos de la misma pueden considerarse también representados. De la respuesta que se de a esta disyuntiva dependerá, obviamente, el carácter contradictorio o no del artículo 29 con el principio de soberanía nacional proclamado en el artículo tercero. La solución mas correcta, siguiendo a CARRE DE MALBERG (102), debe ser la de considerar que este dogma de la soberanía nacional exige, como premisa coherente con su lógica interna, que la base electoral sea la población total, es decir, todos los individuos de la Nación. De modo que aunque no todos participen en la elección, todos ellos puedan considerarse representados. En este sentido, excluir de la base electoral a un sector de la población comporta en buena lógica, incluso en la lógica de este principio ideológico, excluirlos de la Representación y equipararlos a los extraños al cuerpo nacional, a los extran-

jeros. Por eso señala CARRE DE MALBERG que la Constitución francesa de 1791, al establecer que la base de la población electoral se recontaría entre los ciudadanos activos y no entre la población total, se separaba en este punto de este principio (103). Con mayor razón puede decirse lo mismo de la Constitución de 1812 en su artículo 29, ya que en este caso se introducía, incluso, una discriminación entre los individuos privados de los derechos de ciudadanía:

No obstante, -y esta afirmación conviene subrayarla- aún admitiéndose esta contradicción con el principio de soberanía nacional, importa señalar que ésta procede de una interpretación restrictiva de este principio, y no de una más amplia. Esto es, que el artículo 29 y los argumentos aducidos por sus defensores corroboran (más aún, si cabe, que la defensa del artículo 22) que la idea de Nación para los diputados liberales de la metrópoli era muy distinta a la de Pueblo: que se trataba de un sujeto indivisible e ideal, un ente ficticio de imputación, distinto de la suma de sus individuos componentes, y al margen de su voluntad real, con todo lo cual la distancia de estos diputados con el dogma de la soberanía popular era notoria.

2. LA NACION COMO SUJETO COMPUESTO EXCLUSIVAMENTE DE INDIVIDUOS IGUALES.

Otra diferencia importante presente en la idea de Nación defendida por los diputados liberales, respecto a la sustentada por los realistas y por los americanos, residía en el sustrato puramente individualista que los primeros atribuían a la Nación, frente al concepto organicista y corporativo (estamental o territorial, o ambas cosas a la vez) que caracterizaba a estos últimos.

Ahora bien, mientras los diputados liberales rechazaron unánimemente la idea dualista de Nación (consecuencia de haber discrepado también unánimemente con la doctrina del pacto de traslación), cuando se trató de dilucidar su composición meramente individual u organicista, no hubo tal unanimidad de criterios. Esta circunstancia era perfectamente coherente con las diferentes posiciones que estos diputados habían mantenido acerca de las tesis del estado de naturaleza y del pacto social, aceptadas por unos y combatidas por otros. Por este motivo, ESPIGA Y GALLEGO expusieron un concepto de Nación exclusivamente individualista, mientras que MUÑOZ TORRERO y OLIVEROS se acogieron, en parte, a una consideración organicista del mismo, en la que era perceptible el eco de las doctrinas escolásticas.

ESPIGA subrayó con claridad el componente puramente individual de la Nación, al entenderla -siguiendo las huellas de SIEYES (104)- como a un individuo colectivo, y

al equiparar su libertad frente al resto de las naciones con la libertad del individuo frente a sus semejantes. En esta intervención, además, aflora de nuevo la idea de Nación como "cuerpo moral", en el sentido roussoniano del término:

"la nación -decía este diputado- es una persona moral respecto a las demás naciones, como un ciudadano es una persona física respecto a los demás de la nación, y sus derechos son los mismos en sus respectivas relaciones" (105).

Este sustrato individualista se había referido también GALLEGO en la intervención anteriormente citada, en la que definía la Nación como "una asociación de hombres libres", regida por leyes que fuesen "el resultado de la voluntad de los individuos que lo forman" (el cuerpo moral nacional). (106).

OLIVEROS y MUÑOZ TORRERO, en cambio, se apartaron de esta idea individualista de Nación al entender que ésta se componía de individuos iguales, pero agrupados en familias. Así, en efecto, en lo tocante al primer diputado mencionado, recuérdese que al comentar el artículo primero del Proyecto constitucional, y al combatir la tesis del estado de naturaleza, había dicho:

"... La nación es la reunión de españoles de ambos hemisferios, las familias particulares que están unidas entre sí, porque jamás hubo hombres en el estado de naturaleza, y si hubiera alguno, nunca llegaría al ejercicio de su razón, estas familias se unen en sociedad, y por esto se dice reunión" (107):

MUÑOZ TORRERO, por su parte, ratificó esta idea en el debate del artículo cuarto del Proyecto (futuro artículo decimotercero). Este precepto, que abundaba en la idea individualista de Nación y señalaba el supuesto te- los burgués del poder, precribía lo siguiente:

"el objeto del gobierno es la felicidad de la nación, puesto que el fin de toda sociedad no es otro que el bien estar de los individuos que la componen".

En defensa de este artículo expuso este diputado una personalísima paráfrasis del mismo, no muy ajustada, desde luego, a su tenor literal, pero reveladora del talante que caracterizaba al antiguo rector de la Universidad salmantina:

"el orden de las ideas de este artículo -argumentaba- es muy sencillo. Se habla de la nación, y luego de las familias que la componen y se reúnen para su bien estar. La idea más principal es la última del artículo, esto es, que el fin de toda sociedad es el bien estar de las familias que la componen, no el bien estar de los gobernantes" (108).

Interesa aclarar, no obstante estas intervenciones, que, en primer lugar, pese a separarse de la idea puramente individualista de Nación, en estos diputados no estaba presente ningún sustrato estamental o territorial, con lo que su distancia con las tesis realistas y americanas es notoria. Y es más, como se verá a continuación, las atacaron con el mismo ardor que le resto de los diputados liberales de la metrópoli, en los cuales estos atisbos organicistas no se perciben. En segundo lugar, con-

viene decir también que el sentir de estos últimos fue el que se plasmó en el código de 1812, como lo evidencian los precitados artículos uno y trece (109); y, en sentido negativo, como lo atestigua el hecho de que en ninguno de sus preceptos se aludiese a las familias o a otra corporación a la hora de delimitar o definir a la Nación.

En las páginas que siguen se intentará corroborar la primera puntualización que se viene de hacer, para lo cual conviene detenerse, por una parte, en la crítica antiestamental formulada por los diputados liberales-metropolitanos, y, de otra, en su crítica de los prejuicios provincialistas. El primer extremo se puso de manifiesto, sobre todo, en la discusión del artículo 27, y el segundo en la de los artículos 12 y 91, en la polémica sobre la naturaleza jurídica de Ayuntamientos y Diputaciones, y en el debate del Título X. En realidad, la idea exclusivamente individualista de Nación se había puesto de relieve ya antes, en el importante Decreto de 24 de Septiembre de 1810, en el que, entre otras cosas, se decía:

"los diputados que componen este Congreso, y que representan a la nación, se declaran legítimamente constituidos en Cortes generales y extraordinarias, y que reside en ellas la soberanía nacional" (110).

En el "Discurso preliminar" se ratificaban estas premisas de un modo más explícito, cuando, al justificar la nueva composición puramente individualista de las

futuras Cortes constitucionales, sus redactores alegaban lo siguiente:

"los brazos, las cámaras o cualquiera otra separación de los diputados en estamentos, provocaría la más espantosa desunión, fomentaría los intereses de cuerpo, excitaría celos y rivalidades... Tales, Señor, fueron las principales razones porque la Comisión ha llamada a los españoles a representar a la nación sin distinción de clases. Los nobles y los eclesiásticos de todas las jerarquías pueden ser elegidos en igualdad de derechos con todos los ciudadanos".

Y, refiriéndose ahora a la antigua Representación territorial del reino, continuaban diciendo:

"...Así como se han suprimido los brazos por incompatibilidad con un buen sistema de elecciones, o sea, representativo, por la misma razón se ha omitido dar diputados a las ciudades de voto en cortes; pues habiendo sido ésta la verdadera representación nacional quedan hoy incorporadas a la masa general de la población, única base que se ha tomado en adelante" (111).

Por otra parte, la misma elección y naturaleza de las Cortes de Cádiz avisaban ya del cambio de mentalidad operado respecto a la concepción y a la misma naturaleza de las instituciones representativas tradicionales. A este cambio se referiría, en 1851, el general EVARISTO SAN MIGUEL cuando se preguntaba: "¿qué eran aquellas Cortes? Una Asamblea de representantes que bajo nombre antiguo iban a ejercer facultades nuevas. ¿Eran las antiguas Cortes de la nación? No, aquéllas se componían de tres estamentos en Castilla, de cuatro en Aragón, y las actuales, de uno

sólo. ¿Se parecían los nuevos diputados a los otros? Mucho menos. Representaban las antiguas localidades, cada cual la suya, los de Cádiz, la nación entera. Obraban los primeros en virtud de poderes contraídos a ciertos puntos, en cuyos límites tenían que encerrarse; los de los segundos eran amplios, omnímodos, extensivos a toda clase de reformas" (112). Este giro copernicano en la exégesis del sistema representativo, al que alude este autor, no era más que una consecuencia de que el sujeto representado era muy distinto al de las antiguas Cortes: no se representaba ya, efectivamente, a los estamentos y a las ciudades del Reino ante el Rey, sino a la Nación y ante ella misma. Esto es, a un nuevo sujeto al que se presentaba como soberano, y en el que se comprendían (y se confundían unificándose) todas las antiguas corporaciones sociales y territoriales. No se trataba, en puridad, de la irrupción de una nueva idea de Nación ni de una simple metamorfosis de la "antigua representación nacional", como insinuaban el "Discurso Preliminar" y el célebre general liberal. Se trataba, bien al contrario, de la radical y novedosa aparición en la escena de la Historia de un nuevo sujeto de imputación del poder (y de un poder nuevo: la soberanía), reflejo real de una nueva sociedad individualista en ciernes, atomizada y contrapuesta, a cuya vertebración y estabilidad aquél sujeto pretendía servir, y sin la cual, o antes de la cual, este sujeto no tenía razón de ser. Pero

veamos. ahora, por separado, la crítica formulada por los diputados liberales al organicismo estamental y al territorial en los que habían incurrido los realistas y los americanos.

A). LA CRITICA AL ORGANICISMO ESTAMENTAL.

Fue en el debate del artículo 27 cuando afloró con más nitidez e intensidad este prius nuclear del ideario liberal, del que ahora nos ocupamos: el individualismo, enfrentado en esta ocasión con las tesis estamentalistas defendidas por los diputados realistas y por el peruano OSTOLAZA. Ciertamente, esta mentalidad individualista había cobrado un especial relieve en la polémica sobre la extinción de los señoríos jurisdiccionales. Y el engarce entre esta medida -quizá más importante, en tanto que más subversiva, que la Constitución misma- observa SANCHEZ AGESTA (113)- y el artículo 27, es evidente, como los mismos diputados liberales se cuidaron de señalar. En ambos casos, en efecto, se trataba de aniquilar los privilegios estamentales en los que descansaba el Antiguo Régimen. Y en ambos casos también el principio de soberanía nacional se sacó a relucir como la última, y más importante, ratio para legitimar esta labor de derribo. No podía ser de otro modo: si en virtud de este principio se había solicitado (y conseguido)

que se aboliesen los señoríos jurisdiccionales, por ser lesivos a la unidad de la Nación soberana y a la igualdad legal de sus miembros, forzoso era que, a tenor del mismo, se derogase la antigua Representación estamental, y se instruyese otra nueva, en la cual todos los miembros de la Nación, con independencia de su diferente condición social, estuviesen igualmente representados (aunque no todos tuviesen a fortiori que participar activamente en la Representación).

De ahí que ARGUELLES conectase el artículo 27, cuyo alcance trató de minimizar, con el Decreto que había suprimido los señoríos:

"en el sistema de la Comisión -decía- los brazos no están excluidos de la representación en Cortes. Por el contrario acudirán a ellas con sólo una diferencia accidental en su llamamiento y reunión. Ser elegido por la masa general de los ciudadanos o por una parte de ellos, es toda la diferencia entre la opinión de los señores preopinantes -es decir de los realistas- y la de la Comisión... Después del decreto sobre señoríos, las leyes ya no pueden menos de ser iguales para todos los españoles. ¿Por qué, pues todos los ciudadanos no han de tener la parte que les corresponde en su formación?" (114).

Nótese -y recuérdese lo dicho en las páginas anteriores- que en esta intervención ARGUELLES se refería a la igual participación de todos los ciudadanos en la formación de las leyes, lo que constituía según él la única diferencia, y aún así "accidental", con el sistema representativo tradicional, pero no decía -porque tampoco lo

pensaba- que todos los españoles debiesen participar activamente en la Representación, sino, simplemente, que las leyes fuesen iguales para todos ellos. Si las diferencias con la Representación estamental se ponían de manifiesto, con no menor claridad se volvían a marcar las diferencias con la Representación democrática.

TORENO ratificó esta teoría individualista de la Representación en la que se agazapaba una idea de Nación englobadora, o mejor, disolvente de los antiguos cuerpos privilegiados:

"una cámara de no privilegiados -argumentaba este diputado- sería un campo de lides perpetuas contra los privilegiados: y unas cortes, a manera de las actuales, en donde entran indistintamente todos los individuos de la nación, formarán una masa común, que será el único medio de asegurar nuestra felicidad verdadera" (115).

GIRALDO, por su parte, al tiempo que abundaba en estas tesis, señalaba también las diferencias que existían entre la Representación nacional y la popular. De este modo, en las palabras de este diputado se añan con claridad los dos rasgos de la idea doceañista-liberal de Nación y de Representación: el individualista, opuesto al organicismo preliberal, y el orgánico o unitario, opuesto al atomismo democrático que se desprende del dogma de la soberanía del pueblo:

"estemos dispuestos -decía GIRALDO- a vencer los estorbos que se presenten contra la felicidad de nuestra patria;

y estas cortes y las sucesivas sean sólo para representar al pueblo español, y no para tratar de las ventajas e intereses de clases particulares, pues los diputados sólo deben ser de la nación, y no de las partes que individualmente la componen" (116).

B). LA CRITICA AL ORGANICISMO TERRITORIAL.

La idea individualista de Nación defendida por los diputados liberales exigía no sólo suprimir los grupos sociales interpuestos entre el individuo y el Estado (como los estamentos, los gremios o, mal que les pesase a OLIVEROS y a MUÑOZ TORRERO, las familias) y abogar por la igualdad legal de todos sus individuos componentes, eliminando los privilegios o fueros que la impidiesen o cortasen. Esta idea individualista implicaba, también, erradicar las diferencias que por razones territoriales existían entre los españoles en la organización política del Antiguo Régimen. La Nación española ya no debería entenderse como un agregado de reinos o provincias con diferentes códigos legales y aún con propias aduanas y sistemas monetarios y fiscales (117), sino que, por el contrario, debería de ser un sujeto compuesto exclusivamente por individuos formalmente iguales, capaz de servir de soporte a una unidad de poder territorial, legal y económicamente unificada.

En este sentido, resulta muy ilustrativa una intervención de MUÑOZ TORRERO en la que replicaba a los recelos "particularistas" mostrados por ANER y BORRULL ante la futura estructura administrativa anunciada en el artículo 12 -llevada a cabo, como es bien conocido, en 1833, por la malhadada reforma de JAVIER DE BURGOS-:

"estamos hablando -decía el presidente de la Comisión constitucional- como si la nación española no fuese una, sino que tuviera reynos y estados diferentes. Es menester que nos hagamos cargo que todas estas divisiones de provincias deben desaparecer, y que en la constitución actual deben refundirse todas las leyes fundamentales de las demás provincias de la monarquía. La Comisión se ha propuesto igualarlas a todas; pero para esto, lejos de rebaxar los fueros, por exemplo, de los navarros y aragoneses, ha elevado a ellos a los andaluces, castellanos, etc., igualándoles de esta manera a todos juntos para formar una sola familia con las mismas leyes y gobierno. Si aquí viniera un extranjero que no nos conociera diría que aquí había seis o siete naciones... Yo quiero que nos acordemos que formamos una sola nación, y no un agregado de varias naciones" (118).

Dentro de estas mismas coordenadas, resulta de interés un discurso de ESPIGA en el debate del artículo 91, en el que denunció también las tesis "provincialistas", pero en este caso polemizando con LEYVA y con los demás diputados americanos:

"se ha dicho -comentaba ESPIGA- que el amor a la patria deberá ser el principal objeto a que debería atenderse en

las elecciones, y que siendo ésto por lo regular mayor en los naturales de la provincia que en los avecindados en ella deberían ser éstos excluidos. Señor, si el amor a la patria es aquél que tiene por objeto el bien genral de la nación, convengo gustoso en este principio; pero si se entiende por esto el amor a la provincia, esto es, aquél amor exclusivo que ha producido en esta guerra tan funestas conseqüencias, lejos de convenir, desearía que se borrara esta palabra del diccionario de la lengua" (119).

Si se tiene en cuenta esta idea unitaria y exclusivamente individualista de Nación, no resulta difícil comprender la actitud adoptada por estos diputados, en el debate del Título X, ante la exigencia de los americanos de convocar unas Cortes encargadas de ratificar el Proyecto constitucional. Esta demanda, formulada al amparo de una teoría territorial de la Representación, que les condujo a defender el carácter imperativo del mandato parlamentario, tenía que resultar inadmisibile para los liberales, habida cuenta que aceptarla supondría, por lo que respecta al plano doctrinal, transgredir las más elementales premisas de la Representación derivadas del dogma de la soberanía nacional. En realidad, la teoría territorial de la Representación había sido combatida ya por ESPIGA y ARGUELLES, antes de este debate. Así, el primero, en la discusión del artículo 91, y en réplica a los diputados de Ultramar, dijo:

"se ha pretendido en vano persuadir que los diputados de cortes no son repre--

sentantes de la nación, sino representantes de las provincias. Yo estoy convencido de que este es un error político (120).

Y ARGUELLES, más explícito, en la controversia sobre la naturaleza jurídico-política de las diputaciones, afirmó:

"es igualmente necesario insistir en desvanecer qualquiera idea de Representación que se pueda suponer en las diputaciones de provincia. Tal vez las opiniones de algunos señores -se refería a los americanos- nacen de este principio equivocado... La Representación nacional -sentenciaba- no puede ser mas que una; y ésta refundida solamente en las Cortes. Es la que únicamente puede expresar la voluntad de los pueblos" (121).

En el debate del Título X no hubo, sin embargo, una explícita referencia al principio de soberanía nacional para invalidar la petición de los diputados americanos, ni para oponerse a sus argumentos doctrinales. Tan solo ANER rebatió expresamente la identificación del mandato parlamentario con el mandato imperativo, sostenida por estos diputados, cuando dijo:

"la sanción de la constitución y su observancia toca indudablemente a las cortes actuales, que tienen misión expresa para ello, y cuyos amplios e ilimitados poderes las autorizan para hacer quanto entiendan conveniente al bien y a la felicidad de la nación. Digo que los diputados de las cortes actuales tenemos misión expresa para restablecer la constitución, y sancionar su observancia, para que no se crea, como dixo el Sr. Mendiola, que nosotros no eramos mas que gestores. Estos no

están autorizados ni por el consentimiento tácito ni expreso del sujeto cuyos bienes o negocios administran; pero los diputados de las Cortes obran porque tienen poderes amplios para ello, y están autorizados por un procedimiento expreso de la nación, de que resulta la ninguna semejanza de los diputados con los negotiorum gestores" (122).

Y OLIVEROS, en fin, quién también recurrió al carácter constituyente que las Cortes ostentaban, entendía que la desproporción en el contingente de representantes americanos, no podía ser motivo suficiente para poner en duda la legitimidad de las Cortes para sancionar el Proyecto constitucional de modo firme y definitivo. Para apoyar este aserto expuso un meridiano concepto racional-normativo de Representación, al sostener que ésta habría de considerarse legítima, siempre y cuando se circunscribiese a lo legalmente establecido:

"lo esencial -decía- es que la nación esté representada en el modo que lo establezca la ley...Lo esencial únicamente en una monarquía moderada se reduce a que haya representación, y a que sea conforme a la ley que la convoque... En la carrera de los siglos (la representación) variará de mil modos; pero siempre que la representación sea conforme a la ley existente, de cualquier modo que sea, será la que debe ser, y por consiguiente legítima. Los poderes dados, según ley, a los diputados, señalarán los límites de sus facultades, y será valedero quanto dispongan, arreglándose a ellos" (123).

Puede decirse, pues, a modo de resumen, que los diputados liberales concebían a la Nación como un "cuerpo

moral", puramente ideal o ficticio, unitario e indivisible, constituido exclusivamente por individuos iguales. Para estos diputados, al ser la voluntad nacional una voluntad única y unitaria, debía excluirse como soberana o como co-soberana a la voluntad del Monarca. Pero, por otra parte, y apuntando al otro lado del problema, aunque la Nación estuviese formada por la reunión de las voluntades individuales, era distinta de esta reunión. Su punto de partida individual no era su punto de llegada orgánico y unitario. El que la Nación fuese la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios, no significaba que su voluntad fuese la voluntad de todos y cada uno de los españoles, sino una voluntad única y general a la vez: singular por su definición, por su punto de llegada, y colectiva por su composición, por su punto de partida. Y, en fin, para los diputados liberales, al ser los individuos el único elemento constitutivo de la Nación, ésta debía concebirse exenta de cualquier vestigio corporativo u organicista, ya fuese estamental o territorial.

Al proceder de este modo, los doceañistas liberales, al igual que los liberales franceses de la gran Revolución, sentaban las bases para construir dos cosas no identificables pero sí complementarias: en primer lugar, para edificar un Estado soberano -valga la tautología-, esto es, un poder unitario, común y público, ejercido en nombre de un todo social formalmente unificado. En segundo

lugar, -y sobre ello nos extenderemos en los capítulos siguientes- para articular internamente este poder de un modo tal que, sin menoscabo de su „soberanía, garantizase la libertad individual, el libre y autónomo desarrollo de la sociedad civil, esto es: para construir un Estado de Derecho o constitucional, tomando esta expresión en un sentido material y amplio. Tarea que, desde aquel primer intento, seguiría siendo en España un "eterno retorno", un intento nunca del todo conseguido.

CAPITULO SEXTO. LA DISTINCION ENTRE TITULARIDAD
Y EJERCICIO DE LA SOBERANIA.

I. INTRODUCCIÓN.

En los cuatro capítulos anteriores hemos intentado perfilar las diferentes teorías objetivas y subjetivas de la soberanía de las que partían los diputados doceañistas. Hemos visto, en primer lugar, los atributos con que estos diputados revestían a este concepto: su carácter dualista o unitario, alienable o perpetuo, derivado u originario, limitado o ilimitado. En segundo lugar, hemos visto también la naturaleza y los elementos constitutivos de los sujetos a quienes los diputados del doce imputaban la soberanía: el Rey y el Reino, en un caso; el conglomerado de provincias e individuos, en otro; y, en fin, la Nación como sujeto unitario e indivisible, compuesto exclusivamente de individuos iguales, pero distinto de la suma de éstos. Pues bien, con este capítulo pretendemos engarzar los cuatro capítulos anteriores con los dos que siguen. Tiene, pues, un carácter copulativo. Y lo tiene porque el problema del que se ocupa, la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, puede considerarse el principal corolario de la teoría global de la soberanía (objetiva y subjetiva, jurídica y política), y, a la vez, el pórtico o la antesala de la teoría de la constitución. O, dicho desde otro plano, la premisa que ahora se va a analizar supone el punto de encuentro en donde se anudan, o en donde se separan, la idea de

Estado y la de Estado constitucional. En virtud de este carácter intersticial, a partir de esta premisa, y a partir de este capítulo, se podrían enlazar las diversas doctrinas de la soberanía expuestas por los diputados gaditanos, ya examinadas, con sus respectivos puntos de vista sobre todos los aspectos que conciernen a la teoría constitucional. Pero no es éste -repetámoslo- nuestro cometido. Nuestro cometido se ciñe a conectar las teorías de la soberanía con las doctrinas de la reforma constitucional, a explicar éstas a tenor de aquéllas; en suma, a conocer los diversos conceptos de Constitución, punto de llegada de esta tesis, a partir de los diversos conceptos de Estado, punto de partida de la misma. Y en esta tarea, con este capítulo no se pretende más que desbrozar el camino que los siguientes capítulos deben seguir, acotarlo, para que quede encarrilada y expedita la enunciada tarea.

II. LA DISTINCION ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA SOBERANIA. PRECISIONES CONCEPTUALES.

La distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía está estrechamente ligada a la naturaleza del sujeto a quién esta cualidad se atribuye. A esta premisa, en efecto, es insoslayable recurrir si se parte de un sujeto de imputación ideal. En cambio, no es preciso

tal recurso cuando este sujeto está dotado de existencia empírica, bien sea el Monarca o el Pueblo. Por este motivo, el pensamiento político tradicional y el democrático-radical coinciden en negar el presupuesto que ahora se examina, a diferencia de lo que ocurre con la teoría liberal, para la cual este presupuesto tiene una importancia de primera magnitud y una gran trascendencia práctica a la hora de estructurar internamente el Estado. Pero veamos a continuación, más en detalle, como se plantea este problema en las tres corrientes de pensamiento mencionadas.

1. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN LAS CONCEPCIONES PACTISTAS TRADICIONALES.

En las concepciones pactistas tradiciones ya se atribuyese el supremo poder al Monarca o a éste y al "Pueblo", reunido en Concilio o Asamblea, se hacía coincidir la titularidad con el ejercicio del poder. El Monarca y el "Pueblo" no sólo eran los sujetos a quienes se atribuía el poder, sino también los sujetos sobre los que descansaba el ejercicio real del mismo. Para estas concepciones, siempre dualistas en mayor o en menor medida, era el poder mismo lo que se repartía o dividía y no su ejercicio. O mejor dicho, al repartirse áquel se repartía éste, ya que titularidad y ejercicio eran una misma cosa. El carácter empírico de ambos sujetos permi-

tía esta identificación. Tanto el Rey como el "Pueblo", esto es, los estamentos reunidos en Asamblea, no eran entes impersonales o incorpóreos, sino dos instituciones concretas y actuantes. Del mismo modo, como se ha visto anteriormente, la Representación que se articula al amparo de estas premisas, no es una Representación dentro de una organización política unitaria, no se representa a un ser único e ideal, sino a un sujeto frente a otro, al Reino ante el Rey.

Como observa PASSERIN D'ENTREVES, la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía se halla in nuce formulada por BODINO, al distinguir entre "forma del Estado", determinada por la sede donde radica la soberanía, y "forma de gobierno", condicionada por el modo en que se ejerce el poder (1). Estas disquisiciones serían ajenas por completo a HOBBS. "A diferencia de Bodino -escribe PASSERIN- Hobbes no distingue entre la sede del poder y su ejercicio, cerrando así el camino abierto por aquél no sólo para una fructífera distinción entre forma de Estado y forma de gobierno -y, por tanto, la posibilidad de combinar la unidad de soberanía con la pluralidad de modos con que esta soberanía puede ejercerse sobre los súbditos- sino también para la teoría de la "división de poderes" en el sentido constitucional moderno" (2). No deja de ser curiosa esta distinta actitud. Diríase que ahora HOBBS está más alejado de las

tesis liberales que BODINO. Hasta esta cuestión, en cambio, ocurría todo lo contrario. Se trata, sin duda, de uno de los aspectos más sorprendentes y paradójicos que ofrece el pensamiento político. En efecto, por una parte, HOBBS, a diferencia de BODINO y de toda la teoría política preestatal, concibe al poder, a la soberanía, como cualidad puramente ideal, con independencia de que se encarne en un sujeto corpóreo, realmente existente, como una Asamblea o el Monarca, a quién él atribuía esta facultad. Este autor -lo hemos visto ya- aunque parta de esta atribución subjetiva, distingue entre Estado-soberano y Monarca-soberano, entre la soberanía como cualidad abstracta y el órgano soberano que la encarna. BODINO, no. BODINO -también lo hemos visto- incurre en una constante confusión entre Estado soberano y órgano soberano, entre la soberanía como cualidad objetiva y el sujeto que encarna o personifica esta cualidad. Pues bien, desde este punto de vista, HOBBS se identifica plenamente con las tesis liberales posteriores, inspiradas en el dogma de la soberanía de la colectividad. En ambos casos, es posible articular la idea de Estado como persona ficta, como sujeto ideal, como organización política representativa; muy al contrario de lo que acontece con los postulados bodinianos.

Ahora bien, por otra parte, HOBBS, aunque atribuya, al igual que BODINO, la soberanía al Monarca,

no distinguía, a diferencia de éste, la titularidad del ejercicio de la soberanía. Por ello, desde esta disquisición bodiniana (muy embrionaria todavía, cierto es) sí se podría llegar a articular el sistema representativo, la doctrina de la división de poderes, la idea limitadora de Constitución, sin que se pusiese en entredicho la unidad, la perpetuidad y la ilimitabilidad de la soberanía (de su titularidad). En cambio, las tesis hobbesianas, al desconocer la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, serían incapaces para tal cometido. El sistema representativo, para HOBBS, supondría enajenar la soberanía (la unidad de la Representación reside en la unidad del representante, decía) (3), la división de poderes implicaría la división de la soberanía misma, la existencia de unos derechos subjetivos y de una Constitución limitadora del ejercicio del poder, significarían limitar el mismo poder soberano. Por ello, HOBBS, pese a formular "la primera teoría moderna del Estado moderno", en palabras de NORBERTO BOBBIO (4), no puede ser considerado como un teórico de la Constitución. O si se quiere decirlo con una fórmula que es algo más que un juego de palabras, HOBBS, pese a ser un teórico liberal del Estado, no es un teórico del Estado liberal. BODINO, sin ser ninguna de ambas cosas, sería más lo segundo que lo primero.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL PENSAMIENTO DEMOCRÁTICO-RADICAL.

El pensamiento democrático-radical, inspirado en el dogma de la soberanía popular, no tan sólo ignorará sino que rechazará explícitamente la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, ya que lo contrario implicaría aceptar unas instancias de poder que mediatizan e, incluso, anulan la existencia del Pueblo como ente real, aniquilan su misma existencia histórica, como lúcidamente había entrevisto ROUSSEAU: "como quiera que sea -decía este autor- desde el momento en que un pueblo nombra representantes, ya no es libre, ya no existe" (5). Este rechazo, por lo demás, es perfectamente coherente con la naturaleza del sujeto a quién se imputa la soberanía. Al concebir al Pueblo como agregado de individuos realmente existentes, se podrá, efectivamente, postular como posible -y no tan sólo como deseable- la identidad entre el titular y el ejercitante de la soberanía. Precisamente, la crítica de ROUSSEAU -y más tarde la de MARX- a la teoría política liberal y al Estado constitucional, al Estado burgués de Derecho, se centró en esta disquisición teórica, que conduce inexorablemente a reducir al Pueblo real a un órgano del Estado, o, como escribe Kelsen, "a un sistema de actos individuales determinados por el ordenamiento jurídico del Estado" (6). De este modo, como observa CERRONI,

ROUSSEAU se erige en el exponente intelectual más significativo de uno de los polos (el otro sería KANT) del "verdadero, auténtico dualismo moderno...el que se da entre la soberanía popular y la soberanía del Estado"(7). Al negar la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, ROUSSEAU, al igual que HOBBS, negará también -conviene repetirlo- la posibilidad misma del sistema representativo y la doctrina de la división de poderes:

"Por la misma razón que la soberanía es inalienable -escribía- es indivisible. ..Pero nuestros políticos, no pudiendo dividir la soberanía en su principio, la dividen en su objeto: la dividen en fuerza y voluntad; en poder legislativo y poder ejecutivo, en derechos de imposición, de justicia y de guerra, en administración interior y en poder de negociación con el extranjero: tan pronto confunden estas partes como las separa. Hacen del soberano un ser fantástico formado por piezas ajenas, es como si compusiesen un hombre con varios cuerpos, de los cuales, uno tendría ojos, otro brazos, otro pies, y nadamás" (8).

Opiniones bien distintas, ciertamente, a las de LOCKE y a las sustentadas por MONTESQUIEU en el célebre capítulo del "Espíritu de las Leyes" dedicado a comentar -y a elogiar- la Constitución de Inglaterra. Por otra parte, ROUSSEAU, al negar, o, quizá mejor, al identificar la titularidad con el ejercicio de la soberanía, desechará la existencia de unos derechos individuales, ya que en este caso tales derechos supondrían un límite

a la soberanía misma. Y, en fin, por el mismo motivo, tampoco admitirá, "como se tendrá oportunidad de ver más adelante, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, ni la técnica jurídica de la rigidez constitucional (9).

En consecuencia, ROUSSEAU, no sólo negaría, con BODINO, la posibilidad de articular el Estado como organización política siempre representativa, al identificar la soberanía como cualidad objetiva con el Pueblo como sujeto soberano (esto es, al hacer coincidir la doctrina jurídica de la soberanía con su doctrina política), sino que, con HOBBS, negará también la posibilidad de articular el Estado constitucional, las técnicas representativas y garantistas a él consustanciales. Por ello se entiende que los teóricos liberales del Estado liberal viesan en el "despotismo democrático" preconizado por ROUSSEAU, una prolongación del no menos execrable "despotismo absolutista", defendido por HOBBS. Para estos teóricos, lo que no dejaba de ser cierto, como nota F.H.HINSLEY (10), ROUSSEAU no habría hecho más que modificar el sujeto de imputación de la soberanía, pero manteniendo intactas las características que HOBBS le había atribuido, y que impedían la erección de un Estado constitucional, capaz de asegurar los derechos individuales. Quizá el mejor ejemplo de esta equiparación y de esta crítica lo constituya el capítulo primero de los "Principios de Política",

de BENJAMIN CONSTANT (11).

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN LA TEORIA LIBERAL.

Para la teoría política liberal la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía se presenta como una premisa fundamental. Es más, esta distinción es la consecuencia jurídica más importante y trascendente que entraña el imputar la soberanía a un sujeto ideal, ficticio, carente de existencia empírica, bien se le denomine "Nación" o "Pueblo". En ambos supuestos, insiste P.L.ZAMPETTI- resulta absolutamente necesario (y no tan sólo posible) distinguir entre el titular de la soberanía, la colectividad nacional o popular, y los ejercitantes de la misma, esto es, los órganos que actúan en su nombre (12). Y de hecho esta premisa sería defendida por los principales teóricos del Estado liberal, como I.KANT (13), SIEYES (14) o B.CONSTANT (15). No podía ser de otro modo, puesto que este postulado se presenta como un eslabón imprescindible para convertir al Estado soberano, (pensado por BODINO, y, sobre todo por HOBBS) en Estado constitucional. A partir de esta premisa, la teoría del Estado y de la soberanía deviene teoría de la Constitución, y, en rigor, aquélla se agota en ésta. Intentemos comprobar tales afirmaciones.

En los capítulos anteriores habíamos visto que, desde BODINO a KANT, el Estado, con independencia del sujeto que lo

encarnase o personificase, y al margen de que aquél se distinguiese o no de éste, se concebía como un ente unitario e indivisible, perpetuo e inalienable, originario o ilimitado. Habíamos visto también que al atribuir la soberanía, consustancial al Estado, a la colectividad de individuos que se suponía su sujeto fundador y legitimador, se intentaba dar respuesta a un problema insoslayable, que BODINO y HOBBS no podían responder satisfactoriamente, al haber imputado aquella cualidad a una voluntad particular. Este problema consistía en conciliar la soberanía con la libertad individual, la existencia de un Estado soberano con su limitación, con una estructura interna del mismo que garantizase la libertad de los individuos. La respuesta no podía venir desde fuera de ese Estado soberano, unitario, perpetuo e ilimitado. Esto sería tanto como decir que vendría contra él, sería destruirlo y regresar a la idea de unos límites metapositivos, históricos y teleológicos, externos, en los que se basaba la teoría preestatal. Pero tenía que haber una respuesta, pues si no el Estado soberano sería en realidad un monstruo destructor de la libertad de los individuos que con sus voluntades lo habían formado. La respuesta vendría desde dentro: imputando la soberanía a una colectividad ideal (y no realmente existente, como ROUSSEAU pensaba), que permitiese y aún que obligase a estructurar internamente el Estado en beneficio de la libertad indivi-

dual, sin que por ello se mermase su soberanía. La distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, que se derivaba a fortiori de esta doctrina subjetiva, era la pieza teórica a partir de la cual tal deseo, en principio contradictorio, iba a ser posible. A partir de ella se solucionaba lo que con acierto califica PASSERIN D'ENTREVES como "el problema constitucional del Estado moderno: controlar el poder sin destruir la soberanía" (16).

Efectivamente, mediante esta premisa podían justificarse los dos mecanismos más importantes del Estado de Derecho, el sistema representativo y la división de poderes, sin que se negase la necesaria indivisibilidad e inalienabilidad de la soberanía del Estado. Del mismo modo, distinguiendo entre titularidad y ejercicio de la soberanía, podrían limitarse la actividad de los poderes del Estado, y asegurar los derechos individuales, sin que ellos supusiese negar el carácter jurídicamente ilimitado de éste.

Por lo que respecta al primer punto, la teoría liberal para establecer el entramado de la Representación propugnará que se delegue el ejercicio de la soberanía, pero no dejará de afirmar el carácter inalienable de su titularidad. Por lo que respecta al segundo, aconsejará dividir el ejercicio de la soberanía, pero no dejará de sostener el necesario carácter unitario de su titularidad.

En este sentido, la doctrina de la división de poderes se produce al mismo tiempo que se afianza y depura el concepto de soberanía, y, por tanto, el carácter unitario e indivisible de la misma. Estas notas, acuñadas por BODINO y mantenidas por HOBBS, restarían incólumes en el dogma de la soberanía de la colectividad y en la doctrina de la división de poderes. No se trata, pues, de un retour a la idea del "Estado mixto", tan combatida por estos dos autores (17), y que, procediendo del pensamiento greco-latino (PLATON, ARISTOTELES, POLIBIO y CICERON), y aceptándose por el medieval (SANTO TOMAS), llegó a gozar de gran predicamento entre ciertos tratadistas modernos (FORTESCUE, HOOKER, SMITH, entre otros) (18). "El problema que se plantearon Locke y Montesquieu -señala PASSERIN D'ENTREVES- no fue un problema de soberanía, sino de constitución. La cuestión no era para ellos -o no lo era solamente- determinar donde reside la soberanía o a quien pertenece en último término, sino como puede ejercitarse la soberanía del mejor modo posible, por diferentes agentes de la misma. Como Adison parece insinuar en sus célebres páginas sobre Montesquieu, sería más apropiado hablar de "división de los poderes" que de división del poder" (19). Insistiendo en estos argumentos, F.H.HINSLEY escribe: "en las más avanzadas comunidades el problema se cifraba en acomodar la cada día más inevitable idea de soberanía a esta creciente exigen-

cia de que las relaciones dentro del cuerpo político se basaran en un sistema de derecho, de que su autoridad política se situara dentro de un marco constitucional, de que el Estado se convirtiera en un Rechtsstaat. Aquí, por lo tanto, como demostraron las opiniones de SIDNEY y LOCKE después de la Restauración inglesa, la reacción contra Hobbes no trató de rechazar el concepto de soberanía. Más bien insistió en retener la soberanía en el pueblo, que Hobbes había trasladado totalmente al Estado, y en hacerlo sirviéndose de argumentos que no significaban progreso alguno sobre Althusius y Milton, concediendo al mismo tiempo que, debido a la necesidad de gobierno, la autoridad política debía dividirse en diferentes esferas de derecho independientes...No deja de ser significativo -concluye HINSLEY- el que en su lucha contra el absolutismo Locke no hiciera ninguna referencia a la obra de Hobbes y se limitara solamente a la fácil pero también inútil tarea de refutar a Filmer" (20).

En definitiva, la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía se erige en un requisito sine qua non para articular el Estado constitucional, para vertebrar el contenido de su Constitución: sistema representativo y división de poderes; mecanismos que, a su vez, garantizaban los derechos individuales frente a los órganos ejercitantes de del poder (frente a las extralimitaciones del Estado-aparato), que no frente al poder mismo (frente al Es-

tado-soberano): "al afirmar que la soberanía corresponde al ente ideal llamado Pueblo o Nación -observa I. DE OTTO-, el titular de la soberanía queda separado de los órganos que crean el derecho y se abre así la posibilidad de limitar el poder de éstos sin afectar con ello a la soberanía. No hay derechos ni libertades frente al soberano, pero éste puede crear derechos y libertades frente a todos los que ejercen por delegación su poder. No hay derecho de resistencia frente al soberano, pero sí "resistencia", jurídicamente organizada, frente a los actos de normación de los órganos del Estado... El problema de la limitación del poder deja así de ser un problema de límites externos al ordenamiento, para pasar a ser un problema de estructuración interna que limite el poder de sus órganos. El tema de la limitación del poder deja de discutirse como problema de soberanía y pasa a ser un problema constitucional" (21).

Ahora bien, si merced al postulado que se examina se construye el contenido de la Constitución, los mecanismos materiales del Estado constitucional, puede decirse que partiendo de él podrá articularse la idea de Constitución en sentido formal, como superley que limita la actividad del Estado, sin que, a su vez, se presente como límite a su soberanía. En el desarrollo de la idea de Constitución en sentido formal nos centraremos en los dos capítulos siguientes, en los

que veremos cuales son los mecanismos jurídicos que permiten construir esta idea. Conviene limitarse ahora a establecer el nexo que liga a esta idea con la disquisición que se analiza. Desde este punto de vista, puede decirse que, efectivamente, la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía permite y aún se puede decir que exige lógicamente edificar la técnica de la rigidez, en la que se asienta el concepto de Constitución en sentido formal. Lo permite, en tanto que, tan sólo si se acepta previamente esta premisa, se podrá sostener la limitación formal de los poderes ejercitantes de la soberanía, al mismo tiempo que la ilimitabilidad jurídica de su titular. Lo exige, puesto que, al acogerse a este postulado, resulta necesario evitar que ningún poder ejercitante de la soberanía, que ningún órgano del Estado, sobrepase sus atribuciones hasta el punto de arrogarse su titularidad y devenir soberano. Y tal posibilidad tomaría carta de naturaleza si un poder ejercitante de la soberanía, si un órgano del Estado (ya sea el legislativo o el ejecutivo, el judicial o el cuerpo electoral) pudiese modificar por sí mismo la norma constitucional que establece sus respectivas competencias. Para impedir que esto suceda se hace necesario, en primer lugar, distinguir la soberanía del poder constituyente, y al sujeto soberano del órgano que ejerce este poder; y, en segundo lugar, instituir a este último, transformándolo en un órgano especial de revisión, distinto

de los demás órganos constituidos, y a quien se otorga en exclusiva la capacidad de modificar el texto constitucional, elaborado por el órgano constituyente. Puede decirse, por ello, que tan sólo distinguiendo entre titularidad y ejercicio de la soberanía podrá (sin que sea necesario) y aún deberá lógicamente sostenerse la distinción entre un órgano constituyente y un órgano especial de revisión, y entre éste último y unos órganos ordinarios, que es en lo que consiste la técnica "agravada" o "cualificada" de la rigidez (aunque no la única) (21 bis), con lo cual se formalizaba el concepto de Constitución. De este modo, los órganos del Estado, no sólo habrían de estar limitados por el contenido de la Constitución (al tener que estar divididos y tener que respetar los derechos individuales), sino también por su forma, al prohibírseles que modifiquen tales mecanismos constitucionales. Dicho con otras palabras, la limitación del aparato de poder, del Estado aparato, no sería tan sólo material o estructural, sino también formal: el contenido de la Constitución se formalizaba, se cualificaba jurídicamente. El Estado constitucional no sólo estaría, así, internamente limitado de un modo material, sino también de un modo formal, sin que en ningún caso esta limitación formal se presentase tampoco como un límite a la soberanía, a la capacidad de creación jurídica del Estado como poder soberano.

Por otra parte, como señalan JELLINEK (22) y CARRERE DE MALBERG (23), la distinción entre un órgano constituyente y unos órganos constituidos, suponía un complemento necesario a la doctrina de la división de poderes en la medida en que subsanaba el peligroso vacío teórico dejado por LOCKE y, sobre todo, por MONTESQUIEU, quienes tan sólo se habían preocupado por este postulado constitucional, habiéndose olvidado (que no negado) de la unidad del poder soberano.

4. LA DISTINCION ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA SOBERANIA Y EL DUALISMO SOCIEDAD POLITICA-SOCIEDAD CIVIL.

Hasta ahora se había visto como en el pensamiento político preestatal y en el democrático-radical no se planteaba o se rechazaba, respectivamente, el dualismo sociedad política-sociedad civil. En ambos casos, sus tesis pactistas, aunque muy diferentes entre sí, coincidían en deestimar tal dualismo, a la inversa de lo que acontecía con la teoría liberal. Se había visto también que sólo partiendo de este dualismo podría idealizarse o formalizarse el sujeto de imputación del poder y, en consecuencia, vertebrarse el Estado como organización a fortiori representativa, en tanto que el poder político que él encarnaba o personificaba, se separaba o desvinculaba del poder económico-social. De ahí la preestatalidad del pensamiento político tradicional, y (valga la expresión), la

postestatalidad del pensamiento político democrático-radical, en suma: la a-estatalidad de ambos, la curiosa confluencia que entre ambos se percibe (y en la que en esta tesis tanto se insiste) a la hora de separarse del pensamiento liberal, de la teoría del Estado. Pues bien, de manera más diáfana, si cabe, puede establecerse un ligamen entre el mencionado dualismo y el postulado que distingue la titularidad del ejercicio del poder, en la medida en que tan sólo si se parte de aquél podrá afirmarse éste. Esto explica también que el pensamiento tradicional coincida con el democrático-radical en desechar la distinción entre titularidad y ejercicio del poder.

En el pensamiento preestatal, al comportar la desigualdad económico-social de los individuos una desigualdad jurídico-política, esto es, al no haber contradicción alguna entre el titular del poder determinado por el Derecho, y el que realmente lo ejercía, podía mantenerse una identidad entre la titularidad jurídica del poder y el ejercicio jurídico del mismo: el sujeto o los sujetos a quienes se imputaba el poder político lo ejercían en su nombre, y no en nombre de otros. La libertad, no era la libertad del individuo frente al poder, la libertad de la sociedad o comunidad civil frente a la comunidad política, sino la libertad de una comunidad frente a otras, o de un grupo frente a otros. Una

libertad, en todo caso, que complicaba un poder factico, real sobre los no-libres, en tanto que éstos estaban subordinados a aquéllos no sólo jurídicamente, sino económica y socialmente. Desde estos presupuestos, todas las premisas teóricas en las que se basa el Estado constitucional (y, en primer lugar, la distinción entre titularidad y ejercicio del poder, en las que se asientan todas las demás) eran inconcebibles.

Lo mismo puede decirse, aunque por razones distintas, incluso opuestas, del pensamiento democrático-radical. En este caso, al pretenderse unificar la sociedad política con la sociedad civil, el ciudadano y el hombre, el titular del poder determinado por el Derecho y el que realmente lo ejerce, se rechazaba la distinción y separación entre la titularidad jurídica del poder y el ejercicio jurídico del mismo, entre el poder (el Estado) y el Pueblo. No habiendo sociedad privada que salvaguardar, ni libertad negativa o individual que proteger, las técnicas garantistas del Estado constitucional, carecían de sentido alguno, y en especial, la que distinguía entre titularidad y ejercicio del poder. Por todo ello, se verá en los dos capítulos siguientes como el pensamiento preestatal y el democrático radical desconocerían y combatirían, respectivamente, la técnica de la rigidez constitucional y el concepto de Constitución en sentido formal.

La teoría liberal, en cambio, (con la excepción de HOBBS);

al distinguir y separar la titularidad jurídica del poder de sus ejercitantes reales, esto es, al separar la sociedad política de los iguales, de los ciudadanos, de la sociedad civil de los desiguales, de los hombres, podría y aún necesitaría distinguir y separar al titular del poder determinado por el Derecho (el Pueblo-ideal, esto es, el Estado) de los órganos ejercitantes, y, en particular, del Pueblo real. Al ser el telos de la teoría liberal la defensa de la libertad individual, de la libertad de la sociedad frente al Estado, de lo privado frente a lo público, era necesario distinguir y separar la titularidad del ejercicio de la soberanía. Así, escribe U. CERRONI, "para los políticos liberales del siglo XIX -y también, se podría agregar, para los liberales democráticos del XX- la institución representativa se basa en la separación de la "titularidad" de la soberanía con respecto a su "ejercicio", precisamente porque la esencia de la libertad moderna consistía para ellos no en una "participación" en el poder, sino en el "aislamiento" dentro de la esfera individual y "autónoma" del individuo particular (24). La distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía venía a significar, por todo ello, la premisa garantista más importante en tanto que compendia y posibilitaba todos los demás mecanis-

mos destinados a separar, y a atomizar el ejercicio del poder político, en conformidad con la separación que se hacía de este poder respecto del económico-social, también dividido y atomizado.

III. LA POSTURA DE LOS DIPUTADOS REALISTAS.

Las tesis mantenidas por los diputados realistas acerca del origen del poder y sobre la naturaleza del sujeto a quien este poder imputaban, conducían a confundir su titularidad con su ejercicio. Sus premisas ante ambas cuestiones revelaban un inequívoco dualismo, que se concretaba en afirmar la soberanía conjunta o compartida del Rey y las Cortes. Para estos diputados, como para JOVELLANOS, y aún mucho más para MARINA (25), no se trataba tanto de distinguir y separar la titularidad del ejercicio del poder, como de fraccionar el poder mismo entre estas dos instituciones históricas. El Monarca y las Cortes no sólo debían ser los sujetos titulares del poder, sino también las máximas instituciones ejercitantes del mismo. Puede decirse, por ello, que la premisa teórica que se analiza era ajena a sus planteamientos doctrinales, y de hecho ni la defendieron ni siquiera la impugnaron cuando salió a relucir por boca de los diputados liberales; aunque esta impugnación estaba latente en sus postulados. En este sentido, puede ser de interés

mencionar una intervención de INGUANZO, en la cual, a tenor de la doctrina de la "soberanía compartida", sacó a relucir una idea muy cara a todos los diputados realistas, y firmemente enraizada, como se ha dicho, en el pensamiento preestatal: la idea del "gobierno mixto" o de la "Monarquía moderada". Esta última denominación era usada también por los diputados liberales,, y en un sentido laudatorio, al ver en esta forma de gobierno una fórmula plausible por su sentido conciliador y por su tendencia equilibradora. No obstante, en este caso, su significado era muy distinto, al concebirse de un modo unitario e ideal el sujeto soberano, la Nación, quién, mediante el texto constitucional, y sólo a través de él, "repartía" y limitaba el ejercicio de la soberanía entre el Rey y las Cortes. Esto es, para los diputados liberales el término "Monarquía moderada" no era más que un sinónimo de "Monarquía constitucional", que nada tenía que ver con la idea tradicional del "gobierno mixto". La exégesis que aquí insinúa INGUANZO de la "Monarquía moderada" es, en cambio, bien diferente, al identificarla, incluso de modo explícito, con la teoría preestatal de la forma mixta de gobierno. Lo que aquí el diputado asturiano aconseja repartir y limitar no es el ejercicio de la soberanía sino la soberanía misma; y no a través del texto constitucional, sino en virtud de la "constitución

genética o histórica", de la que ya se ha hablado en el capítulo tercero. Así, en efecto, al preguntarse por los medios pertinentes para evitar que la "Monarquía degenerase en poder absoluto y arbitrario", este diputado respondía:

"¿Serán las leyes? ¿Serán las modificaciones y restricciones parciales que se hagan de aquella autoridad en la constitución misma? Nada de esto... Las Cortes, las Cortes son sin duda el contrapeso que puede tener la autoridad real para moderar sus poder. Mas aquí está la gran dificultad. Como y en qué forma deban constituirse las Cortes, para que sean un verdadero contrapeso del poder monárquico, y resulte un Gobierno mixto. Ello es una verdad indudable que la templanza o moderación de una monarquía pende no de ideas ni planes arbitrarios, sino de reglas y principios constantes de política, principios reconocidos invariables. Pende absolutamente de la combinación que se haga de las diferentes formas de gobierno, del monárquico, del aristocrático y del democrático. De manera que según que estos tres órdenes, o algunos de ellos, se enlacen, casen y combinen unos con otros, resultará o dexará de resultar lo que se llama una monarquía mixta, templada o moderada." (26).

IV. LA POSTURA DE LOS DIPUTADOS AMERICANOS.

La peculiar paráfrasis que del principio de soberanía nacional hacían los diputados americanos, no propendía, desde luego, a admitir la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía. Ciertamente es que, si

se exceptúa al mejicano GURIDI Y ALCOCER, en sus tesis no se detectaba ningún sustrato dualista. Pero no lo es menos que el influjo que se perciben en las mismas del dogma de la soberanía del Pueblo, y de los postulados arcaizantes procedentes del Derecho Indiano y de la tradición escolástica, no era el mas propicio para que, a partir de ellas, estos diputados pudiesen captar el significado de la premisa que ahora nos ocupa. El concebir a la Nación como agregado real de provincias e individuos implicaba, si no negar la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, sí, al menos, dividir atomísticamente la soberanía de la Nación (su titularidad). Pero, además, y sobre todo, en los planteamientos de estos diputados se advierte una confusión de gran importancia para calibrar su postura respecto al problema que se examina. Esta confusión -que, dicho sea de paso, se percibe también en MARTINEZ MARINA (27)- consistía en identificar a la Nación con las Cortes. Como consecuencia de ello, identificaban la soberanía de la primera con la de las segundas, y, por consiguiente, la titularidad con el ejercicio de la potestad soberana.

Todas estas confusiones se pusieron de manifiesto en el debate del artículo 373 del Proyecto constitucional (artículo 375 en la redacción definitiva). Este precepto, que era el primero de los dedicados a organizar el procedimiento de reforma, decía textualmente:

"hasta pasados ocho años después de hallarse puesta en práctica la constitución en todas sus partes, no se podrá proponer alteración, adición ni reforma en ninguno de sus artículos". A juicio de estos diputados, la restricción temporal que este artículo precribía para iniciar la reforma constitucional contradecía el principio de soberanía nacional proclamado en el artículo tercero; puesto que, al identificar a la Nación con las Cortes, y a la soberanía de la primera con la preeminencia orgánica de las segundas, el límite temporal que el artículo 373 establecía al ejercicio de las Cortes futuras, era concebido como un límite a la soberanía misma de la Nación:

"Este artículo -argumentaba LEYVA- y casi todos los siguientes hacen casi imposible la reforma de los 369 artículos que forman la materia de la constitución, y por consiguiente se embarrasa casi perpetuamente el ejercicio de la soberanía, que es innegable, y esencialmente reside en la nación, como hemos proclamado tantas veces. Esta restricción será justa si la nación, enterada de la constitución, quiere con esta u otras trabas prohibirse poder hacer alteraciones, y no lo será de otra manera" (28).

Como se puede apreciar, no se trataba de una mera confusión terminológica (ya de por sí significativa), al referirse al carácter inalienable del ejercicio de la soberanía, en vez de a la inalienabilidad de la soberanía misma (de su titularidad). Por el contrario, LEYVA,

como todos los demás miembros de su grupo, no se percataba de la capital importancia y trascendencia que encerraba el distinguir la titularidad del ejercicio de la soberanía, y por eso empleaba ambos términos de modo indiscriminado. El sentido de este discurso así lo evidencia. Por otra parte, la exigencia de que la Nación ratificase el Proyecto constitucional volvía a poner de relieve el enredo conceptual que azoraba a este diputado. Conviene tener en cuenta, en efecto, -y a ello ya nos hemos referido anteriormente- que los diputados americanos, y entre ellos LEYVA, asignaban este cometido ratificador a unas Cortes especiales convocadas ex profeso para ello. Con todo lo cual la Nación volvía a identificarse con las Cortes.

Esta identificación , con todo lo que ella implica para el tema que se ventila, la sacó a relucir OSTOLAZA en la misma disputa del artículo 373:

"Si las Cortes están penetradas, como yo lo creo, -aseveraba este diputado- de la justicia y utilidad de la constitución, nada deben temer de las Cortes sucesivas, y si no lo están, es en vano poner trabas a una nación a quien V.M. ha enseñado sus derechos y hasta donde se extienden nuestras facultades" (29).

No obstante, la intervención mas incisiva corrió a cargo de LARRAZABAL durante la polémica que suscitó el artículo 375. Este precepto disponía que cualquier proposición de reforma en algún artículo de la cons-

titución debería hacerse por escrito, y ser apoyada y firmada, a lo menos, por veinte diputados. Requisitos distintos y más complejos, como más adelante se tendrá oportunidad de ver, a los exigidos para proponer la aprobación o reforma de una ley ordinaria. Pues bien, para impugnar este precepto, este diputado, parapetándose en el mismo hilo argumental que LEYVA y OSTOLAZA, afirmó:

"quando veo que después de sancionado que a la nación pertenece exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales, se la priva ahora de esta autoridad sin límites. ..Me parece que se le despoja de sus derechos más inherentes, o para hablar con más propiedad, se destruye su misma esencia, después que se ha declarado que la soberanía reside esencialmente en la nación. No alcanzo como pueda usar perpetuamente y con absoluta independencia de este derecho, poniéndole trabas y condiciones duras sin su consentimiento" (30).

Como resulta fácilmente inferible, todas estas intervenciones, además de revelar la confusión entre el titular de la soberanía, la Nación, con un órgano ejercitante de la misma, las futuras Cortes ordinarias, translucían también una actitud, de aparente factura democrático-radical, negadora de la distinción entre Cortes constituyentes y Cortes ordinarias. Pero sobre este problema nos extenderemos en el capítulo siguiente.

V. LA POSTURA DE LOS DIPUTADOS LIBERALES DE LA METROPOLI.

El distinguir la titularidad del ejercicio de la soberanía era una consecuencia lógica, además de ideológica, que se derivaba de los postulados que los diputados liberales habían mantenido acerca del origen y límites de la soberanía, y sobre la naturaleza del sujeto a quién atribuían esta cualidad. Por lo que concierne a la primera cuestión, se había visto, en los capítulos segundo y tercero, que, pese a sus diferentes puntos de partida, la idea de soberanía como cualidad unitaria e indivisible, perpetua e inalienable, originaria e ilimitada, era una idea unánimemente aceptada por todos los miembros de este grupo doctrinal. Por lo que atañe a la segunda cuestión, en el capítulo anterior se había mostrado que la Nación, para estos diputados, se concebía como un ente ficticio, puramente ideal; en definitiva: como un mero sujeto de imputación, carente, por ello, de toda presencia física, e incapaz, por lo tanto, de actuar por sí misma. Desde estas premisas resultaba insoslayable acudir a la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, para, en primer lugar, poder desarrollar el contenido de esta facultad, ya que de otro modo el principio de soberanía nacional se convertiría en una fórmula hueca y en un atributo inane. En segundo lugar, era imposible no recurrir a esta distinción si se quería

-como, en efecto, así era- limitar materialmente los poderes del Estado, o de la Nación, como estos diputados decían, sin menoscabo de su soberanía. Esto es, si querían articular los mecanismos típicos del Estado constitucional: el sistema representativo y la división de poderes, para así asegurar los derechos individuales. En tercer lugar, era ineludible distinguir y separar la titularidad del ejercicio de la soberanía para poder limitar formalmente, mediante una Constitución rígida, los poderes del Estado, y formalizar, así, los mecanismos materiales, el contenido del Estado constitucional; sin que ello supusiese poner en entredicho la ilimitada capacidad de creación jurídica del Estado mismo. Y, en efecto, por estas tres razones los diputados liberales de la metrópoli defendieron, frente a la incomprensión o la crítica, o ambas cosas a la vez, de los diputados realistas y americanos, la necesidad de distinguir y separar la titularidad del ejercicio de la soberanía. Veámoslo.

LA NACION COMO SUJETO IDEAL Y LA DISTINCION ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA SOBERANIA.

En la inexcusabilidad de distinguir y separar la titularidad del ejercicio de la soberanía, al concebirse al sujeto soberano, la Nación, como un ser puramente ideal, insistieron ANER y OLIVEROS:

"la nación considerada generalmente -decía el diputado catalán- ni puede reunirse para darse leyes, ni puede gobernarse por ella misma. Necesita valerse de cierto número de representantes para que, plenamente autorizados, ejerzan las facultades que aquélla por sí misma no puede ejercer" (31).

OLIVEROS, por su parte, aludió expresamente a la premisa doctrinal que se examina, y, en una nueva muestra de historicismo, la retrotrajo a la legislación tradicional:

"se ha hecho en la constitución -decía-, conforme en todo con nuestras leyes primitivas, una clara distinción entre la soberanía y su ejercicio; aquélla reside siempre en la nación; la es esencial, han dicho las cortes; siempre es sobre todo la nación, y a su voluntad todo debe ceder. Pero es un delirio pensar que la nación ejerza por sí los derechos de la soberanía: ¿En donde se ha de congregarse? ¿Cómo es posible que extendida por las cuatro partes del mundo, se concurra individualmente a la formación de las leyes, a la dirección y gobierno? De donde la necesidad de delegar los derechos de la soberanía, resultando la monarquía moderada de la armonía con que se ejerzan por diversas personas y corporaciones" (32).

Precisamente, en la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía situó TORENO, con acierto, la mas importante diferencia que existía (y que existe) entre la Democracia y el Estado liberal, que este diputado identifica aquí con la forma monárquica "Moderada" -esto es, constitucional- de gobierno:

"¿Quién puede desear la democracia en un

buen sistema representativo monárquico? -se preguntaba-. Ya se sabe -añadía- lo mucho que en nuestros días se ha perfeccionado el sistema representativo. Los pueblos modernos no pueden como los antiguos ejercer por sí la soberanía. Su extensión, las distancias que los separan son estorbos físicos que hasta ahora ni el arte ni la industria humana han removido" (33).

2. LA ARTICULACION DEL ESTADO CONSTITUCIONAL Y LA DISTINCION ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA SOBERANIA.

Los diputados liberales defendieron también la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía como único medio que permitía articular dos mecanismos consustanciales al Estado constitucional: el sistema representativo y la división de poderes.

A). EL SISTEMA REPRESENTATIVO.

En el debate del artículo tercero, TORENO y GALLEGO, aunque no se refirieron de modo explícito al sistema representativo o instituto de la Representación, trajeron a colación la premisa doctrinal que se examina para compatibilizar dos postulados en los que reposa este sistema en una organización política estatal: la unidad de la soberanía (y del sujeto representado) y la delegación de su ejercicio:

"(El vocablo) esencialmente -decía TORENO- expresa que este derecho (la soberanía) co-existe, ha co-existido y co-existirá siempre en la nación mien-

tras no sea destruida. Envuelve además esta palabra la idea de que es inagenable, y cualidad de que no puede desprenderse la nación, como el hombre de sus facultades físicas, porque nadie en efecto podría hablar y respirar por mí; así jamás delega el derecho, y sólo sí el ejercicio de la soberanía" (34).

En semejantes términos se expresó GALLEGO, quien, al combatir la teoría del pacto de traslación y la defensa que los diputados realistas hacían del vocablo "radicalmente" para delimitar la soberanía de la Nación, puso de relieve, en primer lugar, el enmarañamiento en el que estos diputados incurrieron al identificar la titularidad con el ejercicio de la soberanía; y, en segundo lugar, la conveniencia de distinguir ambos conceptos:

"la palabra esencialmente puesta en el primer miembro de este artículo, ha hecho vacilar a varios diputados, quienes, sin duda por no haber meditado bien la materia -decía GALLEGO retóricamente-, han confundido la soberanía con el ejercicio de ella... La soberanía -añadía- no puede ser enajenada, por mas que se confie su ejercicio en todo o en parte a determinadas manos" (35).

Y, en fin, en este mismo debate, GOLFIN acudió también a este importante axioma, pero no con el ánimo de "sentar doctrina", sino con un ejemplo muy oportuno, buscado con indudable habilidad:

"...Si confundimos al ejercicio de la soberanía con la misma soberanía -razonaba este diputado- ¿con qué argumentos probaremos la nulidad de las cesiones hechas en Bayona? ¿Confesaremos que la soberanía de Fernando VII

reside en...? No quiero mancillar mis labios pronunciando su nombre" (36).

B). LA DIVISION DE PODERES Y LOS DERECHOS INDIVIDUALES.

Los diputados liberales se escudaron también en la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía para coonestar el carácter unitario de la soberanía con la conveniente división de su ejercicio. En realidad, a la premisa que ahora se estudia se había aludido ya en el "Discurso preliminar" al Proyecto constitucional, con el fin, precisamente, de justificar la división de los poderes del Estado. En este documento, en efecto, se hacía una defensa de la "distribución que han hecho los políticos de la autoridad soberana de una nación, dividiendo su ejercicio en potestad legislativa, ejecutiva y judicial" (37). División que había sido sancionada previamente en el Decreto de 24 de Septiembre de 1810 (38), y que cristalizó en los artículos 15, 16 y 17 del código constitucional de 1812, que conformaban el gozne sobre el que giraría la estructura orgánica de todo su texto". La potestad de hacer las leyes -decía el artículo 15- reside en las Cortes con el rey". La potestad de hacer ejecutar las leyes -sancionaba el 16- reside en el rey". Y, en fin, el 17 prescribía: "la potesta de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside

en los tribunales establecidos por la ley". Preceptos todos ellos que, como disponía el artículo 14, convertían al Gobierno, en sentido lato, de la Nación española en una "Monarquía moderada". Por otra parte, el nexo entre la doctrina constitucional de la división de poderes y el telos del Estado liberal -esto es, el aseguramiento de la libertad individual- quedaba patente en el mismo "Discurso preliminar; cuando , tras aconsejarse la división del ejercicio de la soberanía, se decía:

"la experiencia de todos los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad ni por lo mismo justicia ni prosperidad en un Estado en donde el ejercicio de la autoridad esté reunido en una sola mano. Su separación es indispensable" (39).

Pero, ante todo, interesa destacar que para los diputados liberales de la metrópoli la división de poderes sólo podía sostenerse si previamente se aseguraba la unidad del poder del Estado, para lo cual era necesario distinguir la titularidad de la soberanía, atribuida subjetivamente a la Nación de modo único e indivisible, de su ejercicio, asignado a sus distintos representantes y funcionarios. En este sentido, en el debate del artículo 15, GARCIA HERREROS subrayó la necesidad de no confundir al poder legislativo con la soberanía, ni a la bipartición de aquél entre el Rey y las Cortes con el fraccionamiento de ésta:

"no se crea -argumentaba- que concedien- do al Rey parte en el ejercicio del poder legislativo, nos contradecimos y nos oponemos al principio ya sancionado de que la soberanía reside esencialmente en la nación, y que a ella pertenece exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales. Este reparo es hijo seguramente de la confusión de las ideas y de la inadvertencia de que aún cuando el poder legislativo sea el principal atributo de la soberanía, no la constituye por sí sólo, sino en unión con los otros dos poderes. Por manera que la esencia de aquélla consiste en la facultad de dividirlos, distribuirlos y caracterizarlos, señalando a cada uno sus atribuciones y límites sobre principios de unión y contrato, por medio de declaraciones estables, que se llaman en este concepto leyes fundamentales o constitutivas de las autoridades supremas" (40).

Pero fue ARGUELLES, en la controversia que suscitó el artículo 258 del Proyecto, que instituyó un "Supremo Tribunal de Justicia", quien con más claridad puso de manifiesto la necesidad de distinguir la titularidad del ejercicio de la soberanía para acomodar la división de poderes a la unidad de Poder. Y es más: en este discurso se hace patente que este diputado veía en la unidad del sujeto soberano el límite a una excesiva autonomía funcional de los poderes del Estado, en este caso a la "independencia" del poder judicial:

"ya que los jueces ordinarios y los tribunales superiores serán juzgados por el supremo de Justicia, es preciso que éste quede sujeto a la nación baxo una responsabilidad inmediata en los casos de abuso de su autoridad; este es el ú-

nico medio de enlazar la potestad judicial con las demás que constituyen el ejercicio de la soberanía. Entre todas ha de haber un punto de contacto; de lo contrario la separación pasa a ser una verdadera independencia o aislamiento incompatible con la unidad de poder, que constituye a los pueblos nación, baxo qualquiera forma que establezcan su gobierno " (41).

Aunque, en puridad, la unidad de la soberanía (necesaria para que "los pueblos se constituyesen en Nación", esto es, en Estado) no sólo se verificaba y garantizaba por los mecanismos de responsabilidad judicial a los que ARGUELLES se refería, sino que era ya una realidad desde el momento en que el mismo código constitucional exigía a la judicatura el acatamiento de unas mismas leyes y, por supuesto, de una misma Constitución (42). Puede decirse, pues, que, merced a distinguir la titularidad del ejercicio de la soberanía, el dogma de la soberanía nacional expuesto por los diputados liberales podía conciliarse con la doctrina constitucional de la división de poderes; sin que en ello, contra lo que SANCHEZ AGESTA sostiene, hubiese antinomia o "via de compromiso" alguna (43).

3. LA LIMITACION FORMAL DE LOS PODERES DEL ESTADO Y LA DISTINCION ENTRE TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA SOBERANIA.

Por último, la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía salió a relucir de nuevo en el de-

bate del Título X del Proyecto constitucional. Pero, además, en esta ocasión el recurso a esta premisa cobra para este estudio un especial significado, ya que mediante él se pretendió justificar, en polémica con los diputados americanos, las restricciones que este Título establecía a las ulteriores reformas del texto constitucional. Los diputados liberales de la metrópoli sostuvieron, efectivamente, que las cautelas introducidas por este Título, y en particular la que recogía el mencionado artículo 373, en nada contradecían el principio de soberanía nacional proclamado en el artículo tercero. Para ello hicieron hincapié en la necesidad de no confundir a la Nación con las Cortes futuras, y sostuvieron que las limitaciones del Título décimo no afectaban a la primera, como sujeto titular de la soberanía, sino a las segundas, como órgano ejercitante de una parte de la misma, y a los demás órganos "ordinarios" del Estado.

"Es verdad -argumentaba MUÑOZ TORRERO en la discusión del artículo 373, respondiendo a las objeciones del chileno LEYVA- que la soberanía es un derecho propio de la nación, es decir, que tiene la potestad de establecer sus leyes fundamentales, y de hacerlas observar: pero de este principio nada se infiere contra el artículo propuesto. Aquí no se trata ya de la suprema potestad de la nación, sino de su ejercicio, que puede verificarse de modos muy diferentes. ¿Qué perjudica a la soberanía nacional el capítulo ya sancionado, y que aprobó el Sr. Leyva, -inquiría MUÑOZ TORRERO, refiriéndose al capítulo VIII del Título III- en el que se habla de la for-

mación de las leyes, y se prescriben los trámites que han de observarse para el establecimiento de ellas? Pues tampoco pueden ser contrarias a la misma soberanía aquellas precauciones que han parecido mas convenientes para que la constitución tenga la estabilidad y firmeza necesaria, puesto que ésta es la mayor prueba de la autoridad soberana de la nación; así como ninguno puede dar testimonio más calificado de que es dueño de una casa, que quando establece en ella el régimen que quiere" (44).

Estas palabras fueron remachadas por OLIVEROS:

"aunque la nación sea soberana -aducía este diputado- las cortes en lo sucesivo no ejercerán por sí solas las facultades de la soberanía que la constituyen. Las cortes y el rey y los tribunales deben contenerse en sus límites respectivos; no se ofende, pues, a la soberanía por estas restricciones. La nación las ha puesto... porque es soberana, porque es señora de sus derechos, porque así le conviene, porque estas restricciones determinan la moderación de la monarquía" (45).

Con lo cual, como no es difícil colegir, los diputados liberales no se limitaban a conciliar el carácter jurídicamente ilimitado de la soberanía con la limitación formal de sus órganos ejercitantes, sino que, además, y precisamente por ello, anunciaban ya un postulado doctrinal de enorme importancia para este trabajo, a saber: la distinción entre unos órganos constituidos ordinarios y un órgano especial de revisión. Por eso, como decíamos en la introducción de este capítulo, a partir de discernir y separar la titularidad del ejercicio de la soberanía, se inauguraba en las Cor-

tes de Cádiz (en el plano lógico, no en el cronológico) el debate constitucional propiamente dicho, y se concluía la polémica sobre la soberanía. O, dicho desde otro punto de vista, a partir de esta premisa la controversia doctrinal se desplazaba sustancialmente: ya no se trataba de discutir en torno a la creación de un poder soberano, sino sobre el modo de estructurarlo internamente, y de asegurar la permanencia de esta estructura interna. Extremo este último al que se dedicarán los dos capítulos que siguen.

CAPITULO SEPTIMO. LA DISTINCION ENTRE CORTES
CONSTITUYENTES, CORTES OR-
DINARIAS Y CORTES DE REVI-
SION.

I. INTRODUCCION.

En este capítulo estudiaremos los diversos planteamientos sustentados por los diputados doceañistas en torno a la premisa en la cual se asienta la técnica de la rigidez, o que configura un texto constitucional rígido, para decirlo con palabras de BRYCE (1): la distinción entre un órgano constituyente y un órgano legislativo, de una parte, y un órgano de revisión, distinto de aquél y de éste, de otra.

En las Cortes de Cádiz, las diversas posturas sobre este tema se pusieron de manifiesto sobre todo en el debate del Título décimo del Proyecto, que trataba "De la observancia de la constitución y modos de proceder para hacer variaciones en ella". La larga controversia que suscitó este título se limitó a los artículos 373 y 375, siendo aprobados los demás sin discusión alguna. Los requisitos orgánico-procedimentales que exigía este título para llevar a cabo la reforma constitucional se analizarán más adelante. Baste decir por ahora que la rigidez que establecía era muy extrema. Como señaló el diputado mejicano GURIDI Y ALCOCER, mediante él la irrevocabilidad del texto constitucional se aseguraba, jurídicamente, durante, al menos, catorce años, "si se consideran a los ocho años de los que habla el artículo 373 -decía este diputado- los seis de las tres

diputaciones (2) que deben intervenir en el plan propuesto. Y a los catorce aún se han de agregar -añadía GURIDI- los que corrieren para establecer la constitución en todas sus partes, pues hasta entonces, según dispone el mismo artículo 373, no han de comenzar a contarse aquellos ocho" (3).

En este debate, el vínculo entre la teoría de la soberanía y la doctrina de la reforma constitucional se puso de manifiesto de modo nítido, y no pasó desapercibido a los diputados liberales. En realidad, a este vínculo, cuyo estudio constituye el objeto central de esta tesis, se había referido ya ARGUELLES en la discusión del artículo tercero, cuando conectó el principio que en éste se proclamaba con el futuro Título dedicado a organizar el procedimiento de reforma constitucional: "Antes de concluir -decía el diputado asturiano- debo indicar que todavía se propuso la comisión, al extender la cláusula que se discute, dexar abierta la puerta en la constitución a un capítulo, que se presentará a su tiempo, sobre el modo de mejorar en ella lo que la experiencia acredite digno de reforma. Y este artículo (es decir, el tercero) aunque al principio del proyecto tiene íntimo enlace con el capítulo insinuado, tal es la naturaleza de todo sistema" (4).

II. ESTATICIDAD Y DINAMICIDAD DE LOS ORDENAMIENTOS
JURIDICOS Y EL PROBLEMA DE LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.
PRECISIONES CONCEPTUALES.

1. EL NO PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN EL PENSAMIENTO
POLITICO PREESTATAL.

Pretender hallar la técnica jurídica de la rigidez constitucional en el pensamiento político preestatal, y concretamente en la teoría pactista monárquica como subespecie de ésta, más que una tarea fallida, es una búsqueda absurda. Como se ha visto en los capítulos segundo y tercero, el pensamiento político preestatal partía del carácter natural del poder, y, en consecuencia de la naturaleza limitada de éste, y, más concretamente, de la función de creación jurídica que le es consustancial. La permanencia de un supremo orden jurídico-político, que es lo que se pretende con la rigidez, estaba encomendada a unos resortes controladores y limitadores de índole metapositiva: la ley divina y la adecuación del derecho a un criterio teleológico, el bien común. Estas limitaciones metapositivas, junto a la primacía de la costumbre, bastaban para someter al poder político de una comunidad a unos fines predeterminados y para impedir el cambio de sus principios esenciales. La capacidad de creación jurídica era, pues,

limitada. Los ordenamientos eran estáticos. Cuando a partir de la Baja Edad Media, y merced a la creciente dinamicidad de los ordenamientos jurídicos, surge en el pensamiento político la noción de unas leyes fundamentales, como límite positivo de origen histórico, el carácter inalienable que se les atribuye aseguraba ya su permanencia (5).

2. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN LA TEORIA DEL ESTADO.

La técnica jurídica de la rigidez constitucional sólo es posible cuando los límites metapositivos de un orden jurídico-fundamental son ya insostenibles, del mismo modo que lo es mantener la inalterabilidad de ese orden fundamental en virtud de su antigüedad. ¿Cuándo ocurre ésto? Ya lo hemos visto en los capítulos segundo y tercero, cuando se niega el carácter natural del poder político y, por tanto, la naturaleza jurídicamente limitada de éste y de la función de creación jurídica que le es consustancial. Brevemente: cuando se afirma el concepto de soberanía y la existencia de un poder soberano, único e ilimitado, el Estado. El Estado, repitámoslo, no sólo sería el único monopolizador de la creación jurídica, sino que no habría más creación jurídica que la del Estado. El Derecho mundano sería el del Estado, y no habría más Derecho que el Derecho mundano. El Estado, artificio puramente humano, se presentaba como un poder normador permanentemente en a-

cción y en pleno dinamismo, tras romper las amarras con cualquier orden metahumano (incluido el histórico), por definición estático. Ni la Naturaleza, entendida como proyección divina, ni la Historia podrían limitar su capacidad creadora. Para asegurar la permanencia de su orden jurídico fundamental sólo se podía recurrir a unos mecanismos puramente positivos y puramente racionales. La técnica de la rigidez constitucional es ya posible.

Ahora bien, la técnica jurídica de la rigidez constitucional no sólo es posible, sino necesaria cuando se intenta cohonestar la existencia del Estado, como poder jurídicamente ilimitado, con la defensa de la libertad individual. Habíamos visto anteriormente que esta doble necesidad podía conciliarse imputando la soberanía a la colectividad, que transformaba al Estado en un Estado de Derecho o constitucional. Pero esta limitación interna de los poderes del Estado era una limitación material. Del mismo modo que la idea de Constitución no estaba formalizada. Esta habría de ser la norma fundamental que vertebrase internamente al Estado, al Estado-aparato, a través de unos mecanismos (sistema representativo, división de poderes) que garantizaran los derechos individuales. Pero era preciso dar certeza y asegurar este orden constitucional, y con él los mecanismos materiales del Estado de Derecho. Había

que formalizar la idea de Constitución, distinguirla jurídicamente de las demás normas del ordenamiento jurídico e impedir que los poderes del Estado la alterasen. En definitiva, era necesario limitar formalmente estos poderes sin que ello supusiese limitar la soberanía del Estado.

La imputación de la soberanía a la colectividad iba a permitir también satisfacer tal pretensión. En efecto, a partir de esta atribución subjetiva se podía distinguir la titularidad del ejercicio de la soberanía, lo que a su vez obligaba a distinguir a la soberanía del poder constituyente. Este sería un poder inherente a la soberanía, el máximo pero no identificado con aquélla. Por ello, una vez constituido el Estado, el órgano que lo ejerciese podría instituirse y limitarse, en una palabra: convertirse en un órgano especial de revisión, sin que ello supusiese limitar la soberanía misma. Al instituirse el órgano especial de revisión se garantizaban dos cosas: eliminar el poder constituyente y controlar al órgano legislativo, de modo que éste (y, por supuesto, los demás órganos del Estado) no pudiesen variar la norma constitucional y poner en peligro las libertades individuales. En consecuencia, aunque la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía no conduzca necesariamente a la rigidez, puede decirse que tan sólo partiendo de aquélla puede construirse ésta. De otro modo, el poder

constituyente se identificaría con la soberanía misma, y el órgano que lo ejerciese no podría, por tanto, so pena de destruirse la soberanía, institucionalizarse y limitarse.

Precisamente, esta es la razón que impide articular la rigidez constitucional desde los postulados hobbesianos. De ellos sí podía extraerse la idea de un poder constituyente, aunque no estuviese mencionada de modo expreso. En rigor, en todo teórico de la soberanía y del Estado tiene que hallarse, implícita o explícitamente, la idea de un poder constituyente. No obstante, como se ha visto, el imputar la soberanía a una voluntad particular impidió a HOBBS distinguir la titularidad del ejercicio de la soberanía. Ello le condujo a condenar no sólo la limitación material del poder, sino también su limitación formal, ya que para él en ambos casos se limitaría la soberanía misma. Por eso, HOBBS, de igual manera que se mostró incapaz de yuxtaponer la idea de soberanía con la de libertad individual de un modo satisfactorio para ésta, no supo tampoco conciliar la ilimitabilidad de la creación jurídica del Estado con la limitación formal de sus poderes normadores.

A). SOBERANIA POPULAR Y RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.

Algo semejante ocurre con las tesis roussonianas de la soberanía popular. ROUSSEAU atribuye la soberanía

al Pueblo, pero, al igual que HOBBS, y por las razones que se han visto, no distingue entre titularidad y ejercicio de la soberanía. Estos planteamientos democrático-radicales, alejados de todo garantismo liberal, le condujeron a identificar, -como nota G.DE RUGGIERO (6) y F. H.HINSLEY (7)- al poder constituyente con la soberanía popular y a ésta con el poder legislativo. Desde estos supuestos resulta, pues, imposible distinguir entre un órgano constituyente y unos órganos constituidos, ni por consiguiente, entre aquél y un órgano de revisión. De las tesis expuestas en el "Contrato Social", y en general en toda la obra roussoniana, se desprende una sola idea sobre la cuestión que se examina: la omnipotencia del órgano legislativo popular, que ejerce las funciones de un ininterrumpido poder constituyente. El Pueblo constituyéndose permanentemente. Esta es, en último término, como sostiene CARRE DE MALBERG (8), la idea básica que subyace en los planteamientos de este pensador. Y este juicio puede mantenerse a pesar de alguna frase aislada de ROUSSEAU, vertida en sus "Consideraciones sobre el Gobierno de Polonia" (9), que es citada por algún autor -como BISCARETTI DI RUFFIA (10) o LAFFERIERE (11)- como paradigmática de la postura del filósofo ginebrino sobre el particular. La no sumisión del poder constituyente del Pueblo (al identificarlo con la soberanía) a ninguna norma constitucional, es, además, explí-

cita y rotundamente proclamado por ROUSSEAU en el "Contrato Social":

"es contrario a la naturaleza del cuerpo político -escribía- que el soberano se imponga una ley que no pueda infringir...No hay ni puede haber ninguna clase de ley fundamental obligatoria para la corporación del pueblo, ni siquiera el contrato social" (12).

Opinión que vuelve a repetir cuando afirma:

"en cualquier situación, un pueblo es siempre dueño de cambiar sus leyes, incluso la mejores; pues si le place causarse daño a sí mismo, ¿quién tiene derecho a impedirselo? (13).

Soberanía y rigidez constitucional se presentan, pues, como dos términos incompatibles.

B).SOBERANIA NACIONAL Y RIGIDEZ CONSTITUCIONAL:

LA DOCTRINA DE SIEYES SOBRE EL PODER CONSTITUYENTE Y SU CORRECCION LIBERAL.

a). La doctrina de SIEYES sobre el poder constituyente.

La aportación doctrinal más importante de SIEYES a la teoría constitucional reside, sin duda, en la distinción que este autor establece entre un poder constituyente y unos poderes constituidos. Aunque, ciertamente, esta distinción era ya una realidad en la práctica constitucional de los Estados Unidos de América, años antes de que viese la luz el opúsculo de SIEYES sobre el Tercer Estado, en donde esta impotante distinción se recoge (14).

Esta premisa doctrinal es una de las consecuencias más importantes que se desprenden del principio de soberanía nacional. Si a la Nación corresponde en exclusiva, a través de una Asamblea constituyente, elaborar la norma constitucional, que instituye y regula los poderes del Estado, sólo a ella corresponderá modificarla en el futuro, a través también de una Asamblea dotada de poderes extraordinarios. En particular, esta premisa se concretó en la distinción y consiguiente separación práctica entre un órgano constituyente y un órgano legislativo, puesto que para el dogma de la soberanía nacional, los otros dos órganos constituidos, el ejecutivo y el judicial, no tendrían facultad legislativa alguna, limitándose, respectivamente, a ejecutar y aplicar las leyes, sin poder transgredirlas en ningún caso (15).

Este postulado, al igual que el de la división de poderes, o el de la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, que presupone a ambos, estaba dirigido -insiste PAUL BASTID (16)- a garantizar las libertades individuales frente a posibles extralimitaciones de los órganos del Estado, especialmente frente a las del órgano legislativo. Se trataba de limitar la función de creación jurídica de éste, de modo que no pudiese modificar el contenido de la norma constitucional; en particular, su parte dogmática, los derechos indivi-

duales, que se erigían así, -escribe GARCIA PELAYO (17)- en límites objetivos a la actividad legiferante del parlamento. Se ha podido decir, por ello, que la doctrina que se examina venía a suponer el corolario de las premisas individualistas de las que partía la teoría liberal del Estado (18).

Ahora bien, en contra de lo que a veces suele creerse, SIEYES, en su panfleto sobre el Tercer estado, aunque distingue con nitidez y repetidas veces entre un órgano constituyente y un órgano legislativo (19), no distingue, sin embargo, entre un órgano constituyente y un órgano de revisión. Esto es, no distingue entre un órgano constituyente y un órgano constituido especial, distinto del legislativo ordinario, por su cometido y por sus más amplios poderes, pero distinto también de una Asamblea extraordinaria constituyente, en tanto que mientras ésta actúa ex lege, la Asamblea de revisión desarrolla su actividad según lo dispuesto por la norma constitucional que se trata de revisar. La función revisora la subsume SIEYES en la constituyente, y ambas son atribuidas a un mismo órgano: a una Asamblea que goza en sendos casos de idénticas características:

"los representantes ordinarios de un pueblo -escribe SIEYES- están encargados de ejercer, en las formas constitucionales, toda esta porción de la voluntad común que es necesaria para el mantenimiento de una buena administración. Su poder está limitado a los asuntos de gobierno.

(Los) representantes extraordinarios tendrán un nuevo poder tal como plazca a la nación dárselo. Puesto que una gran nación no puede reunirse ella misma en realidad todas las veces que circunstancias fuera del orden común pudieran exigirlo, es menester que confíe a representantes extraordinarios los poderes necesarios en esas ocasiones. Si pudiera reunirse ante nosotros y expresar su voluntad, ¿osaría disputársela porque no la ejerce en una forma mas bien que en otra? Aquí la realidad es todo y la forma nada. Una representación extraordinaria no se parece en nada a la legislatura ordinaria. Son poderes distintos. Esta no puede moverse sino en las formas y en las condiciones que le son impuestas. La otra no está sometida a ninguna forma en particular" (20).

Y, páginas mas adelante, vuelve a corroborar esta identificación entre el órganoconstituyente y el órgano de revisión, cuando afirma:

"sólo una representación extraordinaria puede tocar la constitución o darnos una" (21).

Estos planteamientos son comprensibles si se tiene en cuenta la influencia que sobre ellos ejercieron las tesis roussoninanas. Por este motivo, la doctrina que SIEYES expone en el ensayo sobre el Tercer estado, y en general en sus primeros escritos, es sumamente contradictoria. Por un lado, este autor imputa la soberanía a la Nación, y sostiene en consecuencia la necesidad de distinguir y separar la titularidad de su ejercicio; defiende también el sistema representativo, y la diferenciación entre un órganoconstituyente y unos órganos constituidos;

optando, asimismo, por dividir a éstos últimos. Todo ello, junto a la defensa a ultranza de la libertad individual, sitúa a este autor, en palabras de P.BASTID, en las antípodas de ROUSSEAU (22). Pero, de otro lado, en su doctrina del poder constituyente se percibe con nitidez el impacto de los postulados roussoninanos, en particular, los del "Contrato Social", lo que le lleva a contradecir y a alejarse de sus premisas liberales. En este extremo insisten también P.BASTID (23), y CARRE DE MALBERG (24). En virtud de esta amalgama, este último jurista (25) y TREITSCHKE (26) han podido decir que el libelo sobre el Tercer estado suponía un intento de síntesis (ciertamente imposible) entre la doctrina de la separación de poderes, de MONTESQUIEU, y la teoría roussoniana de la soberanía popular.

En concreto, SIEYES se acercaba a RUSSEAU en dos puntos de gran trascendencia, que explican su postura ante el tema que ahora se dilucida (27). En primer lugar, al identificar al poder constituyente con la soberanía. Es decir, al no ver en aquél la facultad más importante de la soberanía, sino sencillamente al identificarlo con ésta, y al órgano que ejercía el poder constituyente con la Nación. La Asamblea constituyente, decía SIEYES, "se reúne y delibera como haría la nación misma si, no estando compuesta mas que de un pequeño número de individuos, quisiera dar una constitución a su gobierno" (28). Así, pues, para

SIEYES el órgano constituyente actuaba como si la Nación misma actuase directamente. Se arrogaba todo su poder soberano: "un cuerpo de representantes extraordinarios -escribe -...reemplaza a la nación" (29). SIEYES, en este caso, y contra lo que él mismo había sostenido, identifica la titularidad con el ejercicio de la soberanía, y el poder constituyente -como nota CARRE DE MALBERG- se asemeja por completo a la soberanía popular de la que había hablado ROUSSEAU (30). Por tal motivo, de la doctrina de SIEYES se desprende que los órganos constituidos y, más en particular, que el órgano legislativo no podría ejercer el poder constituyente. De esto no cabe duda, y constituye una diferencia entre esta autor y ROUSSEAU, para quien, como se ha dicho, tales disquisiciones eran ajenas. Ahora bien, no es menos cierto que la doctrina de SIEYES permitía, en cambio, que el órgano constituyente ejerciese todos los poderes constituidos, con lo que quedaba sentado teóricamente lo que las convenciones populares llevarían a la práctica en el período más democrático -y, por tanto, menos liberal- de la Revolución francesa (31).

En segundo lugar, al identificar el poder constituyente con la soberanía, y al órgano que lo ejercía con la Nación, SIEYES entiende, al igual que ROUSSEAU -señala SANTI ROMANO- que el poder constituyente debería estar por encima de la legalidad por él establecida (32). Esto es, SIEYES postula -insistimos: en su

"brochure" sobre el estado llano- que el poder constituyente debía permanecer absuelto de cualquier norma legal, lo que impedía articular un poder constituido de revisión. En rigor no podía ser de otro modo: si el órgano constituyente subroga a la Nación soberana, aquél como ésta, no podía constreñirse a ninguna forma, tan sólo al Derecho Natural. Conviene no olvidar que para SIEYES "una nación no salía nunca del estado de naturaleza" (33), "una nación --decía-- existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, es la ley misma. Antes de ella, y por encima de ella sólo existe el derecho natural" (34). Al partir de estas premisas, este autor entiende que toda constitución debe ser nacional, pero no en el sentido de que deba constituir a la Nación, sino tan sólo a sus poderes ordinarios (35).

SIEYES concibe, de este modo, al poder constituyente como lo que realmente es: poder prepositivo y suprapositivo, refractario a positivizarse, pura voluntad o decisión que crea y altera toda norma positiva sin sujeción alguna a la misma. El poder constituyente deviene, así, escriben ESMEIN (36), BISCARETTI (37) y P. BASTID (38), un poder revolucionario permanente. Aunque este carácter, en rigor, sea distinto en la doctrina roussoniana y en la de SIEYES, como consecuencia de no distinguir el primero entre este poder y unos poderes

constituidos. ROUSSEAU afirma la necesidad de una constante actividad constituyente, SIEYES, en cambio, la posibilidad de que ésta actividad pueda ejercerse en cualquier momento, aún cuando en condiciones normales correspondiera a los órganos constituidos ejercer el poder de la Nación. En ambos casos, sin embargo, por encima de la legitimidad legal, y antes de ella, se yergue la legitimidad de la voluntad popular: el decisionismo democrático. Afirmación que suponía exaltar lo vivo, lo dinámico y realmente existente, frente a la forma desviviadora y estática del Derecho y del Estado. Aunque, ciertamente, y CARL SCHMITT bien lo muestra, esta teoría del poder constituyente podía llegar a significar la exaltación del poder no normado de cualquiera que se presentase como el "auténtico intérprete" de la voluntad popular. Por ejemplo, la exaltación de la decisión no normada (irracional) del "jefe", frente a la forma racionalizadora del "Derecho burgués" (38 bis).

b).La corrección liberal de la doctrina de SIEYES.

Las tesis sustentadas por SIEYES fueron defendidas por un sector de la Asamblea francesa de 1791, y pueden considerarse parcialmente vencedoras en la de 1793 (39). Asimismo, como más adelante se verá el eco de las mismas se percibe en algunos doceañistas español-

les y en el texto constitucional de 1812. No obstante, la postura que finalmente triunfó en 1791, y en 1812, suponía una corrección sustancial de los postulados sostenidos por el publicista francés. La teoría liberal del poder constituyente se propuso reconducir las tesis de SIEYES al principio de soberanía nacional, del cual, en este punto, este autor se había separado. Dicho de otro modo, la versión liberal recogía los postulados de este tratadista pero los filtraba por un cedazo doctrinal que los expurgaba de todas sus connotaciones roussonianas. Con esta labor depuradora se evitaba su evidente contenido revolucionario y democrático.

¿En qué consistía esta labor? Pues en la rectificación de dos premisas consustanciales a la doctrina de SIEYES. En primer lugar, el poder constituyente no se identificaba ahora con la soberanía, sino que se concebía como una facultad más (sin duda la más importante) de la misma. El órgano que ejercía este poder no debía actuar, por tanto, como si la Nación misma actuase, sino que debía limitarse a ser su representante extraordinario: debía representarla, pero no suplirla o reemplazarla. De este modo se preservaba intacto el mecanismo básico de la teoría liberal: la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía. Aun cuando el poder constituyente desplegase su actividad, la Nación seguiría conservando la titularidad de la sobe-

ranía, que no sólo comprendía la función constituyente, sino también la función legisladora, al ejecutiva y la judicial. De este modo, para la teoría liberal, basada en el dogma de la soberanía nacional, no sólo los órganos constituidos no podrían ejercer el poder constituyente (tal como SIEYES había afirmado), sino que, a diferencia de lo que se deducía de éste, tampoco el órgano constituyente podría ejercer ninguna de las competencias o funciones atribuidas a los órganos constituidos. Esta nueva paráfrasis de la doctrina del poder constituyente iba dirigida, ante todo, a impedir que una Asamblea (fuese constituyente o legislativa) absorbiese en sí todas las porciones del poder soberano, lo que contradiría todos los postulados liberales más medulares: la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía, la distinción entre un poder constituyente y poderes constituidos, y la división de éstos últimos. En definitiva, contradiría la esencia misma del principio de soberanía nacional que, repitámoslo, tenía ante todo un significado negativo: evitar a toda costa la soberanía de cualquier órgano, ya que ello podría poner en peligro la libertad individual (40).

En segundo lugar, al concebir al poder constituyente como una facultad más de la soberanía, la teoría liberal, a diferencia de SIEYES, podría afirmar -y de hecho, lo afirmaría- que el órgano que ejerciese este poder, una vez elaborada la norma constitucional, debería

actuar conforme a lo establecido por ésta, sin que tal afirmación supusiese limitar la soberanía de la Nación, esto es, su titularidad. De este modo, el órgano constituyente, al no identificarse con la Nación soberana, podría y debería convertirse en un órgano constitucional. Se instituyó, así, un órgano especial de revisión, distinto del legislativo ordinario, pero distinto también del originario órgano constituyente. El poder constituyente stricto sensu debería ser considerado en adelante -como nunca había dejado de serlo- un concepto metajurídico por definición: res factis, non iuris. Al proceder de este modo, el poder constituyente, esgrimido como el principal ariete teórico para derribar la antigua legalidad monárquica, debería ceder paso al poder constituyente entendido ahora como institución, cuyo objeto sería preservar y revisar, a la vez, la nueva legalidad burguesa constituida. Los teóricos liberales, abogarían, así, por una gradual y preestablecida transformación del orden constitucional y condenarían toda repentina palingénesis (41). A esta solución se acogería finalmente la Asamblea francesa de 1791: "rechazando las tesis de Sieyes, según las cuales, el poder constituyente para ser libre no debía sujetarse a ninguna forma preestablecida, los constituyentes de 1791 -escribe BOURDEAU- adoptaron la idea de un procedimiento de revisión previsto por la misma Constitución, y

fijaron así los principios de nuestro derecho público en la materia"(42). Y, en efecto, el texto constitucional de 1791, en el artículo primero de su Título tercero, decía: "la Asamblea nacional constituyente declara que la Nación tiene el derecho imprescriptible de cambiar su constitución. Y, sin embargo, considerando más conforme con el interés nacional el usar solamente por los medios establecidos en la constitución misma el derecho de reformar los artículos que la experiencia acredite como convenientes, decreta que esta reforma deberá hacerse por una Asamblea de revisión en la forma siguiente..." (43). Ahora bien, merced al dogma de la soberanía nacional, este código no sólo prohibía al órgano legislativo ejercer las tareas revisoras, sino que se prohibía también al órgano de revisión ejercer las tareas legislativas (44).

En consecuencia, pues, del principio de soberanía nacional se desprendía una clasificación tripartita de las Asambleas encargadas de la función legislativa, tomando a ésta en un sentido lato: una Asamblea constituyente, una Asamblea de revisión y una Asamblea ordinaria o legislativa propiamente dicha. Todas ellas representarían a la Nación, y ejercerían una parte de su soberanía. Su diferente naturaleza jurídica residía en la mayor o menor amplitud de sus poderes. El legislador constituyente no estaría sometido a ningún límite

adjetivo o sustantivo, al no haber ninguna norma positiva que le predeterminase o encauzase su actividad creadora. Para limitarlo la teoría liberal sólo podría apelar al derecho natural, único expediente que permitía justificar el respeto que éste en todo momento debía tener por los "derechos naturales" de propiedad, seguridad, libertad e igualdad; aconsejando también, al no identificarlo con la Nación soberana, su compartimentación funcional. El órgano de revisión, como órgano constituido, debería someterse a la norma constitucional que tratase de reformar, pero sólo a sus prescripciones orgánico-procedimentales, esto es, a unos límites adjetivos. En el tercer supuesto, en cambio, la Asamblea legislativa no sólo debería observar el procedimiento preceptuado en la norma constitucional para la elaboración y aprobación de las leyes, sino que sus disposiciones deberían acomodarse también al contenido de los preceptos constitucionales. Esto es, la Asamblea legislativa debería atenerse tanto a unos límites adjetivos como a unos límites sustantivos. Asimismo, la separación entre el órgano constituyente y el órgano de revisión, de una parte, y los órganos constituidos ordinarios, de otra, implicaba que mientras la Asamblea constituyente y la de revisión ejercerían por sí mismas sus respectivas funciones, la Asamblea legislativa, en cambio, podría compartir la suya con otro órgano constitui-

do ordinario, por ejemplo con el Rey, como de hecho así lo postulaba la teoría constitucional monárquica.

El dogma de la soberanía nacional y la técnica jurídica de la rigidez se presentan, pues, en una relación de causa a efecto. Si se parte de aquél es preciso articular ésta. Aunque no suceda así a la inversa. Esto es, puede construirse la técnica de la rigidez sin necesidad de partir del principio de soberanía nacional. Pero en este caso la introducción de esta técnica es posible pero no necesaria. Es tan sólo una posibilidad, no una exigencia. Puede decirse, por otra parte, que la técnica de la rigidez puede vertebrarse aún incluso negándose o contradiciéndose el principio de soberanía nacional. Conviene no olvidar, en efecto, que para hablar de esta técnica, como subraya P.VIRGA (44 bis), no es preciso que se distinga entre un órgano legislativo y un órgano de revisión. Basta con que el procedimiento para elaborar y modificar la norma constitucional sea distinto (más complejo) al que se exige para elaborar y modificar las leyes ordinarias. El órgano legislativo y el órgano de revisión pueden, pues, coincidir, sin que ello implique negar la posibilidad de articular esta técnica jurídica, aunque comporte, desde luego, contradecir el principio de soberanía nacional. En pocas palabras: puede decirse que este principio exige -y no tan sólo posibilita- una técnica de la rigidez "agrava-

da" o "cualificada", en tanto que los criterios para distinguir las leyes constitucionales de las leyes ordinarias al ser orgánicos deben ser también procedimentales, ya que aquéllos complican éstos, aunque no ocurra así al revés.

Por último, quizá convenga señalar que la rectificación que los constituyentes franceses de 1791 operaron en la doctrina que SIEYES expuso en su escrito sobre el Tercer estado, fue posteriormente asumida y desarrollada con brillantez por este tratadista. Debe hablarse así, siguiendo a P.BASTID, quien ha estudiado minuciosamente su evolución doctrinal sobre el punto que se ventila, de un SIEYES revolucionario y de un SIEYES conservador (45). De un SIEYES que propugna la persistencia de un poder constituyente desligado y por encima del orden constitucional, y de un SIEYES que defiende la necesidad de organizar en el seno de ese orden, un poder de revisión, cuya tarea sería impulsada -y el nombrees revelador- por un "Collège des Conservateurs" (46). Precisamente, a raíz de este giro tan significativo, el publicista francés plantearía, antes de la famosa sentencia de juez MARSHALL, la conveniencia de un control de constitucionalidad de las leyes, y arbitraría un "Jury Constitutionnaire", primer antecedente, quizá, de los modernos órganos políticos, no judiciales, encargados de administrar la justicia constitucional (47).

III. LOS PLANTEAMIENTOS DOCTRINALES DE LOS DIPUTADOS
REALISTAS.

Los presupuestos doctrinales de los diputados realistas, claramente incardinados en el pensamiento político preestatal, eran ajenos por completo a cualquier "debate constitucional". Esto es, al debate en torno al modo de crear y reformar un texto jurídico fundamental, articulado y sistemáticamente concebido. Para estos diputados, la estabilidad de las leyes consideradas fundamentales, definidoras de un orden político esencial, no se aseguraba a través de unas cautelas racionalmente concebidas, como las que le son propias a la técnica jurídica de la rigidez. No había necesidad de ello, ni, en rigor, posibilidad alguna de que esta necesidad se plantease. A estas leyes, lo hemos visto ya, se les asignaba, pura y simplemente, una absoluta irrevocabilidad, en virtud de su carácter histórico, por haber sido secularmente aceptadas, lo que se sobreponía a su originario carácter pactado. ¿Podían los diputados realistas, partiendo de estos planteamientos, captar los problemas inherentes a la reforma constitucional, y en particular la disquisición doctrinal que ahora nos ocupa? Difícilmente. Lo lógico es que ante estos problemas evidenciasen una palmaria incompreensión de los mismos. Y así fue, en efecto. Las interven--

ciones de los realistas DOU y GOMEZ FERNANDEZ, únicos diputados de esta tendencia que, en el debate del artículo 373, se manifestaron sobre la cuestión que se examina, ponían de relieve que no captaban el significado de discernir entre unas Cortes constituyentes y unas Cortes ordinarias, lo que, obviamente, les incapacitaba para distinguir entre las primeras y unas Cortes de revisión. Esta misma parquedad ante un tema tan esencial cual es el de si la reforma de la nueva ley constitucional habría de llevarla a cabo una Asamblea especial de revisión o las Cortes ordinarias con el concurso del Monarca, parece reforzar la tesis de que la polémica rigidez versus flexibilidad sobrepasaba a los diputados realistas.

Por lo que concierne a DOU y GOMEZ FERNANDEZ, su postura era clara: las Cortes futuras (se supone que con el Rey) podrían en todo momento alterar el texto constitucional, ya que, a su juicio, sus poderes deberían ser exactamente iguales a los que tenían las Cortes de 1812. Por todo ello, consideraban inadmisibile que el Proyecto de constitución en su Título X limitase la capacidad de reforma constitucional de las Cortes futuras, y, más en concreto, que les impidiese iniciar el proceso revisionista antes de que se agotase el plazo de ocho años, que el artículo 373 requería:

"¿Con qué razón -se preguntaba DOU- quitaremos nosotros a la nación y a las cortes venideras un derecho que es incontestable? Supóngase que en las cortes venideras se resuelve la convocación de unas cortes extraordinarias para la alteración, variación o reforma de algunos artículos de la constitución, o que a instancia de las provincias, y en el mejor modo que corresponda, se junten cortes extraordinarias con amplias facultades. ¿Quién dirá que en un caso como éste verificándose de aquí a cinco o seis años, no tendrán las cortes la misma autoridad que tenemos nosotros? Esto es algo innegable; y también que lo quita el artículo" (48).

En términos no muy dispares, aunque mas reveladores todavía, al no hacer ninguna alusión a las Cortes extraordinarias, se expresó GOMEZ FERNANDEZ:

"así como la nación -decía este diputado- del modo que se considera en este congreso, ha tirado las líneas, y puesto reglas en la constitución para la común utilidad de los pueblos, y todo para su provecho; del mismo modo, reunida dentro de quatro o cinco años, podrá para su mayor bien proceder a variar algún artículo que exiga variación. Yo digo mas: si se advirtiera por V.M. ahora misma que en la constitución había un artículo, que ya estaba aprobado, del que se podía seguir un perjuicio, o nos privaba de una utilidad, ¿no se quitaría o variaría sustituyéndolo por otro? Con que teniendo el mismo objeto las cortes futuras que tienen éstas, se les debe dexar esta facultad para que hagan las variaciones, sea a los dos ó quatro o más años...En qualquier tiempo que se advierta puede la nación reunida en cortes hacer las alteraciones más oportunas" (49).

Estos diputados, pues, y en especial GOMEZ FERNANDEZ, mas que rechazar la distinción entre Cortes constituyentes y Cortes ordinarias, parecieron ignorar su alcance. Ahora bien, sería parcial quedarse con este juicio. Decir que los diputados realistas no se percataron del significado de esta disquisición no es suficiente. No basta tampoco con afirmar -siendo ello cierto- que esta premisa se presentaba como algo ajeno a sus más medulares presupuestos doctrinales. Hay que decir más. Hay que decir que si se partía de éstos, a la hora de enfrentarse a un moderno debate constitucional resultaba lógico que se rechazase (y no tan sólo que se ignorase) todo mecanismo de rigidez constitucional.

Conviene no olvidar, en efecto, que estos diputados, en primer lugar, negaban la noción de poder constuyente (y no tan sólo la posibilidad de su ejercicio en 1812), en consonancia con su postura ante el origen del poder político, como se ha visto en los capítulos segundo y tercero. En segundo lugar, al atribuir el poder político a las dos instituciones históricas, el Rey y las Cortes, consideradas como consustanciales a la constitución tradicional española, identificaban la titularidad con el ejercicio del poder. ¿Cuál era la consecuencia de estos planteamientos? Sin duda, como se ha dicho, no plantearse siquiera la necesidad de elaborar un texto constitucional escrito y dotado de una

estabilidad mayor que las demás leyes. En una palabra: ignorar las categorías básicas del constitucionalismo, como la técnica de la rigidez. Ahora bien, tales planteamientos no tenían que desembocar necesariamente en un repudio frontal a la elaboración de un texto constitucional. Y mucho menos cuando esta elaboración se presentaba, como acontecía en 1812, como una exigencia insoslayable, como un "fait accompli". En este caso, ¿cuál era la postura sobre la reforma constitucional mas coherente con estos planteamientos? Pues la de afirmar que las Cortes con el Rey eran las únicas instituciones legitimadas tanto para elaborar un texto constitucional, como para reformarlo, y desechar la idea misma de unas Cortes constituyentes, y, por tanto, la de instituir unas Cortes especiales de revisión. Los postulados de los diputados realistas sobre la soberanía conducían lógicamente a reivindicar la flexibilidad constitucional: la tesis de que el órgano legislativo, y con el mismo procedimiento utilizado para elaborar las leyes ordinarias, es el único órgano capaz de elaborar y modificar un texto constitucional. La distinción entre Cortes constituyentes, Cortes ordinarias y Cortes de revisión no era, pues, tan sólo ajena a los postulados esenciales de los diputados realistas, sino incompatible con ellos. No se trataba tan sólo de ignorar esta distinción, sino también de rechazarla. Aunque

este rechazo fuese en las Cortes de Cádiz más implícito que explícito, más encubierto que razonado.

Años más tarde, sin embargo, la defensa de la flexibilidad constitucional (o de la "omnipotencia parlamentaria", como entre nosotros se llamó) quedaría perfectamente definida, y constituiría una premisa de capital importancia para el ideario constitucional del liberalismo moderado durante todo el siglo XIX. En particular, este postulado, inseparable de la doctrina de la "soberanía compartida" y de la teoría de las leyes fundamentales, se aquilataría sobre todo en las Cortes reformistas de 1845. Así, en el Dictamen de la Comisión sobre Reforma de la Constitución (de 1837), DONOSO CORTES, su secretario y redactor, decía:

"la potestad constituyente no reside sino en la potestad constituida, ni ésta es otra en nuestra España sino las Cortes con el Rey. Lex fit consensu populi et constitutione Regis: esta máxima de nuestros padres, sublimada por su misma sencillez, ha llegado hasta nosotros vencedora de los tiempos y de las revoluciones. La Comisión la ha aceptado, y la proclama aquí con un profundo acatamiento" (50).

Y en este mismo Congreso, MARTINEZ DE LA ROSA, explayándose sobre esta importante premisa, afirmó:

"...Todos reconocemos que corresponde a la Corona y a las Cortes el derecho de reformar la constitución del Estado. Hubo un tiempo en que prevaleció la opinión contraria, en que se establecían los medios de reformar las constituciones, sin tener en

cuenta que no hay ejemplo en la historia de que una constitución haya sido modificada por los trámites que para ello se establecieron...Y es cosa singular que cabalmente los que han negado este derecho a la Corona y a las Cortes son los que se presentan como más acérrimos defensores de la soberanía nacional: y por cierto que se aviene muy mal que los que creen que unos diputados tienen el derecho de reformar la ley fundamental, nieguen a sus sucesores igual derecho. No hay nación que no tenga facultad de reformar las fundamentales como las otras leyes, aunque con mas detenimiento". (51).

Es más: para el doctrinarismo liberal decimonónico, como para el realismo doceañista (cuyo nexos es indudable, como intentamos mostrar a lo largo de esta tesis), la defensa de la flexibilidad constitucional iba inseparablemente ligada a una segunda premisa de capital importancia: a la defensa de unos límites materiales de la reforma constitucional. Pero sobre este importantísimo punto nos extenderemos en el capítulo siguiente.

IV. LOS PLANTEAMIENTOS DE LOS DIPUTADOS AMERICANOS.

Los diputados americanos no admitieron tampoco la distinción entre Cortes constituyentes, Cortes ordinarias y Cortes de revisión. Tal actitud era también lógica consecuencia de sus premisas doctrinales sobre el problema de la soberanía. Ciertamente, en este caso la

idea de poder constituyente no había sido impugnada (conviene recordar el casi unánime silencio de estos diputados en el debate sobre el origen y los límites del poder), aunque los representantes de Ultramar negasen e las Cortes de Cádiz tal carácter, como se ha visto en el capítulo quinto. Pero, de cualquier modo, al identificar la titularidad con el ejercicio de la soberanía y a la Nación soberana con las Cortes, entendían -como también quedó dicho- que cualquier límite a la actividad de éstas suponía restringir y, por tanto, negar la soberanía de aquélla. Tales planteamientos no podían conducir sino a negar la distinción entre Cortes constituyentes y Cortes ordinarias y, en consecuencia, entre las primeras y las de revisión.

Y, efectivamente, para estos diputados -y para el metropolitano TERRERO, quién, como otras veces, se sumó a sus argumentos (52)- las Cortes ordinarias, siempre que lo estimasen conveniente, deberían estar facultadas para modificar cualquier precepto constitucional, siguiendo para ello el proceso establecido para aprobar las leyes comunes u ordinarias. No obstante, a diferencia de lo que ocurría con los diputados realistas, se colegía que para los diputados americanos (y también para TERRERO) este cometido revisor deberían llevarlo a cabo las Cortes por sí mismas, sin la participación del Monarca. Incluso en algún discurso se hizo

patente de modo explícito tal deseo:

"yo no digo -exponía GURIDI Y ALCOCER- que la constitución deba sancionarse por el monarca, cuando es privativa de la nación; pero sí por ésta para darle la mayor robustez e irrevocabilidad" (53).

No era, pues, un prejuicio realista sino más bien la impronta de ciertas premisas democrático-radicales lo que se escondía tras este disentimiento con el mecanismo, de la rigidez que el Proyecto de Constitución intentaba introducir. Se trataba de una curiosa defensa de la omnipotencia de las Cortes, de una flexibilidad constitucional cercana en apariencia a las tesis roussonianas, no desde luego a las de SIEYES. Aunque tampoco cabe descartar que los vestigios arcaizantes presentes en sus presupuestos doctrinales les impidiesen penetrar en el alcance de estos problemas. Sea como fuere, el rechazo a la disquisición doctrinal que ahora se analiza fue inequívoco.

Tal actitud salió a relucir en la controversia que desató el artículo 100 del Proyecto constitucional. Este precepto, que contenía la fórmula de los poderes ordinarios que habían de otorgarse a los diputados en Cortes, adelantaba ya la distinción entre órgano constituyente y órgano legislativo, que recogía y desarrollaba en el Título X, dedicado a organizar el procedimiento de reforma constitucional. Este artículo dispo-

nía, entre otras cosas, que los representantes ordinarios de la Nación reunidos en Cortes podrían:

"acordar y resolver cuanto entendieren conducente al bien de ella, en uso de las facultades que la constitución determine, y dentro de los límites que la misma prescribe, sin poder derogar, alterar o variar en manera alguna ninguno de sus artículos baxo ningún pretexto."

Para TERRERO, este párrafo -ciertamente redundante- chocaba con los principios constitucionales ya aprobados:

"la persuasión de este aserto -argumentaba este diputado- se deduce de principios ineluctables, que no pueden entrar en controversia. El argumento es a mi juicio un invencible Aquiles; lo limito a términos académicos para no dar lugar a ambages, obscuridades y follage de una capciosa oratoria. Primera proposición: la soberanía reside esencialmente en la nación, y por lo tanto le pertenece exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales. Consta por un artículo aprobado ya... Segunda proposición: la reunión de los diputados representa la nación: consta por otro artículo aprobado ya... Tercera proposición, o genuina consecuencia: luego las Cortes, que son la reunión de todos los diputados, pueden establecer sus leyes fundamentales o constitucionales; luego siempre en todo tiempo, en toda ocasión, en cualesquiera circunstancias en que se congreguen las Cortes, tienen este derecho, que les es intrínseco, porque les es esencial, como le es esencial a la nación la misma soberanía... En vano se ocurrirá -prosegua este diputado- para escapar la irresistible fuerza de este convencimiento (diré como lo entiendo) a los quiméricos e fugios de la nación constituyente y

constituida. Sea cual fuere el concepto que esto envuelva, con respecto a nuestra España, no tiene ni puede tener lugar...Siempre que las cortes judgen y entiendan que de derogar, alterar o variar algún artículo de la constitución pueda seguirse un bien general, podrán derogarlo, alterarlo y variarlo, so pena de no cumplir con su obligación...¿quién, digo yo -concluía TERRERO- ha autorizado a las presentes cortes para atar las manos a las venideras, cuando éstas las tienen libres y desembarazadas? La nación o las cortes, que son la nación reunida, se atarán como y cuando le parezca" (54).

Como es fácil apreciar, en este sentencioso discurso del inefable TERRERO quedaba bien claro que para éste las Cortes y la Nación soberana eran una misma cosa, de igual manera que las Cortes constituyentes y las Cortes ordinarias.

Los diputados mejicanos GURIDI Y ALCOCER y RAMOS DE ARISPE se expresaron en unos términos semejantes en el debate del Título décimo del Proyecto constitucional. La identificación -o la no distinción, si se quiere- entre Cortes constituyentes y Cortes ordinarias se revela en estas intervenciones de forma no menos patente:

"Si hubiera sancionado la constitución una autoridad superior a la de las cortes -decía GURIDI en la discusión del artículo 373-, es indudable que no podrían variarla ni alterarla las venideras; pero la han formado las presentes, cuyo poder es igual al de las futuras. Ellas no menos que éstas serán la representación nacional, y serán como éstas las depositarias de la soberanía del pueblo...A la luz de estos principios inconcusos se ve claramente

que estas cortes no pueden mandar a las venideras, ni coartar sus facultades soberanas, prohibiéndolas hacer lo que éstas pueden executar; esto es, impidiéndolas hacer variar o reformar algún artículo o artículos de la constitución. ¿De dónde les habrá de venir el poder para semejante taxativa?, o, ¿porqué se han de erigir sobre sus iguales? ¿Será porque son constituyentes? No, porque esto lo que quiere decir es que encontrando a la monarquía sin constitución, por no estar en uso de sus leyes fundamentales, las restablecieron... Pero no es decir que tengan mas autoridad las presentes que las futuras. Así como las presentes han hecho la constitución... las futuras la reformarán si fuese necesario; y así como las actuales son constituyentes, las venideras serán reformantes" (55).

Esto es, GURIDI no se limitaba a negar el carácter constituyente de las Cortes de Cádiz, sino que ponía de manifiesto que para él entre las Cortes revestidas de este carácter y las ordinarias no había diferencia alguna en lo que concernía a la amplitud de sus poderes.

Idéntica conclusión cabe extraer de estas palabras de RAMOS DE ARISPE:

"yo no entiendo por qué se hade restringir mas la libertad del diputado, para que reuna las firmas de otros veinte para hacer una proposición (requisito exigido, como se ha dicho, por el artículo 375 del proyecto, cuando esta proposición versasse sobre algún artículo constitucional). Digo que no se ha de exigir ésto -continuaba RAMOS- siendo así que los diputados futuros serán tan representantes de la nación como los de las presentes, en que no se ha hecho esta coartación. Y así como cualquier diputado de este congreso puede proponer una ley constitucional, así

qualquiera de las cortes futuras puede hacer reformas constitucionales. Sí, Señor, constitucionales; no tengo reparo en decirlo. No hallo razón para que se haga diferencia entre los diputados de este congreso y los de los futuros." (56).

Por último, puede ser de interés señalar que cuando MARTINEZ MARINA emite un juicio sobre las cuestiones que ahora se dilucidan se observa un claro paralelismo entre sus tesis y las sustentadas en las Cortes de Cádiz por los diputados americanos y por TERRERO. Como advierte MARAVALL, en la doctrina constitucional de MARINA se desconoce cualquier procedimiento de rigidez constitucional (57). Aunque, en realidad, no se trata de una laguna, de una premisa tácita y sólo inferible -como MARAVALL parece insinuar-, sino de un explícito y nítido rechazo. Así, en la "Teoría" se opone a la distinción entre Cortes constituyentes y Cortes ordinarias, al glosar el mencionado párrafo del artículo 100. Frente a la restricción que este precepto establecía al poder de las Cortes ordinarias, el juicio de MARINA es terminante:

"hallo también en la fórmula de los poderes -decía MARINA- una contradicción: porque si por ella se exige de los electores de provincia que otorguen a los diputados poderes amplios para acordar y resolver cuanto entendieren conducente al bien general, ¿cómo se les ciñe y limita esta facultad en orden a poder derogar, alterar o variar en manera alguna ninguno de los artículos de la constitución?...Las cortes -proseguía- gozan de una autoridad delegada, procedente de la soberanía del pueblo. ¿Se puede concebir o se ha visto jamás que una persona o

cuerpo delegado intentase apocar o disminuir a la autoridad del delegante o de prescribirle reglas acerca de la forma y orden con que debe comunicarle la jurisdicción o darle facultades para que haga sus veces? No hay, pues, razón, ni legítimo título -concluía MARINA- para prohibir a los ciudadanos el uso de esta justa libertad, que al tiempo del otorgamiento de los poderes puedan encargar a sus agentes y procuradores que propongan en las cortes las mejoras de que es susceptible la constitución y las innovaciones y reformas de aquellos artículos que la reflexión y la experiencia hayan mostrado ser impracticables o perjudiciales a la sociedad" (58).

Y, en fin, el el "Discurso sobre el origen de la Monarquía" critica abiertamente, con unos razonamientos similares a los utilizados por los diputados de Ultramar, la limitación temporal que el artículo 375 del código doceañista (373 del Proyecto) establecía para que pudiera iniciarse la revisión constitucional (59).

Con lo cual, las coincidencias entre el historiador español y los representantes de América en las Cortes de Cádiz se acrecientan sensiblemente. Y si es posible que hubiese una influencia de aquél sobre éstos, no es menos improbable, como ya se había adelantado en el capítulo primero, que sucediese a la inversa.

V. LOS PLANTEAMIENTOS DE LOS DIPUTADOS LIBERALES
DE LA METROPOLI.

La distinción entre Cortes constituyentes, Cortes ordinarias, y Cortes de revisión era una de las más importantes consecuencias que se derivaban de las premisas mantenidas por los diputados liberales al abordar el problema de la soberanía. Así, en efecto, mientras su crítica al pacto de traslación y la subsiguiente defensa del concepto de soberanía les conducía a afirmar la idea de un poder constituyente (y la posibilidad de su ejercicio en 1812), su idea de Nación exigía distinguir la titularidad del ejercicio de la soberanía, lo que les permitía (y aún les exigía) diferenciar a ésta del poder constituyente, y, a su vez, convertir al órgano que ejercía este poder en un órgano especial de revisión, distinto del legislativo ordinario.

En este sentido, puede decirse que del principio de soberanía nacional, proclamado en el Decreto de 24 de Septiembre de 1810 y recogido en el artículo tercero del Proyecto, los diputados liberales de la metrópoli extrajeron, por lo que respecta a la cuestión que se examina, dos postulados básicos: de una parte, un postulado que hacía de la Nación el único sujeto titular del poder constituyente, esto es, tal como disponía el artículo tercero, el único sujeto capaz de esta-

blecer, a través de sus representantes extraordinarios, sus leyes fundamentales. De otra parte, un segundo postulado, en perfecta coherencia con el anterior, según el cual sólo a la Nación, a través también de sus representantes extraordinarios, habría de corresponder en el futuro el derecho de alterar, suprimir o adicionar sus leyes constitucionales en vigor. Este segundo postulado se recogía en el párrafo citado del artículo 100 y se reafirmaba y desarrollaba en los artículos 373 y siguientes del Título décimo del Proyecto. Se reconocía, pues, una doble distinción (aunque no siempre se expresase con claridad): de un lado, la de Cortes constituyentes y Cortes ordinarias, que junto al Rey ejercerían el poder legislativo; de otro, la de Cortes constituyentes y Cortes de revisión. Veamos como plantearon ambas distinciones los diputados liberales.

1. LA DISTINCION ENTRE CORTES CONSTITUYENTES Y CORTES ORDINARIAS.

A la distinción entre Cortes constituyentes y Cortes ordinarias se había referido ya el Conde de TORRENO en el debate del artículo tercero del Proyecto constitucional:

"la nación -decía este diputado- establece sus leyes fundamentales; esto es, la constitución, y en la constitución delega la facultad de hacer las leyes a las cortes ordinarias jun-

tamente con el rey; pero no les permite variar las fundamentales, porque para ésto se requieren poderes especiales y amplios, como tienen las actuales cortes, que son generales y extraordinarias, o determinar en la misma constitución cuando, como y de que manera podrán examinarse las leyes fundamentales si conviene hacer en ellas la misma variación. La nación todo lo puede, y las cortes solamente lo que les permite la constitución que forma la nación o una representación suya con poderes a este fin. Diferencia hay entre unas cortes constituyentes a unas ordinarias: éstas son ábitras de hacer y variar el código civil, el criminal, etc., y sólo a aquéllas le es lícito tocar las leyes fundamentales o la constitución, que siendo la base del edificio social debe tener una forma mas permanente y duradera" (60).

También ARGUELLES sacó a relucir esta distinción en la polémica que suscitó el citado párrafo del artículo 100, pretendiendo con ellos contrarrestar la crítica que contra este párrafo había formulado TERRERO:

"es necesario tener presente -decía ARGUELLES- que las leyes que hace la nación por sí en virtud de la soberanía que tiene, no pueden ser derogadas sino por otro cuerpo como el que las ha formulado; y las cortes ordinarias como cuerpo constituido, y que forma sus leyes en unión del rey, no pueden derogar las que la nación ha formado, para esto es preciso que la nación vuelva a reunirse por sí sola como cuerpo constituyente...Las leyes fundamentales pueden variarse siempre que la nación lo tenga por conveniente; pero para eso debe reunirse con poderes especiales ad hoc, y en forma distinta de las cortes ordinarias" (61).

Pero fue sobre todo en la disputa que se entabló con motivo del artículo 373 cuando la distinción entre Cortes constituyentes y Cortes ordinarias se trajo a colación con mas insistencia. A ella aludieron casi todos los diputados liberales que intervinieron a favor de este precepto. Pero, para evitar reiteraciones, interesa tan sólo transcribir un fragmento del discurso pronunciado por CANEJA:

"la nación en sí tendrá siempre el derecho de hacer lo que le acomode; pero las cortes ordinarias, hijas de la constitución, ni serán lo mismo que la nación en abstracto, ni deberán confundirse con las extraordinarias y constituyentes, autorizadas con poderes ilimitados, ni podrán abrogarse más facultades que la misma constitución les señale. Si fuere posible que la nación estuviera siempre reunida o representada por un cuerpo constituyente, entonces sería inútil el artículo que se discute. Pero semejante estado es repugnante, violento, y aún imposible. Ni una nación puede estar siempre instituyéndose, ni un cuerpo constituyente puede reunirse sino en épocas de revolución y trastorno" (62).

2. LA DISTINCION ENTRE CORTES CONSTITUYENTES Y CORTES DE REVISION.

Si la distinción entre Cortes constituyentes y Cortes ordinarias estaba claramente formulada en las intervenciones de los diputados liberales, no sucedía lo mismo a la hora de distinguir a las primeras de unas Cortes especiales de revisión. Esta segunda premi-

sa aparecía bastante difuminada, ya que estos diputados -y los párrafos transcritos así lo atestiguan- a la categoría de Cortes ordinarias contraponían la de Cortes constituyentes, sin discernir dentro de estas últimas entre las que lo eran de modo estricto, al desarrollar su función ex lege, y las que se limitarían en el futuro a revisar el texto constitucional conforme a lo que éste prescribía para tal fin. Dicho desde otro punto de vista, los diputados liberales a la categoría de Cortes constituyentes (carácter que asignaban a las de cádiz) contraponían la de Cortes "delegadas", "ordinarias" o "constituidas", pero dentro de estas últimas sin discriminar entre aquellas que junto al Monarca ejercerían el poder legislativo, de aquellas otras que sin la intervención del Rey habrían de ejercer las tareas de revisión constitucional. No estaba del todo claro si estos diputados subsumían las Cortes de revisión en la categoría de Cortes constituyentes o si englobaban a aquéllas en la categoría de Cortes ordinarias. Aunque de sus intervenciones se deducía que más bien se trataba de lo primero. En todo caso, lo que sí estaba claro es que, en principio, la tríada de "Cortes constituyentes, Cortes ordinarias y Cortes de revisión", necesaria para poder articular la técnica "cualificada" de la rigidez constitucional, quedaba desdibujada al reducirse al par "Cortes constituyentes-Cortes ordinarias".

¿A qué obedecía tal fenómeno? Pues a dos razones fundamentalmente: en primer lugar, porque la polémica giró en torno a la distinción entre Cortes constituyentes y Cortes ordinarias, no aceptada -como se ha visto- ni por los diputados realistas ni por los americanos, lo que provocó que la distinción entre Cortes constituyentes y Cortes de revisión perdiese interés inmediato. En segundo lugar, tal actitud respondía al doble influjo doctrinal que se percibe en los planteamientos de los diputados liberales sobre el problema de la reforma constitucional: de un lado el de la doctrina de SIEYES sobre el poder constituyente; de otro, el de la corrección liberal que de ésta hicieron los constituyentes franceses del 91. Conviene ahondar en este punto con cierto detenimiento.

El influjo de SIEYES se hace patente cuando estos diputados identifican al poder constituyente con la soberanía, y, por tanto (separándose del principio de soberanía nacional y contradiciendo la distinción entre titularidad y ejercicio de la soberanía) atribuyen a las Cortes constituyentes un carácter ilimitado al abarcar todas las facultades inherentes a la soberanía. Tales premisas venían a recogerse ya en el Decreto de 24 de Septiembre de 1810, cuando se proclamaba lo siguiente:

"los diputados que componen este Congre-

so, y que representan a la Nación española, se declaran legítimamente constituidos en Cortes generales y extraordinarias, y que reside en ellas la soberanía nacional" (63).

La identificación entre Cortes constituyentes y soberanía nacional es, pues, diáfana en este texto normativo.

Estos mismos puntos de vista los sacaron a relucir también destacados diputados liberales en el debate constitucional. Así, CANEJA, en defensa del carácter constituyente de las Cortes de Cádiz, afirmó:

"la nación, Señor, soberana por sí e independiente, tiene sin duda el derecho de establecer sus leyes fundamentales, y de adoptar la forma de gobierno que más le convenga: representada por los diputados que componemos estas cortes generales y extraordinarias, a quienes ella misma ha hecho depositaria de todo su poder y sus derechos, se halla actualmente ejerciendo sus mas sagradas facultades: se ocupa en sancionar su constitución" (64).

Es decir, para CANEJA, al igual que para SIEYES, el órgano constituyente no se limitaba a representar a la Nación soberana, sino que la reemplazaba o suplantaba. De ahí que este diputado se refiriese a las Cortes constituyentes como aquellas Cortes "autorizadas con poderes ilimitados" (65).

Un semejante punto de partida se revela en estas palabras de OLIVEROS:

"es cierto, Señor, que la nación es soberana, y que si todos sus constituyen-

tes reunidos o dispersos conviniesen en un pensamiento contrario a la constitución, aquél sería su voluntad y su ley; pero el caso es metafísico y raya en lo imposible. Por lo que toca a las cortes no milita la misma razón. Estas no ejercen todos los derechos de la soberanía, sino cuando sus diputados se hallan revestidos de poderes que contengan todo el de la nación, y no serán tales en lo sucesivo los que otorguen los pueblos a sus diputados" (66).

De lo que se infiere que para OLIVEROS las Cortes de Cádiz, como Cortes constituyentes, sí ejercían "todos los derechos de la soberanía" y "todo el poder de la nación". Aunque, ciertamente, se puede deducir también de este discurso que OLIVEROS, al negar que tal omnipotencia pudiese repetirse una vez aprobado el texto constitucional, pensaba que las Cortes que se encargasen de modificarlo tendrían un carácter sustancialmente distinto al que él atribuía a las constituyentes, dedicadas a elaborarlo. Postulado este último que contradecía los planteamientos doctrinales de SIEYES, a los que aquí parece acogerse este diputado.

Hay que decir, en todo caso, que, con plena fidelidad al principio de soberanía nacional, el criterio de considerar a las Cortes constituyentes como una Asamblea omnipotente que se arroga todas las facultades inherentes a la soberanía, no fue el que triunfó en 1812.

Así, el mismo Decreto de 24 de Septiembre de 1810, al mismo tiempo que identificaba el poder constituyente

con la soberanía, disponía, sin embargo, lo siguiente:

"no conviniendo queden reunidos el poder legislativo, el ejecutivo y el judicial, declaran las Cortes generales y extraordinarias que se reservan el ejercicio del poder legislativo en toda su extensión".

En esta misma disposición se reconocía al Consejo de Regencia, de modo interino, como el único órgano ejecutivo. Asimismo, las Cortes confirmaban, también de modo provisional, a "todos los tribunales y justicias establecidos en el Reino, para que continuen administrando justicia según las leyes" (67).

No obstante, tales propósitos no pasaron de ser una mera declaración teórica. En la práctica las Cortes de Cádiz ejercieron ciertas funciones ejecutivas y judiciales. Tal hecho fue incluso justificado por ARGUELLES en el debate del artículo 27, y por GALLEGO en el del 242 (68). Para el diputado asturiano, las Cortes de Cádiz, merced al carácter constituyente que ostentaban, entendían y podían entender de todo. Ahora bien, agregaba este diputado:

"su extensa autoridad es efecto de las circunstancias y del objeto (no hay que disimularlo), que las ha congregado. Las cortes sucesivas no serán mas que un congreso legislativo, en el cual sólo se ventilarán proyectos o materias de ley, y los asuntos cuya naturaleza les corresponda por la constitución. No se erigirán en tribunal de justicia, en junta militar, en comisión gubernativa" (69).

GALLEGO, por su parte, afirmó:

"las cortes venideras no deben compararse con las actuales extraordinarias y constituyentes. Aquellas no podrán ejercer en ningún caso la potestad judicial, porque son cortes ordinarias, en quién no reside la soberanía, la cual reside en las actuales como representantes de la nación entera que tiene autoridad para hacer una constitución. Las cortes ordinarias sólo tendrán la facultad legislativa, y nada mas. Y si la nación quiere darse otra constitución, formará otras cortes extraordinarias como las actuales, y éstas tendrán en toda su plenitud la autoridad para disponer lo que a la nación le convenga" (70).

La actitud de los diputados liberales era, pues, muy contradictoria: de un lado, identificaban, siguiendo a SIEYES, la soberanía con el poder constituyente y la Nación con las Cortes que ejercían este poder; de otro, siguiendo el principio de soberanía nacional, distinguían ambas cosas. Fue quizá esta vacilante postura lo que les condujo a subsumir, en unos casos, la función de revisión en la función constituyente, y a identificar a los órganos encargados de ejercer tales funciones; mientras que en otros, ambos extremos parecían discriminarse.

Repitámoslo una vez más: si se identificaba al poder constituyente con la soberanía, resultaba forzoso, para no negar esta cualidad, defender la imposibilidad de que el poder constituyente pudiese instituirse o constituirse. En este caso, era necesario considerar al

poder constituyente como un poder no sólo prepositivo sino también suprapositivo; y negar, en consecuencia, la posibilidad de articular un poder especial de revisión. Estos planteamientos estaban presentes en el discurso de GALLEGO que se acaba de citar, y en este otro que pronunció este diputado en el debate del artículo tercero:

"...Si antes de constituirse la nación fue soberana esencialmente -argumentaba- lo es en el día, y lo será siempre aunque haya pasado por una, dos o diez constituciones...Esta nación por las leyes constitucionales que luego establece contrae ciertas obligaciones consigo misma, pero como voluntariamente las contrae, y el objeto de ellas es la felicidad general de sus individuos, puede derogarlas o reformarlas desde el momento en que vea que se oponen a dicha felicidad, que es el único fin de su formación" (71).

Ahora bien, digámoslo de nuevo, si se distinguía al poder constituyente de la soberanía, y al órgano que ejercía este poder de la Nación, era posible convertir al órgano constituyente en un órgano especial de revisión, sin ello supusiérase limitarla la soberanía nacional. Tal posibilidad fue reconocida por el Conde de TORENO y aún por el mismo GALLEGO, lo que volvía a poner de manifiesto la contradicción en la que se debatían los diputados liberales, y éste en particular. Por lo que concierne a TORENO, este diputado venía a distinguir entre Cortes constituyentes y Cortes de revisión cuando en el debate

del artículo tercero negaba a las Cortes ordinarias de consuno con el Monarca la capacidad para modificar el texto constitucional, y afirmaba que para tan alto cometido se requerían dos cosas:

"poderes especiales y amplios, como tienen las actuales cortes...O determinar en la misma constitución quando, como y de qué manera podrán examinarse las leyes fundamentales, si conviene hacer en ellas la variación" (72).

Por lo que a GALLEGO respecta, este diputado no reconoció de modo explícito tal distinción. Pero venía a reconocer, al menos, que las Cortes futuras (fuesen ordinarias o no) tendrían unos poderes limitados, en cuanto que estaban obligadas a acatar las prescripciones dispuestas en el texto constitucional:

"estas cortes -argüía GALLEGO- no han tenido que obedecer leyes, porque no ha habido constitución formada, como la que ha de regir de aquí en adelante para las cortes futuras. Los diputados de las que vengan no han de tener más facultades que las que les señala la constitución, pues sólo tendrán las que se les den ahora" (73).

Pero, sobre todo, la distinción entre Cortes constituyentes y Cortes de revisión se plasmaba de modo objetivo en el código constitucional de 1812, lo que contrarrestaba -y decantaba definitivamente- la titubeante actitud mantenida por los diputados liberales en los debates parlamentarios. Este código, en efecto, instituyó un órgano especial de revisión, distinto del órga-

no legislativo ordinario, formado por las Cortes y el Rey, pero bien diferente también de una Asamblea constituyente. Sin embargo, antes de detenernos en el examen de este extremo conviene hurgar en el trasfondo doctrinal que se ocultaba tras la ambigua y equívoca actitud de los diputados liberales.

3. PODER CONSTITUYENTE VERSUS PODER DE REVISION Y EL PROBLEMA DEL "TRASPASO" DE LA SOBERANIA DE LA NACION AL ESTADO.

¿Qué es lo que subyacía en esta dubitativa actitud de los liberales doceañistas? Pues, simplemente, la negativa a aceptar el "traspaso" de la soberanía de la Nación al Estado, que es en lo que se traduce el tránsito del poder constituyente a un poder especial, pero constituido, de reforma. Los doceañistas liberales, con ello, no hacían más que "quedar atrapados" en las contradicciones propias del principio de soberanía nacional. Este principio, en efecto, encierra una determinada lógica interna de la que se desprende -lo hemos visto y lo seguiremos viendo- ciertas consecuencias reales. Pero, a la vez, de este principio se deducen también ciertas consecuencias no menos reales que sobrepasan y aún contradicen su propia lógica interna. Ante todo, hay que señalar que el carácter ideológico del principio de soberanía nacional no reside en ser un reflejo falso de

una realidad verdadera, sino en ser simple reflejo verdadero de una realidad falsa por aparente e ideal. Expliquémonos. Este principio descansa en un postulado falaz: el imputar la soberanía a un sujeto preestatal, a partir del cual se intenta articular de un determinado modo el Estado nacional, es decir la comunidad nacional jurídicamente organizada. Pero, en realidad, la soberanía es una cualidad consustancial y exclusiva del ordenamiento jurídico estatal. Pero, además, los liberales del doce -y aquí reside el núcleo de sus titubeos ante el problema que nos ocupa- no se acogieron a este punto de partida falso a modo de hipótesis ideológicamente necesaria para articular el Estado liberal (como KANT, por ejemplo, había hecho) (73 bis), sino que aceptaron este punto de partida como apotegma. Por eso, al mismo tiempo que subrayaban el carácter soberano del Estado, su carácter positivo, pretendían mantener también el carácter soberano de la Nación preestatal, su carácter natural y suprapositivo. Por tal motivo, afirmaban, por una parte, que una vez constituido el Estado el poder constituyente de la Nación permanecía; y, por otra, afirmaban y organizaban el poder constituido de revisión, lo que suponía objetivamente liquidar todo poder constituyente. Ello explica también que utilizaran la misma denominación para designar al órgano constituyente "originario" y al "derivado": en ambos casos se

trataba de unas Cortes constituyentes.

Hacer del sujeto fundante y fundamentador de la Constitución y del Estado, la Nación, un sujeto que deviene fundado y fundamentado por este último, fue el gran escollo teórico que los diputados liberales fueron incapaces de superar. Y esto es así porque en aquél entonces se estaba lejos de reconocer que el principio de soberanía nacional conduce inexorablemente a afirmar la soberanía del ordenamiento jurídico. Así, en efecto, una vez constituido el Estado es éste el único soberano. O mejor: sólo cuando se constituye tiene sentido hablar de soberanía. Es en el Estado y en concreto en su norma constitucional en donde se encuentra la verdadera fuente de toda positividad, el origen de la validez del resto del ordenamiento jurídico. Por otra parte, no cabe duda de que, objetivamente, una vez ejercido el poder constituyente, este poder desaparece, y el órgano que lo ejerce se transforma en un órgano constituido más. La contradicción en que se debate el principio de soberanía nacional es, pues, insalvable: por un lado exige considerar a la Nación como sujeto siempre soberano, y separar al poder constituyente de los poderes constituidos; pero, por otro, sólo constituido el Estado tiene sentido hablar de soberanía, y en él sólo puede haber poderes constituidos. Por ello del principio de soberanía nacional se deducen dos consecuencias objetivas: el

"traspaso" de la soberanía al Estado, y dentro de éste la necesidad de distinguir entre unos poderes constituidos ordinarios y un poder constituido de revisión.

Todas estas contradicciones son típicas del primer liberalismo (y están presentes también en los constituyentes de 1791), y son fruto de la lucha o tensión entre su iusnaturalismo ideológico y la incipiente necesidad de afirmar el iuspositivismo. Es el clásico dualismo consustancial al dogma de la soberanía de la colectividad, esto es, -tal como se había dicho en el capítulo cuarto (74)- el que se verificaba al afirmar la soberanía subjetiva de la Nación con la objetiva del Estado, la doctrina política de la soberanía con su doctrina jurídica. Sin embargo, este dualismo tiene un planteamiento muy distinto si se imputa la soberanía al Pueblo o a la Nación.

En el dogma de la soberanía popular, este dualismo es ideológico, pero irresoluble. Se pretende que sea el Pueblo quien determine y defina al Derecho, y no que sea éste quien determine y defina a aquél. En estos planteamientos -que están presentes en ROUSSEAU y en la doctrina de SIEYES sobre el poder constituyente- se pretende, en definitiva, que el Estado soberano no anule la existencia del Pueblo soberano. Soberanía del Pueblo y soberanía del Estado no son dos caras de la misma moneda, sino dos monedas distintas de curso incompatible y

excluyente.

En el dogma de la soberanía nacional, en cambio, el dualismo entre soberanía de la Nación y soberanía del Estado es también ideológico, pero compatible. Ambas denominaciones expresan la misma idea, pero desde puntos de vista diferentes. Son dos caras de la misma moneda. Hablar de la soberanía de la Nación es incurrir en un planteamiento ideológico. Hablar de la soberanía del Estado es plantear la cuestión en sus términos objetivos. En el primer caso se quiere hacer referencia al nacimiento del Estado, como si se partiese de su formación. En el segundo caso, se parte ya de un Estado constituido. Así, la Nación, al constituirse, al organizarse jurídicamente, se convierte en Estado; y éste no es más que la personificación jurídica de aquella. La Nación que se presenta como sujeto fundador y fundamentador del Estado, pasa a ser fundada y fundamentada por éste, determinada por su ordenamiento jurídico. Se trata, pues, de una antinomia insalvable en el planteamiento liberal, al hacer al mismo tiempo de la Nación un sujeto previo y posterior al Estado. Pero este dualismo se elimina fácilmente desde una perspectiva puramente positivista del problema (75).

No obstante, hay que decir, para terminar, que la postura de ROUSSEAU y la de SIEYES (que ante este problema era la misma) era mucho más coherente con su

punto de partida que la sustentada por los constituyentes franceses del 91 y por los liberales españoles del doce. En efecto, aunque la postura de aquellos dos autores fuese insostenible, al atribuir la soberanía a un sujeto preestatal, eliminaban desde luego las antinomias en las que incurrían estos últimos al plantear el problema del poder constituyente y el de la reforma constitucional. La razón es sencilla. ROUSSEAU y SIEYES concebían al poder constituyente como cualidad preestatal y prejurídica, pero reconocían en perfecta coherencia su carácter supraestatal y suprajurídico. La Nación no llegaba a constituirse nunca, subsistía o coexistía su soberanía con la del Estado., y el poder constituyente mantenía su carácter originario, espontáneo, no reglado. Los liberales doceañistas, al igual que los franceses del 91, defendían también estos postulados, pero, en cambio, en la práctica constituían a la Nación y organizaban un poder constituido de reforma. En definitiva, en ambas concepciones se partía de una premisa falsa, pero la distancia entre ésta y los resultados prácticos era mucho mayor en los planteamientos de estos últimos que en los de los primeros.

VI. LA NATURALEZA JURIDICA DEL ORGANO DE REVISION
EN EL CODIGO DE 1812.

Para delimitar la naturaleza jurídica del órgano de reforma en el código constitucional de 1812 interesa detenerse en tres extremos: en primer lugar, en su diferente naturaleza jurídica respecto al órgano legislativo ordinario; en segundo lugar, en su carácter constituido, que lo distingue de una Asamblea constituyente; y, en tercer lugar, en la extensión de sus facultades, más en concreto, en la competencia asignada al órgano de revisión no sólo para ejercer la función de reforma, sino también la legislativa. Examinados estos tres puntos podremos concluir emitiendo un juicio general (no sólo ceñido a la Constitución de 1812) sobre el problema que plantea el órgano de reforma en relación a la teoría de la soberanía.

1. LA ESPECIFICIDAD DEL ORGANO DE REVISION RESPECTO AL
ORGANO LEGISLATIVO.

La Constitución de 1812 distinguía con claridad entre el órgano legislativo ordinario y el órgano de revisión constitucional. El primero era un órgano complejo, ya que en virtud del artículo 15 la potestad de hacer las leyes residía en las Cortes con el Rey. Las Cortes, según disponía el artículo 131, tenían facultad

para "proponer y decretar las leyes e interpretarlas y derogarlas en caso necesario". Los artículos 132 a 135 regulaban la iniciativa de las Cortes en las proposiciones de ley, y el 139 el modo en que éstas debían aprobarse. Por su parte, el artículo 171, en su párrafo decimocuarto, concedía al Rey la facultad de hacer proposiciones de ley; el 142 la de sancionar los proyectos de ley aprobados en Cortes; y los artículos 154 a 156 la de promulgarlos y hacerlos publicar y circular. Por lo que concierne a la sanción de los proyectos de ley aprobados en Cortes, la Constitución de 1812 concedía al Monarca un "veto suspensivo", regulado en los artículos 144 a 152. A tenor de estos preceptos, el Monarca podía denegar la sanción y devolver el proyecto a las Cortes. Pero cuando este proyecto de ley fuese propuesto, admitido y aprobado en Cortes por tercera vez, el artículo 149 establecía que la sanción regia debería entenderse otorgada, siguiendo el proyecto los trámites normales de promulgación y publicación. Por último, conviene recordar que el artículo 100 limitaba los poderes del órgano legislativo, al sustraer a éste la competencia de derogar, alterar o variar cualquier precepto constitucional.

Por lo que respecta al órgano de revisión, regulado en el Título décimo, se trataba sin duda de un órgano distinto. A las Cortes reformistas les correspon-

día deliberar sobre las proposiciones de reforma constitucional, previamente consignada por las Cortes precedentes, y solamente por éstas, ya que se excluía al Rey de la iniciativa de reforma constitucional, y tan sólo a las Cortes de revisión correspondía aprobar y sancionar las proposiciones de reforma. El Monarca, en este caso, habría de limitarse, según prescribía el artículo 384, a hacerlas publicar y circular "a todas las autoridades y pueblo de la Monarquía".

En resumen, el órgano legislativo era un órgano complejo, formado por las Cortes y el Rey, tenía facultades para iniciar, deliberar y decidir, y estaba sometido, entre otras, a las restricciones establecidas en el artículo 100. El órgano de revisión, en cambio, era un órgano único, formado por unas Cortes especiales sin participación del Rey, no tenía facultades para iniciar las proposiciones de reforma, sino tan sólo para deliberar y decidir sobre ellas, y estaba revestido de unos poderes extraordinarios, además de los ordinarios, según precribían los artículos 276 y 381.

2. EL CARACTER CONSTITUIDO DEL ORGANISMO DE REVISION.

El carácter constituido del órgano de reforma se acrecentaba al fraccionar la Constitución de 1812 el proceso de reforma constitucional entre las Cortes ordinarias -sin el Rey- y las Cortes de revisión. Esto

es, al hacer depender la apertura del proceso reformista de la iniciativa del órgano legislativo, aunque en este caso se impidiese al Rey hacer uso de la facultad de iniciativa que se le concedía para las leyes ordinarias. Las Cortes de revisión solamente tendrían unas facultades decisorias sobre aquéllas proposiciones de reforma que previamente hubiesen sido consignadas por las tres, o, en su caso, cuatro legislaturas ordinarias precedentes, según establecían los artículos 379 a 383. Como señala CARRE DE MALBERG respecto a la Constitución francesa de 1791, que había previsto ya una regulación semejante (76), este hecho atenuaba el sistema de separación entre el poder constituyente y los poderes constituidos (77). O mejor, ya que la primera denominación es en este caso inexacta, atenuaba la separación entre el poder legislativo y el poder (también constituido) de reforma, y venía a reconocer y a subrayar la distinta naturaleza jurídica del órgano que ejercía este poder respecto a una verdadera Asamblea constituyente. Estos extremos se reforzaban si se tiene en cuenta y baste ahora consignarlo, ya que su estudio se hará en el capítulo siguiente- que la Constitución de 1812, al igual que la de 1791, no contemplaba más que la posibilidad de llevar a cabo reformas parciales, impidiendo, por ende, la posibilidad de una reforma total del texto constitucional. Hay que decir, asimismo, que en el código doceañista se

atenuaba aún más que en el texto de 1791 la separación entre el órgano de reforma y el órgano legislativo. Así, en efecto, a tenor de este último, la Asamblea de reforma tendría una composición distinta de la Asamblea Nacional legislativa, ya que al número de diputados previstos para ésta, habrían de añadirse doscientos cuarenta y nueve miembros, elegidos por un sistema diferente (78). El código de 1812, en cambio, nada decía sobre la composición y elección de las Cortes encargadas de deliberar y decidir sobre las proposiciones de reforma constitucional; infiriéndose, por tanto, que para este punto regía el mismo sistema que para las Cortes ordinarias.

Al atenuarse la separación y superioridad del órgano legislativo respecto al órgano de reforma, el código de 1812 recortaba, más aun que el de 1791, el principio de soberanía nacional (79). No se cercenaba de modo absoluto, es cierto, puesto que se establecía, de acuerdo con este principio, un órgano revisor superior y distinto del legislativo. Pero no es menos cierto que, al constreñir el órgano legislativo (aunque sin el Rey) la actividad del órgano revisor, y al restringirse cuantitativamente la amplitud de su acción reformadora, se limitaba el principio de soberanía nacional.

3. LAS COMPETENCIAS DEL ORGANOS DE REFORMA: LA POSIBILIDAD DE EJERCER LAS FUNCIONES LEGISLATIVAS.

El código constitucional de 1812 atribuía al órgano de reforma no sólo unas facultades revisoras, sino también legislativas. Así, su artículo 382 disponía que las Juntas electorales de provincia otorgarían a los miembros de las Cortes de revisión unos poderes especiales aparte de los ordinarios, a los que se refería el artículo 100. La Asamblea de revisión contemplada en este artículo podría, pues, revisar el texto constitucional y legislar, lo que suponía separarse también en este punto del principio de soberanía nacional. Este principio, como se ha dicho ya, exige que los órganos constituidos ordinarios, especialmente el legislativo, no puedan modificar el texto constitucional, pero también que el órgano de reforma no pueda ejercer ninguna de las funciones atribuidas a los otros órganos constituidos, en particular la legislativa.

Al permitir esta última posibilidad, la Constitución de 1812 se distanciaba de la francesa de 1791, con la que tantas semejanzas guarda en general, y en lo que atañe al procedimiento de revisión, en particular. La Constitución francesa, en efecto, precribía en su artículo octavo del Título séptimo que una vez finalizada la tarea revisora, los doscientos cuarenta y nueve miembros elegidos "en augmentation" para llevar a cabo este cometido se retirarían "sin poder tomar parte, en caso alguno, en los actos legislativos". La A-

samblea de reforma, pues, expiraba tras concluir su misión revisora, y la Asamblea Nacional legislativa, junto al Rey, comenzaría a desarrollar la función legislativa que le estaba encomendada (80).

4. EL ORGANISMO DE REVISIÓN EN EL CÓDIGO DE 1812 Y EL PROBLEMA DE LA SOBERANÍA (Conclusión).

Los diputados liberales, al instituir un organismo de reforma constitucional bien diferente a una Asamblea constituyente, venían a reconocer objetivamente un hecho que debiera ser obvio, a saber: que en el Estado sólo puede haber órganos constituidos, lo que ante todo quiere decir que es en su norma constitucional, como norma suprema del ordenamiento jurídico, en donde reside realmente la soberanía, y no en la "Nación" o en cualquier otro sujeto prejurídico. El instituir un organismo de reforma constitucional (y no importa ahora que sea distinto o igual a los demás órganos del Estado) significa, en efecto, reconocer objetivamente que una vez constituido el Estado -esto es, promulgada su norma constitucional- el problema del "pouvoir constituant" se reduce a un mero problema de competencias orgánicas: indagar a qué órgano, y con qué procedimiento, le corresponde la máxima parcela de la soberanía en el Estado, la máxima cuota de su ejercicio: reformar su Constitución.

Desde este punto de vista, puede decirse que hablar de "poder constituyente" para referirse al órgano de reforma constitucional, como hace CARRE DE MALBERG (81), o de "poder constituyente impropio", como escribe MORTATI (82), o, entre nosotros, de "poder constituyente constituido" o "derivado", como lo llaman, respectivamente, SANCHEZ AGESTA (83) y PEREZ SERRANO (84), no deja de ser, a nuestro juicio, impreciso y equívoco. "La Asamblea deliberativa constitucional", como HANS KELSEN la denomina (85), o, más simplemente, el órgano de reforma debe ser considerado como un órgano de creación especial, caracterizado por crear normas constitucionales, de acuerdo con lo que esas mismas normas disponen. Por ello, la naturaleza jurídica del órgano de reforma es mucho más próxima a la del órgano legislativo que a la del órgano constituyente. De igual modo que la función de reforma constitucional no es más que una función legislativa especial. En este sentido, en los textos constitucionales que, como el de 1812, articulan un órgano especial de revisión distinto del legislativo, además de permitir distinguir entre órganos creadores y aplicadores de derecho -que es, a la postre, como observa KELSEN, en lo que se traduce jurídicamente la división de poderes (86)- permiten distinguir también entre una función de creación constitucional, sometida solamente a límites ju-

rídicos adjetivos u orgánico-procedimentales, y una función legislativa, sujeta además a límites jurídicos sustantivos o de contenido.

Puede concluirse, en fin, que el distinto titular orgánico de la reforma constitucional viene dado en virtud del distinto sujeto preestatal a quien se imputa la soberanía del Estado. Si se imputa a la Nación, la facultad de revisar su texto constitucional debe recaer en una Asamblea especial, o al menos su sanción debe hurtarse a cualquier órgano constituido ordinario, especialmente a la Asamblea legislativa y al Rey, en la Monarquía constitucional. Si se imputa al Pueblo, la última palabra sobre la reforma constitucional debe recaer en el cuerpo electoral. De ahí la importancia práctica de tener en cuenta al sujeto ideológico de imputación de la soberanía, mas allá de la falsedad de esta imputación. Y ahí también se cifra una de las claves más esenciales que cabe establecer entre el problema de la soberanía y el de la reforma constitucional.

CAPITULO OCTAVO. LA DISTINCION ENTRE LEYES
FUNDAMENTALES, LEYES CONS-
TITUCIONALES Y LEYES ORDI-
NARIAS. LOS LIMITES DE LA
REFORMA CONSTITUCIONAL Y
LOS DIVERSOS CONCEPTOS DE
CONSTITUCION.

I. INTRODUCCION.

En este capítulo intentaremos exponer los diversos criterios sustentados por los diputados gaditanos en torno a la distinción entre leyes fundamentales, leyes constitucionales y leyes ordinarias. El debate de este problema se entrecruzó con el de otro de no menor importancia: el de los límites materiales de la reforma constitucional. A su vez, en las respuestas que se dieron a este núcleo de problemas subyacían unos conceptos de Constitución bien distintos, que conviene poner de relieve.

Interesa llamar la atención sobre el nexo entre todas estas cuestiones -que salieron a relucir también en la discusión de los artículos 373 y 375- y las que se han visto en el capítulo tercero. En ambos casos la polémica bascula muy principalmente sobre los límites de la soberanía. Pero si durante el debate de los tres primeros artículos se discutía acerca de los límites de la soberanía desde el punto de vista del poder constituyente, la polémica discurre ahora por otros derroteros. Ahora, el problema gravita sobre los límites de la reforma constitucional, sin duda una de las facultades más importantes inherentes a la soberanía. En ambas discusiones el remitirse a las leyes fundamentales de la Monarquía es también una característica común y capital.

No obstante, en la controversia del artículo tercero se discutía acerca de la necesidad de que el Proyecto de Constitución engarzase y recogiese esta legislación histórica. En el debate de los artículos 373 y 375, en cambio, se parte ya de la existencia de un texto constitucional. Por ello, se polemiza ahora sobre el alcance de las leyes fundamentales (de los preceptos constitucionales que supuestamente las recogían) como límites a la ulterior reforma del texto constitucional. Y es más, esta legislación histórica se esgrime, por una parte de los diputados, como una legalidad superpuesta al Proyecto constitucional, como una legalidad previa y superior a él.

II. RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y CONCEPTO DE CONSTITUCION EN SENTIDO FORMAL. LOS LIMITES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA DUALIDAD CONSTITUCION MATERIAL-CONSTITUCION FORMAL. (PRECISIONES CONCEPTUALES).

I. RIGIDEZ CONSTITUCIONAL Y CONCEPTO DE CONSTITUCION EN SENTIDO FORMAL.

El concepto de Constitución en sentido formal se construye al diferenciar jurídicamente las leyes constitucionales de las leyes ordinarias. La rigidez constitucional conlleva esta diferenciación jurídica entre

leyes constitucionales y leyes ordinarias, que se establece en virtud de los distintos requisitos orgánicos o procedimentales (o ambos a la vez) que se exigen para elaborar y modificar unas y otras. Por este motivo se ha considerado a la técnica de la rigidez un mecanismo jurídico necesario para construir el concepto de Constitución en sentido formal. Constitución rígida y Constitución en sentido formal se presentan históricamente como dos conceptos idénticos en la originaria teoría constitucional liberal (1).

Puede decirse, a la inversa, que si se desconoce o si no se admite la técnica jurídica de la rigidez, no podrá distinguirse jurídicamente entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, ni, por tanto, articularse un concepto de Constitución en sentido formal. Por ello, la teoría política preestatal (y más en particular, la doctrina de las leyes fundamentales) y la teoría democrático-radical coinciden de nuevo al desechar este concepto de Constitución. En el primer caso se desconoce, al desconocer la técnica de la rigidez, en el segundo se rechaza, al rechazar esta técnica. En ambos, el concepto de Constitución sólo podría llegar a afirmarse en un sentido material, esto es, como el complejo de normas encargadas de regular los aspectos más importantes de la organización política de la Comunidad. Las leyes fundamentales, entendidas como el resultado del

acuerdo entre el Rey y el Reino, y la ley fundamental, fruto de la voluntad unilateral del Pueblo, supondrían, respectivamente, la Constitución en sentido material para ambas corrientes de pensamiento.

La inexistencia de un concepto de Constitución en sentido formal en la teoría política preestatal no merece más comentarios. Es algo sabido y comúnmente admitido. No ocurre lo mismo en lo que concierne a la teoría democrático-radical (2). Interesa por eso detenerse, brevemente, en relacionar el concepto de Constitución en sentido formal con esta teoría, lo que vale decir con el dogma de la soberanía popular en la que se basa. Como es habitual en este trabajo tomaremos a ROUSSEAU como exponente arquetípico de esta corriente doctrinal. ¿Cuál es su actitud al respecto? Pues sencillamente, al negar cualquier mecanismo de rigidez, negará implícitamente este concepto de Constitución. Como señalan, entre otros, GIOLE SOLARI (3), y JELLINEK (4), la distinción jurídico-formal entre leyes constitucionales y leyes ordinarias era contraria al pensamiento de este autor. ROUSSEAU solamente distingue estas leyes desde un punto de vista material. Así, cuando se refiere en el "Contrato Social" a las leyes fundamentales, la definición que de ellas ofrece es puramente sustantiva. A su juicio, debían considerarse como tales aquellas leyes que regulan "la acción del

cuerpo entero actuando sobre sí mismo. Es decir, la relación del todo al todo, o del soberano al Estado" (5). Pero no les confiere respecto a los otros tres tipos de leyes que cita, las civiles, las criminales y las consuetudinarias (6), ningún distintivo jurídico-formal.

En buena medida estos puntos de vista fueron recogidos por SIEYES en su ensayo sobre el Tercer estado. Ciertamente, este autor sí establece una clara diferencia entre leyes constitucionales y leyes ordinarias o positivas, como él las denomina, a tenor del órgano que las crea y reforma; y, por tanto, sí mantiene un concepto de Constitución en sentido formal:

"...La Constitución -escribe- no es obra del poder constituido sino del poder constituyente. Ninguna especie de poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación. Es en este sentido en el que las leyes constitucionales son fundamentales" (7).

Ahora bien, como viene a decir P.BASTID (8), al no admitir SIEYES un órgano de reforma distinto de la Asamblea constituyente, las leyes constitucionales si bien no podían ser reformadas por el órgano legislativo, no estaban rodeadas, sin embargo, de unos requisitos especiales para su reforma, prefijados en el texto constitucional. La modificación de las leyes constitucionales quedaba siempre a merced del poder constituyente, esto es, de una voluntad fáctica refractaria

a organizarse jurídicamente. No había, pues, garantía jurídica alguna que preservase a las leyes constitucionales. La distinción entre éstas y unas leyes ordinarias y, por tanto, el concepto de Constitución en sentido formal, revestía, así, unos perfiles muy distintos a los que entraña la doctrina liberal inspirada en el dogma de la soberanía nacional. De ahí que, contra lo que opina L.DUGUIT (9), esta distinción y este concepto no se hallan formulados en el opúsculo de SIEYES sobre el Tercer Estado.

La distinción entre leyes constitucionales y leyes ordinarias (que, a la postre, viene a significar la aceptación de unos límites formales a la reforma constitucional, imprescindibles para que, en rigor, pueda hablarse de ésta como una función de creación jurídica distinta de la constituyente y de la legislativa) y el subsiguiente concepto de Constitución en sentido formal, fueron acuñados por vez primera, al menos en Europa, por los constituyentes franceses de 1791 (10). Esta distinción y este concepto se presentan como una consecuencia del principio de soberanía nacional, y más en particular, de la técnica de la rigidez, que es consustancial a este principio, como se ha visto en el capítulo anterior. La diferencia entre unas leyes constitucionales y unas leyes ordinarias se establece a tenor de unos criterios exclusivamente jurídico-formales.

Se tiene en cuenta tan sólo los diferentes requisitos orgánico-procedimentales requeridos para crear y modificar unas y otras disposiciones normativas, y se prescindie de la mayor relevancia material o política de las mismas. Ciertamente, a las leyes constitucionales se les asigna la regulación de las materias de mayor trascendencia política, como los derechos fundamentales de los ciudadanos y la división de los poderes del Estado, dos premisas que para los teóricos de la soberanía nacional conformaban el núcleo de la Constitución en sentido material. Núcleo cuya existencia se juzgaba imprescindible para que se pudiese hablar de Constitución (recuérdese el famoso artículo 16 de la Declaración de Derechos de 1789). Precisamente, en virtud de esta mayor relevancia política o material a las leyes incluidas en el documento constitucional se las cualificaba jurídicamente, lo que aseguraba tanto su certeza como su estabilidad. No obstante, pese a esta posible, pero no necesaria, coincidencia entre la importancia política de una norma y su cualificación jurídica, el único criterio que se considera para discernir los preceptos constitucionales de las leyes ordinarias, y de las demás disposiciones normativas de inferior rango, es exclusivamente formal, con independencia de su contenido. Del principio de soberanía nacional (y, en realidad, de toda Constitución rígida, responda o no a

este principio) se desprende, pues, un concepto de Constitución en sentido formal, que más que yuxtaponerse se sobrepone al concepto de Constitución en sentido material. Las normas constitucionales se erigen de este modo en la cúspide de la pirámide normativa que ellas configuran, y en las que se integran escalonadamente el resto de las normas del ordenamiento jurídico. La Constitución adquiere, así, una función garantizadora del orden político fundamental, en tanto que sustrae este orden de la voluntad de los órganos ordinarios del Estado, limita la capacidad creadora de éstos.

Hay que decir, por último, que este telos garantista y limitador, atribuido al concepto de Constitución en sentido formal, sólo tiene sentido cuando se parte de una previa separación entre titularidad y ejercicio del poder, y, por tanto, entre sociedad política y sociedad civil. Ello explica, desde otro ángulo, que este concepto fuese desconocido o rechazado, respectivamente, por la teoría preestatal y por la democrático-radical (11). Desde este punto de vista, puede concluirse afirmando que lo formal, que siempre supone un principio de limitación racional, es un elemento ajeno y aun incompatible con los postulados políticos preestatales y con los democrático-radicales, constituyendo, en cambio, un elemento consustancial a los presupuestos liberales (y liberal-democráticos).

2. LOS LÍMITES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA DUALIDAD CONSTITUCION MATERIAL-CONSTITUCION FORMAL.

El problema de los límites es una de las cuestiones más importantes que plantea el estudio de la reforma constitucional (12). Especialmente interesante resulta el problema de los límites materiales o sustantivos de la reforma constitucional, sin duda uno de los temas más controvertidos en la doctrina (13). En realidad, el problema de los límites formales o adjetivos de la reforma constitucional (del que indirectamente nos hemos ocupado en el epígrafe anterior) no ofrece dificultad alguna: o existen o no existen, merced a existir o no la técnica de la rigidez.

Interesa ahora tan sólo relacionar el problema de los límites materiales de la reforma constitucional con la dualidad Constitución material-Constitución formal, ya que este ligamen cobra una especial importancia en los debates parlamentarios de las Cortes de Cádiz. Muy particularmente, importa precisar que debe entenderse en este capítulo por "límites materiales de la reforma constitucional", y por "Constitución material" y "Constitución formal", que no deben confundirse con los conceptos de Constitución en sentido material y en sentido formal, cuyo alcance ya se ha explicado.

Por "límites materiales de la reforma constitu-

cional" se debe entender la prohibición que se establece al legislador revisionista para modificar o suprimir determinados preceptos constitucionales, en virtud de unos criterios metapositivos. Esto es, la irrevocabilidad de estos preceptos se hace descansar en la trascendencia política o social de los mismos, en su antigüedad, etc., y no en el hecho de que el texto constitucional los declare irrevocables. Dicho a la inversa, no se deben considerar límites materiales de la reforma constitucional la prohibición de alterar o suprimir determinados preceptos constitucionales en virtud de unos criterios positivos. Es decir, cuando la intangibilidad de estos preceptos se defiende por el hecho de ser revestidos de esta cualidad por el texto constitucional, o si se quiere, por ser fruto de la voluntad restrictiva del legislador constituyente. En este caso debe hablarse de "límites formales de contenido".

Planteado de este modo, el problema de los límites materiales de la reforma constitucional se incardina de lleno en el problema de la soberanía (o lo que es lo mismo de la positividad), y el aceptarlos o negarlos implicará aceptar o negar la existencia de una "Constitución material" distinta, previa y superior a la "Constitución formal". Por "Constitución material" debe entenderse tanto un complejo normativo de índole histórica -las leyes fundamentales, por ejemplo- como

un determinado orden fáctico, político o social, que se normativiza (un ser que se convierte en un deber ser), y que en ambos casos se opone al texto constitucional o "Constitución formal".

Pues bien, el aceptar los límites materiales de la reforma constitucional implica cercenar el concepto mismo de soberanía y aceptar la dualidad "Constitución material-Constitución formal". El orden constitucional material se erige en un límite a la reforma del orden constitucional formal. Este sería el criterio, como más adelante se verá, de los partidarios de la doctrina de las leyes fundamentales, aunque históricamente esta dualidad ha sido defendida desde posiciones doctrinales y políticas muy distintas.

Por el contrario, el no aceptar los límites materiales de la reforma constitucional conlleva rechazar la dualidad "Constitución material-Constitución formal". Y esta es una consecuencia lógica que se desprende de los dogmas de la soberanía popular y nacional (en realidad, del concepto mismo de soberanía), aunque, como se ha dicho, desde el primer dogma la idea misma de reforma constitucional carece de sentido, al desecharse también sus límites formales, esto es, todo mecanismo de rigidez. Pero, en cualquier caso, soberanía popular y soberanía nacional coinciden en negar unos límites previos y externos a la Voluntad General del

Pueblo o de la Nación, tanto en el ejercicio del poder constituyente como en el de la reforma constitucional, como venían a reconocer las constituciones francesas de 1793 y 1791 (13 bis). Desde ambos dogmas de la soberanía, pues, la dualidad "Constitución material-Constitución formal" debe descartarse. Desde sus presupuestos, y so pena de contradecirlos, no puede reconocerse ninguna legalidad histórica ni ningún orden normativo anterior y superior al texto constitucional, a la suprema voluntad popular y nacional. El texto constitucional o "Constitución formal" debe ser la única Constitución. Y esta premisa no se quebranta por el hecho de que el texto constitucional declare irreformable un determinado precepto. En rigor, las llamadas "cláusulas de intangibilidad" no vienen más que a reconocer que, aceptándose la idea de soberanía, sea cual sea el sujeto a quién se impute, solo es posible apelar a unos criterios positivos (formales) para salvaguardar la irrevocabilidad de ciertos principios constitucionales especialmente importantes. Pero, además, debe decirse que, desde las coordenadas consustanciales a los principios de soberanía nacional y popular, estas "cláusulas de intangibilidad" carecen, en caso de existir, de validez jurídica alguna. El valor de estas declaraciones es puramente político (14).

III. LOS PLANTEAMIENTOS DE LOS DIPUTADOS REALISTAS.

I. LA NO DISTINCION FORMAL ENTRE LEYES CONSTITUCIONALES Y LEYES ORDINARIAS. LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES "FUNDAMENTALES" COMO LIMITE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

Entre los diputados realistas se apreció una disparidad de criterios a la hora de opinar sobre la conveniencia de cualificar jurídicamente a los preceptos incluidos en el Proyecto de Constitución. ANER y VILLANUEVA se mostraron partidarios. INGUANZO y BORRULL, no. Por eso, los dos primeros diputados, a diferencia de los segundos, apoyaron los mecanismos de rigidez que establecían los artículos 373 y siguientes del Proyecto. Ahora bien, más allá de esta diferente actitud, en las intervenciones de estos cuatro diputados se puso de manifiesto un común rechazo a la distinción puramente formal entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, y una misma postura ante el problema de los límites materiales de la reforma constitucional, cuestiones ambas que aparecen indisolublemente ligadas en sus discursos.

Para FELIPE ANER no había duda: a las leyes constitucionales era preciso revestirlas de unos requisitos jurídicos especiales, que asegurasen su estabilidad:

"en ninguna cosa han estado más exactas y solícitas todas las naciones, así antiguas como modernas, que han querido darse una constitución -decía-

como en asegurar su estabilidad y observancia. ¿Qué de afanes y desvelos costó a los legisladores griegos el establecer su constitución...para que no variasen las leyes constitucionales? ¿Qué cuidado tan exquisito no han tenido los ingleses para prevenir cualquiera alteración en su sabia constitución, y para asegurar su observancia? Y nosotros, después de tantos males y trastornos sufridos ¿seremos menos cautos en adoptar los medios más análogos para perpetuar la constitución que restablecemos? ...Las leyes fundamentales que compiladas en un código restablecemos -proseguía ANER- por su naturaleza e importancia deben ser estables..."

Sin embargo -y ya este hincapié en la idea de perpetuidad es de por sí revelador- para el diputado catalán no todos los preceptos incluidos en el texto constitucional debían gozar de la misma superlegalidad:

"entre las leyes constitucionales -añadía- unas deben llamarse perpetuamente estables, cuales son las que determinan los derechos de los ciudadanos, su religión, la forma de gobierno, etc...Otras menos estables, como son las que determinan las cualidades que deban tener los diputados en Cortes, el modo de hacer las elecciones, que las Cortes se reúnan anualmente, etc." (15).

Es decir, para ANER -que quizá, observa SEVILLA ANDRES, se inspire en MARIANA y en VATTEL al formular esta clasificación de las leyes (16)- dentro de los preceptos constitucionales unos debían considerarse perpetuos y otros, los "menos estables", podrían modificarse siguiendo el procedimiento especial que el Título déci-

mo disponía, distinto del exigido para elaborar y modificar las leyes ordinarias, regulado en el capítulo octavo del Título tercero del Proyecto. Pero conviene insistir en que para este diputado las restricciones establecidas en el Título décimo sólo podían afectar a los artículos constitucionales "menos estables", y no a aquellos que recogían los principios de las leyes fundamentales (los que determinaban "los derechos de los ciudadanos", "su religión", "la forma de gobierno", etc.) los cuales, para él, eran irreformables. Y si apoyaba el procedimiento cualificado de reforma para los primeros lo hacía no por asumir un concepto de Constitución en sentido formal, sino de un modo instrumental: por estimar que de no introducirse unas cortapisas a la reforma de los artículos constitucionales "menos estables" se podría llegar a quebrantar los preceptos constitucionales considerados "fundamentales". Esta idea está claramente expuesta en el fragmento que a continuación se transcribe:

"aunque todas estas leyes no deben reputarse de igual importancia -argüía-, no por eso se debe tener menos cuidado en darlas toda la estabilidad posible, para que la alteración, variación o abolición de alguno de estos principios secundarios, no minen insensiblemente el grande edificio de la constitución...Me parece, pues, que el argumento que se produce por algunos señores de que no todo lo que previene la constitución no es constitucional, no es bastante para

que se permitan hacer alteraciones, modificaciones, etc., a arbitrio de las cortes sucesivas, por la relación que todos tienen entre sí, y porque es fácil que una variación de una parte que aparece como menos sustancial, llegue insensiblemente a destruir las bases principales" (17).

Y, en fin, insitiendo en estas premisas, concluía de este modo:

"las cortes sucesivas ni deben tener las mismas facultades que las actuales, ni conviene que las tengan, porque entonces ni la constitución sería estable, ni sería fácil conservar inalterables los principios constitutivos de la monarquía moderada" (18).

Con una finalidad semejante, y desde una idéntica perspectiva doctrinal, apoyó VILLANUEVA el procedimiento cualificado de reforma que prescribía el Título décimo del Proyecto. Para este diputado se trataba simplemente de dilucidar si las restricciones que este último Título establecía "eran o no convenientes para perpetuar las bases fundamentales de nuestra Constitución". Para VILLANUEVA la respuesta debía ser afirmativa. Ahora bien, al igual que ANER, opinaba que, de ningún modo, los mecanismos especiales de reforma podían recaer sobre los "artículos principales" del Proyecto constitucional,

"cuales son, por ejemplo, -decía- la monarquía moderada y la unidad de la religión católica, los cuales mira y mirará España como esenciales a su

constitución, sino sobre otros subal-
ternos a ellos que se han sancionado
para asegurar en lo posible su perpe-
tuidad" (19).

La actitud adoptada por INGUANZO y BORRULL era diferente. A su juicio, las leyes constitucionales y las leyes ordinarias debían ser reformadas cuando se considerase necesario, y por el mismo procedimiento. Ahora bien, coincidían con ANER y VILLANUEVA en distinguir dentro del Proyecto de Constitución unos preceptos "fundamentales" y unos preceptos subalternos o secundarios. Y los primeros, desde luego, debían sustraerse a cualquier reforma constitucional. Se trataba, pues, de una misma línea doctrinal, aunque se optase en este caso por una opción táctica diferente: ahora, ni siquiera se entendía instrumentalmente necesario ni conveniente dificultar la reforma de los preceptos constitucionales secundarios.

Estas tesis las expuso INGUANZO en el debate del artículo 117. Para el realista asturiano no era justo que los diputados a Cortes tuviesen que jurar, como este artículo disponía, "guardar y hacer guardar religiosamente la Constitución de la Monarquía española". Y no lo era ya que a su parecer entre los preceptos constitucionales había que distinguir aquellos que eran "fundamentales", y por tanto irreformables, de aquellos otros que no gozaban de este carácter, y que por ello podían

ser modificados cuando y como conviniere:

"...(las leyes) que por su naturaleza y esencia son variables -argumentaba INGUANZO-, podrán variarse siempre que convenga, por más que el legislador quiera y mande que nunca se varíen, porque no puede mudar la esencia de las cosas, ni esto cabe en las facultades de ningún legislador del mundo. Pero las leyes, que de suyo y esencialmente son y deben ser perpetuas irrevocablemente, éstas si que deben constituirse de un modo que no puedan revocarse jamás; y de éstas si que se puede capitular y exigir un juramento solemne, para que nadie pueda en tiempo alguno alterarlas. Está pues, reducida la cuestión a saber. ¿Las leyes contenidas en este código de constitución son todas y cada una esencialmente irrevocables, sí o no? Porque si no lo son, envano nos cansaremos en pretender que los sean, y será jurar en vano jurar su observancia perpetua..."

Y el criterio para distinguir unas leyes de otras lo redujo INGUANZO a los siguientes términos:

"hay leyes, Señor, que son por esencia inalterables en todo evento, y otras al contrario, que pueden y deben variarse según los tiempos y las circunstancias. A la primera clase pertenecen aquellas que se llaman, y son realmente fundamentales, porque constituyen los fundamentos del estado, y destruidas ellas se destruiría el edificio social. A la segunda pertenecen todas las demás, las cuales son de otro orden y concepto distinto, aunque se reduzcan a las primeras" (20).

Con semejantes argumentos intervino BORRULL en el debate del artículo 373. Este diputado, apoyándose en unas declaraciones de MUÑOZ TORRERO, cuyo alcance

se verá más adelante, afirmó:

"convengo con lo que en días pasados dijo el Sr. Torrero, que en la presente constitución hay unas leyes que verdaderamente son las fundamentales del estado, y otras que pueden considerarse como unos medios que se han considerado convenientes para llevarlas a efecto; pero añadido, que cuando se trata en este capítulo del modo de proceder para hacer variaciones en la constitución, no debe entenderse de las leyes verdaderamente fundamentales, porque la nación ni quiere ni piensa en que se alteren..."-y, citando entre éstas a la forma monárquica de gobierno, continuaba-: "...desprediando el dictamen de los filósofos modernos, que quieren que en todas las cortes se pregunte primeramente si les place conservar la forma de gobierno que hasta entonces tenían... Si se atiende, pues, a la declarada voluntad de la nación, el modo que se propone de hacer variaciones de la constitución no puede contraerse a dichas leyes fundamentales, sino que se ha de referir a las otras, que señalan los medios que deben adoptarse para llevar a efecto las fundamentales".

Y en lo que concernía a los preceptos "no fundamentales" incluidos en el Proyecto de Constitución, el diputado valenciano pensaba que no había lugar a que se exigiese un procedimiento especial para modificarlos o derogarlos, sino que debían regirse por los trámites requeridos para reformar las leyes ordinarias:

"no encuentro justo motivo -decía, refiriéndose al artículo 381 -(21)- que obligue a prescribir la concurrencia de las dos terceras partes de los votos para su derogación, puesto que por la pluralidad absoluta de ellos se pueden variar qualesquiera otras leyes".

La razón que adujo BORRULL para equiparar formalmente los preceptos constitucionales "no fundamentales" con las leyes ordinarias era inversa a la que ANER y VILLANUEVA habían alegado. Mientras que para estos últimos el dejar más expedita la reforma de los preceptos constitucionales "no fundamentales" coadyuvaría a quebrantar la permanencia de los preceptos "fundamentales", para BORRULL, en cambio, como sobre las disposiciones constitucionales "no fundamentales" no descansaba "principalmente el magestuoso edificio del Estado" aunque se destruyesen, éste quedaría "en pie; y sin disminución de parte alguna de su fortaleza sus sólidas bases" (22).

En definitiva, los planteamientos de los diputados realistas sobre las cuestiones que ahora nos ocupan pueden resumirse del siguiente modo. En primer lugar, la distinción formal entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, o bien se negaba (BORRULL e INGUANZO), o bien se aceptaba, pero de un modo instrumental: en tanto que el cualificar jurídicamente a las primeras se consideraba necesario para conservar los preceptos constitucionales "fundamentales" (ANER y VILLANUEVA). En rigor, la actitud más coherente con los postulados doctrinales realistas era la primera. En efecto, a tenor de las doctrinas de la "soberanía compartida" y de las "leyes fundamentales", las leyes plasmadas en un

texto constitucional debían distinguirse de las ordinarias por su contenido, por su mayor relevancia material, al recoger por escrito y de modo sistemático las antiguas leyes fundamentales y las providencias que las desarrollaban. Pero estos preceptos no se distinguían formalmente de las demás disposiciones legales. Las Cortes con el Rey podían eleborar y variar las leyes constitucionales del mismo modo que las ordinarias.

Ahora bien, y ésta era la segunda premisa, las Cortes con el Rey no podían modificar los preceptos constitucionales "fundamentales", que era menester distinguir de los que no lo eran: los "secundarios" o "subalternos". Además, no cabía duda de que, para los diputados realistas, la naturaleza limitadora que los preceptos constitucionales "fundamentales" suponían a la reforma constitucional, no provenía de su inclusión en el texto constitucional. Al contrario, la eficacia limitadora de estos preceptos hundía sus raíces en la importancia política de los mismos, y en su carácter histórico, en su tácita y secular aceptación.

La condena de la idea de poder constituyente conducía, así, a estos diputados a defender la limitación material de todas las reformas constitucionales. Del mismo modo que las leyes fundamentales constituían un punto de partida insoslayable a la hora de elaborar el texto constitucional, y debían prejuzgar su conteni-

do, era preciso respetarlas también cuando se tratase de reformarlo.

2. EL CONCEPTO HISTORICO TRADICIONAL DE CONSTITUCION.

En estos planteamientos de los diputados realistas (fuesen cuales fuesen sus matices, al fin y al cabo contingentes) subyacía un concepto histórico tradicional de constitución, cuyos rasgos ha descrito el profesor GARCIA PELAYO (23). Consustancial al mismo es, en primer lugar, negar el concepto de Constitución en sentido formal; y, en segundo lugar, distinguir la "Constitución material", histórica en este caso, de la "Constitución formal". Ambas premisas están estrechamente ligadas. La renuencia a aceptar unos límites adjetivos o formales a la reforma constitucional (esto es, a aceptar un concepto de constitución en sentido formal) suponía, en efecto, una garantía de que esta reforma se sometería a unos límites sustantivos o de contenido, mediante los cuales se preservaba la inmutabilidad de ciertos principios e instituciones considerados esenciales a la "verdadera Constitución" o "Constitución material", e incluidos en el texto constitucional o "Constitución formal", posterior e inferior a aquélla. La permanencia de las Cortes y el Rey, pilares de la Monarquía moderada, y de los principios fundamentales que estas instituciones salvaguardaban, se a-

seguraba, efectivamente, por el solo hecho de afirmar su exclusiva competencia para llevar a cabo la reforma del texto constitucional. Al postular estas premisas se sustraía a estas dos instituciones de toda posible modificación constitucional. Se trataba de dos instituciones anteriores y superiores al documento constitucional o "Constitución formal", protagonistas de su elaboración y cambio. El Rey y las Cortes elaboraban y reformaban la "Constitución formal" y en consecuencia no podían ser excluidos (ni autoexcluirse) de ella. Excluir estas dos instituciones supondría violar su soporte legitimador. El documento constitucional o "Constitución formal" se concebía de este modo como la formalización de unas relaciones de poder materialmente, históricamente, preexistentes.

De este modo, para estos diputados, la Constitución de una comunidad no se reducía ni identificaba con un conjunto normativo sistemática y racionalmente trazado, fruto de la voluntad general del cuerpo social. Ni siquiera este conjunto normativo suponía su principal exponente. La "verdadera" Constitución se situaba por encima del texto constitucional, ya que existía antes de él y al margen de él, al mismo tiempo que limitaba el alcance de su contenido en el momento de elaborarlo y de reformarlo. La "verdadera" Constitución se identificaba así con la antigua noción de las leyes

fundamentales. Las leyes escritas y sitematizadas en un código constitucional debían limitarse a ser la expresión documental de este cuerpo legal histórico, disperso, mezcla de normas escritas y consuetudinarias, de preceptos y de principios.

Se trataba, pues, de un concepto de Constitución histórico y ontológico. Designaba el modo en que efectivamente estaba constituida una comunidad determinada. No era fruto de la razón, sino de la Historia: entendida ésta como tradición, como "norma prescriptiva de futuro", para decirlo con palabras de ORTEGA (24). No expresaba la Voluntad General de una Comunidad en un tiempo determinado, sino la voluntad estática de la Historia.

Estas serían las ideas maestras de la doctrina de la Constitución "histórica", "tradicional" o "interna" de España. JOVELLANOS la había formulado -como se ha visto ya- en la "Consulta sobre la convocatoria de Cortes por Estamentos" (25), recogiendo la vieja, la viejísima teoría de las leyes fundamentales, revitalizada por el historicismo nacionalista dieciochesco. Los realistas del doce -como se acaba de ver- la defendieron, aunque de un modo más implícito -si bien indisputable- que explícito. Los "moderados" y "conservadores" españoles posteriores la perfilaron y la plasmaron en los textos constitucionales elaborados bajo su hege-

monía; desde el Estatuto Real hasta la Ley de Principios del Movimiento Nacional, pasando por las dos constituciones de mas larga vigencia en nuestra historia: la de 1845 y la de 1876. (26). Muy especialmente esta doctrina se aquilataría en las Cortes revisionistas de 1845. En ellas, SEIJAS apuntó con claridad a dos de los rasgos -inseparablemente ligados- consustanciales a esta doctrina, y que ya hemos mencionado: la ausencia de un concepto de Constitución en sentido formal y el reconocimiento de una Constitución formal, posterior e inferior a la Constitución material o histórica. La Constitución formal podía variarse al igual que una ley ordinaria, la segunda era intocable:

"...Necesario es, pues, -decía- que distingamos entre la Constitución y la Carta constitucional...La Constitución de los Estados no se varía, porque ella está fuera del tiro de los hombres. Pueden reformarse las Cartas constitucionales, porque, como he dicho, éstas no son otra cosa que la fórmula abreviada, escrita, de esas relaciones que sirven de base a los Estados...El Congreso ha oído que los principales argumentos se han dirigido a demostrar el riesgo que envolvería el que nosotros tocáramos a la Carta constitucional, porque se dice: reconocida la competencia del Poder legislativo ordinario para tocar a la Constitución o a la Carta constitucional, ese mismo Poder puede tocar a las bases fundamentales de la sociedad. No, este poder no se le concede...Nuestra competencia...está limitada únicamente a establecer esa fórmula que representa la historia del país..." (27).

PIDAL insistiría: la Constitución material o histórica, que reposaba en las dos grandes instituciones: el Rey y las Cortes, suponía una legalidad previa y superior a la "Constitución formal", mera "ley secundaria" que debería limitarse a "arreglar" las relaciones de aquellas dos instituciones:

"el Trono y la Asamblea; he aquí los dos grandes polos sobre que gira la Monarquía española; y es imposible que una ley secundaria, cual es la que hace la repartición de estas dos grandes legitimidades, sea superior ni igual a una de ellas. Todo lo que arregla las relaciones entre los poderes es inferior en mucho al Trono, es inferior en mucho a la Representación nacional, y de consiguiente la ley política, que en el año 37 no hizo más que eso, es infinitamente inferior al Trono" (28).

La Constitución formal, al igual que la histórica o material, no era fruto de la voluntad unilateral del cuerpo social; no era, en rigor, ley, sino contrato: "Considero y consideraré siempre a las constituciones -decía POSADA HERRERA- un contrato entre el Monarca y su pueblo" (29). Ahora bien, la Constitución material o histórica, pese a haber surgido del acuerdo de las dos grandes instituciones históricas, trascendía de su misma voluntad, la Historia se apropiaba de ella, y a la Historia era preciso plegarse:

"vamos a reunir y a fijar nuestras leyes fundamentales, no dando ese nombre a las que no lo sean, las que realmente lo son -argumentaba ISLA FERNANDEZ- no las han hecho algunos hombres, sino

el tiempo, las generaciones, el estado, circunstancias, intereses y necesidades de los pueblos, son superiores al poder de los hombres sin el auxilio del tiempo, y no es lícito poner en ellas temerariamente la mano" (30).

Pero este concepto histórico tradicional de Constitución iba estrechamente unido a un concepto sociológico (conservador, naturalmente) cuyos trazos ha delimitado también GARCIA PELAYO (31). La Constitución histórica, el orden histórico, que se normativizaba y contraponía al orden legal reflejado en la Constitución formal, no era un orden del pasado. Era un orden mas bien intemporal, ucrónico. Expresaba lo esencial del pasado que él detenía y retenía: era el pasado presente que pretendía conservarse en el futuro. Por eso, al defender ese orden histórico, tradicional, y las instituciones políticas que le eran consustanciales, se defendía también las relaciones de poder presentes, existentes. La Constitución histórica era también la Constitución real. Eran dos enfoques distintos, pero compatibles, complementarios, reconducibles a uno sólo. INGUANZO lo había mostrado en las Cortes de Cádiz. BALMES lo mostraría años más tarde (32). Y también ALCALA GALIANO, en sus "Lecciones del Ateneo" (33) y en las Cortes de 1845:

"yo entiendo por constitución de un Estado -decía-, no sólo lo que han entendido otros, que limitaban este nombre

a lo que contiene el texto de un libro, bajo cuyas disposiciones se forman las leyes, sino el conjunto de lo que real y verdaderamente constituye el pais; y algo de eso suele estar fuera del mismo texto, así como también suele haber dentro de él algo que no puede mirarse como propiamente constitutivo".

Precisamente, en virtud de esta idea material de Constitución, sociológica en este caso, para ALCALA GALIANO la finalidad de un texto constitucional o Constitución formal, consistía -como dijo en este mismo discurso- "en transformar exactamente el poder social en poder político". Pero ese poder social era el poder históricamente dado, y la Constitución histórica la Constitución sociológica o real. De ahí que en esta misma intervención este diputado manifestase su respeto "por una forma de gobierno que está ya conocida por sus ventajas, (y por) unas leyes que se han recibido de los padres y con las que está enlazada la existencia de la Nación" (34).

Hay que decir, para terminar, que la pervivencia de la doctrina de la Constitución "histórica" o "interna" de España y, lo que a ella es consustancial, la contraposición entre una legalidad "fundamental" o material y una legalidad formal, posterior e inferior, no se redujo tan solo a nuestro siglo XIX. Esta doctrina se prolongaría más allá del ciclo constitucional liberal-doctrinario. Sin duda su mayor apogeo se situó en

la segunda mitad de la pasada centuria, desde la vigencia de la Constitución de 1845 hasta la Constitución canovista de 1876, que, como es sabido, estuvo en vigor hasta 1923. Pero también se percibe en el Proyecto constitucional de 1929, cuyo artículo 102, en su párrafo cuarto, venía a consagrar esta doctrina al sancionar lo siguiente:

"la unidad del Estado español, la subsistencia de la Monarquía constitucional hereditaria como forma de gobierno, y la atribución del Poder legislativo al Rey con las Cortes, no podrán en ningún caso ser objeto de revisión" (35).

Además, y en ello han insistido, entre otros, M. RAMIREZ (36), J.A. GONZALEZ CASANOVA (37) e I. DE OTTO (38), la doctrina de la "Constitución histórica" no fue en absoluto ajena a las "leyes fundamentales" del régimen franquista. Recuérdese en este sentido el artículo primero de la Ley de Principios del Movimiento Nacional, que decía: "los artículos contenidos en la presente Promulgación son, por su propia naturaleza, permanentes e inalterables" (39). Declaración muy coherente, por lo demás, con la idea de Nación que sancionaba el Principio V de esta ley -idea cuya génesis doctrinal ya nos es conocida (40)-:

"la comunidad nacional -decía este principio- se funda en el hombre, como portador de valores eternos, y en la familia, como base de la vida social; pero los intereses individuales y colectivos

han de estar subordinados al bien común de la Nación, constituida por las generaciones pasadas, presentes y futuras" (41).

IV. LOS PLANTEAMIENTOS DE LOS DIPUTADOS AMERICANOS.

1. LA NO DISTINCION FORMAL ENTRE LEYES CONSTITUCIONALES Y LEYES ORDINARIAS.

Difícil resultaba que los diputados americanos aceptasen la distinción puramente formal entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, cuando habían negado -como se ha visto en el capítulo anterior- la técnica jurídica de la rigidez. Y, en efecto, no la aceptaron. Incluso, uno de sus representantes, el guatemalteco LARRAZABAL, la impugnó explícitamente en el debate del artículo 375, al criticar las cautelas que este precepto y en general todo el Título décimo establecía para modificar el texto constitucional. Pero en este caso, como era habitual en los diputados americanos, esta crítica se efectuaba desde un flanco doctrinal muy próximo, al menos en apariencia, al dogma de la soberanía popular. Ciertamente es que este diputado, notoriamente conservador, estaba muy lejos de asumir unas tesis democráticas. Por ello su actitud podía obedecer o bien a una hábil exégesis del anfibológico principio de soberanía nacional (42), o bien a esa mixtura de argumentos arcaiz-

zantes y democráticos, que condujo a los diputados americanos a alejarse de las categorías conceptuales del constitucionalismo liberal. Sea como fuere, la distancia de LARRAZABAL respecto a la distinción formal entre leyes constitucionales y leyes ordinarias era notoria:

"contrayéndome con más particularidad a este artículo (es decir, al 375) y a los cuatro siguientes, veo que estando sancionado por el artículo 153 que las leyes se derogan con las mismas formalidades y por los mismos trámites que se establecen; siendo así que en la presente constitución forman artículos proposiciones que hicieron algunos diputados, sin la necesidad de la firma de otros, ahora se exige esta condición...no puedo convenir -concluía- en que siendo propio e inseparable de la nación el derecho de establecer sus leyes fundamentales perpetuamente se les prive de este derecho absoluto con las modificaciones presentes..." (43).

2. LA DEFENSA DE LA PERPETUIDAD DEL ORDEN CONSTITUCIONAL.

En el debate del Título décimo los diputados americanos no insistieron en la necesidad de que las ulteriores reformas del texto constitucional se sujetasen a unos límites materiales. Tan sólo criticaron los límites jurídico-formales especiales que este último prescribía para llevarlas a cabo. En este sentido mantuvieron la misma actitud que en la discusión de los tres primeros artículos del Proyecto, en la que, como se re-

cordará, apenas habían mostrado mayor interés en que éste fuese elaborado partiendo de la existencia de una legalidad histórica vinculante. Sí, definitivamente, estaba claro que las leyes fundamentales o Constitución histórica de la Monarquía española poco o nada interesaban a los representantes de Ultramar.

Sin embargo, en la larga disputa que suscitó el artículo 373, los chilenos LEYVA y RIESCO y el mejicano GURIDI Y ALCOCER sacaron a relucir una idea muy significativa: la de perpetuar el orden constitucional, siempre y cuando, por supuesto, se aceptase su consabida exigencia de que el Proyecto constitucional fuese ratificado, y si acaso retocado, por unas Cortes especiales, cuya composición fuese más equitativa y respetuosa para con los territorios ultramarinos. Ahora bien, la insistencia de estos diputados en perpetuar el orden constitucional, entroncaba más -dados los términos de sus intervenciones y el sentido de las anteriores- con los postulados iusracionalistas de los siglos XVII y XVIII, que con la teoría tradicional de un orden jurídico-histórico inmutable, a la que se habían acogido los diputados realistas.

¿En qué consistían estos postulados iusracionalistas y cuáles eran sus diferencias con la vieja teoría de las leyes fundamentales? La idea de un orden jurídico fundamental y perpetuo era una idea muy cara a

ciertos tratadistas del Derecho Natural racionalista (como WOLFF o VATTEL, por ejemplo) (44), y esta creencia exigía considerar al texto constitucional -superior plasmación positiva de ese orden derivado de la Naturaleza- como una ley a la que debía otorgarse una validez eterna (45). No obstante, esta absoluta permanencia se defendía a partir de la razón, y no de la Historia. De una razón abstracta, desprovista de toda historicidad, universal e inmutable; no, limitada -observa GOMEZ ARBOLEYA- por ningún orden, sino que el orden mismo se tornaba objeto, es decir, consecuencia de la razón (46). En este caso -a diferencia de la teoría de las leyes fundamentales- la permanencia de un orden jurídico superior, plasmado en el texto constitucional escrito, era una exigencia racional, epifenómeno de la creencia en el valor de ordenador social del Derecho, como ha subrayado MAX WEBER (47). El funcionamiento del Estado y de la sociedad se pretendía reducir, así, a un conjunto de leyes universales y eternas, derivadas de la Naturaleza y conocidas a través de la razón. Se trasplantaban, pues, al campo del Derecho los esquemas físico-matemáticos troquelados por NEWTON, GALILEO, KEPLER o COPERNICO. De este modo se reducía toda la pluralidad fenomética "a unidad ontológica y gnoseológica gracias a la ley" (47 bis). Ahora bien, -conviene insistir- la permanencia de un orden constitucional se exigía

tan sólo por imperativos de la razón, que aspiraba a acotar a priori todo el devenir histórico. Por eso, esta exigencia no contradecía la admisión de un sujeto soberano que pudiese alterar este orden jurídico fundamental. La primera afirmación era de índole filosófico-política, era un postulado de lege ferenda; la segunda, en cambio, era exclusivamente política, y ambas eran compatibles.

Pues bien, a estos axiomas iusracionalistas parecieron acogerse los diputados americanos, especialmente LEYVA:

"como la constitución -decía este diputado- ha de ser un pacto (idea ciertamente reveladora) a la que se debe dar toda la estabilidad posible, conviene y es justo que la nación, enterada de sus cláusulas, la acepte y jure libremente por medio de otra representación, que al efecto traiga poderes especiales. El conocimiento del asunto de las obligaciones fundamentales a que se han de sujetar todos los españoles, debe determinar su libre consentimiento para darlas una firmeza perpetua...La religión de nuestros padres -continuaba diciendo-, el gobierno monárquico del reyno, y los principios esenciales en que ha de consistir la libertad civil serán en todos los tiempos el objeto del respeto y del zelo español, y del verdadero interés público. Si algunas aplicaciones de dichos principios sufren alteraciones, la voluntad de la nación deberá igualmente ser respetada. Si ellas con instrucciones quieren que todos los artículos sean inalterables, habremos logrado hacer una obra de siglos. Una constitución libremente hecha y libremente aceptada es sobre todos los tiempos" (48).

De este párrafo se desprende, por tanto -además de la peculiar postura crítica hacia el mandato representativo, que ahora no interesamos ideas claves: en primer lugar, la deseable inalterabilidad o eternidad del texto constitucional, sobre todo de sus "principios esenciales"; y, en segundo lugar, la posibilidad de que incluso éstos (aunque ciertamente LEYVA se refiriese a sus "aplicaciones") pudiesen alterarse en caso de que así lo decidiese la voluntad nacional. En este caso, pues, a diferencia de lo que acontecía con los diputados realistas, la perpetuidad de los principios esenciales de la Constitución (e incluso de toda ella, cosa que no defendían aquéllos) no se prescribía, sino que se aconsejaba. Los principios esenciales de la Constitución no predeterminaban la voluntad nacional, sino que mas bien la condicionaban.

GURIDI y RIESCO tan sólo insistieron en la necesidad de perpetuar la Constitución (y en todas sus partes) una vez que fuese ratificada. Sobre la posibilidad de que se pudiesen alterar sus bases fundamentales si así lo deseaba la Nación, nada a favor dijeron, a diferencia de LEYVA; pero tampoco opinaron en contra, lo que sin duda les separaba de las tesis realistas:

"para perpetuar la constitución, y aun para tenerla absolutamente -decía GURIDI-, es necesario no darle desde ahora la qualidad de irrevocable...Convengo en que por su naturaleza exige estabilidad; pero adquiérala después de su sanción" (49).

En términos no muy dispares se expresó RIESCO:

"Señor, -argüía este diputado- nada más justo que asegurar de un modo estable y permanente las leyes constitucionales de una nación, porque de ellas depende el bienestar de cada uno, y la conservación y felicidad de todos: así que cualquier precaución que se tome, y por estrechas que sean las reglas bajo las cuales deban alterarse, ninguna precaución está de más; porque si alguna vez llega a hacerse la más pequeña alteración, necesariamente el edificio se desploma, y la obra, sobre la cual estriba el cimiento de la felicidad pública y particular, viene a tierra. Así yo no me opongo a las medidas que indica este título; pero quisiera... que en las futuras próximas cortes con poderes especiales se jurase y ratificase esta constitución..." (50).

3. LA CONSTITUCION COMO LEY FUNDAMENTAL ETERNA FRUTO DE LA VOLUNTAD UNILATERAL DE LAS CORTES.

¿Qué idea de Constitución podía extraerse de todas estas intervenciones? Desde luego, como suele ocurrir con los planteamientos de los diputados americanos, no resulta fácil, ni siquiera posible, emitir un juicio sólido al respecto. Sería una ligereza inducir de los discursos transcritos una idea de Constitución de nítidos contornos. Sin embargo, lo que sí puede decirse es que, en primer lugar, este grupo doctrinal estaba también alejado del concepto liberal de Constitución que se desprende del principio de soberanía nacional, y que luego detallaremos. La crítica de LARRAZABAL a la dis-

tinción formal entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, y las reiteradas alusiones de LEYVA, GURIDI y RIESCO a la necesidad de perpetuar el orden constitucional, así parecen corroborarlo. Pero, en segundo lugar, era bastante evidente también que, a diferencia de lo que ocurría con los diputados realistas, el alejamiento de este grupo respecto al concepto liberal de Constitución no obedecía a unos prejuicios historicistas de signo conservador, sino más bien, a un extraño mestizaje de premisas democráticas y axiomas iusracionalistas, adobado todo ello con unos residuos arcaizantes (perceptibles en ese constante insistir en la ratificación del Proyecto constitucional). En resumen: los diputados americanos, separándose de los realistas, venían a concebir a la Constitución como única y verdadera ley fundamental, cuyo origen no era el acuerdo contractual de dos partes, el Rey y las Cortes, sino la voluntad unilateral de estas últimas. Sin embargo, a diferencia de los diputados liberales, a esta ley fundamental no le atribuían ninguna formalidad especial a la hora de elaborarla y reformarla, sino que pretendían conferirle una vigencia eterna.

Por último, puede ser de interés señalar que los planteamientos de los diputados americanos sobre las cuestiones que ahora nos ocupan volvían a poner de manifiesto sus paralelismos con las tesis defendidas

por MARTINEZ MARINA, Este autor, en efecto, no capta el concepto de Constitución en sentido formal (51). Quizá -observa MARAVALL- "por influencia de la Escuela del Derecho Natural y del estamentalismo iusnaturalista del siglo XVIII" (52). Por otra parte, al adherirse en su "Discurso" al dictamen de los diputados americanos sobre la conveniencia de ratificar el Proyecto de Constitución, coincide también con ellos al pronunciarse sobre la necesidad de que este orden constitucional permanezca inalterable. Para MARINA, efectivamente, una vez perfeccionado y ratificado el Proyecto, debería,

"cerrarse la puerta a toda innovación, aún la más mínima: porque entonces la libertad de poder alterar la ley fundamental y de introducir reformas en ella sería exponente de su ruina..... practicadas tan importantes operaciones y agotados ya todos los recursos de la prudencia y de la sabiduría -continúa MARINA- establézcase con acuerdo y consentimiento de los ciudadanos una ley cuyo objeto sea hacer la Constitución invariable y eterna" (53).

Ciertamente, el sabio asturiano aconsejaba la permanencia absoluta de una Constitución cuando ésta -como - la de Cádiz- estuviese enraizada en la Historia (54). Matiz de interés que revela su despegue de un racionalismo jurídico en sentido estricto. Pero no es menos evidente su afán -inexistente en la teoría constitucional liberal- de perpetuar el orden jurídico fundamental

una vez cumplido este requisito.

Pero, sobre todo, interesa destacar ahora que esta defensa de la perpetuidad del orden constitucional, no implicaba para MARINA, al igual que para los diputados americanos, que la Nación no pudiese variarlo, como R.MORODO afirma (55). Por el contrario, "MARINA -y ello se liga a la no penetración en él de la teoría del poder constituyente- considera que esa reforma es posible siempre, y si sostiene que una Constitución debe tocarse lo menos posible, no es por incapacidad de la soberanía para modificar su esencia, como pensaba Jovellanos, sino porque debe haber sido hecha con tal saber que pueda prácticamente tenerse por "eterna e inmutable" (56). Esta actitud era, por lo demás, la más coherente con su teoría de las leyes fundamentales, y en particular con considerar a estas leyes un límite al poder del Monarca, pero no al de la Nación, quien, al conservar esencialmente la soberanía, podía modificarlas ella sola en ocasiones críticas y excepcionales (57).

V. LOS PLANTEAMIENTOS DE LOS DIPUTADOS LIBERALES DE LA METROPOLI.

1. LA DISTINCION ENTRE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES
"FUNDAMENTALES" Y LAS "NUEVAS MEDIDAS O PROVIDENCIAS"
CONSTITUCIONALES. SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS.

El distinguir dentro del Proyecto constitucional a los artículos "fundamentales" de los "accesorios" o "subalternos", no fue privativo de los diputados realistas. En realidad, esta distinción ya se hallaba recogida como se ha visto en el capítulo segundo (58) - en el mismo Preámbulo del Proyecto y en su Discurso Preliminar. En el debate del artículo 373 la sacaron a relucir tres sobresalientes diputados liberales: MUÑOZ TORRERO, OLIVEROS y ARGUELLES. Para el primero, en el Proyecto de Constitución había que diferenciar, conforme a lo dicho en su Proemio, dos cosas:

"las antiguas leyes fundamentales o políticas de la Monarquía y las nuevas providencias o medidas que se han añadido, para que aquéllas tengan un entero cumplimiento, y no vuelvan a caer en el olvido. Las primeras se exponen brevemente en el capítulo III del título II, en el que se dice "el gobierno de la nación es una Monarquía moderada. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey; en éste la de hacerlas ejecutar, y en los tribunales la de aplicar las leyes a las causas civiles y criminales". Los demás capítulos que tratan de las Cortes y de sus facultades, de la autoridad del rey y de la de los tribunales, no son más que el desenvolvimiento o las consecuencias inmediatas de los expresados principios" (59).

OLIVEROS, por su parte, abundó en esta distinción al señalar, como lo había hecho ya en el debate de los tres primeros artículos del Proyecto, que éste se limitaba a restablecer las leyes fundamentales de la Monarquía,

"y que toda la novedad se reduce al orden con que se presentan y a la armonía que se les hace guardar entre sí; añadiendo únicamente aquellas medidas y providencias que han parecido necesarias para que en adelante jamás se olviden tan saludables principios, y tengan exacto cumplimiento las leyes primordiales que ha conservado la nación por tantos siglos, y cuya violación la ha expuesto a perecer y ser borrada del número de las naciones en estos últimos tiempos" (60).

Y, en fin, semejantes tesis expuso AGUSTIN DE ARGUELLES:

"...El congreso halló en el proyecto casi lo que la comisión había asegurado en su discurso preliminar. En el fondo nuestras antiguas leyes y nuestras instituciones. Y a pesar de algunas novedades de orden muy subalterno, que son suyas, si se quiere, la comisión no ha sido muy original en su obra; lo ha confesado modestamente...El congreso ha restablecido la constitución de la antigua Monarquía, y ha adoptado todas las medidas que creyó necesarias para evitar que en adelante volviese a degenerar en absoluta" (61).

En virtud de estas intervenciones puede decirse que, en principio, el dictamen de estos diputados coincidía con el de los realistas, en tanto que también

para aquéllos ni todos los preceptos incluidos en el Proyecto de Constitución tenían el mismo origen (unos procedían de las viejas leyes, otros tenían un carácter novedoso), ni tampoco -y esto es más importante- podían tener la misma relevancia: unos, los que se decía exhumar, eran "fundamentales"; otros, los que la Comisión reconocía haber agregado por su cuenta, eran "accesorios" o "subalternos".

¿Qué consecuencias jurídicas se derivaban de esta distinción? Como es fácil sonsacar el problema estriba en analizar el alcance exacto que debe atribuirse a esta mayor relevancia otorgada a unos preceptos constitucionales en detrimento de otros. Esto es, ¿se trataba de una mayor relevancia jurídico-formal, como propuganaban los diputados realistas? ¿O, por el contrario, esta distinción era exclusivamente material, sin que por ello implicase distinguir formalmente a unos preceptos de otros? Sin duda alguna, esta distinción era para los diputados liberales puramente material. Los preceptos constitucionales, fuesen "fundamentales" o "accesorios", eran considerados formalmente iguales. Este criterio lo defendieron de dos modos: implícita y explícitamente:

Por lo que concierne al primer punto de vista, conviene subrayar que en las intervenciones citadas de MUÑOZ TORRERO, OLIVEROS y ARGUELLES, se distinguía a

las disposiciones constitucionales por su origen y contenido, pero no hubo, sin embargo -y este es un dato muy importante- un expreso reconocimiento, lo que podía entenderse como tácito rechazo, de una desigualdad formal entre las mismas, tal como habían hecho los diputados realistas. Para los liberales se trataba, simplemente, de una distinción histórico-material, pero que no comportaba una desigual consideración formal. En este sentido, recuérdese que cuando BORRULL se había basado en el discurso de MUÑOZ TORRERO en el cual este diputado admitía el distinto carácter de los artículos del Proyecto, añadía por su cuenta, sin embargo, algo muy significativo: la irrevocabilidad de los preceptos "fundamentales", a la que el diputado extremeño no había aludido (62).

Pero, además, el carácter exclusivamente material de la distinción que se examina fue reconocida explícitamente por ARGUELLES y OLIVEROS desde tres puntos de vista diferentes. En primer lugar, a contrario, al insistir estos diputados en la igualdad formal de todos los artículos constitucionales; en segundo lugar, al discernir formalmente, fuese cual fuese su contenido, las leyes constitucionales de las ordinarias; y, por último, al rechazar cualquier límite material a las ulteriores reformas del texto constitucional. Conviene centrarse ahora en el primer aspecto,

ya que los otros dos merecen un tratamiento específico.

Para defender la igualdad formal de todos los preceptos constitucionales ARGUELLES y OLIVEROS se basaron en su unidad orgánica, la cual convertía al Proyecto en un conjunto normativo sistemático e inseparable:

"pudiera decirse, Señor, (y yo anticipo aquí una impugnación) -decía ARGUELLES en el debate del artículo 373- que no todos los artículos de la constitución son igualmente necesarios y convenientes; pero a esto es muy fácil contestar; porque en un sistema de esta naturaleza nadie puede saber qual artículo será el que ofrezca más dificultades e inconvenientes en su observancia. Así que, el que parezca más sencillo, y menos interesante podrá verse acaso por la experiencia, que es el que más importa conservar" (63).

En esta misma idea volvió a insistir el diputado asturiano cuando esta objeción había sido ya formulada por los realistas:

"se ha dicho, Señor, -decía ARGUELLES- que como la constitución establece principios que son fundamentales, y entre ellos cosas que sólo son accesorias, y que varios de los señores que hablaron el otro día consideran como puramente reglamentarias, deberían exceptuarse de las primeras y declararse alterables en qualquiera época y por qualesquiera Cortes ordinarias. Esta idea, aunque a primera vista aparece con alguna exactitud, es sin embargo equivocada... Soy el primero a convenir en que los españoles debemos ser libres por nuestra Constitución anterior. Pero tam-

bién soy el primero a sostener que mientras no busquemos el medio de asegurar su observancia, es inútil la antigua constitución, los antiguos fueros, las antiguas leyes, y cuanto puede haberse hecho en favor de nuestra libertad" (64).

Y, en fin, OLIVEROS, por su parte, afirmó:

"también se han comparado las medidas constitucionales con las leyes positivas, y así como éstas pueden ser revocadas por otras cortes, del mismo modo se ha dicho que deben y pueden ser aquéllas. Las medidas para la observancia de las leyes fundamentales participan de la estabilidad de éstas; sobre ellas deben fundarse los códigos civil, criminal y económico; no miran a un objeto particular de la Monarquía sino que son las bases sobre las que estriba; sin ellas, Señor, volvería la arbitrariedad, la anarquía y el despotismo: ¿Cómo se considera que pueden variarse en todas las cortes sin exponer la seguridad del estado?, ¿sin que todo quede en la incerteza? (65).

2. LA DISTINCION FORMAL ENTRE LEYES CONSTITUCIONALES Y LEYES ORDINARIAS.

La distinción formal entre leyes constitucionales -fuese cual fuese su origen e importancia material- y leyes ordinarias o "positivas", como se las denominaba en el lenguaje jurídico de la época, fue defendida de modo inequívoco por ARGUELLES y OLIVEROS, en consonancia con el principio de soberanía nacional y con la técnica de la rigidez. En realidad, esta dis-

tinción venía ya a reconocerse en las dos últimas intervenciones citadas. Sin embargo, en éstas se igualaba formalmente a todos los preceptos constitucionales en virtud del carácter orgánico del Proyecto, mientras que en las intervenciones que ahora se transcriben la distinción entre leyes constitucionales y ordinarias se establecía única y exclusivamente a tenor de los distintos requisitos orgánico-procedimentales exigidos para elaborar unas y otras:

"en la proposición de una ley cualquiera -decía ARGUELLES en el debate del artículo 373- hemos establecido reglas que contengan el ímpetu de las innovaciones que no sean muy útiles o necesarias. La sanción del rey es un correctivo para equilibrar el peso de la autoridad legislativa; y ¿seríamos menos circunspectos en materia tan grave y delicada como lo es cualquiera alteración de la ley fundamental? Cada nación ha procurado en todos los tiempos introducir en su constitución cierto artificio que la haga duradera... Mas como los señores que para impugnar el artículo se fundaron en la constitución inglesa, padecieron notable equivocación. La constitución de Inglaterra prueba mucho a favor del artículo. Ella tiene en sí misma el principio conservador que la hace casi inalterable; pero pende todo del diverso artificio con que está formada. En aquél reyno no hay diferencia por la constitución entre leyes fundamentales y positivas. No hay sino actas del parlamento, cuya naturaleza varía según el objeto de los billes, no por el modo de proponerlos ni de deliberar. El veto absoluto del rey es la salvaguardia de la constitución contra las innovaciones que pudieran destruirla o desfigurarla... Mas la comisión no

creyó compatible con la índole de nuestra antigua Monarquía introducir en la constitución un principio tan excesivamente conservador...La estabilidad pareció oportuno establecerla sobre principios más consoladores...Por esta razón se ha distinguido con toda precisión y claridad las leyes comunes o positivas, y las leyes fundamentales o constitucionales. No dando al rey intervención alguna en la reforma de la constitución, era preciso oponer alguna barrera a la impetuosidad de las Cortes, abandonadas a sí mismas en el ejercicio de la autoridad constituyente. Esta barrera existe al principio en los ocho primeros años en que no puede proponerse ninguna alteración; y después en los trámites de las proposiciones y número de los votos para su aprobación" (66).

Con igual criterio habló OLIVEROS en el debate del artículo 375:

"la Comisión ha querido hacer la distinción entre las leyes positivas y las constitucionales. Porque debiendo estas últimas ser más estables y firmes, se ha dicho que deben preceder ciertas formalidades para darles más solemnidad por su carácter e importancia que a las leyes comunes" (67).

Como se puede apreciar, pese a coincidir ARGUELLES y OLIVEROS con ANER y VILLANUEVA a la hora de defender las restricciones y trámites que establecía el Título décimo, cada una de estas dos defensas reposaba en unos principios bien distintos. Para los diputados liberales, la distinción entre leyes constitucionales y leyes ordinarias tenía un valor per se, intrínseco. Un valor, por lo demás, de gran importancia, en cuanto

suponía una premisa protectora del orden constitucional en su conjunto, al limitar la actividad de los poderes ordinarios del Estado. Para ANER y VILLANUEVA, en cambio, esta distinción tenía un valor meramente instrumental y contingente: se aceptaba en tanto que coadyuvaba a preservar las leyes fundamentales de la Monarquía, recogidas en los artículos "esenciales" del Proyecto constitucional.

3. LA DEFENSA DEL CARACTER MATERIALMENTE ILIMITADO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL.

De lo dicho por ARGUELLES y OLIVEROS ya se podía deducir la disconformidad de estos diputados con el establecimiento de cualquier clase de límites materiales al ejercicio de las ulteriores reformas del texto constitucional. Al concebirse de un modo puramente material, sin consecuencia formal alguna, la distinción que estos diputados establecían entre los preceptos constitucionales, resultaba congruente negar que el Título décimo sólo afectaba a los artículos "accesorios" y no a los "fundamentales".

Por otra parte, esta actitud era coherente con lo que habían manifestado estos diputados en el debate de los tres primeros artículos del Proyecto y en el del 27 (recuérdese la intervención de ARGUELLES) (68), en

los que habían dejado constancia de que una cosa era pretender restaurar la antigua legislación histórica, y otra muy distinta tener que acatarla necesariamente y de un modo indiscriminado. Si se afirmaba ésto respecto de los límites del poder constituyente, era hasta cierto punto lógico que se pensase lo mismo respecto al ejercicio de la reforma constitucional.

Pero, sobre todo, el defender el carácter materialmente ilimitado de la reforma constitucional era un axioma consustancial al dogma de la soberanía nacional, como se ha dicho en las precisiones conceptuales a este capítulo.

Y, en efecto, con plena fidelidad a este dogma, ningún diputado liberal sostuvo que los preceptos del Proyecto que recogían las antiguas leyes fundamentales estuviesen excluidos de las futuras modificaciones constitucionales. Incluso, ARGUELLES proclamó explícitamente, en el debate del artículo 100, que las leyes fundamentales, término con el que se refería en este caso al texto constitucional en su conjunto, podrían ser alteradas en lo sucesivo, siempre y cuando se siguiesen los trámites preestablecidos:

"las leyes constitucionales -decía- pueden variarse siempre que la nación lo tenga por conveniente; pero para ésto deben reunirse las Cortes con poderes especiales ad hoc, y en forma distinta de las Cortes ordinarias" (69).

Esta tesis se recogía en el Título décimo del Proyecto constitucional (que pasó íntegramente a la redacción definitiva), que no contenía siquiera ninguna "cláusula de intangibilidad". Pero, además, el carácter materialmente ilimitado de la reforma constitucional se sancionaba de modo expreso. Así, los artículos 373 y 374 hablaban de "alteración, adición o reforma" del orden constitucional. Y en el primer concepto -escribe R.MORODO-, iba "implícita la concepción radical francesa, conforme con el artículo 3 del mismo texto fundamental (se refiere al de 1812): la posibilidad de la Nación de darse sus leyes fundamentales" (70).

Este mismo autor señala (71) el contraste que, sobre la cuestión que se examina, ofrece el código doceañista respecto al Estatuto de Bayona. Mientras el primero permitía "alterar" el orden constitucional, el segundo sólo hacía posible introducir en él "adiciones, modificaciones y mejoras" (72). Tan importante matiz era lógica consecuencia del distinto punto de partida que había animado a los redactores de ambos códigos respecto al capital problema de la soberanía: el Estatuto de Bayona (73), otorgado e impuesto por JOSE NAPOLEON, se concebía, y su Preámbulo así lo corroboraba, como "ley fundamental", como base de un pacto que unía a los "pueblos" con el Rey y a éste con aquéllos. El código doceañista, bien al contrario, descansaba en un princi-