

NOTA PRELIMINAR

La obra que ahora doy a la imprenta recoge el texto de las lecciones que durante los dos últimos años —desde que la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia adaptó su Plan de estudios al nuevo patrón europeo— he ido elaborando a fin de poder servirme de ellas en mis explicaciones de *Derecho Constitucional I*, primera de las tres asignaturas en las que ha quedado organizada la docencia de dicha materia en la citada Universidad. Nace, pues, de la necesidad de adecuar la enseñanza del Derecho Constitucional a las exigencias del Espacio Europeo de Educación Superior y, en consecuencia, expresa el punto máximo al que he podido —o sabido— llegar en tal empeño. Por si ello ayuda a que el lector sepa cuál ha sido la técnica utilizada en la preparación de estas lecciones, diré que para componerlas me he valido preferentemente de mi previa experiencia en la elaboración de voces para la *Enciclopedia Jurídica Básica* editada por Civitas, ya que el difícil ejercicio de disciplina que tal trabajo comporta genera pericias en el complicado arte de conjugar síntesis, claridad y rigor que me han resultado de la mayor utilidad a la hora de acometer esta nueva tarea. También me he apoyado, como es lógico, en la práctica docente de estos dos últimos cursos en los que he recibido indicaciones muy estimables de mis alumnos sobre extremos en los que, de otra manera, no hubiera llegado a caer. El haber asumido esta enseñanza, tanto ellos como yo, con un acordado sentido de «ensayo» ha ayudado a que tal cosa suceda.

Vistas desde otra perspectiva, estas lecciones se publican además al final de mi andadura académica, con lo cual deberían servir también al fin segundo de certificar la forma en la que he venido concibiendo y practicando desde un principio la docencia del Derecho Constitucional. Y estoy seguro de que algo —bastante— de esa aspiración ha debido quedar en estas páginas. Sin embargo, debo añadir que no me ha resultado nada sencillo progresar en tal intento, ya que dejar constan-

cia de la propia visión de la disciplina exige desarrollos que no caben en la lógica acelerada de Bolonia, con lo cual mucho me temo que, al pretender compaginar ambas finalidades, haya terminado por no satisfacer plenamente ninguna de ellas. Para paliar este riesgo, siempre que no he tenido otro remedio, he optado por dar preferencia a la utilidad académica de esta obra. Entienda, pues, el lector que muchos de los tratamientos apresurados, de las simplificaciones excesivas y aun de las omisiones notorias que, sin duda, va a encontrar en estas páginas (no todas, pues otras serán atribuibles a mis propias limitaciones) tienen su causa en este deseo de no hacer padecer a su destino docente.

Por lo que respecta a esa visión personal de la asignatura a la que acabo de referirme, tan sólo indicaré que la idea fundamental sobre la que siempre la he hecho pivotar ha consistido en concebir al Derecho Constitucional como esa única rama del Derecho a la que le subyacen *preguntas radicales* sobre el ser del hombre en comunidad, sobre la obediencia al poder y sobre la fuerza de obligar del resto de las normas. Una forma de entenderla que hace imposible entrar a analizar un concreto ordenamiento constitucional sin haber adquirido antes unos mínimos conocimientos sobre aquellas categorías que explican la conexión de nuestra disciplina con aquellas preguntas esenciales. Sin tal información no es posible, a mi juicio, saber *qué* es una Constitución y —lo que es aún más grave— no es posible saber *por qué* y *para qué* es una Constitución. En mi caso, nunca he pensado que esta función preliminar deba cumplirla una Teoría del Estado, escasamente útil a tal fin, ni tampoco una Historia constitucional entendida como mero relato secuencial de hechos, aunque esos hechos sean los relativos al movimiento que un día dio lugar a un mundo con Constituciones. Lejos de lo uno y de lo otro, siempre he creído que ese lugar debe ocuparlo directamente una Teoría de la Constitución construida como *saber normativo* (Teoría general de la Constitución como norma) y, a la vez, como *saber histórico* al servicio de aquel saber normativo, de tal modo que en este recurso a la historia importen más los conceptos que los hechos, la búsqueda de las razones originales de las grandes categorías del Derecho Público que la historia misma. Eso es, en definitiva, lo que el lector va a encontrar en las tres primeras lecciones de este volumen. Y como quiera que la incorporación de nuestros estudios al Espacio Europeo de Educación Superior (un espacio que, en principio, tiene más que ver con «*la Europa de los mercaderes*» y de la preparación rápida de los alumnos para el acceso al mercado de trabajo que con «*la Europa de Erasmo y de la cultura*») bien pudiera poner en ries-

go la subsistencia de algunos de tales contenidos en beneficio de otros saberes más desnudamente prácticos, ello ha terminado por convencerme de la conveniencia de dejar constancia aquí, equivocada o no, de mi personal postura al respecto.

En fin, sólo añadiré que en mi práctica docente he intentado aproximar también el empleo de estos temas a las exigencias propias de las nuevas formas de enseñanza haciendo que (lejos de tener que ser memorizados al viejo uso) cada uno de ellos —y aun cada epígrafe dentro de cada uno de ellos— pueda ser trabajado con una metodología diferente. Hay partes para ser leídas y debatidas, hay contenidos cuyo aprendizaje se puede confiar a la realización de una práctica bien planteada, y hay también materiales (los que afectan a extremos que la formación de un jurista recomienda retener) que deben ser memorizados y exigidos con toda puntualidad. Yo así he utilizado este texto, y creo haberlo hecho con fruto para mí como docente y para mis alumnos como destinatarios de dicha docencia.

Murcia, junio de 2011.

NOTA A LA CUARTA EDICIÓN*

El tiempo transcurrido desde que se publicó la tercera edición de esta obra ha hecho necesaria una puesta al día del texto que entonces se entregara a la imprenta; y ello no solo porque así lo han impuesto las lógicas modificaciones normativas y jurisprudenciales producidas desde entonces sino además por los evidentes cambios habidos en el sistema de partidos y, con ello, en el propio esquema de fuerzas que sostienen a nuestro actual proyecto constitucional. Ello no obstante, he querido mantener en esta nueva actualización el mismo criterio que ya hice expreso en la nota que acompañaba a aquella tercera edición, criterio según el cual —así lo decía allí incluso de forma explícita— mi idea es que «*un texto sometido a demasiados mechados y retoques, en vez de ser un texto puesto al día, acaba siendo un texto maltratado y por lo tanto echado a perder*». Para no caer, pues, en tal error he preferido reducir nuevamente la puesta al día de esta cuarta edición a los mínimos datos que, como digo, la hacían inexcusable. Espero que el lector también lo entienda así y, en consecuencia, se beneficie del ahorro de farrago que la actitud contraria hubiera terminado por suponer.

Con todo, no quisiera concluir esta nota sin expresar mi gratitud hacia el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por el interés que ha puesto en publicar esta nueva edición y, de manera muy particular, a Yolanda Gómez Sánchez, actual Directora de dicho Centro, a Manuel Aragón Reyes y a Pedro González-Trevijano, Directores de la colección «*Estudios constitucionales*» en la que esta obra vuelve a aparecer, y a Emilio Pajares Montolío, Subdirector de ediciones de esa institución. A todos ellos mi agradecimiento.

Murcia, febrero de 2020.

* La decisión, elaboración y encaje de las correcciones que se incluyen en esta cuarta edición corresponden en exclusiva al autor de la obra, único responsable, por tanto, de ellas. No obstante, es de justicia reconocer la ayuda que en esta tarea me ha prestado —con apoyo en su actual experiencia docente— el profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia Ignacio González García.

PRIMERA PARTE

TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN

TEMA 1

LA FORMACIÓN DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN Y SU INCORPORACIÓN A LA CULTURA JURÍDICA DE OCCIDENTE

- I. LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DE LA VIDA EN COMÚN Y LA FUNCIÓN DEL DERECHO.
- II. DERECHO Y PODER EN LOS MODELOS PRECONSTITUCIONALES.
 1. Las dificultades del Derecho. Sus causas.
 2. Precedentes preconstitucionales de la aspiración a limitar jurídicamente el poder.
- III. EL TRÁNSITO DE OCCIDENTE A LA MODERNIDAD, PRESUPUESTO NECESARIO DE LA FORMACIÓN DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN.
 1. Una realidad nueva. La relación circular «protestantismo-capitalismo-constitucionalismo» y la apertura a un escenario social diferente.
 2. Un pensamiento nuevo. La concepción del mundo y del Derecho en la teoría liberal y en el iusnaturalismo racionalista.
- IV. «REVOLUCIONES ATLÁNTICAS» Y MOVIMIENTO CONSTITUCIONAL.
- V. LA FORMACIÓN DEL CONTENIDO DOGMÁTICO DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN.
 1. Los presupuestos pactistas de la idea de Constitución, clave de la ideología constitucional.
 2. «Soberanía de los propios ciudadanos» y «derechos retenidos». Ideología constitucional de la libertad.
 3. «Separación de poderes» y «subordinación del poder a Derecho». Ideología constitucional del poder.
- VI. LA FORMACIÓN DEL ELEMENTO TÉCNICO DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN.
 1. Norma formulada por escrito.
 2. Norma obra del «poder constituyente».
 3. «Norma fundamental» y «Derecho de mayor valor» del Estado.
 4. Norma más estable que el resto de las normas: la rigidez constitucional.
 5. Norma eficaz sobre las demás normas: la nulidad del Derecho inconstitucional.
- VII. COROLARIO: LA FORMULACIÓN INICIAL DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y SU INCORPORACIÓN A LA CULTURA JURÍDICA DE OCCIDENTE.

I. LA ORGANIZACIÓN INSTITUCIONAL DE LA VIDA EN COMÚN Y LA FUNCIÓN DEL DERECHO

Hay dos hechos que pertenecen a la experiencia común y de los que, por tanto, podríamos partir en este recorrido que ahora iniciamos. Son ellos, por una parte, la condición social de la vida de los hombres, necesariamente conformada como una vida compartida en la que tan sólo podemos existir los unos referidos a los otros, inevitablemente destinados a vivir juntos y a intentar entendernos y, por otro lado —muy relacionado con lo anterior— el hecho terrible del poder, es decir, la recalcitrante evidencia de que, en ese vivir convivido, siempre unos hombre adquieren la capacidad de decidir y actuar sobre otros, de quienes, sin ser distintos de ellos, obtienen obediencia. Uno y otro dato aluden, obviamente, a la dimensión política de nuestra vida en común, pero expresan también realidades que son indiscutiblemente jurídicas ya que ambos hechos están conectados con la idea de justicia. Tan es así que, en el fondo, de lo que realmente hablamos cuando nos referimos a ellos es de la cualidad justa o injusta del modelo de convivencia finalmente establecido y de la condición libre o no libre de los hombres frente al poder. Se entiende, por tanto, que el Derecho tenga cometidos fundamentales que cumplir (otra cosa es que la realidad le permita hacerlo) respecto de la organización institucional de la vida pública en la que tales realidades se resuelven.

Si lo anterior es correcto, cabe entonces decir que al Derecho le incumben, en este orden de cosas, al menos las siguientes funciones:

- (i) precisar esa organización institucional o, lo que es igual, definir el modelo político que cada comunidad haya adoptado para ordenar su vida, dándole a tal modelo la fijeza y la estabilidad que sólo las normas jurídicas son capaces de conseguir;
- (ii) asegurar, mediante su referencia a tales normas, la unidad política de la comunidad misma y aun cabría decir que su propia existencia, ya que, al menos en términos formales, dicha comunidad sólo existe a partir del momento en que pasa a existir para el Derecho;
- (iii) transformar la condición del poder que, en principio y por su propia naturaleza, tiende siempre a ser expansivo e «informe» —a no conocer límites— en una realidad «con forma», esto es, con márgenes o *límites* que sus titulares no pueden traspasar (cuando decimos que «*el Derecho es la forma del*

poder» nos estamos refiriendo precisamente a esta cualidad suya);

- (iv) y, por último, garantizar a todos los miembros de la comunidad, mediante procedimientos exigibles en Derecho, la eficacia de las reglas del sistema, ahí incluidas las que les afectan a ellos, reglas que, sin tal previsión, los agentes constituidos en autoridad podrían ignorar.

En síntesis, al Derecho le corresponde conseguir la despersonalización del proceso político mediante su objetivación en normas, lo que equivale a alcanzar la racionalización de dicho proceso.

Para que el Derecho pueda cumplir tal cometido es preciso, no obstante, que se den dos condiciones: en primer lugar, que la mentalidad de la sociedad correspondiente y su comprensión del mundo lo permitan y, en segundo lugar, —muy conectado a lo anterior— que, en función de esa mentalidad, se admita como posible la existencia de una «norma superior» (un «*higher law*», como en los inicios de la Edad Moderna se empezaría a decir) situada por encima del poder y del resto del Derecho, y capaz por tanto de asegurar a las demás normas, desde su superioridad, la fuerza de imperar que necesitan. Allá donde —por las razones que sea— esta norma superior no existe y una voluntad particular puede primar sobre el Derecho, no es el Derecho sino esa voluntad la que decide y domina la estructura del sistema y el alcance del poder, con lo cual el Derecho está impedido de asumir en plenitud dicha tarea.

II. DERECHO Y PODER EN LOS MODELOS PRECONSTITUCIONALES

1. Las dificultades del Derecho. Sus causas

Esto último es lo que sucedió en los modelos preconstitucionales de organización política existentes hasta bien entrado el siglo XVII, tiempo en el que el pensamiento liberal y la ideología constitucional abrieron paso a una nueva forma de ver las cosas. En tales modelos anteriores al tiempo constitucional, con manifestaciones tan variadas como corresponde a etapas y culturas muy distintas que van desde el primitivo mundo tribal a las monarquías absolutas de la Edad Moderna, pasando por la antigüedad clásica y por el medioevo, se partió de una concepción (i) del mundo, (ii) de la sociedad y (iii) del poder, por este orden, que puso todo tipo de dificultades a la primacía del Derecho y, por lo tanto, a la eventual existencia de un «Derecho superior».

Pensemos tan sólo que, conforme a dicha visión y durante largos siglos:

(i) El mundo se concibió como un «*cosmos*», es decir, como un «todo ordenado» presidido por una «*armonía natural*» que para los griegos venía de la propia naturaleza de las cosas y para el pensamiento tradicional cristiano procedía de Dios en cuanto que ese era «*el orden querido por Dios para el mundo*», un orden por lo tanto necesario y heterónimo que, en consecuencia, se imponía a los hombres como «*natural*» y no se discutía.

(ii) En esta concepción del mundo iba implícita además una simétrica visión de la sociedad la cual, en la medida en que es parte de ese «*cosmos*», no podía dejar de reproducir sus condiciones. También la sociedad se concebía, pues, como una realidad perfectamente ordenada por la naturaleza, y el orden social de ahí resultante —en el fondo, el orden social establecido— pasaba a ser un orden incuestionado. El pensamiento tradicional dio incluso a esta visión del orden social una formulación teórica —la que hoy conocemos como *concepción organicista de la sociedad*— consistente en explicar a la sociedad por comparación o analogía con un «organismo», es decir, con algo tan natural y biológicamente organizado como un ser vivo en el que cada parte cumpliría su función (unos serían la cabeza que gobierna, otros los brazos que trabajan...) y todos estarían ocupando el lugar que la naturaleza —o el plan de Dios— les habría reservado. La ordenación de la sociedad en estamentos (un estamento que reza, otro que labora, otro que hace la guerra) sería una buena muestra de ello. Con el recurso a esta metáfora se estaría afirmando asimismo —advirtámoslo— que la sociedad es anterior y superior a los individuos que la forman, de la misma manera que un ser vivo es anterior a sus partes e irreducible a ellas, lo que equivale a decir que aquéllos —los individuos— no tienen entidad propia independiente de la sociedad y que sólo existen como tejido de la misma.

(iii) En fin, todo lo anterior desembocó necesariamente en una correlativa comprensión del poder y, por lo tanto, de la obediencia. Según ella, la autoridad es de nuevo un hecho natural —no discutido— cuya atribución se debe habitualmente a una decisión de la divinidad. A la postre, el poder viene de Dios, lo que lo convierte en irresponsable, y es atribuido además a su destinatario como «patrimonio propio», lo que lo hace transmisible por herencia. Por eso Bossuet (en «*La política sacada de las Sagradas Escrituras*», 1679) define al monarca como «lugarteniente de Dios» en sus reinos; y para Filmer (en «*El*

patriarca», 1653) el poder se transmite por sucesión de patriarca en patriarca —esto es, de monarca en monarca— desde Adán. A su vez y en simetría, la obediencia política pasa a tener también un fundamento tan universal e indiscutido como la propia fe religiosa en la que se basa su exigencia.

En estas condiciones, pues, con un poder recibido de Dios y poseído de manera patrimonial, se entiende que las posibilidades del Derecho durante este tiempo fueran escasas. Para Jean Bodin, riguroso teórico de la monarquía absoluta (en «*Los seis libros de la República*», 1576), el principal signo de identidad del soberano era precisamente éste: el ser «absoluto» o *lege soluto*, único individuo libre de sujeción a la ley en sus reinos; soberano —diría— es el que da la ley a los otros sin quedar sujeto a ella. Y todavía al final de este tiempo, casi concluido el siglo XVIII y dentro de ese absolutismo atemperado por las Luces que conocemos como «absolutismo ilustrado», cuando Federico II de Prusia afirmara en su «*Ensayo sobre las formas de gobierno y sobre los deberes de los soberanos*» (1781) que el príncipe «... *no es sino el primer servidor del Estado, obligado a actuar con probidad, sabiduría y desinterés, como si a cada momento debiera rendir cuentas a sus ciudadanos*», este «*como si debiera*» estaba significando que el monarca realmente *no debía en Derecho* o, lo que es igual, que el suyo no era un auténtico «deber jurídico» porque no generaba simétricos derechos en sus destinatarios.

2. Precedentes preconstitucionales de la aspiración a limitar jurídicamente el poder

Durante este largo tiempo se produjeron, no obstante, algunos intentos de confiar al Derecho la ordenación de la comunidad política sustrayéndola a la sola voluntad del poder.

- En esa dirección actuaron el *dualismo* germánico (que concebía a la comunidad política como un pacto Rex-Regnum del que se derivaban condiciones para el rey) y, muy próxima a él, la concepción feudal de las relaciones de dominación imperante durante buena parte de la Edad Media, basada asimismo en la existencia de un pacto, el pacto feudal, del que nacían deberes para los vasallos pero también para el señor. A esta lógica *dualista* respondieron, en concreto, determinados documentos medievales (la Carta Magna acordada entre Juan Sin Tierra y sus baro-

nes en Inglaterra en 1215, la Bula de Oro promulgada por Andrés II de Hungría en 1222, el proyecto de Ley Perpetua pretendido por los comuneros entre nosotros...) en los que el monarca se comprometía a respetar lo allí acordado con expresiones que, en cierto modo, preludian a las modernas declaraciones de derechos, razón por la cual se las ha considerado a veces como un precedente de tales documentos constitucionales.

- Si de ahí venimos al terreno de la teoría, es igualmente cierto que, hacia finales de la Edad Media y principios de la Edad Moderna y por obra de determinados grupos o sectores siempre minoritarios enfrentados al monarca y a su condición absoluta, se elaboraron construcciones que apuntaban a idéntico fin. Baste recordar la diferenciación establecida por Bracton en 1259 entre *gubernaculum* (esfera relativa a la gobernación del reino, libre para el monarca) y *iurisdictio* (ámbito referido a los derechos de los súbditos, que debía pertenecer también al rey, pero en el que éste no podía rebasar ciertos límites concebidos como jurídicos) o la distinción formulada por John Fortescue hacia finales del siglo xv entre «*dominium regale*» (denominación acuñada para definir a aquellos regímenes en los que el príncipe no aceptaba padecer ninguna limitación) y «*dominium politicum regale*» (fórmula con la que designaba a aquellos Estados en los que el príncipe, sin estar obligado a ello, admitía gobernar sujeto a normas y con el concurso de la comunidad).
- En fin, al inicio de la Edad Moderna se hizo bastante común, asimismo, el uso de una categoría —las «*leyes fundamentales del reino*»; el «*fundamental law*» en Inglaterra— que ya en su denominación, traslucía bien a las claras la convicción de que en todo Estado existe una legalidad *fundamental* o *superior* de la que el poder depende y que, por lo tanto, éste no puede desconocer. La elaboración dogmática de dicho concepto la hicieron en Francia hacia la segunda mitad del siglo xvi algunos juristas próximos al grupo de los monarcómanos (movimiento calvinista enfrentado al rey francés por razones políticas y religiosas) y de allí pasó a Inglaterra donde acabó jugando un importante papel en la lucha entre el Parlamento y la Corona, ambos empeñados en apelar a interpretaciones diferentes de esta legalidad superior. En el concepto de sus defensores, la categoría «*leyes fundamentales*» hacía referencia a la existencia en todo reino de ciertas reglas inveteradas (sobre la forma de sucesión al trono, sobre la religión del

monarca, sobre la ordenación estamental del reino...) que, porque contenían los *fundamentos* de la comunidad política misma, se debían imponer a todos y, por supuesto, al monarca, el cual —rey en razón de tales reglas— no las podía desconocer sin estar desconociendo el fundamento de su propia autoridad.

Con todo, el valor de estas manifestaciones es limitado. Todas ellas es verdad que testimonian la tendencia de los hombres a hacer del Derecho, en todo tiempo, una forma de garantía de su posición frente al poder. Pero las cartas y privilegios que acabamos de mencionar son tan solo documentos que expresan las condiciones de la sociedad estamental y sus insuficiencias (cuando Enrique III confirmó a sus barones en 1225 la Carta Magna, ya advirtió que lo hacía «*spontanea et bona voluntate nostra*», esto es, «*por su espontánea y libre voluntad*»). Las teorías después aludidas únicamente fueron instrumentos dialécticos utilizados por determinadas minorías en su oposición al pensamiento oficial, pero nunca pensamiento oficial. Y el verdadero alcance de la categoría «*leyes fundamentales*» no puede apreciarse sin tener en cuenta su indeterminación y su ambigüedad. Confiadas a la tradición y rara vez escritas, jamás se supo con precisión —salvo unas mínimas reglas relativas a las tres o cuatro cuestiones arriba indicadas— cuántas y cuáles eran esas leyes «fundamentales». Y, en todo caso, sirvieron tanto a los opositores del monarca para intentar frenar su poder como —aunque ésta no fuera su intención inicial— al propio monarca para apoyar sobre ellas sus pretensiones de poder ilimitado. De ahí que Jacobo I y Carlos I apelaran precisamente al «*fundamental law*» de Inglaterra para defenderse de la acusación del Parlamento de haberlo violado. Hay que esperar, pues, a que hacia finales del siglo XVIII los colonos ingleses de la América del Norte recurran a esta categoría en su enfrentamiento con la Corona británica para que la misma adquiera —lo veremos en su lugar— aspectos de una modernidad muy distinta. Pero eso sucederá ya en otro tiempo y porque para entonces se habrá abierto paso una mentalidad diferente.

III. EL TRÁNSITO DE OCCIDENTE A LA MODERNIDAD, PRESUPUESTO NECESARIO DE LA FORMACIÓN DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN

La idea de Constitución surge, pues, en el mundo como consecuencia del gran quiebro producido en la conciencia de occidente entre me-

diados del siglo XVI y finales del siglo XVIII, quiebro que, a su vez, es el resultado de la profunda transformación que por entonces está aconteciendo tanto en la realidad (sobre todo en el mundo de las estructuras sociales) como en el ámbito del pensamiento que interpreta a esa realidad, razón por la cual debamos comenzar por referirnos a ambas cuestiones.

1. Una realidad nueva. La relación circular «protestantismo-capitalismo-constitucionalismo» y la apertura a un escenario social diferente

Entre los cambios verdaderamente importantes que en este tiempo se producen está, sin duda, el triunfo de la reforma protestante hacia los años de 1520 y 1540. A nuestros efectos, este triunfo supuso nada menos que la ruptura de la seguridad que hasta este momento se había tenido en la concepción cristiana del orden de lo creado —en la *«universitas cristiana»*— como fundamento universal e indiscutido de la obediencia política (vid. epígrafe II.1) y, en razón de ello, significó asimismo la necesidad de que los príncipes —quebrada la universalidad de dicho fundamento— tuvieran que buscar nuevos títulos sobre los que apoyar su derecho a recabar tal obediencia. Como es lógico, esta necesidad fue mucho mayor en los Estados protestantes ahora separados de esa *«universitas»* y requirió que los gobernantes indagaran allí sus nuevos títulos fuera de la anterior referencia a un orden revelado y trascendente, lo que casi abocaba a tener que encontrarlos en el consentimiento, inmanente, de los propios miembros de la comunidad civil. De ahí que, dado que la traslación de los fundamentos de la comunidad política a un texto jurídico convertido en Derecho superior cumplía perfectamente esa función de aportar un nuevo soporte, secularizado y civil, a la relación autoridad-obediencia, el surgimiento de la idea de Constitución apareciera inequívocamente conectado a espacios donde el protestantismo se instalaba. No es una casualidad que la primera revolución constitucional merecedora de tal nombre se produjera en Inglaterra (1640-1649) y que sus principales protagonistas fueran los puritanos, una secta protestante cuyos conceptos sobre la comunidad religiosa son claves para entender su aportación «matriz» a la idea de Constitución, ni vuelve a serlo el que la continuación del proceso tuviera lugar entre 1776 y 1787 en la América del Norte colonizada por miembros de diversas sectas llegados de Inglaterra. Es la

expresión de las profundas conexiones que originariamente existieron entre *constitucionalismo* y *protestantismo*, entendido este término en sentido amplio, como el conjunto de todas las *iglesias reformadas*.

En otro orden de cosas, durante este tiempo se produjo asimismo una profunda transformación en las estructuras sociales que resultó no menos decisiva para el avance de la idea constitucional. Se trata de la aparición de un nuevo agente social, la burguesía, cuya comprensión del mundo y cuyos intereses se avenían mal con los de la vieja estructura estamental procedente de la Edad Media y basada en la distinción entre nobleza, clero y estado llano. La burguesía, nacida hacia finales de la Edad Media como burguesía mercantil, había ido creciendo desde entonces hasta convertirse también en burguesía industrial y financiera y en estos momentos, hacia los siglos XVI y XVII, poseía todo el poder económico sin disponer sin embargo del poder político, aún en manos de nobleza y clero. Era razonable, por tanto, que aspirara a lograr un cambio radical en el modelo social y político. Además, la concepción del orden social y económico propia del pensamiento tradicional que entendía a éste como un orden ajustado por la naturaleza y casi inmóvil constituía un serio entorpecimiento para su concepto de la libertad de empresa y de la libre creación de riqueza. En consecuencia, todas las «revoluciones constitucionales» que a lo largo de este tiempo se produjeron fueron «revoluciones burguesas», claro signo de la intensa trabazón que anudó al movimiento constitucional con los intereses de la burguesía o, para ser más exactos, de la indudable vinculación que existe entre libertad constitucional y libertad de mercado, esto es, entre *constitucionalismo* y *concepción capitalista del mundo y de la vida*.

Si para cerrar el círculo de los cambios sociales entonces producidos se nos permite recurrir a ciertas tesis cuyo valor hoy nadie cuestiona, cabría recordar, en fin, de qué hábil manera Max Weber logró demostrar hacia 1904 («*La ética protestante y el espíritu del capitalismo*») la clara relación que existe, a su vez, entre protestantismo y capitalismo: para Max Weber serían los presupuestos básicos de la ética protestante en su versión calvinista los que, al propugnar el «*ascetismo intramundano*», y por lo tanto el ahorro, y considerar además el éxito en la actividad terrena —ahí incluida la actividad económica— como signo de predestinación para la otra vida, habrían colocado en el mundo las premisas fundamentales de la mentalidad burguesa y del sistema capitalista: ahorro, inversión y éxito en la creación de riqueza. *Protestantismo* y *concepción capitalista de la vida* guardarían, pues, una vinculación no menos intensa que la antes analizada y ello nos permitiría concluir

advirtiendo la profunda conexión circular que existe, a tres bandas, entre *protestantismo*, *capitalismo* y *constitucionalismo*, una relación que (sin menoscabar el poder de otros influjos, como el de la Ilustración o el del iusnaturalismo racionalista a los que nos referimos después) actuó en los momentos fundacionales de la idea de Constitución y todavía hoy sigue siendo imprescindible para entender muchos de sus aspectos.

2. Un pensamiento nuevo. La concepción del mundo y del Derecho en la teoría liberal y en el iusnaturalismo racionalista

Al lado de tales transformaciones se produjo, como es natural, un simétrico cambio en el terreno de las ideas nacido del acceso de la cultura de occidente a una nueva visión del mundo y de la vida. La necesidad de situar al hombre —al individuo— en el centro del universo que el Renacimiento propugnaba afectó a todos los ámbitos de la existencia. Por ceñirnos tan sólo al modo de entender el hecho social, obligó a abandonar la vieja *concepción organicista* de la sociedad y a sustituirla por una nueva forma de ver las cosas —fruto ahora del libre uso de la razón— en la que la fórmula a la que se recurrió para comprenderla no fue su comparación con un ser vivo sino su analogía con la máquina. Para esta *concepción mecanicista*: (i) la sociedad pasó a ser percibida, pues, como un *ente artificial*, esto es, como un puro *artificio* producto de la creatividad de los hombres, de la misma manera que lo es la máquina, y no como una realidad preexistente incardinada en el orden natural de lo creado; (ii) a diferencia de lo que sucedía cuando la comparación se hacía con un ser vivo que no puede ser reducido a partes sin destruirlo, ahora la sociedad comenzó a pensarse como una realidad que sí puede ser descompuesta en esas partes suyas que son los individuos y explicada por reducción a ellos; (iii) así las cosas, dejó de pensarse que la sociedad es anterior y superior a los individuos y pasó a sostenerse que, lejos de ello, son los individuos los que preexisten a la sociedad —como las piezas preexisten a la máquina— y los únicos que, por lo tanto, tienen verdadera entidad en sí mismos; (iv) en fin, en razón de todo ello, esta nueva concepción de la sociedad como mera articulación de partes condujo al convencimiento de que son los propios individuos los que, mediante el libre ensamblaje de sus voluntades, concurren a montar el artificio, esto es, a crear la sociedad. De una visión totalizadora de la sociedad en la que los individuos apenas contaban hemos

pasado, en definitiva, a una comprensión individualista del hecho social en la que son éstos los que ocupan el lugar central. De igual modo que de una concepción trascendente de la sociedad y de su ordenación política, obra de Dios, hemos venido a una concepción inmanente de la misma, producto ahora de la voluntad de sus propios integrantes.

Aunque después lo entenderemos mejor, baste por ahora decir que sobre estos presupuestos (que sin duda abren el pensamiento de occidente a la secularización y por lo tanto a la modernidad) el liberalismo pudo elaborar por fin su filosofía basada en la consideración de la comunidad política como fruto de la decisión de los individuos (así en la obra de John Locke y del liberalismo inglés del siglo XVII; también en la aportación francesa, de Montesquieu a Rousseau o Condorcet...), de igual manera que el iusnaturalismo racionalista pudo dar forma a su peculiar concepción del Derecho entendido ahora como un sistema de proposiciones alcanzables deductivamente por el solo uso de la razón a partir de determinados principios de valor universal buenos para todo hombre y en todo tiempo que en gran parte venían a coincidir con los defendidos por el liberalismo, y que además, en cuanto tales enunciados de razón, pasaban a ser formulables por escrito y codificables en normas (Pufendorf, Tomasio en Alemania, siglo XVII...). Ambas corrientes de pensamiento, cada una en su ámbito, fueron cruciales, en fin, para la formación de la idea de Constitución según veremos enseguida.

IV. «REVOLUCIONES ATLÁNTICAS» Y MOVIMIENTO CONSTITUCIONAL

La intensidad de los cambios anteriores hizo inaplazable su transferencia al terreno de las estructuras políticas o, lo que es igual, del modelo de Estado. A este singular proceso de transferencia nos referimos cuando hablamos del *movimiento constitucional*, un colosal impulso colectivo producido en la historia de occidente cuyo triunfo final fue obra de tres concretas revoluciones a las que, con terminología acuñada por J. Godechot, conocemos como «*revoluciones atlánticas*» por haber tenido lugar entre 1640 y 1789 a ambos lados del Atlántico. Las tres comparten un mismo espíritu, pero cada una de ellas tuvo su propia circunstancia, lo que condicionó el diferente sentido y alcance de sus respectivas contribuciones a la idea constitucional.

(i) La primera de esas revoluciones, *la revolución inglesa*, se produjo entre 1640 y 1688, tiempo que estuvo presidido por el rotundo

enfrentamiento —auténtica guerra civil— mantenido durante estos años entre el Parlamento y el Rey de Inglaterra, defensor el primero de las «libertades de los ingleses» y partidario el segundo de la Monarquía absoluta. En realidad, se trata de dos procesos revolucionarios claramente diferenciados.

- El primero de ellos transcurrió entre 1640 y 1659 y haríamos bien en definirlo como *revolución puritana* ya que el mismo fue obra de los puritanos, una secta radical erigida en facción dominante del Parlamento y de su Ejército (el «New Model» o Nuevo Ejército Modelo), ambos encabezados por Cromwell, y cuya singular concepción bíblica de la vida se convirtió en el espíritu mismo de la revolución. Durante este tiempo se generó un fuerte sentimiento republicano (Milton, Harrington...), se abolió la Monarquía (Carlos I murió en el patíbulo en 1649) y se acabó estableciendo la *Commonwealth*, una auténtica República liderada por Cromwell. Se entiende bien, por tanto, que el régimen salido de esta primera revolución sintiera la acuciante necesidad de asegurar sus títulos —nacidos de una guerra civil y contrarios a la tradición monárquica de Inglaterra— mediante la adopción de una norma fundamental puesta por escrito, a la postre una Constitución: ese es el valor de los dos textos, el *Agreement of the People* (1647-1649) y el *Instrument of Government* (1653), que por entonces se elaboran.
- El segundo de tales procesos, al que solemos conocer como la *Revolución Gloriosa*, tuvo lugar hacia 1688 tras el fracaso de la *Commonwealth* de Cromwell y la restauración de los Estuardo, en razón del intento de éstos de volver a prácticas absolutistas. Pero no condujo ni a la abolición de la Monarquía (sí a la sustitución de Jacobo II por su yerno Guillermo de Orange, comprometido a respetar las reglas de una Monarquía limitada) ni tampoco a la adopción de una Constitución escrita, optándose por mantener el derecho fundamental de Inglaterra como Derecho consuetudinario.

Circunstancia singular de la revolución inglesa (a la que subyace un enfrentamiento entre sectas; el propio Rey de Inglaterra es la cabeza de la Iglesia anglicana...) fue asimismo su trasfondo religioso, dato que explica que aquí surgieran por primera vez determinadas cuestiones (libertad de conciencia; tolerancia entre contrarios...) que, teniendo una matriz religiosa, acabaron siendo cruciales para el simétrico debate sobre la libertad constitucional.

(ii) La llamada *revolución americana* tuvo lugar casi cien años después del triunfo de la revolución inglesa y sólo de una forma muy relativa puede ser considerada como una auténtica revolución. No lo fue, desde luego, en cuanto a su planteamiento, ya que lo allí sucedido puede y debe ser descrito más como un proceso de emancipación de las colonias inglesas de América del Norte que como una revolución en sentido estricto. Pero sí lo fue en cuanto a sus consecuencias, ya que a resultas de este proceso se consolidó en aquella parte del mundo un profundo cambio en la forma de comprender y organizar la vida pública.

Esta segunda revolución tuvo también su particular circunstancia: a) En concreto, América fue para los colonos un espacio virgen, sin estructuras ni poderes preestablecidos, lo que la convertía en un mundo «sin constituir», bueno para ensayar sobre él los nuevos esquemas constitucionales. b) Además, los colonos que a partir de 1610-1620 fueron llegando desde Inglaterra eran en su mayoría puritanos, cuáqueros y miembros de otras sectas que trasladaron a este escenario su particular concepción de la comunidad política y, a veces, su propia experiencia vivida durante la revolución puritana. c) La colonización anglosajona confió, asimismo, la ocupación de tierras a Compañías mercantiles, las cuales situaron allí a un particular tipo de ciudadanos identificados con ese espíritu mercantil y burgués que tan importante fue, según sabemos, en los inicios del movimiento constitucional. d) Y sobre todo, América representó para los colonos la lejanía de la metrópoli y, por lo tanto, del poder, lo que permitió que aquéllos se sintieran más fácilmente dueños de su destino y titulares de un derecho natural a determinar sus propias formas de gobierno.

Alcanzada, en fin, su independencia en 1776, las trece colonias americanas convertidas en Estados procedieron a darse de inmediato (Virginia la primera, Massachusetts la última...) una Constitución. Años después, esos ya trece Estados constitucionales decidieron formar una federación y para ello recurrieron de nuevo a la técnica constitucional elaborando y aprobando la todavía hoy vigente Constitución de los Estados Unidos, de 17 de septiembre de 1787.

(iii) La última de las «*revoluciones atlánticas*», la *revolución francesa*, se produjo —esta vez sí— como una auténtica «*revolución constitucional*», ya que en la Francia de aquel momento se tenía una generalizada conciencia de que a lo que se asistía era a una desintegración total de la sociedad francesa y que, en consecuencia, era preciso re-

construir —*re-constituir*— desde sus propios cimientos al Estado. Para eso convocó Luis XVI a los Estados Generales en 1788; por eso además la mayor parte de los «*cabiers*» o «cuadernos de instrucciones» con los que los distintos estamentos apoderaron a los diputados que enviaban a tales Estados incluyeron la exigencia de que los mismos aprobasen una Constitución; y por eso, en fin, cuando el «tercer estado» se separó de los otros dos estamentos el 17 de junio de 1789 lo hizo para constituirse en Asamblea nacional «*constituyente*». Fruto de los trabajos de esta Asamblea fue la adopción de la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, de 26 de agosto de 1789, y de la Constitución de 1791. La contribución más importante de esta tercera «*revolución atlántica*» a la idea de Constitución no consistió tanto, no obstante, en aportar piezas nuevas a dicha categoría, la mayoría de las cuales ya habían sido avanzadas por las otras dos revoluciones, cuanto en añadir a las mismas su propia impronta al comunicarles el espíritu racionalizador y secularizante propio de la Ilustración francesa. Los grandes dogmas de la idea constitucional, que dentro de las experiencias inglesa y americana habían conservado un cierto matiz religioso y localista, pasaron así a quedar formulados como producto de una razón universal, idéntica en todo ser humano, lo cual, a su vez, facilitó —segundo mérito suyo— que fuera desde el modelo francés, y no desde las experiencias constitucionales anglosajonas, desde donde la idea de Constitución terminara por extenderse al resto del mundo (Constitución polaca de 1791, sueca de 1809, española de 1812...).

V. LA FORMACIÓN DEL CONTENIDO DOGMÁTICO DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN

Fruto de la acción convergente de tales factores (nueva sociedad, nuevo pensamiento, apertura de ciertos procesos revolucionarios...) fue el hallazgo de determinados elementos que, trabados, permitieron a nuestra cultura jurídica acceder finalmente a una formulación integrada de la idea de Constitución. Algunos de esos elementos tuvieron que ver con los contenidos de la Constitución entendida como dogma o ideología. Otros, complementarios de los anteriores y aun esenciales para su efectividad, concurrieron, en cambio, a definir sus aspectos técnicos. Comenzamos por referirnos a los primeros.

1. Los presupuestos pactistas de la idea de Constitución, clave de la ideología constitucional

La principal contribución del movimiento constitucional a la idea de Constitución —aquella de la que se dedujeron todas las demás— fue su comprensión como aquel acuerdo que funda a la comunidad política y la soporta sobre el consentimiento de los contratantes; en los términos que entonces se utilizaron, como «*original compact*» o «pacto originario». A esta forma de ver las cosas coadyuvaban tanto la teoría como la experiencia.

(i) En el terreno de la teoría, esa aportación correspondió al pensamiento liberal y, dentro de él, fundamentalmente a la obra de John Locke. Para llevarla a cabo, el liberalismo hizo suyos los presupuestos de la concepción mecanicista de la sociedad —individualismo, traba-zón de piezas— que ya conocemos a fin de poder sostener que la sociedad no es sino el producto de la voluntad concurrente de los hombres. Tan sólo necesitó matizar dicha concepción en dos concretos extremos para superar así dos simétricas dificultades que la misma le planteaba. Una de orden histórico: ¿cómo explicar en qué situación han vivido los hombres antes de constituirse en sociedad, si es que hemos de dar por cierto que aquéllos preexisten a ésta igual que las piezas a la máquina? Y otra de orden técnico: ¿qué instrumento o mecanismo es el que habría permitido a los hombres pasar de ese estadio «*presocial*» al «*estado de sociedad*» el día en que decidieron dar dicho paso? La primera de tales dificultades la resolvió el liberalismo mediante el recurso a la fábula, esto es, a esa eficaz fabulación que consistió en sostener que los hombres, antes de crear la sociedad, vivieron en «*estado de naturaleza*». La segunda la solventó, a su vez, formulando una analogía complementaria de la propia analogía mecanicista, la *analogía contractualista* según la cual el origen de la sociedad políticamente organizada se puede explicar recurriendo a esa gran metáfora que es el pacto o «contrato social».

De acuerdo con tales premisas, y según la exposición que Locke hizo de ambas ideas en su «*Ensayo sobre el gobierno civil*» (1690), los hombres vivieron efectivamente, en su origen, en un «*estado natural*». Este estado no era un estado de temor e inseguridad capaz de provocar en los hombres el deseo de arrojarse en brazos de un amo todopoderoso para que les liberara del miedo a los otros hombres (como había sostenido cuarenta años antes Thomas Hobbes en su «*Leviathan*»,

una impresionante obra escrita para justificar la necesidad del poder absoluto) sino que, muy al contrario, era un estado apacible y pacífico en el que los individuos se regían por la razón natural, cooperaban esporádicamente y se reconocían mutuamente ciertos derechos, sobre todo a la vida, a la propiedad, a la libertad y a la propia defensa. La cuestión, así planteada, era saber, por tanto, qué es lo que podía haber llevado a los hombres a querer pasar de este estado de naturaleza, bonancible y benigno, según acabamos de ver, al estado civil o estado de sociedad organizada para la convivencia. Y, en el sentir de Locke —ésta fue su respuesta—, los individuos decidieron constituirse en sociedad para perfeccionar la protección de sus derechos ya que, si en el estado de naturaleza los mismos no estaban permanentemente amenazados, tampoco estaban garantizados de una manera suficiente al carecer los hombres de leyes fijas, de jueces independientes y de un eficaz poder ejecutor, lo que les obligaba a ser jueces de su propia causa. Ello establecido, el instrumento que utilizaron a tal fin fue la celebración de un contrato, el «*contrato de sociedad*», que nació del libre consentimiento de los individuos y que creaba un gobierno limitado por el ineludible deber de mejorar la garantía de nuestras libertades. A la postre, un documento jurídico que, desbrozado de metáforas, equivalía a nuestras actuales Constituciones.

(ii) En el terreno de la experiencia, esta comprensión de la Constitución como *contrato originario* estuvo avalada asimismo por determinados hechos que la reforzaron. Durante la primera revolución inglesa (1640-59), la obsesión de los puritanos por comprender todo lo existente en clave bíblica —de cuya trascendencia ya avisamos— les llevó a pensarse a sí mismos, en cuanto secta o comunidad religiosa, como el resultado de un *covenant* o pacto similar al que, según la Biblia, Dios celebrara en su día con Israel como pueblo elegido, de donde, sobre esta maqueta, pasaron a entender también a la comunidad política como producto de otro *covenant* o pacto, en este caso el celebrado por cada hombre con los demás para fundar el Estado. De ahí el nombre elegido para el primero de los documentos constitucionales elaborados por dicha revolución, el *Agreement of the People* o «acuerdo del pueblo».

Y esta metáfora del «*original compact*» se convirtió incluso en vivencia —en realidad efectivamente vivida— en la experiencia americana al tener que recurrir los colonos en más de una ocasión a dicha técnica, esto es, a la firma de un «*pacto*», antes de ocupar nuevas tierras

cuando otro título (una previa carta de explotación mercantil, por ejemplo) no les avalaba. El más conocido de tales pactos fue el celebrado en 1620 por los ciento dos peregrinos que viajaban a bordo del *Mayflower* antes de bajar a una tierra desconocida para ellos («... *en presencia de Dios y unos respecto de otros, convenimos constituirnos en un Cuerpo civil y político...*»). Pero no fue el único, ya que cada vez que un grupo de colonos se desgajaba de una colonia anterior para fundar otra nueva (Connecticut, Rhode Island...) ésta volvía a ser, con frecuencia, la formula utilizada.

En cualquier caso, la citada concepción pactista de la Constitución se incorporó a dicha categoría como su espíritu matriz, según testimonió bien en los momentos iniciales el preámbulo de la Constitución de Massachusetts de 1780 cuyo texto decía que: «*El cuerpo político se forma por la asociación voluntaria de los individuos (...) un contrato social por el cual el pueblo entero conviene con cada ciudadano y cada ciudadano con el pueblo entero...*». Y, sin llegar a una formulación tan explícita, hoy innecesaria, eso mismo es lo que significa la fórmula con la que se siguen abriendo tantas Constituciones. Valga por todas el «*Nosotros el pueblo de los Estados Unidos (...) estatuímos esta Constitución*» con el que se inicia la Constitución americana.

2. «Soberanía de los propios ciudadanos» y «derechos retenidos». Ideología constitucional de la libertad

La idea de pacto como acuerdo que «*constituye*» al Estado, esto es, a la comunidad políticamente organizada, siendo esencial, no podía agotar la dimensión ideológica de la idea de Constitución porque con ella no se estaba diciendo todavía nada sobre el contenido de lo pactado, pese a ser en este plano en el que se juega la verdadera condición de los individuos y del poder. Por eso el pensamiento liberal hubo de prolongar su contribución a la idea de Constitución con el establecimiento de ciertos dogmas referidos a ambos. En concreto —dejando lo relativo a la identificación del poder para el epígrafe siguiente— el liberalismo sentó dos postulados básicos a la hora de definir la nueva posición de los individuos:

(i) Por el primero de ellos estableció que la soberanía, es decir, el poder último y más alto de la comunidad, sólo podía pertenecer al propio cuerpo social porque, habiendo sido los individuos los que, con su

libre consentimiento, habían concurrido a la formación original de la comunidad política, sólo en ellos debía quedar la capacidad última de decidir. Locke no utilizó el término soberanía; prefirió afirmar que, una vez constituida la comunidad, es ésta la que tiene el poder y que la forma de ejercerlo debe ser la decisión por mayoría. Pero otros autores sí lo hicieron y aun acabaron refiriendo dicha categoría —la soberanía— a modos distintos de percibir al cuerpo social, lo que les llevó a adjetivarla de diferentes maneras. Para Sieyès, gran teórico de la «*soberanía nacional*», ésta debía corresponder a la Nación, esto es, al cuerpo social percibido como grupo humano cuya identidad colectiva (un pasado común, una cultura compartida...) llegaba a importar más que la consideración singularizada de los individuos que la forman. Para otra concepción, muy apegada a la teoría de la voluntad general de Rousseau («*Contrato social*», 1762), la soberanía, adjetivada ahora como «*soberanía popular*», debía quedar referida, en cambio, al Pueblo entendido como suma de sus individualidades, de la misma manera y por la misma razón que la *voluntad general* se forma por la concurrencia de las voluntades de todos los individuos. Lógicamente, ambas formulaciones condujeron a consecuencias muy distintas, pero en la medida en que las dos son expresión del dogma liberal que atribuye la soberanía a la propia comunidad, los textos constitucionales las acogieron —una u otra, según el caso— como parte imprescindible de su credo. La *Declaración de Derechos del buen pueblo de Virginia*, que encabezó la Constitución de ese Estado (1776), decía que «*todo poder pertenece al pueblo y, por consiguiente, deriva del mismo*», y la Constitución francesa de 1791, Tít. III, artículo 1, afirmaba que «*la soberanía es una, indivisible, inalienable e imprescriptible. Pertenece a la Nación; ninguna sección del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio*».

(ii) El segundo de los postulados formulados por la filosofía liberal sirvió a su vez para incorporar a la ideología constitucional la convicción de que los hombres poseen unos derechos anteriores a la sociedad, de los que, por lo tanto, ésta no los puede desposeer. Según la explicación de Locke (para quien los hombres tenían derechos en el «estado de naturaleza», recordémoslo, aunque estuvieran insuficientemente garantizados), la celebración del contrato social comportó la cesión —la traslación a la sociedad— de algunos de esos derechos (propia defensa, fijación de normas comunes, administración de justicia...), lo cual es lógico pues sin tal cesión estaríamos ante un contrato

vacío, sin contenido sobre el que pactar. Pero, junto a estos derechos cedibles, había —hay— otros (para Locke, fiel en esto a la concepción burguesa de su tiempo, lo son *la vida, la libertad y la propiedad*) que el hombre no puede ceder porque el contrato se celebra precisamente para asegurarlos mejor. Esos derechos son, pues, «derechos retenidos», conservados por el hombre al constituir la sociedad y, en consecuencia, superiores a ésta, cuya única misión es garantizarlos.

De la influencia de esta doctrina sobre los primeros textos constitucionales da buena idea el hecho de que la ya citada *Declaración de Virginia*, como después la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), primer documento constitucional de la Revolución francesa, repitieran casi literalmente la formulación de Locke: «*El objetivo de toda asociación política —decía el artículo 2 del texto francés— es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Esos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión*».

3. «Separación de poderes» y «subordinación del poder a Derecho». Ideología constitucional del poder

A la adopción de otros dos dogmas básicos confió, asimismo, el movimiento constitucional su construcción de una nueva teoría del poder. Son ellos el *principio de separación de poderes* y el *principio de subordinación del poder a Derecho*.

(i) El primero de tales principios fue una creación tanto de la práctica (donde ya Cromwell sintió la necesidad de repartir e institucionalizar el poder que acumulaba, y donde tras el triunfo de la Revolución gloriosa la Corona británica aceptó también respetar la independencia de jueces y Parlamento) como de la teoría. En esta última fueron Locke y Montesquieu quienes, desde perspectivas distintas pero convergentes, pusieron su base argumental.

- Para ello, Locke concluyó —partiendo una vez más de las condiciones del contrato— que el poder nacido de éste no podía ser un poder absoluto sino sometido a límites. Debe ser de esta forma —dijo— porque así lo impone la propia naturaleza del contrato social al que Locke concibió como un contrato de «*trust*» o de depósito, lo que suponía que el poder que la comunidad trasladaba mediante él a los gobernantes —como todo depósi-

to— quedaba condicionado por el fin para el que ese depósito se hacía (en este caso, la protección de nuestros derechos) y además podía ser revocado por los depositantes. Y debe ser así, sobre todo —siguió argumentando—, porque es imposible que los hombres hayan querido salir del soportable «estado de naturaleza» en el que estaban para aceptar convertirse en súbditos de un poder ilimitado. A partir de aquí, la cuestión era, por tanto, saber cómo podía conseguirse esta limitación del poder, dilema que Locke resolvió propugnando su división o reparto entre tres titulares distintos: el *poder legislativo*, el *poder ejecutivo* (que, en su concepto, debía incluir no sólo al Gobierno sino también a los jueces, salvada su independencia) y el *poder federativo*, encargado de las relaciones internacionales.

- El discurso de Montesquieu (capítulo 6.º del Libro XI de «*El espíritu de las leyes*», 1748) apeló más bien, con un razonamiento mecánico, a las ventajas que podrían deducirse del sistema de equilibrio de fuerzas que con tal reparto del poder estaríamos creando. En su concepto, ninguno de los poderes resultantes de dicha distribución tendría todo el poder, lo que ya sería un logro suficiente, y además cada uno de ellos podría operar como freno de los otros. Sobre el ejemplo de la Inglaterra salida de la Revolución, esos poderes serían para él el *legislativo* (Parlamento), el *ejecutivo* (la Corona y su Gobierno) y el *judicial* (Jueces y Tribunales), planteamiento que desde entonces constituye la formulación canónica del *principio de separación de poderes*.

Lógicamente, todos los documentos constitucionales de la época se hicieron eco de tan trascendente doctrina. Pero ninguno expresó mejor su valor para la ideología constitucional que el artículo 16 de la *Declaración francesa de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, cuyo texto afirmaba que «*Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución*».

(ii) La consideración del *principio de subordinación del poder a Derecho* como contenido esencial de la idea de Constitución debe entenderse, a su vez, como una consecuencia necesaria de la antedicha condición limitada del poder, ya que sólo una potestad absoluta puede estar por encima del Derecho. Eso es lo que, por ejemplo, vinieron a decir en Inglaterra, tras el triunfo de la «*revolución gloriosa*», el «*Bill de Derechos*» (1689) cuyas disposiciones I y II advertían que «... *el pre-*

tendido poder de la autoridad real de suspender y dispensar las leyes (... es ilegal» y, doce años después, la «Ley de Establecimiento» (1701), compendio de buena parte de los logros alcanzados por dicha revolución, en la que se podía leer «... que las leyes de Inglaterra son un derecho adquirido por su pueblo (...) y que todos los reyes y reinas que ocupen el trono deben gobernar con arreglo a lo dispuesto en las mismas, igual que todos sus ministros y funcionarios».

VI. LA FORMACIÓN DEL ELEMENTO TÉCNICO DE LA IDEA DE CONSTITUCIÓN

Al lado de este aporte dogmático, el movimiento constitucional hubo de ir elaborando también respuestas a las múltiples cuestiones de orden técnico que la existencia de la Constitución como Derecho —no sólo, por tanto, como ideología— le planteaba.

1. Norma formulada por escrito

Entre esas cuestiones estuvo la decisión relativa a si se debía formalizar o no a la Constitución en un texto escrito. Se trataba de una alternativa que hacía —y hace— de una manera determinante a la eficacia de la Constitución ya que sólo desde la fijeza de un texto así formulado es factible asegurar técnicamente la superioridad de las normas constitucionales sobre el resto del Derecho y sobre los actos del poder. Sin embargo, en los momentos iniciales del movimiento constitucional todavía fue posible encontrar, incluso entre los defensores de éste, voces partidarias de no encerrar a la Constitución en un documento escrito por considerar que aquélla ya estaba suficientemente recogida y garantizada, sin tener que escribirla, en la tradición y en la historia de cada pueblo (así en Inglaterra, mayoritariamente; también en la Francia de 1789 o en la España de 1812, pero aquí como opinión de ciertas corrientes minoritarias, según veremos...).

En el ámbito del pensamiento jurídico, el «iusnaturalismo racionalista» (Pufendorf y Tomasio en Alemania, la filosofía naturalista de la Ilustración en Francia, Locke en Inglaterra...) había aportado, no obstante, para entonces materiales que permitían resolver cumplidamente este dilema. Su creencia en la capacidad de la razón humana como instrumento para alcanzar verdades universales en el campo del cono-

cimiento social y de la ética (el mismo que en el ámbito de las ciencias experimentales estaba permitiendo descubrir las *leyes permanentes de la física*) le llevó a pensar que esa razón podía —también aquí— alcanzar por vía de inducción unas ciertas *leyes permanentes del orden social* y, a partir de ellas, ahora por deducción, construir todo un sistema sucesivo y trabado de proposiciones fiables y seguras, lo que, a nuestros efectos, suponía la posibilidad de entender al Derecho como sistema de razón, esto es, como un conjunto de proposiciones eslabonadas formulables por escrito y codificables, y a la Constitución como la norma superior —escrita, por supuesto— de dicho sistema.

Dentro de la revolución puritana, Cromwell entendió bien esta necesidad de dar forma escrita a la legalidad fundamental del Estado, lo que explica que el «*Agreement of the people*» y el «*Instrument of government*» se pusieran por escrito. Sin embargo, caído Cromwell, Inglaterra volvió a su vieja concepción del «*fundamental law*» como norma enraizada en la tradición y contenida en costumbres (a su inveterada *concepción tradicional* de la Constitución), y así permaneció incluso tras el triunfo de la «*revolución gloriosa*» en 1688, razón por la cual todavía hoy Inglaterra es el único país que no tiene una Constitución escrita.

Hubo que esperar, por tanto, a la revolución americana para que allí comenzara a imponerse la opción a favor de la Constitución escrita, lo cual es lógico porque —a diferencia de los ingleses de la metrópoli— los ingleses de las colonias estaban acostumbrados a disponer de un texto escrito para gobernarse. Al principio, ese texto lo fueron las «*Cartas de Compañía*» por las que se les otorgaba la concesión para la explotación de las tierras que iban a ocupar, documentos en los que, pese a su estricto carácter privado y mercantil, se solían incluir también reglas para la administración de dicho establecimiento, y después, cuando tales asentamientos crecieron y se convirtieron en colonias dependientes de la Corona británica, ese texto pasaron a serlo las «*Cartas reales*», normas ahora de derecho público en las que la Corona les fijaba por escrito un estatuto colonial para su gobierno. Nada tiene, pues, de extraño que, una vez que esas trece colonias lograron en 1776 su independencia, decidieran dotarse cada una de ellas de una Constitución, esto es, de nuevo de un texto escrito para regirse. James Bryce («*The American Commonwealth*», 1888) ha analizado la secuencia *Cartas de Compañía-Cartas reales-Constituciones* para mostrar incluso que algunas cláusulas contenidas en las «*Cartas de Compañía*» pasaron a las «*Cartas reales*» y desde éstas —a veces de forma literal— al texto

de la correspondiente Constitución, lo que prueba bien la profunda relación que en su día existió entre tales documentos.

En los inicios de la Revolución francesa la cuestión volvió a plantearse al habilitar los estamentos a sus diputados en los Estados Generales con «*cabiers*» discordantes, algunos de los cuales defendían la necesidad de dar a Francia una Constitución escrita mientras que otros, partidarios de la *concepción tradicional* de la Constitución, consideraban que Francia ya tenía una legalidad fundamental y que, por lo tanto, habría que modernizarla pero no que escribirla. El problema, no obstante, se resolvió por la vía de los hechos al separarse parte de los Estados Generales para constituirse en *Asamblea nacional constituyente*, lo que hasta en su propio nombre suponía la intención de redactar *ex novo* una Constitución y —salvada la excepción de Inglaterra— dejaba zanjada, por tanto, la cuestión a favor de la formulación escrita de las Constituciones para el futuro de Francia y para el resto de los Estados.

2. Norma obra del «poder constituyente»

Admitida de manera prácticamente incontestada la conveniencia técnica de poner a la Constitución por escrito, ello hizo preciso aclarar a quién debía corresponder el poder de elaborarla, puesto que de la respuesta que se diera a esta pregunta dependía que fuera uno u otro el dueño de ese Derecho fundamental.

La revolución puritana resolvió mal esta cuestión ya que, por razones en las que ahora no podemos entrar, tanto el «*Agreement of the people*» como el «*Instrument of government*» acabaron siendo elaborados por el Ejército de Cromwell. En el caso de las trece excolonias americanas sí se tuvo, en cambio, la intuición de que esa tarea debía encomendarse a un poder singular y distinto, lo que hizo que todas ellas lo atribuyeran a Asambleas representativas específicamente convocadas al efecto, e incluso que el texto final elaborado por éstas fuera sometido en algún caso a la ratificación de los ciudadanos. Sin embargo, esta razonable práctica careció en aquellos inicios de un soporte teórico adecuado que la elevara a conceptos y que, en consecuencia, permitiera operar desde ellos con el debido rigor. Se hizo técnicamente necesario, así, elaborar una categoría que sirviera para definir al poder que hace a la Constitución y que, a partir de dicha definición, posibilitara saber a quién debe atribuirse ese poder, qué relaciones

guarda con los demás poderes y cuál debe ser su lugar exacto en el sistema.

Fue Sieyès en su opúsculo «¿*Qué es el Tercer estado?*», publicado en Francia a principios de 1789, precisamente unos meses antes de que la Asamblea nacional se separara de los Estados Generales para erigirse en «*constituyente*», quien estableció ese fundamento teórico al acuñar a tal fin los conceptos de «*poder constituyente*» y de «*poder constituido*». Según la descripción que Sieyès hace del primero de ellos, el «*poder constituyente*» es aquel poder radical y originario (distinto, por tanto, de los poderes habituales) a quien corresponde la facultad de adoptar la Constitución y cuya titularidad, en consecuencia, sólo puede residir en la comunidad misma —en la Nación, diría Sieyès— o en un Cuerpo especialmente habilitado por ella. Se trata de un poder anterior al Derecho y, por lo tanto, libre de toda traba, lo que evidencia que el concepto de «*poder constituyente*» no es, en cierto modo, sino el trasunto jurídico del concepto político de «*soberanía*». A diferencia de él, los demás poderes del Estado son tan sólo «*poderes constituidos*», esto es, *creados* por la Constitución y no *creadores* de ella, lo que tanto quiere decir como que están por debajo y no por encima de la misma. Tienen en ella su título y su causa y, en consecuencia, no pueden ni desconocer su existencia —de la que nace la suya— ni tampoco tocarla o alterarla, pretendiendo colocarse así en un nivel superior al de aquélla: «... *las leyes constitucionales (...) son llamadas fundamentales —escribe— (...) porque los cuerpos que existen y actúan por ellas no pueden tocarlas. En cada parte la constitución no es obra del poder constituido sino del poder constituyente y ningún poder delegado puede cambiar nada en las condiciones de su delegación...*». Esa es la diferente cualidad de ambos tipos de poder, un planteamiento que —amén de asegurar a la Nación las decisiones fundamentales— intenta impedir que ningún «*poder constituido*» (por importante que éste sea, incluido el Parlamento) pueda arrogarse funciones para las que la distinción de Sieyès demuestra que no tiene título alguno.

3. «Norma fundamental» y «Derecho de mayor valor» del Estado

La consideración de la Constitución como obra del poder constituyente y, por lo tanto, de la propia comunidad, terminó de dar sentido a otro de los hallazgos técnicos (sin duda el más importante, puesto que