

***H*ISTORIA**

***C*ONSTITUCIONAL**

Revista Electrónica
(<http://hc.rediris.es>)

Nº **6**

Septiembre 2005

CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES
RED IRIS
ÁREA DE DERECHO CONSTITUCIONAL
UNIVERSIDAD DE OVIEDO

Director: Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

(Universidad de Oviedo)

Secretario: Ignacio Fernández Sarasola

(Universidad de Oviedo)

Secretario Adjunto: Antonio-Filiu Franco Pérez

(Universidad de Oviedo)

CONSEJO CIENTÍFICO ASESOR

- **Clara Álvarez Alonso**
(Universidad Autónoma de Madrid)
- **José Álvarez Junco**
(Director del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales)
- **Miguel Artola**
(Real Academia de la Historia, Madrid)
- **Robert Blackburn**
(King's College - London)
- **Braz Augusto A. Brancato**
(Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
- **Bartolomé Clavero**
(Universidad de Sevilla)
- **José Carlos Chiaramonte**
(Universidad de Buenos Aires)
- **Pedro Cruz Villalón**
(Universidad Autónoma de Madrid)
- **Horst Dippel**
(Kassel Universität)
- **Antonio Elorza**
(Universidad Complutense de Madrid)
- **José Antonio Escudero**
(Real Academia de la Historia, Madrid)
- **Javier Fernández Sebastián**
(Universidad del País Vasco)
- **Maurizio Fioravanti**
(Università di Firenze)
- † **François-Xavier Guerra**
(Université de Paris I)
- **Carmen Iglesias**
(Real Academia de la Historia, Madrid)
- **Lucien Jaume**
(CNRS - Paris)
- **Luigi Lacchè**
(Università di Macerata)
- **Alain Laquièze**
(Université d'Angers - Francia)
- **Roberto Martucci**
(Università di Macerata)
- **Jorge Miranda**
(Universidade de Lisboa)
- **Alejandro Nieto**
(Universidad Complutense de Madrid)
- **Valentín Paniagua Corazao**
(Universidad Católica de Perú)
- **José María Portillo**
(Universidad del País Vasco)
- **Andrea Romano**
(Università di Messina)
- **Simonetta Scandellari**
(Università di Ferrara)
- **Michel Troper**
(Université Paris X - Nanterre)
- **Dieter Wyduckel**
(Technische Universität, Dresden)

EDITORES:



Depósito Legal: AS-2115-99

ISSN: 1576-4729

SUMARIO

Número 6 - Septiembre 2005

Colaboran en este número.....	5
I. ESTUDIOS	
La construcción histórica de la ciudadanía	
▪ Ana Aguado, <i>Ciudadanía, mujeres y democracia</i>	11
▪ Benito Aláez, <i>Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-funcional</i>	29
▪ Pietro Costa, <i>Cittadinanza e storiografia: qualche riflessione metodologica</i>	77
▪ John Markoff, <i>La problemática historia de la ciudadanía democrática</i>	91
▪ Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, <i>Propiedad, ciudadanía y sufragio en el constitucionalismo español (1808-1845)</i>	105
España e Iberoamérica	
▪ Rafael Estrada, <i>Regnícolas contra provincialistas. Un nuevo acercamiento a Cádiz con especial referencia al caso de la Nueva España</i>	125
▪ Alberto Vivar Flores, <i>El liberalismo constitucional en la fundación del Imperio Brasileño</i>	149
Europa y Estados Unidos de América	
▪ Horst Dippel, <i>Constitucionalismo moderno. Introducción a una Historia que necesita ser escrita</i>	181
▪ Markus Kotzur, <i>Universality – a Principle of European and Global Constitutionalism</i>	201
▪ Alain Laquieze, <i>La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIXème et du XXème siècles</i>	229
▪ Massimo Meccarelli, <i>La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899 n. 227</i>	263
▪ Beata María Palka, <i>La Costituzione Polacca del 3 Maggio 1791: Tra tradizione e modernità</i>	285
▪ Raúl Pérez Johnston, <i>Jean Jacques Burlamaqui and the theory of social contract</i>	331
II. NOTAS	
▪ Bartolomé Clavero, <i>Constitución Europea e Historia Constitucional: El Rapto de los Poderes</i>	377
▪ Lucien Jaume, <i>Entre droit de l'État et droits de la société : le choix de Tocqueville</i>	395
▪ Ángeles Lario, <i>Historia y Monarquía. Situación historiográfica actual</i>	409
▪ Ricardo Robledo, <i>La difusión del pensamiento moderno en la Universidad de Salamanca a fines del siglo XVIII</i>	427

III. RECENSIONES

- Mario Gluck, *“Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias”*. Por José Carlos Chiaramonte. Editorial Sudamericana. Buenos Aires 2004..... 453
- Fernando Martínez, *Los dos Hespanhas* (Recensión de A.M. Hespanha, *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português*)..... 459
- M^a Cruz Romeo, *Una farsa trágica o la imposible monarquía constitucional*..... 467

IV. INFORMES

- Gianna Manca, *Il Centro ITC-isig (Centro per gli studi storici italo-germanici – Italienisch-Deutsches Historisches Institut) di Trento*..... 475

COLABORAN EN ESTE NÚMERO

Ana Aguado

Profesora Titular de la Universidad de Valencia y miembro del Instituto Universitario de Estudios de la Mujer de la misma Universidad. Coordinadora del Programa de Doctorado "Género, conocimiento y cultura" del mismo Instituto Universitario. Ha publicado numerosos trabajos sobre historia del género, entre ellos: - Aguado, A. (Coord.): Las mujeres entre la historia y la sociedad contemporánea. Valencia, Generalitat Valenciana, 1999. - Aguado, A. (Coord.): Les dones i la història. Afers. nº 33/34, Valencia, 1999. - Aguado, A. y Ramos, M. L.: La modernización de España. Cultura y vida cotidiana, 1917-1939. Historia de España III Milenio, Madrid, Síntesis, 2000.

Benito Aláez Corral

Doctor en Derecho y Master en Derecho alemán. Ha combinado su dedicación a la docencia y la investigación universitaria como Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo con el ejercicio práctico del Derecho como Magistrado Suplente del Tribunal Superior de Justicia Asturias y como miembro del Consejo de administración de la Radiotelevisión del Principado de Asturias. Ha desarrollado diversas estancias de investigación en Universidades españolas y extranjeras, como Roma, Coimbra, Friburgo, donde ha contado con el patrocinio de la prestigiosa fundación Alexander von Humboldt, o Georgetown. Sus publicaciones, que abarcan libros monográficos y artículos en revistas especializadas, se han ocupado de problemas capitales del Derecho constitucional, como los relativos a la teoría de la Constitución y los límites a su reforma, la relación entre la soberanía de la Constitución española y la Unión Europea, la libertad de expresión, la libertad religiosa, los derechos fundamentales durante la minoría de edad, o más recientemente la relación entre nacionalidad, ciudadanía y democracia.

Bartolomé Clavero

Catedrático de Historia del Derecho y de las Instituciones en La Universidad de Sevilla, actualmente dedicado a la historia comparada constitucional y cultural. Es autor de Antidora. Antropología Católica de la Economía Moderna. Su último libro ha sido publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales: Tratados con Otros Pueblos y Derechos de Otras Gentes en la Constitución de Estados por América.

Pietro Costa

Profesor de Storia del diritto medievale e moderno en la Università di Firenze. Es redactor de la revista «Quaderni Fiorentini». Entre sus obras se encuentran: Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, Giuffrè, Milano 1969 (rist. 2002); Il progetto giuridico, Giuffrè, Milano 1974; Lo Stato immaginario, Giuffrè, Milano 1986; Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, voll. 1-4, Laterza, Roma-Bari 1999-2001. Ha dirigido, junto con Danilo Zolo, el volumen Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica, Feltrinelli, Milano 2002.

Horst Dippel

Profesor de British and American Studies at the University of Kassel, Alemania (desde 1992), director del grupo de investigación "Modern Constitutionalism". Tiene numerosas publicaciones sobre historia constitucional de Estados Unidos y sobre los Países de la Europa Occidental.

Rafael Estrada Michel

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor Titular de la Universidad Iberoamericana, Santa Fe, Ciudad de México. Investigador de la Fundación Humanismo Político.

Mario Gluck

Profesor de enseñanza media y superior en historia. Facultad de Humanidades y Artes, Universidad Nacional de Rosario. Jefe de trabajos prácticos, en la cátedra "Historia Latinoamericana y Argentina II", en la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, U.N.R. desde marzo de 1999 y continúa. Docente – Investigador Categoría IV del programa de Incentivos de la Secretaría de Políticas Universitarias del Ministerio de Educación de la Nación. Secretario Técnico del Centro Interdisciplinario de Estudios Sociales Argentinos y Latinoamericanos (CIESAL) dependiente de la Facultad de Ciencia Política y RR.II. de la Universidad Nacional de Rosario, desde 1998 hasta la actualidad. Secretario de Redacción de la Revista Temas y Debates.

Lucien Jaume

Catedrático de filosofía, Director de Investigación en el CNRS (laboratorio del CEVIPOF), profesor de Sciences Po (Paris) y de la Ecole Européenne d'Etudes Avancées de Naples (sección Derecho). Miembro del Comité Director de publicación de las Oeuvres complètes de Benjamin Constant (Max Niemeyer éditeur), del Consejo de Administración de la Association Française des Constitutionnalistes y de la Association Française de Science Politique. Forma parte del Comité Científico de varias revistas en Francia, Inglaterra, Italia y España. Entre otros muchos trabajos, es autor de *Le discours jacobin et la démocratie* (1989), *El jacobinismo y el Estado moderno* (1990), *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français* (1997), *La liberté et la loi. Les origines philosophiques du libéralisme*

Markus Kotzur

Associate Professor of Public, International and European Community Law en la Universidad de Leipzig. Obtuvo su "Abitur" en 1988, y cursó estudios en las Universidades de Freiburg, Bayreuth y Duke University, Durham, North Carolina (USA). En 2000 culminó su trabajo sobre *Theoretical Framework of international and Human Rights Protection* (Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes, Duncker & Humblot, Berlin 2001). En 2002 terminó su habilitación sobre el artículo 24 sec. 1a German Basic Law (Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa, Duncker & Humblot, Berlin 2004). Desde entonces, el autor ha impartido docencia en las Universidades de Cologne, Dresden, Würzburg, Leipzig y Münster, en Alemania, así como en Kaliningrad State University, en Rusia. Sus líneas principales de investigación son Derecho Constitucional Comparado, Derecho Internacional Público, Derecho Comunitario Europeo y Derecho Constitucional Europeo, incluyendo la dimensión histórica y filosófica de la integración europea.

Alain Laquière

Professeur de droit public en la Université d'Angers y Maître de conférences en el Institut d'Etudes Politiques de Paris (Sciences-Po). Recientemente ha publicado: *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, PUF, coll. Léviathan, 2002 ; *Le contrôle de constitutionnalité des lois vu par les penseurs libéraux au XIXème siècle*, *Giornale di Storia costituzionale*, 2002, n° 4, pp. 155-171.

Ángeles Lario

Investigadora-docente contratada "Ramón y Cajal", en el Departamento de Historia Contemporánea de la UNED. Especialista en Liberalismo y Formas de gobierno. Ha publicado: *El Rey, piloto sin brújula. La Corona y el sistema político de la Restauración (1875-1902)*, Madrid, Biblioteca Nueva 1999. Coeditora de *La Corona en la historia de España*, Biblioteca Nueva, Madrid 2003. Asimismo ha publicado numerosos artículos en revistas especializadas y participaciones en libros, como, *El modelo liberal español*, en *Revista de Estudios Políticos*, n° 122, 2003. *Monarquía Constitucional y Gobierno Parlamentario*, *Revista de Estudios Políticos*, n° 106, 1999. *La Corona en el Estado Liberal. Monarquía y Constitución en la España del XIX*, en *Historia Contemporánea..U.P.V.*, n° 17, 1998. *Cánovas y la Monarquía*, en *In Memoriam AMC. Estudios dedicados a Antonio M^a Calero*. Córdoba 1998.

Anna Gianna Manca

Investigadora del Centro per gli Studi Storici italo-germanici di Trento (Italia) desde 1992. Anteriormente ha sido becaria del Institut für Europäische Geschichte di Mainz (Alemania), desarrollando estancias de investigación en varias ciudades alemanas. Adquirió el grado de "dottore di ricerca" en 1991, y habilitación para la enseñanza universitaria de "Storia delle istituzioni politiche" en 2001. Trabaja en historia constitucional europea comparada y en particular la alemana e italiana. Entre sus publicaciones destacan: *Anna Gianna Manca, La sfida delle riforme. Costituzione e politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)*, Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 684; *A. G. Manca - W. Brauner (edd), L'istituzione parlamentare nel XIX secolo. Una prospettiva comparata / Die parlamentarische Institution im 19. Jahrhundert. Eine Perspektive im Vergleich* (Contributi/Beiträge, 10), Bologna-Il Mulino/Berlin-Duncker & Humblot 2000; *A. G. Manca - L. Lacchè (edd), Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi / Parlament und Verfassung in den konstitutionellen Verfassungssystemen Europas* (Contributi/Beiträge, 13), Bologna-Il Mulino / Berlin/Duncker & Humblot 2003.

John Markoff

Profesor de Sociología, Historia, y Ciencias Políticas en la Universidad de Pittsburgh. Entre sus libros se encuentran: *The Abolition Of Feudalism: Peasants, Lords And Legislators In The French Revolution* (1996) y *Olas De Democracia: Movimientos Sociales y Cambio Político* (1999). Actualmente trabaja con Verónica Montecinos en un estudio de los economistas en los países latinoamericanos.

Fernando Martínez Pérez

Profesor titular de Historia del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid y miembro del equipo investigador del proyecto HICOES III (SEJ2004-6696-c02-c02). Entre sus publicaciones destaca *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid 1999. En la actualidad sus líneas de investigación tienen que ver con la Historia de la justicia y de las instituciones administrativas de los siglos XIX y XX.

Massimo Meccarelli

Professore associato di Storia del diritto nell'Università di Macerata. Es miembro del Comité Científico de la Revista electrónica *Forum Historiae Iuris*. Sus estudios, relacionados con los siglos XIX y XX, tienen por objeto el debate doctrinal europeo sobre la interpretación del Derecho y sobre la naturaleza y función de la jurisdicción suprema en relación con la unificación del Derecho y la configuración de los preceptos constitucionales. Entre sus trabajos se destacan: *Arbitrium. Un aspetto sistematico negli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998; *Un 'senso moderno di legalità'*. Percezioni dell'universo giuridico nel pensiero di Biagio Brugi, en *Quaderni Fiorentini*, 30, 2001, pp.361-476; *Der große Abwesende? Die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit und die Frage der Obersten Gerichtsbarkeit im post-unitären Italien*, en *Forum Historiae Iuris* (rivista elettronica), 22 novembre 2002.

Beata María Palka

Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad de Cracovia. Master interuniversitario internazionale en Storia e comparazione delle istituzioni politiche e giuridiche dei paesi dell'Europa mediterranea (Università degli Studi di Messina). Titular del Assegno di ricerca in Storia e comparazione delle Costituzioni polacche tra Sette e Novecento (en el Dipartimento della Storia e Comparazione degli Ordinamenti Giuridici e Politici dell'Università degli Studi di Messina).

Trabaja sobre el Análisis histórico comparado del desarrollo constitucional de Polonia (siglos XVIII-XX), con particular atención a la génesis y definición de las instituciones públicas del Estado polaco. Es autora del *Dizionario Giuridico Italiano-Polacco*.

Raul Perez Johnston

Profesor titular de la cátedra de Derechos Humanos de la Universidad Anáhuac, Profesor adjunto de la cátedra de Derecho Constitucional Mexicano de la Universidad Anáhuac, Profesor invitado de Derecho Constitucional y de Historia del Derecho Constitucional en la Universidad de la Sabana y en la Universidad Anáhuac.

Ricardo Robledo

Catedrático de Historia Económica en la Universidad de Salamanca. Junto a Irene Castells y María Cruz Romeo ha editado recientemente el libro *Orígenes del liberalismo. Universidad, Política, Economía*, Universidad de Salamanca/Junta de Castilla-León, Salamanca, 2003.

María Cruz Romeo Mateo

Profesora Titular de Historia Contemporánea de la Universitat de València. Su investigación se ha centrado en el ámbito de la historia política y social del siglo XIX español y, en particular, en la configuración y peculiaridades del liberalismo político, con especial atención a la cultura política progresista. En este sentido, es coeditora del congreso celebrado en Salamanca en 2002 sobre los Orígenes del liberalismo y ha publicado distintos ensayos tanto en revistas españolas como extranjeras. Actualmente es Secretaria de Ayer, revista de la Asociación de Historia Contemporánea.

Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo e Investigador Titular del Instituto Feijoo del Siglo XVIII, adscrito a esa Universidad. Es autor de casi un centenar de trabajos sobre la historia constitucional española, británica y francesa. Sus dos últimas monografías son *Sistema de gobierno y partidos políticos: de Locke a Park* (CEPC, Madrid, 2002) y *El Conde de Toreno (1786-1843). Biografía de un liberal* (Marcial Pons, Madrid, 2005). En breve publicará dos nuevos libros, que recogen buena parte de sus estudios sobre el constitucionalismo español publicados en los últimos veinte años: *Política y Constitución en España (1808-1978)* (CEPC, Madrid, 2006) y *Los asturianos en la política española. Pensamiento y acción* (KRK

ediciones, Oviedo, 2006). Ha editado ocho libros, los dos últimos: Álvaro Flórez Estrada (1766-1853), política, economía, sociedad, JGPA, Oviedo, 2004 y La propiedad en la historia del Derecho español (siglos XIX y XX), Colegio de Registradores, Madrid, 2005. Fundador y Director de la Revista electrónica "Historia Constitucional", codirige también "Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional".

Alberto Vivar Flores

Graduado en Teología por la Universidad Pontificia de Salamanca (España), cursó estudios de Maestría en Filosofía de la Historia en la Universidade Federal da Paraíba (Brasil) y de Doctorado en Historia Iberoamericana en la Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Brasil). Ha publicado, entre otros, el libro intitulado Antropolgia da Libertação Latino-Americana. Actualmente desempeña sus actividades como Profesor e Investigador en la Universidade Federal de Alagoas (Brasil).

ESTUDIOS

CIUDADANÍA, MUJERES Y DEMOCRACIA

Ana Aguado

1. El estudio de la conceptualización y evolución histórica de la ciudadanía femenina –o de la relación entre ciudadanía, mujeres y democracia- se ha convertido en los últimos años en un tema cada vez más significativo dentro de la historiografía especializada, relativa tanto a la historia del género y a la teoría feminista, como a la historia política, a la historia social, a la filosofía del derecho o a la sociología. De una forma particular, a partir de los análisis históricos que se han centrado en el proceso de formación de la ciudadanía, vinculándolo directamente con las transformaciones liberal burguesas; y también, a partir del análisis de la posterior universalización y radicalización del concepto de ciudadanía relacionado con el desarrollo y profundización, en clave democrática e incluso en clave socialdemócrata, de los Estados liberales. Estos procesos han ido unidos históricamente a las contestaciones y críticas a su formulación –una formulación que de entrada implicaba la exclusión de todas las mujeres por el hecho de serlo--, realizadas por los feminismos desde su aparición en la Ilustración hasta hoy; y a las demandas de derechos civiles, políticos y sociales que éstos han reivindicado para las mujeres como sujetos de derechos individuales. Las reflexiones que siguen parten, por tanto, de la tesis de que la construcción de un nuevo concepto de ciudadanía sólo encuentra los necesarios instrumentos explicativos en una perspectiva histórica que incluya el género como variable; concretamente, en el estudio de las experiencias, estrategias y alternativas desarrolladas por las mujeres como ciudadanas –o como excluidas de la ciudadanía- a lo largo de la historia contemporánea, tanto en la esfera pública y en el ámbito de “lo político”, como en la esfera privada, en la vida cotidiana, y en las diversas formas de sociabilidad y de prácticas cívicas de vida. Porque el concepto de ciudadanía, pese a ser uno de los conceptos clave de la teoría política moderna, presenta una fuerte densidad semántica y puede ser entendido desde múltiples significados que se superponen y acumulan, desde la ya famosa, clásica y enormemente cuestionada clasificación de Marshall de ciudadanía civil, política y social¹. Pero en cualquier caso, el desarrollo supuestamente neutral del concepto ha eludido tradicionalmente la perspectiva de género, es decir, el análisis de los derechos de las mujeres en tanto que derechos individuales, en tanto que derechos humanos, y, en definitiva, en tanto que derechos ciudadanos.
2. Partiendo por ello de esta perspectiva, es particularmente necesaria una reflexión específica en torno a la conceptualización y evolución histórica de la ciudadanía desde una perspectiva de género; más aún, es especialmente

¹ T.H. MARSHALL: *Class, Citizenship and Social Development*, Nueva York, Anchor, 1965. Traducción en castellano en *Revista de Investigaciones Sociológicas*, 79, pp. 297-344. Véase el balance realizado por M. PÉREZ LEDESMA: “Ciudadanos y ciudadanía. Un análisis introductorio” en M. PÉREZ LEDESMA (Comp.): *Ciudadanía y democracia*. Madrid, Ed. Pablo Iglesias, 2000, pp. 1-35.

necesaria la integración de la historia de las mujeres en la historia definida como “historia política”; integración que implica una reconceptualización general y global, en clave de género, de términos fundamentales en la historia contemporánea como son los de ciudadanía, igualdad, liberalismo o democracia. Por ello, este trabajo plantea en primer lugar una reflexión en torno a la configuración histórica de la ciudadanía en los primeros liberalismos, a partir de la consideración de la exclusión de las mujeres de la misma como un elemento clave en la estructuración de la esfera pública; y en segundo lugar, analiza algunas de las críticas y propuestas realizadas por los feminismos como teorías críticas, dentro de la evolución histórica de la ciudadanía desde los inicios del siglo XIX hasta el presente siglo XXI, en el sentido de que la definición de la misma es un proceso abierto, y por ello, se debe de caracterizar no tanto por respuestas -o definiciones- cerradas sino más bien por preguntas -o demandas sociales- prioritarias o significativas con relación a los derechos ciudadanos en cada momento histórico.

3. I.- Por lo que respecta a la primera cuestión –la elaboración del concepto de ciudadanía en los orígenes de las sociedades contemporáneas-, las revoluciones liberales burguesas y el desarrollo del capitalismo precisan ser analizados teórica y conceptualmente desde una perspectiva de género, del mismo modo que la historiografía especializada los ha analizado desde otras muchas perspectivas metodológicas. Y esta perspectiva es necesaria, entre otras razones, porque las relaciones de género –en la misma medida que cualquier otro tipo de relaciones sociales, ni más ni menos- van a estar en la base de las contradicciones sociales e ideológicas que caracterizan el proceso revolucionario burgués y el posterior desarrollo histórico de los liberalismos, tanto desde una perspectiva ideológico-cultural como desde una perspectiva político-jurídica.
4. En efecto, si aceptamos la caracterización de las relaciones de género como relaciones sociales entre mujeres y hombres, construidas cultural y socialmente, es necesario explicar históricamente cómo y porqué hombres y mujeres han ocupado “lugares” asimétricos dentro del conjunto social, en las diversas sociedades y momentos históricos. Lugares asimétricos que han estado operando en función de las necesidades y de la “lógica interna” de cada sociedad, y también, en este caso, en función de la “lógica interna” de la sociedad capitalista. Y dentro de ella, el patriarcado ha jugado una función fundamental, entendiéndolo por éste no sólo una forma social familiar caracterizada por la subordinación femenina, sino una forma de construcción de lo público y de la sociedad civil caracterizada también por mecanismos diversos de subordinación femenina,
5. Y en el conjunto de estas explicaciones, es particularmente significativo el análisis de cómo y porqué esos “lugares”, funciones y roles de género se reformularon en el momento clave de las revoluciones liberales, no como un aspecto puntual o marginal, sino formando parte sustancial de la nueva lógica interna de la naciente sociedad y de las necesidades de la nueva clase burguesa, y sus consiguientes propuestas ideológicas. Estas propuestas iban a desarrollarse discursivamente desde diversas instancias:

desde la política, desde la legislación, desde la educación, desde la moral y la religión, y también, desde una nueva y específica división sexual del trabajo adecuada y coherente con el desarrollo de la economía capitalista.

6. La quiebra del Antiguo Régimen y de sus instrumentos de legitimación de la autoridad -el privilegio, la voluntad divina, etc.- iba a conducir, en un momento de posibilidades abiertas, de cambios sociales “radicales”, revolucionarios, a una reconceptualización de las mujeres y de su función en la nueva sociedad, a partir de un fenómeno fundamental en las sociedades contemporáneas, y central en la conformación ideológica del primer liberalismo: la articulación de la esfera pública y su “necesario” correlato, la esfera privada, como dos realidades dicotómicas y diferentes; pero sobre todo, connotadas genéricamente, de tal manera que lo “público” -la política, la ciudadanía, el poder, las formas más “prestigiadas” de sociabilidad y de cultura- se vinculará “naturalmente” –es decir, por “naturaleza”- a la identidad social masculina; en tanto que lo “privado” -entendido como “doméstico” y no “civilizado” ni civil en el caso de las mujeres- iba a identificarse con la identidad social femenina. En este sentido, el propio Rousseau sostendrá en El Emilio que las mujeres, a diferencia de los hombres, no pueden controlar sus “deseos ilimitados” por si mismas, y por ello, no pueden desarrollar la “moralidad” que se requiere para la sociedad civil. Este planteamiento se consolidará hasta tal punto que, en el mismo lenguaje –y el lenguaje nunca es neutro, sino instrumento fundamental de creación de “realidad”- , la vinculación entre el sustantivo “hombre” y el adjetivo “público” se convertirá en un concepto connotado positivamente en términos morales, en tanto que la vinculación entre el sustantivo “mujer” y el adjetivo “pública” se connotará, casi por definición -y como sabemos, hasta nuestros días- negativamente en términos morales. Y por ello, no resulta nada secundario ni “insignificante” preguntarnos cómo se puede hacer que las mismas palabras signifiquen cosas tan diferentes, y probablemente, las respuestas que en lenguaje científico e histórico podríamos dar serían bastante próximas a las respuestas que en lenguaje literario encontramos a preguntas semejantes en el cuento de *Alicia en el País de las Maravillas*:: la cuestión es “saber quien es el que manda”. O dicho en otras palabras: quien es el que define, quien es el que legisla, quien es el que educa, quien es el que crea ideología y discursos, quien es el que construye la moral o la religión.²
7. Desde estas perspectivas, se trata de plantear en esta reflexión, teórica e históricamente, cual fue el papel de las relaciones de género en el proceso de consolidación de las sociedades burguesas y de desarrollo de los liberalismos. O dicho con otras palabras, cómo iba a afectar la transición a la nueva sociedad que se configuró en los inicios de la contemporaneidad -con las ideologías y las culturas generadas en ese proceso de cambio- a las relaciones de género, y en particular, a los “modelos ideales” de feminidad y

² SARACENO, Chiara: “La estructura de género de la ciudadanía”. En *Mujer y realidad social*, Bilbao, Universidad del País Vasco, 1988, pp. 123-141. PÉREZ CANTÓ, Pilar y MÓ ROMERO, Esperanza, “Ilustración, ciudadanía y género: el siglo XVIII español”. En PÉREZ CANTÓ, Pilar (ed.): *También somos ciudadanas*, Madrid, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, 2000, pp. 43-141.

de masculinidad que se fueron construyendo desde los diferentes discursos al respecto. Dentro de ellos, los discursos jurídico-políticos en que se va a ir desarrollando y concretando el ideario liberal e ilustrado van a tener una influencia decisiva, en la medida en que van a delimitar conceptos como ciudadanía, esfera pública, derechos civiles, Estado o constitución; y van a definir igualmente quien o quienes son los sujetos del nuevo espacio político-público, de tal manera que en esta definición las mujeres serán implícita o explícitamente un nudo ideológico clave, un “no sujeto”, en torno al cual van a converger las presuntas contradicciones y paradojas de la ideología liberal ³.

8. En primer lugar, una aparente primera “contradicción” parecía derivarse de la propia formulación de los principios ideológicos y políticos liberales, y su concreción legislativa: entre el paradigma revolucionario de la igualdad y la libertad, y la exclusión de las mujeres como sujetos de ciudadanía y de derechos políticos. Contradicción “aparente” en la medida en que, frente al derecho abstracto y “natural” de la igualdad, los primeros liberalismos no fueron universalistas sino excluyentes, no sólo en función del sexo, sino en también en función de la raza, renta, propiedades, independencia personal o grado “civilizatorio”. Pero a diferencia del resto de las exclusiones que en la nueva sociedad burguesa pueden eliminarse o “redimirse” en función de los “méritos” individuales -el ideario liberal va a proponer un modelo de sociedad meritocrática-, la exclusión de todas las mujeres de la esfera pública y de la ciudadanía en función de su género se entiende como perpetua, no modificable y no contradictoria, por derivar de la naturaleza y de las diferencias “esenciales” y “naturales” entre mujeres y hombres, que hacían de las primeras seres no independientes, no autónomos, y casi no “racionales”: son las conocidas dicotomías entre razón y sentimientos, cultura y naturaleza, civilización o pre-civilización (primitivismo), asociadas respectivamente a la masculinidad y a la feminidad como categorías inmanentes y ahistóricas. El espacio público creado fue, en este sentido, el espacio de los “iguales”, de los que se reconocen como tales por su “naturaleza” o “capacidades” –autonomía personal- como ciudadanos u “hombres públicos”, en tanto que las mujeres son la alteridad, “lo diferente”, “lo otro”, supuestamente opuesto pero complementario y subordinado; y no podía haber igualdad entre quienes no son “iguales” –bien por voluntad divina, bien por voluntad de la naturaleza o de la razón-. De esta manera, el género marca un punto de partida y traza una línea divisoria insalvable entre quienes pueden participar de la igualdad y ser incluidos o no en la ciudadanía ⁴.

³ WOODWARD, Alison E.: “El Estado y la ciudadanía. ¿Quién constituye el Estado? ¿Qué lugar ocupa la mujer? “. En DE VILLOTA, Paloma: *Las mujeres y la ciudadanía en el umbral del siglo XXI*, Madrid, Editorial Complutense, 1998, pp. 47-63. THÉBAUD, Françoise: “Mujeres, ciudadanía y Estado en el siglo XX” . En AGUADO, Ana (Coord.): *Las mujeres entre la historia y la sociedad contemporánea*, Valencia, Generalitat Valenciana, Direcció General de la Dona, 1999, pp. 13-32.

⁴ SÁNCHEZ MUÑOZ, Cristina: “La difícil alianza entre ciudadanía y género”. En PÉREZ CANTÓ, Pilar: *También somos ciudadanas*, Madrid, Instituto Universitario de Estudios de la Mujer, Universidad Autónoma de Madrid, 2000. pp. 3-25. YOUNG, Iris: “Imparcialidad y lo cívico público. Algunas implicaciones de las críticas feministas a la teoría moral y política”. En BENHABIB, Seyla y CORNELL, Drucilla (eds.): *Teoría feminista y teoría crítica*, Valencia, Ed.

9. Pero al mismo tiempo, y paradójicamente, el ideario liberal e ilustrado abría la “caja de Pandora” -que difícilmente podría cerrarse- respecto a la demanda de igualdad también entre los sexos, también para las mujeres, con sus consecuencias políticas y sociales, de tal manera que la teórica universalidad de los principios ilustrados comienza a ser planteada por parte de algunas o algunos como algo que puede llegar a ser radicalmente real. La exclusión de las mujeres de la ciudadanía y de la esfera pública burguesa podía ahora comenzar a cuestionarse -como de hecho se iba a hacer por parte de los primeros feminismos, y por una minoría de ilustrados y liberales- desde el propio desarrollo de la filosofía y de la ideología política liberal, que situaba como eje de su propuesta al “yo” individual, libre de jerarquías y “vasallajes”: las “Luces” se iban a curar con “más Luces”⁵.
10. Así, por lo que respecta a la exclusión de las mujeres, en los modelos políticos que se articulan a partir de la Ilustración y de las revoluciones liberales -Declaración de derechos del hombre, constituciones, códigos civiles,...- los derechos del “hombre” son, efectivamente, del hombre varón, y es obvia en este sentido la utilidad de la ambigüedad del genérico masculino: sólo existen ciudadanos y no ciudadanas, entendiendo por este concepto un individuo independiente jurídicamente, dueño de si mismo, y con capacidad para decidir y para consentir. Y a partir de ahí se formulará la diferenciación entre ciudadanía civil y política, o entre ciudadanos pasivos y activos. La definición de Rousseau del “citoyen” como varón, propietario y padre de familia ofrece un criterio preciso del significado que tenía el concepto de ciudadanía para la nueva ideología hegemónica en la que, como afirma Chiara Saraceno, desde sus mismas bases la familia se articula como una institución basada en la autoridad masculina -el “cabeza de familia”-, y en la dependencia y subordinación femenina⁶.
11. Esta concepción puede verse ya en dos referentes básicos del pensamiento contemporáneo: en Kant y en Hegel. Para Kant, la casa es el fundamento de la moral y del orden social, es el núcleo de lo “privado” sometido al padre. Igualmente en Hegel, la división sexual de las funciones femeninas y masculinas se apoya en sus “caracteres naturales”, de acuerdo con la dicotomía pasivo / activo, interior / exterior, privado / público. Y serían particularmente los ilustrados -salvo destacadas excepciones como Condorcet y D’Alambert- los que argumentarían que sus propuestas ideológicas de igualdad, de razón y de libertad, no son pertinentes cuando se trata de las mujeres y de la diferencia de sexos, para lo cual esencializarán u ontologizarán esas diferencias, haciéndolas derivar de la naturaleza, de la biología, de la especie; pues desde su argumentación, las mujeres no son “individuos” con voluntad propia, sino que son “especie”,

Alfons el Magnànim, 1990. pp.89-118.

⁵ AMORÓS, Celia: “Espacio de los iguales, espacio de las idénticas. Notas sobre poder y principio de individuación”. *Arbor*, noviembre-diciembre 1987. De la misma autora: “Feminismo, Ilustración y misoginia romántica”. En *Filosofía y género. Identidades femeninas*, Pamplona, Ed. Pamiela, 1992. FRAISSE, Geneviève: *Musa de la razón*, Madrid, Cátedra, 1991.

⁶ SARACENO, Chiara, (Ver referencia 2). NIELFA, Gloria: “La revolución liberal desde la perspectiva de género”. *Las relaciones de género, Ayer*, nº 17 (1995), pp. 103-120.

son “idénticas”, por ser “naturaleza irracional”. Directamente relacionado con estos presupuestos, el mito del Robinson será también el mito del hombre “civilizado”, del “yo” masculino autorrealizado, frente a una alteridad, un “otro”: la naturaleza, el estado pre-civilizado y salvaje, y más específicamente, la mujer-naturaleza, a la que dominar, domesticar, educar y civilizar.

12. Aunque, como apuntábamos anteriormente, a partir de la Ilustración, junto a este pensamiento hegemónicamente misógino, es cierto también que de la nueva caja de Pandora abierta, de lo que ha sido denominado como “senda perdida de la Ilustración”, es decir, de la radicalización y de la universalización real del pensamiento ilustrado, surgirán las bases del pensamiento feminista contemporáneo, de tal manera que en autoras como Mary Wollstonecraft se encuentra “un racionalismo moral más coherente, en cuanto más consecuentemente universalista, que en el propio Kant” o en John Stuart Mill y Harriet Taylor Mill –en sus *Ensayos sobre la igualdad sexual*-, una consideración más radical de la mujer como individuo autónomo⁷.
13. Más concretamente, fueron las revoluciones liberales, y de una forma particular la Revolución Francesa, las que construyeron los conceptos modernos de ciudadanía y ciudadano, frente a los anteriores conceptos de vasallaje y súbdito, propios del Antiguo régimen. La “invención” afectó a tres aspectos, como señala M. Pérez Ledesma⁸: la ciudadanía legal -ciudadanos iguales ante la ley frente a los antiguos privilegios estamentales o locales-, la ciudadanía política -ciudadanos con derechos, miembros del cuerpo político, y participantes en los asuntos públicos-; y la ciudadanía nacional -ciudadanos de un Estado-nación, frente a los anteriores ámbitos intermedios-, y distintos, en consecuencia, del “extranjero”. Es la ciudadanía política la que evidencia más claramente las “contradicciones” y exclusiones de género, recogiendo de alguna manera la herencia del mundo clásico: en la “democracia” ateniense, sólo los varones libres, mayores de edad, propietarios de trabajo ajeno (de esclavos) y nacidos en la ciudad tenían la condición de ciudadanos. El resto, las mujeres, los metecos y por supuesto los esclavos -más de las tres cuartas partes de la población- estaban excluidos de la ciudadanía. Algunas de estas concepciones restrictivas y excluyentes perviven de alguna manera en la Ilustración -“la propiedad es la que hace al ciudadano” escribió D’Holbach en la Enciclopedia-, de tal forma que a prácticamente ningún ilustrado se le ocurrió plantear el derecho de voto para todos los habitantes del país, y aún menos a Rousseau –el padre del contractualismo-, que excluyó del “pueblo” a las mujeres y a los pobres. Es, en definitiva, la tradición excluyente ante el temor a las “masas” incultas o descontroladas, que se plasma en el sufragio censitario o en la diferenciación entre “ciudadanía activa” y “ciudadanía pasiva” en las Constituciones francesas de 1791 y 1793; que limitan la teórica

⁷ AMORÓS, Celia: “Feminismo, Ilustración y misoginia romántica” (Ver referencia 4), pp.122-123.

⁸ PÉREZ LEDESMA, Manuel: “La conquista de la ciudadanía política: el continente europeo”, en PÉREZ LEDESMA, Manuel (Comp.): *Ciudadanía y democracia*, Madrid, Ed. Pablo Iglesias, 2000, p. 117.

universalidad de la igualdad a determinadas condiciones –los “no capaces” son excluidos-, alcanzables la mayoría en función de los “méritos”, con la única excepción del género: no se pueden hacer “méritos” para dejar de ser mujer. A un nivel cultural profundo, la teoría política de los liberalismos incorporaba fronteras y clasificaciones respecto a la feminidad y la masculinidad que convertía en ahistórica, en “natural” y por tanto en no susceptible de cambio, la diferencia de género, y sus “consiguientes” funciones, capacidades, “misiones” y prácticas sociales respectivas, para mujeres y hombres. Y entre ellas, el poder ser partícipe o no de la igualdad en la ciudadanía.⁹

14. Así, la posibilidad abierta por el primer racionalismo ilustrado e ideario liberal respecto a una potencial universalidad de los principios sobre los que se iba a construir la nueva sociedad -la caja de Pandora: libertad, igualdad, razón, ciudadanía, sociedad civil, esfera pública...- derivó muy pronto hacia dos concepciones distintas de la ciudadanía y de los derechos, en función del género, que se evidenciaron con toda claridad ya en la Revolución francesa: por una lado, la que excluía a las mujeres –quienes por su “naturaleza” debían ser representadas en lo público por un varón, padre, marido, hermano,- concepción que se plasma en la ambigüedad de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y se sanciona en las Constituciones de 1791 y 1793, y que finalmente fue la que prevaleció en gran parte a lo largo del siglo XIX y buena parte del XX. Por otro lado, la que aparece ya expresada en algunos Cuadernos de Quejas, también en Condorcet –Sobre la admisión de las mujeres al derecho de ciudadanía (1790-), y que sobre todo, se desarrolla con toda claridad en la Declaración de Derechos de la Mujer y de la Ciudadana de Olympe de Gouges de 1791 o en las intervenciones de Etta Palm ante la Asamblea Nacional francesa.¹⁰

15. El “olvido” de los “padres” de la Revolución a la hora de plantearse los derechos de ciudadanía de una forma realmente universal que incluyese a las mujeres, fue denunciado ya, efectivamente, en los Cuadernos de Quejas. Así por ejemplo, en la “Petición de las Damas a la Asamblea Nacional” se afirmaba:

- i. “Habéis roto el cetro del despotismo, habéis pronunciado ese bello axioma digno de ser inscrito en todas las frentes y en todos los corazones: los franceses son un pueblo libre...¡y todos los días permitís que trece millones de esclavas lleven

⁹ PÉREZ LEDESMA, M.: “Las Cortes de Cádiz y la sociedad española”. *Las Cortes de Cádiz*. Ayer, nº 1, (1991) pp. 167-206. MOLINA PETIT, Cristina: *Dialéctica feminista de la Ilustración*, Madrid, Anthropos, 1994.

¹⁰ ALONSO, Isabel, y BELINCHÓN, Milagros: (Introducción): *La voz de las mujeres en la Revolución francesa. Cuadernos de quejas y otros textos*. Barcelona, La Sal, 1989. JIMÉNEZ PERONA, Ángeles.: “Las conceptualizaciones de la ciudadanía y la polémica en torno a la admisión de las mujeres en las Asambleas”. En Amorós, C. (Coord.), *Actas del seminario Feminismo e Ilustración*, Madrid, 1992. PULEO, Alicia. (Ed.): *La Ilustración olvidada. La polémica de los sexos en el siglo XVIII*. Barcelona, Anthropos, 1993.

vergonzosamente las cadenas de trece millones de déspotas!. Habéis concedido la justa igualdad de los derechos...¡y priváis de ellos injustamente a la más dulce e interesante mitad de vosotros!...Habéis roto el freno que mantenía cautivo el pensamiento del sabio ¡y le quitáis la facultad de instruir a sus semejantes...y a nosotras!”¹¹ .

- b. En el mismo sentido, el Cuaderno de Quejas firmado por Madame B. se dirige a los diputados de la Nación planteando que si las leyes debían de ser las mismas para toda Francia, del mismo modo sólo si la igualdad de derechos incluía también a las mujeres se podría hablar de igualdad realmente universal.

16. Mucho más explícita, completa y directa en cuanto a la demanda de derechos políticos y de ciudadanía femenina fue la Declaración de derechos de la mujer y de la ciudadana redactada por Olympe de Gouges, que representa la traducción en clave femenina de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, reivindicando la igualdad entre los sexos a modo de contrato social entre mujeres y hombres, y apelando igualmente a la naturaleza como paradigma normativo –como se hace desde todos los planteamientos ilustrados- pero en este caso no para justificar la desigualdad sino para deslegitimar las jerarquías patriarcales. Si en los *Cahiers de Doléances* aparecen elementos dispersos de vindicaciones de las mujeres que inciden directamente en el nuevo orden patriarcal, en el pensamiento de Olympe de Gouges se articulan de forma radical y sistemática, formando un cuerpo teórico. En los diecisiete artículos de que consta el texto, cuestiona la neutralidad que se asigna a la palabra “hombre”, y considera a las mujeres como parte del cuerpo social. Así por ejemplo, dirá en los dos primeros artículos de la Declaración:

- i. “Art. I. La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos.
 - ii. Art. II. El objetivo de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles de la Mujer y el Hombre; estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y, sobre todo, la resistencia a la opresión”¹².
- b. Pero a pesar de estas propuestas que ya planteaban desde el liberalismo radical el derecho de las mujeres a la ciudadanía, y los derechos de las mujeres como individuos, en la Francia revolucionaria fue la Constitución de 1791 la que sirvió de piedra de toque para observar las limitaciones de las transformaciones que se estaban produciendo: la distinción entre ciudadanos activos y pasivos situaba a las mujeres en el segundo bloque, independientemente de los requisitos o “méritos” de contribución

¹¹ AMORÓS, Celia.: “Presentación”. En PULEO, Alicia (Ed.), (Ver referencia 9), p. 12. PÉREZ CANTÓ, Pilar. y MÓ, Esperanza, (Ver referencia 1), p. 57.

¹² ALONSO, Isabel. y BELINCHÓN, Milagros, (Ver referencia 9) pp. 132-133.

exigidos a los varones para ser ciudadanos activos. Con todo, los años de 1791-92 fueron los años en los que, en pleno proceso revolucionario, estuvieron abiertas durante un breve período de tiempo todas las posibilidades de construcción de la sociedad civil, y algunas de ellas se materializaron, como por ejemplo, la proliferación de clubs políticos femeninos, el reconocimiento en 1792 a las francesas del derecho a ser admitidas en actos civiles, y sobre todo, las leyes dadas en ese mismo año sobre estado civil y divorcio en pie de igualdad entre los esposos, considerando por primera vez el matrimonio como un contrato entre dos personas igualmente responsables¹³. Finalmente, a pesar de todo ello, el año 1793 representó el final de las posibilidades abiertas en la Francia revolucionaria en torno a igualdad o derechos para las mujeres: la nueva Constitución de 1793 establecía definitivamente el denominado “sufragio universal” como masculino exclusivamente, y en octubre de ese mismo año se ordenó la disolución de los clubs políticos femeninos –entre ellos, el Club de Amigas de la Libertad de Etta Palm, el Club de Republicanas Revolucionarias de Claire Lacombe, etc-, y se prohibía que más de cinco mujeres se reuniesen en la vía pública, por considerarse subversivo contra el orden. Olympe de Gouges fue guillotizada por los jacobinos en noviembre de 1793, acusada de “contrarrevolucionaria”, y en el *Moniteur Universel* apareció publicado un artículo sobre ella en el que se afirmaba significativamente: “quiso ser *hombre de Estado*, y parece como si la ley hubiese castigado a dicha conspiradora por haberse olvidado de cuales son las virtudes propias de su sexo...”.

- c. En resumen, las mujeres no iban a poder actuar en el espacio público en la nueva sociedad liberal –sólo los varones podrán ser valorados positivamente como “hombres públicos”-, y el concepto de ciudadano no se podía ya entender como “persona perteneciente al cuerpo social”, sino que su uso quedaba restringido a una acepción concreta, la referida a los “llamados a ejercer los derechos políticos”, de tal manera que menores de edad, deficientes mentales, condenados y mujeres –igualadas a los menores de edad por su condición de “dependientes”, no podrían ser considerados como ciudadanos. Así, a pesar del radicalismo jacobino que eliminó las exclusiones en función de la riqueza –sufragio no censitario frente a sufragio censitario-, el concepto de ciudadanía que triunfó en las constituciones fue el que excluía de ésta a la “naturaleza femenina”, de tal manera que el sufragio será exclusivamente masculino, y por tanto, nunca “universal” –como a menudo se le sigue denominando.- hasta bien entrado el siglo XX. Las mujeres no podían pertenecer a lo público, pues por su “naturaleza” eran seres “domésticos” y

¹³ SLEDZIEWSKI, Elisabeth G., “Revolución Francesa. El giro”, en DUBY, George y PERROT, Michelle (Dirs.): *Historia de las mujeres en Occidente* Madrid, Taurus, 1993, Vol. 4, pp. 44-45. En el mismo volumen, el trabajo de GODINEAU, Dominique: “Hijas de la libertad y ciudadanas revolucionarias”, pp. 23-39.

diferentes, y la igualdad sólo podía darse como pacto entre los que eran “iguales”, es decir, entre los varones. A partir de estos momentos, la ciudadana pasará a ser definida como “la mujer del ciudadano” –es decir, definida por una relación privada, no pública-, y el modelo republicano de mujer será el de madre al servicio de la familia, con la función de tener hijos para la Patria y educarlos como buenos ciudadanos. Este proceso culminó en el caso de la Revolución francesa en 1795 al decretar la Convención que las mujeres no estaban facultadas para asistir a ninguna asamblea política; y, sobre todo, culminó con la aprobación en 1804 del Código Civil napoleónico –que fue copiado y modelo a seguir para el resto de los Códigos Civiles posteriores, incluyendo el español de 1889-. En él, se sancionaba jurídicamente, por un lado, la subordinación legal femenina dentro de la familia a partir de la explícita consideración del matrimonio como un contrato desigual, recogida en la tradicional fórmula matrimonial: “la mujer debe obedecer al marido y el marido proteger a la esposa”; y por otro lado, la institucionalización de la función del marido como mediador y representante de la mujer en lo público, con la significativa denominación de “cabeza de familia” vigente hasta la actualidad¹⁴.

- d. La ordenación de estos datos históricos en un esquema teórico explicativo nos muestra como la génesis y el desarrollo de la ciudadanía y de los derechos individuales, a pesar de que comenzó claramente con los procesos revolucionarios liberal burgueses, no fue un proceso lineal ni inevitable, sino que estuvo condicionado no sólo por el temor a los “excesos revolucionarios” sino también por el temor a la igualdad jurídica, política, pública y privada, entre mujeres y hombres. Porque el *Contrato Social* roussoniano entre los varones precisaba, para poder funcionar en la esfera pública tal como ésta se estaba construyendo, de un “contrato sexual” previo como ha señalado Carol Pateman¹⁵, de tal manera que entre público y privado, más que una separación, lo que se daba realmente era una retroalimentación: la esfera pública “masculina” sólo podía funcionar, de la manera en que se estaba configurando, en la medida en que se apoyase y se retroalimentase sobre una esfera privada “femenina”. Y esto implicaba la subordinación legal femenina, y la obligada reducción de las mujeres al ámbito doméstico y a la familia; a pesar de que esta “reducción” se justificase a menudo a partir del denominado “discurso de la excelencia”: las mujeres como seres “excelsos” y superiores, alejadas e ignorantes del mundo exterior, y protegidas en el reducto del “paraíso perdido” que representaba el hogar. Discurso que, paradójicamente, casi siempre ha ido acompañado del “discurso de la inferioridad”: las mujeres como seres inferiores, sin capacidades, irracionales, “naturales”, no

¹⁴ SLEDZIEWSKI, E.G., (Ver referencia 12). pp. 44-45. NIELFA, Gloria, (Ver referencia 5), p 110. FRAISSE, G: *Musa de la Razón*, Madrid, Cátedra, 1991.

¹⁵ C. PATEMAN: *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995.

civilizados, no autocontrolados, etc. Y este “discurso de la inferioridad” es el que encontramos en toda una importante tradición de pensamiento misógino hegemónico, en el que se sitúan desde la inmensa mayoría de los más reconocidos “padres” del contractualismo y del pensamiento ilustrado -como Rousseau-, o de representantes de la ideología liberal jacobina, - como el igualitarista Sylvain de Marechal-. o incluso pensadores de la profundidad filosófica de Schopenhauer¹⁶. A modo de selección de los discursos al respecto de los autores citados, estos son algunos ejemplos extraídos de sus obras:

17. “(...) Cultivar en la mujer las cualidades del hombre, y descuidar las que le son propias, es trabajar en detrimento suyo (...) Hacedme caso, madres juiciosas, .no hagáis a vuestra hija un hombre de bien, que es desmentir a la naturaleza. Hacedla mujer de bien y así podréis estar seguros de que será útil para nosotros y para si misma(...) Por la misma razón que deben tener poca libertad, se extralimitan en el uso de la que le dejan (...) (Jean Jacques Rousseau: *El Emilio*).
18. “(...) La Razón quiere que, sin miramientos hacia la reclamación de Condorcet, las mujeres continúen renunciando al derecho de ciudadanía cuyos deberes no sabrían cumplir (...). La intención de la buena y sabia naturaleza ha sido que las mujeres exclusivamente ocupadas en las labores domésticas, se honraran con tener en las manos, no un libro o una pluma, sino una rueca y un huso (...). Considerando los inconvenientes graves que resultan para los dos sexos que las mujeres sepan leer, la Razón quiere que las mujeres no metan la nariz en un libro ni pongan la mano en una pluma (...)”. (Sylvain Maréchal: *Proyecto de una ley que prohíba aprender a leer a las mujeres*, 1801).
19. “(...) Sólo el aspecto de la mujer revela que no está destinada ni a los grandes trabajos de la inteligencia ni a los grandes trabajos materiales. Paga su deuda a la vida, no con la acción, sino con el sufrimiento (...) Tiene que obedecer al hombre, ser una compañera pacienzuda que le serene (...) Las mujeres permanecen toda su vida niños grandes, una especie de intermedio entre el niño y el hombre (...) Lo que distingue al hombre del animal es la razón. Confinado en el presente se vuelve hacia el pasado y sueña con el porvenir. La débil razón de la mujer no participa de esas ventajas...padece miopía intelectual (...) (Schopenhauer: *Parerga y paralimomena*, 1851).
20. El “discurso de la inferioridad” frente a la universalidad ética, política y epistemológica no fue sólo una “contradicción” de la Ilustración, sino uno de los elementos constitutivos de los Estados liberales, basado en la exclusión de las mujeres de la lógica democrática y de la meritocracia, aplicándoles

¹⁶ COBO, Rosa: *Fundamentos del patriarcado moderno*, Madrid, Cátedra, 1995. PATEMAN, Carole: *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos, 1995. JIMÉNEZ PERONA, Ángeles: “Las conceptualizaciones de la ciudadanía y la polémica en torno a la admisión de las mujeres a las Asambleas”, en *Feminismo: más acá y más allá de la Revolución francesa*, Madrid, Instituto de Investigaciones Feministas, 1989.

por el contrario la lógica estamental: igualdad para los varones y estatus adscriptivo para las mujeres. Semejante actuación requería construir una esencia femenina inferior (diferente o complementaria en terminología patriarcal) a la masculina que pusiese las bases de su exclusión política, es decir, ni sujeto de razón ni sujeto político. O dicho de otra forma, como señala R. Cobo, “como no era conveniente que las mujeres fuesen sujetos políticos, era requisito necesario negarles la definición de sujetos de razón”¹⁷. Así, en lo que se podría denominar la cultura generada por las revoluciones burguesas y por la modernidad, se acabó consolidando una representación de las mujeres como centro de la domesticidad, cercanas a la naturaleza por sus funciones reproductivas, y exclusivamente dedicadas a las necesidades de sus hijos y de su círculo familiar; mientras que a los hombres se les representaba como intelectuales, políticos, y vinculados al interés general..

21. Sin embargo, la cultura de la modernidad contenía en si misma importantes “contradicciones”, porque las nuevas leyes políticas aspiraban a dotar a los individuos de atributos universales relacionados con la teórica igualdad de todos los ciudadanos. La teoría liberal concebía al “yo”, sujeto de los nuevos derechos políticos, esencialmente neutro en cuanto al sexo, y no sometido por la naturaleza a ninguna autoridad. Pero el liberalismo, preso en sus propias paradojas, por un lado marginaba de la vida política efectiva a amplios sectores de la población; y por otro lado, liberaba a los individuos de los vínculos y dependencias, permitiéndoles conquistar en el ámbito de la privacidad el derecho a tener una vida personal autónoma. Los nuevos códigos de relaciones sociales desarrollaron métodos que pasaban del “teterocontrol” al “autocontrol”, de tal manera que los sujetos modernos interiorizaron las reglas que debían regir sus conductas. Y en el desarrollo de estas paradojas, la esfera pública iba a permitir a los individuos –a todos, a todas...- interpelar al Estado, exigiendo que ese ámbito público constituido en beneficio de unos pocos aplicara realmente sus principios a todos. De este modo, el ámbito privado iba a comenzar a actuar, paradójicamente, como instrumento político en los procesos de democratización social.

22. II.- Y es en este contexto en el que cabe situar el desarrollo histórico de los feminismos como movimientos ilustrados democratizadores. Así, frente a la tradición de pensamiento hegemónico misógino y temeroso ante la posibilidad de la igualdad, y frente a la configuración discursiva, ideológica y política de las diversas formas de exclusión de las mujeres de la igualdad y de la ciudadanía en los primeros constitucionalismos y en su base contractualista roussoniana; los primeros feminismos se fueron desarrollando como tales a partir de la extensión a las mujeres de los mismos principios ilustrados de libertad, igualdad y razón; y por tanto, a partir de la universalización real y la radicalización de estos principios. La Ilustración patriarcal fue interpelada por otra Ilustración más universalista

¹⁷ R. COBO: “Democracia paritaria y radicalización de la igualdad” en *Seminario “Balance y perspectivas de los estudios de las mujeres y del género”*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2003, pp. 59-71.

que afirmaba que la igualdad y la libertad pertenecen a la humanidad en su conjunto y no sólo a los varones.

23. En otras palabras, la negación para las mujeres de los presupuestos igualitarios en los que se iba a basar la modernidad, será la causa de que éstos lleguen a convertirse en presupuestos feministas. El feminismo, surgido en el siglo XVIII, va a estar tematizado con el instrumental conceptual de la Ilustración y, al mismo tiempo, será una de las manifestaciones más significativas de la reflexividad de la modernidad. Por ello, desde finales del siglo XVIII hasta hoy, los idearios feministas han estado planteando transversalmente, de diversas maneras, múltiples formas de desarrollo de la ciudadanía política, civil y social, desde diferentes ideologías y perspectivas políticas, tales como los liberalismos, el republicanismo, el librepensamiento, el socialismo, el anarquismo, el reformismo social católico, etc. De tal manera que las diversas expresiones de lo que ha sido conceptualizado con la etiqueta de “feminismos”, forman parte sustancial de las diferentes culturas políticas y de la evolución histórica del concepto de ciudadanía, y por ello, deben ser analizadas y estudiadas –en tanto que movimientos sociales y en tanto que propuestas ideológicas- en la misma medida que cualquier otra perspectiva social o discursiva en el análisis de la teorización y del desarrollo histórico de la ciudadanía.. Como se ha analizado anteriormente, en la historia contemporánea de las sociedades occidentales la “universalidad” de los derechos de ciudadanía no garantizaba automáticamente que las mujeres fueran sujetos activos de ésta, puesto que dicha “universalidad” de derechos ocultaba con frecuencia, desde la abstracción neutralista, las diferencias genéricas. Históricamente y en la realidad concreta, la distinción entre la esfera privada y la esfera pública ha operado como barrera, tanto desde el punto de vista teórico como en el ejercicio concreto de la ciudadanía; la mayor parte de las veces de una manera real, otras veces de manera simbólica, delimitando quienes podían ser miembros de la comunidad con “capacidad” o quienes eran sujetos de derechos políticos del Estado.
24. Desde la teoría feminista se ha puesto de manifiesto en repetidas ocasiones –desde el siglo XIX hasta la actualidad- la construcción genérica de esta división, hasta tal punto que las críticas a la dicotomía público-privado constituyen buena parte de un debate teórico de los últimos treinta años que plantea básicamente la necesidad de rearticular ambas esferas. Hemos analizado anteriormente cómo, en las primeras formulaciones liberales, el concepto suponía una falsa neutralidad y una igualdad teórica entre los “ciudadanos”, que no existía de facto con respecto a las “no iguales”, a las “diferentes”, a las que eran “otra cosa” por naturaleza, por “voluntad divina”, o por voluntad de la “Razón” y de la “ciencia”. Y no se veía en ello ninguna contradicción con el ideario igualitario porque se partía del supuesto de que el contrato social roussoniano sólo se podía realizar entre los que ya eran “iguales”, de tal manera que las “no iguales” no podían entrar en él.
25. En este sentido, es ya muy obvia la incorrecta reproducción androcéntrica por parte de historiadores y politólogos de la definición como “universal” de

una forma de sufragio histórica e ideológicamente limitada, que hasta hace muy poco tiempo –sólo en el mundo occidental hasta el punto de inflexión que significó la Primera Guerra Mundial, y en muchos casos hasta la Segunda Guerra Mundial- excluía a las mujeres por “razón de sexo” en la mayoría de regímenes políticos caracterizados como “democracias liberales”. Los sufragismos, por ejemplo, corresponden a una etapa determinada en el desarrollo tanto de los derechos de ciudadanía como de la evolución de los feminismos como movimientos sociales. Una etapa caracterizada por la atención prioritaria a la reivindicación de la ciudadanía y de la igualdad política, del derecho al voto, para las mujeres. Una etapa –desde mediados del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial- en la que esta ampliación de los derechos políticos y la consiguiente profundización de la democracia no corresponde ni interesa sólo, como se ha repetido en muchas ocasiones tópicamente, a las mujeres de clases medias o a un cierto feminismo calificado de “burgués”; Por el contrario, la lucha por el voto fue también, en esta etapa, una lucha política y social por los derechos y libertades ciudadanas, que afectaba a ambos sexos, a las clases trabajadoras, a los esclavos, etc. La ampliación del sufragio fue también, desde esta perspectiva, una reivindicación y un objetivo en la acción social de las clases trabajadoras y de las minorías, y en la que estaban escasamente interesados los sectores hegemónicos que detentaban tradicionalmente el control del poder político.

26. Porque, en un sentido más general, el miedo a las “masas”, fuesen éstas las que fuesen –mujeres, esclavos, trabajadores-, ha estado continuamente presente en la historia de las resistencias de los sectores representativos del liberalismo “de orden”, del liberalismo “de la propiedad y de la capacidad”, a compartir la representación y el poder político; así como en las diversas estrategias y mecanismos desarrollados para no perder el control del mismo ante la progresiva presencia en el escenario político y público de los tradicionalmente excluidos del mismo, o que no interesaba que estuviesen en él, entre ellos, las mujeres. Basta analizar, por ejemplo, las interrelaciones y vinculaciones existentes entre sufragismo y abolicionismo en Estados Unidos a partir de los años treinta del siglo XIX, y la participación de las mujeres en el movimiento antiesclavista como plataforma de aprendizaje y de concienciación, utilizando la analogía del esclavo para describir su propia condición. Y la significativa transformación de este primer feminismo norteamericano en un movimiento político independiente a partir del momento en que el abolicionismo comenzó a discriminar dentro de él la presencia femenina; transformación que tiene su punto de inflexión en la Declaración de Séneca Falls de 1848 –fecha emblemática en el desarrollo de los liberalismos en clave democrática-, primera declaración sistemática de los derechos de las mujeres entre los que se contempla ya el de sufragio, pero también algunos de enorme modernidad como la igualdad laboral, el derecho a la propiedad, el derecho a la autoestima, a una autoimagen positiva, etc. O también, en un sentido paralelo, pero desde la tradición ideológica vinculada a los socialismos –que cuestionaban las bases económicas e ideológicas de la nueva sociedad burguesa- se encuentra el caso del owenismo inglés, que por las mismas fechas de mediados del siglo XIX reivindicara el sufragio para las mujeres –

y criticara la ausencia de esta demanda en el movimiento cartista-, demostrando una enorme sensibilidad ante cualquier forma de desigualdad, de poder y de subordinación, de forma muy específica, ante la subordinación de las mujeres; de tal manera que este primer socialismo –a diferencia de momentos posteriores- incorporó el feminismo como un aspecto fundamental de su propuesta ideológica y en su propuesta de sociedad alternativa. En resumen, la ampliación democrática de los derechos de ciudadanía ha sido una cuestión que no sólo ha interesado las clases medias o sectores sociales acomodados, sino fundamentalmente a los grupos sociales situados históricamente en los “márgenes” del sistema y de la esfera pública como espacio de poder. Y las mujeres lo han estado, no como una “minoría” –porque no son una minoría más, son la mitad de la población- sino por “razón de sexo”, por la misma configuración dicotómica de lo público-masculino-visible y lo privado-femenino-invisible.

27. Tras la consecución del sufragio en muchos países del mundo occidental a partir de la Primera Guerra Mundial, en los últimos treinta años las críticas procedentes de los feminismos teóricos y sociales a la falsa neutralidad del planteamiento tradicional de la ciudadanía no se han limitado solo a poner de relieve estos “olvidos” o exclusiones desde una perspectiva de género; sino que más allá de este primer nivel, han puesto en discusión el presupuesto tradicional de “universalidad” aplicado a la idea de ciudadanía, frente al que se propone una aproximación más histórica y pluralista basada en el reconocimiento de la diversidad y de la diferencia. Estas críticas han sido diversas y plurales, desde las que se han planteado a través del concepto de “ciudadanía diferenciada”, como en el caso de Iris Young -con todos los límites y prevenciones que se le pueden hacer a su propuesta de partir de la consideración de que los receptores de derechos son colectivos diferentes con derechos específicos, y no sujetos individuales- a las propuestas de “democracia deliberativa”, y en clave más específicamente legislativa, la democracia paritaria como instrumento para conseguir la igualdad real. Desde los antecedentes históricos analizados, no es de extrañar que las reflexiones sobre la paridad vayan acompañadas de una argumentación acerca del universalismo, en el sentido de si las prácticas de exclusión del pasado provienen de deficiencias internas al concepto de individuo universal, o más bien, de una realización deficiente de sus principios.

28. Así, puede parecer paradójico que en estos momentos en los que las mujeres han alcanzado en gran medida el reconocimiento político de sus derechos -al menos en la sociedad occidental-, desde la teoría y la filosofía política se siga reflexionando sobre la cuestión de la ciudadanía de las mujeres, como si éstas no estuviesen reconocidas como tales, es decir, como “mujeres ciudadanas” . Y efectivamente, a lo largo del siglo XX hemos asistido a la plasmación jurídica del reconocimiento de los derechos de las mujeres como sujetos activos de la ciudadanía; pero ese reconocimiento también ha puesto de relieve que un acceso “formalmente” igual a los derechos no es suficiente, porque se parte de desigualdades previas entre una mitad de la población y la otra mitad –no se está hablando de una “minoría” más-, y de ahí las propuestas de articulación de nuevas vías para

satisfacer las demandas específicas de las mujeres, y el objetivo de la igualdad como punto de llegada, y no como algo que se presupone ya “realmente” existente (políticas de acción positiva, políticas de igualdad, sistemas paritarios, etc).

29. Lo que la teoría feminista contemporánea ha puesto de manifiesto es que el inicial reconocimiento jurídico de la igualdad para las mujeres se ha producido desde un marco conceptual que necesita ser revisado, porque está impidiendo de facto un ejercicio pleno de la ciudadanía de las mujeres. En otras palabras, la ciudadanía no es un término neutro desde el punto de vista del género. Y esto supone un dilema importante: ¿como acceder a un concepto que se supone igualador y neutro, cuando su misma articulación está viciada precisamente de desigualdad generica?. El universalismo es una trampa falsamente igualadora, y lo contrario, el particularismo, nos sitúa en los límites mismos del marco teórico del que parte todo el desarrollo contemporáneo de los derechos ciudadanos como derechos y libertades cuyos sujetos son todos y cada uno de los individuos por encima de cualquier diferencia. Frente a la diversidad de posiciones doctrinales en este sentido, las propuestas que actualmente se confrontan en el debate teórico sobre la ciudadanía y las mujeres, y que se han ido concretando políticamente en la articulación de la denominada democracia paritaria, aluden a que lo que en el fondo está en juego es una relegitimación del Estado constitucional, desde el momento en que el principio de igualdad formal se ha revelado como insuficiente para la consecución de la igualdad real en todos los ámbitos entre una mitad de la población y la otra.
30. En conclusión, el debate al respecto a menudo se ha planteado en forma de alternativa dicotómica para la concepción de la democracia, en palabras de T. Pitch: “ ¿el contrato constitutivo que se invoca como legitimación del orden moderno puede ser extendido a nuevos contratantes, o bien, la irrupción en escena de estos nuevos participantes debe implicar pensar en un contrato radicalmente diverso?”¹⁸. Sin embargo, tener en cuenta -teórica y prácticamente- la diferencia de los sexos, no representa en las propuestas al respecto un abandono del objetivo universalista necesariamente, sino al contrario, permite reconocer el contenido concreto y diferenciado de lo universal. Así, en la búsqueda de la armonización entre género y ciudadanía, la teoría feminista se ha centrado en los dos ejes fundamentales de este concepto: que noción de sujeto está implícita en él, y la distinción entre esfera pública y esfera privada. A lo largo del desarrollo histórico de la ciudadanía y en la profundización en la democracia, se ha recorrido un largo y heterogéneo camino, y en este sentido, sólo muy recientemente se ha planteado también, como objetivo consensuado desde una cultura democrática de las izquierdas, la profundización en la democracia y en los derechos humanos, “democracia radical” o extensión de los principios de libertad e igualdad al conjunto de las relaciones sociales; así como la existencia de nuevos/as protagonistas de la acción política. Y desde esta perspectiva, el debate sobre la paridad necesita de un análisis profundo de las formas y los mecanismos del sistema de poder

¹⁸ T. PITCH: *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid, Ed. Trotta, 2003.

al que se interpela, porque, efectivamente, en la reivindicación de la paridad y en su legislación se presenta la presunta paradoja teórica de que un pensamiento universalista y un Estado jacobinista –como en el caso francés- introduzcan una medida que “parece” establecer una “diferenciación” por sexo. Y en este análisis habría que dejar claro el presupuesto inicial de que no se trata de defender ningún esencialismo ontológico de los sexos –aunque algunas posiciones “diferenciadoras” lo hayan pretendido- sino de buscar mecanismos correctores de la representación política.

NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA: UNA APROXIMACIÓN HISTÓRICO-FUNCIONAL

Benito Aláez Corral

- I. Necesidad jurídico-funcional de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía
- II. Nacionalidad y ciudadanía: la dialéctica funcional exclusión/inclusión.
 1. Ciudadanía y nacionalidad en los ordenamientos preestatales
 - 1.1. El nacimiento de la ciudadanía en la Grecia clásica
 - 1.2. La ampliación de la ciudadanía y el establecimiento de las bases jurídicas de la nacionalidad en el mundo romano.
 2. La cuasi-desaparición de la ciudadanía y la emergencia de la moderna nacionalidad con el nacimiento del Estado-nación.
 - 2.1 La transformación de la ciudadanía en sujeción.
 - 2.2 El establecimiento de las bases políticas de la nacionalidad.
 3. Las revoluciones liberal-democráticas: de la diferenciación funcional a la confusión entre nacionalidad y ciudadanía.
 - 3.1 La diferenciación funcional entre nacionalidad y ciudadanía.
 - 3.2 La vinculación entre nacionalidad y ciudadanía: los círculos concéntricos.
 - 3.3 La ethno-culturalización de la nacionalidad y la ciudadanía.
 - a) La etno-culturización de la nacionalidad en el constitucionalismo español del XIX.
 - b) La nacionalización de la ciudadanía en el constitucionalismo español del XIX.
 4. Nacionalidad y ciudadanía en el proceso de socialización y democratización del Estado constitucional.
 - 4.1 Mantenimiento de cierta vinculación formal pero renacimiento de la distinción funcional entre nacionalidad y ciudadanía.
 - 4.2 Vinculación y diferenciación de la nacionalidad y la ciudadanía en el constitucionalismo español del siglo XX.
 - a) El tránsito hacia una concepción más universalista de la nacionalidad.
 - b) Hacia una más precisa ampliación material y personal de la ciudadanía

I. NECESIDAD JURÍDICO-FUNCIONAL DE LOS CONCEPTOS DE NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA

1. El análisis de la relación existente hoy en día entre dos instituciones jurídicas como la nacionalidad y la ciudadanía exige historiografiar ambos conceptos -y no tanto las expresiones lingüísticas que los designan, no siempre coincidentes con un solo significado-¹ a la luz de la función jurídica que los mismos puedan haber desempeñado hasta su plena integración y

¹ Cfr. **BRUNNER/CONZE/KOSELLECK**, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band I, Klett-Cotta, Stuttgart, 2004, pág. XIX ss.

democratización en el Estado constitucional, obviando otras perspectivas del análisis por importantes que puedan ser. Para ello, se abordarán las expresiones en las que se plasman los conceptos de nacionalidad y ciudadanía (lenguaje objeto) con un marco lingüístico-conceptual (metalenguaje)² que los ponga en contacto a través de su función jurídica, con independencia de que el sistema jurídico aún no estuviese suficientemente diferenciado. Y se hará tanto en Esta breve explicación metodológica resulta especialmente importante para entender por qué en la actualidad los conceptos se corresponden, por lo menos en algunos ordenamientos jurídicos como el nuestro, con dos expresiones lingüísticas diferenciadas, lo que no ha sido siempre así, desde un punto de vista histórico, y explica la confusión terminológica que aún persiste en otros sistemas jurídicos. Así, mientras en algunos ordenamientos como el alemán y el español es más común manejar el término nacionalidad (*Staatsangehörigkeit*) y que el de ciudadanía (*Staatsbürgerschaft*) no aparezca o lo haga de una forma parcialmente sinónima, en otros por el contrario, como el francés, el italiano, el inglés o el norteamericano, la tendencia es justamente la opuesta a precluir el término *nationality/nationalite/nazionalità* y a que el término *citoyennete/cittadinanza/citizenship* absorba el significado de ambas categorías.

2. Antes de aproximarnos a la historia jurídico-funcional de ambos institutos es necesario, con carácter previo, fundamentar su necesidad jurídica. Sin duda que para realizar este análisis se ha de partir de unos conceptos previos de lo que puedan ser una y otra, que nos permitan reconstruir analítica y críticamente tanto las diversas concepciones que se ha tenido de ellas a lo largo de la historia, como después, a la luz de un concepto constitucionalmente adecuado, el tratamiento normativo que tienen en los textos constitucionales contemporáneos, y en particular en nuestra Constitución de 1978. Pero no es menos cierto que también es necesario, como parte del proceso discursivo de reconstrucción teórico-funcional de ambas categorías, plantearse la posibilidad de su inexistencia en el sistema jurídico. En este sentido, ya Hans Kelsen³, desde una concepción espacio-temporalmente unitaria del derecho, llegó a la conclusión de que el ordenamiento jurídico constituye una unidad (preferentemente a partir de la supremacía del derecho internacional), y se construye únicamente a partir de súbditos por lo que, en pura teoría, no necesitaría ni nacionales ni ciudadanos. Desde esta perspectiva, la nacionalidad y la ciudadanía serían institutos jurídicos meramente contingentes, y su presencia en el ordenamiento jurídico dependería exclusivamente de la voluntad del legislador. En el caso de la nacionalidad su existencia dependerá de que la unidad del ordenamiento no se construya sobre la base del derecho

² Siguiendo la terminología que propone **COSTA, Pietro**, *Il discorso della cittadinanza in Europa: ipotesi di lettura*, en Carlota Sorba (a cura di), *Cittadinanza. Individui, diritti sociali, collettività nella storia contemporanea*. Atti del convegno annuale SISCO, Padova, 2-3 dicembre 1999, Pubblicazioni degli Archivi di Stato, 2002.

³ **KELSEN, Hans**, *La naissance de l'Etat et la formation de sa nationalite. Les principes leur application au cas de la Tchechoslovaquie*, *Revue du Droit International*, 1929, Vol II, pág. 636; **KELSEN, Hans**, *Allgemeine Staatslehre*, Max Gehlen, Bad-Homburg v.d. Höhe, 1966 (Unveränderter fotomechanischer Nachdruck der ersten Auflage 1925), pág. 159-160.

internacional, sino sobre la base del derecho constitucional de cada Estado que delimita su ámbito personal de aplicación permanente en atención a sus previsiones de eficacia general; mientras que, por su parte, la existencia de la ciudadanía dependerá de que cada concreto ordenamiento estatal reconozca un cierto acervo participativo en el ejercicio del poder político a todos o a parte de sus súbditos. Ciertamente, la progresiva unificación de los ordenamientos territoriales tiende a restar funcionalidad a las categorías de la nacionalidad y la ciudadanía, que sólo tiene sentido en relación con un Estado soberano, dueño de la competencia sobre las competencias. En efecto, los procesos de integración política supraestatal tienden a restar trascendencia jurídico-constitucional a la nacionalidad y la ciudadanía estatal previas, que, como consecuencia del proceso de asimilación e igualación en derechos y deberes, derivado de la integración política y la creación de una nacionalidad o ciudadanía superior (federal), quedan reducidas a meras diferenciaciones administrativas sin mayor trascendencia sobre el destino de la comunidad política supraestatal. Si el fenómeno se extendiese hasta la creación de una gran federación planetaria, un gran Estado mundial que poseyese la competencia de las competencias y sobre cuyas normas supremas descansase la validez del resto de subordenamientos estatales, la nacionalidad y la ciudadanía de cada Estado perderían su importancia jurídica por su desvinculación de una soberanía democrática que ahora residiría en esa gran federación y por tanto, pasaría a ser definible solo a través del ejercicio de los derechos que componen esa ciudadanía cosmopolita.

3. Con todo, la insuperable dificultad, aun hoy existente, de fundar la unidad del ordenamiento en la supremacía del derecho internacional, y la correlativa necesidad de que dicha unidad tenga que sustentarse en ordenamientos estatales o supraestatales como el de la Unión Europea⁴, circunscritos a una determinada comunidad humana, conduce a que el instituto de la nacionalidad se haga necesario desde la perspectiva de la coexistencia de los diversos ordenamientos estatales⁵. Parece difícil imaginar, por razones meramente fácticas, que un ordenamiento jurídico tenga la pretensión de ser aplicable a todo sujeto y en todo lugar, y mucho menos que pueda llegar a ser mínimamente eficaz *urbi et orbe*. Lo habitual es que el ordenamiento cree un ámbito personal de aplicación permanente (aunque no sea el único) en el que concentrar la eficacia de sus normas que coincida con la población que más contacto posee con un territorio sobre el que ejerce eficazmente el poder público (siguiendo la teoría de los tres elementos del Estado de Georg Jellinek)⁶. Precisamente ese vínculo que define cuál es el Pueblo de un Estado, sobre el que se aplica la protección diplomática en el derecho internacional público, y que determina la aplicación personal y no solo territorial del ordenamiento jurídico –

⁴ Sobre el problema de la relación entre el ordenamiento internacional y el estatal cfr. **ALAEZ CORRAL, Benito**, *Soberanía constitucional e integración europea*, Fundamentos, N° 1, 1998, pág. 519 ss.

⁵ Como parece reconocer implícitamente el propio **KELSEN, Hans**, *La naissance de l'Etat et la formation de sa nationalité...*, ob., cit., pág. 636.

⁶ **JELLINEK, Georg**, *Allgemeine Staatslehre*, 3. Auflage (fünfter Neudruck), Julius Springer, Berlin, 1929, pág. 182 ss.

especialmente en el derecho internacional privado, pero también en el derecho fiscal, o en excepcionalmente en el derecho penal-, será lo que se denomine nacionalidad⁷, y hace que esta institución jurídica sea por el momento necesaria desde el mero punto de vista de la funcionalidad del sistema jurídico.

4. Por otro lado, la capacidad de participación del individuo como miembro de pleno derecho de la comunidad estatal a la que está sometido, esto es la ciudadanía⁸, ha ido recuperando en este proceso histórico su autonomía respecto de la nacionalidad, a la que aparece unida desde las revoluciones liberal democráticas para representar el punto de encuentro entre el ejercicio del poder por el individuo y la atribución de la soberanía a un sujeto colectivo⁹. Desde el momento en el que para la legitimidad democrática del ordenamiento jurídico, se hace necesario que los súbditos se conviertan en “soberanos”¹⁰, la ciudadanía pasa a ser el instituto jurídico imprescindible que recoge las condiciones subjetivas necesarias para esa conversión, así como el haz de derechos en los que se ha de plasmar la participación en el ejercicio del poder de una comunidad.
5. De todo ello se deduce que, se les atribuya uno u otro significado, la nacionalidad y la ciudadanía son hoy por hoy –mientras no exista un único ordenamiento global en todo nuestro planeta- instituciones jurídico-funcionalmente necesarias, a las que procede dar un sentido constitucional adecuado a la estructura democrática de nuestro Estado. Además, como se verá seguidamente, se trata de dos categorías cuyo mantenimiento pasa por adecuar su formal vinculación histórica como categorías del Estado liberal-democrático, y su diferente especialización jurídico-funcional, a las estructuras básicas de un sistema jurídico democrático plenamente diferenciado como subsistema social. Con ello no se quiere decir que la nacionalidad y la ciudadanía solo tengan sentido allí donde existe un ordenamiento jurídico estatal plenamente positivizado y autorreferente, ni siquiera donde exista un Estado moderno¹¹. Todos los ordenamientos jurídicos necesitan un sustrato personal, más o menos estable y permanente, sobre el que verter su aplicación, y todos articulan una integración más o menos intensa de los individuos en la comunidad política. Pero solo desde el momento en que ese proceso de diferenciación funcional del ordenamiento jurídico estatal se acelera vertiginosamente –lo que ocurre

⁷ En la tradición anglosajona se la considera ciudadanía nominal o formal y que se contrapone a la ciudadanía sustantiva o material (**BAUBÖCK, Rainer**, *Transnational citizenship*, Edward Elgar, Aldershot, 1994, pág. 23 ss.; **BOSNIAK, Linda**, *Constitutional citizenship through the prism of alienage*, Ohio State Law Journal, 2002, Vol. 63, N° 5, pág. 1299-1300, pág. 1299-1300).

⁸ Cfr. **BRUBAKER, Rogers**, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Harvard University Press, Harvard, 1992, pág. 21-23.

⁹ Cfr. **EMERICH, Francis**, *Ethnos und Demos*, Berlin, 1965, pág. 88 ss. En contra de atribuir al principio democrático un carácter inclusivo, cfr. **BAUBÖCK, Rainer**, *Transnational citizenship*, ob. cit., pág. 197 ss.

¹⁰ Cfr. **BASTIDA FREIJEDO, Francisco**, *La soberanía borrosa: la democracia*, Fundamentos, N°1, 1998, pág. 389 ss.

¹¹ Como sostiene respecto de la nacionalidad **GRAWERT, Rolf**, *Staat und Staatsangehörigkeit. Verfassungsgeschichtliche Untersuchung zur Entstehung der Staatsangehörigkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, pág. 22.

con el advenimiento del Estado liberal-democrático moderno y, particularmente, en ordenamientos y sociedades altamente complejos como los actuales-¹² la nacionalidad y la ciudadanía despliegan su funcionalidad jurídica de forma nítida y diferenciada. Y ello es lo que hace necesario el análisis histórico que permita deslindar el origen funcional de uno y otro instituto y ver las diferencias que a ese respecto ha marcado la evolución histórica del ordenamiento. No se trata de un análisis histórico-funcional exhaustivo de uno y otro instituto, sino simplemente de centrar la atención en la función que uno y otro han ido desempeñando a lo largo de la evolución de los ordenamientos jurídicos para entender mejor la función que han de desempeñar hoy en día en ordenamientos jurídico-positivos plenamente diferenciados y democratizados. Para realizar dicho análisis, se partirá de los ordenamientos preestatales, y en particular de los grecolatinos clásicos en los que se gesta la noción de ciudadanía, y se llegará hasta los ordenamientos constitucional-democráticos contemporáneos, pasando por el nacimiento del Estado-nación y los movimientos revolucionarios liberal-democrático como hitos especiales en la formación de la nacionalidad y la ciudadanía modernas. Y todo ello se hará con una atención especial a la plasmación que de una y otra categoría han hecho los textos de nuestro constitucionalismo histórico.

¹² Sobre la contribución del concepto liberal-democrático de Constitución y del Estado moderno a la diferenciación funcional del sistema jurídico, como subsistema de comunicación social, cfr. **LUHMANN, N.**, *La Constitution comme acquis evolutionnaire*, *Droits* 1995, N° 22, pág. 112-113.

II. NACIONALIDAD Y CIUDADANÍA: LA DIALÉCTICA FUNCIONAL EXCLUSIÓN / INCLUSIÓN

6. En contra de lo que se ha sostenido habitualmente, la evolución histórica de la nacionalidad y la ciudadanía nos demuestra que no ha existido un nítido y estático reparto de funciones entre una y otra, particularmente, que la ciudadanía no siempre ha sido una categoría incluyente y la nacionalidad excluyente, como lo son hoy en día¹³. Ciertamente, esas son las funciones en las que se han ido especializando estos dos institutos en el ordenamiento jurídico moderno. Pero no lo es menos que los avatares históricos han deparado un intercambio de papeles contradictorio con este resultado funcional que es preciso tener en cuenta para entender correctamente el actual reparto. El desarrollo histórico de las funciones incluyente o excluyente que han desempeñado una y otra institución ha estado marcado por el contexto social (demográfico, económico, político y jurídico) en el que se han desarrollado¹⁴, y en el que un elemento decisivo ha sido la progresiva diferenciación del sistema jurídico de otros subsistemas sociales y la importancia que ello confiere a la nacionalidad y la ciudadanía como categorías jurídico-constitucionales. Se ha recorrido un largo camino en el desarrollo histórico-funcional de una y otra categoría¹⁵ hasta llegar a atribuir a la *ciudadanía* una *función incluyente*, que hace de ella un instrumento que el ordenamiento constitucional democrático utiliza para, a través del reconocimiento de derechos y libertades fundamentales, permitir al mayor número posible de individuos la máxima integración y participación en las distintas esferas de comunicación social jurídicamente regladas, especial aunque no exclusivamente en la política; y hasta llegar a conferir a la *nacionalidad* una *función excluyente* dentro de un mundo aún segmentado en Estados nacionales, que permite al ordenamiento jurídico distinguir un conjunto de súbditos por su más intensa, estable y permanente sujeción, a los que, merced a su vinculación con la ciudadanía, les atribuye el núcleo esencial político-participativo de ésta. Un tracto histórico jurídico que es el espejo del tránsito de unos ordenamientos preestatales muy poco diferenciados tanto externa como internamente, en los que la posición del individuo viene determinada por circunstancias socio-económicas distintas de su condición política de nacional o extranjero, hacia unos ordenamientos estatales modernos desarrollados en torno a la diferenciación externa primero (con la nacionalidad) e interna después (con la ciudadanía), lo que explica la relevancia que pasa a tener la condición de nacional y de ciudadano, frente al extranjero y al no ciudadano.

¹³ Cfr. **HOLZ, Klaus**, *Citizenship: Mitgliedschaft in der Gesellschaft oder differenztheoretisches Konzept?*, en Holz, Klaus (Hrsg.) *Staatsbürgerschaft. Soziale Differenzierung und politische Inklusion*, Westdeutscher Verlag, Wiesbaden, 2000, pág. 195-196; **KADELBACH, Stefan**, *Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft*, in Josef Drexl (Hrsg.), *Europäischen Demokratie, Nomos*, Baden-Baden, 1999, pág. 91 ss.

¹⁴ En este sentido, cfr. **DAVIDSON, Alastair**, *From subject to citizen. Australian citizenship in the 20th century*, Cambridge University Press, Melbourne, 1997, pág. 13-44.

¹⁵ Un exhaustivo análisis histórico de las nociones de nacionalidad y ciudadanía en Europa desde la Edad Media hasta la época contemporánea, recubiertas bajo el manto del término *cittadinanza*, se puede ver en **COSTA, Pietro**, *Civitas. Storia de la cittadinanza in Europa*, Vol. I-IV, Roma/Bari, Laterza, 1999-2001.

7. Ciertamente, a diferencia de la nacionalidad, el instituto de la ciudadanía, con origen grecolatino¹⁶, se concibe primero como un vínculo filosófico-espiritual y después legal de pertenencia a una determinada cultura política, propia de una comunidad humana. En efecto, la pertenencia tanto a la *polis* griega como a la *civitas* romana se caracterizaba en buena medida, como se verá después, por la atribución a ciertas clases de individuos de la plena capacidad de participación en la comunidad política, con independencia de su concreta identidad cultural¹⁷. Las exigencias democráticas modernas de libertad, igualdad y pluralismo estaban ausentes de la definición del *status* de ciudadano¹⁸, del que quedaban excluidos, dada la preordenación natural o teológica de la sociedad, amplios colectivos humanos por razón de sexo, raza o pertenencia a otra comunidad política¹⁹. Sin embargo, algunos elementos definitorios de aquella histórica configuración del instituto de la ciudadanía siguen teniendo plena aplicabilidad en los procesos actuales derivados de la globalización y de los movimientos migratorios. Así, al igual que en la Grecia clásica la ciudadanía expresaba la capacidad de participación política del individuo en el gobierno de la comunidad, el núcleo esencial de la ciudadanía moderna sigue vinculado a esa participación política, aunque sus presupuestos y su contexto sean radicalmente diferentes y se extienda también a la capacidad de actuación en diversas situaciones sociales. De igual modo que en el período latino la ciudadanía sufrió un proceso de formalización que sirvió para crear un vínculo jurídico de pertenencia a la comunidad política en beneficio de individuos que residían más allá de la urbe, esto es, constituyó la expresión jurídica de un movimiento centrífugo de extensión de las fronteras de la cultura política más allá de Roma, la moderna relación entre el individuo y el Estado, se ha construido también hoy a partir del vínculo jurídico formal de la nacionalidad y del vínculo jurídico-político de la ciudadanía que, al contrario que en el mundo latino clásico, tienden a convertirse en la expresión de un movimiento centrípeto integrador de los inmigrantes extranjeros en la cultura política de cada Estado.
8. Con todo, como se verá seguidamente, una y otra categoría nacieron con una preponderante función política, opuesta a la función jurídica que tienen atribuida en la actualidad. Así, por ejemplo, la ciudadanía nace con una

¹⁶ Sobre la aplicabilidad del sentido esencial de la ciudadanía romana a la transformación de la ciudadanía en el Estado moderno, cfr. **CRIFO, Giuliano**, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Laterza, Roma-Bari, 2000, pág. 27-28, 81-82.

¹⁷ Cfr. **CRIFO, Giuliano**, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, op. cit., pág. 67 ss. También se lograba una cierta asimilación cultural en la medida en que la forma originaria (y principal durante buena parte del período grecolatino) de atribución de la ciudadanía era el nacimiento a partir de padres de ciudadanía romana, de manera semejante a como se adquiere la nacionalidad originaria hoy, con lo cual esa adscripción natalicia producía ya una cierta inmersión cultural hereditaria.

¹⁸ Sobre la moderna ciudadanía (sobre todo en los EE.UU.) como un *status* y su vinculación la inclusión en la comunidad política a través de la posibilidad de ejercicio de del derecho de sufragio, **SHKLAR, Judith N.**, *American citizenship. The Quest for inclusion*, Harvard University Press, Cambridge/London, 1991, pág. 14 ss.

¹⁹ Sobre la posición de los extranjeros en la antigüedad en España, véase con carácter general **ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, Manuel**, *La extranjería en la historia del derecho español*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1991, pág. 67 ss.

función política excluyente²⁰, justo lo contrario de la función jurídica incluyente que desempeña en la actualidad, mientras que el primer antecedente funcional de la nacionalidad (la ciudadanía romana) pretendía la inclusión, con finalidades político-económicas, del máximo número de individuos sometidos al ordenamiento romano mediante la extensión y desnaturalización de la ciudadanía romana, lo que se encuentra en abierta contraposición a la función jurídica excluyente que desempeña la nacionalidad moderna. La función excluyente de la ciudadanía e incluyente de la nacionalidad responde al análisis de ambos institutos como instrumentos al servicio del sistema político, lo que históricamente coincide con las fases de una menor diferenciación funcional del sistema jurídico y una menor autonomía de éste respecto de la política o de la moral. Por el contrario, la atribución a la ciudadanía de una función incluyente y a la nacionalidad de una función excluyente responde a su comprensión como categorías jurídicas, lo que históricamente se corresponde con una etapa en la que la diferenciación del sistema jurídico y su especialización funcional camina hacia su plenitud en los Estados occidentales. En este sentido, es fácil entender por qué en momentos históricos -como los correspondientes a la denominada etapa preestatal- en los que la validez del derecho positivo venía condicionada por elementos externos de naturaleza religiosa y moral-, la ciudadanía y la nacionalidad (se conociesen o no con estos precisos términos) desempeñaban aquella función política o moral. De igual modo, es también comprensible que en momentos como los actuales, de un alto grado de especialización y diferenciación funcional del sistema jurídico, en los que éste trata de autonomizarse de cualesquiera otros sistemas de su entorno, incluido el político, los institutos de la nacionalidad y la ciudadanía cobren una función jurídica propia, y las funciones políticas sean accesorias, cuando no distorsionadoras²¹. Pero veamos esta evolución histórico-funcional²² con un poco más de detalle, deteniéndonos especialmente en los textos de nuestro constitucionalismo anterior a la vigente Constitución española de 1978.

²⁰ En este mismo sentido pero manteniendo la función excluyente de la ciudadanía hasta la actualidad, como consustancial a ésta, cfr. **ZAPATA BARRERO, Ricard**, *Ciudadanía y democracia: una revisión del liberalismo democrático desde el pluralismo, la autonomía y la tolerancia*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1997, pág. 36.

²¹ Se trata de un fenómeno, presente no sólo en éstos sino en muchos otros institutos jurídicos, como el matrimonio, la familia, la paternidad, o la propiedad. Sobre la incidencia de esta diferenciación en los distintos institutos jurídicos, cfr. **TEUBNER, Günther**, *Recht als autopoietisches System*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1989.

²² Un breve análisis evolutivo de las nociones de nacionalidad y ciudadanía entremezcladas bajo este último término, junto con una selección de textos de clásicos políticos y filosóficos se puede ver en **RIESENBERGER, Peter**, *A history of citizenship: Sparta to Washington*, Krieger Publishing Company, Malabar, 2002.

1. Ciudadanía y nacionalidad en los ordenamientos preestatales

1.1. El nacimiento de la ciudadanía en la Grecia clásica

9. Si se hace abstracción de las radicales diferencias existentes entre el mundo griego clásico y el mundo del Estado moderno en lo que se refiere a la concepción de la sociedad y de la comunidad política, resulta fácil comprobar cómo la ciudadanía constituye en la Grecia clásica la vía para la participación del individuo en la comunidad política²³. Sólo son acreedores de ella aquellos individuos virtuosos, que por sus cualidades y posición social (de superioridad e independencia económica) se hallan en disposición de participar directamente en la gestión de los asuntos públicos²⁴. Dado que la teoría política del momento no concibe la preexistencia de una libertad e igualdad naturales a todos los hombres (libertad de los modernos), sino que, muy al contrario, concibe la posesión de libertad como una virtud que convierte al individuo en un instrumento para la realización de un determinado orden social predeterminado moralmente, no cabe considerar a la ciudadanía como un mecanismo de inclusión política o social de las personas, que sólo pueden ser libres para participar en la medida en que sus capacidades naturales les hagan dignos de semejante virtud. La ciudadanía aparece, así, como un instrumento político de exclusión social que permite diferenciar a aquellos sujetos, los ciudadanos, cuya función política es la de participar en la definición de la voluntad de la comunidad política, de aquellos otros individuos (esclavos, mujeres, niños, sirvientes domésticos, trabajadores manuales, extranjeros, etc...)²⁵, que desempeñan funciones socio-económicas (productivas, educativas, etc...) en la comunidad y por ello se ven excluidos de la virtud cívica. En otras palabras: unos individuos eran sujetos políticos (ciudadanos), mientras otros eran meramente sujetos económicos, reproductivos o educativos. Y ello con independencia de si el resultado de dicha participación terminaba siendo la satisfacción del bien común, como era moralmente debido, o la "inmoral" satisfacción del interés particular de los participantes; con independencia de si participaba la mayoría, una minoría aristocrática o uno solo; esto es, con independencia del concreto régimen adoptado, que cobra su sentido como consecuencia de la identificación entre ciudadanía y participación en el gobierno de la *polis* que

²³ Aunque la mayor parte de estas reflexiones sobre la ciudadanía sean aplicables a la democracia ateniense, muchas son trasladables al sistema político de Esparta, aún más excluyente y restrictivo en su atribución y caracterización iusfundamental que la primera; sobre el trato de los extranjeros en una y otra sociedad griega clásica en general, **PEREZ MARTÍN, E.**, *Los extranjeros y el derecho en la antigua Grecia*, Dykinson, Madrid, 2001.

²⁴ Conforme a la formulación más perfilada de la misma que dio Aristóteles en su *Política*. Un análisis detallado de los distintas fases de construcción de este concepto en la Grecia clásica puede verse en **ZAPATA BARRERO, Ricard**, *Ciudadanía y democracia...*, ob. cit., pág. 37-51 y en **KLUSMEYER, Douglas B.**, *Between consent and descent: conceptions of democratic citizenship*, Carnegie Endowment for international peace, Washington D.C., 1996, pág. 9-15

²⁵ **PEREZ MARTÍN, E.**, *Los extranjeros y el derecho en la antigua Grecia*, ob. cit., pág. 145-146.

realiza la Constitución de cada ciudad-estado, al definir la mayor o menor extensión personal de la cualidad de ciudadano²⁶.

10. Esta concepción de la ciudadanía y su naturaleza eminentemente excluyente²⁷, tanto hacia dentro (respecto de los individuos de la comunidad que no eran ciudadanos) como hacia fuera (respecto de otras ciudades-Estado), se deriva, precisamente, de la peculiar concepción del individuo y de la sociedad que tiene la teoría filosófico-política preestatal. Aunque no se esté lugar adecuado para un desarrollo detallado de dicha teoría, baste ahora mencionar cómo la comunidad política se concibe como algo natural del mismo modo que lo es la división funcional y jerárquica de la sociedad. Las diferencias naturales existentes entre los individuos justificaban las distintas funciones sociales que unos y otros habían de desempeñar. La ciudadanía venía a ser la categoría política que certificaba la existencia de ese orden natural y su razonabilidad filosófica, incluyendo en él a aquellos individuos dotados de la capacidad para gobernar la comunidad, por lo que se convertían en ciudadanos, y excluyendo -lo que es más importante- aquellos otros, *metecos* e *idiotas*, carentes de aquella y sin derecho a conseguirla²⁸. Esta primera formulación excluyente de la ciudadanía respondía, así, a la función de diferenciación por nacimiento que aporta hoy el instituto de la nacionalidad entre nacionales y extranjeros, pues a estos últimos se los considera también ajenos a la comunidad política²⁹.

11. Ciertamente, en sus orígenes, que se pueden datar en la reforma política llevada a cabo por Clístenes en la segunda mitad del siglo VI a.C., la ciudadanía sirvió para una cierta desetnificación de la división tribal de las pequeñas ciudades-Estado atenienses, y para la integración en las nuevas unidades organizativas –*deme*– de los inmigrantes residentes que no descendían originalmente de ninguna de las tribus preexistentes³⁰. Sin embargo, el contexto social y político de la Grecia clásica en el que se desarrolla el nacimiento de la ciudadanía, esto es, la preordenación natural de las comunidades políticas así como el reducido tamaño territorial y poblacional de las ciudades-estado, explica que el principal criterio utilizado en la construcción del vínculo de la ciudadanía después de Clístenes vuelva a ser el de la descendencia (*ius sanguinis*) y no el consentimiento expresado con la residencia voluntaria (*ius domicilii*)³¹. No bastaba, pues, la

²⁶ Cfr. **KLUSMEYER, Douglas B.**, *Between consent and descent....*, ob. cit., pág. 14-15, y **DAVIDSON, Alastair**, *From subject to citizen. Australian citizenship in the 20th century*, ob. cit., pág. 15-16.

²⁷ En este mismo sentido, sobre la naturaleza excluyente de la ciudadanía aristotélica **WALZER, Michael**, *Spheres of justice. A defence of pluralism and equality*, Basil Blackwell, Oxford, 1983, pág. 95 ss.

²⁸ Cfr. **DAVIDSON, Alastair**, *From subject to citizen....*, ob. cit., pág. 15, para quien el ciudadano ateniense lo es más por lo que la persona *hace* que por lo que la persona *consigue*.

²⁹ Sobre el carácter excluyente de la ciudadanía respecto de los extranjeros (incluso los residentes) cfr. **PÉREZ MARTÍN E.**, *Los extranjeros y el derecho en la antigua Grecia*, ob. cit., pág. 109 ss.

³⁰ Lo que daría a este embrión de la ciudadanía un cierto carácter inclusivo; sobre ello, cfr. **KLUSMEYER, Douglas B.**, *Between consent and descent....*, ob. cit., pág. 10-11.

³¹ En detalle sobre la transmisión de la condición de ciudadano por descendencia en la Atenas clásica véase **MACDOWELL, D. M.**, *The law in classical Athens*, Cornell University Press, New York, 1978, pág. 66 ss.

residencia, que se presuponía para el correcto ejercicio de los cargos públicos a que daba derecho la ciudadanía, so pena de su pérdida. Además era necesaria la adquisición de aquella virtud por la descendencia de una familia de ciudadanos y la educación en el seno de los valores de ésta, que eran el reflejo de un orden natural o teológico, del que el derecho consuetudinario o positivo venían a ser una mera concreción procesal necesaria para su puesta en práctica³². Tanto los naturales de la *polis* que no eran ciudadanos (mujeres, esclavos, trabajadores manuales, niños, etc...), como los extranjeros, quedaban fuera del gobierno de la comunidad política, aunque estaban sujetos a la aplicación de sus leyes escritas o no escritas³³. Como regla general no existía un mecanismo ordinario de concesión de la ciudadanía a quién no la tenía originariamente por nacimiento, pero excepcionalmente a partir del siglo V a.C. se otorgó en Atenas por motivos políticos –principalmente para incrementar la población– una ciudadanía honoraria o limitada en derechos a individuos aislados o a grupos reducidos de extranjeros combatientes a favor de la *polis*³⁴.

1.2. La ampliación de la ciudadanía y el establecimiento de las bases jurídicas de la nacionalidad en el mundo romano

12. En un principio, la ciudadanía romana también se construye a partir de un conjunto variable de derechos y deberes de participación política y socio-económica (*ius munus et honorum, ius suffragii, ius conubii, ius commercii* o *ius actionis*),³⁵ atribuidos como privilegio a un número reducido de individuos, los ciudadanos romanos³⁶. En este sentido, la noción sigue desempeñando en sus inicios una función eminentemente excluyente. El mundo romano sentará las bases del primer gran paso en el desarrollo del sistema jurídico y ello será el origen de la moderna distinción entre nacionalidad y ciudadanía: la presencia de un sentido débil y un sentido fuerte de la ciudadanía, ya estaban implícitas en la noción aristotélica de ciudadanía. El sentido fuerte haría hincapié en el elemento activo-participativo, en mandar; mientras que el sentido débil, por su parte, en el elemento pasivo, en ser mandado. Y hacia este último sentido es hacia el que acabará orientándose la noción romana de ciudadanía como

³² De ahí que las normas jurídicas primarias sobre las que recae el proceso de positivización en las sociedades antiguas, especialmente en la griega clásica, sean principalmente las de procedimiento, y solo secundariamente las sustantivas que únicamente reproducen las normas metapositivas contenidas en el orden moral y religioso-; cfr. **GAGARIN, M.**, *Early greek law*, University of California Press, Berkeley, 1986, pág. 12 ss., 143 ss.

³³ Sobre ellos pesaban deberes y prohibiciones variados (militares, tributarios, civiles, penales, etc...), tanto más intensos cuanto más lo era la vinculación del extranjero con el territorio de la *polis*, esto es, mayores para los residentes que para los meramente transeúntes; cfr. con carácter general **MACDOWELL, D. M.**, *The law in classical Athens*, ob. cit., pág. 73 ss., y más diferenciadamente, distinguiendo la sociedad espartana y la sociedad ateniense, **PEREZ MARTÍN, E.**, *Los extranjeros y el derecho en la antigua Grecia*, ob. cit., 114 ss.

³⁴ Cfr. **MACDOWELL, D. M.**, *The law in classical Athens*, ob. cit., pág. 70 ss. Sobre su naturaleza más bien excepcional, **PEREZ MARTÍN, E.**, *Los extranjeros y el derecho en la antigua Grecia*, ob. cit., pág. 143.

³⁵ Sobre la variabilidad de este contenido, sobre todo en el período imperial, cfr. **SHERWIN-WHITE, A.N.**, *The roman citizenship*, Clarendon Press, Oxford, 1973, pág. 265-265 ss.

³⁶ *Cives iure optimo*; cfr. **CORDINI, Giovanni**, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, Cedam, Padova, 1998, pág. 49 ss., 57 ss.

consecuencia de su progresiva extensión legislativa a cada vez más individuos sometidos al poder de Roma³⁷.

13. En efecto, la rápida evolución del contexto sociopolítico (expansión territorial) en el que se desarrolla la civilización romana conduce hacia un uso político de la ciudadanía como mecanismo de integración y asimilación jurídica de los cada vez más numerosos pueblos conquistados o federados con Roma. Ello tiene el coste de devaluar su contenido político-participativo y permitir la creación legal de diversas clases de ciudadanía, que serán la antesala del nacimiento del moderno concepto de nacionalidad por el mayor hincapié que terminan haciendo sobre el vínculo jurídico que une al individuo con el Estado como consecuencia de su sometimiento al derecho romano³⁸. Pero también, en lo que aquí interesa, convierte a la ciudadanía en un instrumento jurídico de inclusión más que de exclusión, aun a costa de desvirtuar su inicial significado activo participativo y hacer de ella un mecanismo de diferenciación jurídica de los súbditos del Imperio Romano, pues permite la inclusión dentro de su orbe jurídico de culturas y modelos sociales diversos, aportados por los nuevos tipos de ciudadanos. Se pasa, así, de una etapa inicial en la que únicamente existían ciudadanos romanos (*romani*), a conceder la ciudadanía romana a grupos de individuos federados o aliados de Roma (*latinii*), e incluso a extenderla, a través del edicto del año 212 del Emperador Caracalla (*Constitutio Antoniniana*), a todos los súbditos libres del Imperio (*peregrini*), con excepción de aquellos pueblos conquistados y sometidos a Roma que por diversas razones no tenían reconocido ningún Derecho propio (*dediticii*)³⁹. Dado que esta extensión masiva de la ciudadanía en ningún caso era plena, sino que solamente se atribuía a los nuevos ciudadanos una parte de su contenido jurídico-facultativo (el socio-económico y casi nunca el político-participativo), ello en la práctica acabó por privarle casi de significado político activo y por caracterizarla con un significado mayoritariamente pasivo y legal⁴⁰, mucho más coincidente con lo que será la moderna institución de la nacionalidad⁴¹. En otras palabras, del ciudadano-gobernante del mundo griego clásico, se pasa al ciudadano-súbdito del Imperio, que será el elemento en el que se apoye la filosofía política en el nacimiento del Estado moderno para sentar las bases políticas de la nacionalidad⁴².

³⁷ En este mismo sentido cfr. **SHERWIN-WHITE, A.N.**, *The roman citizenship*, ob. cit., pág. 222 y **KLUSMEYER, Douglas B.**, *Between consent and descent....*, ob. cit., pág. 20

³⁸ Sobre esa evolución del concepto de ciudadanía en el mundo romano y sus diferencias con la ciudadanía en la Grecia clásica, véase **POCOCK, J.G. A.**, *The ideal of citizenship since classical times*, en Ronald Beiner (Edit.), *Theorizing citizenship*, State University of New York Press, Albany, 1995, pág. 29 ss., para quien el ciudadano pasa de *zoon politikon* a ser *homo legalis*, y con ello la ciudadanía pasa de un concepto político ideal, con Aristóteles, a ser un concepto jurídico real, con Gayo.

³⁹ Sobre las distintas finalidades políticas que se imputaron al Edicto del emperador Caracalla extendiendo la ciudadanía a los extranjeros, cfr. **SHERWIN-WHITE, A.N.**, *The roman citizenship*, ob. cit., pág. 264 ss., 380 ss.

⁴⁰ Cfr. **GAUDEMET, J.**, *Les romains et les "autres"*, en La nozione di «romano» tra cittadinanza e universalità. Atti del II Seminario Internazionale di Studi Storici «Da Roma alla terza Roma» 21-23 aprile 1982, Edizione Scientifiche Italiane, Napoli, 1982, pág. 8-9.

⁴¹ Cfr. **ZAPATA BARRERO, Ricard**, *Ciudadanía y democracia....*, ob. cit., pág. 57-58.

⁴² Cfr. **MURA, Virgilio**, *Sulla nozione di cittadinanza*, en Virgilio Mura (a cura di), *Il cittadino e lo Stato*, Franco Angeli, Milano, 2002, pág. 18.

14. Este significado termina por impregnar a la ciudadanía, dándole una apariencia muy distinta de la que tenía en el mundo griego, en el que su validez y su contenido se derivaban de los valores metapositivos que ordenaban la sociedad y la ciudad-estado. Sin perjuicio de que el orden jurídico se encuentre todavía predeterminado por la realización de valores morales -como la justicia-, la ciudadanía pasa ahora a ser una institución preponderantemente legal, esto es, derivada del derecho positivo romano⁴³, lo que pone de relieve el valor de este primer paso en la diferenciación funcional del sistema jurídico. La ciudadanía termina, así, cumpliendo una función jurídica de inclusión, distinta de la excluyente que desempeña la nacionalidad en Estado moderno⁴⁴, aunque se asemeje a esta última en su caracterización como vínculo legal formal que une a distintos pueblos con diversas costumbres y culturas bajo el manto de un solo ordenamiento (el romano), con independencia de que su contenido material o sustantivo pase ahora a estar formado por una pluralidad de derechos con diversos niveles de garantía. Nada que ver con la tradicional vinculación que se quiere ver entre el término moderno nacionalidad y el término romano *natio*, descriptivo de aquellos pueblos y tribus no organizados en comunidades políticas⁴⁵.
15. Congruentemente con el proceso aludido, los mecanismos de atribución de la ciudadanía cambian con respecto a los simples mecanismos de la descendencia que había utilizado la *politeia* griega. Junto al *ius sanguinis* aparecen también, con cada vez mayor habitualidad, la manumisión por parte de un ciudadano romano, el matrimonio, la naturalización en compensación por servicios militares prestados o la naturalización en masa concedida por Edicto imperial⁴⁶. Y en un período tan largo de tiempo como el de la civilización romana, con movimientos políticos de progresiva extensión de la ciudadanía a grupos ingentes de súbditos del Imperio romano, se pasa de que la descendencia de padres ciudadanos sea el criterio cuantitativamente principal en la atribución de la ciudadanía, a que lo sean los criterios de adquisición derivativa de la ciudadanía, especialmente los dos últimos, con la consiguiente desnaturalización de ésta como institución político-participativa y su correlativa aproximación funcional a la moderna nacionalidad, al determinar el ámbito personal de aplicación de un extenso ordenamiento jurídico romano.

⁴³ Cfr. **POCOCK, J.G. A.**, *The ideal of citizenship since classical times*, ob. cit., pág. 34 ss.

⁴⁴ Y parecida también a la que desempeña la ciudadanía europea en el proceso de integración política de la Unión Europea, aunque en este caso se le haya querido dar más el sentido de un contenido material iusfundamental que el de un vínculo formal con un ordenamiento soberano. En un sentido semejante, cfr. **CRIFO, Giuliano**, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, op. cit., pág. 81-83.

⁴⁵ Sobre la pluralidad de significados históricos del concepto *natio*, cfr. **BRUNNER/CONZE/KOSELLECK**, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band VII, ob. cit., pág. 151 ss.

⁴⁶ **KLUSMEYER, Douglas B.**, *Between consent and descent....*, ob. cit., pág. 18.

2. La cuasi-desaparición de la ciudadanía y la emergencia de la moderna nacionalidad con el nacimiento del Estado-nación.

2.1. La transformación de la ciudadanía en sujeción

16. La atomización del poder político y el retroceso en el proceso de diferenciación del sistema jurídico alcanzado por el derecho romano se dejan notar en la configuración de la nacionalidad y la ciudadanía durante la Edad Media y el Renacimiento. Las características sociales y económicas que contextualizan la organización política y jurídica medieval condicionan el sentido del término ciudadano, universalizado en su orbe territorial por el imperio romano. La sustitución de las recompensas políticas y económicas (materiales) por recompensas espirituales que propugna el cristianismo⁴⁷ priva a la ciudadanía de los dos elementos que la habían caracterizado en el período grecolatino: su carácter de privilegio político participativo excluyente durante la civilización griega, y su carácter de *status* legal pasivo incluyente al final de la civilización romana.
17. Este período medieval se caracteriza también por un culto hacia la vida contemplativa en detrimento de la actividad⁴⁸, destinada sólo a aquellas fuerzas productivas motor económico de la sociedad, pero no a la formación cultural o la erudición de aquéllos que debieran participar en el gobierno de la comunidad. Ello explica que la ciudadanía, cuando no se utiliza como término descriptivo del conjunto de personas que habitan las incipientes ciudades (*Bürger, civis, etc...*), se perfila como un término político (pocas veces o nunca se utiliza como un concepto jurídico diferenciado al modo y manera del derecho romano), más sinónimo de súbdito que de individuo gobernante⁴⁹. En otras palabras, la ciudadanía se decanta aún más hacia su sentido débil aristotélico, haciendo hincapié en el elemento de sujeción política a un señor feudal o a un Monarca⁵⁰, y no en el elemento político-participativo⁵¹. Con ello, se sientan las bases políticas del moderno concepto de nacionalidad subsiguiente a la concentración del poder político en manos de monarca -en detrimento de los señores feudales o de la Iglesia-, esto es, con el nacimiento del moderno Estado-nación.
18. En contraposición al mundo grecolatino el ciudadano en el medioevo lo es más por lo que *consigue* (seguridad a cambio de su sujeción), que por lo que *hace*⁵². El carácter político clásico de la ciudadanía deja paso a un contenido eminentemente socio-económico en el que al habitante de la

⁴⁷ ZAPATA BARRERO, Ricard, *Ciudadanía y democracia*...., ob. cit., pág. 59

⁴⁸ ZAPATA BARRERO, Ricard, *Ciudadanía y democracia*...., ob. cit., pág. 60.

⁴⁹ Sobre el significado del concepto "ciudadano" ("*Bürger*") en este período medieval, véase BRUNNER/CONZE/KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band I, ob. cit., pág. 676 ss.

⁵⁰ CORDINI, Giovanni, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, ob. cit., pág. 78 ss.

⁵¹ BRUNNER/CONZE/KOSELLECK, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band I, ob. cit., pág. 679-680, trata de poner de relieve cómo este significado del término ciudadano era un significado „vulgar" y en parte de la filosofía política alemana del siglo XVII dicho concepto retoma el sentido activo de la ciudadanía aristotélica.

⁵² Cfr. DAVIDSON, Alastair, *From subject to citizen*...., ob. cit., pág. 15.

ciudad se le otorgan una serie de privilegios económicos y sociales⁵³. En otras palabras, la ciudadanía se convierte en mera sujeción porque describe fundamentalmente los beneficios económicos y sociales, pero no políticos⁵⁴, que se derivan de habitar permanentemente un determinado territorio y, con ello, estar sometido a una determinada jurisdicción local, lo que explica que se excluya a los extranjeros no naturalizados del acceso a las magistraturas locales de las ciudades medievales, pero no de los más altos cargos públicos de los incipientes reinos⁵⁵. Pero si algo caracteriza la posición del individuo en el medioevo es su atomización en correspondencia con la atomización del poder político, de modo que ser ciudadano deja de conferir al hombre libre un *status* filosófico-político general, como en el período grecolatino, y únicamente caracteriza algunas de sus relaciones sociales: las de habitante de la ciudad (*civis*) o la de súbdito del reino (*subditus*), que coexisten y no absorben a muchas otras como las de fiel (*fidelis*) o persona (*homo*)⁵⁶, esta última, sobre todo, en la etapa bajo medieval y renacentista.

19. De ahí que las funciones que desempeñan la nacionalidad y la ciudadanía cambien con respecto a las que se les habían atribuido hasta el momento. La ciudadanía prácticamente desaparece al reducirse al mínimo los mecanismos de participación de los hombres libres en el gobierno de la comunidad⁵⁷, y la misma deja de desempeñar una función política excluyente. Además, como se verá seguidamente, bajo el manto de la categoría de súbdito, considerada durante buena parte del período medieval sinónima del viejo término romano "*civis*"⁵⁸, se sientan las bases políticas de la moderna nacionalidad entendida como ciudadanía en sentido débil, lo que lleva a sustituir la función jurídica incluyente que había adquirido en el Bajo Imperio Romano, por una nueva función política excluyente en el reparto de los súbditos entre los nacientes Estados-nación⁵⁹.

⁵³ ZAPATA BARRERO, Ricard, *Ciudadanía y democracia...*, ob. cit., pág. 64. Sobre los beneficios socio-económicos de los "naturales" del Reino de España tal y como los fijó la Real Cédula de Felipe II de 1565, cfr. DE CASTRO, Federico, *La adquisición por vecindad de la nacionalidad española*, Información Jurídica, Nº 37, 1945, pág. 76.

⁵⁴ Paradójicamente, como explica HAHN, Alois, *Staatsbürgerschaft, Identität und Nation in Europa*, en Holz, Klaus (Hrs.), *Staatbürgerschaft...*, ob. cit., pág. 67-71, a los extranjeros se les permite participar en las sociedades premodernas, como la medieval y la renacentista, en algunos puestos administrativos o militares, para asegurarse su fidelidad a cambio de un beneficio, sin que ni la extranjería ni la ciudadanía estén aún generalizadas.

⁵⁵ Cfr. ÁLVAREZ-VALDÉS Y VALDÉS, Manuel, *La extranjería en la historia del derecho español*, ob. cit., pág. 106-107 ss, 302 ss.

⁵⁶ Cfr. CORDINI, Giovanni, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, ob. cit., pág. 81-82.

⁵⁷ Se reducen prácticamente al ámbito municipal, donde no se puede prescindir por completo de la participación de la persona individualmente considerada; cfr. MURA, Virgilio, *Sulla nozione di cittadinanza*, ob. cit., pág. 19.

⁵⁸ Sobre la intercambiabilidad de los términos *civis*, *municipes* y *subditus* durante toda la Edad Media, cfr. RIESENBERG, P., *Citizenship in the western tradition*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1992, pág. 143-145, 175.

⁵⁹ El monopolio del poder público *ad extra* explica que la función de la emergente nacionalidad, sea precisamente excluyente, de diferenciación del Estado-nación respecto de su medio externo, y no incluyente como propone BRUBAKER, Rogers, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, op. cit., pág. 53 ss.

2.2. El establecimiento de las bases políticas de la nacionalidad

20. A pesar de que el Renacimiento trata de rescatar, por lo menos parcialmente, la visión y el patrimonio filosófico-cultural grecolatino para aplicarlos sobre todo en las ciudades-Estado italianas, lo cierto es que este período de tránsito sirve mucho más a la concentración del poder en manos del monarca y la superación de la atomización medieval mediante el nacimiento del Estado nacional, que a la recuperación de la ciudadanía como categoría político-participativa. A estos efectos, resultaba mucho más útil el sentido débil de la ciudadanía que había explotado para su expansión universalista el imperio romano, que el sentido fuerte y activo de las pequeñas y descentralizadas ciudades-Estado griegas⁶⁰.

21. Por todo ello, el término ciudadano se tiñe cada vez más del sentido que le corresponderá al concepto moderno de nacionalidad, esto es, de ser la expresión del vínculo legal que une al individuo con un determinado poder o autoridad soberano⁶¹, el poder del emergente Estado-nación⁶², al que además se reviste de la cualidad política primero, y jurídica después, de la soberanía⁶³. La pertenencia a la comunidad política implica en el Estado absoluto convertirse en un tipo especial de súbdito⁶⁴, el sujeto pasivo del poder público que se beneficia del *status* de protección que le presta el monarca⁶⁵. A cambio de esa protección, el súbdito presta al soberano un juramento de lealtad perpetua del que no puede liberarse⁶⁶, y que se

⁶⁰ En un sentido semejante, cfr. **KLUSMEYER, Douglas B.**, *Between consent and descent...*, ob. cit., pág. 23-25.

⁶¹ Sobre ello **MURA, Virgilio**, *Sulla nozione di cittadinanza*, ob. cit., pág. 19; **COSTA, Pietro**, *La cittadinanza: un tentativo di ricostruzione "archeologica"*, en Danilo Zolo (a cura di), *La cittadinanza: appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pág. 57.

⁶² Cfr. **BENDIX, Reinhard**, *Estado nacional y ciudadanía*, Amorrortu, Buenos Aires, 1974, pág. 78 ss.

⁶³ Ello explica en buena medida las diferencias terminológicas existentes en las diversas tradiciones jurídicas, continental/anglosajona, europea/americana, conforme a las cuales, las segundas mantienen un único término, el de ciudadanía, para hacer referencia a las dos instituciones aquí analizadas, la nacionalidad (ciudadanía débil o formal) y la ciudadanía en sentido estricto (ciudadanía fuerte o sustantiva); sobre ello véase **GOSEWINKEL, Dieter**, *Untertanschaft, Staatsbürgerschaft, Nationalität*, Berliner Journal für Soziologie, 1998, N° 4, pág. 507 ss.

⁶⁴ Cfr. **ZAPATA BARRERO, Ricard**, *Ciudadanía y democracia...*, ob. cit., pág. 66 ss. La mejor expresión de ello es que en la teoría del contrato social desarrollada por **HOBBS, Thomas**, *Leviathan*, Cambridge University Press, Cambridge, 1991 (reimpresión de la 1ª edición de 1651), pág. 154-155, éste en ningún momento habla de ciudadanos sino sólo de súbditos, esto es, sólo refiere la posición pasiva del individuo frente al poder del soberano, no su dimensión activa. Previamente **BODIN, Jean**, *Six Livres de la République*, Scientia Aalen, 1961 (reimpresión fotográfica de la edición de 1583), pág. 70 ss., aunque utilizó el término ciudadano, se refirió a él en este mismo sentido pasivo, como equivalente a súbdito nacional; cfr. **LEFEBVRE-TEILLARD, Anne**, *Jus Sanguinis: L'émergence d'un principe (Éléments d'histoire de la nationalité française)*, Revue critique de droit international privé, 1993, pág. 225-250ss.

⁶⁵ Cfr. **CORDINI, Giovanni**, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, ob. cit., pág. 94-95. Respecto de Francia, cfr. **RAPPORT, Michael**, *Nationality and citizenship in Revolutionary France: the treatment of foreigners 1789-1799*, Clarendon Press, Oxford, 2000, pág. 16-17 ss.

⁶⁶ La discusión acerca de si el individuo puede liberarse de esa *perpetual allegiance* hacia su soberano y convertirse en súbdito de otro soberano, esto es, si la incipiente nacionalidad es algo dependiente en alguna medida o totalmente independiente de la voluntad subjetiva se pondrá de relieve por primera vez en las decisiones de los jueces británicos sobre la pérdida de

transmite por el nacimiento en el territorio sobre el que ejerce su jurisdicción el monarca (*ius soli*), pero también por la descendencia sanguínea de un súbdito de aquél (*ius sanguinis*)⁶⁷, esto es, eminentemente por “naturaleza”⁶⁸, de ahí que se discurren casi paralelamente la conformación de las Naciones como cuerpos políticos de súbditos y, en muchos casos, el nacimiento de sus correspondientes Estados⁶⁹.

22. Sin embargo, la formación del Estado-nación a través de la concentración del poder en manos del monarca y su extensión a los diversos grupos humanos que pueblan un determinado territorio se diferencia notablemente del proceso antes referido de extensión del poder imperial romano, por lo menos en lo que se refiere al sentido que adquiere la incipiente nacionalidad. De un lado, el proceso de concentración del poder tiene una trascendencia personal mayor hacia dentro del territorio del Estado que hacia fuera (donde lo importante no es tanto afirmar el poder sobre unos sujetos, cuando sobre un territorio)⁷⁰, lo que explica que se utilice más el término súbdito del reino (*regnicole, Untertan, subject*) que el de nacional. Incluso, hacia dentro, la igualación como súbditos permanentes que poseen los nacionales no desplegará todos sus efectos hasta que, con los movimientos revolucionarios liberal-democráticos no se introduzca la generalidad de las leyes, expresiva de que todos, en tanto, ciudadanos nacionales, deben estar sometidos a unas mismas leyes. No se trata, pues, de que en el Antiguo Régimen no se utilizase el término nacional, o que el mismo no sirviese para distinguir al súbdito del reino del extranjero residente, sino sólo que, dada la estructura aún estratificada y desigual formalmente de las comunidades políticas, era mucho más importante para el individuo, desde un punto de vista social, estar integrado en uno de los grupos sociales estamentales que su condición de extranjero o de natural (español francés, británico, etc...)⁷¹. De otro lado, además, mientras que la

la ciudadanía pasiva inglesa de los colonos disidentes tras la guerra de independencia americana (véase la decisión del juez Coke en el *Calvin's Case de 1608*); cfr **FAHRMEIR, Andreas**, *Citizens and Aliens. Foreigners and the law in Britain and the German States 1789-1870*, Berghahn Books, New York/Oxford, 2000, pág. 12 ss.

⁶⁷ **RAPPORT, Michael**, *Nationality and citizenship in Revolutionary France*, ob. cit., pág. 23.

⁶⁸ Sobre el manejo de uno y otro criterio de formación de la nacionalidad en los reinos integrantes de la España medieval y moderna, cfr. **PÉREZ COLLADOS, José María**, *Una aproximación histórica al concepto jurídico de nacionalidad (la integración del Reino de Aragón en la monarquía hispánica)*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1993, pág. 31 ss.

⁶⁹ Lo que coincide con el paradigma hobbesiano de que la condición de súbdito se adquiere en un hipotético pacto social por el que se sale del estado de naturaleza, y cuya causa real es el interés racional del individuo de no perecer bajo el estado de naturaleza, y no lo es la voluntad subjetiva egoísta y autónoma de los súbditos; sobre ello y su relación con la ciudadanía, cfr. **BAUBÖCK, Rainer**, *Transnational citizenship*, op. cit. pág. 55 ss.

⁷⁰ Aunque uno y otro elemento estén vinculados, como pone de relieve el art. VI del Tratado de Westfalia de 1648, que fija las bases poblacionales y territoriales del poder del Estado-nación.

⁷¹ Sobre ello respecto de Francia, cfr. **NICOLET, Claude**, *Citoyennete française et citoyennete romaine: essai de mise en perspective*, en La nozione di “romano” tra cittadinanza e universalità..., ob. cit., pág. 148-149; **RAPPORT, Michael**, *Nationality and citizenship in Revolutionary France*, ob. cit., pág. 31 ss., y respecto del Reino Unido **FAHRMEIR, Andreas**, *Defining the Citizen. Citizenship law in the Code Napoleon and its legacy*, Paper presented to the Congress “Napoleon and the Empire”, University of Verona, 2004 (<http://www.newcastle.edu.au/school/liberal-arts/news/napoleon2004/papers/Fahrmeir->

extensión del poder imperial romano conllevó una cierta „multiculturalidad“, pues trataba de integrar bajo el poder de Roma a pueblos y culturas muy diversas sin pretender asimilarlos a la cultura romana -lo que explica la existencia de muy diversas fórmulas de ciudadanía con contenidos facultativos muy distintos-, la extensión del poder regio y su consolidación durante las monarquías absolutas europeas supuso, por regla general, la imposición, o cuando menos la preeminencia, de una cultura -la del territorio dominante a partir del cual el monarca lleva a cabo su expansión territorial- sobre las demás, que se ven paulatinamente arrinconadas y en ese sentido sometidas a un proceso de asimilación cultural⁷².

23. Y ello afecta a la función de la nacionalidad y a los criterios de atribución de ésta. Ya no se puede hablar, como en el mundo griego, de que la nacionalidad (ciudadanía en sentido débil) trate de recrear el mito de una gran familia (la de la ciudad-estado), sino que ahora quedan patentes, tanto cuantitativamente -por la extensión personal y territorial del Estado- como cualitativamente -por las diferencias culturales existentes que tratan de ser erosionadas por la acción de un único poder regio y de la asimilación cultural que conlleva-, las dificultades para construir ese mito de un tronco cultural común y la necesidad de utilizar el poder del Estado para su imposición⁷³. En este sentido, el principal criterio de atribución de la condición de nacional es el de la vecindad feudal del *ius soli*, que vincula al individuo en atención a su nacimiento en el territorio sobre el que el monarca trata de consolidar el poder, aunque se ve completado por el *ius sanguinis* grecolatino o incluso por el también feudal del *ius domicilii* en la naturalización de los extranjeros residentes, pues es el más adecuado para garantizar esa nueva función política de la nacionalidad, basada en la extensión personal de un poder eminentemente territorial. Se otorga, así, a la nacionalidad una función política excluyente, delimitativa del sustrato subjetivo del Estado-nación, aunque sea mediante criterios atributivos de la condición de nacional lo más inclusivos posible, en la creencia, además, de que una Nación altamente poblada era una Nación fuerte⁷⁴. Con ello se ponen también de forma indirecta las bases jurídico-políticas de la homogeneización cultural (e incluso la recreación del mito de una unidad

[DefiningTheCitizen.pdf](#)). Sobre el origen foráneo de la noción de español, cfr. **CASTRO, Américo**, *Sobre el nombre y el quién de los españoles*, Taurus, Madrid, 1973.

⁷² Cfr. **DAVIDSON, Alastair**, *From subject to citizen....*, ob. cit., pág. 18. Un proceso muy lento, por supuesto, que no es incompatible con la coexistencia inicial de diversas lenguas (aunque una fuese la dominante) o diversas culturas y fórmulas de organización social, pero que en el fondo tendía a la uniformización de las estructuras sociales y políticas básicas a través de la igualdad legal de los individuos como súbditos del Estado. Como botón de muestra véase la función del *Allgemeines Landrecht Prusiano* a partir de 1794; sobre ello, **BRUBAKER, Rogers**, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, op. cit., pág. 61 ss. En nuestro país véanse los Decretos de Nueva Planta de Felipe V (1707), por los que se extendía la organización política administrativa de la corona de Castilla a los demás reinos de España excepto a Navarra y el País Vasco; sobre el proceso de unificación político-administrativa en España, en general, cfr. **PÉREZ COLLADOS, José María**, *Una aproximación histórica al concepto jurídico de nacionalidad....*, ob. cit., pág. 233 ss.

⁷³ Cfr. **DAVIDSON, Alastair**, *From subject to citizen....*, ob. cit., pág. 19.

⁷⁴ John Locke, por ejemplo, se manifestaba en 1693 a favor de una nacionalización masiva de los extranjeros residentes, como pone de relieve **RESNICK, David**, *John Locke and the problem of naturalization*, ob. cit., pág. 374 ss.

étnico-cultural) del pueblo del Estado⁷⁵. Esta función política delimitativa de la nacionalidad es muy semejante a la función jurídica que desempeña en la actualidad, también delimitativa y segmentadora de los ordenamientos estatales. Se diferencia de su caracterización posterior revolucionaria, no solo en los términos objetivos con los que pretende construir a la Nación política⁷⁶, sino también en su falta de vinculación con una ciudadanía activa prácticamente inexistente y basada en la participación estamental con cierta independencia de la nacionalidad. En efecto, la nacionalidad no se convierte de forma absoluta en un requisito previo al ejercicio de los pocos derechos de participación estamental que reconocía el Antiguo Régimen, siendo frecuente que unos pocos extranjeros, sobre todo del estamento de la nobleza, fuesen electores y elegibles a los parlamentos estamentales, o que incluso fuesen encomendados por el monarca con el ejercicio de algún cargo público⁷⁷. Y del mismo modo, el estatus socio-económico de los individuos no venía definido en los albores del siglo XIX por la nacionalidad –ni siquiera por la prohibición de heredar que imponía a los extranjeros el *droit d'aubaine*–, sino por la estratificación socio-económica de una población en la que en torno al 80% de los individuos vivían en la pobreza y no eran propietarios, con lo que de poco les servía el reconocimiento de su aptitud legal para serlo⁷⁸. En otras palabras la ciudadanía no constituye un privilegio del nacional con respecto al extranjero porque el reconocimiento de derechos políticos o de derechos civiles no forma parte de ésta durante el Antiguo Régimen, con lo que también la mayoría de los nacionales se ven

⁷⁵ Sobre la extensión del poder régio como base política de la construcción del pueblo del Estado, cfr. **MARAVALL, José Antonio**, *Teoría del Estado en España en el siglo XVII*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997 (2ª edición), pág. 111-112.

⁷⁶ No se debe creer, pues, como ha hecho el grueso de la historiografía política sobre la materia, que el concepto de Nación como *corpus* político nace por primera vez con los movimientos revolucionarios liberal-democráticos, particularmente con el francés, sino que ya durante los siglos XVII y XVIII está presente ese proceso de formación cultural y política de la Nación. Pero tampoco se debe pensar que la concepción de Nación que surge en el pensamiento político del siglo XVIII está vacía de elementos étnico-culturales y se asemeja, con ello a la noción revolucionaria, que se formulará posteriormente. Lo novedoso en la aparición del concepto de Nación durante el XVIII es que la misma se considere el sustrato personal sobre el que se asienta el Estado, y esto es lo que permite verla como un cuerpo político, sin perjuicio de que el mismo estuviera siendo construido a través de un proceso de cierta asimilación étnico-cultural consustancial a la concentración de poder en las manos del Estado; sobre los antecedentes de la noción política de Nación en el tiempo anterior a la Revolución francesa, cfr. **CHIARAMONTE, José Carlos**, *Nación y Estado en Iberoamérica. El lenguaje político en tiempos de las independencias*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, pág. 31-38.

⁷⁷ **PÉREZ COLLADOS, José María**, *Una aproximación histórica al concepto jurídico de nacionalidad*, ob. cit., pág. 194 ss., supravalora la influencia de la institución de la reserva de oficios de las Coronas de Castilla y Aragón a los naturales de las mismas como un mecanismo de integración y de formación de una conciencia nacional, que coadyuva al proceso de formación de la unidad política del Estado español. Por su parte, **DE CASTRO, Federico**, *La adquisición por vecindad de la nacionalidad española*, ob. cit., pág. 76, señala cómo en España los extranjeros eran admisibles, conforme al derecho histórico recogido en la Novísima Recopilación, respecto de los oficios que no fuesen los de Corregidor, Gobernador, Alcalde Mayor, Regidor, etc...; respecto de la situación en Francia véase **RAPPORT, Michael**, *Nationality and citizenship in Revolutionary France*, ob. cit., pág. 84-85.

⁷⁸ En este sentido véase, **FAHRMEIR, Andreas**, *Defining the Citizen. Citizenship law in the Code Napoleon and its legacy*, ob. cit.

excluidos de una igualdad civil y política que la ciudadanía no les garantiza⁷⁹.

3. Las revoluciones liberal-democráticas: de la diferenciación funcional a la confusión entre nacionalidad y ciudadanía

3.1. La diferenciación funcional entre nacionalidad y ciudadanía

24. La transformación de la sociedad medieval en una sociedad moderna, el nacimiento de la mano del concepto de soberanía de un orden de poder desvinculado de las ataduras morales y religiosas de antaño, no trajeron consigo el cambio de una sociedad jerárquica a una sociedad etárquica, ni la nacionalidad sirvió a esa finalidad de inclusión e igualdad social. Los diversos estratos sociales (aristocracia, clero y estado llano) pervivían bajo el vínculo de la soberanía del monarca, con lo que seguía estando presente el riesgo de desintegración de unos grupos humanos mucho más numerosos que los de las ciudades-estado griegas, puesto que aquella concepción metapositiva del individuo y la sociedad ya no vinculaba al soberano. No era suficiente la cohesión del corpus político del pueblo del emergente Estado-nación que venía de la mano del proceso de asimilación cultural, al que contribuían los criterios de atribución de la nacionalidad manejados por el Antiguo Régimen. Era precisa una revolución filosófico-política que, sin deshacer la diferenciación funcional del poder político, pusiese coto a los efectos que traía consigo su institucionalización como un poder absoluto, y que no sólo hacen referencia a su posible abuso e injusticia, sino también al imperialismo cultural y social que producía. Como es sabido, esa revolución se produjo durante los siglos XVII a XIX de la mano del pensamiento liberal-democrático⁸⁰. En este contexto, la ciudadanía participativa va a recuperar el protagonismo perdido tras la caída del Imperio Romano y se va a especializar funcionalmente al servicio de los fines políticos que trataban de alcanzar esos movimientos revolucionarios. Aunque en principio se distingue de la nacionalidad, llamada equívocamente ciudadanía (nacional), después se vincula a ésta hasta el punto de llegar a confundirse total o parcialmente con aquélla en una sola categoría, de idéntico o diverso nombre según las tradiciones constitucionales. Veamos con un poco más de detalle cómo sucede esto sobre todo en la Francia revolucionaria.

25. Las bases de esta nueva función político-incluyente de la ciudadanía se sientan con la aparición de las nociones filosófico-políticas de estado de naturaleza y de contrato social a partir de los cuales se construye la idea de Estado y se le dota de la finalidad de garantizar los derechos y libertades que de forma natural disfrutaban los individuos. La igualdad natural, consustancial a esta visión del individuo, era incompatible con los privilegios

⁷⁹ Sobre el trato de jurídico civil de los extranjeros en el derecho francés durante el antiguo régimen, cfr. **BENHOER, Hans-Peter**, *Le citoyen et l'étranger en droit romain et droit français*, en La nozione di "romano" tra cittadinanza e universalità..., ob. cit., pág. 182 ss.

⁸⁰ Sobre ello y el reflejo de esas limitaciones al poder y, con ello, de la construcción de un nuevo sentido de la ciudadanía, en las obras de Locke, Montesquieu, Rousseau o Kant, cfr. **ZAPATA BARRERO, Ricard**, *Ciudadanía y democracia...*, ob. cit., pág. 74 ss

y jerarquías sociopolíticas del Antiguo Régimen y su concepto de nacional, pero también en cierta medida con la existencia de fronteras territoriales nacionales⁸¹. Una forma de superarlos era construir un concepto de sujeto colectivo (Pueblo/Nación)⁸² que agrupase a todos aquéllos que, por ser parte del contrato social, se integraban plenamente en la comunidad política a la que pertenecían mediante la apertura a los mismos de un igual disfrute de los derechos civiles y una potencial capacidad de participación política, reservada durante siglos a unas minorías aristocráticas y eclesiásticas⁸³. La ciudadanía va a desempeñar, sobre todo en el pensamiento revolucionario anglosajón y francés⁸⁴, una función incluyente como virtud cívica que permite unir a los individuos a través del reconocimiento de unos derechos civiles y de participación política más allá del mero vínculo legal de sujeción que había generado la nacionalidad para el Estado absoluto. El ciudadano, en otras palabras, comienza a ser identificado con el individuo integrante de la Nación o del Pueblo, y para ello tiene que ser igual a los demás por lo menos en su titularidad abstracta de la soberanía –cuando no también en su concreta capacidad de ejercer por sí mismo una fracción de la misma-.

26. La ciudadanía revolucionaria pone de nuevo al hombre en relación con la comunidad política⁸⁵, pero de un modo bien distinto a como lo había hecho la tradición griega clásica. Mientras que para esta última esa relación tenía una naturaleza objetiva y moral, derivada de una concreta ordenación natural o religiosa del mundo, lo que hacía de ella más una obligación que un derecho, en la filosofía del Estado liberal-democrático la ciudadanía se deriva de la necesidad de garantizar la libertad y la propiedad naturales del hombre, por lo que depende de su voluntad racional de integrarse en una

⁸¹ Cfr. **CORDINI, Giovanni**, *Elementi per una teoria giuridica della cittadinanza*, ob. cit., pág. 98-99.

⁸² Se parte aquí de lo que de colectividad abstracta puedan tener la Nación o el Pueblo para el pensamiento revolucionario, tal y como se plasmó en los documentos constitucionales franceses, y se dejan a un lado sus diferencias; sobre esos elementos comunes, cfr. **MAÍZ, Ramón**, *Los dos cuerpos del soberano: el problema de la soberanía nacional y la soberanía popular en la revolución francesa*, Fundamentos, Nº 1, 1998, pág. 173 ss. Maíz trata, con ello, de matizar algunos aspectos de la interpretación clásica de **CARRÉ DE MALBERG, Raymond**, *Contribution a la Théorie Générale de l'Etat*, Vol. II, Sirey, Paris, 1920-1922, pág. 152-197, claramente diferenciadora de la naturaleza de uno y otro sujeto colectivo; en contra de la existencia de dicha diferenciación en la teoría política revolucionaria francesa de finales del XVIII, afirmando el carácter colectivo y concreto del sujeto de la soberanía, con su consiguiente composición a partir de ciudadanos activos, véase, **BACOT, Guillaume**, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, CNRS, Paris, 1985, pág. 137 ss.

⁸³ La formas de realizar dicha apertura fueron muy diversas y variaron, dependiendo del momento y del lugar, entre el sufragio censitario y el sufragio universal masculino, entre la forma asamblearia de gobierno y la parlamentaria representativa, pasando por la presidencialista. Sobre las diversas formas de construir el ideal liberal-democrático de ciudadanía en las tradiciones inglesa, americana o francesa, véase **KLUSMEYER, Douglas B.**, *Between consent and descent....*, ob. cit., pág. 29 ss.

⁸⁴ Cfr. **DAVIDSON, Alastair**, *From subject to citizen....*, ob. cit., pág. 27 ss..

⁸⁵ Cfr. **ZAPATA BARRERO, Ricard**, *Ciudadanía y democracia....*, ob. cit., pág. 76 ss. Un buen ejemplo de ello es la distinción que realiza la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*: al hombre le corresponden derechos meramente civiles que requieren una actitud pasiva del Estado en relación con la esfera privada del individuo, mientras que al ciudadano se le atribuyen derechos de participación directa o indirecta en la formación de la voluntad de la comunidad política, esto es, en el ejercicio de la soberanía.

determinada comunidad política, así como de la voluntad de ésta de aceptarlo (en el caso de integración posterior al pacto originario), esto es, depende de la voluntad de ambos (individuo libre y sociedad) de ser partes en el contrato, por lo que su caracterización es eminentemente facultativa y no obligatoria⁸⁶. La titularidad del poder, y por tanto la plena pertenencia a la comunidad política, corresponde a los individuos integrantes de la Nación y la otorga precisamente la ciudadanía.

27. Aparecen así dos significados políticos distintos de la ciudadanía que darán lugar a la imagen moderna que poseen los institutos de la nacionalidad y la ciudadanía. De un lado, está el sentido de miembro de la Nación soberana meramente pasivo (ciudadano pasivo), que designará al colectivo del que emanan y al que van dirigidas las normas creadas en el seno de la comunidad política. Este sentido coincide, *grosso modo*, con la comprensión moderna de la nacionalidad, cuyo antecedente era la condición de súbdito del Antiguo Régimen en el sentido de ser un vínculo jurídico entre el individuo y la comunidad políticamente organizada, pero diverge respecto del súbdito del Estado-nación, pues lo incluye dentro del sujeto colectivo de la soberanía en su condición política de representado y de titular de iguales derechos civiles⁸⁷. De otro lado está el sentido de miembro de la Nación activo (ciudadano activo), revestido de los derechos-función de participación política, necesarios para extraer la voluntad de la Nación como un todo y expresarla mediante la creación de normas jurídicas⁸⁸. Este sentido coincide también *grosso modo* con lo que hoy se entiende por ciudadanía⁸⁹, aunque también diverge en la extensión personal de los habilitados para el ejercicio de los derechos políticos de ciudadanía activa. Esta dualidad entre nacionalidad y ciudadanía, que producen los movimientos revolucionarios liberal-democráticos americano o francés, es bien distinta de la que está presente en la formación del Estado alemán unificado durante el siglo XIX. El único texto constitucional decimonónico de la Alemania unificada que se inserta en esta tradición revolucionaria es la frustrada Constitución del (I) *Reich* alemán de 1849, que contiene un amplio catálogo de derechos de ciudadanía (*Reichsbürgerrechte*) de los integrantes del pueblo alemán. En

⁸⁶ Esta comprensión voluntarista de la integración posterior al pacto fundacional en la comunidad política nacional ya es posible verla en Locke, como pone de relieve **RESNICK, David**, *John Locke and the problem of naturalization*, *The Review of Politics*, Vol. 49, 1987, pág. 378 ss.

⁸⁷ Para **TROPER, Michel**, *La notion de citoyen sous la Révolution française*, en *Etudes en l'honneur du Georges Dupuis*, LGDJ, Montchrestien, 1997, pág. 304, sin embargo, la posesión de derechos civiles la otorga la nacionalidad ya en el Antiguo Régimen, de modo que la nueva ciudadanía (nacional) revolucionaria, más que atribuir a sus integrantes derechos civiles les atribuirá los derechos políticos de ser representados (ciudadanía pasiva) y, en su caso, de elegir y ser representantes (ciudadanía activa), pues los derechos civiles ya se los atribuiría la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 a todo hombre por el mero hecho de residir en una comunidad políticamente organizada como una Nación soberana. En mi opinión, Troper sobreestima el valor cívico de la nacionalidad del Antiguo Régimen, del que en general se puede decir que habría sometido a los súbditos nacionales a un mismo poder pero no a unas mismas reglas jurídicas, aspecto esencial para que la libertad y la igualdad naturales estén garantizadas como derechos civiles, que sí aportaría la pertenencia a la Nación soberana revolucionaria (ciudadanía nacional) será unos mismos e iguales derechos civiles.

⁸⁸ Cfr. **CARRE DE MALBERG, R.**, *Contribution a la Theorie generale de l'Etat*, Sirey, Paris, 1922, Tomo II, pág. 170 ss.

⁸⁹ **GRAWERT, Rolf**, *Staat und Staatsangehörigkeit*, ob. cit., pág. 174-175 ss., 193 ss.

efecto, la centralización del poder conseguida en los diferentes Estados alemanes durante los siglos XVIII y XIX culminará con la creación de un Estado nacional, el (II) *Reich* alemán en 1871, que bajo el manto de un vínculo federal entre los príncipes alemanes dotará de unidad al ordenamiento jurídico, centralizando buena parte del poder político y, sobre todo, permitiendo al legislador recrear a través del vínculo jurídico de la nacionalidad federal o estatal (*Bundesangehörigkeit* o *Staatsangehörigkeit*) un concepto étnico-cultural de Nación preexistente (véase la Ley de 1 de junio de 1870 sobre nacionalidad federal y nacionalidad estatal), y aglutinar diversas unidades políticas⁹⁰. Se trata de una figura que integra al individuo en el colectivo de súbditos del monarca acreedores de unos derechos civiles otorgados por aquél, y que hallan su antecedente en los conceptos de *Indigenat* -contemplado en las Constituciones otorgadas en Baviera (1818), Baden (1818) y Hesse (1820), *Staatsbürger* en la Constitución otorgada de Württemberg (1819), *Eigenschaft eines Preussen* en la Constitución otorgada de Prusia (1848). Todos ellos hacían referencia a la condición de ciudadano pasivo (bávaro, badenés, prusiano, etc...) y tenían su correlativo desde el punto de vista de la ciudadanía en los *Staatsbürgerrechte* (derechos de ciudadanía), que incluían derechos civiles, algunos derechos sociales y algunos derechos de participación política para cuyo disfrute era condición indispensable la pertenencia al *Indigenat*, la condición de prusiano o la pertenencia al Pueblo alemán⁹¹. La nueva Constitución de 1871 creó, a partir de dichas figuras y del *Indigenat* de la Constitución del *Norddeutscher Bund* (1867), un *Indigenat* alemán común (art. 3) que, al modo y manera de una nacionalidad federal, permitió la unión de las nacionalidades de los distintos Estados miembros, atribuyendo una igualdad de trato y un mínimo de derechos y deberes civiles a los habitantes del nuevo *Reich* alemán, con independencia de su Estado de origen. Semejante nacionalidad federal común de carácter pasivo se veía completada con una muy reducida ciudadanía política-activa (*Staatsbürgerrechte*) de la que eran acreedores los nacionales que, además, reuniesen ciertos requisitos capacitarios⁹².

28. Con todo, allí donde impera el movimiento liberal-democrático revolucionario no se utilizaba el término nacionalidad⁹³, seguramente por sus implicaciones históricas y étnico-culturales excluyentes, que se habían puesto de manifiesto en el proceso de formación de la nacionalidad en el Antiguo Régimen. En efecto, la pasividad propia de la sujeción, y la integración cultural y no política que conllevaba, resultaban poco compatibles con la participación en el pacto social y plena pertenencia a la

⁹⁰ Cfr. **BRUNNER/CONZE/KOSELLECK**, *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Band VII, ob. cit., pág. 302 ss.

⁹¹ Sobre estos conceptos en detalle, **GRAWERT, Rolf**, *Staat und Staatsangehörigkeit*, ob. cit., pág. 123 ss.

⁹² Sobre ello, en detalle, véase **GOSEWINKEL, Dieter**, *Einbürgern und Ausschliessen. Die Nationalisierung der Staatsangehörigkeit vom Deutschen Bund bis zur Bundesrepublik Deutschland*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 2001, pág. 67 ss.; **GRAWERT, Rolf**, *Staat und Staatsangehörigkeit*, ob. cit., pág. 156-157.

⁹³ Respecto de los textos constitucionales franceses, cfr. **TROPER, Michel**, *La notion de citoyen sous la Révolution française*, ob. cit., pág. 304.

comunidad política soberana, propios de la filosofía revolucionaria⁹⁴. De ahí que muchos de los textos constitucionales del contexto revolucionario optasen por utilizar el término ciudadano para referirse al nacional -en el sentido de ciudadano pasivo-⁹⁵, y así evitar las reminiscencias que la palabra nacional (natural) pudiera tener con el vasallaje feudal o la sujeción al monarca absoluto del Antiguo Régimen⁹⁶. Y de ahí que predominasen criterios de atribución o adquisición de la nacionalidad abiertos a la integración de todo aquél súbdito que tuviese voluntad (expresa o presunta) de formar parte del cuerpo político soberano, particularmente el *ius soli* o el *ius domicilii*, aunque también el *ius sanguinis*⁹⁷, permitiendo también a los naturalizados participar como ciudadanos activos cuando reuniesen ciertos requisitos de capacidad y hubiesen prestado su voluntad de pertenecer a la Nación francesa y de fidelidad a la Constitución y al ordenamiento (juramento cívico)⁹⁸. Se trataba, en buena medida, de los mismos criterios de atribución de la nacionalidad que manejaba el Antiguo Régimen pero con una base filosófico-política diferente, que, al vincular aquélla a la ciudadanía y hacerlas cumplir una función de cohesión política de la Nación soberana, bien distinta a la que desempeñaban bajo el Antiguo Régimen, exigían al presencia del *ius domicilii* tanto en la naturalización como en la atribución de la condición de miembro de la Nación por nacimiento.

29. La ciudadanía (activa) aparece, a su vez, vinculada a dos elementos, uno conocido y otro desconocido en su tradición histórico-funcional. El elemento conocido hace referencia a la capacidad de participación en el gobierno de la comunidad, aunque, por razones derivadas del diferente contexto social, se busquen para su puesta en práctica fórmulas de democracia

⁹⁴ En un sentido semejante **RAPPORT, Michael**, *Nationality and citizenship in Revolutionary France*, ob. cit., pág. 332-333.

⁹⁵ **TROPER, Michel**, *La notion de citoyen sous la Révolution française*, ob. cit., pág. 305, nota al pie nº 7, para quien se confunde con la ciudadanía pasiva.

⁹⁶ Sobre la relación con la soberanía de las nociones de súbdito y ciudadano en el enciclopedismo ilustrado, cfr. **MONNIER, Raymonde**, *La noción de ciudadano en Francia de la Ilustración a la Revolución: definiciones, normas y usos*, Historia contemporánea, Nº 28, 2004, pág. 299 ss.

⁹⁷ Cfr. el art. 2 del Título II de la Constitución francesa de 1791, conforme al cual son ciudadanos (pasivos) franceses, “los nacidos en Francia de un padre francés, los nacidos en Francia de un padre extranjero que haya fijado su residencia en el Reino, los nacidos en el extranjero de un padre francés que se hayan establecido en Francia y hayan prestado juramento cívico, y los nacidos en el extranjero en cualquier grado de un francés o francesa expatriados por motivos religiosos que se establezcan en Francia y presten juramento cívico”; y el art. 3 que permite adquirir la ciudadanía (pasiva) francesa a los “extranjeros nacidos fuera del Reino de padres extranjeros siempre que lleven cinco años domiciliados en Francia, hayan adquirido inmuebles, contraído matrimonio con una francesa o emprendido una explotación agrícola o comercial y, además, hayan prestado el juramento cívico”. Curiosamente, estos requisitos, a excepción de la expresión de voluntad del extranjero residente que revela el juramento cívico, coinciden con los que había fijado el Decreto de 30 de abril de 1790 para la naturalización como francés.

⁹⁸ Cfr. el art. 2 del la Sección 2ª, Cap. I del Título III de la Constitución Francesa de 1791, conforme al cual los ciudadanos franceses por nacimiento o adquisición podrán ser ciudadanos activos cuando hayan cumplido veinticinco años, lleven domiciliados en la villa o cantón el tiempo determinado por la ley, paguen en cualquier lugar del Reino una contribución directa por lo menos igual al valor de tres jornales de trabajo y presenten el recibo, no tengan la condición de sirvientes domésticos, se hayan inscrito en el municipio en el que tengan domicilio a los efectos del servicio militar, y hayan prestado juramento cívico.

representativa alejadas de la democracia directa de la Grecia clásica. Al estar presente en la ciudadanía este elemento político activo, ello le permite en principio diferenciarse funcionalmente de la nacionalidad, que sigue conservando el sentido pasivo que había adquirido con la creación de los Estados absolutos. Así, mientras que esta última sigue manteniendo, aunque sea involuntariamente, su función excluyente y diferenciadora en relación con los nacionales del resto de los Estados, aquella otra desempeña una función incluyente del máximo de ciudadanos activos que, perteneciendo a aquél sujeto colectivo de la soberanía, posean la capacidad necesaria para ser titulares y/o ejercer el poder político⁹⁹.

30. El elemento desconocido, por su parte, hace referencia a una presunta y parcial igualdad natural de los individuos, que se transmite a la comunidad políticamente organizada y que obliga a la igual titularidad y, en su caso, igual capacidad de ejercicio del contenido participativo de la ciudadanía por parte de aquéllos que se hagan acreedores de ella¹⁰⁰. La concepción revolucionaria francesa de la ciudadanía trae consigo la eliminación de las diferencias históricas de acceso al sufragio por razón de credo, propiedad, educación o clase social, pero no elimina todas las diferencias¹⁰¹. El período revolucionario se aparta pues, aunque sea formalmente, del modelo de ciudadano propietario y se inclina por el individuo-ciudadano igual¹⁰². Sin embargo, permanecen dos líneas fronterizas delimitadoras, una interior y otra exterior, que el propio pensamiento revolucionario no contempla como desigualdades sociales sino meramente naturales o políticas¹⁰³. De un lado, el de la frontera interior, quedan fuera de la ciudadanía las mujeres, los niños, los incapaces e, incluso un conjunto de individuos varones mayores de edad que no poseen la involucración económica suficiente como para hacerse acreedores de las funciones políticas y extraer racionalmente la voluntad general de la Nación (mendigos, vagabundos, sirvientes domésticos, etc...)¹⁰⁴. De otro lado, el de la frontera exterior, se excluye también de la ciudadanía a los extranjeros, esto es, a los que no forman parte del sujeto colectivo de la soberanía¹⁰⁵, pero en un sentido diverso al que tendrá modernamente esa exclusión, puesto que son excluidos por no prestar su consentimiento expresa o tácitamente al pacto social y no integrarse como nacionales en dicho sujeto colectivo soberano. Con todo, la antes mencionada falta de utilización por los textos constitucionales revolucionarios del concepto de nacionalidad, y su

⁹⁹ Sobre el carácter inclusivo de la ciudadanía durante la revolución francesa, a través de la extensión el derecho de sufragio, cfr. **ROSANVALLON, Pierre**, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Editions Gallimard, Paris, 1992, pág. 45 ss., 55 ss.

¹⁰⁰ Sobre ambos elementos y su plasmación sobre todo en Rousseau, cfr. **ZAPATA BARRERO, Ricard**, *Ciudadanía y democracia....*, ob. cit., pág. 78 ss.

¹⁰¹ Sobre la tendencia inclusivo-democrática del derecho de sufragio, a partir de la revolución, cfr. **PRESNO LINERA, Miguel Angel**, *El derecho de voto*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 30 ss.

¹⁰² Cfr. **ROSANVALLON, Pierre**, *Le sacre du citoyen....*, ob. cit., pág. 55 ss.

¹⁰³ **ROSANVALLON, Pierre**, *Le sacre du citoyen....*, ob. cit., pág. 110.

¹⁰⁴ Cfr. el art. 2 del la Sección 2ª, Cap. I del Título III de la Constitución francesa de 1791, antes mencionado. Para **ROSANVALLON, Pierre**, *Le sacre du citoyen....*, ob. cit., pág. 105 ss., la exclusión de menores, incapaces o mujeres no resulta repugnante a la concepción revolucionaria del principio de igualdad, toda vez que éste se basa en la igualdad racional de los individuos que poseen autonomía de la voluntad, y aquéllos carecen de ella.

¹⁰⁵ **ROSANVALLON, Pierre**, *Le sacre du citoyen....*, ob. cit., pág. 70 ss.

sustitución por el de ciudadanía, es fuente de alguna confusión respecto al sentido normativo de ambas categorías y al carácter excluyente del ejercicio de los derechos de ciudadanía, que aquí se le ha atribuido a la nacionalidad¹⁰⁶. Así, por ejemplo, es habitual invocar el art. 4 de la Constitución francesa de 24 de junio de 1793, como manifestación de atribución de la ciudadanía a los extranjeros (mayores de 25 años, domiciliados en Francia y con vínculos socioeconómicos con la Nación)¹⁰⁷, cuando en realidad, los mismos habían de ser considerados unidos a la Nación por el vínculo jurídico de la nacionalidad (atribuida por la Constitución o el Decreto de 30 de abril de 1790 de forma automática)¹⁰⁸, aunque proviniesen como extranjeros de una Nación distinta, pues la teoría revolucionaria no parece admitir la condición de ciudadano activo sin ser al mismo tiempo ciudadano pasivo, esto es, la de elector o representante sin ser al mismo tiempo representado¹⁰⁹.

3.2. La vinculación entre nacionalidad y ciudadanía: los círculos concéntricos

31. Si llegados a este punto la diferenciación funcional entre nacionalidad (sujeción) y ciudadanía (pertenencia o participación) parecía conceptualmente clara, ¿por qué terminaron, entonces, confundándose en una sola categoría? ¿Por qué terminó vinculándose la ciudadanía a la posesión de la nacionalidad, contradiciendo con ello, de forma paradójica la finalidad incluyente del concepto revolucionario de ciudadanía, que se ve condicionado por la previa función excluyente de la primera? El antecedente jurídico-constitucional de este proceso de subordinación, primero, y de confusión después, hay que verlo en la distinción entre ciudadanía activa y ciudadanía pasiva como dos caras del sujeto colectivo al que se imputa la soberanía¹¹⁰. Buena parte de los primeros textos constitucionales revolucionarios franceses, a pesar de afirmar que la soberanía pertenece al Pueblo o la Nación¹¹¹, distinguían entre los miembros de la Nación que sólo eran titulares abstractos de ese poder pero no podían participar en su concreto ejercicio, a los que se denomina doctrinalmente ciudadanos pasivos, y los miembros que estaban investidos constitucionalmente con los derechos de participación política y, por tanto, con el ejercicio de la

¹⁰⁶ Cfr. **ROSANVALLON, Pierre**, *Le sacre du citoyen....*, ob. cit., pág. 73-74

¹⁰⁷ **MASSO GARROTE, Marcos Francisco**, *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997, pág. 119-120.

¹⁰⁸ **WEIL, Patrick**, *Qu'est-ce qu'un français?. Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, Grasset, Paris, 2002, pág. 23-25.

¹⁰⁹ Cfr. **TROPER, Michel**, *La notion de citoyen sous la Révolution française*, ob. cit., pág. 312; **WEIL, Patrick**, *Qu'est-ce qu'un français?...*, ob. cit., pág. 26, nota al pie nº 62.

¹¹⁰ También es de la opinión que nacionalidad y ciudadanía se vinculan a partir de la revolución francesa **HEATER, Derek**, *What is citizenship?*, ob. cit., pág. 95 ss.

¹¹¹ Con todo, la filosofía política ilustrada de los revolucionarios tenía un carácter universalista y no nacionalista, lo que queda plasmado en los arts 4 y 7 de la Constitución francesa de 24 de junio de 1793, conforme a los cuales podían ejercer los derechos de ciudadanía tanto los franceses por nacimiento como los extranjeros naturalizados bajo ciertas condiciones, constituyendo unos y otros el Pueblo al que corresponde la soberanía.

soberanía, o ciudadanos activos¹¹², e incluso dentro de éstos aún a los que podían ejercerlos como electores¹¹³.

32. Precisamente esta distinción entre ciudadanos pasivos y ciudadanos activos, además de ser muy útil para la implantación y predominio del sufragio censitario durante el siglo XIX¹¹⁴, permite que el término ciudadano (en el sentido activo) se vea absorbido por el término nacional (en el sentido pasivo)¹¹⁵. La cualidad de nacional acaba siendo requisito necesario para la de ciudadano¹¹⁶, porque para ser ciudadano activo se requiere previamente ser ciudadano pasivo y, además, reunir una serie de requisitos adicionales de edad, sexo, capacidad, etc.... Y la condición de ciudadano pasivo coincide en sus requisitos con la de nacional, como muestran el art. 2 de la Constitución francesa de 1791 y, por lo que se refiere a la naturalización de los extranjeros, el Decreto de 30 de abril de 1790 sobre condiciones de naturalización de los extranjeros redientes en Francia. Con ello se rompe la tradición del Antiguo Régimen de permitir a los extranjeros el ejercicio de algunos derechos políticos, salvo los municipales, que son los únicos que se permitirá ejercer al extranjero, dado que se considera que a través de ellos no se ejerce la soberanía colectiva. Los extranjeros han de integrarse en el colectivo de ciudadanos pasivos (nacionales) para poder, si reúnen los requisitos de ciudadano activo- ejercer los derechos de participación política¹¹⁷.

33. En lo que se refiere a nuestro constitucionalismo histórico, la Constitución de 1812, primera hija hispánica del movimiento revolucionario liberal-democrático¹¹⁸, es la pionera en nuestro país en definir jurídico-

¹¹² Cfr. arts. 2 y 3 del Título II y art. 2 de la Sección 2ª, Capítulo I, del Título III de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, aunque en este caso utilizase la denominación de (simples) ciudadanos y ciudadanos activos respectivamente. Textos constitucionales posteriores (como la Constitución francesa del año III –de 22 de agosto de 1795- o la Constitución francesa del año VIII –de 13 de diciembre de 1799-) utilizan únicamente el término ciudadano para referirse a los ciudadanos activos, obviando toda referencia a los ciudadanos pasivos, que pasan a estar regulados a partir de 1803 como nacionales franceses en el Código Civil napoleónico (art. 9 y ss.).

¹¹³ Conforme al art. 7 de la Sección 2ª del Capítulo I del Título I de la Constitución francesa de 1791, podrán ser electores los ciudadanos activos que, además, deben reunir ciertas condiciones de propiedad y capacidad económica.

¹¹⁴ Cfr. **MURA, Virgilio**, *Sulla nozione di cittadinanza*, ob. cit., pág. 22.

¹¹⁵ A una conclusión semejante llega **GRAWERT, Rolf**, *Staat und Staatsangehörigkeit*, ob. cit., pág. 162 ss.,

¹¹⁶ Un análisis detallado de los Archivos Parlamentarios de la Asamblea Constituyente francesa revolucionaria de 1789 puede verse en **RAPPORT, Michael**, *Nationality and citizenship in Revolutionary France*, ob. cit., pág. 84-85 ss.

¹¹⁷ Cfr. **TROPER, Michel**, *La notion de citoyen sous la Révolution française*, ob. cit., pág. 301-322.

¹¹⁸ El Estatuto de Bayona de 1808, además de ser un documento constitucional otorgado e impuesto por un monarca extranjero, no se ocupaba de forma directa de la nacionalidad ni de la ciudadanía, sino solo de forma indirecta; respecto de la primera, en la medida en que permitía a los extranjeros que hayan sido o sean política o económicamente útiles para España adquirir el derecho de vecindad (art. 125), derecho que será utilizado después por la Constitución de 1812 como una de las vías para la adquisición de la nacionalidad española, y que conforme a nuestra legislación histórica del Antiguo Régimen ya les confería cierta capacidad de participación política municipal; y respecto de la segunda, en la medida en que reconoce ciertos derechos civiles a todas las personas por el hecho de serlo (arts. 126 y 127),

políticamente el conjunto de individuos que, como nacionales, conforman la Nación española, y, al mismo tiempo, atribuir a algunos de ellos la capacidad para participar en la definición de la voluntad de aquélla¹¹⁹. Y lo hace siguiendo los principios revolucionarios antes aludidos, no sin ciertos compromisos con los criterios del Antiguo Régimen. En todo caso, el modelo gaditano parte de que la nacionalidad española expresa la pertenencia del individuo a la Nación soberana, mientras que la ciudadanía pone de relieve la capacidad de algunos de los integrantes de aquélla para expresar su voluntad racional a través de los diversos mecanismos de participación política.

34. Por tanto, la Constitución de 1812, de forma semejante a sus equivalentes francesas de finales del siglo XVIII, concibe nacionalidad y ciudadanía como dos círculos subjetivos concéntricos referidos a los ciudadanos pasivos y activos integrantes de la Nación española¹²⁰. No se conciben, pues, como dos círculos secantes, que coinciden en un conjunto de personas mayores de edad y capacitados para el ejercicio del derecho de sufragio con independencia de su nacionalidad, pero divergen respecto del resto de nacionales carentes de nacionalidad (mujeres, menores o incapaces). Si bien esta última parte de la proposición es cierta, no lo es la primera, toda vez que de los arts. 19 ss. del texto constitucional no se desprende que los extranjeros a los que se confiere derechos de ciudadanía –particularmente el derecho de sufragio– sean distintos de los extranjeros que previamente han adquirido la nacionalidad española al amparo del art. 5 del mismo texto y que, por tanto, son españoles¹²¹. Unos derechos de ciudadanía de los que serían meros titulares, puesto que para el correcto ejercicio de algunos de ellos se requerirán condiciones adicionales a las genéricamente derivadas de los supuestos de pérdida de la condición de ciudadano de los arts. 24 y 25¹²², como por ejemplo la posesión de una determinada edad mínima para el ejercicio del derecho de sufragio que, sin embargo, no viene constitucionalmente fijada sino que se sobreentiende puede ser fijada por el legislador¹²³.

aunque reserva los derechos de acceso a los cargos y funciones públicas a los españoles naturales o naturalizados (art. 141).

¹¹⁹ Una Nación soberana concebida en ese sentido colectivo y abstracto diferenciado del de Pueblo, cfr. **VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín**, *El pueblo en el pensamiento constitucional español*, Historia Contemporánea, Nº 28, 2004, pág. 208-209.

¹²⁰ **GUERRA, François-Xavier**, *El soberano y su reino. Reflexiones sobre la génesis del ciudadano en América Latina*, en Hilda Sabato (Coord.), *Ciudadanía política y formación de las naciones. Perspectivas históricas de América Latina*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999, pág. 44.

¹²¹ En un sentido diferente **PRESNO LINERA, Miguel Angel**, *El derecho de voto*, ob. cit., pág. 59-60, y **MASSO GARROTE, Marcos Francisco**, *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional...*, ob. cit., pág. 119-120.

¹²² En contra de lo que sostiene **ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia**, *Nacionalidad y emigración*, ob. cit., pág. 48 (nota al pie 152), recogiendo la *STS de 10.02.1926*, no suponía la pérdida de la nacionalidad sino solo de la condición de ciudadano, necesaria para el ejercicio de los derechos de participación política.

¹²³ La exigua y tortuosa vigencia e la Constitución de 1812 no permitió ese desarrollo legislativo para la celebración de nuevas elecciones a Cortes, pero sirvan como ejemplo del establecimiento de condiciones de ejercicio del derecho de sufragio, superiores a las que se establecen en el propio texto constitucional, las que para la elección de diputados a Cortes constituyentes fijó la Instrucción de la Suprema Junta de Gobernación (Junta Central) de 1 de

35. A favor de esta interpretación juegan argumentos tanto dogmático-constitucionales como sistemáticos y textuales. Entre los primeros se encuentra la congruencia de su comprensión como círculos concéntricos con la idea revolucionaria de una Nación consensual, de la que formen parte quienes por nacimiento o por residencia manifiesten una voluntad presunta o expresa de pertenecer a la comunidad política nacional, con independencia de que el ejercicio de los derechos de participación se confiara sólo a aquéllos integrantes de la Nación más capacitados para expresar la voluntad racional de ésta. Entre los sistemáticos se encuentra que dentro de la Constitución de 1812 no puede haber reconocimiento de derechos políticos para los extranjeros, porque sólo los españoles integran la Nación conforme a lo dispuesto en los arts. 1 y 4, y sólo a ésta corresponde el ejercicio de la soberanía conforme al art. 3, no existiendo, además, una distinción expresa –como sí sucedía en el Estatuto de Bayona de 1808- entre derechos de todas las personas y derechos de los españoles (arts. 126, 127, 141)¹²⁴. Por último, también un análisis textual de la Constitución de Cádiz confirma esta misma conclusión, puesto que no cabe ninguna de las categorías de ciudadano enumeradas en los arts. 18 ss. sin poseer previamente la condición de nacional español conforme a los arts. 5 ss.
36. En efecto, la Constitución gaditana define como ciudadanos a los españoles que por ambas líneas traen su origen de los dominios de España en ambos hemisferios y están vecindados en cualquier pueblo de los mismos dominios (art. 18), esto es, a los españoles por *ius sanguinis*, conforme al art. 5.1., que posean el *ius domicili* (la vecindad del Antiguo Régimen). También son ciudadanos los extranjeros que gozando de los derechos de español obtuvieron de las Cortes Carta especial de ciudadano (art. 19). Pero no se trata de auténticos extranjeros, pues sólo se puede gozar de los derechos de español si previamente se ha adquirido la condición de español por naturalización de las Cortes (art. 5.2) o por llevar diez años vecindado en España (art. 5.3). No se debe confundir la Carta de ciudadanía con la Carta de naturaleza, pues la primera sólo se otorga por estar casado con española, tener comercio o industria apreciable en España, bienes raíces por los que se pague una contribución directa o haber prestado servicios relevantes en defensa o bien de la Nación (art. 20). Los hijos legítimos de extranjeros domiciliados en España que habiendo nacido también en España no hubiesen salido nunca fuera sin licencia del Gobierno y, tras alcanzar los 21 años, se hubiesen vecindado en nuestro país ejerciendo profesión o industria útil, también son considerados ciudadanos, pero es evidente que han de ser españoles por nacimiento conforme al criterio del *ius soli* establecido en el art. 5.1 para la atribución de la nacionalidad

enero de 1810, entre las que se encuentran, por ejemplo, ser parroquiano mayor de 25 años con casa abierta y español de origen, con lo que para la elección de las Juntas de Parroquia, primer escalón de la cadena electoral indirecta a las Cortes, no eran electores los españoles naturalizados (art. 3).

¹²⁴ Con lo cual no está del todo claro que los constituyentes gaditanos considerase –como los franceses- que los derechos civiles alcanzaban a todas las personas habitantes del territorio del Estado, mientras que los políticos a los ciudadanos pasivos y activos, como sostiene respecto de la Constitución francesa de 1791 **TROPER, Michel**, *La notion de citoyen sous la Révolution française*, ob. cit., pág. 301-322.

española. Por último, la restringida posibilidad de convertirse en ciudadanos que otorga el art. 22 a los “castas” afecta a quienes ya son españoles conforme al anterior criterio del *ius soli* (art. 5.1).

37. En el manejo de los términos español y extranjero por la Constitución española de 1812 parece estar latente, tanto para la nacionalidad como para la ciudadanía, una cierta semejanza con la concepción revolucionaria francesa de pacto¹²⁵, conforme a la cual se considera extranjero a aquél ajeno al pacto¹²⁶. Un pacto que se podía suscribir de forma tácita o expresa: tácitamente por nacimiento (*ius sanguinis* o *ius soli*) y residencia (*ius domicilii*) en el territorio sobre el que la Nación extiende su soberanía (españoles por nacimiento del art. 5)¹²⁷; y de forma expresa en el caso de individuos que, habiéndose expatriado de otras Naciones, decidiesen voluntariamente pactar su incorporación a la Nación española e integrarse en ella mediante unos vínculos mínimos con la misma (extranjeros naturalizados o avecindados por más de 10 años, que adquieren la condición de españoles conforme a los arts. 6 y 7). De ahí que se utilice la palabra extranjero en el art. 19 (incluyéndolos como ciudadanos españoles) o en el art. 231 (excluyéndoles del cargo de Consejeros de Estado) para referirse no a auténticos extranjeros, sino a españoles que fueron extranjeros antes de ser naturalizados por las Cortes o avecindarse. La Constitución se centra, pues en los derechos de los integrantes de la Nación, los españoles, y dentro de éstos, en los derechos de quienes son titulares de la capacidad política, denominados ciudadanos españoles, olvidándose de la persona en general, esto es, de quienes pueden habitar nuestro territorio conservando su condición de extranjeros, lo que la mantiene lejos de la moderna caracterización jurídico-funcional de la ciudadanía como mecanismo de integración de la persona en la comunidad. Ello no quiere decir que no pudiesen tener derechos civiles, sino únicamente que los mismos no fueron considerados parte del Código político de la Nación, y su reconocimiento e igual regulación con respecto a los derechos civiles de los españoles había de quedar relegada a la definición del legislador en el Código Civil¹²⁸.

¹²⁵ Sobre la convivencia en la Teoría de la Nación plasmada por la Constitución de Cádiz de elementos historicistas y de elementos revolucionarios franceses, cfr. **VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín**, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo Hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 175 ss.; **FERNÁNDEZ SARASOLA, Ignacio**, *La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana*, Fundamentos, Nº 2, 2000, pág. 370 ss.

¹²⁶ Cfr. **BAUBÖCK, Rainer**, *Transnational citizenship*, op. cit. pág. 59 ss. que analiza las teorías pactistas de Rousseau y Locke y su trascendencia para una formulación voluntarista del vínculo de la ciudadanía.

¹²⁷ Ciertamente, el art. 5 utiliza el término vecindad como requisito para la atribución o adquisición de la nacionalidad, pero dicho término poseía en la Constitución de 1812 un significado muy parecido al de domicilio, pues trataba de expresar la relación del individuo con el territorio de alguno de los municipios del Estado español, esto es, su arraigo territorial, expresión de la tradición histórica española desde Las Partidas. Véase la vinculación del concepto de vecindad con el de domicilio y el de residencia en un pueblo de la Monarquía en los arts. 64 en relación con el art. 52 del Proyecto de Código Civil de 1836, y en los arts. 35-36 en relación con los arts. 38-39 del Proyecto de Código Civil de 1851.

¹²⁸ Véanse al respecto los arts. 26, 27 y 29 del Proyecto de Código Civil de 1821, en **LASSO GAITE, Juan Francisco**, *Crónica de la Codificación española. 4. Codificación Civil*, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, pág. 30-31.

38. Por tanto, el auténtico caballo de batalla de la ciudadanía gaditana no fue incluir a los extranjeros en el ejercicio de los derechos civiles y políticos. El disfrute de los primeros se lo debía atribuir –aunque muy restringidamente– la ley civil¹²⁹, mientras que para llegar a ejercer los últimos debían adquirir previamente la condición de españoles, lo cual era relativamente sencillo con el uso generoso del *ius soli* y del *ius domicilii*¹³⁰ como criterios de atribución de la nacionalidad por nacimiento, y después cumplir una serie de requisitos de integración socio-económica en la Nación española. E incluso poseyendo la Carta de ciudadano, los extranjeros naturalizados tenían vedado el acceso a cargos y funciones públicas –diputado a Cortes, Regente, Secretario de Despacho, Consejero de Estado o Juez– (arts. 96, 193, 223, 231 y 251 de la Constitución de 1812), aunque podían ejercer el derecho de sufragio activo a las Cortes. Los auténticos damnificados de la concepción de la ciudadanía en Cádiz fueron los españoles americanos mestizos de origen africano (“castas”)¹³¹, y en lo que se refiere a su ejercicio, todos aquellos huérfanos de una propiedad e independencia económica que acreditasen una capacidad intelectual mínima para la exégesis de la voluntad racional de la Nación, como ponen de relieve las causas de suspensión del ejercicio de la ciudadanía del art. 25 o las exigencias económicas para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo del art. 92¹³². En resumen, la nacionalidad se otorga generosa y democráticamente como consecuencia del manejo prioritario de criterios como el *ius soli* y el *ius domicilii*, mientras que la ciudadanía se restringe tanto fuera del círculo de nacionales como dentro de éste, dadas las elevadas condiciones impuestas para el ejercicio efectivo de los derechos de participación política y las diferenciaciones entre españoles de origen y naturalizados que terminan estableciéndose para el ejercicio de algunos derechos de ciudadanía¹³³.

¹²⁹ Así, por ejemplo, no se preveía atribuirles el derecho de libre entrada y salida del territorio nacional, ni la libertad de asociación, manifestación o expresión de carácter político (art. 29 del Proyecto de Código Civil de 1821).

¹³⁰ Más sencillo, como se verá, que en textos constitucionales posteriores a 1869, pero menos generoso, no obstante, que su homóloga francesa de 1791

¹³¹ No es este el lugar ni el momento de analizar esta cuestión con más detalle, pero, al igual que la masculinidad, esta exigencia de pureza étnica pone en tela de juicio la presunta universalidad del sufragio. Sobre lo primero véase **BLANCO VALDÉS, Roberto**, *El problema americano en las primeras Cortes liberales españolas (1810-1814)*, en Pedro Cruz y otros, *Los orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica: un estudio comparado*, Junta de Andalucía, Sevilla, 1994, pág. 78-79 ss.

¹³² Aunque el propio art. 25.6 previese que esa exigencia de capacidad intelectual (saber leer y escribir) que no debía entrar en vigor hasta 1830 y el art. 93 suspendiese *sine die* la vigencia del requisito de capacidad económica; cfr. **VARELA SUANZES-CARPEGNA, Joaquín**, *El pueblo en el pensamiento constitucional español: 1808-1845*, ob. cit., pág. 214.

¹³³ No parece pues razonable la conclusión a la que llegan **FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos**, *Derecho español de la nacionalidad*, ob. cit., pág. 67 y **ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia**, *Nacionalidad y emigración*, ob. cit., pág. 49 (nota al pie 153), acerca del carácter nacionalista de nuestra Constitución de 1812, producto de la confusión de nacionalidad y ciudadanía en una misma categoría, por lo menos con base en las causas de pérdida de la ciudadanía. La emigración continuada como causa de la pérdida de los derechos de ciudadanía se puede hallar plenamente justificada, por lo menos en lo que se refiere a los fundamentos democráticos del Estado, debido a la ausencia de sujeción a un ordenamiento eminentemente territorial que conlleva.

3.3. La ethno-culturalización de la nacionalidad y la ciudadanía

39. Aunque en un principio algunos movimientos revolucionarios, como el francés, tuvieron un carácter universalista y desligasen el concepto de Nación de su sentido étnico-cultural histórico, en el momento en que los textos constitucionales, como consecuencia de los efectos homogeneizadores que poseen los criterios utilizados para la adquisición de la nacionalidad¹³⁴, contribuyen a su etnificación o culturalización¹³⁵, se comienza a transmitir el efecto excluyente de ésta a la ciudadanía activa¹³⁶. La causa de la nacionalización de la ciudadanía hay que verla, por tanto, en la propia naturaleza del dogma de la soberanía popular/nacional en la que aquélla se apoya y que remite a un sujeto prejurídico, cuyas características homogeneizadoras han de estar natural y racionalmente predeterminadas y no eran tanto la consecuencia cuando la causa de ser un sujeto unitario¹³⁷. De ahí que, aunque los criterios de atribución de la nacionalidad y la ciudadanía se distingan durante el período revolucionario, su común raíz en la pertenencia a una comunidad política prejurídica presuntamente homogénea, heredada del Antiguo Régimen, permitirá en la práctica su paulatina aproximación durante el siglo XIX, lo que llevará a una construcción no siempre democrática del sujeto nacional de la soberanía. Y ello no sólo por la construcción étnico-cultural de la nacionalidad, de la que la ciudadanía pasa a ser un círculo concéntrico sumamente reducido, sino también porque, al reafirmarse su parcial vinculación funcional, se introducen nuevos criterios de exclusión del ejercicio de esta última para quienes ya son nacionales. En efecto, de un lado están los criterios de atribución u obtención de la ciudadanía pasiva (nacionalidad), y de otro lado aparecen los requisitos de adquisición de la ciudadanía en sentido estricto

¹³⁴ La Constitución francesa de 1791 atribuía la nacionalidad a los nacidos en Francia o de un padre francés, los nacidos en Francia de un padre extranjero cuando hayan fijado su domicilio en Francia, los nacidos en el extranjero de un padre francés que se establezcan en Francia y presten juramento cívico, distinguiendo ya desde finales del siglo XVIII entre atribución (originaria por imperativo constitucional o legal) y adquisición (derivativa) de la nacionalidad francesa, aplicables respectivamente a los franceses por nacimiento y a los extranjeros naturalizados, lo que conduce a una territorialización y nacionalización de esa ciudadanía pasiva; cfr. **LOCHAK, Danielle**, *La citoyennete: un concept juridique flou*, en Colas/Emeri/Zylberberg (dir.), *Citoyennete et Nationalite. Perspectives en France et au Québec*, Presses Universitaires de France, Paris, 1991, pág. 182.

¹³⁵ Una especie de liberalismo nacionalista que recorre Europa de la mano, entre otros, del filósofo británico John Stuart Mill (cfr. **KLUSMEYER, Douglas B.**, *Between consent and descent...*, ob. cit., pág. 61 ss.) y que tiene diversas causas político-sociales, cuando no se trata de un retroceso conservador al pensamiento absolutista prerrevolucionario, teñido ahora de las crecientes necesidades de unificación y diferenciación nacional, como en la Alemania del siglo XIX.

¹³⁶ Sobre los beneficios recíprocos que desde el punto de vista de la consolidación de los Estados-nación experimentaron las instituciones políticas de la nacionalidad y la ciudadanía como consecuencia de su recíproca interacción durante el siglo XIX, cfr. **HEATER, Derek**, *What is citizenship?*, ob. cit., pág. 99 ss.

¹³⁷ En un sentido semejante, con una magnífica explicación de las perniciosas implicaciones conceptuales que existen desde un punto de vista entre el dogma liberal de la soberanía popular/nacional y el emergente nacionalismo a partir del siglo XIX, cfr. **YACK, Bernard**, *Nationalism, Popular Sovereignty and Liberal Democratic State*, en Paul/Ikenberry/Hall (Edit.), *The Nation-State in Question*, Princeton University Press, Princeton, 2003, pág. 29 ss., 39 ss.

(ciudadanía activa) que conllevan exigencias adicionales a las sentadas para la nacionalidad. Respecto de los primeros es preponderante en la Francia revolucionaria el *ius soli* para la atribución por nacimiento y el *ius domicilii* más un juramento cívico para la adquisición posterior por naturalización¹³⁸. A partir de su regulación legal en el Código Civil Napoleónico de 1803 experimentan una etnificación como consecuencia del predominio del *ius sanguinis*, dulcificado solo con la reintroducción del *ius soli* a partir de 1889, y del incremento de los requisitos para la naturalización de los extranjeros. La capacidad de influencia en el resto Europa de este proceso de etnificación vendrá de la mano de la influencia del proceso codificador francés¹³⁹. Por su parte, los criterios de atribución y adquisición de la ciudadanía se centran, una vez establecida la pertenencia pasiva a la Nación, en la posesión de unos requisitos capacitarios necesarios para desempeñar los derechos/funciones de participación política activa, y que, tras un movimiento restrictivo durante el siglo XIX, van quedando reducidos a la edad, el sexo, la autonomía volitiva y la nacionalidad. Ello explica la confusión existente entre los requisitos de la nacionalidad y los de la ciudadanía. En los países anglosajones uno y otro instituto llegan, incluso, a fundirse terminológicamente en uno solo, el de la ciudadanía; mientras que en los Estados Europeos, el termino ciudadanía se ve absorbido por el de nacionalidad, que lo engulle como círculo concéntrico más amplio, convirtiéndose parcialmente en sinónimos, y todo lo más se distingue dentro de los nacionales, pero sin una denominación jurídica específica, a aquéllos que pueden ejercer los derechos político-participativos y aquéllos que no pueden hacerlo por falta de la capacidad exigida. Así, por ejemplo, en Francia, a pesar de que desde 1803 es el Código Civil el que define la condición de francés, los textos constitucionales monárquicos o republicanos de 1814, 1839, 1848, utilizan indistintamente los términos francés o ciudadano para referirse al nacional y reglar sus derechos civiles (y en su caso también políticos). Los arts. 24 a 32 del Estatuto Albertino italiano de 1848 se refieren al ciudadano como sinónimo de nacional para reconocerle derechos civiles. Los textos constitucionales españoles subsiguientes al de 1812, siguen en cierta medida la tendencia de nuestros vecinos franceses, propia de un predominante pensamiento liberal-conservador, consistente en diferenciar las funciones de la nacionalidad y la ciudadanía, centrándose en la

¹³⁸ En oposición a los Estados –como Alemania- en los que, desde presupuestos filosóficos y necesidades políticas distintas, se forja un concepto étnico-cultural de Nación y se tiende a primar el *ius sanguinis* en la atribución por nacimiento y a excluir o dificultar profundamente la naturalización de los extranjeros con exigencias lingüístico-culturales y más largos períodos de residencia (cfr. los arts. 2-8 de la Ley de 1 de junio de 1870 de la Federación del Norte de Alemania sobre nacionalidad federal y estatal); sobre la evolución de uno y otro modelo, cfr. **BRUBAKER, Rogers**, *Citizenship and Nationhood in Germany and France*, op. cit., pág. 114 ss., aunque no muy acertado en lo que se refiere a su previsión del desarrollo de la regulación legal actualmente vigente en Alemania.

¹³⁹ Sobre su influencia en el resto de Europa, véase con detalle **FAHRMEIR, Andreas**, *Defining the Citizen. Citizenship law in the Code Napoleon and its legacy*, ob. cit. Y ello, a pesar de que en la práctica en la propia Francia esa concepción nueva, basada en la descendencia, que trata de introducir el Código Civil de 1803, no tuviese la impronta que dejó en muchos países europeos, por diversas razones que no procede analizar aquí, y fuere *de facto* suplantada por los viejos criterios del Antiguo Régimen (*ius soli*) que en el cuerpo legal aparecían solo como secundarios.

determinación de la primera como instrumento de definición de los integrantes de la Nación (el Pueblo del Estado), y olvidándose casi por completo de la segunda, que queda relegada al legislador. Con todo, la vinculación entre una y otra sigue siendo la línea dominante, aunque ahora la distancia intermedia entre los dos círculos concéntricos, que representan uno y otro instituto, tiende a agrandarse como consecuencia de que la ciudadanía de los nacionales es definida en términos cada vez más restrictivos. Ello, a pesar de que el tamaño del círculo de la nacionalidad también se reduce, puesto que los criterios utilizados tienden a ser más excluyentes, sobre todo como consecuencia de una creciente inmigración que domina el siglo XIX, y a la que se responde con el afianzamiento del criterio del *ius sanguinis* en detrimento del *ius soli*. Todos los textos constitucionales que abarcan el período 1837-1876¹⁴⁰, tienen en común los criterios de atribución y adquisición de la nacionalidad, pero difieren, en función del tipo de constitucionalismo predominante, en la manera de construir la ciudadanía, regulando los derechos de las personas y de los españoles, y, por tanto, su inserción como miembros de la sociedad. En este sentido, la etnificación y culturización de los criterios de atribución de la ciudadanía permite aún la integración en el colectivo nacional de extranjeros residentes, cuyo *status* político, administrativo y social, tiende a diferenciarse del *status* de los naturales de origen en proporción inversa a las necesidades de poblamiento del país, esto es, permite su parcial exclusión de cada vez más ámbitos de participación política.

a). La etno-culturización de la nacionalidad en el constitucionalismo español del XIX

40. La *nacionalidad* comienza a sufrir un proceso de objetivación (etno-culturización) que resulta apreciable en diversos elementos y terminará por separarla funcionalmente de la ciudadanía, que desaparece de los textos constitucionales aunque éstos la mantengan vinculadas al exigir la posesión de una nacionalidad, cada vez más étnico-cultural, para el ejercicio de los derechos políticos de la ciudadanía. En efecto, de un lado, desaparece de todos estos textos la exigencia del *ius domicilii* para la atribución de la nacionalidad por nacimiento, lo que deja al *ius sanguinis* y al *ius soli* como únicos criterios de atribución, en contra del pensamiento revolucionario pactista acogido por la Constitución de 1812, que requeriría una voluntad expresa o tácita de pertenencia a la Nación a través de la residencia en el territorio y el sometimiento a las leyes de ésta. Este cambio de orientación se cohonestaba mucho más con la tradición histórica -desde Las Partidas- de asimilación cultural, conforme a la cual la mera residencia, por muy continuada que fuese, permitía al extranjero adquirir la vecindad, pero no la nacionalidad (naturaleza), y por tanto tampoco más derechos políticos que los meramente municipales¹⁴¹. Además, y a pesar de que a lo largo del

¹⁴⁰ Se deja a un lado el texto del Estatuto Real de 1834 porque el mismo carecía de cualquier referencia a la nacionalidad o la ciudadanía, ni de forma expresa ni siquiera tácitamente a través de una Declaración de derechos.

¹⁴¹ Así lo constata criticando la vinculación revolucionaria de 1812 entre nacionalidad y vecindad, **DE CASTRO, Federico**, *La adquisición por vecindad de la nacionalidad española*, ob. cit., pág. 81.

desarrollo constitucional parezca que uno y otro criterio de adquisición de la nacionalidad han sido establecidos en términos de igualdad, lo cierto es que su desarrollo legal, tanto antes del Código Civil de 1889 como desde la entrada en vigor de éste, demuestra el predominio del criterio sanguíneo con respecto al de nacimiento en territorio español, que pasa a tener un papel subordinado al ejercicio del derecho de opción por parte del nacido en España de padres extranjeros¹⁴².

41. De otro lado, a partir de la Constitución de 1845, que autoriza al legislador a distinguir los derechos que habían de disfrutar los nacionalizados por Carta de naturaleza o vecindad, se abre la puerta a su diferenciación respecto a los españoles de origen en todo lo no dispuesto por los textos constitucionales sobre el régimen jurídico de la nacionalidad (procedimiento de adquisición, vecindad, pérdida, suspensión etc...)¹⁴³. La función de la nacionalidad se despolitiza, pues se desvincula de la función configuradora del sujeto de la soberanía, seguramente por el predominio durante este período del constitucionalismo conservador que atribuye la soberanía de forma compartida al Rey y a las Cortes. Poco a poco su función se va orientando socio-económicamente a ser un instrumento de control de los flujos migratorios¹⁴⁴, así como del tamaño y calidad de la población que había de componer la Nación española.

42. La concepción pactista revolucionaria concebía la pertenencia al sujeto colectivo nacional como el efecto cuasi-automático de la coincidencia de dos voluntades de igual valor. De un lado, estaba la voluntad de la comunidad ya organizada políticamente que se expresa en las leyes sobre atribución de la nacionalidad por nacimiento o sobre naturalización. De otro lado, aparecía la voluntad de quien, habiendo nacido en el territorio del Estado o siendo hijo de padres integrantes de la comunidad, manifiesta tácitamente su voluntad de integrarse en ella mediante su residencia bajo sus leyes, y en el caso de provenir de otra comunidad nacional a la que ya se encuentra adscrito, mediante su residencia bajo aquellas leyes durante un período de tiempo, su renuncia a su nacionalidad anterior y el juramento de lealtad a la Constitución¹⁴⁵. Sin embargo, la etno-culturización de la

¹⁴² Cfr. **FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos**, *Derecho español de la nacionalidad*, ob. cit., pág. 70-71 ss. Esta tendencia legal se aprecia en los Proyectos anteriores al Código Civil de 1889, como el Proyecto de Código Civil de 1851 (arts. 22 y 23), el Proyecto de Código Civil de 1869 (arts. 24 y 25), el Proyecto de Código Civil de 1882 (arts. 16 y 17) y, posteriormente, el Código Civil de 1889 (art. 19).

¹⁴³ Al efecto véase el Proyecto de Ley sobre naturalización de 1847, el art. 34 del Proyecto de Código Civil de 1836, que se aparta incluso del requisito de vecindad, establecido por el Estatuto Real de 1834, y de la forma de adquisición de la vecindad, fijada con carácter general por el propio Proyecto en su art 64; los arts. 35 y 36 del Proyecto de Código Civil de 1851 y los arts. 37 y 38 del Proyecto de Código Civil de 1869, que fijan plazos de residencia más extensos a los requeridos para los españoles y requisitos adicionales (no previstos por los textos constitucionales) para que un extranjero pueda obtener la vecindad y con ello naturalizarse español. Sobre ello en general **FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos**, *Derecho español de la nacionalidad*, ob. cit., pág. 69.

¹⁴⁴ Sobre la relación entre emigración y nacionalidad en el constitucionalismo español del siglo XIX, véase **ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia**, *Nacionalidad y emigración*, ob. cit., pág. 47 ss.

¹⁴⁵ Véase el art. 25 del Código Civil de 1889, que también añade el requisito formal de la inscripción como españoles en el Registro civil.

nacionalidad hace que dicha pertenencia pase a ser, tanto en los casos de atribución por nacimiento como en los de adquisición derivativa por el extranjero residente, una característica objetiva de un *status* que le atribuye unilateralmente el Estado para recrear ciertas características prejurídicas comunes y que no depende de una coincidencia paritaria de voluntades. Por ello, la intervención gubernativa, sobre todo en el expediente de adquisición derivativa de la nacionalidad española, pasa a ser determinante y condicionante más allá de lo expresamente previsto por los textos constitucionales o por el Código Civil¹⁴⁶. Así, el Decreto de 6 de noviembre de 1916, derogado por Decreto de 29 de abril de 1931, exige una previa inscripción en el Registro de ciudadanía y vecindad civil para que comience a contar el plazo de residencia con el que ganar la vecindad, y niega la posibilidad de solicitar la nacionalidad española a los extranjeros condenados o imputados por ciertos delitos. A pesar de que constitucionalmente se mantenga el criterio del *ius soli* como criterio (junto con el *ius sanguinis*) de atribución de la nacionalidad por nacimiento, se ha dado el paso decisivo en la etnificación y culturización del sujeto abstracto al que se imputa la soberanía, puesto que se eliminan de su formación los elementos voluntaristas que estaban presentes en la concepción revolucionaria francesa y se deja bajo el dominio, aunque sea indirecto, de criterios de atribución objetiva por nacimiento que permiten una homogeneización política y cultural del mismo¹⁴⁷, tanto mayor cuanto más predomine el criterio sanguíneo.

b) La nacionalización de la ciudadanía en el constitucionalismo español del XIX

43. En lo que se refiere a la *ciudadanía*, ésta desaparece formalmente como categoría de los textos constitucionales, aunque su contenido siga parcialmente presente en ellos. Se pueden observar dos movimientos pendulares en la configuración constitucional de su contenido durante este largo período decimonónico. Por un lado, los derechos civiles, cuya garantía es imprescindible para una mínima integración del individuo en la sociedad, pasan de estar constitucionalmente atribuidos sólo a los españoles en los textos de 1837, 1845 y 1856, a estarlo a todas las personas en los de 1869 y de 1876, lo que permite dotarles del carácter de estatuto de integración en la vida social de la Nación, e incluso permitirá politizarlos (piénsese en la libertad de imprenta o en el derecho de asociación) hasta el punto de convertirlos en un mecanismo indirecto de participación política. Además, a pesar de la decidida intención de los constituyentes de excluir de los textos constitucionales el núcleo de los derechos de ciudadanía, esto es, los derechos de participación política, por considerarlos cuestión mudable y que debe quedar a la determinación del legislador ordinario, algunos de ellos terminan siendo acogidos en él muy restrictivamente, como el derecho de sufragio pasivo al Congreso y el Senado (arts. 23 y 17 de la Constitución de

¹⁴⁶ Una valoración muy positiva del mismo es realizada por **DE CASTRO, Federico**, *La adquisición por vecindad de la nacionalidad española*, ob. cit., pág. 84-85.

¹⁴⁷ En particular, como demuestra **BÖS, Matthias**, *The legal construction of membership: nationality Law in Germany and the United States*, op. cit., pág. 24, *ius sanguinis* y *ius soli* son mecanismos funcionalmente equivalentes, para la socialización del individuo en el seno de una comunidad políticamente organizada.

1837 respectivamente), y su regulación constitucional se va ampliando en los sucesivos textos constitucionales al derecho universal y masculino de sufragio activo, al derecho a acceder a los cargos y funciones públicas (art. 16 y 27 de la Constitución de 1869), etc...

44. Con todo, y ahí comienza el segundo movimiento pendular restrictivo del contenido de la ciudadanía, el art. 27 de la Constitución de 1869 y del Proyecto de Constitución de 1873, y el art. 2 de la Constitución de 1876 reintroducen una prohibición de ejercicio de cargos y funciones públicas que lleven aneja autoridad o jurisdicción por parte de los extranjeros naturalizados, parcialmente prevista, como se vio, por la Constitución española de 1812. Los textos constitucionales la concretan expresamente respecto de ciertos cargos –como diputados y senadores- (art. 26 y 22 de la Constitución de 1876), y dejan esa concreción en manos del legislador respecto de otros cargos –como diputados provinciales, alcaldes y concejales o jueces y magistrados- (que establecen la Ley Provincial de 9 de agosto de 1882, la Ley Municipal de 2 de octubre de 1877, la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870). Con ello no se quiebran los supuestos excepcionales de ejercicio de algunas funciones públicas por parte de los extranjeros, que había tolerado el derecho del Antiguo Régimen (Novísima Recopilación de las Leyes de España, VI, II, 1) y la propia Constitución de 1812 (art. 23), y que recoge el Real Decreto de extranjería de 17 de noviembre de 1852, vigente durante todo el siglo XIX. El art. 27 de este último, aunque prohibía el ejercicio de derechos políticos por parte de los extranjeros avocados y no naturalizados, les permitía ejercer el sufragio municipal y obtener cargos públicos municipales y estatales que no llevasen anejo el ejercicio de autoridad o jurisdicción, siempre que renunciasen a su exención del servicio militar español y a la protección del Estado extranjero del que procedían, tratando con ello de dar una falsa apariencia de ciudadanía, reconducible en buena medida al concepto medieval-renacentista de *municipes*. Al mismo tiempo, la vecindad se va transformando en una condición que discrecionalmente concede el Ministerio de Gracia y Justicia previo expediente incoado al efecto, conforme a lo dispuesto por los arts. 2-9 del Real Decreto de 6 de noviembre de 1916, esto es, se orienta hacia ser una circunstancia objetiva, tal y como había sido prevista en la legislación histórica, y se aleja de su consideración como una circunstancia subjetiva, expresión de la voluntad de establecerse por parte del extranjero, tal y como trató de ser recogida por los diversos proyectos de código civil español decimonónicos.
45. En contrapartida, a partir del texto constitucional de 1869 se amplía la garantía constitucional de ciertos derechos civiles (como la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones o la propiedad) a los extranjeros, cuyo reconocimiento ya no queda reducido exclusivamente a lo dispuesto por el legislador civil, e incluso se les reconocen algunos derechos específicos, como el derecho a inmigrar y establecerse socio-económicamente en España (art. 26 de la Constitución de 1869, art. 27 del Proyecto de Constitución de 1873 y art. 2 de la Constitución de 1876), expresión aún de la necesidad de repoblación del país. Su correlato es el derecho constitucional de los españoles a emigrar

sin sufrir la pérdida de la nacionalidad o la ciudadanía, cuyas obligaciones continuaban expresamente vigentes, como por ejemplo la de contribuir a las cargas públicas y la del servicio militar (art. 26 de la Constitución de 1869, art. 28 del Proyecto de Constitución de 1873 y art. 9 de la Constitución de 1876). Pero del mismo modo, y por influencia de la etno-culturización de la nacionalidad a que se hizo alusión antes, los textos constitucionales permiten establecer una nueva distinción en el disfrute de los derechos de ciudadanía –no prevista en el pensamiento revolucionario liberal-, referida a la condición de natural (originario) o naturalizado (derivativo), del español que pretende ejercerlos. La Constitución de 1845 así lo contempla en su art. 1 *in fine* y habilita al legislador a determinar los derechos que deberán gozar los extranjeros que obtengan carta de naturaleza o hayan sido naturalizados por vecindad, aunque afortunadamente nunca llegase a ser desarrollada¹⁴⁸.

46. Unos y otros elementos distorsionan la función jurídica incluyente de la ciudadanía y dan la sensación de convertirla en una válvula de escape del sistema político para mantener una mínima apariencia liberal, sin otorgar una real e igual capacidad de participación a sus súbditos, como ponen de relieve la mayoritaria ausencia constitucional de regulación del derecho de sufragio activo y su configuración como sufragio censitario en la legislación electoral¹⁴⁹, por lo menos de los textos constitucionales liberal-conservadores de 1837, 1845, 1856 o 1876, respecto de los cuales los progresistas de 1869 y 1873 constituyeron una excepción de vigencia efímera.

4. Nacionalidad y ciudadanía en el proceso de socialización y democratización del Estado constitucional

4.1. Mantenimiento de cierta vinculación formal pero renacimiento de la distinción funcional entre nacionalidad y ciudadanía

47. La idea democrática del autogobierno del Pueblo que estaba implícita en los movimientos revolucionarios se desarrolla plenamente durante el siglo XX de la mano de la consolidación del Estado constitucional democrático. Este desarrollo implicó, sin embargo, una cierta desnaturalización y transformación de aquella inicial concepción liberal-democrática a raíz de la recíproca dependencia que pasa a establecerse entre democracia y Estado

¹⁴⁸ El legislador ordinario trata de establecer esa distinción, en la consideración, cada vez más generalizada, de que la nacionalidad y la ciudadanía son materias que deben ser reguladas por el Código civil y no por la Constitución; cfr. el art. 37 del Proyecto de Código Civil de 1836, que excluye a los naturalizados por vecindad del ejercicio de cualesquiera derechos políticos nacionales (no los municipales que, siguiendo la tradición histórica medieval podía ejercer al convertirse en vecino de un municipio); y el art. 44 del Real Decreto de 17 de noviembre de 1852, vigente hasta 1916, que reitera hasta 1931 la diferencia entre español de origen y español naturalizado a los efectos del disfrute de los derechos de ciudadanía previstos en la Constitución de 1845.

¹⁴⁹ De ahí que el legislador electoral se mueva durante todo el siglo XIX desde una consideración censitaria del sufragio activo (Ley de 28 de julio de 1837 y ley de 18 de marzo de 1846) hacia una universalización del mismo (Decreto de 9 de marzo de 1869, confirmada por la Ley de 1890), no sin vaivenes (Ley de 20 de julio de 1877 que retorna al sufragio censitario), para asentarse definitivamente en esta última postura en la Constitución de 1931); cfr. **PRESNO LINERA, Miguel Angel**, *El derecho de voto*, ob. cit., pág. 66 ss.

de derecho: sin democracia no se desarrolla plenamente el Estado de derecho, pero, al mismo tiempo, sin el Estado de derecho es imposible concebir la idea de democracia. Esta transformación, de la que es máxima representación la soberanía de la Constitución democrática¹⁵⁰, va a afectar también a la función y papel que han de desempeñar la nacionalidad y la ciudadanía. En efecto, la consolidación del Estado constitucional democrático no solo trajo consigo el sometimiento pleno de todos los poderes públicos al respeto de las libertades y derechos constitucionalmente garantizados a los individuos (lo que en los EE.UU. se había conseguido de la mano de la Constitución de 1787), sino que, además, provocó un proceso de eliminación sucesiva de los requisitos para el ejercicio de los derechos de ciudadanía, especialmente del derecho de sufragio, que ya había comenzado en el siglo XIX con la eliminación de las exigencias de capacidad económica¹⁵¹. La posterior eliminación de la distinción de sexo y la progresiva reducción de la edad, así como la espiritualización de los actos simbólicos de juramento para acceder a los cargos públicos, son dos de los ejemplos que hacen más patente el principio de igualdad democrática e incrementan el número de sujetos integrantes de la Nación que pueden participar en la formación de su voluntad política. Dicho con otras palabras, por lo que se refiere a la ciudadanía (activa), la sucesiva ampliación del número de nacionales (ciudadanos pasivos) a los que se confiere la capacidad de ejercicio del poder es la expresión natural del proceso de democratización del ordenamiento y de su necesidad de alcanzar nuevas bases de legitimación funcional.

48. La plena consolidación del Estado democrático de derecho hace también necesaria la autonomización de su supremacía normativa, desvinculando su carácter democrático de la idea de pacto fundacional y de un presunto sujeto prejurídico *legibus solutus*. Todos, también los integrantes del Pueblo o la Nación, están sujetos al ordenamiento, por lo que aquél no puede ser sino una ficción jurídica cuya finalidad es, precisamente, reflejar algunas de las características del proceso de creación normativa democrática. Entre ellas se incluye sin duda la ciudadanía, o mejor dicho, las ciudadanías en función del grado de pertenencia que la democracia exija otorgar a cada individuo en las distintas esferas de comunicación social, y cuya culminación puede ser la pertenencia a un sujeto colectivo nacional (Pueblo del Estado) que decide democráticamente los aspectos más trascendentes de la regulación jurídica. Pero para ello es preciso desvincular la pertenencia al Pueblo o a la Nación, esto es, la nacionalidad, tanto de una coincidencia étnica, cultural o histórica, como de un pacto político asociativo entre los integrantes de una comunidad. No depende, pues, de un concurso de voluntades entre los asociados o entre éstos y los nuevos aspirantes a integrarse, sino de la voluntad del ordenamiento de configurarse democráticamente. El ordenamiento democrático tiende a maximizar la

¹⁵⁰ Haciendo buena la frase de **KRIELE, Martin**, *Introducción a la Teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*, Depalma, Buenos Aires, 1980, pág. 49 ss., “en el Estado constitucional no hay soberano”.

¹⁵¹ Sobre la progresiva abstracción de las condiciones para el ejercicio del derecho de sufragio, cfr. **PRESNO LINERA, Miguel Angel**, *El derecho de voto*, ob. cit., pág. 62 ss.

igualdad, el pluralismo y la participación de los sometidos al poder en su ejercicio, lo que permite crear diversos círculos o niveles de ciudadanía en función de la afectación de los individuos por cada sector del ordenamiento aplicable, sin con ello caer en una democracia corporativa o de intereses. Además, la participación ya no sólo se centra en la integración del individuo en alguna de las fases representativas o directas de la creación normativa, sino que se extiende y se hace necesaria en el ámbito social, reformulando democráticamente la mayor parte (si no todos) de los denominados derechos civiles, que pasan, junto con los auténticos derechos de participación política (sufragio y acceso a los cargos o funciones públicas), a convertirse en parte del contenido de la ciudadanía¹⁵². Así, muchos ordenamientos democráticos, a los que el nuestro no es ajeno, abren la participación social a quienes no son nacionales y les extienden también algunos derechos de participación política en el ámbito local. Con ello, la función jurídica de la nacionalidad tiende a quedar circunscrita a delimitar exteriormente al Pueblo del Estado, y a vincularlo interiormente al ejercicio de aquella parte de la ciudadanía que exige un mayor grado de afectación en la toma de decisiones por el ámbito material y personal de éstas.

49. Junto a las dos transformaciones antedichas se produce, además, una tercera, la socialización del Estado democrático, que conlleva la inclusión de los derechos sociales entre los necesarios para la plena pertenencia a la comunidad. En otras palabras, en el Estado social y democrático de derecho para ser ciudadano no basta con que el ordenamiento jurídico garantice al individuo la participación civil o política, es necesario tener garantizado un *status* socio-económico mínimo que la haga fácticamente posible y generalizada. Para ello, los derechos sociales han de pasar a formar parte del contenido facultativo de la ciudadanía¹⁵³, lo que permite reforzar y extender también su contenido obligatorio (sobre todo de las obligaciones tributarias y sociales) a un número de sujetos cada vez mayor, que trasciende el colectivo de los nacionales. En efecto, la capacidad de participación del individuo en el ejercicio del poder depende de que se le proporcionen los medios necesarios para disfrutar real y efectivamente de la libertad e igualdad formales que son el presupuesto de su participación democrática. Ello tiene como consecuencia que para integrarse plenamente como ciudadano en una comunidad política sea precisa la garantía prestacional por el Estado de los medios materiales necesarios para formar parte de los distintos subsistemas sociales, y en particular del sistema político, en condiciones de libertad e igualdad. A tal efecto el ordenamiento garantiza a los individuos diversos derechos sociales según su nivel de sujeción, de entre los cuales uno de los más relevantes es el derecho a la educación, tanto por su conexión directa como presupuesto material de una efectiva participación política como por su funcionalidad para una libre formación de la voluntad del Pueblo del Estado nacional. Dado que el cumplimiento por parte del Estado de semejantes obligaciones prestacionales depende de su disponibilidad de los medios materiales

¹⁵² **ALAEZ CORRAL, Benito**, *Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático*, Revista de Estudios Políticos, N° 127, 2005, pág. 143 ss.

¹⁵³ **MARSHALL, Thomas H.**, *Citizenship and Social Class* (1950), Pluto Press, Chicago, 1992, pág. 8 ss.

necesarios, el mismo solo se consigue con un reparto equitativo de las cargas públicas, para lo cual es necesario reforzar y ampliar el círculo personal de los obligados a sostenerlas en proporción a sus ingresos, incluyendo a los extranjeros residentes de manera correlativa a su pretensión de ser incluidos como potenciales beneficiarios de muchos de estos derechos sociales. Piénsese que en sociedades envejecidas, como las occidentales democráticas, la mano de obra inmigrante constituye una fuente de redistribución de la riqueza generada por éstos. Por ello no parece democrático –y mucho menos social- que dichas personas, que contribuyen al sostenimiento material del Pueblo del Estado, y están sujetos territorialmente a la mayor parte de su ordenamiento, no puedan ser al mismo tiempo ciudadanos activos y participar en la formación de la voluntad política colectiva, posean o no la nacionalidad del Estado.

50. Todo ello conduce a una autonomización de las funciones que han de desempeñar la nacionalidad y la ciudadanía¹⁵⁴. Mientras la primera puede ser utilizada únicamente para definir hacia el exterior las fronteras personales del Estado-ordenamiento¹⁵⁵, esto es, puede tener una función jurídica excluyente, la segunda ha de servir como elemento para incrementar la diferenciación funcional del sistema jurídico mediante mecanismos que permitan el intercambio de papeles por parte de los individuos en los distintos sistemas sociales, permitiendo la canalización de expectativas hacia el primero, esto es, mediante la maximización material y personal de su inclusión en la sociedad¹⁵⁶. Un buen ejemplo actual de la regulación constitucional diferenciada de ambos institutos lo ofrece la vigente Constitución federal de México, que utiliza el término mexicanos para referirse a los nacionales, integrantes de la Nación mexicana, regulando las condiciones de adquisición de dicha condición en el art. 30 conforme a una mixtura de los criterios del *ius sanguinis* y del *ius soli* para la adquisición por nacimiento y del *ius domicilii* para la naturalización posterior; por el contrario utiliza el término ciudadanos para referirse a un conjunto de nacionales a los que confiere derechos y deberes de participación en las diversas esferas sociales, pero especialmente en la política, regulando las condiciones de adquisición de esta segunda condición así como el concreto contenido facultativo y obligatorio que genera en el art. 34 ss.

51. Con todo, el sistema jurídico democrático no consigue librarse por completo de la herencia histórica que arrastran ambas categorías, de ahí que sigan manteniéndose en buena medida vinculadas, con distinta o con la misma denominación¹⁵⁷. En efecto, al amparo de las fórmulas decimonónicas de

¹⁵⁴ Una muy clara exposición de su diferente significado jurídico y de la vinculación existente entre ambos conceptos la da **KADELBACH, Stefan**, *Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft*, ob. cit., pág. 91 ss.

¹⁵⁵ Cfr. **HOLZ, Klaus**, *Citizenship: Mitgliedschaft in der Gesellschaft oder differenztheoretisches Konzept?*, ob. cit., pág. 195-196.

¹⁵⁶ Cfr. **STICHWEH, Rudolf**, *Zur Theorie politischer Inklusion*, en Holz, Klaus (Hrsg.), *Staatsbürgerschaft.....*, ob. cit., pág. 166.

¹⁵⁷ Respecto de quiénes forman parte del conjunto de individuos unidos por el vínculo legal de la nacionalidad con el Estado, y de cuál es el contenido iusfundamental que conforma la ciudadanía, incluso en ordenamientos que engloban los dos aspectos interrelacionados bajo el

atribución de la soberanía a un sujeto colectivo, aún presentes en la mayor parte de los textos constitucionales occidentales, se sigue vinculando buena parte, cuando no toda, la participación política a la pertenencia del individuo al colectivo nacional soberano, lo que conduce a identificar falsamente la ciudadanía con una parte de los derechos que otorga la nacionalidad. La identificación se produce, no obstante, solo de forma parcial, pues muchos ordenamientos estatales y supraestatales (como la Unión Europea) han independizado de la posesión de una nacionalidad amplios sectores de la ciudadanía, sobre todo los referentes a la participación económica y social, e incluso algunos aspectos de la participación política (municipal), rindiendo así tributo a las exigencias del Estado social y democrático de derecho. Así, aunque en algunos casos extremos se excluye del ejercicio de los principales derechos ciudadanos de participación política a los nacionales no residentes en el territorio del Estado (es el caso antes visto de México)¹⁵⁸, en el otro extremo se encuentran Estados que incluyen en dicho ejercicio a extranjeros residentes que no se han incorporado al colectivo de nacionales (es el caso de Nueva Zelanda)¹⁵⁹, hallándose la mayoría en diversos puntos intermedios con una cierta tendencia hacia este último polo de construcción de una ciudadanía postnacional¹⁶⁰. Se sigue exigiendo, sin embargo, la nacionalidad para el ejercicio de los principales derechos de participación política, particularmente el acceso a funciones públicas que conlleven jurisdicción o autoridad y el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones nacionales o estatales, esto es, para todas aquellas funciones normativas que directa o indirectamente inciden sobre el ejercicio de la “competencias de las competencias”¹⁶¹. Con todo, no es la vinculación entre nacionalidad y ciudadanía lo que pone en peligro la legitimación democrática del sistema jurídico, sino el desconocimiento, al llevarla a cabo, de la diferente función que una y otra desempeñan, y que se produce al hacer de la nacionalidad una condición para el ejercicio del núcleo de la ciudadanía sin antes democratizar los requisitos de adquisición o atribución de la primera¹⁶².

4.2. Vinculación y diferenciación de la nacionalidad y la ciudadanía en el constitucionalismo español del siglo XX

52. En lo que se refiere al constitucionalismo español del siglo XX, anterior a la plena democratización y socialización del Estado que opera el vigente texto de 1978, cuyo análisis se obvia aquí por exceder el marco temporal de este

concepto de ciudadanía, cfr. **BOSNIAK, Linda**, *Constitutional citizenship through the prism of alienage*, ob. cit., pág. 1296 ss.

¹⁵⁸ Sobre ello, críticamente, **CARPISO, Jorge**, *El voto de los mexicanos en el extranjero: contexto, peligros y propuestas*, en CARPISO/VALADÉS, *El voto de los mexicanos en el extranjero*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988, pág. 73 ss.

¹⁵⁹ Desde 1975 se permite a los extranjeros residentes permanentes ejercer el sufragio activo – no el pasivo– en las elecciones al Parlamento neozelandés.

¹⁶⁰ **SOYSAL, Yasemin Nuhoglu**, *Limits of citizenship. Migrants and postnational membership in Europe*, University of Chicago Press, Chicago, 1994, pág. 136 ss.

¹⁶¹ Cfr. **ALAEZ CORRAL, Benito**, *Nacionalidad y ciudadanía ante las exigencias del Estado constitucional democrático*, ob. cit., pág. 158 ss.

¹⁶² Sobre ello ya críticamente, **ALAEZ CORRAL, Benito**, *Nacionalidad y ciudadanía desde la perspectiva de la soberanía democrática*, en Miguel Presno (Coord.), *La situación jurídica y socioeconómica de los extranjeros en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 59.

trabajo, destacan el Anteproyecto de Constitución elaborado en 1929 durante la dictadura del General Primo de Rivera y la Constitución de 1931 debido a su especial forma de considerar la nacionalidad y la ciudadanía. Se deja a un lado los casi cuarenta años de dictadura del General Franco, que suponen un paréntesis en la consideración moderna de ambos institutos, y conllevan una vuelta a los modelos historicistas medievales. Aunque se trata de dos textos muy distintos entre sí en lo que se refiere a su vigencia y a sus características estructurales¹⁶³, tienen en común el renacimiento de la diferenciación funcional de la nacionalidad y la ciudadanía desde bases teóricas diversas, y el mantenimiento de su vinculación, subordinando el disfrute de la ciudadanía a la posesión de la nacionalidad. Ello se pone plásticamente de relieve en el art. 14 del Anteproyecto constitucional de 1929, conforme al cual tanto la naturalización privilegiada como la común confieren al naturalizado los derechos y obligaciones inherentes a la nacionalidad española, incluidos los de ciudadanía en los términos constitucionalmente previstos después en el art. 20. Sin embargo, ambos textos constitucionales difieren en la forma de caracterizar formal y materialmente al sujeto nacional de la soberanía a cuya construcción contribuyen, en la medida en que el Anteproyecto de Constitución de 1929 se basa en unos principios estructurales bien distintos al principio democrático de la Constitución de 1931.

a) El tránsito hacia una concepción más universalista de la nacionalidad

53. Por lo que se refiere a la *nacionalidad*, las diferencias existentes entre el Anteproyecto constitucional de 1929 y el texto republicano de 1931 respecto de la configuración subjetiva de la Nación española se ven atenuadas por la necesidad de darle a aquélla un tratamiento constitucional más extenso que el que había recibido en los textos decimonónicos, atribuyéndole, con ello, una función política de control del tamaño del Pueblo del Estado, en atención a unos u otros valores políticos. El Anteproyecto constitucional de 1929 es claro a la hora de decantarse por atribuir a la nacionalidad una función nacionalista excluyente en la configuración de la Nación (art. 3), cuya composición primaria se deriva ya en términos étnico-culturales de la descendencia sanguínea de padres españoles (art. 13.1), y solo secundariamente en términos voluntaristas del nacimiento o residencia continuada en territorio español (arts. 13.3, 14, 15 y 16). En efecto, estas últimas formas de adquisición de la nacionalidad en el caso de la vecindad del extranjero inmigrado (*ius domicilii*) y de atribución por nacimiento en España del hijo de extranjero (*ius soli*), se subordinan a la coincidencia de dos voluntades: la del extranjero que solicita la vecindad primero y la nacionalidad después, opta o manifiesta expresamente su voluntad de adquirir la nacionalidad española (naturalización privilegiada), o pide la adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza (naturalización común); y la del Estado español que, con un mayor o menor

¹⁶³ Sobre el Anteproyecto de Constitución de 1929, véase, con carácter general, **GARCÍA CANALES, Mariano**, *El problema constitucional en la Dictadura de Primo de Rivera*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980; y sobre la Constitución de 1931 **PÉREZ SERRANO, Nicolás**, *La Constitución Española (9 de diciembre de 1931). Antecedentes. Texto. Comentario*. Ed. Revista. de Derecho Privado, Madrid, 1932.

margen de discrecionalidad, realiza los actos jurídicos necesarios para el establecimiento del vínculo de la nacionalidad. Se constitucionaliza así, lo que había sido una tendencia legal desde finales del siglo XIX bajo el Real Decreto de 6 de noviembre de 1916 y el art. 25 del Código Civil de 1889. Curiosamente, el margen de discrecionalidad era menor en algunos supuestos de adquisición de la nacionalidad por naturalización privilegiada, donde el art. 16 del Anteproyecto de Constitución imponía al legislador límites formales (taxatividad de los supuestos de rechazo) y materiales (extraordinariedad y vinculación a la seguridad pública u otro interés nacional) para su denegación más severos que en otros casos de atribución constitucional de la nacionalidad (extranjeros avecindados), pues el silencio constitucional, combinado con la lista de requisitos y exclusiones previstos en el Real Decreto de 6 de noviembre 1916, hacía sumamente difícil la integración en la Nación española de muchos extranjeros residentes. Mientras, la adquisición de nacionalidad por carta de naturaleza (naturalización común) alcanza su máximo margen de discrecionalidad política en el art. 15 del Anteproyecto que concibe su libre otorgamiento por parte del poder público. Congruentemente con ello, la ciudadanía se atribuye preferente a los españoles de origen y a los naturalizados privilegiadamente, en detrimento de los españoles por naturalización común, a los que se exige una residencia adicional de cinco años para su disfrute.

54. Al contrario, la Constitución republicana de 1931, inspirada por la transformación antes aludida del principio democrático¹⁶⁴ y por un universalismo ausente en la mayor parte del constitucionalismo del siglo XIX, se sirve de la nacionalidad más para *construir* una Nación española nueva que para reconstruir una Nación histórica y étnico-cultural, previa y anterior al ordenamiento jurídico. De ahí, que se aleje del manejo de los criterios de atribución y adquisición de la nacionalidad utilizados por el Anteproyecto de 1929, le confiera a ésta una función universalista incluyente del máximo número de individuos, aunque ello no siempre sea plenamente congruente con el principio democrático. En efecto, una primera medida adoptada por la Constitución de 1931 fue ampliar el ámbito de actuación del *ius soli* como criterio de atribución de la nacionalidad española por nacimiento, concediéndosela a los nacidos en España de padres desconocidos de forma automática y a los nacidos en España de padres extranjeros de forma latente, actualizable a través del ejercicio del derecho de opción en la forma que las leyes determinasen (art. 23. 3 y 2). Y en lo que se refiere a la adquisición de la nacionalidad española por residencia (*ius domicilii*), aunque el art. 23.4 del texto constitucional no difiriese sustancialmente en su dicción literal de lo que venía siendo norma común en nuestras Constituciones decimonónicas, el Decreto de 29 de abril de 1931 la convirtió en una institución que operaba casi automáticamente cuando se daban la solicitud del extranjero residente y el cumplimiento del

¹⁶⁴ Esta democratización se observa no sólo en una mayor inclusión de los extranjeros residentes a través del proceso de naturalización, sino también en aspectos como la equiparación entre el hombre y la mujer en materia de nacionalidad, con la consiguiente quiebra del principio de unidad jurídica familiar; sobre ello, cfr. **ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia**, *Nacionalidad y emigración*, ob. cit., pág. 68-69.

requisito de vecindad. El citado Decreto eliminó, con una clara vocación cosmopolita y universalista, las exigencias de carácter político y administrativo que había establecido el Real Decreto de 6 de noviembre de 1916, aunque requiriese en sus arts. 2 y 3 un período de residencia bastante largo, de diez años si no concurrían circunstancias especiales (matrimonio con una española, establecimiento empresarial en España, servicios importantes para la Nación, etc...), o de cinco años si concurrían dichas circunstancias. La segunda vía utilizada por el texto constitucional para ampliar el tamaño de la Nación española, aún con una finalidad incluyente, tuvo una incidencia menos coherente con el principio democrático. Consistió en reducir los supuestos de pérdida de la nacionalidad española a la pérdida voluntaria, y en ampliar los supuestos de doble nacionalidad con la finalidad de incluir entre los españoles a los hijos de emigrados a las nuevas naciones americanas que habían adquirido la nacionalidad de estos países¹⁶⁵. Entre las causas de pérdida de la nacionalidad (art. 24) se incluyó junto a la naturalización en un país extranjero, el hecho de entrar al servicio de armas de un país extranjero sin autorización del Estado español o aceptar un cargo público de un Estado extranjero que lleve anejo ejercicio de autoridad o jurisdicción (ejercicio de la ciudadanía), lo cual parecía razonable desde el punto de vista democrático, pues impedía la participación simultánea en dos comunidades políticas territoriales. Pero se permitió la conservación de la nacionalidad española de aquellos españoles que se nacionalizase en alguno de los países hispánicos de América, con el correspondiente mantenimiento del ejercicio de la ciudadanía para quienes carecían de la sujeción mínima al ordenamiento español que, desde un punto de vista democrático, les hiciese acreedores de los derechos de participación ciudadana.

b) Hacia una más precisa ampliación material y personal de la ciudadanía

55. Este último aspecto conduce a un análisis, siquiera sucinto, del tratamiento constitucional dado por el Anteproyecto de 1929 y por el texto constitucional de 1931 a la *ciudadanía*. Uno y otro coincidieron en diferenciar esta última categoría de la nacionalidad, haciendo mención expresa de ambas en el texto constitucional –mucho más clara en el Anteproyecto de 1929-. Sin embargo, divergieron en la forma de definir la ciudadanía, fruto de su diferente configuración de la nacionalidad, y de la vinculación inescindible establecida entre una y otra. El Anteproyecto constitucional de 1929 define la ciudadanía en su art. 20 como la “capacidad de ejercicio de los derechos políticos y de los cargos que tengan aneja autoridad o jurisdicción”, por lo que corresponde únicamente a quienes poseen capacidad de obrar (cumplimiento de la edad legal para su ejercicio) y son españoles de origen (por atribución constitucional de la nacionalidad española) o extranjeros naturalizados privilegiadamente. Solo se atribuye de forma diferida, a los cinco años de haber obtenido la nacionalidad y residir habitualmente en España, a los naturalizados comúnmente. Como se puede ver, la definición constitucional es precisa y muy clara en comparación con lo que había sido usual en el largo período decimonónico anterior, pero al mismo tiempo

¹⁶⁵ Sobre ambos elementos, cfr. **ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia**, *Nacionalidad y emigración*, ob. cit., pág. 67 ss.

sumamente restrictiva en lo relativo a quienes disfrutaban de la ciudadanía y a cuál sea su contenido, también en cierta consonancia con la tendencia reflejada por el constituyente y por el legislador del siglo XIX de permitir un trato diferencial de los extranjeros naturalizados respecto de los españoles de origen. El disfrute de cualesquiera derechos políticos, e incluso civiles, por parte de los extranjeros súbditos coloniales¹⁶⁶ quedaba a merced del legislador (art. 21), con lo que se disolvía la constitucionalización de cualquier otra fórmula de ciudadanía. El contenido de derechos ciudadanos a que hace referencia el art. 20 parece referirse únicamente al derecho de sufragio activo y pasivo (derechos políticos), y al acceso a cargos y funciones públicas (cargos que tengan aneja autoridad o jurisdicción). Sin embargo, se ve completado posteriormente por un contenido adicional -en el que se vuelve a hacer mención al término ciudadanía-, que confirma la cualidad política de los derechos respecto de los cuales se utiliza, como las libertades de expresión e información, asociación, reunión, o en fin los derechos de participación en los asuntos públicos, que el art. 29 considera derechos de los españoles en sus relaciones con sus *conciudadanos*. Fuera de la ciudadanía parecen quedar los derechos civiles o sociales (arts. 23 ss.), que el propio texto constitucional reconoce a todas las personas o a los españoles según los casos, y las obligaciones ciudadanas de los españoles (art. 22).

56. A diferencia del Anteproyecto de 1929, la Constitución republicana de 1931 no contiene una definición de la ciudadanía ni de su vinculación con la nacionalidad, sino que únicamente utiliza de forma aislada la palabra ciudadano, lo que ha llevado a algunos autores a interpretar que el término ciudadano era más amplio que el de nacional español e incluía a los extranjeros residentes, a los que de este modo se habría reconocido también constitucionalmente el derecho de sufragio¹⁶⁷. En nuestra opinión, la Constitución española de 1931 no llegó tan lejos. El texto republicano garantizaba en su Título III derechos de las personas, de los españoles, e incluso de los extranjeros (como el derecho a inmigrar o las garantías legales frente a la expulsión del art. 31), a pesar de intitularse “de los

¹⁶⁶ Con una cierta confusión, el Anteproyecto constitucional habla de súbditos coloniales españoles, lo cuál parece un contrasentido, salvo que con ello se quiera hacer referencia a los españoles naturalizados comúnmente que todavía no pueden ejercer los derechos de ciudadanía por no haber transcurrido el plazo de cinco años desde su naturalización y por ello son súbditos españoles pero no ciudadanos. Sin embargo esta interpretación sería contradictoria con la filosofía nacionalista del texto constitucional, pues permitiría tratar mejor a los naturalizados de países que no son colonias españolas y no se encuentran bajo la influencia cultural de la metrópoli. Más razonable parece la interpretación según la cual el término haría referencia a quienes, a pesar de haber nacido en territorio español, de padre o madre españoles, no adquirirían la nacionalidad española automáticamente, sino que todo lo más podían optar por ella a través del mecanismo de la naturalización privilegiada, manteniendo mientras tanto la condición de extranjeros súbditos de las colonias españolas, a los que el Anteproyecto constitucional quiso permitir ejercer aquellos derechos de ciudadanía que en cada momento determinase el legislador ordinario.

¹⁶⁷ Cfr. **MASSO GARROTE, Marcos Francisco**, *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado nacional...*, ob. cit., pág. 123.

derechos y deberes de los españoles”¹⁶⁸. A los españoles se refería indistintamente con el término españoles, cuando hacía alusión a sus derechos civiles, o con el término ciudadanos, cuando se refería a sus derechos político-participativos, tanto en el Título III (art. 36 respecto del derecho de sufragio, art. 37 respecto del servicio civil o militar¹⁶⁹) como fuera de éste (art. 53 y 69 respecto del derecho de sufragio pasivo a Cortes y a Presidente de la República respectivamente). Pero incluía a los ciudadanos dentro del círculo más extenso de los españoles, tal y como se desprende a la luz de los siguientes argumentos de carácter sistemático. El primero, que el art. 24, al regular la doble nacionalidad, utilizaba indistintamente los conceptos naturaleza y ciudadanía respecto de los españoles nacionalizados extranjeros (que no perdían la nacionalidad española) y respecto de los extranjeros de ciertos países iberoamericanos naturalizados españoles (a los que tampoco se exigía perder su nacionalidad de origen)¹⁷⁰. El segundo, que el art. 40 confería a los españoles un primigenio derecho de ciudadanía, el de acceso a cargos y funciones públicas¹⁷¹, y el art. 76 e), al regular como competencia del Presidente de la República la de firmar determinados Tratados internacionales, incluía entre ellos los que conlleven cargas individuales para los ciudadanos españoles, calificando con ello de españoles a los ciudadanos, en la tradición de la Constitución de 1812. Con todo, las sucesivas abstracciones realizadas por un constituyente democrático como el de 1931 llevan a que el círculo de los ciudadanos, aun siendo más pequeño que el de los españoles, tienda a aproximarse en tamaño a éste, al suprimirse muchos de los requisitos capacitarios de ejercicio de los derechos de ciudadanía. Además, el amplio reconocimiento constitucional de derechos civiles y socioeconómicos de la persona, algunos de los cuales son de clara vocación político-participativa, como las libertades de expresión (art. 34) o de reunión (art. 38), y los silencios respecto de la posibilidad de atribuir el derecho de acceso a cargos y funciones públicas que no lleven anejo el ejercicio de autoridad o jurisdicción a los extranjeros, si bien no permiten reconstruir la categoría de la ciudadanía en términos jurídicamente autónomos e incluyentes, sí sientan las bases para el ulterior paso dado por el vigente texto de 1978 de reformulación y gradación democrática de la ciudadanía.

¹⁶⁸ Sobre la inexactitud de la rúbrica y la heterogeneidad de su contenido véase **PÉREZ SERRANO, Nicolás**, *La Constitución Española (9 de diciembre de 1931)*..., ob. cit., pág. 119 ss.

¹⁶⁹ Para **PÉREZ SERRANO, Nicolás**, *La Constitución Española (9 de diciembre de 1931)*..., ob. cit., pág. 163, se plantea la duda de si el término ciudadano ha sido utilizado aquí en sentido estricto y técnico o por el contrario es impreciso y permite imponer cargas personales – como las impositivas-a los extranjeros residentes.

¹⁷⁰ Los toma como idénticos **PÉREZ SERRANO, Nicolás**, *La Constitución Española (9 de diciembre de 1931)*..., ob. cit., pág. 117.

¹⁷¹ Una interpretación restrictiva de los cargos que llevaban anejo el ejercicio de autoridad o jurisdicción se puede ver en **PÉREZ SERRANO, Nicolás**, *La Constitución Española (9 de diciembre de 1931)*..., ob. cit., pág. 169.

Cittadinanza e storiografia: qualche riflessione metodologica

PIETRO COSTA

- I. Cenni introduttivi
- II. Vecchi e nuovi significati di 'cittadinanza'
- III. Storia delle parole e storia dei concetti
- IV. La storia della cittadinanza fra 'linguaggio-oggetto' e 'metalinguaggio'
- V. La costruzione 'metalinguistica' della cittadinanza: un programma di 'operazioni' storiografiche

I. Cenni introduttivi

1. Che cosa significa fare storia della cittadinanza? Per rispondere a questa domanda il metodo più raccomandabile potrebbe apparire l'affidarsi all'esperienza, piuttosto che alla teoria, e impegnarsi in una rassegna delle opere (saggi e monografie) che in anni più o meno recenti, nel mondo anglosassone come nei paesi dell'Europa continentale, si sono volti a studiare qualche aspetto della cittadinanza nel suo divenire storico. Temo però che un siffatto approccio avrebbe una sicura utilità informativa, ma finirebbe per risultare frustrante nei confronti della domanda che ci stiamo ponendo. La varietà delle prospettive di metodo, dei contesti analizzati, dei profili ricostruiti, infatti, è tale da rendere difficile trarre qualche indicazione di carattere più generale. Tenterò quindi di seguire una via forse più arida, ma, spero, più diretta interrogandomi sui problemi (di metodo e di oggetto) suggeritimi dalla mia concreta esperienza di ricerca. L'intenzione non è ovviamente quella di trasformare la mia esperienza soggettiva in una norma di carattere generale: il mio obiettivo è soltanto quella di esplicitare i problemi di carattere più generale cui la 'ricerca sul campo' mi ha posto di fronte.

II. Vecchi e nuovi significati di 'cittadinanza'

2. In prima approssimazione, potrebbe sembrare che la storia della cittadinanza non si differenzi sostanzialmente dalle tante storie dedicate a quelli che potremmo chiamare i 'grandi concetti' della cultura politico-giuridica europea: 'democrazia', 'libertà', 'rappresentanza' ecc. Se anche così fosse, non per questo però sarebbero trascurabili i problemi di metodo che ogni 'storia concettuale' pone di fronte e sui quali occorrerà tornare. La mia impressione è però che una storia della cittadinanza, accanto ai problemi che essa è destinata a condividere con altre 'storie' (per così dire) parallele (la storia della libertà, della democrazia ecc.), presenti alcune peculiarità legate alla recente storia di questo termine.

3. Il successo e la diffusione del termine 'cittadinanza' appartengono approssimativamente all'ultimo ventennio del secolo scorso. Nel lessico italiano (ma l'osservazione può essere estesa ad altre lingue europee) fino a tempi recenti l'espressione 'cittadinanza' (nel lessico specialistico dei giuristi come nel linguaggio comune) era caratterizzata da uno spettro semantico abbastanza limitato: la si usava per indicare l'iscrizione di un soggetto all'uno o all'altro Stato nazionale e i problemi teorici ad essa collegati erano principalmente i problemi (studiati dai cultori di diritto internazionale) legati alla perdita o all'acquisto della qualità di 'cittadino' di un determinato Stato.
4. Il tentativo di ri-definire e dilatare il senso del termine 'cittadinanza' si afferma nel lessico sociologico e filosofico-politico grazie al successo di un saggio del sociologo inglese Thomas Humphrey Marshall, *Citizenship and social class*, pubblicato nel 1950¹. L'obiettivo di Marshall era offrire una rapida e schematica visione delle trasformazioni della società moderna, caratterizzata, a suo avviso, da una crescente partecipazione e integrazione delle classi subalterne e lo schema concettuale da lui impiegato coincide appunto con un diverso impiego del concetto di 'cittadinanza'. Nel lessico di Marshall, 'cittadinanza' non è più un semplice cartello identificativo della 'nazionalità' di un individuo: essa piuttosto include tutti gli indicatori necessari a cogliere il rapporto effettivo che intercorre fra un individuo e la società di cui fa parte.
5. La cittadinanza implica in primo luogo il senso dell'appartenenza a una comunità politica. Questa appartenenza però, secondo Marshall, è, nell'età moderna, inseparabile da un'articolata serie di diritti nei quali essa si realizza: la cittadinanza, oggi, «si è arricchita di nuova sostanza ed è stata investita di un formidabile apparato di diritti». Appartenenza e diritti, dunque, costituiscono per Marshall le componenti di quella 'cittadinanza' che egli assume come criterio di lettura della recente storia europea.
6. Le ragioni del successo della proposta marshalliana sono molteplici. Occorre tener presente la crisi del marxismo teorico, ormai consumata nel corso degli anni Ottanta, e la conseguente possibilità di riscoprire, senza incertezze e remore, l'importanza (anche politica e 'strategica') dei diritti (e della 'lotta per i diritti'), mentre, da un altro punto di vista, l'insistenza di Marshall sulla necessità di tradurre l'appartenenza a una comunità politica nella partecipazione di tutti al retaggio comune appariva un'efficace risposta all'incombente crisi dello Stato sociale.
7. Quali che siano comunque le cause del successo del termine 'cittadinanza', la sua diffusione nel lessico filosofico-politico, e, più in generale, nel discorso pubblico odierno, è indubitabile. E una controprova sicura è offerta dall'impennata di pubblicazioni dedicata alla cittadinanza nella letteratura specializzata di diverse discipline, dalla politologia alla sociologia, dalla filosofia politica alla storiografia.

¹ T.H. Marshall, *Citizenship and Social Class* (1950), in Id., *Sociology at the Crossroads*, Heinemann, London-Melbourne-Toronto 1963.

8. Siamo di fronte a contributi eterogenei, legati a prospettive disciplinari (e quindi a esigenze conoscitive) diverse, tanto da rendere difficile l'individuazione di profili comuni. Mi sentirei di indicare soltanto due tratti generali: da un lato, la condivisione di quel processo di ri-definizione ed estensione semantica del termine che aveva ricevuto da Marshall un impulso determinante; dall'altro lato, una frequente (anche se non universalmente condivisa) enfasi 'valutativa': un impiego del termine 'cittadinanza' non già assiologicamente neutro, ma eticamente e politicamente sovraccarico. Lo stesso saggio di Marshall, peraltro, si presta ad essere letto non soltanto come un'analisi storico-sociologica, ma anche come una proposta etico-politica. È quindi frequente nel dibattito contemporaneo un impiego 'normativo' del termine 'cittadinanza', usato per sottolineare la necessità di garantire a tutti l'accesso alle risorse sociali oppure per svolgere considerazioni di carattere etico sulla partecipazione dei cittadini alla comunità politica.
9. È a partire da questa sovrabbondanza di aspettative e di significati coagulati intorno al termine 'cittadinanza' che comprensibilmente anche la storiografia ha preso le mosse. Non vi sarebbe stato il recente fiorire di studi storici sulla cittadinanza senza le sollecitazioni provenienti dal dibattito politico-culturale complessivo tuttora in corso; è però altrettanto indiscutibile che, nel momento in cui la cittadinanza, da tema di dibattito etico-politico e filosofico-politico, si trasforma in un 'programma di ricerca' di carattere storiografico, emergono problemi di metodo e di definizione di oggetto peculiari, caratteristici di quella singolare operazione intellettuale che chiamiamo 'storiografia'.
10. Quali sono dunque i principali problemi metodologici e sostantivi posti da una storia della cittadinanza (per così dire) post-marshalliana?

III. Storia delle parole e storia dei concetti

11. In prima approssimazione, la storia della cittadinanza sembra presentarsi come la storia di una parola. Essa potrebbe quindi essere riferita ad una branca specifica della storiografia: la storia semantica o la storia lessicale. Il programma di ricerca di una 'storia della cittadinanza' potrebbe essere quindi la determinazione dei significati che la parola 'cittadinanza' (e le parole corrispondenti nelle diverse lingue considerate) assumono in diversi contesti storico-culturali.
12. Ora, non c'è dubbio che la lessicologia è una componente fondamentale della storiografia. Possiamo però risolvere senza residui la storia della cittadinanza nella storia semantica del termine 'cittadinanza' (*ciudadania*, *citoyenneté*, *citizenship* ecc.)? O piuttosto occorre introdurre una distinzione programmatica fra 'storia delle parole' e 'storia dei concetti', fra storia semantica e storia concettuale?

13. L'impostazione di Koselleck (cui si deve il varo e la realizzazione della grande opera collettiva dei *Geschichtliche Grundbegriffe*²) è, al proposito, netta e chiara: non si dà una precisa sovrapposizione fra parole e concetti, tanto che la storia concettuale è qualcosa di diverso e di ulteriore rispetto ad una semplice storia lessicale.
14. Per Koselleck non esiste un'obbligata corrispondenza fra la parola e il concetto. «Ogni concetto – scrive Koselleck – è legato a una parola, ma non tutte le parole sono concetti sociali e politici. I concetti sociali e politici contengono una pretesa concreta di universalità e hanno sempre più di un solo significato»; «i concetti sono dunque 'concentrati' di molti contenuti semantici»; ogni concetto «raccolge la molteplicità di un'esperienza storica nonché una somma di relazioni teoriche e pratiche in un contesto» dato³.
15. Concetti e parole dunque, per Koselleck, sono necessariamente distinti. Conviene accogliere la distinzione proposta dallo storico tedesco? A me sembra in realtà difficile pensare a un concetto dispensato dall'incarnarsi in una qualche espressione lessicale. Conviene piuttosto, a mio avviso, prendere sul serio, più di quanto Koselleck sia disposto a fare, quel *linguistic turn* che, nell'ultimo ventennio anche per la storiografia, ha indicato nel linguaggio il medium ineludibile di ogni esperienza.
16. La tesi che il 'concetto' raccoglie in sé una molteplicità di temi caratteristici di un contesto storico può essere espressa in modo più convincente non già ricorrendo all'improbabile opposizione fra 'concetto' e 'parola', ma sostenendo che, in un contesto dato, non tutte le parole sono eguali, non tutte hanno il medesimo peso specifico e soprattutto nessuna di essa funziona 'come tale', produce senso isolatamente. Alcune parole insomma hanno un notevole spessore e una grande ricchezza semantica proprio perché esse, in un contesto dato, si pongono al centro di una trama di relazioni lessicali particolarmente complesse.
17. Piuttosto che opporre concetti a parole converrà allora ricordarsi della lezione della semantica strutturale e intendere la lingua come un sistema dove le parole si associano in un complesso sistema di differenze. È vero allora che esistono, come rileva Koselleck, luoghi di 'concentrazione' di molti contenuti semantici: converrà però descriverli ricorrendo non all'opposizione 'parola/concetto', ma alla nozione, ormai ampiamente collaudata e utilizzata, di 'campo semantico'⁴.
18. Se lasciamo dunque da parte la distinzione koselleckiana fra parole e concetti, dobbiamo concludere che possiamo ancora, per comodità, parlare

² *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, a cura di O. Brunner, W. Conze e R. Koselleck, Stuttgart 1974.

³ R. Koselleck, *Storia dei concetti e storia sociale*, in R. Koselleck, *Futuro Passato. Per una semantica dei tempi storici*, Marietti, Genova 1986, p. 102.

⁴ Cfr. in questo senso M. Richter, *The History of Political and Social Concepts. A Critical Introduction*, Oxford University Press, New York-Oxford 1995, pp. 47-48. Ho impiegato la nozione di campo semantico in *Jurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano 1969 (rist. 2002).

di storia concettuale, magari per intendere (*pars pro toto*) una storia concentrata sulla ricostruzione dei 'grandi concetti' (in ipotesi, politici e giuridici), a patto però che siamo consapevoli che una storia di concetti non è niente altro che una storia di parole, o più esattamente di campi semantici costruiti intorno ad espressioni dotate di una particolare forza 'centripeta' entro la costellazione linguistico-culturale cui appartengono.

19. Possiamo allora concludere che la storia della cittadinanza è la storia dell'espressione 'cittadinanza' e dell'insieme delle relazioni significative che la definiscono in un contesto dato? Credo che una siffatta conclusione sarebbe troppo semplice per essere vera.
20. Occorre riflettere, sia pure rapidamente, sulle caratteristiche essenziali di quell'operazione intellettuale che chiamiamo 'storiografia'. La storiografia implica il riferimento a una 'doppia temporalità', ad un nesso 'presente-passato' che costituisce il suo orizzonte obbligato e imprescindibile. Lo storico è necessariamente immerso nella cultura del suo presente ed è a partire da essa che egli si sforza di intendere qualche aspetto del passato. È per la costitutiva incidenza del presente nell'operazione storiografica che si potrebbe sostenere, con Croce, che ogni storia è 'storia contemporanea', se questa espressione non rischiasse di alimentare un equivoco, ovvero il carattere in qualche modo strumentale del passato, la sua immediata riconducibilità al presente.
21. In realtà, la caratteristica essenziale della conoscenza storica è il suo situarsi in un punto di fragile e precario equilibrio fra il presente e il passato, fra il soggetto (lo storico) e l'oggetto (l'esperienza trascorsa e scomparsa). Ammettiamo di intendere la storiografia come una peculiare operazione ermeneutica (è questa peraltro la suggestione che anche Koselleck raccoglie da Gadamer⁵) ed emergerà allora con chiarezza la caratteristica centrale (in qualche modo il paradosso o la scommessa) che caratterizza la storiografia così come ogni altra operazione ermeneutica: quella di essere l'operazione di un soggetto che, attivando fino in fondo le proprie categorie linguistico-concettuali, i propri pre-giudizi e ogni altro elemento che componga la sua situata e storica 'identità', 'scommette' sulla possibilità di intendere l'altro, di dar senso a un'esperienza più o meno lontana e diversa.
22. Niente garantisce una volta per tutte il successo dell'operazione ermeneutica, la cui difficoltà è tanto più rilevante quanto più il suo oggetto è lontano dalla realtà dell'interprete, come avviene per la storiografia, che per definizione si cimenta con il ricupero di mondi 'perduti'. Il senso dell'operazione storiografica sta però nel suo consapevole sforzo di aprire un 'dialogo' fra il presente e il passato: sta nello sforzo dello storico (del soggetto dell'interpretazione) di intendere la diversità, la peculiarità del suo 'oggetto', di dar senso a quei linguaggi e a quelle forme di vita che egli assume come propri 'interlocutori'.

⁵ Cfr. R. Koselleck, H.G. Gadamer, *Ermeneutica e storica*, Il Melangolo, Genova 1990

23. In questa prospettiva, due 'scorciatoie', eguali e contrarie, appaiono entrambi da evitare, perché responsabili di una unilaterale assolutizzazione del primo o del secondo polo dell'operazione ermeneutica, mostrandosi sensibili rispettivamente soltanto al ruolo del 'soggetto' o alle esigenze dell' 'oggetto' dell'interpretazione stessa.
24. La prima 'scorciatoia' trova la sua più clamorosa espressione nella prospettiva de-costruzionistica: nell'idea di un soggetto-interprete che non tanto si sforza di intendere il senso del testo (la logica del suo 'oggetto'), ma risolve l'interpretazione in una infinita e incontrollabile ri-scrittura del testo 'interpretato'. Salta quindi ogni specifica attenzione alle specificità storiche e contestuali del testo 'oggetto', a tutto vantaggio della solitaria ('assolutizzata') attività del soggetto-interprete.
25. La seconda 'scorciatoia' è simmetrica alla precedente ed è alimentata dalla convinzione di poter affidarsi interamente all'oggetto e alla sua trasparenza, mettendo in parentesi il soggetto e le sue procedure conoscitive (la sua cultura, il suo vocabolario, il suo presente): opera al fondo di una siffatta prospettiva il pregiudizio paleo-positivistico dell'irrilevanza della soggettività nelle procedure conoscitive e la conseguente fiducia nella possibilità di un accesso diretto all'oggetto (al 'mondo di vita' del passato); una fiducia mal riposta, data l'impossibilità per lo storico-interprete di prescindere da se stesso.
26. Per chi condivide l'immagine di una storiografia come operazione ermeneutica, nessuna delle due strade è realmente percorribile. E il principale problema metodologico consisterà allora nel capire in che modo l'impossibile sfida della storiografia (gettare un ponte fra il presente e il passato, aprire un 'dialogo' fra essi) possa essere, non dico vinta (non esistono garanzie in questo senso), ma almeno consapevolmente affrontata.

IV. La storia della cittadinanza fra 'linguaggio-oggetto' e 'metalinguaggio'

27. In questa prospettiva, potremmo anche far coincidere la storia della cittadinanza con la storia dei suoi significati lessicali, ma nemmeno in questo caso sarebbe possibile impostare correttamente il programma di ricerca 'dimenticandosi' del soggetto-interprete, dello storico, come se quest'ultimo non esistesse, come se le procedure linguistico-discorsive della sua cultura restassero inoperanti nella determinazione dell'oggetto della ricerca.
28. Non basta far coincidere la storia della cittadinanza con la ricostruzione delle strategie linguistico-discorsive che in un contesto dato si sono sviluppate intorno al lemma 'cittadinanza'. Questo compito occupa una parte essenziale della ricerca, ma non è un compito 'auto-sufficiente'; non può essere correttamente impostato mettendo da parte il soggetto, tralasciando di interrogarsi sulle procedure attraverso le quali l'interprete mette a fuoco il suo oggetto. Occorre insomma prendere sul serio non

soltanto le caratteristiche specifiche, la storicità, dell'oggetto della ricerca, ma anche le strategie euristiche, lo strumentario linguistico-concettuale che lo storico impiega per svolgere la sua inchiesta storico-ermeneutica.

29. Nella sua ricerca lo storico ha inevitabilmente a che fare non con uno, ma con due linguaggi: il linguaggio *del quale* egli parla, il linguaggio che costituisce l'oggetto della sua inchiesta ermeneutica, il linguaggio che egli ambisce intendere nel suo senso storicamente specifico, e il linguaggio *con il quale* egli parla, con il quale egli formula il suo programma di ricerca, determina il tipo di intervento che egli si appresta a compiere, formula infine i risultati della sua operazione interpretativa. Potremmo, per comodità di esposizione, chiamare il linguaggio del passato (l'oggetto della ricerca), il *linguaggio-oggetto* dello storico, mentre il linguaggio impiegato dallo storico per formulare il suo 'racconto' storiografico, l'insieme degli strumenti linguistico-concettuali di cui egli si serve nella sua operazione ermeneutica, potrebbe essere definito come il suo *metalinguaggio*.
30. La ricerca storica procede insomma attraverso l'obbligata interazione fra due linguaggi diversi. Proprio per questo potremmo accostarla al paradigma della 'traduzione'. Si tratta, anche per lo storico, di tradurre un linguaggio in un altro: di intendere il linguaggio-oggetto e di riformularne il senso in un (e attraverso un) diverso idioma. E possono (in via di analogia) valere per la storiografie le difficoltà e i dilemmi evidenziati per la traduzione; difficoltà e dilemmi riassumibili in questo enunciato paradossale: che tradurre da una lingua all'altra è un'impresa tanto impossibile quanto indispensabile e continuamente praticata.
31. Se ciò è vero, è facile intendere come una storia della cittadinanza metta in gioco, per così dire due volte, il termine 'cittadinanza': come l'oggetto della ricerca e come il suo strumento o, meglio, come la sua condizione di possibilità. La storia *della* cittadinanza è quindi al contempo e necessariamente una storia *attraverso* la cittadinanza: il termine-concetto 'cittadinanza' interviene, prima, come elemento metalinguistico, funzionale alla determinazione dell'oggetto, dei limiti, delle caratteristiche dell'impresa ermeneutica (funzionale alla determinazione delle 'regole di traduzione' che si intendono applicare) e poi come oggetto specifico della ricerca.
32. Il nostro problema metodologico si traduce allora nella determinazione delle caratteristiche che il metalinguaggio di una ricerca storico-ermeneutica deve possedere. Certo, noi parliamo un certo linguaggio, ma al contempo 'siamo parlati' da esso. L'impossibilità di sottrarsi all'orizzonte del nostro presente coincide con la nostra immersione nella cultura, nei pre-giudizi, nella lingua, nei valori condivisi nella società, nella classe, nel gruppo professionale di appartenenza. La cultura di cui facciamo parte (come ogni cultura) è però una realtà estremamente complessa, che offre ai suoi 'utenti' una notevole varietà di linguaggi, teorie, schemi argomentativi, metafore. Se quindi nella sostanza e alla radice 'siamo parlati' dal nostro linguaggio, siamo anche in grado di scegliere volta a volta una delle molte possibilità che esso ci offre.

33. Occorre allora adottare il metalinguaggio più adeguato alla nostra concreta ricerca storico-ermeneutica. Non esistono vincoli sostanziali, ma almeno una regola formale è individuabile, dettata dalla natura stessa del metalinguaggio, dal suo carattere funzionale e operativo.
34. Certo, niente ci impedisce di costruire un'elaborata, compiuta e sistematica teoria (della cittadinanza, della libertà, della democrazia ecc.) e assumerla come il nostro punto di partenza, come l'insieme delle coordinate metalinguistiche attraverso le quali determinare il nostro campo di indagine. Così facendo però corriamo un rischio rilevante: il rischio di avvicinarsi al nostro linguaggio-oggetto attraverso un'armatura concettuale tanto rigida da risultare soffocante per la comprensione del passato. La regola fondamentale che deve presiedere alla costruzione del metalinguaggio è al contrario la sua destinazione ermeneutica: la legittimità della nostra 'teoria' previa, delle nostre definizioni metalinguistiche, dipende interamente dalla loro efficacia nel metterci in contatto con il linguaggio del passato.
35. Se (per far uso di una metafora) la storiografia può essere concepita come un dialogo fra il passato e il presente, il compito della teoria 'previa' è diverso dal compito della teoria 'come tale', che ambisce a porre domande e a fornire ad esse coerenti e compiute risposte. Il compito della teoria metalinguistica, della teoria come supporto dell'inchiesta storico-ermeneutica, è solo quello di rendere possibile il dialogo fra il presente e il passato. Il metalinguaggio mi serve soltanto per mettere a fuoco il problema, per porre domande al passato, non per predeterminare le risposte; le risposte sarà il passato (la mia inchiesta sul passato) a fornirle.
36. Una teoria troppo rigida assunta come punto di partenza dell'indagine, insomma, presenta il rischio di annullare la distanza fra presente e passato e usare il passato come semplice cassa di risonanza del presente: si rompe così quel delicato e problematico equilibrio fra soggetto e oggetto, fra presente e passato che costituisce la sfida essenziale dell'intendere storico-ermeneutico. La storia diviene un'ancella della teoria e anziché facilitare l'apertura dello storico al lontano e al diverso, gli impedisce il libero confronto con il passato.
37. Allo storico non serve formulare una teoria 'previa' il più possibile rigida e compiuta, ma conviene disporre di un metalinguaggio il più possibile flessibile e aperto. Ciò conduce a due conseguenze, fra loro connesse. In primo luogo, lo storico non è chiamato a scommettere sulla 'verità' della teoria metalinguistica di cui si serve: dato il carattere operativo dei costrutti teorici di cui si serve, il loro senso si esaurisce nell'operazione ermeneutica che essi rendono possibile. In secondo luogo, lo storico non è tenuto a investire di giudizi di valore gli schemi metalinguistici adottati. Non voglio accreditare con questo la possibilità di una sua perfetta *Wertfreiheit*. È importante però che tanto le convinzioni cognitive dello storico quanto il suo sistema di valori restino, per così dire, *dietro* le sue procedure euristiche e non *dentro* di esse: entrambe insomma costituiscono la

premessa esistenziale della sua inchiesta ermeneutica, ma non l'oggetto tematico di quest'ultima.

38. È possibile formulare la tesi del carattere operativo, formale e aperto del metalinguaggio dello storico prendendo in prestito alcune suggestioni dalle riflessioni dell'etnometodologia e dell'antropologia. L'etnometodologo ci ricorda l'importanza delle espressioni 'indessicali': espressioni, di per sé, semanticamente indeterminate, che assumono significati diversi a seconda dei contesti nei quali vengono concretamente usate⁶. Il metalinguaggio ideale per lo storico si avvicina allo statuto delle espressioni indessicali nella misura in cui riesce ad essere semanticamente aperto, disponibile a ospitare le più varie risposte che il passato possa presentare.
39. La condizione dello storico è, in questo senso, analoga alla condizione dell'antropologo, in quanto entrambi sono chiamati a fronteggiare la sfida della diversità: a instaurare un dialogo fra culture diverse (nel tempo e/o nello spazio), nella consapevolezza che la cultura dell'interprete non può essere messa in parentesi, ma deve essere al contempo utilizzata in modo da non oscurare la percezione dell'autonoma consistenza e specificità dell'oggetto interpretato. L'antropologo Remotti usa al proposito la suggestiva metafora del 'sacco vuoto': le categorie concettuali usate dall'antropologo devono essere 'sacchi vuoti', devono essere il più possibile aperte e indeterminate per raccogliere dalla ricerca sul campo il maggior numero possibile di contenuti. Esiste insomma un rapporto di proporzione inversa fra la densità contenutistica di un concetto e la sua efficacia metalinguistica, ermeneutica⁷.
40. Non si dà dunque storia che non passi attraverso una qualche teoria 'previa'. Il rapporto fra teoria e storia non è però predeterminato una volta per tutte: è un problema che deve essere posto in rapporto alle esigenze specifiche della storia che ci si accinge a ricostruire, proprio perché la teoria, per lo storico, si risolve in uno strumentario linguistico-concettuale la cui 'verità' sta e cade con le operazioni ermeneutiche che esso si mostra capace di sostenere.

V. La costruzione 'metalinguistica' della cittadinanza: un programma di 'operazioni' storiografiche

41. L'esigenza di un confronto serrato fra il metalinguaggio e il linguaggio-oggetto non è peculiare della storia della cittadinanza, ma si presenta allo stesso modo in ogni ricerca storiografica e in particolare in quel tipo di ricerca che assuma ad oggetto temi semanticamente sovraccarichi: è

⁶ Cfr. H. Richter, *Indexikalität: ihre Behandlung in Philosophie und Sprachwissenschaft*, Niemeyer, Tübingen 1988; H. Garfinkel, H. Sacks, *On Formal Structures of Practical Actions*, in J. Coulter (ed.), *Ethnomethodological Sociology*, Elgar, Aldershot 1990; J. Coulter, *Logic: Ethnomethodology and the Logic of Language*, in G. Button (ed.), *Ethnomethodology and the Human Sciences*, Cambridge University Press, Cambridge 1991.

⁷ Cfr. F. Remotti, P. Scarduelli, U. Fabietti, *Centri, ritualità, potere. Significati antropologici dello spazio*, Il Mulino, Bologna 1989, pp. 32 sgg.

difficile immaginare una storia della libertà, o della democrazia o della rappresentanza che non proceda sulla base di una (implicita o esplicita) precisazione metalinguistica del proprio oggetto.

42. Nel caso della cittadinanza, però, l'esigenza, generalmente valida, di fare i conti con il metalinguaggio impiegato acquista un'urgenza più forte, legata alla singolare storia del termine e alla sua recente dilatazione di senso: proprio perché il significato di 'cittadinanza' è drasticamente cambiato e si è enormemente ampliato nell'odierno dibattito, una semplice registrazione dei dati lessicali del termine 'cittadinanza' in un qualche linguaggio del passato è destinata a non incrociare lo spettro tematico di cui il termine gode al presente, mentre, al contrario, muovere dal senso odierno di cittadinanza può permettere di cogliere nell'esperienza del passato profili rimasti in ombra in assenza di quella specifica 'sollecitazione'.
43. Conviene quindi tentare di proporre una definizione 'metalinguistica' di cittadinanza che, per un verso, raccolga le sollecitazioni provenienti dall'odierno dibattito, faccia tesoro della recente dilatazione di significato del termine 'cittadinanza', ma, per un altro verso, eviti di trasformarsi in una compiuta teoria o filosofia della cittadinanza, limitandosi a fornire gli strumenti essenziali per mettere a fuoco gli estremi di un campo tematico (le 'domande' da rivolgere al passato).
44. Certo, niente ci impedisce di muovere da una definizione metalinguistica di cittadinanza che si mantenga fedele al suo significato tradizionale e induca a concentrare l'attenzione sui noti problemi – come si diviene o si cessa di essere cittadini di uno Stato – tradizionalmente affrontati dal diritto internazionale. È una scelta perfettamente legittima, che condurrà a svolgere una ricerca storiografica con essa coerente. È però possibile, e a mio avviso preferibile, muovere da una più ampia definizione di cittadinanza – una definizione (per intenderci, 'post-marshalliana') – capace di richiamare la nostra attenzione su aspetti centrali della fenomenologia politico-giuridica del passato.
45. In questa prospettiva, mi sembra che il termine 'cittadinanza' possa essere usato per denotare il rapporto fra l'individuo e la comunità politica. Affrontare storicamente il problema della cittadinanza significa in primo luogo assumere l'individuo come il protagonista della nostra narrazione storiografica: è al soggetto che noi guardiamo per chiedersi in che modo esso acquisisca, in un determinato contesto culturale, la sua specifica identità politica. Non è dunque il soggetto come tale il destinatario delle nostre procedure storico-ermeneutiche, bensì il soggetto nella sua specifica dimensione civica, il soggetto in quanto parte o membro di una comunità politica, il soggetto come momento di un ordine politico-giuridico complessivo.
46. Se è il rapporto fra l'individuo e la comunità politica la principale determinazione semantica di 'cittadinanza', interrogarsi sulla cittadinanza significa interrogarsi sui privilegi e sugli oneri, sui diritti e sui doveri, di cui il singolo viene ad essere investito in conseguenza del rapporto di

appartenenza che esso intrattiene con un determinato ordine politico-giuridico.

47. Infine, se cittadinanza significa appartenenza di un soggetto a un determinato ordine politico-giuridico, interrogarsi sulla cittadinanza significa interrogarsi sulla forma assunta, nell'uno o nell'altro contesto storico, dalla comunità politica, non meno che sulle procedure di rappresentazione e di legittimazione della stessa.
48. I termini essenziali di una siffatta ri-definizione di 'cittadinanza' sono dunque a mio avviso i seguenti: il soggetto, l'insieme delle caratteristiche e delle prerogative che volta a volta gli vengono attribuite, il rapporto di appartenenza che lo lega ad una comunità politica, l'ordine complessivo che da tutto ciò scaturisce.
49. Perché ricorrere all'espressione 'cittadinanza'? In primo luogo, per il semplice e buon motivo che non disponiamo, mi sembra, di un termine sostitutivo: di un'espressione unitaria che focalizzi l'attenzione non su singoli elementi (l'individuo, i diritti, la comunità politica), ma precisamente sul loro rapporto. Studiare la 'cittadinanza' significa quindi impiegare un'espressione sintetica per descrivere un programma di ricerca che assume come proprio oggetto la necessaria interrelazione fra l'individuo, i diritti-doveri, l'ordine politico. In secondo luogo, e di conseguenza, perché è implicito in un siffatto programma di ricerca centrato su 'cittadinanza' l'assunzione di un punto di vista prioritario: il soggetto. Parlare di cittadinanza significa allora guardare il costituirsi dell'ordine e lo strutturarsi della comunità politica dal basso verso l'alto: il punto di vista della cittadinanza è il punto di vista del soggetto, è lo sguardo del soggetto sulla comunità politicamente ordinata.
50. Individuo, prerogative-oneri, comunità politica (nelle loro relazioni e implicazioni reciproche): non sfuggirà il carattere 'indessicale' di queste espressioni, la loro flessibilità e indeterminatezza semantica. Niente impedirebbe, ad esempio, di usare, al posto dell'anodina espressione 'comunità' o 'ordine politico', un termine tanto familiare quanto sovraccarico: 'Stato'. E certo sarebbe possibile scrivere una storia della cittadinanza studiando i legami che stringono il soggetto allo 'Stato' e i diritti e gli oneri che ne conseguono. Dovremmo però essere consapevoli che, assumendo come termine metalinguistico lo 'Stato', ci serviremmo di un filtro molto selettivo, che ci permetterebbe di ricostruire le strategie sette-ottocentesche della cittadinanza, mentre costringerebbe in un vero e proprio letto di Procuste le società ancora estranee alla forma politica 'Stato' (quali ad esempio la società medievale), falsandone le testimonianze, riconducendole a forza ad un modello estraneo alla loro specifica storicità. Quando invece muoveremo da una definizione metalinguistica più aperta e flessibile, quale 'comunità politica' o 'ordine politico', affideremo, anche in questo caso, ai testo del passato l'onere di riempire di uno specifico contenuto quella forma (e correttamente allora lo Stato entrerà nel fuoco dell'analisi solo come una delle forme – una forma specificamente 'moderna' – dell'ordine politico).

51. Rimanendo (come è inevitabile in questa sede) sul terreno meramente metodologico, è impossibile anche solo accennare ai concreti problemi che una ricerca sul campo, sorretta dai presupposti metalinguistici prima indicati, può essere in grado di mettere a fuoco⁸. È possibile soltanto ipotizzare qualche determinazione ulteriore riflettendo sulle nervature principali che attraversano il campo di ricerca intorno alla cittadinanza.
52. Se il tema centrale di una siffatta ricerca è l'identità politico-giuridica dell'individuo, un capitolo di essa riguarderà verosimilmente le procedure (i discorsi, i simboli, le pratiche, le istituzioni) che permettono l'instaurazione del rapporto fra un singolo e l'assetto politico-giuridico cui egli appartiene o che ne provocano la cessazione. In questo quadro, acquista un particolare spessore il problema del rapporto fra 'cittadino' e 'non cittadino', fra 'cittadino' e 'straniero'. Nella misura in cui la cittadinanza implica appartenenza, essa non può non mettere a fuoco complementariamente le condizioni dell'estraneità e misurarsi con i dispositivi (simbolici, sociali, economici, giuridici) di inclusione e di esclusione adottati da una determinata comunità politica e quindi con le strategie di 'riconoscimento' o di 'disconoscimento' dei soggetti. Ciò a sua volta costringe a riflettere sui presupposti etici e antropologici che, nei diversi contesti storici, ne costituiscono il fondamento. È l'attribuzione di alcune qualità ad una determinata classe di soggetti che rende possibile il riconoscimento di quei soggetti come membri di una determinata comunità politica e, viceversa, è la drammatizzazione delle differenze, la costruzione di classi di soggetti essenzialmente diverse, che sorregge i dispositivi di disconoscimento e di esclusione (valgano, come esempio emblematico, i meccanismi di disconoscimento legati alla differenza di genere).
53. Il tema del soggetto in quanto cittadino evoca l'appartenenza e quindi il legame che esso intrattiene con una comunità politica. Viene quindi inevitabilmente attratto nel campo di ricerca della cittadinanza il tema delle forme politico-giuridiche che l'ordine assume nei diversi contesti storici considerati. 'Cittadinanza' è uno schema che può essere applicato alle società pre-moderne (alla *polis* greca come alla *civitas* medievale), può essere riferito al processo di costituzione della moderna statualità e può infine contribuire a mettere a fuoco la crisi odierna dello Stato-nazione ottonevicesimo. In ogni caso, l'analisi della cittadinanza attrae a sé la rappresentazione di un'appartenenza che si struttura diversamente (quanto ai simboli, alle norme, alle pratiche coinvolte) a seconda della forma specifica assunta dalla comunità politica.
54. Non è possibile spingersi oltre questi scarni accenni; non è possibile se non altro perché è una caratteristica specifica dell'impostazione suggerita quella di poter presiedere a un numero elevatissimo e non predeterminabile di ricerche empiriche. È possibile insomma interrogarsi sul rapporto fra l'individuo e la comunità politica (sulle modalità della sua appartenenza, sui

⁸ Mi permetto di rinviare in proposito a P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Laterza, Roma-Bari 1999-2001, voll. I-IV.

privilegi e gli oneri che ne conseguono) nei più diversi contesti storici; non solo: è possibile anche porre queste domande, all'interno di ciascun contesto considerato, riferendosi prioritariamente ad uno specifico 'livello di realtà', guardando ai discorsi (ai saperi, alle teorie, alle logiche della comunicazione sociale) o piuttosto alle pratiche (all'interazione politica e sociale) o ancora agli schemi normativi e istituzionali. Posso insomma chiedermi chi era e come agiva, quali erano i suoi oneri e privilegi, il cittadino nell'Atene di Pericle, nella Parigi di Luigi XIV o nell'attuale Unione Europea; e posso altresì interrogarmi sulla definizione che Aristotele, Bodin o Hobbes davano dell'individuo e del suo rapporto con la comunità politica.

55. È possibile allora, a fronte di una non predeterminabile varietà di approcci, parlare di una 'storia della cittadinanza'? Credo piuttosto che convenga adottare il più radicale pluralismo. Esistono tante storie della cittadinanza quanto sono i metalinguaggi che convenzionalmente, operazionalmente, lo storico decide di adottare come presupposto e orientamento della ricerca che egli si accinge a svolgere; e anche all'interno di una specifica scelta metalinguistica (in ipotesi, la scelta che ho tentato di illustrare) si aprono, proprio in ragione della flessibilità del metalinguaggio adottato, le strade più diverse. Di fronte a questo scenario, il motto feyerabendiano («anything goes») potrebbe essere forse l'indicazione più pertinente.

LA PROBLEMÁTICA HISTORIA DE LA CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA¹

John Markoff

- I. Prólogo
- II. Una era revolucionaria
- III. Los incluidos y los excluidos
- IV. La democracia conlleva movimientos sociales
- V. Algunas especulaciones sobre el futuro

I. Prólogo

1. En 1690, un hombre ilustrado describía el *Diccionario Universal*,² del que era autor, como “en términos generales, conteniendo todas las palabras en francés, tanto antiguas como modernas, así como la terminología de todas las ciencias y las artes.” Antoine Furetière sólo necesitaba unas pocas palabras para definir “democracia” provocativamente como: “Forma de gobierno en que toda la autoridad reside en el pueblo”. Provocativamente porque no se especifica la forma en que debía ejercerse la autoridad, ni sobre qué, ni siquiera quienes ejercerían el poder, ni como se determinaría qué pensaban, qué preferencias tenían. Furetière no necesitaba decir cómo operaría la democracia o quién era ciudadano, porque en los estados nacionales de la época, la democracia prácticamente no existía, ni tenía entonces un futuro previsible. No había mucha razón para explorar qué instituciones había o podría haber en el moderno siglo XVII, ya que la democracia sólo podía existir en una escala muy limitada y en circunstancias que por lo demás ya habían desaparecido hacía mucho. Como dijo el mismo Furetière “la democracia sólo floreció en las repúblicas de Roma y Atenas,” lo que desde su perspectiva era afortunado puesto que, como indica en el texto: “en democracia, las sediciones y disturbios son frecuentes”. Así, en los estados nacionales modernos, la democracia no era posible, ni deseable.

II. Una era revolucionaria

2. Cien años más tarde, muchas de las preguntas que no era necesario ni siquiera mencionar en ese diccionario aparecen en la agenda de aquéllos

¹ Preparado para el Encuentro 2004: “La construcción de la ciudadanía en Europa: Reflexiones conceptuales y desarrollos históricos”, Universidad Internacional de Andalucía y traducida del inglés por Verónica Montecinos. Agradezco a María José Álvarez por sus sugerencias.

² Antoine Furetière, *Dictionnaire Universel, Contenant Generalement Tous les Mots Francais, Tant Vieux que Modernes, et les Termes de Toutes les Sciences et des Arts* (Geneva: Slaktine Reprints, 1970 [1690]).

para quien la creación de nuevas instituciones no es tanto una posibilidad sino una necesidad, nacida precisamente de agitaciones y disturbios. En 1790, los norteamericanos recientemente independizados ratificaban su constitución, los legisladores franceses elaboraban la suya, los patriotas holandeses y belgas deliberaban sobre cómo organizar sus países, en caso de que sus derrotas recientes fueran revertidas por el ejemplo francés, y los aristócratas polacos debatían drásticas reformas, presionados por sus rapaces vecinos. A veces eran las elites reformistas los principales participantes; otras, eran los trabajadores de las ciudades y el campo que se rebelaban en contra de los privilegiados del antiguo régimen – o en contra de nuevos grupos dominantes. La generación siguiente se vio golpeada por los dramáticos avances y retrocesos de los ejércitos franceses, por el éxito de movimientos independentistas en el hemisferio occidental, por la amenaza y, ocasionalmente, la realidad de rebeliones esclavas y por movimientos populares de todo tipo. En lugares tan distantes como Cádiz, el Río de la Plata o los estados germanos, el diseño de instituciones políticas y la definición de ciudadanía se convirtieron en asuntos urgentes, no solo abstracciones de interés puramente intelectual.

3. Entre aquéllos que contribuyeron a definir las instituciones en esta era revolucionaria estaban los así llamados “demócratas”, un término nuevo³, que poco antes había entrado a formar parte del vocabulario usado en contiendas políticas. Algunos identificaban como democracia aquello por lo cual luchaban, o a lo cual se oponían. Resulta mucho más fácil especificar aquello contra lo que los demócratas luchaban que lo que proponían. Ciertamente, los demócratas se oponían a la monarquía de derecho divino, a las inmutables jerarquías hereditarias, a las instituciones corporativas auto-preservadas. Pero no era en absoluto obvio, a fines del siglo XVIII, qué instituciones conformarían estos nuevos sistemas democráticos.
4. Los creadores de la democracia moderna se apropiaron del término usado en la república de Roma y Atenas, pero sin intentar recrear las instituciones asociadas a la democracia antigua. Salvo raras excepciones, decisiones en asambleas ciudadanas y representantes seleccionados por sorteo jugaron un papel muy limitado en el diseño institucional de los estados nacionales.
5. La era revolucionaria alteró el significado de la democracia, sin llegar a darle una forma definitiva. Pocos pudieron haber imaginado en los 1790 que dos siglos más tarde se pensaría que la democracia es un sistema caracterizado por instituciones representativas, sufragio casi universal, voto secreto y competencia entre partidos. Todas estas nociones habrían sido objetadas como cuestión de principio por algunos de los pioneros de la democracia en los estados nacionales. Prácticamente toda la primera

³ W. Conze and R. Koselleck, eds., *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur Politisch-Sozialen Sprache in Deutschland* (Stuttgart: Klett Verlag, 1972-1984), 4: 821-899.

generación de demócratas modernos se habría opuesto a la idea de competencia entre partidos. Lo mismo sucedía con el sufragio femenino, ya que el reconocimiento de los derechos políticos de las mujeres era algo muy poco probable en este período de democratizaciones revolucionarias.⁴

6. Más aún, la arena política no era dominio exclusivo de quienes debatían las instituciones democráticas y los contornos de la ciudadanía. Partidarios de otros proyectos de sociedad la compartían. La derrota militar francesa hacía aparecer que la idea misma de democracia había fracasado en Europa. Del otro lado del océano, sin embargo, el mundo social y político por venir parecía estar ya claramente anticipado en las Américas. El comentario hecho por de Tocqueville es aquí pertinente: “en la actualidad, el principio de soberanía del pueblo ha adquirido en Estados Unidos todo el desarrollo práctico que es dable imaginar”.⁵ Sin embargo, a principios del siglo XXI, pocos considerarían democrático un país en que las mujeres no podían votar, en que había millones de esclavos y en que las minorías étnicas no tenían acceso a derechos ciudadanos.
7. Las preguntas no resueltas, ni siquiera formuladas, en la definición de 1690 —quiénes ejercerían el poder, de qué forma y sobre qué materias— sí fueron formuladas en los modelos surgidos en la época revolucionaria democrática, pero ninguno de estos modelos les dio respuesta definitiva. En esta sección, quisiera explorar el por qué no hubo respuesta definitiva y las razones por las cuales, asumiendo que mis argumentos son correctos, nunca tendrán respuesta definitiva. Permítanme formular seis proposiciones que, en su conjunto, llevan a asegurar que las instituciones definitorias de la democracia seguirán cambiando. Me referiré también al tema de la definición y límites de la ciudadanía.
8. En primer lugar, veamos el aspecto conceptual. La democracia es un complejo de ideas, no siempre (tal vez nunca totalmente) compatibles, lo que implica que de principios democráticos pueden derivarse prácticas incompatibles entre sí. Grupos contrapuestos pueden atacarse en nombre de la democracia, cada uno convencido que su posición refleja preceptos democráticos que hasta entonces no habían sido puestos en práctica.
9. Segundo, “democracia” no es un concepto que pertenezca solamente, o principalmente, a los expertos en ella. Pertenece a los actores. “Demócrata”, acuñado en los 1780, como un síntoma de ese momento revolucionario en que se luchó para promover, crear, reinventar, delimitar, descarrilar, prevenir y destruir la democracia en términos prácticos. Desde ese momento en adelante, quienes participaron en las luchas políticas han

⁴ John Markoff, “Margins, Centers and Democracy: The Paradigmatic History of Women’s Suffrage,” *Signs: Journal of Women in Culture and Society* 29, 2003, pp. 85-116; Ana Aguado, “Ciudadanía, mujeres, democracia”, *Historia Constitucional* 6, 2005, <http://hc.rediris.es/06/index.htm>.

⁵ Alexis de Tocqueville, *Democracy in America* (New York: Knopf, 1994 [1835, 1840]), 1:57.

calificado a instituciones, partidos, movimientos, programas y personalidades como “democráticas”, sea para alabarlos o para condenarlos. Así lo seguimos haciendo hasta el día de hoy. Por ejemplo, en la actualidad, el presidente de un poderoso país ha dicho que la instalación de un sistema democrático fue la razón principal para llevar a cabo la ocupación militar de otro país.

10. Mi tercer punto es que democracia no es un concepto neutral. Cuando se califica ciertas relaciones o prácticas como democráticas o no democráticas a veces se encienden muchas pasiones. Es a menudo con tristeza o con indignación que se denuncia el carácter no democrático de ciertas instituciones. Esto explica, en gran medida, el por qué los movimientos a favor y en contra de la democracia involucran tanta energía.
11. Cuarto, la democracia por naturaleza promueve la crítica, el disenso. La democracia es prácticamente una invitación para que movimientos sociales desafíen a quienes detentan el poder. Tales movimientos pueden operar dentro de las definiciones actuales de democracia, pueden representar una crítica implícita a esas definiciones, pueden ser un abierto llamado a instaurar una democracia más verdadera, pueden abogar, implícita o explícitamente, por restringir la democracia o incluso pueden ser decididamente antidemocráticos. Ningún otro principio de legitimidad, además de la democracia, permite que quienes no controlan el poder accedan a tal variedad de desafíos, al mismo tiempo que constriñe la capacidad de las elites para detener a sus adversarios.
12. Quinto –y aquí llegamos al tema de la ciudadanía— el debate entorno al concepto de ciudadanía democrática ha sido algo profundamente controvertido y contradictorio. La noción de ciudadanía ha mantenido la esperanza y la promesa de inclusión, al tiempo que ha creado y recreado un sistema de exclusiones. La democracia continuamente recrea condiciones para dar nuevas batallas de inclusión, pero también crea condiciones para que movimientos antidemocráticos rechacen esos avances.
13. Sexto, y anticipando el siglo venidero, la cuestión de la dominación global a reabierto las cuestiones en torno a la democracia: la mezcla de instituciones democráticas y dominación global ha exacerbado los debates sobre ciudadanía y exclusión.

III. Los incluidos y los excluidos

14. Mi tema aquí será las fronteras de la ciudadanía y algunos mecanismos que pueden alterar esas fronteras –en particular, el entrelazamiento de la historia de la democracia y la historia de los movimientos sociales. Luego, sobre la base de esta historia, ofreceré algunas especulaciones sobre la ciudadanía en el futuro.

15. La democracia consiste no solamente de un conjunto de individuos sujetos al poder del Estado; también individuos que más que sujetos son ciudadanos y en tanto tal, tienen una especial relación con el Estado, incluyendo derechos en común con otros ciudadanos. Pero nunca ha sido simple la conexión entre ciudadanía y la noción de que es el pueblo quien ejerce el poder, al menos en última instancia. Permítanme saltarme la cuestión de cómo se ejerce el poder y sobre qué y limitarme a la cuestión de quiénes son los que tienen el poder. Propongo simplemente lo siguiente: Que en democracia, los llamados a la inclusión entran en conflicto con las prácticas excluyentes.
16. Puede ser que “todos los hombres” hayan sido creados iguales, como dice una de las formulas fundacionales, pero ciertamente no lo eran en la legislación. Los llamados a la participación se contradecían con una compleja estructura de exclusiones, de las cuales enfatizaré tres: las distinciones en los derechos de participación de distintas clases de ciudadanos; la distinción entre los derechos de ciudadanos y no-ciudadanos, y la distinción en los recursos que poseen ciudadanos que son iguales ante la ley.
17. Veamos primero la distinción entre ciudadanos activos y ciudadanos pasivos. En 1789, Sieyès propuso que en el nuevo orden revolucionario en Francia todos disfrutarían muchos tipos de derechos, pero sólo algunos participarían activamente en decisiones importantes para la sociedad. Se generó así la terminología para una distinción que hicieron todas las nuevas repúblicas de la época aunque sin usar las mismas palabras. La ciudadanía activa estaba reservada para aquéllos con juicio independiente; la ciudadanía pasiva para el resto. La ciudadanía activa estaba conferida por la naturaleza e influida por la educación, reforzada por la ocupación y asegurada por el acceso a recursos. Los que no tenían aptitudes naturales, carecían de educación adecuada, se ganaban la vida desempeñando funciones subordinadas o no tenían suficientes recursos no podían ejercer cargos públicos ni podían votar. Quedaban así excluidos, en distintos lugares y periodos, aquéllos sin propiedades, los analfabetos, las mujeres, los sirvientes, los que vivían de la ayuda pública, los militares, el clero, los presos, los enfermos mentales, los que no fueran blancos y los niños. Nunca ha existido un Estado democrático en que al menos alguna de estas categorías no haya sido excluida del derecho a sufragio. Por ejemplo, los niños nunca han tenido este derecho.
18. El temprano uso de la equívoca expresión “sufragio universal” es testimonio de lo importante que es reconocer que, en la práctica, siempre ha habido grupos que han sido excluidos. Como he mencionado anteriormente, en 1831-2 cuando de Tocqueville visita Estados Unidos, se sorprende de lo que llamó “sufragio universal”. Hoy en día, sin embargo, somos nosotros quienes nos sorprendemos del uso de esa expresión para referirse a un

sistema electoral en el que ninguna mujer, ningún esclavo, sólo unos pocos negros libres y unos pocos indígenas podían votar.⁶

19. La tensión entre exclusiones y la promesa de inclusión ha servido de terreno fértil para que movimientos sociales luchen por redefinir los límites entre ciudadanía activa y pasiva. Una característica recurrente en las luchas por mayor inclusividad ha sido la volatilidad de las alianzas entre grupos excluidos que a veces hacen causa común y otras veces pelean para lograr ser incluidos, a costa de excluir a otros. En la historia de Estados Unidos, por ejemplo, quienes promovían los derechos de las mujeres y de las minorías étnicas a veces eran aliados cercanos y otras veces antagonistas. A veces, defender “nuestros” derechos ha significado abandonar la lucha por los derechos de todos.
20. Además de la distinción de distintos tipos de ciudadanía, existe otra de carácter fundamental entre ciudadanos y no-ciudadanos. Cuando la Asamblea Nacional revolucionaria en Francia proclamó la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, dejó sin aclarar la cuestión de si uno poseía una serie de derechos en virtud de ser humano o ciudadano francés (a los que se agrega la ambigüedad de género, al decir derechos del Hombre). Dado que la mayoría de los analistas desde entonces hasta ahora han pensado que los derechos no tienen mayor sentido si no hay un mecanismo que asegure su cumplimiento, los únicos derechos que realmente han contado parecen ser aquéllos que han tenido respaldo de un Estado. La distinción entre ciudadanos y no-ciudadanos es característica de todos los estados, sean ellos democráticos o no. Por lo tanto, en todas las democracias los derechos de los ciudadanos son distintos a los de los no-ciudadanos.
21. Por muchas razones, esta distinción por sí misma parece invitar al desafío. Permítanme enumerar rápidamente algunos de los procesos que generan cambios en la delimitación de las categorías ciudadano y no-ciudadano: 1) los estados pueden concluir que es conveniente firmar y acatar tratados que confieren ciertos derechos a grupos de no-ciudadanos; 2) por razones de prudencia, incluso en la ausencia de tratados, puede reconocerse que los extranjeros tienen derechos; 3) a veces, los derechos de los no-ciudadanos son defendidos por quienes promueven los derechos de ciudadanos (por ejemplo, las normas laborales pierden fuerza si no se les extiende a trabajadores que no son ciudadanos del país y, tal vez, si no se les extiende incluso a trabajadores en otros países); 4) la confusión discursiva entre derechos de ciudadanía y derechos humanos sirve de motivación a los movimientos sociales para exigir derechos humanos; 5) la significativa presencia de distintas categorías de inmigrantes, sean ellas asociadas a oportunidades de empleo, lazos familiares, asilados y refugiados políticos, dificulta una distinción categórica entre ciudadanos y

⁶ Tocqueville, *Democracy in America*, 1:5, 197, 199, 200.

no-ciudadanos. Hay suficientes motivos para suponer que en esta área nuevos movimientos sociales y otras formas de contestación emergerán en el futuro; 6) y finalmente, así como descubrieron las familias de Romeo y Julieta, no siempre se puede detener el amor con la imposición de rígidas barreras, por lo que son frecuentes las demandas por reconocer los derechos legales de los cónyuges e hijos no-ciudadanos.

22. Veamos ahora la coexistencia de igualdad legal y desigualdad de recursos. No es posible escaparse a la muy conocida ironía de que la ley asegura a ricos y pobres por igual el derecho a dormir bajo los puentes. En la medida que la ciudadanía formal se extiende, las desigualdades provenientes del acceso diferencial a los recursos se hacen más evidentes. Aún cuando todos tengan derecho a un juicio justo, rápidamente se puede ver que algunos tienen más dinero para contratar los abogados más hábiles y efectivos. Aún cuando todos tengan derecho a ser candidatos a puestos públicos, muy pronto resulta evidente que algunos pueden gastar más que otros en sus campañas. Aún cuando todos tengan derecho a defender sus puntos de vista, muy luego queda claro que las opiniones de algunos aparecen más que las de otros en los medios de comunicación, cada vez más costosos. Aún cuando todos tengan derecho a educación pública, pronto se puede observar que los hijos de las familias más adineradas reciben mejor educación que los de familias más pobres. Aunque todos tengan igualmente el derecho a sufragio, no cuesta mucho darse cuenta que los que tienen más recursos pueden llegar más fácilmente a funcionarios y representantes políticos. Estas ambigüedades son un factor que media en el desarrollo de movimientos sociales.

IV. La democracia conlleva movimientos sociales

23. Lo que hace tan importantes estos complejos límites —y aquí enfatizo límites, en plural— es lo fácil que resulta que la redefinición de estos límites se convierta en tema para la acción de movimientos sociales.
24. Ahora me centraré en la estrecha interconexión entre democratización y movimientos sociales. A menudo tendemos a definir la democracia en términos de un conjunto de reglas políticas formales. Sin embargo, en esas reglas, bajo ellas, detrás de ellas, existen otros tipos de acción política. Si se reconoce la importancia de la competencia electoral, la importancia de congresos y parlamentos como arenas decisorias, podemos estar seguros de que se formarán coaliciones de parlamentarios, y también se formarán organizaciones eleccionarias. Se formarán partidos políticos, aún cuando éstos no sean planeados o aún cuando su existencia se considere no deseable (como ocurrió en Estados Unidos, al nacer como país independiente). En el año 2005, no es posible imaginar la democracia sin pensar en la competencia electoral entre partidos como un elemento central.

25. Mi argumento es que tanto los partidos como los movimientos sociales están en la esencia misma de la democracia. Ofrezco cuatro razones para ello:

26. *En primer lugar, para poder alegar que la democracia es legítima se hace imprescindible estimular la formación de movimientos sociales.* Edmund Morgan, en su análisis de las nociones de soberanía popular en Inglaterra y sus colonias en América en los siglos XVII y XVIII propuso que aún cuando la idea de que el Estado era reflejo de la voluntad del pueblo era tan ficción como la idea de que el Estado era voluntad de Dios, en el primer caso el resultado era galvanizar acciones que hacían esa idea un poco menos ficticia⁷. La legitimación democrática promueve movimientos sociales de varias maneras. Asegurar que el pueblo actuaba era un llamado a que el pueblo actuara; argumentar que el Estado estaba al servicio del pueblo era invitar a que los disidentes demostraran que no era tal; alegar que el gobierno representaba al pueblo era invitar a quienes no se sentían representados a manifestar su descontento.

27. El afirmar que la autoridad reside en la voluntad popular es reconocer enorme influencia a quienes dicen representar esa voluntad. Normalmente se presume que las elecciones cumplen esa función. Pero activistas en movimientos sociales tienen sus propias interpretaciones de lo que el pueblo quiere y se movilizan para demostrar su carácter popular. Los estados pueden moldear, canalizar, respaldar, aplacar, amenazar o reprimir los movimientos sociales. Pero en estados que alegan ser democráticos, la opción represiva debe estar sujeta a restricciones considerables. Los gobiernos democráticos a veces prohíben a algunos (pero no a todos) los partidos de oposición, hostilizan a los movimientos laborales, encarcelan o asesinan a sus detractores, no permiten ciertas tácticas políticas, o limitan la libertad de prensa. Sin embargo, muchos factores tienden a limitar – aunque no eliminan totalmente—este tipo de medidas. Entre estos factores están: jueces que defienden los derechos civiles, coaliciones electorales en las que se unen facciones de poder y grupos excluidos, solidaridad de periodistas con colegas en desgracia, partidos fuera de la ley que resurgen con otro nombre, referencias retóricas a la libertad, igualdad, o responsabilidad de los gobernantes, etc. Esto ciertamente no significa que la represión nunca ocurra, del mismo modo que la legitimidad divina no significaba que autoridades religiosas disidentes eran inmunes a la represión. Pero sí significa que la variedad y envergadura de los movimientos sociales permitidos es mayor que el que se da en contextos no democráticos.

28. *En segundo lugar, la libertad de asociación, de palabra, de prensa, que son centrales a la práctica democrática moderna son absolutamente críticas*

⁷ Edmund Morgan, *Inventing the People: The Rise of Popular Sovereignty in England and America* (New York: Norton, 1989), p. 306.

para la acción política de los movimientos sociales modernos. Al enfrentarse a la enorme variedad de sistemas políticos no democráticos en que han vivido los seres humanos durante la mayor parte de la historia, y aún hoy en gran parte del planeta, la gente se las ha ingeniado para actuar colectivamente, tratando de hacer realidad sus proyectos de sociedad. Por ejemplo, nadie que estudie la historia de Europa en el siglo XVII podría no prestar atención a las grandes insurrecciones populares de entonces. Pero la actual profusión de campañas por el cambio, con sus manifestaciones, marchas, reuniones, lemas, recolección de firmas, demostraciones públicas, conferencias de prensa, panfletos, que son tan característicos en todos los países democráticos, es única. Esta profusión ha sido resultado en parte de las oportunidades abiertas por gobiernos que alegan ser democráticos. Las instituciones que hacen posible una competencia electoral genuina no sólo garantizan la existencia de partidos compitiendo electoralmente, sino también garantizan la existencia de movimientos sociales⁸.

29. *Tercero, la importancia que han asumido las elecciones en las democracias modernas —muy distinta a las de la Atenas clásica⁹— da origen a una variedad de instituciones y prácticas que fomentan y nutren a los movimientos sociales.* Los propios mecanismos electorales, tan entrañablemente unidos a la legitimación democrática, hacen que los números cuenten. Por lo tanto, uno de los recursos que los movimientos sociales tienen a su disposición es la movilización de gran número de adherentes. Resulta así que las autoridades elegidas, y quienes de ellas dependen, deben considerar la posibilidad de ser derrotadas electoralmente. Las manifestaciones públicas son por ello una herramienta básica de los movimientos sociales.

30. Además, los movimientos sociales y los partidos políticos a veces están íntimamente ligados, como se observa en gran parte de la historia del socialismo europeo del siglo XIX, o en los movimientos fascistas que siguieron a la primera guerra mundial. Pero los mecanismos electorales también tienden a crear organizaciones que apoyan a los movimientos sociales. Los partidos políticos son la más obvia de tales organizaciones. Más allá de los partidos están las asociaciones especializadas creadas para influir sobre los partidos y el electorado y que, como los partidos pueden a veces canalizar sus energías en apoyar candidatos o tratar de influir sobre los asuntos internos de los partidos, pero otras veces pueden emprender el tipo de acciones característico de los movimientos sociales.

⁸ Charles Tilly, *Social Movements, 1768-2004* (Boulder, CO: Paradigm Publishers, 2004), pp. 123-143; John Markoff, *Olas de democracia. Movimientos sociales y cambio político* (Madrid: Editorial Tecnos, 1999).

⁹ Mogens Herman Hansen, *The Athenian Democracy in the Age of Demosthenes. Structure, Principles and Ideology* (Oxford: Blackwell, 1991).

31. *Cuarto, más allá de las campañas electorales, las democracias desarrollan una rica vida organizacional que también promueve la acción de los movimientos sociales.* Es casi tan difícil imaginar las democracias modernas sin *lobbies* (grupos de presión), como lo es imaginarlas sin partidos. Quienes tienen recursos se organizarán para influir sobre las acciones de legisladores democráticamente elegidos y sobre las acciones de reguladores designados de acuerdo a reglas establecidas. Contratarán publicistas, arrendarán oficinas cerca del parlamento, tendrán abogados para redactar el borrador de leyes, invitarán a cenar a legisladores y burócratas reguladores, encontrarán el modo legal o ilegal de compensar a legisladores y funcionarios, etc. Pero los *lobbies* y los movimientos sociales también se promueven mutuamente. Los movimientos pueden desarrollar *lobbies*, por ejemplo, y los *lobbies* pueden financiar campañas y fomentar demostraciones. Del mismo modo, los *lobbies* pueden organizarse detrás de bambalinas para tratar de detener las demandas de los movimientos y las acciones furtivas de los *lobbies* pueden galvanizar movimientos para oponerse a ellos.
32. Si alguien diseña una constitución democrática sin mencionar los partidos, los *lobbies* y los movimientos —como en los recién independientes Estados Unidos—convocará no obstante a los tres en una existencia reforzada mutuamente.
33. Lo importante aquí es que en democracia no sólo hay movimientos sociales, sino que, en su vitalidad, estos movimientos frecuentemente transforman la democracia, alterando las reglas del juego político, cambiando los límites que separan a excluidos e incluidos y generando demandas para la construcción de una democracia más auténtica.
34. Así, debido a que la democracia tiende sin cesar al cambio, las instituciones que la sustentan son necesariamente temporales, sujetas a críticas y desafíos, la democracia no ha logrado una estructura definitiva y, si mi argumento es correcto, no la logrará en el futuro. Tenemos movimientos y tenemos una complicada mezcla de igualdades y desigualdades, inclusiones y exclusiones. Como resultado, siempre habrá algunos que pondrán el cambio de esos límites en sus estandartes de lucha. Los movimientos sociales pueden tener objetivos diversos, desde expandir la zona de inclusión hasta reducirla, pasando por aquellos que se proponen mantenerla. Hay movimientos sociales que buscan profundizar la democracia o mantener la existente y hay otros cuyos objetivos o acciones son contrarios a la democracia —después de todo, también los movimientos antidemocráticos encuentran terreno fértil en las instituciones democráticas y su triunfo es una fuente más de cambio. Con una eventual restauración de la democracia, pueden aparecer formas antes no previstas y la misma lucha en contra de las fuerzas antidemocráticas puede llegar a redefinir el sentido de la democracia.

35. Permítanme resumir los argumentos que he presentado hasta ahora. He hecho dos grandes propuestas. La primera, que las promesas de inclusión de la ciudadanía democrática siempre han aparecido unidas a fronteras de exclusión; la segunda, que el gobierno democrático ha sido terreno fértil para movimientos sociales con los más diversos objetivos, pero especialmente importante para nuestro propósito son aquellos movimientos que desafían los límites entre inclusión y exclusión. Quienes analizan la democracia estudian siempre un edificio en construcción, que a menudo es demolido y nunca se termina, en parte porque aparecen nuevos arquitectos que alteran los planos.

V. Algunas especulaciones sobre el futuro

36. A continuación voy a basarme en el análisis de siglos pasados para especular respecto a los desafíos de la ciudadanía democrática en el futuro. Los que estudian la sociedad nunca han tenido mucho éxito al hacer predicciones, lo que me hace dudar de siquiera intentarlo. Sin embargo creo que es necesario hacerlo. Cuando vemos la historia de la democracia, una historia de cambios, ¿cómo podríamos no preguntarnos por su futuro y cuestionar de qué manera podríamos darle forma? Voy a centrarme en especial en las relaciones entre los derechos ciudadanos en estados democráticos y los emergentes debates sobre derechos humanos.

37. Extrapolando a partir de la multiplicidad de formas en que las tensiones entre igualdades y desigualdades, inclusiones y exclusiones, acceso y marginalización del poder han galvanizado los movimientos sociales, los que, a su vez han reconfigurado a la democracia en los estados nacionales, uno puede imaginar que la enorme difusión de la ideología democrática en un mundo con estados muy desiguales será parte importante de los conflictos del siglo XXI. Pensemos, específicamente, en el principio democrático de que quienes están sujetos a la autoridad deberían poder pedir cuentas a esa autoridad. A los abogados medievales les gustaba la fórmula romana “quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet” (lo que a todos toca debe ser debatido y aprobado por todos). Esta fórmula la aplicó Bartolomé de las Casas para negar la pretensión de España a gobernar con legitimidad sobre los indios de América sin su consentimiento¹⁰. James Madison, el arquitecto de la constitución de Estados Unidos, consideraban éste como un principio vital de la democracia. Madison rechazaba la idea de que sólo una pequeña capa de propietarios tendría derecho a voto. Según él, esta definición tan restringida “viola el principio vital del gobierno libre, de que quienes estarían sujetos a las leyes

¹⁰ Bartolomé de las Casas, Los Tesoros del Perú (Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1958), p. 202; Kenneth Pennington (2003), “Bartolomé de las Casas and the Tradition of Medieval Law”, versión en Internet: <http://faculty.cua.edu/pennington/Law508/RightsNatives.htm>.

deberían tener voz en su origen. Y la violación de este principio sería especialmente injusta si los legisladores son una minoría¹¹.

38. Como hemos visto, la identificación de aquéllos que “deberían tener voz”, como dice Madison, y la especificación de cómo ha de lograrse esto, resultó ser profundamente problemático en todos los países que buscan clarificar el sentido de la democracia y la ciudadanía. Pero un siglo y medio después de los debates constitucionales en Estados Unidos, temas como éstos seguían siendo en su mayor parte irrelevantes para gran parte de la humanidad que vivía bajo dominio colonial. Por ejemplo, se tiende a escribir la historia de la democracia británica como la historia de los pueblos en las islas británicas, pero en 1936, menos del 10% de los sujetos al gobierno británico vivía en esas islas. Algo similar puede decirse del gobierno francés u holandés¹². Gran Bretaña, Francia y los Países Bajos ocuparían muchas páginas en cualquier análisis de la historia democrática. Sin embargo, antes de la Segunda Guerra Mundial, la gran mayoría de quienes estaban gobernados por los estados democráticos más significativos en la historia de Europa no tenían posibilidad alguna de llegar a ser ciudadanos activos en los asuntos del imperio. La descolonización que siguió a la Segunda Guerra Mundial permitió imaginar el triunfo de la democracia a escala mundial, con la sucesiva democratización de los nuevos estados soberanos en cuyos territorios vivía la gran mayoría de la humanidad. Un mundo más democrático significaría —y sólo podía significar— la democratización de cada uno de los estados, incluyendo las recién independizadas colonias. ¿Pero seguirá siendo ésta la opinión dominante?
39. ¿A principios del siglo XXI, quién en este planeta no está, al menos en alguna medida, sujeto a decisiones tomadas en Estados Unidos? Me han dicho que en Grecia no es raro referirse al presidente de Estados Unidos como el “planetarca”, posiblemente un término útil, acuñado en un país que hace mucho tiempo atrás nos dio tantos otros¹³. Aunque actualmente la mayor parte de la población mundial tiene la ciudadanía de algún estado soberano, y muchos son ciudadanos de estados con características democráticas significativas, sólo una pequeña minoría vota por el planetarca.
40. Generalmente hemos pensado que los derechos ciudadanos son una manera de alcanzar derechos humanos. Los estados son instrumentos para hacer cumplir estos derechos. En un estado tras otro, el avance de los derechos de ciudadanía era el camino para hacer realidad los derechos humanos. Una forma de aumentar la probabilidad de que los gobiernos

¹¹ Citado en Robert Dahl, *How Democratic is the American Constitution?* (New Haven and London: Yale University Press, 2002), p. 35.

¹² Grover Clark, *The Balance Sheets of Imperialism. Facts and Figures on Colonies* (New York: Russell and Russell, 1936), p. 23.

¹³ Agradezco a mi colega Michael Epitropulos por informarme sobre el uso de “planetarca”.

cumplieran, sería haciéndolos dar cuenta de sus acciones a los gobernados. Con la expansión geográfica de la democratización, se haría avanzar los derechos humanos en el mundo. Los estados democráticos no han estado libres de tortura, violencia étnica ni hambre, pero sí de genocidio y hambrunas masivas¹⁴. Así y todo, en un mundo en que los estados varían tanto en términos de riqueza y poder, el tema de los derechos en un orden global creciente y cambiante puede convertirse en fuente importante de conflicto, estimulando movimientos sociales y estimulando también resistencia a esos movimientos. La cuestión de quién debe darle cuenta a quién, cómo y sobre qué materias debe ser repensada. En cierto modo, los derechos humanos pueden efectivamente ser una ampliación de los derechos ciudadanos, creciendo estado tras estado, pero por otro lado, pueden estar opuestos a los derechos de ciudadanía, en la medida que las diferencias de riqueza y poder en un sistema globalizado constituyen un obstáculo a ellos.

41. Consideremos, por ejemplo, la feroz oposición de Estados Unidos a la creación de un Tribunal Internacional Penal efectivo, con jurisdicción sobre casos de violación de derechos humanos. Lo que hay que añadir a este análisis es la simple observación de que estados con tradiciones democráticas de larga data también están al tope de la jerarquía de riqueza y poder y, por lo tanto, su oposición a una posible reducción de ese poder se expresa con gran fuerza. Dicho de otro modo, los gobiernos con instituciones democráticas más establecidas no son nada entusiastas al momento de disminuir su propia soberanía mediante la creación de regímenes transnacionales de derechos humanos que pudiesen acoger demandas de sus ciudadanos¹⁵. Estados Unidos, de lejos el más poderoso de los estados democráticos a principios del siglo XXI es el que se opone con más determinación a la existencia de regímenes transnacionales de derechos humanos. Es dudoso, por ejemplo, que el gobierno de Estados Unidos acepte que sus ciudadanos ejerzan el derecho a reclamar por las condiciones carcelarias, la pena capital, o la legitimidad del peculiar sistema electoral norteamericano en una arena internacional con autoridad decisoria. Por supuesto, quienes apoyan la posición de Estados Unidos citan principios democráticos, arguyendo que los jueces de ese tribunal no estarían sujetos a escrutinio democrático y que hoy hay muchos países con credenciales democráticas muy limitadas o nulas. Como siempre, posiciones muy distintas apelan a la “democracia”.

42. Con esto no pretendo sugerir que la gran desigualdad de riqueza y poder de los estados nacionales va a determinar por completo la redefinición del significado de la ciudadanía democrática en un contexto global. También

¹⁴ Es la tesis importante de Amartya Sen. Véase, por ejemplo, *Development as Freedom* (New York: Knopf, 1999), pp. 146-188.

¹⁵ Andrew Moravcsik, “The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Postwar Europe,” *International Organization* 54, 2000, pp. 217-252.

tenemos que considerar el surgimiento de instituciones transnacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Unión Europea, y la Organización Mundial del Comercio. En décadas pasadas, la proliferación de instituciones transnacionales ha significado que importantes decisiones sean adoptadas en contextos que no son el de los gobiernos nacionales. Como han dicho muchos, desde los años setenta del siglo XX, ha surgido una gran ola democrática en el mundo. Sin embargo, en el mismo momento histórico en que más y más gobiernos se hacían más responsables frente a sus ciudadanos a través de procedimientos democráticos, surgía una gran variedad de instituciones que trascendían a los estados (aunque muchas de ellas, como el Banco Mundial, fueron creadas por los estados).

43. Pensar en conexiones transnacionales en el siglo XXI nos obliga, una vez más, a imaginar en qué consistirán las futuras instituciones de la democracia. Podemos estar seguros de que la historia de la democracia está muy lejos de haber llegado a su fin. El dudoso pronóstico de Tocqueville respecto a que la soberanía popular había llegado tan lejos como era posible parece ser un juicio tan poco acertado respecto a la democracia mundial de principios del siglo XXI como lo fue respecto a la democracia norteamericana de principios del siglo XIX.

44. Inicié mis observaciones señalando una definición del siglo XVII que nada decía sobre cómo los ciudadanos habrían de ejercer el poder democrático, ni siquiera sobre quiénes eran los ciudadanos. A las elites educadas de fines del siglo XVIII y principios del siglo XIX puede haberles parecido que al crear instituciones que llegaron a considerarse como democráticas habían hallado respuesta a muchos desafíos de la era revolucionaria en que vivían. Sin embargo, la democracia ha demostrado no ser una respuesta, sino una pregunta. Y sigue siéndolo, aún hoy.

PROPIEDAD, CIUDADANÍA Y SUFRAGIO EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL (1810-1845)¹

Joaquín Varela Suanzes-Carpegna

- I. EL PRIMER PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: 1810-1812.
- II. MODERADOS Y PROGRESISTAS: 1834-1845.
- III. LOS PRE-DEMÓCRATAS: 1834-1837.

1. En este trabajo voy a reflexionar sobre el estrecho vínculo entre propiedad, ciudadanía y sufragio en el constitucionalismo español de la primera mitad del siglo XIX. En primer lugar, me detendré en los debates de las Cortes de Cádiz y en la Constitución de 1812; a continuación estudiaré los planteamientos que mantuvieron “moderados” y “progresistas” desde la entrada en vigor del Estatuto Real, en 1834, hasta la aprobación de la Constitución de 1845, con particular insistencia en las discusiones parlamentarias, pero también en diversos textos doctrinales, sin perder de vista, por supuesto, los textos normativos; por último, me ocuparé de la postura que defendieron los progresistas de izquierda o “pre-demócratas” a partir de 1834, sobre todo en las Cortes constituyentes de 1837.

I. EL PRIMER PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: 1810-1812

2. La primera ley electoral española fue la *Instrucción que deberá observarse para la elección de Diputados de Cortes*, aprobada por la Junta Suprema de Gobernación del Reyno el 1 de Enero de 1810. Esta *Instrucción* sirvió para elegir a los miembros de las Cortes de Cádiz e inspiró la normativa electoral que recogería la Constitución de 1812. Su artículo 12 hacía una velada alusión a la conveniencia de que los futuros Diputados fuesen propietarios cuando recomendaba que los electores, con el fin de reducir las dietas y ayudas que este mismo precepto otorgaba a los Diputados electos, procurasen elegir a “aquellas personas que, además de las prendas y calidades necesarias para desempeñar tan importante cargo, tengan facultades suficientes para servirle a su costa”².

¹Tuve ocasión de exponer y debatir este trabajo en el Curso “La construcción de la ciudadanía en Europa. Reflexiones conceptuales y desarrollos históricos”, celebrado en Baeza en la sede “Antonio Machado” de la Universidad Internacional de Andalucía, los días 25 y 26 de noviembre de 2004, bajo la dirección del profesor Francisco Acosta Ramírez, a quien agradezco su autorización para publicarlo ahora en “Historia Constitucional”.

² El texto de esta *Instrucción* puede verse en Diego Sevilla Andrés, *Constituciones y otros proyectos y leyes políticas de España*, vol. I, Editora Nacional, Madrid, 1969, pp. 69-80. Un análisis de este texto y de su influjo en la Constitución de Cádiz en Eugenio Ull Pont, *Orígenes del derecho electoral español*, “Boletín Informativo del Departamento de Derecho Político”, UNED, nº 2, Madrid, 1978, pp. 38 y ss. De este mismo autor, *vid. El sufragio censitario en el derecho electoral español*, “Revista de Estudios Políticos”, nº 194, Marzo-Abril, 1974, pp. 125-165.

3. En el vínculo entre propiedad y sufragio, tanto activo como pasivo, insistieron los diputados de las Cortes de Cádiz, sobremanera los liberales, en quienes recayó el peso principal en la elaboración de la Constitución de 1812. Para justificar este vínculo- perfectamente coherente con imputar la soberanía a la nación, esto es, a una persona moral, ficticia, compuesta de individuos iguales, pero distinta de la mera suma de ellos³- los liberales doceañistas trajeron a colación la necesidad de distinguir entre los derechos civiles y los derechos políticos. Si los primeros debían reconocerse a todos los españoles, con independencia de su sexo, raza o condición social, los segundos- entre ellos el más importante de todos: el *ius suffragii*- sólo debían reconocerse a aquellos intelectualmente capaces de participar en la cosa pública.
4. A esta distinción se refería el Discurso Preliminar a la Constitución de 1812: “el íntimo enlace- se decía allí- el recíproco apoyo que debe haber en toda la estructura de la Constitución, exige que la *libertad civil de los españoles* quede no menos afianzada en la ley fundamental del Estado que lo está ya la *libertad política de los ciudadanos*. La conveniencia pública, la estabilidad de las instituciones sociales no sólo pueden permitir, sino que exigen muchas veces, que se suspenda o disminuya el ejercicio de la libertad política de los individuos que forman una nación. Pero la libertad civil es incompatible con ninguna restricción que no sea dirigida a determinada persona, en virtud de un juicio intentado y terminado según la ley promulgada con anterioridad. Así es que en un Estado libre puede haber personas que por circunstancias particulares no concurren mediata ni inmediatamente a la formación de las leyes positivas; mas éstas no pueden conocer diferencia alguna de condición ni de clases entre los individuos de este mismo Estado. La ley ha de ser una para todos, y en su aplicación no ha de haber acepción de personas”⁴.
5. Se trataba de una forma de argumentar muy similar a la que habían mantenido antes destacados publicistas europeos, entre ellos algunos muy influyentes entre los liberales doceañistas, como Locke, Montesquieu y Sieyès⁵. Los derechos civiles son una cosa; los políticos, otra bien distinta; aquéllos deben extenderse a todos; éstos no; el Estado puede ser liberal (“libre”), pero no necesariamente democrático. Este era en pocas palabras el hilo argumental del *Discurso Preliminar*.
6. En la distinción entre derechos civiles y derechos políticos insistieron destacados diputados liberales en el debate constitucional de las Cortes de Cádiz. Entre ellos, Diego Muñoz Torrero, Presidente de la Comisión Constitucional, para quien había dos clases de derechos: “unos civiles y

³ Sobre el concepto de nación y de soberanía nacional en Cádiz, me extiendo en mi libro *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (Las Cortes de Cádiz)*, Centro de Estudios Constitucionales (CEC), Madrid, 1982, especialmente capítulos cuarto y quinto.

⁴ El texto del *Discurso Preliminar* en Sevilla Andrés, *op. cit.* I, pp. 135-6.

⁵ Cfr. John Locke, *Second Treatise on Civil Government*, cap. V, párrafo 54; Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, Libro XI, cap. VI; Sieyès, *Que-est-ce le Tier Etat ?*, cap. III, párrafo 1 y 2; y cap. VI.

otros políticos; los primeros, generales y comunes a todos los individuos que componen la nación, son el objeto de las leyes civiles; y los segundos pertenecen exclusivamente al ejercicio de los poderes públicos que constituyen la soberanía. La Comisión (constitucional) llama españoles a los que gozan de los derechos civiles, y ciudadanos a los que al mismo tiempo disfrutaban de los políticos...La justicia, es verdad, exige que todos los individuos de una misma nación gocen de los derechos civiles; más el bien general, y las diferentes formas de gobierno, deben determinar el ejercicio de los derechos políticos”⁶.

7. Y, en efecto, a partir de la distinción entre derechos civiles y derechos políticos la Constitución distinguía entre “españoles” y “ciudadanos”, en una línea muy parecida a la Constitución francesa de 1791, que había preferido hablar de “ciudadanos activos” y de “ciudadanos pasivos”⁷.
8. De acuerdo con lo que habían sustentado en la Asamblea de 1789 los “patriotas” Thouret y Barnave⁸, y separándose de lo que habían sostenido Rousseau y los jacobinos de 1793⁹, los liberales doceañistas afirmaron que la elección de los representantes de la nación no era un derecho natural-extensible, por tanto, a todos sus miembros, al menos a todos los varones mayores de edad- sino una función pública, que el ordenamiento jurídico debía atribuir de acuerdo con los intereses nacionales. “La representación- aducía Espiga- no es un derecho unido esencialmente al de ciudadano (esto es, a lo que este diputado calificaba aquí de “ciudadano simple”), es el resultado de las cualidades y circunstancias que exige la ley”¹⁰. “La nación- afirmaba Argüelles- debe llamar a componerle (se refería al Parlamento) a los que juzgue oportuno. Para esto no hay ni puede haber reglas de rigurosa justicia que no estén sujetas a la modificación que exige la utilidad pública”¹¹.” Si la (nación) exige que la representación nacional se establece bajo de estas u otras bases-argumentaba García Herreros-, el fijarlas deberá ser objeto de las leyes políticas; y como el fin de éstas no es 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”¹². Y, en fin, Pérez de Castro remachaba: “

⁶ *Diario de las Discusiones y Actas de las Cortes de Cádiz (DDAC, en adelante)*, 9 de septiembre de 1811, t. 8, pp. 204-205.

⁷ Cfr. Título III, cap. Primero, sección segunda, artículo 2º. Una versión española de la Constitución de 1791 y de la Declaración de Derechos de 1789 en Joaquín Varela Suanzes (ed), *Textos básicos de la historia constitucional comparada*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

⁸ Cfr. Raymond. Carré de Malberg, *Contribution a la théorie Générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1920-1922, 2 vol, vol. II, p. 435.

⁹ Cfr. Jean Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*, L. I, cap. I; y los arts. 4,5,6 y 11 de la Constitución de 1793 y el 29 de la Declaración de Derechos aprobada ese mismo año. Dos textos en los que se establecía un sufragio universal masculino, que ya habían defendido en la Asamblea de 1789 Petion de Villeneuve y Robespierre, como recuerda Carré de Malberg, *op. cit. II*, pp- 425 y 426.

¹⁰ *DDAC*, t. 2, pp. 327-328.

¹¹ *Ibidem*, t.8, p. 157

¹² *Ibidem*, t. 8, p. 313.

la Comisión (constitucional) ha partido del principio de que todo lo que sea 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”¹³

9. De acuerdo con estos planteamientos, la Constitución de 1812 negaba la capacidad electoral para elegir y ser elegido Diputado a Cortes a buena parte de la población española: a los menores y a los incapaces, desde luego, pero también a las mujeres, a las “castas americanas” (esto es, a los negros o los que estuviesen mezclados con ellos, fuesen españoles, criollos o indios), a los que no sabían leer ni escribir, a los “sirvientes domésticos” y a aquellos que no tuviesen “empleo, oficio o modo de vida conocido”¹⁴.
10. No obstante, el sufragio activo que se establecía en la Constitución de Cádiz (indirecto, a tres grados: parroquia, partido y provincia) era muy amplio para los varones españoles, al menos para los “no originarios de África”, por decirlo con la eufemística perífrasis que utilizaba el artículo 22 de la Constitución de Cádiz¹⁵. Sobre todo si se tiene en cuenta que la exclusión de los analfabetos no debía entrar en vigor hasta 1830, según señalaba la Constitución en su artículo 25. No exageraba, pues, Francisco Martínez Marina cuando sostenía en la *Teoría de las Cortes* (1813) que en virtud de la Constitución de Cádiz “todo el pueblo, cada ciudadano, influye por lo menos indirectamente y tiene parte activa en la elección de sus representantes”¹⁶.
11. Fue precisamente en el debate del artículo 25 cuando se puso de relieve con mucha claridad la voluntad de los Diputados liberales de ensanchar todo lo posible el cuerpo electoral, incorporando a amplios sectores populares. La redacción inicial del párrafo tercero de este precepto suspendía el derecho de ciudadanía “por el estado de sirviente a soldada de otro”, pero tras un debate muy revelador se prefirió la fórmula “por el estado de sirviente doméstico”, con el objeto de impedir, según expuso el liberal Golfín, que se suspendiesen “los derechos de ciudadanía a muchos individuos utilísimos al Estado, tales como los aperadores de los cortijos, los mayores y otros varios dependientes de los labradores hacendados, los

¹³ *Ibidem*, t. 8. p. 334.

¹⁴ *Vid.* los artículos 18 a 33 y 90 a 93 de la Constitución de 1812.

¹⁵ Comenzaba este artículo con estas palabras: “a los españoles que por cualquiera línea son habidos y reputados por originarios del África les queda abierta la puerta de la virtud y del merecimiento para ser ciudadanos...”.

¹⁶ *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas Nacionales de los Reinos de León y Castilla. Monumentos de su Constitución Política y de la Soberanía del Pueblo, con algunas observaciones sobre la ley fundamental de la monarquía española, sancionada por las Cortes Generales y Extraordinarias, y promulgada en Cádiz a 19 de Marzo de 1812*, Madrid, 1813, Imprenta de D. Fernando Villalpando, Madrid, 1813, 3 vol. edición de José Manuel Pérez Prendes, editora nacional, Madrid, 1979, vol. I, p. 375. Esta obra ha sido reeditada en tres volúmenes por la Junta General del Principado de Asturias, en la colección “Clásicos Asturianos del Pensamiento Político”, nº 9, Oviedo, 1996, al cuidado de José Antonio Escudero, autor de un extenso *Estudio Preliminar*.

empleados de las fábricas, los cajeros de las casas de comercio, etc., los cuales todos sirven a soldada de otro”. Observó igualmente este Diputado “ que la mayor parte de los beneméritos patriotas que sirvieron en los ejércitos, defendiendo a la patria a costa de su sangre, se verían precisados, concluida la guerra, a ponerse a servir a soldada de otro para poder subsistir, aplicándose a las labores del campo, a los talleres de la industria, a los escritorios de comercio, etc., y sería muy injusto y aun escandaloso que a tan buenos patriotas españoles, dignos defensores de la patria, se les suspendiese en los derechos de ciudadano”¹⁷.

12. Como se pone de manifiesto en la intervención de Golfín, la amplitud del sufragio activo en la Constitución de Cádiz no se comprende cabalmente si no se tiene en cuenta la mentalidad igualitaria del primer liberalismo español, propiciada por la Guerra de la Independencia¹⁸. Los diputados liberales- y no sólo ellos-hicieron gala en muchas ocasiones de esta mentalidad, sobre todo cuando trataron de justificar la estructura unicameral de las futuras Cortes y, por consiguiente, la exclusión de una Cámara Alta, que diese cabida a los estamentos privilegiados. “...Siendo todos hombres- argumentaba, por ejemplo, el Conde de Toreno en ese debate- debemos olvidar las parcialidades, hacer esfuerzos para unirnos, y dar pruebas de que no hay diferencias entre nosotros, que todos somos españoles, todos hermanos”¹⁹. Aun más claro y contundente fue Agustín Argüelles cuando recordó que la Comisión constitucional no había podido desentenderse “del influjo que tienen las circunstancias del día, en que la nación ha hecho prodigios de valor y de heroísmo, sacrificios extraordinarios, sin respeto alguno a los derechos y obligaciones, privilegios ni cargas de las diferentes clases del Estado”²⁰.

13. Este contexto histórico no era, pues, el más apropiado para convertir a la propiedad en el requisito más importante para poder ejercer el sufragio, como reconocería Agustín Argüelles años después al comentar, desde su exilio londinense, la Constitución de Cádiz “¿Por ventura-se preguntaba Argüelles- es tan filosófica la máxima de mirar la propiedad como la única prenda que asegura el ejercicio de las virtudes morales y políticas? En la organización y forma que adquiere cada día la sociedad en el mundo civilizado, ¿no son vínculos igualmente fuertes e indisolubles para con la patria la ternura y la felicidad doméstica, las dulzuras de la amistad, el irresistible atractivo del aprecio y del respeto público que se hallan también y se consiguen sin la opulencia y los bienes de fortuna?”²¹.

¹⁷ DDAC, 9 de septiembre de 1811, t. 8, pp. 230-231.

¹⁸ Me extiendo sobre este extremo en mi reciente trabajo *El pueblo en el pensamiento constitucional español (1808-1845)*, “Historia Contemporánea”, Bilbao, 2004 (en prensa).

¹⁹ DDAC, 13 de septiembre de 1811, t. 8, p. 288

²⁰ *Ibidem*, 12 de septiembre de 1811, t. 8, pp. 271-2.

²¹ *La Reforma Constitucional de Cádiz*, edición de Jesús Longares, Iter ediciones, Madrid, 1970, p. 266. Una nueva edición de esta importante obra de Argüelles, a cargo de Miguel Artola, puede verse en el nº 12 de la colección de “Clásicos Asturianos del Pensamiento Político”, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 1999, 2 vol. De conformidad con estos planteamientos, tendentes a no restringir en demasía el electorado activo y pasivo por razones económicas, el artículo 102 de la Constitución de 1812 establecía que los diputados

14. En lo que concierne al sufragio pasivo, el artículo 92 de la Constitución exigía para ser elegido Diputado el “tener una renta anual proporcionada, procedente de bienes propios”. En apoyo de este precepto, Argüelles sostuvo que la nación tenía el derecho de “buscar en las personas que han de ser depositarias de su confianza cuantas seguridades crea necesarias. 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. Como contribuyente está interesado en que los pueblos se recarguen lo preciso, y no más; que la inversión de los caudales públicos se haga conforme al objeto para que aquellos lo otorguen. Como padre de familia será muy circunspecto en convenir en aquellas alteraciones o novedades que puedan perjudicar a la libertad y seguridad de los ciudadanos, o turbar de alguna manera el orden público”²².
15. Sin embargo, el artículo 92 no fijaba la cuantía de la renta y el artículo 93 suspendía *sine die* la vigencia de este requisito²³. Tal actitud se debía en gran medida al deseo de los diputados liberales de esperar a que se produjera en el régimen jurídico de la propiedad las transformaciones previstas por las Cortes y por la propia Constitución, tras haber decretado la abolición de los mayorazgos y de los señoríos así como diversas medidas desamortizadoras. Así lo reconocía el *Discurso Preliminar* cuando, después de señalar que “nada arraiga más al ciudadano y estrecha más los vínculos que le unen a su patria como la propiedad territorial o la industrial afecta a la primera”, añadía: “sin embargo, la Comisión (constitucional) al ver los obstáculos que impiden en el día la libre circulación de las propiedades territoriales, ha creído indispensable suspender el efecto de este artículo (esto es, el 92) hasta que removidos los estorbos y sueltas todas las trabas que la encadenan, puedan las Cortes sucesivas señalar con fruto la época de su observancia”²⁴.
16. Un extremo en el que insistió el liberal Nicasio Gallego: “... las miras de la Comisión (constitucional) han sido más extensas de lo que a primera vista parece. Sabe bien que la mayor subdivisión posible de los terrenos influye muy esencialmente en la prosperidad de la agricultura de un país, y por esa razón se ha querido estimular a todos los españoles a que se hagan propietarios. Es verdad que si se adoptase desde luego este artículo (esto es, el 92) muchas gentes quedaban excluidas; pero conviene hacerse cargo

serían remunerados por el ejercicio de sus funciones. Una disposición cuyo precedente se encontraba en la mencionada *Instrucción* de 1810.

²² *DDAC*, 28 de septiembre de 1811, t. 9, pp. 23-24.

²³ “Suspéndase la disposición del artículo precedente- decía el 93 en relación al 92- hasta que las Cortes que en adelante han de celebrarse declaren haber llegado ya el tiempo de que pueda tener efecto, señalando la cuota de la renta y la calidad de los bienes de que haya de provenir; y lo que entonces resolvieren se tendrá por constitucional, como si aquí se hallara expresado”.

²⁴ Sevilla Andrés, op. cit. I, pp. 128-129.

de que las Cortes futuras no mandarían aún su observancia hasta tanto esté más generalizado que ahora el gusto de adquirir terrenos; y entretanto servirá este amago para que cada uno procure hacerse dueño de alguna finca por no verse privado del apreciable derecho de concurrir a las Cortes”²⁵

II. PROGRESISTAS Y MODERADOS: 1834-1845

17. Durante el Trienio Constitucional de 1820 a 1823 ya se había hecho patente el alejamiento por parte de no pocos liberales de algunas premisas básicas del liberalismo doceañista y de la propia Constitución de Cádiz, pero fue tras la muerte de Fernando VII cuando se percibe con mayor nitidez y alcance el giro conservador que se había venido produciendo en el seno del liberalismo español, no sólo entre los “moderados”, sino también entre los “progresistas”, las dos grandes corrientes en las que se dividió el liberalismo. Las causas de este cambio son múltiples. Las experiencias constitucionales de 1812 a 1814 y 1820 de 1823 se habían saldado con sendos fracasos y con la amarga comprobación de la indiferencia, cuando no hostilidad, de las clases populares hacia un Estado constitucional que percibían- y seguirían percibiendo a lo largo de todo el siglo XIX- como alejado e incluso opuesto a sus preocupaciones e intereses²⁶. Tampoco fue ajeno a este cambio el estallido en 1833 de una guerra civil que se iba a prolongar hasta 1839 y durante la cual el carlismo- un movimiento con un indudable apoyo popular- mantuvo en jaque al Estado constitucional, encarnado por María Cristina e Isabel II. También es preciso tener en cuenta para entender este cambio las expectativas burguesas que se desataron tras la desamortización y, desde luego, el influjo de las nuevas doctrinas sustentadas por el liberalismo europeo post-napoleónico, deseoso de integrar en el Estado constitucional a la Corona y a los estamentos privilegiados, cuya unión había echado por tierra a la Constitución de Cádiz. De ahí que, siguiendo sobre todo el ejemplo del constitucionalismo británico y de las Cartas constitucionales francesas de 1814 y 1830, tanto los “progresistas” como los “moderados”, aunque no de la misma manera, se aprestaron a apoyar una arquitectura constitucional bien distinta a la que había establecido la Constitución de Cádiz(ya fuese en el Estatuto Real de 1834 o en las Constituciones de 1837 y 1845), en la que se además de reforzarse los poderes de la Corona y de articularse una segunda cámara conservadora, se restringía de forma considerable el sufragio activo y pasivo²⁷. Veámoslo.

²⁵ DDAC, 28 de septiembre de 1811, t, 9, pp. 27-28.

²⁶ En el divorcio entre el liberalismo y el pueblo insistieron los más lúcidos liberales, como Álvaro Flórez Estrada, pero también un autor situado a extramuros del liberalismo, como Jaime Balmes. Me ocupo del primero en mi reciente estudio *Retrato de un liberal de izquierda*, en Joaquín Varela Suanzes-Carpegna (coord.), *Álvaro Flórez Estrada (1766-1843). Política, Economía, Sociedad*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2004. Del segundo me he ocupado en mi *Estudio Preliminar* a Jaime Balmes, *Política y Constitución*, CEC, Madrid, 1988, pp. LVIII-LX.

²⁷ Sobre la evolución del liberalismo español desde 1814 a 1837 me extiendo en *La Monarquía Imposible. La Constitución de Cádiz de 1820 a 1823*, “Anuario de Historia del Derecho Español”, t. LXVI, Madrid, 1996, pp. 653-687 *El Pensamiento Constitucional Español en el Exilio: el abandono del modelo doceañista (1823-1833)*, “Revista de Estudios Políticos”, nº 87,

18. Si en las Cortes de Cádiz los liberales habían procurado ensanchar el sufragio entre los varones, aunque ello supusiese establecerlo a tres grados, a partir de 1834, en realidad ya desde el Trienio, va a predominar una actitud realista y pragmática, que trataba de llevar a la ley lo que acontecía en la sociedad y que, por tanto, excluía del sufragio activo y pasivo a la mayor parte de la población. El artículo 14, 3º del Estatuto Real, aprobado el 10 de Abril de 1834, exigía para ser elegido miembro del Estamento de Procuradores del Reino, entre otros requisitos, “estar en posesión de una renta propia anual de doce mil reales”, mientras que el Estamento de Próceres estaba formado por miembros natos y hereditarios, así como por otros designados libremente por la Corona. En lo que concierne al electorado activo, el Decreto Electoral de 20 de Mayo de 1834 establecía para la elección de los Procuradores un sistema indirecto a dos grados, las Juntas Electorales de Partido, en cuya composición tenían un peso decisivo los mayores contribuyentes del pueblo, y las Juntas Electorales de Provincia, de las que formaban parte determinadas categorías profesionales- abogados con despacho abierto, relatores y escribanos de cámara, catedráticos y profesores de ciencias, entre otras- y aquellos propietarios, colonos y fabricantes que poseyesen una renta anual de 6000 reales, o, en el caso de los comerciantes, que pagasen una contribución de entre 200 y 400 reales, según el tamaño de las ciudades. De esta manera, según cálculos de la época, el cuerpo electoral quedaba compuesto por 16.026 ciudadanos, lo que suponía tan sólo un 0,15 por ciento de la población española en 1834²⁸.
19. Desde finales de 1835 hasta comienzos de 1836, siendo Mendizábal Presidente del Gobierno y en el contexto de una anunciada reforma del propio Estatuto Real, tuvo lugar en las Cortes un arduo y revelador debate sobre el proyecto de ley electoral presentado por el Gobierno, que establecía un sufragio censitario, aunque ahora directo, que era el método ya aceptado en las Constituciones y en la legislación electoral vigente entonces en la Gran Bretaña, Francia y Bélgica, además de ser el que defendía desde hacía tiempo los dos publicistas europeos más influyentes

1995, pp. 63-90; traducción francesa: *Les libéraux espagnols en exil: l'abandon du modèle constitutionnel de Cadix (1823-1833)*, en Annick Lempérière, Georges Lomné, Frédérick Martinez et Denis Rolland (coord.), *L'Amérique latine et les modèles européens*, Editions L'Harmattan, Maison des Pays Ibériques, Paris, 1998, pp. 163-195.; *La constitución española de 1837: una Constitución transaccional*, en “Revista de Derecho Político”, nº 20, Madrid, 1984, pp. 95-106. En lo que concierne al constitucionalismo británico de esta época, *vid.* mi reciente libro *Sistema de gobierno y partidos políticos (de Locke a Park)*, CEPC, 2003, capítulos séptimo a noveno; en lo que concierne al francés, *vid.* mis artículos *La monarquía en el pensamiento de Benjamín Constant (Inglaterra como modelo)*, “Revista del Centro de Estudios Constitucionales”, Madrid, nº 10, 1991, pp. 121-138, y *El liberalismo francés después de Napoleón: de la anglofobia a la anglofilia*, “REP”, Madrid, nº 76, 1992, pp. 29-43.

²⁸ Estos datos son de Fermín Caballero, *Reseña de las últimas elecciones para Diputados y Senadores*, Madrid, 1837, p. 16 y los recoge Joaquín Tomás Villaroya en el capítulo II de la *Historia de España. La Era Isabelina y el sexenio democrático (1834-1874)*, vol. XXXIV de la *Historia de España*, fundada por Ramón Menéndez Pidal, prologado por José María Jover Zamora, p. 25. Este Decreto electoral y las demás leyes electorales que se citan más adelante, pueden verse en *Leyes Electorales y Proyectos de ley*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1906.

en España: Jeremy Bentham y Benjamín Constant. Sin embargo, no pocos miembros del partido progresista seguían prefiriendo el método indirecto consagrado en la Constitución de Cádiz. Por otro lado, en este debate se puso de relieve que los progresistas y los moderados discrepaban respecto de la amplitud del sufragio activo y pasivo. Ambos eran partidarios del sufragio censitario, pero los primeros deseaban que en el electorado activo y pasivo se incluyese a los sectores profesionales, las llamadas “capacidades”. Una inclusión que no aceptaban los moderados o, al menos, no con la misma amplitud que los progresistas. Además, mientras éstos tendían a favorecer la representación de los sectores burgueses urbanos-comerciantes y fabricantes-, aquéllos pretendían primar la representación de los propietarios agrarios, en donde se hallaba su principal clientela. Al final se resolvió adoptar una solución de compromiso: un sufragio mixto, con el que se pretendía que los mayores contribuyentes representasen a la propiedad; las capacidades al saber; y los electores delegados a las masas. De acuerdo con este sistema, el cuerpo electoral se componía de 59.000 electores: 39.000 por derecho propio (24.900 mayores contribuyentes y 15.000 capacidades) y 20.000 electores delegados, si bien la designación de estos últimos debía movilizar a un número mucho más elevado de electores de primer grado. En lo que atañe al electorado pasivo, el proyecto rebajaba a la mitad la renta anual de 12000 reales exigida por el Estatuto Real²⁹.

20. Este proyecto no llegó a entrar en vigor, pero, con algunas modificaciones, sirvió de base al Decreto de 24 de Mayo de 1836, aprobado bajo el Ministerio moderado de Istúriz-Alcalá Galiano, que ampliaba el cuerpo electoral a 65.067 electores, lo que suponía un 0,50 de la población, pero que elevaba a 9000 reales la renta anual exigible para ser elegido y a 5000 reales de contribución directa, además de excluirse del sufragio pasivo a las “capacidades”³⁰. A tenor de este Decreto se celebraron en Julio de ese año las primeras elecciones directas habidas en España. Pero los diputados electos no llegaron a ejercer sus funciones debido a la sublevación de La Granja, en Agosto de 1836, que obligó a la Regente María Cristina a proclamar la Constitución de Cádiz y, por tanto, a restablecer el amplio sufragio indirecto a tres grados previsto en este código.

21. La Constitución de 1837, fruto de un pacto entre progresistas y moderados³¹, consagraba el sufragio directo en su artículo 22. Nada decía sobre las condiciones exigidas para ser elector, mientras que los artículos

²⁹ Cfr. Fermín Caballero, *El Gobierno y las Cortes del Estatuto, Madrid, 1837*, p. 144 y Joaquín Tomás Villaroya, *El Sistema político del Estatuto Real (1834-183)*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, p. 453. Sobre los proyectos electorales de Mendizábal me extiendo en mi reciente trabajo *La trayectoria del Conde de Toreno: del liberalismo revolucionario al liberalismo conservador, Estudio Preliminar a Conde de Toreno, Discursos Parlamentarios*. Junta General del Principado de Asturias, Oviedo, 2003, pp. CLXXXII y ss. Una nueva versión de este *Estudio Preliminar* se publicará en breve con el título *El Conde de Toreno (1786-1843). Biografía de un Liberal*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

³⁰ Cfr. y J. J. Villaroya, *Historia de España, op. cit.* p. 26.

³¹ Cfr. mi artículo *La Constitución española de 1837: una Constitución transaccional*, “Revista Española de Derecho Político”, UNED, nº 20, 1984, pp. 1984, pp. 95-106.

15 y 23 remitían a una futura ley electoral la regulación de los requisitos para ser elegido Diputado y Senador, pues ahora la segunda cámara se componía de miembros nombrados por el Rey a propuesta en lista triple de los electores. Para ser Senador, no obstante, la Constitución exigía en su artículo 17 “tener los medios de subsistencia” que determinase la futura ley electoral. Esta ley se aprobó el 12 de Julio de 1837, al poco de entrar en vigor la Constitución. Suponía una notable ampliación del electorado activo y pasivo en relación a la legislación electoral vigente durante el Estatuto Real, aunque era un indudable retroceso respecto de lo previsto en la Constitución de Cádiz. De acuerdo con esta ley, podían ser electores los que pagasen un mínimo de 200 reales de contribución, un alquiler de 1000 a 2500 reales, según el tamaño de la población, y los que poseyesen una renta anual mayor de 1500 reales. El artículo 50 de la ley se remitía al artículo 23 de la Constitución en lo que concierne a los requisitos para ser elegido Diputado, que guardaba silencio sobre la renta necesaria para ser elegido miembro de la Cámara Baja, lo que permitía interpretarse que no era preciso acreditar renta alguna para ser elegido o bien que era la misma que la ley exigía para ser elector, mientras que para ser elegido Senador la ley exigía expresamente tener una renta de 30.000 reales o pagar 3000 reales de contribución³². Esta ley se mantuvo en vigor hasta la aprobación de la Constitución moderada de 1845 y de la ley electoral que, conforme a la nueva Constitución, se aprobó al año siguiente³³.

22. Pero pasemos de las normas a la exposición de las ideas. Dos progresistas destacados, Agustín Argüelles y Vicente Sancho justificaron en las Cortes de 1837 la mudanza del sufragio indirecto y amplio establecido en Cádiz, por otro directo y mucho más restringido, con estos argumentos: “la ley-decía Agustín Argüelles-toma la sociedad como un hecho en el estado en que se halla”³⁴. “Cualquiera que sea el sistema que se adopte-argumentaba el también progresista Sancho-es indispensable que las leyes sean una traducción fiel de los deseos de la sociedad para quien se forma”³⁵. Para este diputado, “el gran inconveniente de la elección indirecta”, tal como se había adoptado en Cádiz, era “el tomar por base del gobierno político la ignorancia en vez de la ilustración”³⁶.

23. No muy distintas eran las tesis de los “moderados”. “A los que os digan que la elección directa no es popular porque prescinde de las masas- decía

³² Un análisis de esta ley en Joaquín Tomás Villaroya, *El cuerpo electoral en la ley de 1837*, “Revista del Instituto de Ciencias Sociales, nº 6, Barcelona, 1965, pp. 157-205. Conviene tener en cuenta que el artículo 14 del Real Decreto electoral de 21 de Agosto de 1836 consagraba la gratuidad del mandato parlamentario, a diferencia de lo que había establecido la Constitución de Cádiz. Como recordaba Rodríguez de Cepeda, “el negar a las clases pobres el derecho de elegir sus representantes, lleva consigo, como consecuencia precisa, el que éstos no reciban salario alguno, porque sería una contradicción chocante y ridícula negar al pobre el derecho de nombrar sus representantes e imponerle no obstante la obligación de contribuir a mantenerlos”, Antonio Rodríguez de Cepeda, *Elementos de Derecho Público Español*, Madrid, 1842, pp. 85-86.

³³ Una evolución del derecho electoral español durante la primera mitad del siglo XIX en Eugenio Ull Pont, *El sufragio censitario en el derecho electoral español*, op. cit. *passim*.

³⁴ *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes (DSCC)*, 26 de Diciembre de 1836, p.781

³⁵ *Ibidem*, 16 de Diciembre de 1836, p. 652.

³⁶ *Ibidem*, 28 de diciembre de 1836, p. 810

Donoso Cortés en 1836- respondedles que el gobierno que defendéis no es el gobierno de masas, sino el de las inteligencias sociales, es decir, el de las *aristocracias legítimas*³⁷. La actitud de Toreno era bastante singular. A su juicio, el sufragio universal, aunque fuese el indirecto que establecía la Constitución de Cádiz, lejos de implantar la democracia, afianzaría una nueva aristocracia, pues “acaecería que criados y todos los que tienen brazos y los emplean formarían la mayoría en las elecciones; pero mayoría ficticia sometida a los más poderosos y aristócratas...”³⁸. “Lo que estamos haciendo desde el principio de este Curso-aseveraba, por su parte, Pacheco desde el Ateneo de Madrid- sobre la legitimidad y excelencia de toda clase de gobierno según su consonancia con la situación de las sociedades, eso mismo es lo que autoriza a la denegación que defendemos del derecho universal, del sufragio concedido a todos”³⁹. Y, en fin, para Plácido María Orodea el sistema electoral adoptado en la Constitución de Cádiz condenaba “al hilotismo político a la parte más sana, a la mayoría de la Nación y falsea los principios de la verdadera libertad”⁴⁰.

24. La distinción entre los derechos civiles y los políticos volvió a traerse a colación, durante el período que ahora se examina para justificar las restricciones al derecho sufragio activo y pasivo. A ella apelaron tanto los progresistas como los moderados. Para el progresista Salustiano de Olózaga los derechos políticos se presentaban en el proyecto constitucional de 1837 “como una garantía de los derechos civiles”, pues de lo que se trataba era de establecer “la igualdad legal”, pero de ninguna manera “la igualdad en la servidumbre”⁴¹. “Los derechos civiles- agregaba el también progresista Sancho-son los que corresponden a todo hombre en sociedad...Los derechos políticos son el instrumento para asegurar los derechos civiles”⁴². Por su parte, el moderado Armendáriz insistía en que si bien todos los españoles tenían garantizados los derechos civiles, no todos debían tener el derecho político “para tomar parte en la confección de las leyes”. Una restricción, a su juicio, con la que no se coartaba sus derechos: “al contrario- señalaba- es en apoyo de ellos, así como los bienes del menor se ponen bajo tutela para conservarlos”⁴³.

³⁷ Donoso Cortés, *Lecciones de Derecho Político (1836-1837)*, en *Obras Completas* de Donoso Cortés, preparadas por Carlos Valverde, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1970, 2 vol, vol. 1, p. 200, Subrayado de Donoso. Una reedición de este curso, a cargo de José Álvarez Junco, en CEC, Madrid, 1984.

³⁸ *Diario de Sesiones de las Cortes (DSC), Estamento de Procuradores, Legislatura de 1835-1836*, 19 de Enero de 1836, p. 495.

³⁹ Joaquín Francisco Pacheco, *Lecciones de Derecho Político Constitucional, pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1844 y 1841*, Imprenta de D. Ignacio Boix, Madrid, 1845, p. 325. Estas “Lecciones” las ha reeditado F. Tomás y Valiente, CEC, Madrid, 1984.

⁴⁰ Plácido María Orodea, *Elementos de Derecho Político Constitucional aplicados a la Constitución Política de la Monarquía española de 1837*, Madrid, 1843, p. 162.

⁴¹ DSCC, 14 de Marzo de 1837, p. 2138.

⁴² *Ibidem*, 14 de Marzo de 1837, p. 2138.

⁴³ *Ibidem*, 26 de Noviembre de 1836, pp. 804-805.

25. En esta distinción capital entre derechos civiles y derechos políticos abundarían unos años tarde dos destacados moderados: Alcalá Galiano y Pacheco. “El derecho de votar- afirmaba el primero-sólo debe ser conferido a aquellos en quienes se presume cierto grado de independencia e ilustración para que puedan usarlo con utilidad así ajena como propia”⁴⁴. “Distinguimos, hoy, señores- decía el segundo- los derechos políticos de los civiles, y si estos los concedemos a todos los ciudadanos, no así los primeros, que no podemos otorgar sino a los que han de ejercerlos bien”⁴⁵.
26. Aparte de la mayoría de edad y de pertenecer al sexo masculino, la propiedad era precisamente la prueba más evidente de que se poseía una instrucción y, por tanto, una independencia de criterio para “ejercer bien” el sufragio. En este extremo coincidían progresistas y moderados, aunque los primeros, como se ha dicho antes, fuesen partidarios de ampliar un poco más que los segundos el electorado activo y pasivo, con el objeto de permitir que también pudiesen elegir y ser elegidos las llamadas “capacidades”. Pero en cualquier caso, durante los años treinta y cuarenta del siglo XIX la propiedad se presentaba como una condición primordial e indispensable para formar parte del electorado activo y pasivo.
27. Ciertamente que en las Cortes de Cádiz los liberales habían insistido también en el vínculo entre propiedad y sufragio, pero no lo es menos, como se ha visto, que se habían alabado otras cualidades morales, en las que había insistido Agustín Argüelles durante su exilio al comentar las disposiciones de la Constitución de Cádiz sobre este punto. Pues bien, en 1837 este liberal mostró una actitud un tanto distinta cuando polemizó con Sosa, un “pre-demócrata”, del que luego se hablará, que exigía conceder el sufragio activo y pasivo a todos los varones, con independencia de su propiedad y riqueza: “Todo vecino que en España va, por ejemplo, a la guerra- señalaba Argüelles-, hace el servicio de las armas, contribuye directamente o indirectamente con el fruto de su trabajo, con el sudor de su rostro, ¿cree el Sr. Sosa, ni nadie, que ésto sea título suficiente para que se le entregue el uso de un derecho como este (el de votar)? Estoy seguro que no”⁴⁶. Por su parte, otro progresista, Antonio González, en esas mismas Cortes añadía: “... Y así es que los de las clases proletarias, que no tienen toda la independencia que deben tener para dar su voto en los colegios electorales, no tendrán ciertamente ese derecho. ¿Y por qué? Porque eso mismo

⁴⁴ Antonio Alcalá Galiano, *Lecciones de Derecho Político Constitucional*, Imprenta de D. J. Boix, Madrid, 1843, p. 195. Estas “Lecciones” las ha reeditado Angel Garrorena Morales, Madrid, CEC, 1984. Garrorena es también el autor de un excelente libro titulado “El Ateneo de Madrid y la teoría de la monarquía liberal (1836-1847)”, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974, en el que examina las “Lecciones” de Alcalá Galiano, las de Pacheco y las de Donoso Cortés. De estos tres Cursos me ocupé también en mi artículo *Tres Cursos de Derecho Político en la primera mitad del siglo XIX: las “Lecciones” de Donoso Cortés, Alcalá Galiano y Pacheco*, Revista de las Cortes Generales, nº 8, Madrid, 1986, pp. 95-131.

⁴⁵ Pacheco, *Lecciones*, op. cit. p. 235

⁴⁶ DSCC, 26 de Diciembre de 1836-1837, p. 781. Sobre este liberal, *vid.* mi trabajo *Agustín Argüelles en la historia constitucional española*, Revista Jurídica de Asturias, nº 20, 1996, pp.7-24.

favorece la causa de la libertad, pues un individuo que no tiene independencia se puede conocer cuan fácil sería que vendiese su voto”⁴⁷.

28. Tres años más tarde, Joaquín María López, uno de los más destacados progresistas de esos años, no dudó en afirmar que la propiedad era “el verdadero derecho por excelencia, el que los representa, el que los simboliza, el que los comprende a todos. La seguridad personal, la libertad civil, no es más que la consecuencia y el respeto que merece el derecho de propiedad que tenemos sobre nosotros mismos: la libertad de imprenta no es más que la misma propiedad que tenemos sobre nuestras opiniones, para consignarlas en este tipo propagador del pensamiento. La libertad de religión no es más que la propiedad de nuestras ideas aplicadas a materias religiosas; y así no podemos analizar derecho alguna en la línea de los civiles, que no se halle contenido en el universal y sagrado derecho de propiedad”⁴⁸.

29. Ahora bien, este “individualismo posesivo”, por utilizar la conocida expresión de Macpherson⁴⁹, que permitía establecer una diferencia básica entre el “pueblo liberal” o propietario, instruido y con capacidad para elegir y ser elegido, y el “pueblo no liberal” o no propietario, ignaro y excluido del derecho de sufragio activo y pasivo, era más patente todavía en el seno del moderantismo, como lo era también su desprecio a los no propietarios, a los pobres, que en definitiva constituían la mayoría de la población. Ya la *Exposición* que precedía al Estatuto Real, debida en parte a la pluma de Martínez de la Rosa, había señalado que “...en todos los países se ha considerado a la propiedad, bajo una u otra forma, como la mejor prenda de buen orden y sosiego; así como en el extremo opuesto, cuantos han intentado promover revueltas y partidos, soltando el freno de las pasiones populares, han empleado como instrumento a las turbas de proletarios”⁵⁰.

30. Para Alcalá Galiano la propiedad era una “cosa por demás sagrada” y “verdadero fundamento de los gobiernos”⁵¹. Para Pacheco “la riqueza, o por mejor decir el bien estar, la vida holgada y fácil, en que el trabajo material no es una carga dura, no es la penosa ocupación de todos los momentos y deja espacio para las concepciones del espíritu” era el auténtico criterio que debía tenerse en cuenta “como condición de capacidad política, porque es el que da la inteligencia y la valía en el orden social”⁵². Consecuencia de estos planteamientos era el desprecio hacia el trabajo manual, que antes se comentó.

⁴⁷ DSCC, 17 de Abril de 1837, p 2817

⁴⁸ *Lecciones explicadas en la Cátedra de política constitucional, en la Sociedad de Instrucción Pública de Madrid, desde el 1 de Noviembre de 1840 en adelante, en Colección de Discursos Parlamentarios, defensas forenses y producciones literarias, Madrid, 1856, vol. V, p. 128.* Estas “Lecciones” las ha reeditado Antonio Elorza, CEC, Madrid, 1987.

⁴⁹ Cfr. C. B. Macpherson, *Teoría política del individualismo posesivo*, Fontanella, Barcelona, 1970.

⁵⁰ Diego Sevilla Andrés, *op. cit.* vol. I, pp. 255-6. Un comentario de esta *Exposición* en Joaquín Tomás Villaroya, *El Sistema Político del Estatuto Rea*, *op. cit.*, pp. 9 y ss.

⁵¹ Antonio Alcalá Galiano, *Lecciones, op. cit.*, p. 91.

⁵² Joaquín Francisco Pacheco, *Lecciones, op.cit.* p. 237

31. Pero fue en las Cortes de 1844-1845, dominadas por los “moderados”, en donde la sacralización de la propiedad y el desprecio hacia el pueblo trabajador, hacia los “proletarios”, como acostumbraba a decirse entonces- en una expresión que ya Ramón de Salas había empleado a comienzos del Trienio⁵³- cobró unos ribetes más acentuados. Merece la pena a este respecto traer a colación una intervención del moderado Calderón Collantes. Confesaba este diputado que no era, “por ahora”, propietario territorial, aunque sí “propietario intelectual”, lo que le permitía acceder al Congreso de los Diputados, pero incluso, añadía, “si no tuviera entrada por esta circunstancia, prefiero que me cierren las puertas para mi y para todos los de mi clase, con tal que no vea un Congreso, como puede suceder, compuesto de proletarios que pongan en alarma todas las clases de la sociedad, y que haga expoliación en una noche de bienes legitimados por el transcurso de muchos siglos”. Concluía este Diputado con una frase rotunda, corolario de esta mentalidad: “la pobreza, señores, es signo de estupidez”⁵⁴.
32. Fue el propio Calderón Collantes quien en estas mismas Cortes ofreció una interpretación sociológica del Estado constitucional, en particular de la representación y del sufragio, propugnado por los “moderados” y, con algunos matices, por los “progresistas”, de acuerdo con lo que puede calificarse de materialismo histórico conservador, esto es, de una interpretación de la historia y de la política basada en gran parte en la lucha de clases, pero, claro es, con una finalidad muy distinta a la que cuatro años más tarde, en 1848, se recogería en el “Manifiesto Comunista”. Para Calderón estaba claro que “en toda sociedad existen siempre, y mucho más cuando se acaba de salir de una revolución, dos clases de intereses, si no incompatibles, por lo menos muy diversos: los del Antiguo Régimen y los creados por los recientes cambios políticos”. La “ciencia del gobierno” consistía precisamente “en hermanar todo lo posible estos intereses”. Los “intereses del Antiguo Régimen”, “consagrados por el transcurso del tiempo”, tenían su representación en el Senado, mientras que en el Congreso de los Diputados debían tener su representación “los intereses recientemente creados por efectos de la reforma y de la revolución”. Ahora bien, añadía este Diputado, “esto será cuando los que vengan aquí, tanto a un Cuerpo como a otro, tengan intereses en la conservación de lo antiguo, o los tengan en la consolidación de lo nuevo. Las clases que nada poseen,

⁵³ “...el primer objeto que debe proponerse una Constitución política-señalaba este autor- es que todos los ciudadanos sean representados en las Asambleas legislativas, y para esto es necesario que todos concurren directa o indirectamente a la elección de los representantes; todos aquellos, se entiende, que son capaces de conocer las consecuencias de lo que van a hacer, y que deben tomar algún interés en la cosa pública. El primer motivo de exclusión comprende a los menores, a los privados del uso de la razón y a las mujeres, llamadas exclusivamente por la naturaleza a las ocupaciones domésticas y a formar buenos ciudadanos; y por la segunda, no podrán ser electores los hombres sin casa, sin estado, sin bienes, los proletarios, que ninguna garantía de sus buenas intenciones ofrecen al cuerpo social, y ningún interés tienen en la cosa pública”. *Lecciones de Derecho Público Constitucional (1821)*, edición de José Luis Bermejo Cabrero, CEC, Madrid, 1982, pp. 98-99.

⁵⁴ DSC (Congreso de los Diputados) 24 de Noviembre de 1844, pp. 636-639

las clases para las que la historia es nada, y a la que lo nuevo nada les produce, ¿qué vienen aquí a representar?... Preciso es que estos hombres que nada tienen no puedan venir aquí; es preciso, si han de estar representados y defendidos los intereses de todos, que en uno y otro Cuerpo haya una cierta homogeneidad de intereses. De lo contrario, habrá continuas colisiones entre ambos cuerpos: si el Congreso de los Diputados no representase nada, si sus individuos no fuesen propietarios, y en el otro Cuerpo estuviesen representados los intereses permanentes, necesariamente habría colisión entre ambos y el espíritu de rivalidad, existente y siempre fatal entre los grandes propietarios y las clases proletarias”⁵⁵.

III. LOS PRE-DEMÓCRATAS: 1834-1837

33. Pero tras la restauración del Estado constitucional, en 1834, no todos los liberales abandonaron las premisas doceañistas. Algunos siguieron defendiéndolas e incluso las radicalizaron. Así ocurrió con el sector más a la izquierda del progresismo, coherente continuador de los “exaltados” del Trienio y cuya presencia como tendencia constitucional con personalidad propia se detecta ya durante las Cortes del Estatuto Real y sobre todo durante las Cortes Constituyentes de 1837, que se ocuparon de llevar a cabo una profunda reforma de la Constitución de Cádiz, vigente por tercera y última vez desde los sucesos de La Granja en Agosto de 1836. En este sector se encuentran los antecedentes del liberalismo democrático español, que se articularía en una organización política autónoma en 1849 con la fundación del Partido Democrático Español, aunque no todos ellos ingresaron en ese partido, prefiriendo seguir militando en el progresista⁵⁶.

34. La exaltación del pueblo por parte de estos progresistas de izquierda condujo a denunciar el realismo social conservador del que hacían gala los moderados y la mayoría de los progresistas, a vituperar tanto la transacción constitucional de 1837 como la desamortización de Mendizábal, en este caso de acuerdo con las tesis de Álvaro Flórez Estrada⁵⁷, así como a defender un Estado constitucional en el que las “clases populares” o al “pueblo trabajador” pudiesen elegir directamente a sus representantes, reunidos en unas Cortes unicamerales, cuya voluntad debía imponerse, si fuera preciso, a la Corona, además de convertirse en el ariete de la revolución liberal.

⁵⁵ *Ibidem*, 30 de Noviembre de 1844, pp. 605-6

⁵⁶ Cfr. Joaquín Varela Suanzes, *La Constitución de Cádiz y el liberalismo español del siglo XIX*, Revista de las Cortes Generales, nº 10, Madrid, 1987, pp. 27-109. *Idem*, *El sentido moral del pensamiento democrático español a mediados del siglo XIX*, Revista Española de Derecho Político, nº 55-56, UNED, Madrid, 2002, pp. 15-32. Pongo de relieve aquí el notable influjo sobre estas corrientes pre-democráticas de los socialistas utópicos y también de Lammenais, a quien ya tradujo Larra en 1834.

⁵⁷ Sobre la crítica de Flórez Estrada a los decretos desamortizadores aprobados por Mendizábal y sobre el influjo de esta crítica en los sectores más avanzados del liberalismo español, me extiendo en mi ya citado trabajo *Retrato de un liberal de izquierda*.

35. Los liberales de izquierda o “pre-demócratas” criticaron el desprecio que el liberalismo mayoritario sentía por el trabajo manual y, en definitiva, por el pueblo. “... Los arados, las rejas y el martillo son el verdadero sostén de la propiedad”, señalaba Montoya, quien agregaba: “y es muy preciso que a los individuos que los manejan se les conceda el derecho a elegir, puesto que ellos son los que más trabajan, los que producen al Estado”⁵⁸. Por su parte, Luis Antonio Pizarro, Conde de las Navas (quien durante los años cincuenta militaría con los “demócratas”, al lado de los Orense, Rivero y Ordaz AVECILLA), refiriéndose a las masas populares, añadía: “algunos al hablar de ellas parece que se tapan las narices como si olieran mal. A mi no me sucede eso, porque me huelen muy bien, pues en ellas veo el genio de la nacionalidad, el genio de las virtudes, el archivo preferente de aquellas tradiciones de nuestros padres... En esas masas se conserva la lealtad, la piedad, el más acendrado patriotismo y amor a la justa libertad, de que tan heroicas pruebas han dado y están dando, sin excusar ninguna especie de sacrificio”⁵⁹.
36. Pascual denunciaba también el cambio que se había producido en el seno del liberalismo español a la hora de valorar el papel del pueblo. A su juicio, había sido a partir de 1834 cuando en España “por primera vez se aplicó al ciudadano laborioso y honrado, pero sin fortuna, el denigrante apodo de proletario; denigrante no por lo que en sí significa, sino por el espíritu, por la intención con que se aplicaba...”⁶⁰. Un juicio equivocado pues, como queda dicho, tan “denigrante apodo” se había utilizado ya desde principios del Trienio.
37. De particular interés resulta la actitud de Gorosarri, quien, como recuerda Mateo del Peral, “se ha citado siempre por los autores democráticos, al lado del Conde de las Navas, como un claro y legítimo antecedente de su ideología, en las Cortes de 1836-37”, perfilándose “como una prueba definida de esa confusión de demócratas con progresistas, tan característica de aquellos tiempos”⁶¹. Gorosarri no tuvo reparos en criticar la sacralización de la propiedad por progresistas y moderados y su desprecio hacia la virtud, el saber y el trabajo. Así, al comentar el artículo 53 del proyecto de ley electoral de 1837, en el que se exigía para poder ser elegido Diputado o Senador el “estar domiciliado en casa abierta”, replicó: “¿y para qué, señores, esa casa abierta? ¿Es para que entren en ella las cualidades parlamentarias?... Lo que se debe tener abierto es el cerebro

⁵⁸ DSCC, 13 de Diciembre de 1836, p. 618.

⁵⁹ *Ibidem*, 13 de Marzo de 1837, pp. 2119-2120. Esta exaltación del pueblo se percibe también en la prensa liberal más radical de esos años, como *El Satanás*, *El Pueblo* o *El Huracán*, como pone de relieve Juan Francisco Fuentes, que trae a colación algunos fragmentos publicados en estos periódicos durante 1836, 1837 y 1840. Cfr. Juan Francisco Fuentes, *Pueblo*, en Javier Fernández Sebastián y Juan Francisco Fuentes (dirs.), *Diccionario Político y Social del siglo XIX español*, Alianza editorial, Madrid, 2002, p. 590. Vid. asimismo, Javier Varela, *The image of the people in the spanish liberalism, 1808-1848*, en “Iberian Studies”, University of Keele, vol. 18, 1. pp. 14-15.

⁶⁰ DSCC 15 de Mayo de 1837, p. 2154

⁶¹ Diego Mateo del Peral, *Liberalismo y Democracia en España. Algunos testimonios anteriores a 1840*, en *Estudios de Ciencia Política y Sociología. Homenaje al Profesor Carlos Ollero*, Madrid, 1972, pp. 516-7.

para las grandes ideas, es el corazón para los sentimientos generosos... Yo creo valer tanto como S. S. -le espetaba Gorosarri al progresista Antonio González-, y no tengo casa abierta”⁶².

38. La actitud de Gorosarri, en particular su deseo de no identificar el valer con el tener, se sustentaba sin duda en una concepción democrática de la política, opuesta al “individualismo posesivo” por el que se habían decantado progresistas y moderados, pero también en un sentimiento igualitario, hidalgo, hondamente arraigado en España, sobre todo en el Norte. Ya Pascual, en referencia a la época del Estatuto Real, había comentado con disgusto que “por primera vez se oyó en la nación española esta grosera frase: “solo los que tenemos, debemos ser; sólo los que tenemos, debemos representar al pueblo”⁶³.
39. El propio Salustiano de Olózaga, uno de los más destacados representantes del ala oficial y mayoritaria del partido progresista, había dicho con razón, aunque siendo inconsecuente con esta afirmación, que en España, en gran parte por su arraigado catolicismo, se estimaba a “los hombres por lo que son y no por lo que valen materialmente”. “No hay nación en Europa-añadía- en que se estime más a los hombres por lo que son, como en España; no hay nación en que, como aquí, no sea denigrante decir: yo soy pobre”⁶⁴.
40. La oposición de Gorosarri, y la de otros liberales de izquierda, al nuevo “individualismo posesivo” del que hacían gala moderados y progresistas, acaso se debiese tanto a este igualitarismo hidalgo y premoderno, opuesto al espíritu calvinista y liberal, como al influjo del pensamiento democrático europeo (Rousseau, Paine, Lamennais, algunos socialistas utópicos), que coincidía con ese *ethos* hispánico en exaltar algunos valores, como la virtud, bien distintos de los que propiciaba el liberalismo antidemocrático.
41. Criticando este liberalismo, Gorosarri señaló: “diríase que el hombre ha sido creado para la riqueza. Diríase que la ciencia y la virtud son títulos vanos. No invirtamos, señores, la naturaleza de las cosas. Primero, el hombre; sigue la riqueza; primero el autor, la obra después. Por ventura, ¿el haber es el signo más cierto o más verosímil de ilustración o de independencia?”. Para este Diputado, bien al contrario, “la rapidez de concepción, la penetración de la inteligencia, la elevación de sentimientos, la firmeza de carácter”, eran cualidades “más personales y más propias” que la renta para el correcto ejercicio del mandato parlamentario”⁶⁵.

⁶² DSCC, 19 de Junio de 1837, pp. 4065-4066

⁶³ *Ibidem*, 15 de Mayo de 1837, p. 2154

⁶⁴ *Ibidem*, 6 de Abril de 1837, p. 2516

⁶⁵ *Ibidem*, 19 de Junio de 1837, p. 4136. A juicio de Mateo del Peral, “Gorosarri intenta componer una plataforma electoral diferente de la que se ha venido propugnando, donde quiebre el poderío de la propiedad territorial-el gran y frustrado objetivo revolucionario del liberalismo más vanguardista-en beneficio de los sectores más dinámicos de la burguesía, que vienen representados, en este caso como en el del Conde de las Navas, por las *capacidades*”, unos sectores con unos intereses “coincidentes en importantes aspectos con los del bajo pueblo”. Op. cit. p. 525.

42. A partir de estas premisas, los liberales de izquierda exigieron que se mantuvieran e incluso se ensancharan los cauces que había establecido la Constitución de Cádiz para la participación del pueblo en la elección de los parlamentarios. Incluso alguno de ellos llegó a defender el sufragio directo para todos los varones mayores de edad, al margen de sus ingresos, su posición social o su instrucción, pero el sufragio directo y no a tres grados, como establecía la Constitución gaditana.
43. En realidad, ya en las Cortes del Estatuto Real algunos procuradores habían hecho una inequívoca defensa del sufragio universal directo masculino, como fue el caso de Miguel Septién, anciano ya, ex-diputado en las Cortes del Trienio y conspirador “exaltado” durante la “ominosa década”, o del Conde de las Navas. Tanto uno como otro, en especial Septién, recurrieron entonces a la tesis, tan inaceptable para los moderados como para los progresistas, de que el formar parte del electorado no era una función, sino un “derecho natural”, inaugurando una argumentación central en el posterior constitucionalismo democrático⁶⁶.
44. En las Cortes Constituyentes de 1837 dos diputados defendieron el sufragio universal directo y masculino: el ya mencionado Gorosarri⁶⁷ y, sobre todo, Sosa, quien afirmó: “... yo no quiero que ningún ciudadano se quede sin la facultad de emitir su voto en las elecciones... yo no quiero que de ese modo siguiésemos las ideas de los doctrinarios, que son sumamente restrictivas, pues sólo quieren que disfruten de los derechos constitucionales un círculo pequeño, una sola clase de ciudadanos; al contrario, yo quiero que no sea una sola, sino todas las clases las que los disfrute”⁶⁸.
45. Para fundamentar su defensa del sufragio universal directo y masculino, Sosa, más que en la soberanía del pueblo y en la correlativa teoría del electorado-derecho, se basó en una interpretación liberal-democrática del principio de soberanía nacional y de la representación: “no puedo concebir que pueda haber gobierno representativo de toda una nación, sin que al menos todos los ciudadanos de ella hayan concurrido a emitir su voto a favor de los que han de representarlos... pues en mi concepto, sin la emisión de los votos de todos los ciudadanos que quieran prestarlos no se salvaría bien el principio de soberanía nacional, sobre el que se apoya nuestro actual sistema representativo”⁶⁹.
46. Pero el sufragio universal y directo para todos los varones mayores de edad, por el que clamaban estos liberales de izquierda o “pre-demócratas”, no sería una realidad en España hasta que, treinta y dos años más tarde, lo recogiese la Constitución de 1869, cuyo artículo 17 decía: “ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles podrá ser privado del

⁶⁶ Cfr. Diego Mateo del Peral, *op. cit.* pp. 505-512. En realidad Flórez Estrada ya había defendido el sufragio universal masculino en el proyecto de Constitución que había remitido a la Junta Central en 1809, como pongo de relieve en mi citado trabajo *Retrato de un liberal de izquierda*.

⁶⁷ Cfr. Sus intervenciones en los debates de la Ley electoral que tuvieron lugar en Julio de 1837, especialmente pp. 523-526.

⁶⁸ *Ibidem*, 26 de Diciembre de 1836, p. 779

⁶⁹ *Ibidem*, 29 de Diciembre de 1836, p. 817

derecho de votar en las elecciones de senadores, diputados a Cortes, diputados provinciales y concejales”.

Joaquín Varela Suanzes-Carpegna
Oviedo, Noviembre, 2004

REGNÍCOLAS CONTRA PROVINCIALISTAS. UN NUEVO ACERCAMIENTO A CÁDIZ CON ESPECIAL REFERENCIA AL CASO DE LA NUEVA ESPAÑA

Rafael ESTRADA MICHEL*

Para mi maestro, Benjamín González Alonso

1. Los reinos indianos hicieron su aparición constitucional panhispánica en las Cortes de Cádiz. Esta idea sorprendente, fundada no en el análisis de un hipotético austracismo americano pretendidamente apreciable a principios del Ochocientos, sino en el acercamiento a fuentes documentales de extraordinario valor tales como el *Diario de sesiones de las Cortes generales* que se reunieron a partir de 1810 en el puerto andaluz, permite admitir que si bien es cierto que en determinados temas (la igualdad de los dos pilares continentales de la Monarquía española, los derechos y la consideración de las castas afroamericanas, la creación de Secretarías de Estado y de despacho *ad hoc* para las Indias, la conformación paritaria del Consejo de Estado, etcétera) el reducido grupo de parlamentarios americanos actuó como un todo compacto y homogéneo¹, en otros asuntos (y la lista no es en forma alguna pequeña), las diversas concepciones de lo que debía ser la articulación político-constitucional del territorio de las Españas provocaron que el grupo indiano se dividiera en dos fracciones: la regnícola y la provincialista. Una división esta última que, de hecho, explicará el fracaso de la fracción ultramarina en su intento por evitar, en el seno de aquellas Cortes constituyentes, lo que Marta LORENTE ha llamado la “expulsión de América” con respecto al conglomerado que constituía la Monarquía Católica.
2. Pero vayamos por partes. Parece inocultable el hecho de que la América española participó de un regnicolismo semejante al que campeó en Europa durante el período dualista pre-estatal². Regnicolismo tardío, sin duda, y más si se considera que coexistió con el precoz proceso de consolidación

* Profesor titular de la Universidad Iberoamericana, Santa Fe, Ciudad de México. Investigador de la Fundación Humanismo Político.

¹ Y en este sentido, según la ya clásica distinción de J. VARELA SUANZES, constituyó uno de los tres grupos parlamentarios, al lado de liberales metropolitanos y realistas. VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., “La Constitución de Cádiz y el liberalismo español del siglo XIX”, *Revista de las Cortes Generales*, no. 10, (Madrid, 1987), p. 30.

² Cfr. GONZÁLEZ ALONSO, B., *Sobre el Estado y la Administración de la Corona de Castilla en el Antiguo Régimen. Las comunidades de Castilla y otros estudios*, (Siglo XXI, Madrid, 1981), en especial sus “Reflexiones históricas sobre el Estado y la autonomía regional en España”. Es de recordarse que el dualismo premoderno incluía a la realidad territorial como uno de sus componentes. Cfr. FIORAVANTI, M. *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, traducción de M. MARTÍNEZ NEIRA, (Trotta, Madrid, 2001), p. 51.

estatalista en el Nuevo Mundo³, pero regnicolismo solidamente fundado en la presencia de figuras que, a manera de personalidades alternas a la del Rey⁴, expandían el poder y la influencia de grandes centros de capitalidad local –en forma alguna elegidos al azar- a amplísimos territorios multiprovinciales (y en ocasiones multirregnicolas⁵) que ni siquiera con la particularista reforma intendencial de fines del Setecientos perdieron totalmente sus sellos de identidad y pertenencia. Así, por ejemplo, el reino de México continuó identificándose confusamente con las fronteras de un extensísimo Virreinato, el de la Nueva España, o con los aún más difusos confines de una América que se decía “septentrional”⁶.

³ Véase el ensayo de X. RUBERT DE VENTÓS titulado *El laberinto de la hispanidad*, (Planeta, Barcelona, 1987).

⁴ El Virrey podía hacer y cuidar “de todo aquello que la misma Real Persona hiciera y cuidara si se hallara presente” entendiéndose que conviniere “para la conversión y amparo de los Indios, dilatación del Santo Evangelio, administración política y su paz, tranquilidad y aumento en lo espiritual y temporal”. SOLÓRZANO Y PEREIRA, J., *Política indiana*, edición corregida e ilustrada con notas por F. RAMIRO DE VALENZUELA, (Compañía Ibero-americana de publicaciones, Madrid / Buenos Aires, s/f), V, 12, l. En la edición por la que citamos, IV, p. 198, SOLÓRZANO califica a los Virreyes como “gobernadores de mayor porte”. Y en V, IV, 30, p. 71 afirma que en América el reino “en sí encierra muchas” provincias, afirmación que confirmaría, en alarde regnicola, el diputado peruano Vicente MORALES DUAREZ en plenas Cortes de Cádiz. Cfr. *Diario de sesiones de las Cortes generales y extraordinarias* (en adelante DS), sesión del 7 de febrero de 1811, I, p. 515.

⁵ Si bien es cierto que, en su origen, es la categoría de “reino” la que provoca que los dos grandes imperios americanos sean regidos a través de mecanismos virreinales, también lo es que varios reinos menores fueron enclavados en estructuras vicemonárquicas que les eran superiores: “que se cree un Virrey con una Audiencia o una Real Audiencia para gobernar un territorio, depende, probablemente, más que de querer atribuir al órgano de gobierno la máxima categoría administrativa que entonces se conoce –pues también la Real Audiencia representa la persona del Rey- de la consideración como reinos de la Nueva España y del Perú. Puesto que CARLOS V aparece como sucesor en ellos de MOCTEZUMA y ATAHUALPA es un Virrey, como en los otros reinos de la Monarquía, quien como si fuera él en persona ha de estar a su frente”. GARCÍA-GALLO, A., “La evolución de la organización territorial de las Indias”, *Los orígenes españoles de las instituciones americanas. Estudios de Derecho Indiano*, (Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1987), p. 842. En el mismo sentido en GARCÍA-GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho Español*, 3ª. ed., (Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1967), I, § 1218, p. 677. Para R. ZORRAQUÍN constituye un problema “de imposible solución... por qué algunas provincias recibieron ese título (el de reino) y otras no”. ZORRAQUÍN BECÚ, R., “La condición política de las Indias”, apéndice a TAU ANZOÁTEGUI, V., “Las Indias, ¿provincias, reinos o colonias? A propósito del planteo de Zorraquín Becú”, *Revista de Historia del Derecho*, no. 28, (Buenos Aires, 2000), p. 133. H. PIETSCHMANN considera, empero, que “lo único que tienen en común los reinos que se establecen en el Continente es el hecho de que ninguno de ellos es fundado por una expedición procedente directamente de la Península... Se puede alegar, en cambio, que toda empresa salida de Castilla produce sólo ‘provincias’... ¿Significa acaso la creación de un reino mayores aspiraciones de autonomía?” PIETSCHMANN, H., “Los principios rectores de organización estatal en las Indias”, en GUERRA, F. X. y ANNINO, A., (coords.), *Inventando la nación. Iberoamérica, siglo XIX*, (FCE, México, 2003), p. 77.

⁶ Nueva España no padeció la desmembración en varios Virreinos y Capitanías independientes que para fines del XVIII se había consumado en el tradicional Virreinato meridional español, el del Perú. Los intentos de desmembración novohispana parecen inobjetable pero, oficiales y todo, se quedaron en eso: en intentos. Piénsese en el frustrado Virreinato de la Nueva Vizcaya y en la proteica y alternativamente independiente Comandancia general de las Provincias internas.

3. Las figuras del *superior gobierno*⁷ –ante todo, Virreyes y Capitanes generales- resultaron más atractivas para el reformismo español de lo que en ocasiones la historiografía ha estado dispuesta a admitir. No veo razón alguna para no aceptar que el mantenimiento de la calidad regnícola de ciertos territorios indianos formó parte de esa fracción del *compromiso criollo* que, como ha mostrado Carlos GARRIGA⁸, la administración carlotercerista estuvo dispuesta a mantener. Dieciochescas son la creación de los Virreinos de Nueva Granada y del Río de la Plata, así como la planta de Audiencia y Capitanía general en Caracas. Por si fuera poco, la salida que las más lúcidas mentes oficiales del período contemplaron como única viable ante la crisis que, tras la convulsión que representó la Independencia de las trece colonias angloamericanas en el Norte del Continente⁹, amenazaba con desmembrar la Monarquía indiana, fue una salida de corte regnícola.

4. En efecto, el Conde de ARANDA en su controversial *Memorial de París* de 1783¹⁰ plantea consolidar las estructuras virreinales americanas en tres reinos encargados a sendos infantes establecidos en las cortes de México, Perú y Costafirme, dejando al Rey de España el título de “Emperador” y considerándose “las cuatro *naciones* como unidas por la más estrecha alianza ofensiva y defensiva para su conservación y prosperidad”. La consigna es clara: ante la patente imposibilidad de extender el naciente espíritu nacional español hacia tierras que distaban más de dos mil leguas de la Península, convenía utilizar los seculares armazones regnícolas como instrumentos para la canalización de un sentimiento de pertenencia ya no a España sino a un mundo hispánico (y la afirmación en la pluma de un aragonés no resulta en absoluto inocua) integrado, según se reconoce

⁷ Sobre la importancia del concepto, y deplorando la falta de estudios acerca de los orígenes del mismo, PIETSCHMANN, “Los principios...”, p. 60 y 61, nota 21.

⁸ GARRIGA, C., “Los límites del *reformismo borbónico*: a propósito de la administración de la justicia en Indias”, *Derecho y Administración pública en las Indias hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano*, (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998), F. BARRIOS (ed.), (Cortes y Universidad de Castilla- La Mancha, Cuenca, 2002), en especial I, pp. 815-821.

⁹ Sin olvidar los alzamientos indianos del propio Setecientos, disturbios difícilmente clasificables de los que ha dado cuenta J. PÉREZ en *Los movimientos precursores de la emancipación en Hispanoamérica*, (Alhambra, Madrid, 1977).

¹⁰ El texto íntegro en GARCÍA-GALLO, *Manual...*, II, § 900 bis, pp. 718-721. Lo publicó también, con interesante noticia histórica y agudos comentarios, el tratadista decimonónico mexicano José María Luis MORA en *México y sus revoluciones*, edición facsimilar de la de la Librería de Rosa, París, 1836, (FCE / Instituto Cultural Helénico, México, 1985), III, pp. 275-283, nota al pie. Más allá de la polémica en torno a la autenticidad arandiana del *Memorial*, polémica para la cual remitimos a las páginas de la *Hispanic American Historical Review* que contienen los artículos de A. P. WHITAKER (“The Pseudo- Aranda Memoir of 1783”, *HAHR*, no. 17, Durham, 1937) y A. R. WRIGHT (“The Aranda Memorial: genuine or forged”, *HAHR*, no. 18, Durham, 1938, pp. 445-460), resulta patente que ARANDA mantuvo durante una buena parte de su vida pública, en lo relativo a la cuestión americana, ideas consistentes con las verdadas en su exposición de París. Así, por ejemplo, en la carta enviada al virrey de la Nueva España en el propio año de 1783. Cfr. OLAECHEA, R. y FERRER BENIMELI, J., *El Conde de Aranda. Mito y realidad de un político aragonés*, (Librería General, Zaragoza, 1978), I, p. 82. O en la dirigida al Conde de FLORIDABLANCA el 12 de marzo de 1786. Cfr. VARELA MARCOS, J., “Aranda y su sueño de la independencia suramericana”, *Anuario de Estudios Americanos*, XXXVII, (Escuela de Estudios Hispano-Americanos / Universidad de Sevilla / CSIC, Sevilla, 1980), pp. 351-368.

expresamente, por un puñado de naciones diversas¹¹. Los infantes y los lazos dinásticos lucen entonces más convenientes para el cumplimiento de tales objetivos que la operación administrativa de los virreyes, algunos de los cuales comenzaban a suscitar suspicacias en lo referente a su fidelidad a la Corona.

5. Tal fue precisamente el caso de Bernardo de GÁLVEZ, virrey de la Nueva España entre los años 1785 y 1786, quien, además de indultar a reos de pena capital como si poseyera una voluntad de corte regio, comenzó a construir un alcázar en una situación privilegiada que permitiría, a un tiempo, controlar militarmente la ciudad de México y establecer una corte en un palacio de estilo europeo. Por su parte el tío de Bernardo, el ministro José de GÁLVEZ, apunta claramente hacia el regnicolismo cuando, al alimón de su novohispana reforma de Intendencias, estructura en una *Comandancia general* a las enormes Provincias internas del norte de México, colocando las bases para lo que a buen seguro contemplaba como un posible quinto Virreinato, el neovizcaíno.
6. Con la creación de la Comandancia general de las Provincias internas en virtud de Real cédula fechada el 22 de agosto de 1776¹², el comandante general comenzará a ejercer el superior gobierno con independencia del Virrey de Nueva España, pero lo hará por poco tiempo ya que el Virrey logrará que se reconozca su superioridad sobre la comandancia (1785) y que ésta se divida en dos (1787): Oriente, integrada por Coahuila, Nuevo Santander, Nuevo Reino de León y Texas, y Poniente, conformada por las dos Californias, Nuevo México, Sonora y Sinaloa y la Nueva Vizcaya¹³. En 1792 volverán a fusionarse las comandancias y se les devolverá su independencia¹⁴, pero entre 1804 y 1811 se les vuelve a dividir y se las sujeta de nuevo al control novohispano¹⁵. El desarrollo del capítulo puede

¹¹ Resulta conveniente a estos efectos tener presente que “el patriotismo criollo debe ser visto como una manera de estar dentro de –y no ciertamente de romper con- la Monarquía católica”. GARRIGA, C., “El derecho de prelación: en torno a la construcción jurídica de la identidad criolla”, XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, San Juan, 21 al 25 de mayo de 2000, (Asamblea Legislativa de Puerto Rico, San Juan, 2003), II, p. 1086.

¹² A la cual hace referencia el Auto Acordado DCXV de la Audiencia de México reconociendo que el mando de las Provincias Internas –excepción hecha de la del Nuevo Santander y de la del Nuevo Reino de León- se erigió en gobierno superior “con absoluta independencia” del Virreinato de la Nueva España. Cfr. VENTURA BELEÑA, E., *Recopilación sumaria de todos los autos acordados de la Real Audiencia y Sala del crimen de esta Nueva España*, prólogo de M. R. GONZÁLEZ, (UNAM, México, 1981), I, p. 290. 1776 es también el año de la tardía erección del Virreinato del Río de la Plata.

¹³ O’GORMAN, E., *Breve Historia de las Divisiones Territoriales*, (Volumen II de Trabajos jurídicos de homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su XXV Aniversario, Editorial Polis, México, 1937), pp. XXXVIII-XL.

¹⁴ Separándose de ellas Nuevo León, Californias y Nuevo Santander, para depender directamente del Virrey. *Idem*, p. XL. Al respecto vid. RIEU-MILLAN, M. L., *Los diputados americanos en las Cortes de Cádiz (Igualdad o Independencia)*, (CSIC / Biblioteca de Historia de América, Madrid, 1990), pp. 237.

¹⁵ A pesar de lo cual, en pleno período revolucionario, la Audiencia gobernadora del reino de México reconocía que las provincias de Durango y Sonora, “internas de este reino”, eran “independientes de este gobierno”, para después afirmar que ejercía el “superior gobierno” sobre “Monterrey, capital del Nuevo reino de León”. Carta de la Audiencia gobernadora dando cuenta de las elecciones de diputados “por las demás capitales de provincia del distrito de este Virreinato”, México, 5 de septiembre de 1810, Archivo del Congreso de los Diputados (ACD) /

conducir a la apresurada conclusión de que el reformismo borbónico procuraba deshacerse de la cada vez más molesta realidad regnicola mexicana. Nos hallamos, más bien, frente a la colisión entre dos estructuras poseedoras de identidades potencialmente nacionales: el casi tres veces centenario reino de México y el ciertamente frustrado¹⁶, pero anhelado aún en la antesala de la Independencia¹⁷, Virreinato norteño, estructura integrada por una decena de *provincias* distintas organizadas en una situación muy similar a la que guardaba, en buena medida merced a los oficios del propio ministro GÁLVEZ, la “importante y dilatada *monarquía de la Nueva España...*”¹⁸.

7. Convencido de que no podría alcanzar el éxito el intento de FLORIDABLANCA y CAMPOMANES por lograr expandir el nacionalismo español hacia tierras ubicadas en cuatro masas continentales creando un sólido y panhispánico *cuero de nación* al enviar funcionarios peninsulares a gobernar las Américas y funcionarios criollos a hacer lo propio en la España europea¹⁹, Manuel GODOY propondrá al rey CARLOS IV una salida *de reinos* pretendidamente menos radical (y “menos francesa”, según su dicho) que la de ARANDA²⁰: “nada de enajenar un palmo tan siquiera de aquel glorioso y rico Imperio de las Indias; nada de quitar a la Corona augusta de Castilla lo que le daba tanto lustre, tanto poder y tanto peso entre los demás pueblos de Europa”²¹. Para ello había de elaborar un plan que no cuestionara la preeminencia del Rey de España en los reinos americanos, pero que abriera de algún modo para estos la posibilidad de un efectivo autogobierno.

Documentación electoral (DE), leg. 3, no. 50. Cfr. O’GORMAN, *Breve historia...*, pp. XLI- XLII. Según J. Z. VÁZQUEZ, las comandancias “se separaron por decreto en 1804 y en la práctica en 1813”. VÁZQUEZ, J. Z., “De la crisis monárquica a la Independencia (1808-1821), en VÁZQUEZ (coord.), *Interpretaciones sobre la Independencia de México*, (Nueva Imagen, México, 1997), pp. 13-14.

¹⁶ Hubo de renunciarse a la creación del Virreinato nórdico “por la pobreza y escasísima población de la zona, incapaz de mantener un dispositivo militar y burocrático complejo”. CÉSPEDES DEL CASTILLO, G., “América en la monarquía”, *Actas del Congreso Internacional sobre ‘Carlos III y la Ilustración’*, (Ministerio de Cultura, Madrid, 1988), I, p. 166.

¹⁷ Cfr. DEL ARENAL FENOCHIO, J., “Un proyecto tardío para dividir el virreinato de la Nueva España: la *Proposición* de Pablo Rongel”, *Un modo de ser libres: Independencia y Constitución en México (1816-1822)*, (El Colegio de Michoacán, Zamora, 2002), pp. 201-219.

¹⁸ La apenas críptica formulación es de GÁLVEZ y aparece en el *Informe y Plan de Intendencias para el reino de Nueva España presentado por el Visitador D. José de Gálvez y el Virrey Marqués de Croix, y recomendado por el Obispo de Puebla y el Arzobispo de México*. Lo reproduce NAVARRO GARCÍA, L., *Intendencias en Indias*, (CSIC / Escuela de estudios hispano-americanos de Sevilla, Sevilla, 1959), apéndice II, p. 165. El destacado es nuestro. Cuando se refiere al gobierno de la Península ibérica, GÁLVEZ habla de la “Monarquía Capital”.

¹⁹ Una tentativa por demás interesante que, basada en la igualdad en el acceso a los puestos públicos y en la búsqueda de la necesaria imparcialidad, encuentra su mejor exposición en el célebre *Dictamen de los fiscales Moñino y Campomanes al Consejo extraordinario* de 1768. El documento lo publicó íntegramente L. NAVARRO GARCÍA en “El Consejo de Castilla y su crítica de la política indiana en 1768”, *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, (Universidad Complutense, Madrid, 1996), tomo III, volumen 2, pp. 187-207. Vid. GARRIGA, “Los límites...”, p. 800.

²⁰ GODOY, M., Príncipe de la Paz, *Memorias*, edición y estudio preliminar de C. SECO SERRANO, (BAE, ediciones Atlas, Madrid, 1956), I, p. 419- 420.

²¹ *Idem*, I, p. 420.

8. El proyecto o “gran medida” del favorito “es de 1804, y su autor lo sintetiza en determinada página de sus ‘Memorias’, a saber: ‘Mi pensamiento –dice- fue que, en lugar de Virreyes, fuesen nuestros infantes a la América; que tomasen el título de Príncipes regentes; que se hiciesen amar allí; que llenasen con su presencia la ambición y el orgullo de aquellos naturales; que les acompañase un buen Consejo, con ministros responsables; que gobernase allí con ellos un Senado, mitad de americanos y mitad de españoles; que se mejorasen y acomodaran a los tiempos las leyes de las Indias, y que los negocios del país se terminasen y fuesen fenecidos en Tribunales propios de cada cual de esta regencia, salvo sólo aquellos casos en que el interés común de la metrópoli y de los pueblos de América requiriese terminarlos en España”²². Todo, pues, ordenado a reconocer que en Indias existían por lo menos cuatro reinos (los cuatro Virreinos vigentes) acreedores a una regencia principesca, a un “buen Consejo” independiente del real y metropolitano, a un Senado paritario y a una autonomía jurisdiccional casi absoluta. CARLOS IV halló “excelente” el proyecto, pero vaciló al momento de ponerlo en práctica pues el Reino Unido había roto hostilidades con España (diciembre de 1804) y la posibilidad de que uno de los infantes fuera hecho prisionero en el transcurso de su viaje atlántico le aterraba. Dos años más tarde, acicateado por la invasión inglesa a Buenos Aires y por la expedición de MIRANDA a Coro, el rey consulta con diversas autoridades eclesiásticas la conveniencia de enviar infantes hacia América en calidad no ya de “regentes” sino de “virreyes”:
9. Habiendo visto por la experiencia que las Américas estarán sumamente expuestas, y aun en algunos puntos imposible de defenderse por ser una inmensidad de costa, he reflexionado que sería mui político y casi seguro establecer en diferentes puntos de ella a mis dos Hijos menores, a mi Hermano, a mi Sobrino el infante Dn. PEDRO y al Príncipe de la Paz, en una Soberanía feudal de la España, con títulos de Virreyes perpetuos y Hereditaria en su línea directa, y en caso de faltar ésta, reversiva a la Corona, con ciertas obligaciones de pagar un tributo que se les imponga y de acudir con tropas y Navíos donde se les diga²³.
10. Por supuesto que el título de “Virrey perpetuo y hereditario” no había existido jamás ni se encontraba previsto en las Leyes de Indias. El fraude a la ley que va implícito en el plan no podría mantenerse indefinidamente. CARLOS IV solamente ganaba tiempo pues, contra lo que expresaba GODOY en sus *Memorias*, el proyecto traería a la larga la enajenación no sólo de un palmo, sino de todas las Américas, lo que requería evidentemente del cumplimiento de las formalidades legales: desde el pactista punto de vista

²² FERNÁNDEZ ALMAGRO, M., *La emancipación de América y su reflejo en la conciencia española*, (IEP, Madrid, 1944), p. 24. La cita es de GODOY, *Memorias...*, I, p. 419.

²³ La transcripción de las consultas en RAMOS, D. , “Los proyectos de Independencia preparados por el rey Carlos IV”, *Revista de Indias*, (nos. 111-112, Madrid, enero-junio 1968), p. 104. Cfr. asimismo EZQUERRA, R. “La crítica española sobre América en el siglo XVIII”, *Revista de Indias*, nos. 87-88, (Madrid, enero-junio 1962), pp. 159-287. Es de señalarse que “mi Sobrino, el Infante Dn. Pedro” no es otro que PEDRO DE PORTUGAL, hijo del infante don GABRIEL, hermano del Rey de España. No extraña tampoco la inclusión de GODOY, siempre ambicioso de un reino propio.

americano sería necesario que los *reinos* suscribieran un nuevo pacto con sus renovadas autoridades. Pero hagamos abstracción de motivaciones propias de la *realpolitik* y bástenos de momento con señalar que en la víspera de la revolución los reinos se hallaban presentes y que poseían significativo peso.

11. Aunque la cuestión no pasó del período de consulta, todavía en 1807 el artículo 12 del tratado de Fontainebleau establecería que:
12. S.M. el Emperador de los franceses, rey de Italia, se obliga a reconocer a S.M. Católica el Rey de España como *Emperador de las dos Américas* cuando todo esté preparado para que S.M. pueda tomar este título, lo que puede ser, o bien a la paz general, o más tarde dentro de tres años.
13. Los ecos arandianos resultan más que perceptibles en el precepto. Como en su momento sostuvo D. RAMOS, la conversión del Rey hispánico en Emperador americano sugiere que los infantes ya no marcharían al Nuevo Mundo como “virreyes perpetuos y hereditarios” o como “regentes”, sino como cabezas de reinos independientes y confederados. Como reyes, pues. En efecto, con la enigmática cláusula de Fontainebleau “se recuperaba la línea tradicional de la pluralidad de reinos, dando paso a sus consecuencias autonómicas, y se lograba un eficaz aligeramiento, descargando a la Corona y a sus órganos rectores de obligaciones que no podían ser atendidas con la rapidez que exigían los tiempos”²⁴.
14. Jamás llegó el día en que estuviera “todo preparado” para la proclamación imperial de CARLOS IV. NAPOLEÓN, desde luego, no cumplió con su palabra: sabemos que soñaba con un miembro de la casa BONAPARTE como Emperador indiano, y hacia tal objetivo enfiló las baterías de su artillería, como lo muestra el espíritu que primaría en Bayona: el 5 de mayo de 1808, preciso día de la abdicación carloscuartista, el emperador de los franceses habla, en su *Projet d’Acte de Médiation*, de reconocer al nuevo soberano hispánico como “Rey de las Españas y Emperador de México”²⁵. La carta constitucional de 1808 aseguraría, por su parte, dos diputados a cada uno de los cuatro Virreinos, así como uno a cada Capitanía general o distrito asimilable²⁶. NAPOLEÓN se empeñaba en distinguir entre España y América, sin interesarse en lo absoluto en la construcción de una Nación bicontinental y unitaria que habría devenido en un formidable escollo para sus pretensiones imperiales paneuropeas. Los *reinos* indianos le brindaban la oportunidad de hacer abortar un nacionalismo trasatlántico que, por lo

²⁴ RAMOS, “Los proyectos...”, pp. 119-120.

²⁵ MERCADER RIBA, J., *José Bonaparte, Rey de España 1808-1813. Historia externa del reinado*, (CSIC / Instituto Jerónimo Zurita / Escuela de Historia Moderna, Madrid, 1971), p. 27.

²⁶ El título décimo del documento bayonés se dedicó íntegramente a América, al parecer por deseo expreso de NAPOLEÓN. El artículo 87 distinguía expresamente entre *reinos* (¿Virreinos?) y *provincias* (¿Capitanías?) americanos. Cfr. SANZ CID, C., *La Constitución de Bayona. Labor de redacción y elementos que a ella fueron aportados, según los documentos que se guardan en los Archives Nationales de París y los Papeles reservados de la Biblioteca del Real Palacio de Madrid*, (Reus, Madrid, 1922), pp. 291-292; MARTIRÉ, E., *La Constitución de Bayona entre España y América*, (BOE / CEPC, Madrid, 2000).

demás, sólo parecía existir en los anhelos de un Conde de FLORIDABLANCA próximo a morir²⁷.

15. El mensaje regnícola –cuya considerable consistencia ha quedado demostrada– resultaba clarísimo para las elites criollas americanas (o, cuando menos, para las residentes en las capitales de los *reinos*) y resultaría ingenuo pensar que no saldría a relucir en la coyuntura presente entre los años 1808 y 1810²⁸. Cuando el cabildo de la ciudad de México se enfrenta al formidable problema jurídico-político que representaron para América las abdicaciones regias en Bayona, no duda en reivindicar para la antigua Tenochtitlan el carácter de “cabeza de estos reinos y metrópoli de la América septentrional”. Son las “autoridades constituidas” del *reino* de la Nueva España las que, en la respuesta dada por el síndico FRANCISCO PRIMO DE VERDAD a la pregunta sobre quién debería ejercer la *soberanía popular*, tenían derecho exclusivo para enfrentarse a JOSÉ I en el nombre del Virreinato y de la Nación española²⁹. El cabildo capitalino, órgano de expresión criolla por antonomasia, no titubea en pedir al Virrey, funcionario regnícola donde los haya, que se coloque al frente de la resistencia y que convoque a Cortes del reino para enfrentar la extraordinaria situación³⁰. He aquí una explicación que viene a sumarse al conjunto de razones que ilustran el que en América surjan excitaciones regnícolas y pluralistas cuando en la España peninsular (Cataluña, Vascongadas y Galicia marcadamente incluidas) todo es resistencia al invasor en nombre de la Nación unitaria: en Indias no cayeron los órganos del Antiguo Régimen. No hubo necesidad de crear Juntas protectoras (y *provinciales*) de los derechos de FERNANDO VII porque para eso estaban las autoridades tradicionales, esto es, del lado regnícola, Virreyes, Capitanes, Audiencias y

²⁷ RAMOS, D., “El Conde de Floridablanca, presidente de la Junta Central Suprema, y su política unificadora”, *Homenaje a Jaime Vicens Vives*, (Universidad de Barcelona, Barcelona, 1967), II, pp. 499-520. D. RAMOS analiza las ideas que desde 1768 hasta su muerte acaecida cuando, en 1808, presidía la Junta Central, mantuvo con singular coherencia José MOÑINO, Conde de FLORIDABLANCA, acerca de América. El texto permite alejarse de frecuentes lugares comunes que ven en el unitarismo radical del ministro un intento de afianzamiento del colonialismo. Lo que queda claro, en todo caso, es que su idea -la de una Monarquía unitaria y pluricontinental- se hallaba enfrentada al proyecto de ARANDA y, por supuesto, al de NAPOLEÓN.

²⁸ Cfr. COSTELOE, M. P., *La respuesta a la Independencia. La España imperial y las revoluciones hispanoamericanas, 1810-1814*, traducción de M. PIZARRO, (FCE, México, 1989), que da cuenta del enfrentamiento primodécimonónico entre las visiones pluralistas y unitaristas de la Monarquía hispana. Destaca la importancia del frustrado pluralismo como contrapartida de la *Revolución de Nación*, LORENTE SARIÑENA, M., “América en Cádiz (1808-1812)”, en CRUZ, P. et al, *Los orígenes del constitucionalismo liberal en España e Iberoamérica*, (Junta de Andalucía, Sevilla, 1993), p. 23.

²⁹ LAFUENTE FERRARI, E., *El virrey Iturrigaray y los orígenes de la Independencia de Méjico*, prólogo de A. BALLESTEROS BERETTA, (CSIC / IGFO, Madrid, 1941), p. 99.

³⁰ *Acta del Ayuntamiento de México, en la que se declaró se tuviera por insubsistente la abdicación de Carlos IV y Fernando VII hecha en Napoleón: que se desconozca todo funcionario que venga nombrado de España, que el Virrey gobierne con la comisión del Ayuntamiento en representación del Virreinato, y otros artículos*, México, 19 de julio de 1808, en TENA RAMÍREZ, F., *Leyes fundamentales de México (1808-1995)*, (Porrúa, México, 1995), en especial p. 8 en donde se habla de los “procuradores” de ciudades, villas y estados eclesiástico y noble “unidos en la capital”. En esta idea coincidieron las elites criollas de otras ciudades novohispanas que, como Xalapa, Valladolid y Querétaro, se ofrecieron a enviar diputados a la “Junta general del reino”. RODRÍGUEZ O., J. E., *La Independencia de la América española*, (El Colegio de México / FCE, México, 1996), p. 76.

Ayuntamientos metropolitanos. Serán ellos (y no los Intendentes ni los Comandantes de provincia) los que arrostran los primeros atisbos de revolución. Serán ellos también los que sufran las primeras derrotas.

16. Melchor de TALAMANTES, fraile peruano de la orden de la Merced, muy cercano a ciertos regidores mexicanos, fue quien, al parecer, sugirió convocar un congreso de las ciudades novohispanas³¹ encargado de promover reformas partiendo de la regnicola idea de “México” o “Nueva España” como un todo diferenciado del resto de las porciones integrantes de la Monarquía. La ciudad de México se asumía como capacitada para promover la convocación de tal género de reuniones en virtud de su situación de cabeza metropolitana en la América septentrional³². Se ha puesto poco énfasis en el hecho de que lo que los mexicanos proponían en 1808 era una Junta-Congreso de todo el reino que precaviera a la Nueva España de las divisiones “provinciales” que por todos lados aparecían en la Península. El afán aglutinante de la ciudad capital es patente: en la exposición del 3 de agosto se declara “cabeza de todas las provincias y reinos de la Nueva España” y, acaso pensando en el reino de Guatemala, en las Antillas y en las Provincias internas de dudosa mexicanidad, primera entre “todas las provincias y reinos de la dominación española en la América septentrional”.
17. De ahí que, contra lo denunciado por la Audiencia, adalid de la obediencia incondicional a las difusas autoridades sitas en la España europea, el cabildo no crea haberse “excedido en tomar la voz y representación del reino” máxime en tratándose de un caso de tan suma gravedad como la que comportaba la conservación de Nueva España para su legítimo soberano y siendo imposible que las ciudades y villas neoespañolas “hiciesen por sí mismas estas gestiones importantísimas por la estrechez del tiempo”. A la ciudad de México que, en uso de las facultades que le confirieron sus Monarcas, tomó la voz del reino, “no puede privársele de esta preciosa regalía, ni ahora, ni en ningún tiempo”. La advertencia es evidente: la cabeza de los reinos y provincias de la América septentrional no permitirá

³¹ Los escritos de TALAMANTES son localizables en el Documento 3 de la sección documental de DE LA TORRE VILLAR, E., *La Constitución de Apatzingán y los creadores del Estado mexicano*, (UNAM / IIH, México, 1964), pp. 113-151. En opinión del peruano, las reuniones de la ciudad capital resultaban insuficientes pues la representación que México gozaba servía para “defender los fueros, privilegios y leyes del reino, mas no para ejercer a nombre de las demás ciudades el Poder legislativo. Éste es un poder que existe siempre radicalmente en la Nación”. Como puede apreciarse, se piensa ya en Cortes soberanas en tanto que *legibus solutus* e integradas, además de por los estamentos, por “diputados de las ciudades y villas”: seis por la capital, cinco por ciudades “cabeza de gobierno” (Guadalajara, Chihuahua y Oaxaca son los ejemplos: las dos primeras son capitales de distritos superiores), cuatro por cada “ciudad subalterna” (Querétaro) y dos por las “villas”. *Idem*, pp. 122, 131.

³² *Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias (RLRI)*, IV, 8, 2: “El Emperador D. Carlos en Madrid a 25 de junio de 1530. En atención a la grandeza y nobleza de la ciudad de México... es nuestra merced y voluntad y mandamos, que tenga el primer voto de las ciudades y villas de la Nueva España, como lo tiene en nuestros reinos la ciudad de Burgos, y el primer lugar, después de la Justicia, en los congresos que se hicieren por nuestro mandado, porque sin él no es nuestra intención, ni voluntad, que puedan juntar las ciudades y villas de las Indias”. Sobre el conflictivo concepto de “cabeza de reino” *cfr.* CHIARAMONTE, J.C., “Modificaciones del pacto imperial”, en GUERRA y ANNINO, *Inventando...*, p. 112.

que su situación privilegiada se ponga en entredicho ni tolerará la desmembración regionalista de la Nueva España³³.

18. La suerte del movimiento capitalino, que no pocos han calificado de “autonomista”, es bien conocida: la madrugada del 15 de septiembre del propio año ocho un puñado de comerciantes encabezado por el peninsular Gabriel de YERMO que contaba, según parece, con la aquiescencia del arzobispado y de la Audiencia, tomó por asalto el Palacio virreinal y depuso del mando al virrey ITURRIGARAY, encarcelando a los regidores que habían sido sus compañeros en la aventura legitimista. La dureza del golpe quedó en la mente de los mexicanos, llegando algunos a la conclusión de que nada podía hacerse desde la ciudad capital obedeciendo los cauces institucionales (he aquí el germen de la insurgencia armada) y optando otros por el gradualista camino de la institucionalidad, no siempre acompañados por intenciones del todo cristalinas. Será este grupo el que aporte la mayor parte de los diputados novohispanos *regnícolos* a las Cortes generales de la Monarquía que se reunieron en Cádiz a partir del 24 de septiembre de 1810, esto es, ocho días después del estallido revolucionario en Nueva España y varios meses detrás de que ocurriera lo propio en la América meridional.
19. En Cádiz colisionarán dos formas de contemplar las Américas. Hemos dicho que los diputados indianos guardaron posiciones muy compactas en lo que se refiere a la defensa de su Continente ante lo que GERBI llamó la “disputa del Nuevo Mundo”. Manteniendo la consideración de las Indias como uno de los dos pilares fundamentales de la *Constitución histórica* de la Monarquía³⁴, la fracción supo mantenerse unida: baste como prueba la práctica unanimidad que mostró el grupo en el espinoso debate de los derechos “numéricos” de las castas africanas, esto es, en el asunto de la contabilización de la población de color en los censos electorales³⁵. Pero al tocarse la cuestión de la redefinición territorial del espacio político de la Monarquía bicontinental, el grupo mostró —a mi entender con gran claridad— sus inevitables fisuras.
20. Los diputados que procedían de las capitales de los *distritos de superior gobierno*³⁶ manifestaron sin ambages su convicción en torno a la *sustancialidad articuladora* de sus territorios. Ya se tratara de Reinos, Capitanías o Virreinos, lo cierto es que interesaba a sus representantes el

³³ *Exposición dirigida al virrey Iturrigaray por el Ayuntamiento de México el 3 de agosto de 1808*, en LAFUENTE, *El virrey...*, Apéndice II, pp. 383-390.

³⁴ GUERRA, F. X. “Lógicas y ritmos de las revoluciones hispánicas” en GUERRA, F. X., (dir.), *Revoluciones hispánicas. Independencias americanas y liberalismo español*, (Cursos de Verano de El Escorial, Editorial Complutense, Madrid, 1994), p. 22, 24.

³⁵ Para la excepción, *cfr.* RAMOS, D., “El peruano Morales, ejemplo de la complejidad americana de tradición y reforma en las Cortes de Cádiz”, *Revista de Estudios Políticos*, no. 146, (Madrid, 1966), pp. 139-202.

³⁶ Resulta conveniente destacar que los diputados americanos que originalmente integraron las Cortes de Cádiz fueron en su mayoría suplentes, electos mediante un procedimiento que privilegió a los distritos superiores (se era, por ejemplo, “suplente por el Perú”). Por lo que toca a los propietarios, estos fueron electos por los Ayuntamientos de determinadas ciudades, no resultando inocua en absoluto su procedencia a la hora de adscribirlos a un ideario regnícola o a otro provincialista.

que fuesen reconocidos como partes integrantes de una confusa confederación que, por supuesto, no resultaba compatible con la idea unitaria de Nación trasatlántica que planteaban, en forma de liga de agencias del poder central y con notorio alejamiento del ideal dieciochesco de FLORIDABLANCA y CAMPOMANES por lo que respecta a la imparcialidad en la dotación de empleos, los liberal-peninsulares.

21. *Provincialistas* eran, en cambio, los representantes de ciudades que encabezaban una intendencia o provincia menor. Como ocurría con las elites económicas regionales a las que daban voz, les interesaba conseguir un canal de comunicación directo que fluyera entre sus territorios y la metrópoli, eliminando la intermediación regnícola o virreinal. Este anhelo explica, por ejemplo, la reacción del costarricense Florencio DEL CASTILLO al enterarse de que Costa Rica no gozaría de una Diputación provincial independiente de la del reino de Guatemala³⁷. Los provincialistas creían en una Monarquía llamada a ser una federación de entidades autónomas que superara el dualismo pre-estatal³⁸ y, por ende, que se olvidara de

³⁷ DS, sesión del 12 de enero de 1812, IV, p. 2607. En la misma sesión, el discurso de LARRAZÁBAL, no en balde diputado por la capital del reino guatemalteco, permite apreciar cómo ciertos diputados americanos se adherían sin tapujos a la idea de *reino* propia del Antiguo Régimen, esto es, al *reino* como “una comunidad territorial de orden superior que engloba en su seno, con combinatorias específicas, a las múltiples comunidades locales y a los diferentes cuerpos en los que está estructurada la sociedad. El reino es una comunidad humana tendencialmente completa por su territorio bien definido, por su gobierno propio y por el sentimiento que tienen sus habitantes de una común pertenencia y también de una común diferencia con otras comunidades análogas... El reino, al igual que la Nación moderna, es ante todo una comunidad imaginada”. GUERRA, “Las mutaciones de la identidad en la América hispánica”, *Inventando...*, p. 192. LARRAZÁBAL exigía que las Diputaciones se compusiesen “de sujetos de todas las provincias” que componían cada reino indiano. El centroamericano había llegado a las Cortes con un *Proyecto de Constitución* elaborado por el Ayuntamiento de Guatemala en 1810 con una fortísima impronta regnícola. Una impresión del mismo, contemporánea a Cádiz, puede localizarse en el ACD / Sección general 1809-1865 (SG), leg. 32, no. 11. El diputado por la ciudad de México, José Ignacio BEYE DE CISNEROS, presentaría al Congreso, en abril de 1811, una propuesta semejante que no fue leída siquiera en sesión secreta, y que ha merecido el comentario de numerosos autores. Cfr. MIER, S. T. de, *Historia de la Revolución de Nueva España, antiguamente Anáhuac, o Verdadero Origen y causas de ella con la relación de sus progresos hasta el presente año de 1813*, edición facsimilar de la londinense de 1813, (IMSS, México, 1980), II, p. 729 (655); ALAMÁN, L., *Historia de México. Desde los primeros movimientos que prepararon su Independencia en el año de 1808 hasta la época presente*, III, p. 53. Cito por la 2ª edición de la editorial Jus (México, 1968), III, p. 39; ANNA, T. E., *España y la Independencia de América*, traducción de M. e I. PIZARRO, (FCE, México, 1986), p. 117; GARCÍA LAGUARDIA, J. M., *Centroamérica en las Cortes de Cádiz*, (FCE, México, 1994), p. 167; ANDERSON, W. W., “Reform as a means to quell Revolution”, en BENSON, N. (ed.), *Mexico and the Spanish Cortes (1810-1822)*, (Institute of Latin American Studies, The University of Texas, Austin, 1966), p. 191- 192; PÉREZ COLLADOS, J. M., *Los discursos políticos del México originario. Contribución a los estudios sobre los procesos de independencia iberoamericanos*, (UNAM / IIJ, México, 1998), p. 167, nota 417.

³⁸ Un federalismo gaditano habría implicado el reconocimiento de que las unidades federadas formaban una sola Nación, reconocimiento que los provincialistas americanos parecían dispuestos a dar. No se trataba, pues, de crear “un Estado-nacional con parámetros plurinacionales”, como pretende CHUST, M., *La cuestión nacional americana en las Cortes de Cádiz*, (UNED / UNAM, Valencia, 1999), pp. 57-59. En un análisis reciente, el profesor CLAVERO ha hablado de las posibilidades federalistas que abrió la Carta de 1812, muy a pesar de las constantes referencias que prohombres del grupo liberal metropolitano, como ARGÜELLES o el Conde de TORENO, hicieron respecto un cierto sistema federal como el peor de los fantasmas que enfrentaba la acéfala Nación española. CLAVERO, B., “Cádiz como Constitución”, en

adscripciones vicerregias o capitanales como las que vergonzantemente se pretendía mantener con la estructura de las Diputaciones y Jefaturas políticas en Indias³⁹. En este sentido se hallaban más cerca de la idea europea de una Nación transcontinental, pues no compartían con sus pares regnícolas el independentismo protonacionalista⁴⁰ que terminaría por desmembrar la liga de agencias con la que soñaron los padres gaditanos. Debe tenerse en cuenta, además, que la “provincia-intendencia” se prestaba más que el reivindicativo “reino” para albergar una agencia del Gobierno, debido sobre todo a su naturaleza ya estatalista y a la falta de sustancialidad que desde las altas esferas del pensamiento oficial se le atribuía⁴¹.

22. Ante la evidente incompatibilidad de las dos posiciones maestras americanas, el grupo liberal-peninsular, interesado ante todo en la modificación de las estructuras socio-políticas de una España que

Constitución política de la Monarquía española, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. Estudios, vol. II, (Universidad de Cádiz, Ayuntamiento de Cádiz, Casino gaditano, Sevilla, 2000), p. 234. Para el antifederalismo de Agustín de ARGÜELLES, jefe de la mayoría liberal-peninsular, *cfr.* DS, sesión del 9 de enero de 1811, I, pp. 329-330 y sesión del 21 de noviembre de 1811, III, p. 2310. Es menester comprender que los peninsulares no creían en un *determinado tipo* de federalismo. I. FERNÁNDEZ SARASOLA ha razonado que el modelo norteamericano no resultaba especialmente atractivo para los ilustrados españoles, y J. VARELA ha extendido la falta de atractivo a los doceañistas, herederos de aquellos. Pero no debe descartarse que los liberal-peninsulares se hallaren dispuestos a tolerar un sistema territorialmente pluralista siempre que éste no se tradujese en reivindicación antinacional de privilegios. *Cfr.* FERNÁNDEZ SARASOLA, I., “La Constitución española de 1812 y su proyección europea y americana”, *Fundamentos*, no. 2, (Oviedo, 2000), p. 364; VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., “Los modelos constitucionales en las Cortes de Cádiz”, en GUERRA, *Revoluciones hispánicas...*, p. 244.

³⁹ En la España cismarina, cada provincia gozaría constitucionalmente de una Diputación y de un Jefe político. En la ultramarina, en cambio, Cádiz asignó Diputación y Jefatura únicamente a los territorios mencionados en el artículo 10 de la Constitución, casi todos distritos superiores, con algunas adiciones de menor importancia que en nada empecen para considerar la medida como una dilación benéfica para los intereses del regnicolismo americano.

⁴⁰ “Lo mismo que en la Francia revolucionaria, la existencia de un reino, dotado a la vez de una identidad política y cultural fuertes, facilitó el tránsito a la *Nación* moderna. Es significativo que el uso de la palabra *Nación* en los primeros tiempos (de la revolución hispánica) sólo fuese frecuente en la América insurgente en México y en Chile, y escasa en otros lugares, que prefirieron siempre la palabra *pueblos*. Aunque ni México ni Chile escapan a los problemas del mal llamado federalismo –es decir a la articulación entre la soberanía de los *pueblos* y la soberanía de la *Nación*- en ambos la definición de la *Nación* fue menos ardua”. GUERRA, “Las mutaciones...”, p. 219. Y es que a finales del siglo XVIII “sólo dos reinos americanos, Chile y Nueva España, podían entonces equipararse... a los reinos peninsulares. El primero por su aislamiento geográfico y la cohesión de una población reducida y homogénea. El segundo, principalmente, por la existencia de un espacio político ya estructurado en parte por el imperio azteca, por la precocidad de la conquista y de la organización administrativa y eclesiástica, por la densidad de la población indígena, del poblamiento español y del mestizaje, por la intensa evangelización y el culto común a la Virgen de Guadalupe, por un espacio económico bastante unificado y por el grado de elaboración de una identidad cultural propia llevado a cabo por sus elites”. GUERRA, F. X., *Modernidad e Independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, (Mapfre, Madrid, 1992), p. 66.

⁴¹ PORTILLO VALDÉS, J. M., *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780- 1812*, (CEPC / BOE, Madrid, 2000), en especial pp. 53-54 que se refieren a la “figuración republicana del espacio local de desenvolvimiento del ciudadano”, una posibilidad no descartada en Cádiz.

comenzaba a asumirse como estrictamente peninsular⁴², optó por la suscripción de diversos compromisos dilatorios -en ocasiones virtualmente antagónicos- con ambas fracciones indianas. Muchos de ellos hallaron expresión en el articulado constitucional. Así, mientras el artículo 10 se refería como elementos territoriales de la Nación española únicamente a las grandes demarcaciones ultramarinas asimilables a distritos superiores, sin ocuparse en absoluto de distritos menores tales como las borbónicas intendencias⁴³, el artículo 11 abrió las puertas a las esperanzas provincialistas al compeler a realizar, tan pronto como “las circunstancias políticas de la Nación lo permitan”, una división “más conveniente” del territorio español a través de una “ley constitucional”. Una parcelación que se antojaba homogéneamente prefectural, departamental, intendencial o provincial⁴⁴ o que, cuando menos, llevaría a la desarticulación de los paquidérmicos distritos regnícolas americanos pues, de conformidad con la queja espetada por el extremeño MUÑOZ TORRERO, resultaba incomprensible que se hablara en sede constituyente “como si la Nación española no fuese una, sino que tuviera *reinos y estados diferentes*”⁴⁵.

23. Buen ejemplo de los peligros que la nueva regulación comportaba en el mediano plazo para la causa regnícola lo ofrece el propio artículo 10 constitucional, que algunos incautos habrán considerado suficiente para asegurar la integridad de los tradicionales reinos americanos. Nos referiremos en concreto a la regulación del territorio español en la América septentrional, regulación que a no dudar estimulaba que se repitiera el escenario desmembrador que el Perú había enfrentado en el último

⁴² Al leer los *Diarios* se produce la impresión de que el grupo liberal de la Península daba por perdida *ex ante* a América, y que se preocupaba únicamente por no permitir que la inexorable pérdida se achacase a la revolución. Importaba, por tanto, mantener contentos, al menos en lo que se refería a los términos del discurso, al mayor número posible de representantes indianos. Ganar tiempo, en suma. Se trataba de “erradicar las diferencias que por razones territoriales existían entre los *españoles* en la organización política del Antiguo Régimen”. Y por *españoles* se comenzaba a entender *citramarinos* únicamente: en América podía mantenerse cierta dicotomía pre-estatal y anti-igualitaria, pues la revolución en Ultramar era responsabilidad de otras gentes. La cita en VARELA, *La Teoría...*, p. 25. Las cursivas me pertenecen.

⁴³ La Comisión de Constitución prefirió reducir la lista original, que mencionaba a todas las provincias incluidas en el censo de 1797, para incluir a las provincias y reinos “por solos sus nombres”. El diputado peninsular PÉREZ DE CASTRO explicó el cambio de criterio alegando “que se trataba de no hacer un tratado de geografía; porque si hubiera tenido que enumerar individualmente sólo las provincias de América se hubiera alargado al infinito, y por esto adoptó el medio de nombrar sólo las grandes provincias”. DS, sesión del 2 de septiembre de 1811, III, p. 1743. Argumento en verdad falaz: ya se tuviera por “provincia” en América a la intendencia, al corregimiento, a la subdelegación o a la gobernación, su número no resultaba infinito. Se signó un compromiso con los regnícolas, y se llegó a la conclusión de que lo mejor era enumerar “los grandes distritos de gobierno existentes en la época aunque sin indicar su condición de *Virreinos* o *Capitanías generales*, ni descender a la mención de las *provincias* de cada uno, salvo en algún caso en que se indica la adscripción de una de ellas a determinado distrito”. GARCÍA- GALLO, “La evolución...”, pp. 885-886. Cfr. BURGUEÑO, J., *Geografía política de la España constitucional. La división provincial*, (CEPC, Madrid, 1996), p. 85.

⁴⁴ LÓPEZ LÓPEZ, A., “Ordenación del territorio y medio ambiente en la Constitución de Cádiz”, *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, edición al cuidado de J. CANO BUESO, (Parlamento de Andalucía/ Tecnos, Madrid, 1989), p. 379.

⁴⁵ DS, *cit.*, III, p. 1745. “Si aquí viniera un extranjero que no nos conociera, diría que había seis o siete naciones”. Así concluía su lamento el diputado.

Setecientos⁴⁶. Según el precepto, el territorio español comprendería en la América del Norte “Nueva España con la Nueva Galicia y Península de Yucatán, Guatemala, Provincias internas de Oriente, Provincias internas de Occidente, isla de Cuba con las dos Floridas, la parte española de la isla de Santo Domingo y la isla de Puerto Rico con las demás adyacentes a éstas y al Continente en uno y otro mar”⁴⁷. Las Provincias internas y el reino de Guatemala quedaban oficialmente desagregadas del territorio novohispano, que poco a poco iba reduciéndose a la zona del Altiplano mexicano pues, como tendremos oportunidad de apreciar, las propias Cortes de Cádiz habrán de autorizar el establecimiento de una Diputación provincial y de un Jefe superior político en cada uno de los territorios *mencionados* en el artículo 10, por lo que para la estabilidad del reino de México poco importaría que se reconociese el hecho de que Nueva España formaba un bloque *con* Yucatán y Nueva Galicia⁴⁸.

24. La compleja red de Audiencias conectadas entre sí tan sólo por el vértice que representó un Tribunal superior situado en la Corte con facultades realmente limitadas y en forma alguna casacionales representó, por su parte, un nuevo triunfo ambivalente para las concepciones territoriales de los regnícolas americanos. Conviene destacar que los distritos judiciales en América no se reducirían a las fronteras intendenciales sino que mantendrían una estructura pluriprovincial llamada a coincidir a grandes rasgos con lo que en Indias podía entenderse como “reino” o, al menos, como “distrito superior”. De esta forma, el regnicolismo indiano mantenía dentro de su ámbito la función justiciera de gobierno de conformidad con la cuatripartición propia del Antiguo Régimen, y ya Fernando MARTÍNEZ, Carlos GARRIGA y Marta LORENTE⁴⁹ han mostrado lo vinculada a la tradición pre-estatalista que se halló la normatividad doceañista en materia de justicia. Ahora bien, con todo, los provincialistas de Indias obtenían también un atisbo de promesa, pues las Cortes autorizaron la creación de Audiencias llamadas a desmembrar enormes territorios competenciales, como fue el caso de la Audiencia del Saltillo en las Provincias internas del norte de

⁴⁶ En relación con las Indias del Mediodía, el precepto constitucional se limita a mencionar Virreinos y Capitanías generales independientes entre sí.

⁴⁷ J. DEL ARENAL ha mostrado cómo en el precepto “la referencia al antiguo y ahora extinto Virreinato novohispano fue sustituida por el concepto geográfico de ‘América Septentrional’, quedando Guatemala y las Provincias internas “totalmente independientes” de la Nueva España. La diferencia es notoria respecto de Nueva Galicia y Yucatán pues en sus casos “el uso de la proposición *con...* da idea de la unidad histórica relativa” que existía entre ambos territorios y el ente neoespañol. DEL ARENAL, “Un proyecto tardío...”, pp. 201-202. Cursivas en el original. Cfr. en el mismo volumen “La Independencia del Imperio Mexicano”, p. 37.

⁴⁸ Acerca de la situación neogallega debe tenerse en cuenta que Guadalajara de Indias había venido siendo sede de Audiencia desde el siglo XVI y que, no obstante, la Capitanía general correspondía en ella al Virrey de la Nueva España. Cfr. MURÍA, J.M., “La reforma territorial y administrativa. Qué fue y en qué paró la Nueva Galicia”, en ROMÁN GUTIÉRREZ, J. F., *Las reformas borbónicas y el nuevo orden colonial*, (INAH, México, 1998).

⁴⁹ MARTÍNEZ PÉREZ, Fernando, “‘Ley expresa, clara y terminante’. Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español”. *Historia constitucional. Revista electrónica de Historia constitucional*, no. 3, (Universidad de Oviedo, junio 2002); GARRIGA, C. y LORENTE, M., “El modelo constitucional gaditano”, en *Il modello costituzionale inglese e la sua ricezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell' 800. Atti del Seminario Internazionale di studi in memoria di Francisco Tomás y Valiente* (Messina 14-16 novembre 1996) a cura di Andrea ROMANO, (Dott. A. Giuffrè Editore, Milán, 1998), p. 602.

México⁵⁰, cristalización de uno de los sueños antinovohispanos del inquieto padre Miguel RAMOS ARIZPE quien, en la fundamental *Memoria* que presentó a las Cortes a su llegada después de azaroso viaje, expresaba que:

25. Se entorpece también la administración pública y de justicia por los diversos recursos que hay que hacer muchas veces a diferentes y muy distantes lugares. Del Saltillo, por ejemplo, se ocurre a veces a Monclova, distante sesenta leguas al norte, por residir allí el gobernador; otras veces hay que ocurrir a Chihuahua, por el poniente distante doscientas leguas, donde reside el comandante general; otras a igual distancia por el S.O. a Guadalajara, donde reside la Real Audiencia, y otras a San Luis Potosí y México, por el sur, donde residen el intendente y Junta Superior de Real hacienda. Y para que no haya viento por donde no se distraiga a esas desgraciadas gentes, tienen que acudir por el oriente al Nuevo Reino de León, donde reside por ahora la Silla Episcopal⁵¹.
26. No fue la de ARIZPE la única entre las solicitudes particularistas. El día 27 de junio de 1812 el diputado LÓPEZ DE LA PLATA exigió Audiencia para León de Nicaragua⁵². El 29 RUS hizo lo propio para beneficiar a Maracaibo en Venezuela⁵³. En la sesión del 28 de julio el michoacano FONCERRADA solicitó la inmediata creación de la Audiencia de Valladolid de Michoacán “con el territorio de las dos intendencias de Valladolid y Guanajuato”, por así estar expresado en sus instrucciones y por resultar imperiosa “*la división del territorio de la Nueva España*”⁵⁴. El 29 de septiembre el neomexicano PINO pidió que la Audiencia que para las Provincias internas de Occidente había propuesto su paisano GUEREÑA se estableciera en la ciudad de Chihuahua⁵⁵. El 10 de noviembre Mariano RIVERO, representante peruano, expuso que el Ayuntamiento de Arequipa le había encargado que la provincia del mismo nombre pasara a la jurisdicción de la Audiencia de Cuzco, dejando la de Lima por razones de distancia y buscando levantar a Cuzco de su decadencia: “si se hubiera dispuesto acerca de los territorios de las Audiencias lo mismo que para los juzgados de primera instancia, esto es, que las Diputaciones provinciales propongan la más conveniente división de partidos bajo de ciertas bases, podría esperarse a que llegase este caso. Pero no es así: las Audiencias deben seguir con los territorios que hay hasta que se haga la conveniente división de toda la Monarquía; esto no es de esperar; *no es posible que se verifique sino dentro de muchos años*”⁵⁶. El compromiso dilatorio comenzaba, en suma, a desesperar a algunos provincialistas indianos que se daban perfecta cuenta de que, en

⁵⁰ Vid. DS, sesión del 11 de agosto de 1812, V, p. 3527; *Reglamento de las audiencias y juzgados de primera instancia* del 9 de octubre de 1812; MUÑOZ DE BUSTILLO ROMERO, C., “La organización de los tribunales españoles (1808-1812)”, *Materiales...*, p. 588.

⁵¹ RAMOS ARIZPE, M., *Memoria presentada a las Cortes sobre la situación de las Provincias internas de Oriente*, Cádiz, 1º de noviembre de 1812, en *Presencia de Ramos Arizpe en las Cortes de Cádiz*, (Cuadernos del Archivo, Monterrey, 1988), pp. 66-67.

⁵² DS, sesión del 27 de junio de 1812, V, p. 3379.

⁵³ DS, sesión del 29 de junio de 1812, V, p. 3384.

⁵⁴ DS, sesión del 28 de julio de 1812, V, pp. 3473-3474. Las cursivas son nuestras.

⁵⁵ DS, sesión del 29 de septiembre de 1812, V, p. 3758.

⁵⁶ DS, sesión del 10 de noviembre de 1812, V, p. 3957. El destacado es nuestro.

términos estrictamente gaditanos, los conceptos de “provincia” y “distrito de Audiencia” no coincidían.

27. De hecho, habrá que esperar a tiempos de vigencia constitucional ordinaria para poder apreciar el comienzo del desmembramiento de los enormes distritos jurisdiccionales que habían resistido el embate de las reformas dieciochescas. A las peticiones regionalistas de establecer nuevas Audiencias en diversos territorios, el Secretario de Gracia y Justicia responde el 13 de marzo de 1813 que las “circunstancias del día” no permitían establecer Audiencias en Santo Domingo⁵⁷, Maracaibo y León de Nicaragua, pero sí en Chihuahua, en Valladolid de Michoacán “*cuando desapareciesen las convulsiones que agitaban a Nueva España*” y en Yucatán⁵⁸. Un año después la comisión de Legislación de las Cortes ordinarias se adhiere a la opinión del Secretario dictaminando: i) que a la Audiencia de Chihuahua se le agregarían “la provincia de Sonora en Nuevo México, las Californias y la parte septentrional de la Nueva Vizcaya; quedando la parte meridional de la misma y la provincia de Sinaloa agregadas como lo están a la Audiencia de Guadalajara”; ii) que se establecería “una Audiencia en Valladolid comprensiva de las dos intendencias de Michoacán y Guanajuato, lo cual tendrá efecto luego que mejore el estado político de Nueva España”; iii) que se plantaría otra en “Mérida de Yucatán, comprensiva de la Península de Yucatán”. La pretensión es cristalina: dividir únicamente la jurisdicción de las centenarias y novohispanas Audiencias de México y Guadalajara, lo que explica que en el mismo dictamen se niegue Audiencia a Santo Domingo, Maracaibo y Nicaragua⁵⁹. Vale la pena recalcar asimismo que “Nueva España” es una entidad que ya no incluye a las Provincias internas ni a Yucatán por cuanto el “*estado político*” de estas últimas, a diferencia de lo que ocurre en Michoacán y Guanajuato, no se hace valer como condición suspensiva para el establecimiento de Audiencias en Mérida y Chihuahua.

28. Con el debate en torno a las instituciones públicas encargadas de la promoción de lo que J. M. PORTILLO ha llamado la “libertad civil”⁶⁰ en la periferia de la Monarquía, esto es, con la discusión relativa a las Diputaciones provinciales y a los Ayuntamientos constitucionales, llegamos al punto de mayor fricción entre regnícolas y provincialistas americanos. Si

⁵⁷ El diputado MOSQUERA Y CABRERA había solicitado la reinstalación de la Audiencia dominicana, sin perjuicio de la existencia de la Audiencia de la Habana, toda vez que la isla primada de América había sido restituida al dominio hispánico. DS, sesión del 19 de junio de 1812, V, p. 3342.

⁵⁸ DS, sesión del 13 de marzo de 1813, VII, p. 4819. Las cursivas son mías.

⁵⁹ *Actas de las sesiones de la Legislatura Ordinaria de 1814* (en adelante, ASLO), sesión del 26 de marzo de 1814, p. 177. Las cursivas me pertenecen.

⁶⁰ Por contraposición a la libertad política, que “es en realidad una definición de la relación entre libertad y soberanía... (y) es, por esto mismo, una libertad que no tiene como referente al individuo, sino al cuerpo nacional, la Nación”, la libertad civil se sustentará “en un compromiso de la Nación con los individuos que la componen” y tendrá que ver con providencias exclusivamente económicas y de “fomento”. PORTILLO VALDÉS, J. M., “La libertad entre Evangelio y Constitución. Notas para el concepto de libertad política en la cultura española de 1812”, en IÑURRITIGUI, J. M. y PORTILLO, J. M. (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, (CEPC, Madrid, 1998), p. 142. Vid. ARGÜELLES, A. (atribuido a), *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, introducción de L. SÁNCHEZ AGESTA, (CEPC, Madrid, 1989), p. 95.

el “gobierno político de las provincias” residiría en un “Jefe superior nombrado por el Rey en cada una de ellas” (artículo 324 de la Constitución), resultaba indispensable asegurarse de conocer lo que el Constituyente quería decir con *provincias*. Los provincialistas creían claro que habría Jefe político en cada capital de Intendencia, puesto que por “provincia” se había venido entendiendo en América “Intendencia” desde cierto tiempo atrás⁶¹. Se equivocaban: sólo se establecería una Jefatura política allí donde se colocase una Diputación *provincial*, que no *intendencial*, al menos por lo que se refería a las Indias⁶².

29. Efectivamente, en lo que constituyó la victoria más notable para el grupo de los regnícolas⁶³, se constituiría Diputación electiva en América únicamente en los grandes distritos mencionados en el artículo 10⁶⁴ hasta en tanto no llegase la conveniente división del territorio español anunciada por la propia Constitución⁶⁵. A los reinos americanos se les garantizaba una transitoria (y ralentizada) integridad, en tanto que a las provincias más reivindicativas, al tiempo que se las halagaba con promesas de futura autonomía, se les prometía asegurar “por vía reglamentaria” un “turno” para evitar el excesivo predominio de las capitales regnícolas⁶⁶.
30. Ahora bien, la derrota del provincialismo es, de nueva cuenta y merced a los ambivalentes compromisos dilatorios de que abusaban los liberal-peninsulares, relativa. Así sucede por lo menos en el caso de la Nueva España, no sólo por la “conveniente división” y por el “turno”, sino porque a las Provincias internas de Oriente, a las de Occidente, a la Nueva Galicia, a San Luis Potosí y a Yucatán les correspondería una Diputación independiente de la de México. El “turno” ofrecido por TORRERO podía servir

⁶¹ *Exposición de Ayuntamientos a la Regencia*. DS, sesión del 21 de julio de 1813, VIII, p. 5763.

⁶² Artículo 2 del Capítulo III de la *Instrucción para el gobierno político y económico de las provincias*. Cfr. DS, sesión del 12 de junio de 1813, VIII, p. 5477.

⁶³ En contra, M. L. RIEU-MILLAN, para quien todos “los diputados americanos aceptaron (y provocaron) la desmembración de las grandes unidades administrativas de América”. *Los diputados...*, p. 250.

⁶⁴ Con algunas correcciones hechas en concesión a un provincialismo no exacerbado. “Aumento moderado del número de Diputaciones a establecer en América”, llama R. BLANCO a la medida que en Nueva España significó una Diputación más, con sede en San Luis Potosí. El 23 de mayo de 1812 las Cortes publicaban el Decreto CLXIV de ‘Establecimiento de las Diputaciones provinciales en la Península y Ultramar’. Cfr. BLANCO, R. “El ‘Problema Americano’ en las primeras Cortes Liberales Españolas (1810-1814)”, CRUZ, *Los orígenes...*, p. 93. Además de en la *Colección de decretos*, la disposición puede hallarse en el ACD, Papeles secretos y reservados de Fernando VII (PSRF), tomo 34, folios 224-225, 23 de mayo de 1812). Opina la profesora N. BENSON que con el establecimiento de seis Diputaciones en México (con capitales en las ciudades de México, San Luis Potosí, Guadalajara, Mérida, Monterrey y Durango) “la Constitución de 1812 reconoció una situación que había existido desde hacía muchos años, porque, desde el punto de vista político y económico, hacía mucho tiempo que las provincias de Nueva Galicia y Yucatán, así como las Provincias internas de Oriente y Occidente, habían sido independientes del Virrey, si no en la teoría, en la práctica”. BENSON, N. L. *La diputación provincial y el federalismo mexicano*, traducción de M. ZAMUDIO, 2ª ed., (El Colegio de México, México / UNAM, México, 1994), p. 28, nota 19. Tal interpretación niega que para los regnícolas novohispanos hubiese constituido un triunfo conculcar el peligro implícito en la asignación de una Diputación para cada intendencia mexicana.

⁶⁵ Intervención del diputado chileno LEIVA, miembro de la Comisión de Constitución. DS, sesión del 13 de enero de 1812, IV, p. 2616.

⁶⁶ MUÑOZ TORRERO, DS, sesión del 13 de enero de 1812, IV, p. 2619.

para tranquilizar a catalanes y valencianos, pero el contexto de la discusión traía implícita la desmembración del Virreinato indiano septentrional: los regnícolas mexicanos tendrían que conformarse con mantener poco más o menos la integridad del Anáhuac precortesiano. Se cumplía con ello el sueño de RAMOS ARIZPE, para quien las Provincias internas de Oriente

31. al paso que están naturalmente separadas y tan distantes de Nueva España, Nueva Galicia y provincias del poniente, por lo que exigen gobierno en su interior, están entre sí muy unidas por espaciosas llanuras y caminos de buen tránsito; muchos de sus ríos tienen un curso común; sus diversas producciones hacen necesario un tráfico recíproco entre sus habitantes, estrechando por diferentes modos todo género de relaciones, de que viene a resultar la conformidad mayor de usos y costumbres, debiendo ser el último resultado conocer evidentemente que están muy proporcionadas para existir unidas bajo un mismo *gobierno superior*⁶⁷.
32. Hasta aquí ha podido observarse que, a pesar de la aparentemente mayor confluencia de los provincialistas con el ideario de los liberales metropolitanos, contrarios en principio al federalismo dispersor y foralista y por ello entusiastas del control monopólico metropolitano de la legislación como forma de erradicación de los privilegios de corte territorial, los regnícolas indianos obtuvieron durante el proceso constitucional el mayor número de compromisos dilatorios favorables a sus intereses, a saber: el retraso de la “conveniente división” (presumiblemente intendencial-provincialista) del territorio de las Españas; el reconocimiento de los reinos o demarcaciones superiores como realidades descriptivas del territorio español; la concepción de las Audiencias como tribunales con jurisdicción sobre territorios multiprovinciales y el establecimiento de Jefes políticos y Diputaciones provinciales en distritos superiores que en América excedían con mucho las fronteras de una provincia. A todo ello deben agregarse como ganancias regnícolas el mantenimiento de la entidad difuminada de los cuerpos de provincia al perpetuarse la tradicionalmente difícil adscripción de numerosos pueblos (homogeneizados en lo referente a su administración municipal) a concretas y efectivas provincias, la concepción de los diputados suplentes a Cortes como representantes de las grandes circunscripciones territoriales y no de las pequeñas provincias⁶⁸, y la metaconstitucional conservación vergonzante de los virreyes como responsables del gobierno en demarcaciones que, como las de los reinos, presidencias y Virreinos, se suponían desaparecidas a raíz del

⁶⁷ RAMOS ARIZPE, *Memoria...*, cit., p. 70. Cursivas nuestras. Nótese que el cura saltillense, más que provincialista, es un antinovohispanista consumado. De ninguna forma se adhiere a la fórmula “provincia igual a intendencia”, sino que exige un *superior gobierno* independiente del de México (y acaso del de Madrid) para sus Provincias levantinas. Para el tipo de gobierno que propone, que es el de Juntas o Diputaciones, cfr. pp. 77-80.

⁶⁸ Véase la exposición leída por el neoespañol GUTIÉRREZ DE TERÁN en DS, sesión del 12 de agosto de 1813, VIII, p. 5930. La Comisión de Constitución resolvió “que los diputados suplentes de América deben entrar a suplir por los que faltan del *Virreinato, Capitanía general o sea provincia* por la que fueron nombrados”. DS, sesión del 3 de septiembre de 1813, VIII, p. 6113. Las cursivas me pertenecen. Véanse también las *Certificaciones presentadas en lugar de poderes por los señores diputados suplentes de la provincia de Nueva España* en que todos los suplentes parecen considerarse representantes por un reino que es ahora una “provincia”. Cádiz, 13 de septiembre de 1813. ACD / (DE), leg. 5, no. 33.

establecimiento del orden doceañista⁶⁹. Puede decirse sin temor que la preterición de los reinos de Indias en los trabajos constituyentes de Cádiz resultó, en suma, mera apariencia⁷⁰. Conviene no perder de vista, sin embargo, la relatividad y precariedad de los triunfos regnícolas, dos características directamente asociadas a las promesas (y a las no pocas realidades desmembradoras⁷¹) con las que los provincialistas volvieron, acaso medianamente satisfechos, a las Américas.

33. La causa de que el Virrey indiano fuese mantenido en operación y no fuera sustituido por los Jefes políticos provinciales que la Constitución establecía fue principalmente el temor que los gobiernos liberales experimentaban hacia la posibilidad de que pudiese atribuirse la pérdida de las Américas a su actuación en ausencia del monarca cautivo en Francia. Ahora bien, la situación de ninguna forma resultaba inocua en el juego de las aspiraciones regnícolas y provincialistas. La añeja capacidad de gobierno del vicemonarca se mantuvo al atribuírsele las facultades de Jefe político superior en distritos multiprovinciales, y su fuerza militar se conservó al mantenersele en el cargo de Capitán general en demarcaciones que reunían los territorios de varias Diputaciones provinciales⁷². El Virrey continuaba, en suma, siendo el principal jefe en cada *reino* ultramarino, lo cual jugaba, a querer o no, a favor del imaginario territorial reinicista. No son pocas las pruebas que sobre tal hecho obran en el *Diario de sesiones* de las Cortes⁷³ y en documentación ministerial de la época⁷⁴. Existían, en América, los *reinos constitucionales*.

⁶⁹ Vid. DS, sesión del 9 de noviembre de 1812, en la que se extiende la minuta del decreto de Cortes aboliendo las mitas y los servicios personales de indios y repartiendo tierras, cuyo artículo séptimo reza así: "Las Cortes encargarán a los *Virreyes, gobernadores, intendentes y demás jefes* a quienes respectivamente corresponda la ejecución de este decreto, su puntual cumplimiento, declarando que merecerá todo su desagrado y un severo castigo cualquiera infracción de esta solemne determinación de la voluntad nacional". Las cursivas son nuestras. La Constitución se había promulgado el 19 de marzo de aquel año.

⁷⁰ En contra, F. X. GUERRA, para quien en los debates de las Cortes y en la Constitución los reinos sólo fueron tomados en cuenta "retóricamente". GUERRA, F. X., "El ocaso de la Monarquía hispánica: revolución y desintegración", *Inventando...*, p. 129.

⁷¹ Además de las situaciones ya indicadas para el caso mexicano, resulta importante destacar la doceañista desmembración de la isla de Cuba en dos Diputaciones provinciales, con sedes en La Habana y en Santiago. La cuestión suscitó notable resistencia local y una larga discusión en Cortes. Cfr. DS, sesión del 26 de febrero de 1813, VII, p. 4751, y ACD / SG, leg. 77, no. 129, 1º de marzo de 1813.

⁷² Así lo confiesa sin ambages el encargado del Despacho de la Gobernación de Ultramar en *Memoria* presentada a las Cortes. ASLO2, sesión del 3 de marzo de 1814, apéndice tercero al número 4.

⁷³ DS, sesión del 16 de mayo de 1813, VIII, p. 2589; DS, sesión del 26 de mayo de 1812, IV, p. 3222; ASLO, sesión del 17 de enero de 1814, p. 340; ASLO, sesión del 2 de mayo de 1814, p. 323.

⁷⁴ ASLO, sesión del 2 de octubre de 1813. Apéndice cuarto al número 2, p. 45. Y ya situados en pleno *Trienio liberal*: Carta del secretario de la gobernación americana Ramón GIL DE LA CUADRA al secretario de la Diputación permanente de Cortes el 9 de enero de 1821 remitiendo la lista de diputados "por aquellas provincias" (se refiere a las novohispanas) enviada por el "virrey de Nueva España". La lista es un impreso (México, en la imprenta de d. Juan Bautista de Arizpe, 1820) que incluye como "diputados a Cortes por Nueva España para los años de 1820 y 1821" tanto a los del distrito de la Diputación de México como a los de las de San Luis Potosí y Nueva Galicia. (ACD / DE, leg. 7, no. 17). Véase también la carta dirigida al secretario

34. Los gobiernos de Francisco Xavier VENEGAS y Félix María CALLEJA en Nueva España, a pesar de mostrarse francamente contrarios al orden constitucional en temas muy caros al ideario liberal-peninsular como eran el de la libertad de prensa⁷⁵ y el de las elecciones de Ayuntamientos, Diputaciones y representantes a Cortes⁷⁶, gozaron de la tolerancia de unas Cortes provisionalmente dispuestas a sacrificar la revolución americana en beneficio de la integridad territorial del Imperio. No dudamos al afirmar que ambos personajes fueron, durante el período gaditano, auténticos virreyes de antigua planta⁷⁷.
35. El general CALLEJA, nombrado por las Cortes seis meses después de la expedición de la Constitución “Virrey gobernador y Capitán general del reino de la Nueva España y presidente de la Real Audiencia”⁷⁸, se significaría además por su defensa a ultranza de la integridad del reino novohispano en el marco de la inevitable descentralización regionalista que las circunstancias de la guerra contra la insurgencia mexicana imponían⁷⁹. En carta enviada al Ministro de Gracia y Justicia, creyente todavía en la vigencia de una Constitución que ya había sido desconocida por el monarca, el “virrey de este reino” expresaba sus interrogantes y pretendía justificar actos a todas luces inconstitucionales:
36. Mi duda principal consistía en que una vez erigidas las *Diputaciones provinciales de este reino* como lo han sido las de Guadalajara y Yucatán, nombrados ya los diputados para la que debe formarse en San Luis Potosí, y próxima a instalarse como lo está ya la de esta Capital, era de recelar que cada una de estas corporaciones considerándose independiente del Virrey y en relación *directa al supremo gobierno de la Nación, desconocieren tal vez al que le representa en estos dominios*; y retardando, embarazando o negándole unas veces la obediencia, y disponiendo en otras a su arbitrio de los medios pecuniarios y de los recursos que *cada provincia* tuviere en su seno, entraría la confusión y el desorden de que se seguiría infaliblemente la ruina de *estos países* contenidos hasta ahora por el impulso y dirección de un *centro común*⁸⁰.

de la Diputación permanente por el doceañista Ramón LÓPEZ PELEGRÍN, secretario de la Gobernación de Ultramar, en ACD / DE, leg. 9, no. 22.

⁷⁵ Vid. DS, sesión del 2 de febrero de 1812, IV, p. 2728; Representación de varios diputados ultramarinos leída por RAMOS ARIZPE, DS, sesión del 11 de julio de 1813, pp. 5684-5685.

⁷⁶ ANNA, T. E., *La caída del gobierno español en la ciudad de México*, trad. de C. VALDÉS, (FCE, México, 1981), pp. 129-133.

⁷⁷ VENEGAS fue, encima, condecorado por las Cortes con la Orden de Carlos III. Cfr. DS, sesión del 24 de septiembre de 1811, III, p. 1910.

⁷⁸ ORTIZ ESCAMILLA, J., “Calleja, el gobierno de la Nueva España y la Constitución de 1812”, *Revista de Investigaciones Jurídicas*, no. 20, (Escuela Libre de Derecho, México, 1996), pp. 414-415.

⁷⁹ SERRANO, J. A., “La jerarquía subvertida: ciudades y villas en la Intendencia de Guanajuato, 1787-1820” en TERÁN y SERRANO (comps.), *Las guerras de Independencia en la América española*, (El Colegio de Michoacán, Zamora, 2002), pp. 403-422; ORTIZ ESCAMILLA, J., “La guerra de Independencia y la autonomía de los pueblos”, en VÁZQUEZ (coord.), *Interpretaciones sobre la Independencia de México*, (Nueva Imagen, México, 1997), pp. 177-207.

⁸⁰ *El virrey de Nueva España d. Félix Ma. Calleja da cuenta con testimonio de la declaración interina que ha hecho sobre la autoridad y facultades del Virrey, respecto de los Jefes políticos y Diputaciones provinciales del distrito de aquel Virreinato*, México, 31 de julio de 1814, Archivo

37. Para evitar situación tan a todas luces catastrófica para la integridad del tricentenario reino, el Virrey de Nueva España debería seguir siendo tal y no quedar reducido “a sólo las funciones de Capitán general y Jefe superior político dentro del distrito” de la Diputación provincial de México, lo cual exigía (no lo dice CALLEJA, pero es evidente que lo piensa) pasar por encima de la voluntad legislativa doceañista y declarar “la subsistencia de la autoridad y representación del Virrey en toda su plenitud”, declaración que por otro lado no estima demasiado alejada de los efectivos deseos del gobierno de la Monarquía, por cuanto tanto por “la época en que se me nombró Virrey y Capitán general de estos dominios” como por “el espíritu y letra de las Reales Órdenes que se me comunican por varios Ministerios” se derivaba lógicamente que “el Virrey era aquí el Gobierno, o lo que es lo mismo, el representante del Monarca” debiendo por tanto en lo sucesivo todos los “Jefes políticos que sean presidentes de Diputaciones provinciales” dirigir “a este *gobierno superior* todas las consultas, representaciones y documentos en los casos y cosas en que según la Constitución Política de la Monarquía y soberanas declaraciones deberían entenderse con el *Supremo Gobierno de la Nación*”⁸¹.
38. Difícilmente podría encontrarse una manifestación más clara y reivindicatoria de la validez del pacto dilatorio que los regnícolas americanos habían signado en Cádiz con los constituyentes liberales. CALLEJA desafía a la metrópolis y busca que se declare oficialmente la existencia del *reino constitucional* de la Nueva España. No pocos criollos mexicanos habrán visto con buenos ojos la actitud del general, por otro lado cruel azote de la insurgencia: tengo por cierto que los conceptos del virrey animaron el pensamiento independentista del coronel Agustín de ITURBIDE, antiguo protegido de CALLEJA, quien en su célebre Plan de Iguala o de las “Tres garantías” del 24 de febrero de 1821 llamó a la “Unión” de todos los novohispanos, sin distinciones de casta o de paisanaje, como el único camino para la obtención de la Independencia y para la conservación de la Religión católica en el marco de una Constitución “*peculiar y adaptable del reino*”⁸² expedida por unas Cortes mexicanas. Aún más evidente que el Plan en lo referente al ideario territorial de ITURBIDE resulta la carta que el mismo día envió a José DÁVILA, gobernador de Veracruz, en cuyo texto aparece la

General de Indias (AGI), 1483, folios 47r-49r. Manejo fotostática por gentileza del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho y del Servicio de Bibliotecas de la Universidad de Salamanca. Mi agradecimiento en especial para María Teresa SORIA. Las cursivas me pertenecen.

⁸¹ Todos los entrecorillados en *Ibidem*. Las cursivas son mías. Consúltese también ANNA, *La caída...*, pp. 148-149.

⁸² TENA RAMÍREZ, *Leyes fundamentales...*, pp. 114-116; DEL ARENAL, J., “Una nueva lectura del Plan de Iguala”, *Un modo...*, 114-117. Cursivas nuestras. En carta al diputado michoacano GÓMEZ DE NAVARRETE fechada el 25 de noviembre de 1820, ITURBIDE afirmaba que muchos novohispanos temían a la Constitución de Cádiz en razón de lo heterogéneo que era el reino y de lo poco sensata que en consecuencia resultaba la aplicación irrestricta del texto legal a las circunstancias americanas. ROBERTSON, W. S., *Iturbide of Mexico*, (Greenwood press, Nueva York, 1968), p. 55. J. ORTIZ sostiene que “el pronunciamiento encabezado por Agustín de ITURBIDE en el pueblo de Iguala tenía el firme propósito de frenar una posible desarticulación territorial y de los órganos de gobierno”. ORTIZ, “Calleja...”, pp. 425.

radical idea de proscribir el *provincialismo* en el territorio del nuevo Imperio nacional mexicano⁸³.

39. Pero hemos dado un salto de varios años, acicateados por la prisa de demostrar la existencia del hilo conductor regnicola en el proceso de la Independencia neoespañola. Volvamos a 1814. En espera de respuesta peninsular a su reto (que hoy llamaríamos *controversia constitucional*) se hallaba CALLEJA cuando recibió la noticia del regreso de FERNANDO VII a la Península y de la abrogación de la ley suprema. El virrey, según él mismo escribió, reaccionó “con indescriptible júbilo”. La Constitución había puesto en entredicho la autoridad de los agentes regios en Ultramar y, tal vez peor para el partido del general CALLEJA, la integridad territorial del reino de la Nueva España⁸⁴. Con la vuelta del déspota al trono parecía que cuando menos este último peligro había quedado desarticulado.

40. Al restablecerse el absolutismo, el reino de México sufrió una prácticamente incontestada restitución del poder virreinal. La insurgencia cayó en estado de desahucio tras la muerte del caudillo José María MORELOS y las provincias más rebeldes fueron volviendo poco a poco a la obediencia respecto de Madrid y de México. El virrey Juan RUIZ DE APODACA, que sucedió a CALLEJA en ese preciso y expreso puesto, podía presumir de ser obedecido en todo el territorio comprendido entre las Provincias internas más septentrionales y la península de Yucatán, con excepción de los contados terrenos controlados por las partidas guerrilleras independentistas. Todo hasta que, con ocasión de la restauración constitucional en las Españas derivada del alzamiento del coronel RIEGO al alborear el año 1820, los temas que habían gozado de gran vitalidad en Cádiz volvieron a la palestra. La asignación que las renovadas Cortes hicieron de una Diputación provincial a cada intendencia americana por decreto del 8 de mayo de 1821⁸⁵ significó el final del compromiso suscrito entre los regnicolas indianos y los liberales metropolitanos, ahora divididos en moderados o doceañistas y exaltados o veinteañistas⁸⁶. La ulterior victoria correspondía al bando provincialista de las Américas: cada intendencia indiana constituía ahora y para todos los efectos una provincia de la Monarquía.

⁸³ ROBERTSON, *Iturbide...*, p. 71; “El fin de mi plan es asegurar la subsistencia de la religión santa que profesamos y hemos jurado conservar, hacer independiente de otra potencia al Imperio de México, conservándolo para el Sr. D. FERNANDO VII si se digna establecer su trono en su capital bajo las reglas que especifico, y *hacer desaparecer la odiosa y funesta rivalidad de provincialismo*, y hacer, por una sana igualdad, unir los intereses de todos los habitantes de dicho Imperio”. Al señor comandante de la 3ª Brigada, don José DÁVILA, Iguala, 24 de febrero de 1821, en CUEVAS, M., S. J., (selección y rasgos biográficos), *El Libertador. Documentos selectos de don Agustín de Iturbide*, (Patria, México, 1947), p. 185. Las cursivas me pertenecen.

⁸⁴ En opinión de ORTIZ ESCAMILLA, CALLEJA encaró durante el doceañismo “el mayor peligro de desintegración, en pequeños estados, del Virreinato de la Nueva España”. ORTIZ, “Calleja...”, p. 408.

⁸⁵ *Vid.* Diario de sesiones de las Cortes Ordinarias (DSCO), Legislatura de 1821, sesión extraordinaria del 30 de abril de 1821, II, pp. 1358-1359.

⁸⁶ *Cfr.* VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., “La Monarquía imposible: la Constitución de Cádiz durante el Trienio”, *Anuario de Historia del Derecho Español*, LXVI, (Madrid, 1996), pp. 653-687.

41. Los regnícolas harían, sin embargo, un último esfuerzo por restaurar el compromiso con la metrópoli. En junio del mismo 1821, ante las noticias de la rebelión insurgente de ITURBIDE, los diputados americanos, capitaneados por los novohispanos, elevaron a las Cortes una propuesta para el establecimiento de tres *secciones* de diputados con amplias facultades legislativas en América, cada una de las cuales secciones gozaría de un gobierno propio encabezado por quien el Rey de España decidiese en Bogotá, Lima y México⁸⁷. Se trataba de una confederación *in nuce* que las Cortes, firmemente asentadas en el principio nacionalista panhispánico del monopolio central del poder legislativo, no aceptaron⁸⁸. Lo interesante del caso radica en la práctica unanimidad que el proyecto alcanzó entre los representantes americanos, buena muestra de que provincialistas y regnícolas habían decidido avenirse y de que se había llegado al consenso en torno a la idea de que para la configuración de la América Latina decimonónica era la metrópoli europea lo que salía sobrando: los reinos y las provincias podían convivir en unas Indias autónomas. Un poco antes, de hecho, los diputados americanos habían promovido que se nombrase como “gobernador y Capitán general *de las provincias* de Nueva España, con todos los goces y distinciones *que tenían los virreyes*”⁸⁹ a un célebre militar liberal, el general Juan O’DONOJÚ. Él sería el encargado de reconocer, en la veracruzana villa de Córdoba, la independencia del *reino* integrado por las *provincias* mexicanas.

42. Y es que mientras todo esto sucedía en sede parlamentaria, ITURBIDE había logrado integrar los intereses de regnícolas y provincialistas para crear en su patria un Estado-Nación absolutamente independiente de España a título de “Imperio Mexicano”, llamando al reino de Guatemala y a las Provincias internas del norte novohispano a unirse a él, manteniendo en pie las gaditanas estructuras provinciales y municipales y reconociendo en la ciudad de México la calidad de cabeza de la nueva Nación, con lo que halagaba por igual tanto a provincianos como a reinicistas. El pacto al que llegaban las dos fracciones ideológicas que habían mantenido un pulso continuado por más de diez años convenció de la necesidad de la Independencia al mostrar que lo que sobraba no era el *reino* de la Nueva España sino el Rey de España. Ello permitió que el nuevo Estado no sufriese una desmembración de signo intendencial (tan característica de la zona del istmo centroamericano) y que a la caída del Imperio se constituyese en una república federal de provincias autónomas pero unidas en un sistema constitucional que, si bien abrevaba principalmente de la

⁸⁷ DSCO, Legislatura de 1821, sesión del 25 de junio de 1821, III, pp. 2472-2477. El delegado del Rey haría las veces de coordinador de los Jefes políticos provinciales eliminando a los Virreyes que el Gobierno metropolitano había mantenido “con otro nombre si se quiere, pero con la misma autoridad, en toda la vasta extensión de Nueva España” por considerar que el aislamiento “sin una autoridad suprema inmediata” de los Jefes provinciales “que por la Constitución son iguales entre sí” perjudicaría “la unión y armonía tan necesarias *en un Estado*”. El delegado, a diferencia del Virrey, sería controlado por un órgano legislativo próximo a su asiento. *Idem*, p. 2474. Las cursivas me pertenecen.

⁸⁸ GUERRA, *Modernidad...*, p. 347. Para la reacción de los peninsulares, recogida por un testigo presencial, *cfr.* ALAMÁN, *Historia...*, V, p. 554 (en este caso sito por la edición de J. M. Lara (México, 1852).

⁸⁹ DELGADO, J., *España y México en el siglo XIX*, (CSIC, Madrid, 1950), I, p. 39. Las cursivas me pertenecen.

fuelle estadounidense, acusaba profundas influencias derivadas de la práctica parlamentaria y de la normatividad doceañista⁹⁰.

43. El caso mexicano muestra la enorme influencia que la configuración de los distritos administrativos del período de dominación española – marcadamente por lo que hace a los *distritos de superior gobierno*- poseyó sobre la estructuración e invención de los Estados-Nación hispanoamericanos. La configuración precedente del Antiguo Régimen fue confirmada en tiempos revolucionarios por las vacilaciones y compromisos gaditanos que a su vez muestran los condicionantes geoeconómicos, pero también geopolíticos, con los que habrían de surgir a la vida las nuevas Naciones ante la imposibilidad de pensar en “América” como una gran Nación o siquiera como una alianza confederal perpetua. Las identidades locales, en tanto que regnícolas creaciones de la Conquista del siglo XVI, pesaron demasiado al alborear la Independencia, razón por la que debe desecharse la idea de que entes compactos como la Nación mexicana provenían de un pasado prehispánico y recuperaban la libertad tras trescientos años de esclavitud, para profundizar en el concepto de la administración virreinal como una de las estructuras fundadoras –y en forma alguna la de menor significación- de los nuevos Estados nacionales.

⁹⁰ BENSON, N. L., “Spain’s contribution to federalism in Mexico”, COTNER, T. E. / CASTAÑEDA, C. E., (editor and coeditor), *Essays in Mexican History*, (The Institute of Latin American Studies / The University of Texas, Austin, 1958), pp. 90-103, en especial p. 91.

EL LIBERALISMO CONSTITUCIONAL EN LA FUNDACIÓN DEL IMPERIO BRASILEÑO

Alberto Vivar Flores*

1. Al pretender situar al "*Liberalismo brasileiro*" que investigamos — así como la "*Carta Outorgada*" en la cual, específicamente, en este caso, se plasmó de manera positiva y concreta —, tanto a nivel del pensamiento político universal¹, así como dentro del Liberalismo en Iberoamérica, preguntamos: ¿Qué tipo de liberalismo es el "*Liberalismo brasileiro*" que, como resultado de una historia de tres siglos de invasión, colonización y rebeldía, finalmente, se impuso en la Carta Magna (25 de marzo de 1824) que estructuró a Brasil como un país independiente, libre y soberano que asumía su historia y su destino?
2. Desde luego, para responder a esta pregunta, no es suficiente apenas procurar "*na Europa, em autores europeus, as raízes do liberalismo brasileiro*"²; pues, si así fuera, para identificarlo bastaría indicarlo "*como matéria de importação, totalmente desvinculado da realidade brasileira*".³ Mas, a estas alturas, sabemos bien que ni en Iberoamérica como un todo, ni en Brasil, en particular, aconteció así; que ni en Iberoamérica ni tampoco en Brasil el liberalismo del que estamos hablando es algo etéreo o desencarnado; que "*é evidente que o liberalismo tem no Brasil seus próprios fundamentos sociais, que definem os seus limites*"⁴.
3. Mas, si es verdad lo anterior, esto es, que el Liberalismo en Brasil no fue una mera ideología de importación; por supuesto que también es verdad lo posterior, esto es, que "*não foi também mera invenção*"⁵. Es decir — y por aquí, en este juego dialéctico, es posible comenzar a descubrir la peculiaridad u originalidad del "*Liberalismo brasileiro*" —, dicho de otra manera, al mismo tiempo que podemos registrar, por una parte, que "*o liberalismo brasileiro se define em função de uma realidade nacional que lhe confere um certo sentido*"⁶; por otra, podemos reconocer, sin miedo de errar, que "*ele é também constituído a partir de um modelo europeu que serve de ponto de referência constante aos liberais brasileiros, os quais examinam e modificam este*

* Profesor Doctor en Historia de América por la Pontificia Universidad Católica do Rio Grande do Sul (Brasil)

¹ Obra paradigmática en este sentido es la de Ivair Nogueira ITAGIBA. *O Pensamento Político Universal e a Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Gráf. Tupy Ltda. , 1947, pp. 242-256.

² Emilia Viotti da COSTA. (Depoimento de). "Liberalismo brasileiro , uma ideologia de tantas caras". En: *Folha de São Paulo/Folhetim*. São Paulo, 24 de fevereiro de 1985, No 423, p. 6.

³ Idem, Ibidem.

⁴ Idem, Ibidem.

⁵ Idem, Ibidem.

⁶ Idem, Ibidem.

modelo, a partir de sua experiência e de seu projeto"⁷. Quiere decir, por tanto, que se da una depuración o filtración, o si se prefiere, *"uma leitura brasileira do liberalismo europeu"*⁸; desde luego, no por la mayoría de la población brasileña — *"uma vez que a maioria da população era mantida analfabeta e alienada para que não viesse a ter verdadeira consciência das concepções importadas"*⁹-, sino por aquellos *"indivíduos e grupos sociais cuja experiência lhes permitiu pensar o mundo em termos liberais, isto é, em termos de um liberalismo que lhes é próprio"*¹⁰. ¿Cuál es, pues, entre los varios rostros de identidad que adquirió el Liberalismo durante su evolución por la Modernidad e inicio de la Epoca Contemporánea, el rostro del *"Liberalismo brasileiro"* que estrena el Brasil independiente?

4. Desde luego, aquel que las elites socio-económico-político brasileñas: o consiguieron transformar, de *"ideologia revolucionaria articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza"*¹¹, en una ideología adecuada *"para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial"*¹²; o ya encontraron, de alguna manera, pulido y domesticado por su propia evolución histórica — no olvidemos que *"o pensamento liberal perdeu aos poucos sua função revolucionária ou transformadora, servindo para ocultar através de formas universalizantes a ficção de uma prática que beneficiaria apenas minorias: os que eram definidos como cidadãos, os que tinham propriedade, os que se faziam representar no poder"*¹³ —.
5. Por consiguiente, en la dialéctica de la colonización y alienación cultural de un pueblo, no se puede acusar sin más — por ejemplo — de imperialistas a aquellos pueblos que van a la vanguardia del progreso y que sirven de

⁷ Idem. Ibidem. Por ejemplo, en los debates de los Constituyentes de 1823 - en frases tales como: "he de uso constante nas primeiras Nações da Europa!" ("O Sr. Andrada Machado". Terceira Sessão Preparatória. Em 30 de Abril de 1823) ; "O que dirão as Nações cultas da Europa?" ("O Sr. Muniz Tavares". Terceira Sessão Preparatória. Em 30 de Abril de 1823); "Que dirão os homens sensatos e as Nações cultas... ?" ("O Sr. Costa Aguiar " Terceira Sessão Preparatória. Em 30 de Abril de 1823) -, se nota la preocupación permanente del "ajuste de cuentas" con la cultura europea y/o norteamericana, la constante necesidad de referencia comparativa y dependiente en relación a los países considerados más desarrollados en civilización, y, hasta cierto punto, un sutil e inconfesable complejo de inferioridad, implícitamente escondido en la abundante y reiterativa remisión a lo que está "de moda" en la cultura extranjera - fenómeno que, de cierto modo, nos cega ante la realidad circundante y confirma "a constituição do nosso olhar pelo olhar estrangeiro" (nos dicen Mariza VELOSO e Angélica MADEIRA. *Leituras Brasileiras, Itinerários no Pensamento Social e na Literatura*. São Paulo; Paz e Terra, 1999, p. 67) -. Las frases ejemplares de los Constituyentes fueron retiradas de: *DIÁRIO DA ASSEMBLEIA GERAL, CONSTITUINTE, E LEGISLATIVA DO IMPÉRIO DO BRASIL*. Brasília; Senado Federal, 1973, Vol. I, p. 4.

⁸ Emilia Viotti da COSTA. (1985), p. 6.

⁹ Antonio Carlos WOLKMER. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 75.

¹⁰ Emilia Viotti da COSTA. (1985), p. 6.

¹¹ Antonio Carlos WOLKMER. (1998), p. 75.

¹² Idem, Ibidem.

¹³ Emilia Viotti da COSTA. (1985), p. 7.

"modelo" inspirador; pues, en ese "imperialismo", siempre hay la colaboración¹⁴ o la complicidad de una buena parte de sus propias "élites"¹⁵. Pero, mismo así, y sobre todo en los momentos del despertar del nacionalismo independentista de esos pueblos — como es el caso del Brasil que estamos hablando —, tal dialéctica, por paradójico que parezca, se transforma: "A guerra cultural e ideológica contra o imperialismo ocorre sob a forma de resistência nas colônias"¹⁶. Así siendo, fue, pues, por dentro de esa dialéctica de opresión-liberación — vivida durante tres siglos, de diversas maneras, por indios, negros, portugueses, mestizos, en fin — que "os revolucionários do período colonial usavam o liberalismo para criticar a administração e o sistema colonial"¹⁷, hasta conseguir o ser obligados — caso clásico de Brasil y de los Estados Unidos de Norteamérica — a conquistar su independencia.

6. Pero de las "tantas caras" que adquirió el Liberalismo en su evolución histórica¹⁸ y que, de algún modo, se hicieron presentes en Brasil durante el período que nos ocupa, ¿cuál fue la que, finalmente, se impuso hegemonícamente?; pues, bien sabemos que "el liberalismo ofrece aspectos muy diversos, según las épocas, según los países y según las tendencias de una misma época y de un mismo país"¹⁹.
7. Por supuesto que, en la respuesta a esta pregunta, el liberalismo que nos interesa es aquel que, surgiendo de la convergencia de los diversos liberalismos que se encuentran durante el proceso de la independencia — y cuyo debate, de cierta forma, se clausura con la disolución de la "Assembléa Geral, Constituinte, e Legislativa do Império do Brasil", el 12 de noviembre de 1823, por D. Pedro I —, consigue imponerse y plasmarse institucionalmente a través de la "Constituição Política do Império do Brasil", jurada por D. Pedro I, y mandándola observar y cumplir mediante "Carta de Lei" del 25 de marzo de 1824.

¹⁴ Al respecto, Ronald ROBINSON nos dice: "Qualquer teoria nova tem de reconhecer que o imperialismo foi tanto função de colaboração ou não-colaboração de suas vítimas - de sua política indígena - quanto da expansão européia". Citado por Edward W. SAID. En: *Cultura e Imperialismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 325.

¹⁵ Mismo que definamos "Elite" del modo más inofensivo posible - a la manera como lo hace Afonso Arinos de Melo FRANCO -, diciendo que: "Elite não é uma camada de privilegiados sociais, mas uma expressão intelectual das aspirações mais profundas do povo", en: " Idéias políticas do constitucionalismo imperial". En: *O Pensamento Constitucional Brasileiro*. Brasília: Câmara dos Deputados/Centro de Documentação e Informação/Coordenação de Publicações, 1978, p. 28.

¹⁶ Edward W. SAID. (1995), p. 341. No olvidemos que "a revolução liberal do Porto, em 1820, e que tantas esperanças tinha trazido aos brasileiros, era colonialista", nos alerta Gilberto Vilar de CARVALHO. En: *A Liderança do Clero nas Revoluções Republicanas de 1817-1824*. Petrópolis: Vozes, 1980, p. 100.

¹⁷ Emilia Viotti da COSTA. (1985), p. 9.

¹⁸ Jean TOUCHARD registra: "Durante mucho tiempo el liberalismo aparece como un bloque... . Esta concepción es la del siglo XVIII, para el que la unidad del liberalismo era un dogma indiscutible. Pero en el siglo XIX se produce un hecho capital: la fragmentación del liberalismo en varias ideologías distintas, aunque no siempre distinguidas" En: *Historia de las Ideas Políticas*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, p. 402.

¹⁹ Idem, p. 403.

8. Según nuestra investigación, a nivel internacional — su especificidad nacional, identidad y originalidad brasileña luego la veremos —, nos parece ser, en líneas generales, desde luego, el llamado "*Liberalismo da Restauração*" posnapoleónica. Quiere decir, por lo que dice relación a nuestro trabajo, si se quiere, aquel que comienza a tejerse con las críticas a la Revolución Francesa elaboradas por Edmundo Burke (1729-1797) en su obra *Reflections on the Revolution in France* (1790) y contestadas por Thomas Paine (1737-1809) en su escrito titulado *The Rights of Man* (1791-1792), atraviesa críticamente el complejo y sorprendente período napoleónico, triunfa en el Congreso de Viena y se institucionaliza en la "*Charte Constitutionnelle*" (4 de junio de 1814) francesa de Luis XVIII, siendo articulado teóricamente por autores como Benjamin Constant (1767-1830), Royer - Collard (1763-1845), Hegel (1770-1831) y Guizot (1787-1874), entre otros.
9. Ahora bien, si, como diría Talleyrand (1754-1838) en sus *Mémoires*, "*La Restauración sólo es un principio, es el triunfo de la legitimidad*"²⁰; y, si, como escribiría Hegel, "*o direito do nascimento e o direito hereditário são o fundamento da legitimidade*"²¹; entonces, consecuentemente, el "*principio de la legitimidad*" o el "*principio monárquico*"²² — para los efectos y causas, da en lo mismo — será el que estructure y articule el "*Liberalismo de la Restauración*", mejor conocido como "*Liberalismo Doctrinario*".
10. Así, pues, en el cuadro de la evolución del Liberalismo de la Modernidad, el "*Liberalismo Doctrinario*" se presenta como una lúcida y necesaria reacción, por un lado, ante el tradicionalismo monárquico absolutista — propio y característico del Antiguo Régimen —; por otro, ante el liberalismo radical, jacobino, democrático-republicano — acusado de fantástico, ilusorio y demagógico —; pero también ante el liberalismo moderado — al estilo del establecido en las Constituciones francesa de 1791, española de 1812 y portuguesa de 1822 —, el cual atentaba abiertamente contra las prerrogativas inherentes a la realeza.
11. Manteniendo la figura del Rey Constitucional, mediante la sustentación del régimen monárquico constitucional — tal y como lo había reclamado desde el inicio la Revolución Francesa ante el absolutismo monárquico —, el "*Liberalismo Doctrinario*" surgido hegemónicamente luego después de la Revolución, sin embargo, habiendo rechazado explícitamente el concepto de "*Constitución*" para gobernar y asumido deliberadamente el de "*Carta Constitucional*", automáticamente, declaraba sus más profundas intenciones. Según el "*Liberalismo Doctrinario*", "*el soberano concedería con*

²⁰ Citado por Luis DIEZ DEL CORRAL. *El Liberalismo Doctrinario*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 56.

²¹ G.W.F. HEGEL. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone Editora, 1997, p. 238 (§ 281).

²² "Tras el de la soberanía nacional y el de la división de poderes - nos dice Luis DIEZ DEL CORRAL -, Francia proclamaría el principio monárquico, anterior en su formación histórica, puesto que alrededor de la monarquía había ido formándose el Estado moderno, pero ulterior a los otros principios en rigurosa formulación sistemática y polémica". En: (1984), p. 69.

*Independencia, motu proprio, lo que se deseaba aceptara*²³. Por consiguiente, en la Monarquía Constitucional de carácter doctrinario/cartista, *"la ordenación política arranca de la autoridad originaria del Rey, el cual graciosamente concede a sus súbditos una Carta que supone cierta modalidad en el ejercicio de aquella"*²⁴. Haciéndose, pues, del Monarca algo consubstancial al propio origen, formación y constitución histórica del pueblo/Nación, cualquiera que ésta sea (en este sentido, el caso de Portugal es paradigmático), podemos decir que, para el *"Liberalismo Doctrinario"*, la soberanía del pueblo — tanto *"para fuera"* (en sus relaciones internacionales) como *"para dentro"* (en su íntima administración socio-política) — no se entiende separada u opuesta a la del Monarca (como solía entenderla el *"Liberalismo Radical"*). Por el contrario, comienza y termina, en última instancia, residiendo en el Monarca. Pues, en primer lugar, los liberales doctrinarios entienden que,

"sem o seu monarca, e sem a articulação que imediata e necessariamente dele provém, o povo é uma massa informe, deixa de ser um Estado e não possui nenhuma das determinações que existem no todo organizado: soberania, governo, justiça, autoridade, ordens, etc. Logo que num povo surgem estes elementos associados à vida e organização política, deixa ele de ser uma abstração indeterminada como acontece na concepção geral de povo".²⁵

12. En segundo lugar, los teóricos de este liberalismo entienden la soberanía de un pueblo/Nación concretizada, objetivada y manifestada en cuanto individualidad como un todo en el mismo pueblo/Nación, pero privilegiadamente concentrada en la del Monarca; pues,

"num povo que não seja uma tribo patriarcal nem se encontre no estado de primitivismo, mas em que as formas de democracia ou de aristocracia são possíveis; num povo que não seja um Estado arbitrário e inorgânico, mas esteja concebido como uma verdadeira totalidade orgânica em si mesmo desenvolvida, a soberania, como personalidade do todo e na realidade conforme o seu conceito, existe como a pessoa do monarca".²⁶

13. Quiere decir, en otras palabras, que se imponen por sí mismos o se le reconocen al Monarca y a su estirpe derechos históricos — transmitidos por nacimiento hereditario —, cuya característica esencial es que, en él, *"se reúnem os poderes separados numa unidade individual, que é a cúpula e o começo do todo que constitui a monarquia constitucional"*²⁷.

14. Desde luego que, a partir de esa legitimidad o principio monárquico, se derivan o fundamentan otras prerrogativas específicas del Monarca — como, por ejemplo, el poder indiscutible de gobernar, el estar por encima de toda

²³ Idem. p. 65.

²⁴ Idem, p. 66.

²⁵ G.W.F. HEGEL. (1997), p. 235 (§ 279).

²⁶ Idem, p. 236 (§ 279).

²⁷ Idem, p. 228 (§ 273).

responsabilidad en cuanto dice respecto a los actos de gobierno, su carácter sagrado e inviolable, etc. — .No olvidemos que los Doctrinarios parten, en la elaboración teórica de su liberalismo, llevando ya en consideración una determinada "*tradición histórica*" y que, si se quiere, aunque también se remonten hasta el origen constitutivo del pueblo/Nación (como lo hace el "*Liberalismo Radical*"), solamente lo hacen en la estricta medida en que sirva para apoyar y reforzar esa "*tradición histórica*" (pero no con el fin de abolirla e inventar revolucionariamente una nueva); por tanto, mejor es decir que ellos parten — concreta y prácticamente — de la concepción de un pueblo/Nación ya hecho a través del devenir histórico, de su constitución histórica, de la cual deriva también su concepción jurídica.

15. Pues bien, — como acabamos de escribir en páginas anteriores — será este "*Liberalismo Doctrinario*" el que, después de la Independencia y de la disolución de la Asamblea Constituyente, se imponga hegemónicamente en Brasil bajo la égida del llamado "*constitucionalismo de D. Pedro I*", objetivamente articulado en la Carta Constitucional²⁸ del 25 de marzo de 1824.
16. Mas, antes de entrar de lleno en el detallamiento explícito y expositivo del "*Liberalismo Doctrinario*", con el fin de poder ser ampliamente reconocido como el "*Liberalismo brasileiro*" propio de la "*Carta Constitucional*" otorgada por D. Pedro I, juzgamos necesario tejer algunas reflexiones preliminares tanto sobre los condicionamientos socio-económico-políticos que hicieron posible su adopción, adaptación y transplante al Brasil de 1822-1824 - con la clara intención de, por un lado, procurarle un asiento vital ("*Sitz im Leben*") y de, por otro, dejarlo de considerar como algo absolutamente "*fora do lugar*" -, así como para, apoyados en estas reflexiones, descubrirle una cierta originalidad ("*As idéias e seu lugar*", según Fernando Henrique Cardoso), aunque ésta nada más sea la de la "*originalidad de la copia*".

²⁸ Manoel Filipe Cruz CANAVEIRA nos dice: "Convém assinalar que a Constituição do Império do Brasil de 1824, se inspira directamente na Carta Constitucional Francesa de 1814, além de incluir elementos novos que, entretanto, vinham sendo defendidos em Europa pelos publicistas moderados". En: *Liberais Moderados e Constitucionalismo Moderado (1814-1852)*. Lisboa: Instituto Nacional de Investigação Científica, 1988, p. 37. Los "publicistas moderados" a los que se refiere el autor, en realidad, son los "liberales doctrinarios", pues, "até 1814 a primeira constituição francesa foi... considerada um exemplo de texto constitucional moderado; daí que o espírito moderado fosse identificado com o modelo constitucional clássico, que inspirara os constituintes franceses de 1791. A Carta Constitucional de 1814 alterou esta situação, o modelo clássico é ultrapassado e considerado inoperacional pelos publicistas constitucionais moderados do século XIX" (Idem, p. 32); los cuales ante circunstancias diferentes, consideraban a los "liberales moderados" franceses de 1791, españoles de 1812 e, incluso, portugueses de 1822, como "liberales radicales". Las siguientes informaciones del Visconde de CAYRÚ, José da Silva Lisboa, nos lo confirman, cuando dice: "Em 'Circular'dos Imperadores d'Austria e Russia, e dos Reis da França e Prussia, expedida no Congresso de Verona em 14 de Dezembro de 1822, essas Potencias principaes da Santa Alliança publicarão á Sociedade Civil o seo Juizo sobre as Innovações da que appellidarão 'Península Occidental da Europa'. Aquelles Soberanos antes dirigirão suas 'Notas'Diplomaticas declarando a Unanime Resolução de abaterem ahi a Cáfila Democratica". En: "Historia Politica do Brasil. Historia dos Principaes Sucessos Politicos do Imperio do Brasil". En: *Revista do Instituto Historico e Geographio Brasileiro*. Tomo LXVI. Parte I. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1904, p.185.

17. Al respecto, en primer lugar, nos parece importante subrayar el factor determinante, fruto de la propia estructura de la formación social secular brasileña, del modo de ejercer y administrar la justicia a que se acostumbraron, no sólo las legítimas autoridades representantes o *"lugartenentes"* del Rey — *"Capitão-Governador Geral"*, *"Governador Geral-Vice-rei"*, delegados con autoridad soberana, ilimitada, casi mayestática —, sino, en general, los mismos administradores locales, *"senhores da terra"*, *"donos de engenho"*, *"amos de escravos"* e, incluso, nos atrevemos a decir, *"os bandeirantes"*; pues, *"o bandeirante é ao mesmo tempo o patriarca, o legislador, o juiz e o chefe militar. Outorgam-se-lhe atribuições majestáticas, dispondo de sacramento estatal para o seu poder"*²⁹.
18. Ahora, en segundo lugar, si bien es cierto que *"o Brazil desde o seu descobrimento tinha sido sempre governado colonialmente"*³⁰ — lo cual, a largo plazo, sin embargo, como sabemos, al mismo tiempo que su misma formación social lo va a constituir en *"povo novo"* en relación a Portugal, también lo va a ir dotando de una lúcida conciencia de autonomía, que se agrega de modo inevitable a esa *"delegação soberana"* que apuntábamos anteriormente —, también es cierto que, cuando la Monarquía portuguesa llegó al convencimiento *"de que as principaes povoações d'elle estavam já chegadas a aquelle grão de civilização, em que as sociedades deixam de ser governadas por dictadores para serem por magistrados sujeitos a uma marcha regular, e conforme a um sistema de leis uniformes em toda a extensão da monarquia"*,³¹ y elevó a Brasil a la dignidad política de "Reino Unido" al de Portugal y Algarves (16 de diciembre de 1815) — dándole, con eso, igualdad política equiparable a la de Portugal o, si se quiere, administrativamente mayor, una vez que, en esos momentos, allí se encontraba la sede de la Monarquía —, a pesar de eso, según Silvestre Pinheiro Ferreira, *"nada mais se faz do que esta simples declaração, e em vez de se regular a pública administração do Brazil n'esta conformidade, tudo continuou como dantes, e as provincias continuavam a ser governadas pelo arbitrio de governadores tão arbitrarios e absolutos como dantes"*³² — desde luego, mismo así, se agregó esta nueva cualidad administrativa autónoma a un Brasil que, a estas horas, ya reclamaba su independencia total de Portugal (reforzado con su nueva categoría política, nunca más volverá atrás) —.
19. Nos parece, pues, que, de cierto modo, es esa manera casi todopoderosa y absoluta de ejercer el poder y la autoridad en la sociedad del Brasil-Colonia por los *"senhores da terra"* la que se constituya en uno de los fundamentos sociales que hagan posible el transplante del *"Liberalismo Doctrinario"*; sobre

²⁹ Paulo MERCADANTE. A consciência conservadora no Brasil. Rio de Janeiro: Saga, 1965, p. 31.

³⁰ Silvestre Pinheiro FERREIRA. Cartas sobre a revolução do Brasil (Documentos anexos a estas cartas). En: *Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro*. Tomo LI. 2º Folheto de 1888. Rio de Janeiro: Typographia Lithographia e Encadernação a Vapor de Laemmert & Co., 1888, p. 371.

³¹ Idem, *Ibidem*.

³² Idem, p. 372.

todo, en lo que se refiere a aquella dimensión liberal doctrinaria de la concentración del poder soberano en un sólo individuo, en este caso, en el Monarca; el cual, así, se torna el único depositario, portador y representante de la soberanía del Estado/Nación, tanto a nivel nacional (internamente) como internacional (externamente). Sin embargo, a partir de ese mismo condicionamiento social — se nos podría reprochar — sería factible argumentar también sobre la posibilidad del transplante del *“Liberalismo Radical”* (podríase imaginar, al estilo Norteamericano, con su carácter democrático, republicano, federativo). Desde luego, no negamos tal posibilidad; pues, de hecho, el *“Liberalismo Radical”* fue también una corriente política fuerte que le disputó la hegemonía tanto al *“Liberalismo Moderado”* cuanto al *“Liberalismo Doctrinario”*. Sólo que ni durante el movimiento de la Independencia de Brasil ni durante su elaboración constitucional, a pesar de sus innegables esfuerzos, fue capaz de triunfar.

20. Y aquí — en la explicación del fracaso del *“Liberalismo Radical”* independentista —, en tercer lugar, encontramos otro factor circunstancial importante a favor del transplante del *“Liberalismo Doctrinario”*; pues, a la salida de D. João VI para Portugal (26 de abril de 1821) — no sólo debido al contexto de una Hispanoamérica que se desintegraba en un puñado de Naciones³³, precisamente llevada de la mano por el *“Liberalismo Radical”*; sino, sobre todo, a la circunstancia particular en que Brasil se encontraba en aquel momento por causa del Decreto de las Cortes lisboetas, publicado el 24 de abril de 1821, en orden a que, una vez prevista la vuelta del Rey para Portugal, serían *“havidos como legítimos todos os governos estabelecidos ou que se estabelecerem nos estados portugueses do ultramar e ilhas adjacentes, para abraçarem a sagrada causa da regeneração política da nação portuguesa”*³⁴, y, en consecuencia, sin abrigar más en su seno a la Capital del Imperio, quedaba reducido a una constelación de *“provincias do reino”* —, Brasil precisaba de un fuerte y aglutinador centro de poder a través del cual se continuara identificando integralmente como Reino (hasta antes de la Independencia) y, posteriormente, con mucha mayor razón, como Estado/Nación independiente. Por supuesto que, este difícil trabajo artesanal — como bien sabemos — fue el que tuvo por misión desempeñar, junto al Príncipe Regente y frente al incómodo *“Liberalismo Radical”*, José Bonifácio de Andrada e Silva (1763-1838), cuya obra política le mereció el título de *“Patriarca da Independência”* y

³³ G. W. F. HEGEL en sus Cursos sobre Filosofía de la Historia (1822-1828), sabiendo que, “com excepção do Brasil, na América do Sul e na América do Norte estabeleceram-se em geral repúblicas”(En: *A Razão na História. Introdução à Filosofia da História Universal*. Lisboa: Edições 70, 1995b, p. 169), y haciendo un contraste entre los Estados Unidos de América y las otras Repúblicas, escribe: “Em contrapartida, na América do Sul as repúblicas baseiam-se apenas no poder militar; a sua história é uma contínua subversão: Estados federados separam-se entre si, outros tornam-se a reunir e todas estas transformações se estabelecem mediante revoluções militares” (Idem, *Ibidem*).

³⁴ “Portaria”, Paço das Cortes, em 18 de abril de 1821/Palácio da Regencia, em 24 de abril de 1821. En: Clemente José dos SANTOS (Colligidos e Coordenados por). Documentos para a História das Cortes Geraes da Nação Portuguesa. Lisboa: Imprensa Nacional, 1883, Tomo I, p. 186.

el de ser reconocido como “a mais notável cabeça política de seu país, no seu tempo”³⁵.

21. Por lo demás, en cuarto lugar, el “*Liberalismo Doctrinario*”, al ir en contra de las transformaciones revolucionarias en la Historia — “*Esta política, decía Burke, me parece ser o resultado de una profunda reflexão, ou melhor, o efeito feliz de una conducta que imitou a natureza*”³⁶ — y, por tanto, a favor de un proceso evolutivo de la sociedad o, si se quiere, en pro de la conservación del “status quo” vigente — el mismo Burke escribe: “*Esta idéia de uma transmissão hereditária de nossas liberdades nos inspira um sentimento de dignidade natural... Desta forma, nossa liberdade... traz consigo um aspecto importante e majestoso; tem sua genealogia e ancestrais ilustres; tem seus sustentáculos e brasão de armas; tem sua galeria de retratos, suas inscrições comemorativas, seus arquivos, suas provas e seus títulos*”³⁷ —, desde luego, se presentaba como una ideología útil y práctica a los “*senhores da terra*”, dueños de tierra, ganado y gente, sustentadores de una organización social feudal-mercantil-esclavista; pues, como vimos, a pesar del esfuerzo hecho por el “*Liberalismo Radical*” y de las profundas contradicciones sociales existentes, la confrontación independentista liberal en Brasil, por un lado, “*se deu, fundamentalmente, entre os interesses dos colonos e os projetos recolonizadores de Portugal, na verdade já reduzido à quase-impotência depois da abertura dos portos em 1808*”³⁸; y, por otro, es evidente que “*o que atuou eficazmente em todo esse período de construção de Brasil como Estado autônomo foi um ideário de fundo conservador; no caso, um complexo de normas jurídico-políticas capazes de garantir a propriedade fundiária e escrava até o seu limite possível*”³⁹.

22. Todo ese contexto de formación social de Brasil, que sirve de base al enraizamiento del “*Liberalismo Doctrinario*”, en quinto lugar, se encuentra amalgamado, si no por una larga tradición, “*in situ*”, monárquica; sí por el “*principio de la legitimidad*” o “*principio monárquico*” que significa, para la Historia de Brasil en el momento de su Independencia, la permanencia de la muy noble y leal “*casa de Bragança*”, de la cual, D. Pedro, en cuanto Príncipe Real, y no apenas como Príncipe Regente, es su legítimo heredero. No otra

³⁵ José Antônio Soares de SOUZA. “José Bonifácio e a Independência”. En: Octaciano NOGUEIRA (Org.). *Obra Política de José Bonifácio*. Brasília: Centro Gráfico do Senado Federal, 1973, Vol I, p. V.

³⁶ Edmund BURKE. *Reflexões sobre a Revolução em França*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997, p.69.

³⁷ Idem, p. 70.

³⁸ Alfredo BOSI. *Dialéctica da Colonização*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 199. En la “Circular” que distribuyeron, el 14 de diciembre de 1822, las potencias de la Santa Alianza, reunidas en el Congreso de Verona, expresaban, entre otras cosas, lo siguiente: “Ricas Colonias justificão a sua separação exatamente pelas mesmas Maximas, com que a Mãe-Pátria fundou seo Direito Publico, e que ella quer, mas em vão, condemnar no outro Hemispherio”. En: José da Silva Lisboa, Visconde de CAYRÚ. *Historia Política do Brasil. Historia dos Principaes sucessos Políticos do Imperio do Brasil*. En: *Revista do Instituto Historico e Geographica Brasileiro*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1904, Tomo LVI, Parte I, p. 185.

³⁹ Alfredo BOSI. (1992), p. 195.

cosa registra el “*Dia do Fico*” (9 de enero de 1822) y, por ejemplo, el “*Documento/Representação*” que la “*Vila de Barbacena. Barbacena em Câmara aos 28 de maio de 1822*”, todavía en el contexto del “*Fico*”, dirige al Príncipe Regente con las siguientes palabras:

*“Senhor... mal se pode esperar que um Povo nascido, e criado debaixo de um Governo Monárquico, acostumado a Séculos a ver o Supremo Poder da Nação depositado em indivíduos descendentes de uma mesma família, e esta sendo-lhe cara por tantos títulos, possa agora acomodar-se (e já de repente) com um Governo, por ele, até agora, desconhecido, não vendo a sua testa, pelo menos um descendente daqueles, a quem seus Pais e Avós obedeceram, e a quem ele mesmo está no costume de obedecer”*⁴⁰.

23. Y aquí está, según nuestro entendimiento, la “*conditio sine qua non*” de la posibilidad realmente factible de la encarnación del “*Liberalismo Doctrinario*” en el — metafóricamente hablando — esqueleto de la sorprendente y todavía — por paradójico que parezca — invertebrada formación social brasileña. Quiere decir, si tanto el “*Liberalismo Radical*” cuanto el “*Liberalismo Moderado*” y el “*Liberalismo Doctrinario*”, a pesar de sus agudas diferencias, eran comunmente constitucionales —Agenor de Roure nos informa, no sin cierto sarcasmo, que “*Tudo n’aquella epocha tinha de ser ‘constitucional’, para ter valor*”⁴¹ —, entonces, no había tanto problema alrededor de la cuestión de si D. Pedro aceptaba ejercer el poder político según un orden constitucional — de hecho, D. Pedro, si se quiere, desde cuando era Príncipe Real, al jurar, en el nombre de su padre y en el suyo propio (26 de febrero de 1821), la futura Constitución que se estaba haciendo en Lisboa, ya había mostrado su disposición constitucional; ratificada, incluso, aunque bajo cierta presión de las tropas portuguesas, cuando juró (5 de junio de 1821), ya como Príncipe Regente, las “*Bases da Constituição Política da Monarchia Portuguesa*” (publicadas el 10 de marzo de 1821) —. Tampoco, por lo visto, se colocaba en discusión — digamos — el “*principio de la legitimidad*” o “*principio monárquico*”; pues, por muy novedoso que haya sido en el Continente Americano, lo que, en primer lugar, evitó la desintegración territorial del Reino de Brasil en un puñado de pueblos autónomos; segundo, lo que consiguió unir o conciliar las diversas corrientes liberales independentistas en torno a un ideal común; y, tercero, lo que, de diversas maneras, se quiso potencializar y valorizar, si se quiere, desde el “*Dia do Fico*”, pasando por el nombramiento de “*Defensor Perpetuo do Brasil*” (13 de mayo de 1822), hasta llegar al de la “*Aclamação*” y “*Sagração, Coroação e Entronização*”, precisamente, como “*Imperador Constitucional do Império do Brasil*”, fue, exactamente, a pesar de los pesares, el prestigio de ese “*principio monárquico*”.

⁴⁰ ARQUIVO NACIONAL.As Câmaras Municipais e a Independência. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura, 1973, Tomo II. p. 38.

⁴¹ En: *Formação Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Tip. Do Jornal do Comércio, 1914, p. 78.

24. Lo que sí será colocado en ardiente discusión — incluso, si se nos permite decirlo, ya cuando los liberales radicales pretendieron, antes de la “*Aclamação*”, someter a D. Pedro a un “*juramento previo*” de la futura Constitución brasileña — porque, de cierto modo, será a partir de ahí que se decida el tipo de “*Monarquía constitucional*” que irá a inaugurar el Brasil-Independiente, será la cuestión clásica del “*Liberalismo Doctrinario*” “*de quem predominaria – o soberano ou a assembléia, a coroa ou a constituição?*”⁴².
25. Cuestión fundamental, incluso después de la reconciliación ecléctica que significó la unión de todas las corrientes liberales en torno al ideal de la Independencia, tanto para liberales radicales — los cuales, a la época inmediatamente posterior a la Independencia, aunque conservaban todavía una inspiración de raíz democrático/republicana, en realidad, continuaban siendo “*radicales*” apenas con relación al “*Liberalismo Doctrinario*”, esto es, porque, como él, sustentaban una “*Monarquía Constitucional*”, pero al estilo, no de Luis XVIII, sino al de las Constituciones francesa de 1791, española de 1812 y portuguesa de 1822 — como para liberales moderados o “*doctrinarios*” — es bueno saber que, después de 1814, quien se tornó “*Liberalismo Radical*” fue el “*Liberalismo Moderado*” del tiempo de la Revolución Francesa; y quien sustituyó en moderación al “*Liberalismo Moderado*” de aquel tiempo fue el “*Liberalismo Doctrinario*” o “*Liberalismo de la Restauración*” —, pues, paralelamente a la anterior cuestión, propia del tiempo, “*surge uma outra questão* — como diría Hegel —: *quem elabora a constituição?*”⁴³. Esta cuestión, explica Hegel, por una parte, “*supõe ela, efetivamente, que não existe constituição alguma e que há apenas um agregado atômico de indivíduos*”.⁴⁴ Frei Caneca, representante del “*Liberalismo Radical*” de aquella hora — esto es, en cuanto que afirmaba “*que duas são as condições da união das províncias com o Rio de Janeiro, a saber, que se estatua imperio constitucional, e que S. M. seja o Imperador*” —, ⁴⁵ sustentando que “*a maioria dos votos de uma sociedade obriga aos restantes, quando a sociedade está formada, estabelecida, e já tem uma lei, que a regula: e não quando os homens, sendo convidados para formar uma sociedade, estão em debates sobre este artigo*”⁴⁶, prácticamente corroboraba esa posibilidad, al decir: “*Nós*

⁴² Oliveira LIMA. *O Movimento da Independência. 1821-1822*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 433. Pedro CALMON registra que el “*Diário do Governo*”, en su edición del 21 de febrero de 1823, preguntaba: “*Qual foi a vontade do povo no glorioso dia 12 de outubro? Por ventura foi de fazer um ‘rei de copas’ como o de Portugal e o de Espanha?*”; y, en su edición del 21 de marzo del mismo año, respondía: “*S. M. I. não só quis, mas ainda quer; não só declarou mas ainda declara, que o seu povo terá uma Constituição. Porém não declarou de que modo e por quem ela seria feita. E pouco nos interessa a nós povo, quem é que a faça contanto que seja boa e bem observada*”. En: “*Introdução*” a *DIARIO DA ASSEMBLEIA GERAL, CONSTITUINTE, E LEGISLATIVA DO IMPERIO DO BRASIL*. (1973), Vol. I, p. s/n.

⁴³ En: (1997), p. 231 (§ 273).

⁴⁴ Idem, *Ibidem*.

⁴⁵ Frei Joaquim do Amor Divino CANECA. *Obras Políticas e Literárias* (“*O Typhis Pernanbucano*” 10 de junho de 1824). Recife: Typographia Mercantil, 1876, Tomo II, p. 560.

⁴⁶ Idem. p. 559.

estamos sim 'independentes', mas não 'constituídos'";⁴⁷ de ahí que, coherente con su modo de pensar, expresaba: *"Quando aquelles sugeitos do 'sitio do Ypiranga', no seu exaltado entusiasmo, acclameram a S. M. I. , e foram imitados pelos eferventados Fluminenses, Bahia podia constituir-se 'republica'; Alagoas, Pernambuco, Parahiba, Rio Grande, Ceará e Piauhy 'federação'; Sergipe d'el Rei 'reino'; Maranhão e Pará 'monarquia constitucional'; Rio Grande do Sul 'estado despotico' "*⁴⁸ Quiere decir, para el *"Liberalismo Radical"*, inmediatamente después de la Independencia, y antes de la aclamación, consagración, coronación y entronización de D. Pedro, era posible todavía un *"pacto"* o *"contrato social"* primitivo — si se nos permite imaginar, al estilo del teorizado por Rousseau —, del cual derivara una Constitución — como había acontecido, por ejemplo, con las Trece Colonias Inglesas de Norteamérica —. En ese contexto, si así fuera — continúa Hegel —, *"pode-se considerar indiferente a maneira como um agregado alcança uma Constituição se é por si ou por outrem"*. Y concluye su argumentación: *"Mas, se tal questão supõe uma constituição anterior, fazer significa apenas modificar, e a suposição de uma constituição por si mesma já implica que a modificação só pode ser realizada constitucionalmente"*.⁴⁹

26. Ahora bien, si llevamos en consideración — en correcta coherencia con la teoría del, a estas horas, triunfante *"Liberalismo Doctrinario"* — que, primero, existen algunos historiadores del Derecho Brasileño que sustentan que *"o Direito Constitucional Brasileiro, principiou com a colonização, ou seja, começou em 1532, com a criação de várias capitanias no Brasil, pela Coroa Portuguesa, traçando no foral de doação a extensão dos poderes dos donatários, os direitos dos colonos e os privilégios da própria Coroa, no território dessas capitanias"*,⁵⁰ segundo, que Brasil, el 16 de diciembre de 1815, había sido constituido en *"Reino Unido"* al de Portugal y Algarves — constituyendo ambos Reinos, tácitamente, una Monarquía confederada —; tercero — como decían los congresistas de la Santa Alianza reunidos en Verona (*"Circular"* del 14 de diciembre de 1822) — que Brasil se había independizado *"sob os auspícios do seu Príncipe Natural"*,⁵¹ quebrando, definitivamente, cualquier otro intento de recolonización o de *"pacto colonial"*; y cuarto, que no otra cosa defendió, entre otros, José Bonifácio de Andrada e Silva tanto durante o proceso de la aclamación — *"aliás José Bonifácio afagará sempre a idéia de, tanto o grito decisivo da nossa liberdade, como a aclamação do príncipe regente partissem da terra paulista. Isso muito antes ainda das deliberações, a respeito desta ultima, tomadas, quer pelo GRANDE ORIENTE, em sessões de 20 de agosto e 14 de setembro, quer pelo Senado*

⁴⁷ Idem, Ibidem.

⁴⁸ Idem, p. 560.

⁴⁹ En: (1997), p. 231 (§ 273).

⁵⁰ Ernesto RODRIGUES. O Veto no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 3.

⁵¹ José da Silva Lisboa, Visconde de CAYRÚ. En: *Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro*. (1904), p. 187.

da Camara, em vereação de 10 de Outubro de 1822" —⁵² y consecuente consagración, coronación y entronización de D. Pedro, así como en cuanto miembro de la Constituyente de 1823 — en aquel entonces, decía: "*Estou certo que todos nós temos em vista um só objecto: uma Constituição digna do Brasil, digna do Imperador, e digna de nós... Mas protesto á face da Assembléia, e á face do Povo que não concorrerei para a formação de uma Constituição demagógica mas sim monárquica, e que serei o primeiro a dar ao Imperador o que realmente lhe pertence*" —⁵³; entonces concordaremos que, en vez de llevarse a cabo, rigurosamente hablando, un "*pacto*" o "*contrato social*" originario y originante de una sociedad, cualquiera que esta sea, con y después de la Independencia brasileña; lo que, en realidad, aconteció — tal vez por mera fuerza de las circunstancias que, en aquella coyuntura histórica, obligaron al Príncipe Real (en aquel momento también Príncipe Regente) a encabezar el ya insistente movimiento independentista — fue que, dados los hechos independentistas llevados a cabo por D. Pedro, naturalmente, se respetó el "*principio de la legitimidad*" o "*principio monárquico*" y, por consiguiente, no fue difícil que se aceptase un cierto tipo de Liberalismo — el "*Liberalismo Doctrinario*" — que predicaba el equilibrio — entre los Poderes Políticos, entre la soberanía del pueblo/Nación y la del Monarca, entre el "*Liberalismo Radical*" de la Revolución Francesa y el Absolutismo del Antiguo Régimen, en fin —, el justo medio, la reconciliación en la sociedad, la paz, el respeto a la "*tradicón histórica*" y, en síntesis, "*hum Systema de Governo, que conciliasse o Principio da Legitimidade com o Liberal espirito do seculo*"⁵⁴.

27. Así siendo, ese liberalismo fue el que nos parece que las clases dominantes — para usar un término de inspiración marxista — brasileñas del ciclo de la Independencia, encabezadas por D. Pedro, consiguieron imitar, adoptar, adaptar o transplantar — metamorfoseándolo en "*Liberalismo brasileiro*" — para organizar la sociedad del recién Estado/Nación constitutiva del Brasil-Independiente. Es, pues, esa metamorfosis del "*Liberalismo Doctrinario*" — vigente hegemonícamente en Europa, prácticamente, de 1814 a 1848 — en "*Liberalismo brasileiro*" — vigente, institucionalmente hablando, de 1822 a 1889 — la que nos permite afirmar — basados en el proceso y en las razones históricas que ya vimos — que, más que un "*pacto*" o "*contrato social*" revolucionario, lo que se estableció y dio origen a la flamante História del Brasil-Independiente fue, más bien, una modificación de este "*Pacto*", esto es, si se quiere, la transformación en un mero "*pacto constitucional*"; pues, mismo

⁵² Max FLEIUSS. "Centenario da Aclamação de D. Pedro I (12 de Outubro de 1822)". En: *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. O Anno da Independencia. Tomo Especial, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1922, p. 342. Nos dice Oliveira LIMA que, mientras la ceremonia de la aclamación popular "era a aceitação do título imperial mediante a investidura nacional que estabelecia a legitimidade do regime aos olhos da facção avançada", la de la "consagração de um novo trono o tornava aceitável aos que se apegavam ao passado, no que este pelo menos ofrecia de garantia da ordem e preservativo da anarquia". En: (1997), p. 433.

⁵³ "Sessão de 6 de Maio"; "O Sr. Andrada e Silva". En: *DIARIO DA ASSEMBLEIA GERAL, CONSTITUINTE, E LEGISLATIVA DO IMPERIO DO BRASIL*. (1973), Vol. I. p. 30.

⁵⁴ José da Silva Lisboa, Visconde de CAYRÚ. En: *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, (1904), p. 187.

en la Asamblea Constituyente de 1823 — lugar privilegiado del "pacto social",— los propios diputados reconocen que *"quando para um semelhante fim nos congregamos neste Augusto Recinto; já então nós tínhamos ajustado e firmado o nosso Pacto Social, já formavamos uma Nação: só nos restava especificar as condições indispensáveis, para fazer aquelle Pacto profícuo, estavel e firme. Nós fomos encarregados de declarar e determinar estas condições; achamo-nos revestidos do Augusto Poder de organizar o Codigo Constitucional do Imperio do Brasil"*.⁵⁵

28. Por lo demás, en absoluta coherencia con el "*Liberalismo Doctrinario*" de la época, el llamado "*constitucionalismo de D. Pedro I*", al disolver la Asamblea Constituyente de 1823 (el 12 de noviembre), y por el modo como mandó elaborar su "*Constitución*"⁵⁶ — jurada y promulgada el 25 de marzo de 1824 —, puédesse decir que respondió satisfactoriamente a las preguntas formuladas anteriormente en nuestro texto por Oliveira Lima y Hegel, a saber: el Soberano era quien predominaba ante la Asamblea y la Corona ante la Constitución; por tanto, a quien, de cierta manera, cabía elaborar y otorgar la propia Constitución era al mismo Soberano.

29. Un grupo de consejeros, formado por diez miembros — su primer "Conselho de Estado" —, junto con el Emperador, fue el encargado, por una parte, de elaborar el Proyecto de Constitución que, mediante "Carta de Lei" (25 de marzo de 1824), se convirtió en la Constitución Política del Imperio de Brasil — de ahí que Afonso Arinos de Melo Franco se atreva a decir: "*A Constituição de 1824 foi elaborada por uma elite intelectual realmente extraordinária no Brasil*"⁵⁷—; por otra, la de adoptar, adaptar o transplantar el "*Liberalismo Doctrinario*", a la caleidoscópica realidad brasileña, convirtiéndolo, automáticamente, en el "*Liberalismo brasileiro*" que nos ocupa; lo cual, si, por un lado, confirma el pensamiento de Hegel de que, lo que en el Continente Americano sucede "*é apenas a ressonância do Velho Mundo e a expressão de vitalidade alheia*"⁵⁸; por otro, precisamente, como que ya atendiendo a uno de sus consejos — en orden a que "*a América deve apartar-se do solo em que até*

⁵⁵ "Sessão de 26 de Junho". "O Sr. Carneiro de Campos". En: *DIARIO DA ASSEMBLEIA GERAL, CONSTITUINTE, E LEGISLATIVA DO IMPERIO DO BRASIL*. (1973) Vol. I, p. 299.

⁵⁶ Sabemos de la existencia de la acérrima crítica vertida por algunos autores sobre el uso que se hace del término "Constituição" quando se habla de la "Constituição Política do Império do Brasil" - los cuales prefieren llamarla "Carta Outorgada" , debido a las razones que ya sabemos -. Es el caso, por ejemplo, de Ernesto RODRIGUES cuando dice: "Discordamos dos autores que, numa impropriedade terminológica, chamam a esse notável texto constitucional, de Constituição. Chamamo-lo 'Carta Constitucional' por não revestir a característica principal de uma Constituição: a de ter sido elaborada pelo único órgão competente para tal - uma Assembléia Constituinte". En: (1981), p. 3. Por nuestra parte, aunque conscientes de tales observaciones, teniendo en cuenta el modo como fue elaborada y, sobre todo, el título oficial con que fue sancionada, la continuaremos denominando indistintamente, toda vez que, por lo demás, a lo largo de nuestro texto esclarecemos ampliamente su "**status quaestionis**" al respecto.

⁵⁷ Afonso Arinos de Melo FRANCO. *Idéias políticas do constitucionalismo imperial*. En: *O Pensamento Constitucional Brasileiro (Ciclo de conferências realizado no período de 24 a 26 de outubro de 1977)*. Brasília: Câmara dos Deputados, 1978, p.28.

⁵⁸ G.W.F. HEGEL. *Filosofia da História*. Brasília: Universidade de Brasília, 1995a, p.173.

hoje se desenrolou a história universal"⁵⁹ —, y, también, como que haciendo justicia a la recomendación de Emmanuel Kant — quien decía; *"Ten el valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la Ilustración"*⁶⁰ —, otorgándole, a través de esa metamorfosis que su adopción, adaptación o transplante implica, al mismo tiempo, su originalidad.

30. Sin embargo, aunque nos sea de suma importancia la valorización de esa metamorfosis original, no podemos dejar de criticar la actitud — relativamente pasiva, imitativa, casi nada creativa — que los liberales brasileños en pauta asumieron, tanto en relación con la peculiar realidad brasileña que vivían, como con las *"idéias fora do lugar"* que adoptaron y adaptaron. Crítica pertinente, sobre todo, si llevamos en consideración que, entre otras cosas, por lo menos en su origen y trayectoria europea, el Liberalismo es una teoría socio-económico-política que acompaña una *"Era de Revoluciones"* y que manifiesta la actitud aprendida en una *"Era de Ilustración"*. Así siendo, la Filosofía de la Ilustración — contradiciendo un poco la XI Tesis sobre Feuerbach⁶¹, escrita por Karl Marx (1818-1883) —, la del hombre liberal ilustrado, por supuesto, *"en lugar de encerrar la filosofía en los límites de un edificio doctrinal firme, en vez de vincularse a unos axiomas determinados, establecidos para siempre, y a sus consecuencias deductivas, se esfuerza en andar desembarazadamente y, en esta marcha inmanente, trata de desvelar la forma fundamental de la realidad"*⁶². Quiere decir, se pone de manifiesto en ella una auténtica actitud filosófica ante la realidad, cualquiera que ésta sea, al mismo tiempo que se lleva a cabo un verdadero ejercicio del filosofar: el de *"desvelar la forma fundamental de la realidad"*. En ese sentido, *"cuando el siglo XVIII se designa soberbiamente a sí mismo como 'siglo filosófico', la pretensión resulta justificada en la medida en que, de hecho, a la filosofía se la restaura en su derecho primordial y se la comprende en su sentido original, 'clásico'"*⁶³; esto es, una vez que los filósofos no se dedicaron apenas a interpretar el mundo, sino también a transformarlo — como quería Marx —, *"el sentido fundamental y el empeño esencial de la filosofía de la Ilustración no se reducen a acompañar a la vida y a captarla en el espejo de la reflexión. Antes bien, cree en la*

⁵⁹ Idem, Ibidem.

⁶⁰ En: *Filosofía de la Historia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1985, p.25.

⁶¹ En su escrito intitulado "Ad Feuerbach" (traducido como "Tesis sobre Feuerbach") — elaborado entre mayo y junio de 1845 —, Karl Marx escribió: "XI.- Os filósofos apenas interpretaram o mundo de forma diferente, o que importa é mudá-lo"(citación extraída de: Georges LABICA. *As 'Teses sobre Feuerbach' de Karl Marx*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990, p. 35) Al respecto, François CHÂTELET comentó: "Nas 'Teses sobre Feuerbach', Marx diz que a filosofia vê o mundo, mas não o transforma. Pois bem, acho que ele disse uma bobagem. Os filósofos transformaram o mundo. Quiseram e conseguiram transformá-lo. Não diretamente, é claro, ,mas porque suas idéias influenciaram as elites e as massas". En: *Uma História da Razão*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1994, pp. 15-16. Entre otros, nos parece que este es el caso paradigmático de la filosofía de la Modernidad, en general, y de la Ilustración, en particular.

⁶² Ernst CASSIRER. *La Filosofía de la Ilustración*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 11.

⁶³ Idem, Ibidem.

*espontaneidad radical del pensamiento; no le asigna un trabajo de mera copia sino que le reconoce la fuerza y le asigna la misión de conformar la vida*⁶⁴.

31. Por lo que se refiere a Brasil, pensamos que fue en la carencia de esa actitud filosófica, característica de la Modernidad, en general, y de la Ilustración, en particular, pero propia de todo filósofo, que encontramos una falla imperdonable —aunque explicable— en los liberales brasileños encargados de poner en marcha, constitucionalmente hablando, a una nueva Nación, cual era, en aquel momento, el Brasil-Independiente. Ciertamente el momento privilegiado de la Independencia de Brasil lo ameritaba y era un buen momento para pensar la realidad brasileña y transformarla, según parámetros, hasta cierto punto, originales, que dieran como fruto algo que se pudiera llamar, con propiedad, de “*Filosofía brasileira*”⁶⁵. Los mismos filósofos-políticos de la Restauración en Europa, desafiados por su inédita realidad, fueron capaces de crear el denominado “*Liberalismo Doctrinario*”⁶⁶. No ocurrió así entre los liberales brasileños de la Constitución de 1824, pues, aunque disfrutaban también de una realidad inédita, al importar macizamente el ideario liberal europeo en boga, en vez de asumir el desafío con su capacidad filosófica-creativa, propia de todo hombre, a decir verdad, tal desafío de creatividad lo transformaron en un mero esfuerzo de adopción, adaptación o transplante de ideas producidas fuera del lugar. Así las cosas, lo que, al final de cuentas, resultó como “originalidad” de los liberales brasileños constitucionalistas de 1824 fue, exactamente, su capacidad de articulación y sistematización adoptiva y adaptativa de ese liberalismo importado en la forma de una Constitución: la “*Constituição Política do Império do Brasil*”, jurada y promulgada por D. Pedro I el 25 de marzo de 1824⁶⁷.

32. Pero vista la Constitución de D. Pedro I, al mismo tiempo y en el mismo espacio, como el fruto maduro de un proceso histórico que en cuanto concluía una etapa, en un mismo movimiento, echaba a andar otra nueva; podemos

⁶⁴ Idem, p. 12

⁶⁵ Valga lo que, desde otra perspectiva, pero válido como alerta, ya en 1873, el propio MACHADO DE ASSIS aconsejaba: “O que se deve exigir do escritor antes de tudo, é certo sentimento íntimo, que o torne homem do seu tempo e de seu país, ainda quando trata de assuntos remotos no tempo e no espaço”. En *Obras Completas. Crítica Literária (“Literatura Brasileira. Instinto de Nacionalidade.”)*. Rio de Janeiro: W. M. Jackson Inc., 1959, Vol. 29, p. 132. E insinuaba: “Esta outra Independência não tem Sete de Setembro nem campo do Ipiranga; não se fará em um dia, mas pausadamente, para sair mais duradoura; não será obra de uma geração nem duas; muitos trabalharão para ela até perfazê-la de todo”. En: Idem, pp. 129-130.

⁶⁶ Cfr.: Luis DIEZ DEL CORRAL. (1984). pp. 29-49.

⁶⁷ Este fenómeno lo reconoce Euclides da CUNHA, cuando escribe: “com efeito, legislar para o Brasil gregário de 1823 —agrupamentos étnica e historicamente distintos— seria tudo, menos obedecer à consulta lúcida do meio. Era trabalho todo subjetivo, ou capricho de minoria erudita discorrendo dedutivamente sobre alguns preceitos abstratos, alheia ao modo de ser da maioria... Um salto desmesurado e perigoso... Invertidas as suas fontes naturais, as reformas liberalíssimas, ampliando todas as franquias do pensamento e da atividade, iriam descer a golpes de decretos, à maneira de decisões tirânicas. Impô-las um grupo de homens, que mais do que representantes deste país, eram representantes do seu tempo. Despeados das tradições nacionais, que a bem dizer não existiam, arrebatava-os, exclusiva, a miragem do futuro”. En: *Obras Completas (“À Margem da história”)*. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1995. Vol. I, p. 378.

decir, sin embargo, que los filósofos-políticos constitucionalistas de 1824, en profunda coherencia con la mentalidad de la Restauración y de los filósofos-políticos creadores del “*Liberalismo Doctrinario*” en Europa, al asumir una actitud intelectual que, por un lado, no se preocupó tanto con la creación — digamos — de una “*filosofía auténtica u original*”(que, en su pensar radical, pusiera en cuestión todo, en un intento revolucionario de “*creatio ex nihilo*”); y, por otro, cuidó más de llevar a cabo un “*aggiornamento*” evolutivo con lo mejor que, en ese momento, había en el mundo en cuanto a filosofía política se refiere⁶⁸, intencionalmente o no, lo cierto es que, con esa actitud, ellos consiguieron sintetizar, por una parte, el punto de vista filosófico de la Restauración europea — en cuanto que “*a filosofia sempre vem muito tarde. Enquanto pensamento do mundo, aparece apenas quando a realidade completou e terminou seu processo de formação. O que o conceito ensina, a História o mostra com a mesma necessidade... Quando a filosofia chega com sua luz crepuscular ao anoitecer, uma manifestação de vida acaba de envelhecer... Ao cair das sombras da noite é que alça vôo o pássaro de Minerva*”⁶⁹ —; por otra, el punto de vista filosófico de la Ilustración — ya apuntado anteriormente por nosotros — y, si se quiere, el de la exigencia de la novedad epocal iberoamericana — en cuanto que, como escribe Augusto Salazar Bondy,

*“Hegel decía que el ‘buho de Minerva’ levanta el vuelo al atardecer, con lo cual daba a la filosofía el carácter de una teoría que elucida el sentido de los hechos ya consumados. Pero en el crepúsculo suelen estar los presagios del amanecer. Contra el veredicto del gran filósofo alemán, nosotros creemos que la filosofía puede ser, y en más de una ocasión histórica ha tenido que ser, la mensajera del alba, y principio de una mutación histórica por una forma de conciencia radical de la existencia proyectada al futuro”*⁷⁰ —.

33. Así siendo, aunque lamentemos el hecho de la carencia de una mayor creatividad filosófica en los liberales constitucionalistas brasileños de 1824, en realidad, somos conscientes de que, tanto cuanto tuvieron que preocuparse con los excesos revolucionarios del “*Liberalismo Radical*” — cuyos extremismos comenzaban a preocupar a los propios libertadores de Hispanoamérica⁷¹—; así también se preocuparon con atajar la radicalidad que

⁶⁸ De la propia democracia republicana americana decía G. W. F. HEGEL lo siguiente: “América do Norte não pode ainda considerar-se como um Estado constituído e amadurecido, mas como um Estado em formação; não está ainda suficientemente avançado para ter a necessidade de realeza”. En: *A Razão na História. Introdução à Filosofia da História Universal*. Lisboa: Edições 70, 1995b, p. 172.

⁶⁹ “G. W. F. HEGEL. (1997), p. 37.

⁷⁰ Augusto SALAZAR BONDY. *¿Existe una Filosofía de Nuestra América?* México: Siglo XXI, 1976, p. 125.

⁷¹ Al respecto, Manuel Filipe Cruz CANAVEIRA registra que “o pensamento constitucional bolivariano constituiu-se, na década de vinte, como um precioso elemento para a aceitação do moderantismo constitucional nas novas nações sul-americanas de expressão espanhola. O espírito moderado tornou-se uma alternativa em que muitos depositavam as suas esperanças para apartar o espectro do radicalismo e da desestabilização política”. En (1988), p. 36.

significaba el ejercicio del filosofar en su fundamental y primigenia realidad (tal y como lo ejemplificaba con creces la Filosofía de la Ilustración). Mas, ¿sería por eso que se conformaron apenas con adoptar, adaptar o transplantar un pensamiento ajeno a la realidad brasileña de entonces? Es claro que no, pues, — como vimos — las ideas no están separadas de la realidad, esto es, hay unos intereses, unas condiciones y necesidades socio-históricas que las hacen posibles; o, como dirían Marx y Engels, “*são os homens que, desenvolvendo sua produção material e suas relações materiais, transformam, com a realidade que lhes é própria, seu pensamento e também os produtos do seu pensamento*”⁷². Quiere decir, como lo mostramos en páginas anteriores, fueron las condiciones sociales de existencia, propias del recién Estado/Nación brasileño, las que hicieron posible que el “*LiberalismoDoctrinario*” — “*as idéias fora do lugar*”, pues — se convirtiera en el “*Liberalismo brasileiro*” de la “*Carta Constitucional*” de D. Pedro I. Llena de razón, por tanto, Emília Viotti da Costa llama la atención para el hecho de que “*o ‘Liberalismo brasileiro’...só pode ser entendido com referência à realidade brasileira. Os liberais brasileiros importaram princípios e fórmulas políticas, mas as ajustaram às suas próprias necessidades*”⁷³.

34. Ahora bien, como exponía Hegel, “*a filosofia resume seu tempo no pensamento*”⁷⁴; y si a “*Constituição de cada povo depende da natureza e cultura da consciência desse povo*”⁷⁵; entonces, por todas las razones con que hemos argumentado en este capítulo de nuestro trabajo, podemos decir francamente que “*cada povo tem, por conseguinte, a Constituição que lhe é adequada*”⁷⁶, que la “*Constituição Política do Império do Brasil*”, del 25 de marzo de 1824, por tanto, salida de la dialéctica liberal del ciclo de la Independencia y de su peculiar formación social, fue la mejor posible. ¿Cuáles fueron, pues, las características de esa Constitución que sintetiza al “*Liberalismo brasileiro*” que echa a andar al Brasil-Independiente? Es lo que veremos a continuación.

35. Desde luego, no es nuestro propósito abordar la Constitución Política del Imperio de Brasil desde un punto de vista analítico-descriptivo que lleve en consideración, exegéticamente, cada uno de sus 8 Títulos, con sus 179 Artículos constitucionales — trabajo ya realizado con suficiente competencia por egregios autores⁷⁷ —, sino, más bien, el de procurarle su mentalidad, sus

⁷² Karl MARX e Friedrich ENGELS. *A ideologia Alemã*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp.19-20.

⁷³ Emília Viotti da COSTA. *Da Monarquia à República. Momentos Decisivos*. São Paulo: UNESP, 1999, p.132.

⁷⁴ G.W.F. HEGEL. (1997), p.36.

⁷⁵ Idem, p.231 (§274).

⁷⁶ Idem Ibidem.

⁷⁷ Al respecto, Aurelino de Araujo LEAL nos informa: “... não apareceram cedo os commentadores da Carta. Só em 1857 Pimenta Bueno nos deu o seu ‘Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do Império’. Em 1867, tivemos a ‘Analyse e Commentario da Constituição politica do imperio do Brasil’, do desembargador José Rodrigues de Sousa”. En: “História constitucional do Brasil. (Resumo das cinco preleções realizadas no Instituto, em 1914, e inserção integral da IV conferencia)”, En: *Revista do Instituto Historico e Geographico Brasileiro*. Tomo LXXVII. Parte I.

ideas fuerza o, si se quiere, sus “*idéas nella dominantes*”⁷⁸, que nos permitan presentarla teóricamente como un todo coherente; conscientes, por una parte, de que ella, viéndolo bien, “*não foi a obra exclusiva dos dez conselheiros que a elaboraram, com o assentimento do monarca, mas constitue antes o produto de tres factores complexos e distintos, que actuaram conjuntamente: - o nacional, o internacional e o complementar resultante do concurso de D. Pedro I*”⁷⁹; y, por otra, aunque “*o pensamento europeu de fins do século XVIII e da primeira metade do século XIX tendeu a articular-se em torno das diferenças desenvolvidas a partir dos acontecimentos da Revolução Francesa*”⁸⁰, en general, y de manera hegemónica — con excepción apenas del régimen republicano —, el Estado/Nación fruto de la Modernidad podría ser identificado por las siguientes características que, en sí, de algún modo, lo definen: “*es territorial, nacional, monárquico, centralizador de todos los poderes públicos, y soberano en la doble dimensión externa e interna*”⁸¹. Estas características, por supuesto, son las que también engloban y echan a andar, “*grosso modo*”, al nuevo Estado/Nación brasileño, cuyos detalles se encuentran en la Carta Constitucional⁸² que nos ocupa y que — sin sentirnos obligados necesariamente a seguir su orden secuencial — los expondremos a lo largo de toda nuestra disertación sobre ella.

36. De entrada, aunque, claro, observemos que respeta el Artículo XVI (“*Qualquer sociedade na qual a garantia dos direitos não está em segurança, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição*”) de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano — 26 de agosto de 1789⁸³ —, y,

1914. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915, p. 319. A su vez, João Camillo de Oliveira TORRES nos dice: “Tradicional a nossa pobreza em estudos teóricos de qualquer índole e pouco rica a nossa bibliografia em comentários da Constituição de 1824 – Aurelino Leal aponta apenas dez títulos – e o número total não atingirá, talvez, a quinze, explica-se o fato, que será explicado também por outros motivos, principalmente pela falta de continuidade de esforços. Mas, se na década final do Império não se constituirá ainda a teoria do regime, isto não significava a ausência absoluta de tentativas, Estas se fizeram, e algumas em grande estilo”. En: *A Democracia Coroada. Teoria Política do Império do Brasil*. Petrópolis: Vozes, 1964, p. 134. Por nuestra parte, además de los ya citados, tuvimos noticias de otros trabajos – tales como, por ejemplo, los de Manuel Godofredo Alencastro AUTRAN (*A Constituição Política do Império do Brasil Comentada e Anotada*. Rio de Janeiro, 1881) y de F. Sá e BENEVIDES (*Analyse da Constituição Política do Império do Brasil*. São Paulo, 1891), pero, lamentablemente, a pesar de nuestros esfuerzos, no nos fue posible consultarlos directamente. Mismo así, registramos su existencia aquí con vistas a posibles trabajos futuros y a modo de información.

⁷⁸ Esfuerzo ya intentado, por ejemplo, por Cezar do Rego MONTEIRO. En: ‘A Carta Constitucional de 1824. Idéas nella dominantes’. En: *Revista do Instituto Historico e Geographico Brasileiro*. Tomo Especial. Congresso Internacional de Historia da América (1922). Volume VI. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928, pp. 77-94; y por José de Barros WANDERLEY, en: “A Carta Constitucional de 1824. Idéas nella dominantes”. En: *Idem*, pp. 95-146.

⁷⁹ José de Barros WANDERLEY. En: *Idem*, pp. 95-96.

⁸⁰ Paula BEIGUELMAN. *Formación Política do Brasil*. São Paulo: Pioneira, 1976, p. 143.

⁸¹ Mario de la CUEVA. *La Idea del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica/UNAM, 1996, p. 49.

⁸² Aquí utilizaremos el texto constitucional que se encuentra en: Adriano CAMPANHOLE – Hilton Lobo CAMPANHOLE. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Editora Atlas. 1992, pp. 746-770.

⁸³ Jayme de ALTAVILA. *Origem dos Direitos dos Povos*. São Paulo: Ícone Editora, 1989, p. 293.

por supuesto, sepamos que la propia creación de una “*Constitución*”, por lo que dice relación al Absolutismo, haya sido producto de la demanda secular de esos derechos, lo cierto es que la Constitución Política del Imperio de Brasil, primordialmente, va a girar y articularse alrededor del “*principio de la legitimidad*” o “*principio monárquico*”, esto es, en orden a un régimen “*Monarchico Hereditario, Constitucional, e Representativo*” (Título 1º, Art. 3º), cuyas contradicciones “*in terminis*” — por ejemplo, tanto en la “*Carta de Lei*” que manda observarla, como correctamente debía ser en un régimen monárquico, D. Pedro dice: “*Fazemos saber a todos os Nossos Subditos*”⁸⁴; así como en la “*formula da Promulgação da Lei*” (Título 4º, Capítulo IV, Art. 69), el Soberano en turno debía decir: “*Fazemos saber a todos os Nossos Subditos*”; sin embargo, dentro de la Constitución, solamente esa vez es usado el término “*Subditos*”; en todo lo demás, los “*Subditos*” del Imperio son tratados de “*Cidadãos Brasileiros*” (paradigmático en eso es el Título 8º, intitulado “*Das Disposições Gerais, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*”), tal y como fue el más hondo intento popular de la Revolución Francesa: el hacer pasar a los individuos de súbditos a ciudadanos⁸⁵—, propias del “*Liberalismo Doctrinario*” y/o “*Liberalismo brasileiro*” en su afán ecléctico de conciliar o equilibrar valores tradicionales con valores revolucionarios, no impidieron, de ninguna manera, que se tejiera constitucionalmente y se garantizara tal régimen, y hasta, de un modo estrictamente peculiar⁸⁶ se salvaguardara la figura del Monarca mediante la institucionalización del denominado “*Poder Moderador*” (Título 5º, Capítulo I, Arts. 98-101).

37. Así siendo, cuando todavía el territorio brasileño, “*o corpo da Pátria*”, se debatía organizando sus “*fronteiras por acôrdos e tratados*”⁸⁷; cuando en trazados de líneas imaginarias, atravesando ríos, sierras y selva virgen, vasta y orgullosamente presentaba sus límites con frases como: “*Não se ouça pois entre vós outro grito que não seja – UNIÃO DO AMAZONAS AO PRATA – não retumbe outro eco, que não seja – INDEPENDÊNCIA. Formem todas as nossas Províncias o feixe misterioso, que nenhuma força pode quebrar*”⁸⁸;

⁸⁴ “Carta de Lei – de 25 de Marzo de 1824”. En: Adriano CAMPANHOLE – Hilton Lobo CAMPANHOLE. (1992), p. 749.

⁸⁵ Albert SOBOUL. *La Revolución Francesa*. Madrid: Editorial Tecnos, 1975, p. 197-339.

⁸⁶ Cezar do Rego MONTEIRO nos dice, refiriéndose a la conocida división de poderes del Estado de MONTESQUIEU – el cual había escrito: “Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil... Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado”. En: *O Espírito das Leis*. São Paulo: Martins Fontes. 1993, pp. 171-172 -, “nessa classica divisão, onde a nossa Carta revelou originalidade, foi na criação de um quarto órgão que nenhuma Constituição possuía e que somente o publicista francez, Benjamin Constant, preconizava”. En: *Revista do Instituto Historico e Geographico Brasileiro*. (1928), p. 84.

⁸⁷ Ivair Nogueira ITAGIBA. (1947), p. 244.

⁸⁸ “O Manifesto de Agosto do Príncipe Regente”, 1º de Agosto de 1822. En: Paulo BONAVIDES - R.A.Amaral VIEIRA. *Textos Políticos da História do Brasil. Independência – Império (I)*. Fortaleza: Imprensa Universitaria da UFCE, s/d, p. 75.

cuando “a população geral elevava-se a quatro milhões e meio”⁸⁹ de habitantes, formada por indoamericanos, africanos, europeos, criollos, mestizos, etc.; cuando, en fin, aún no se sabían a ciencia cierta sus linderos entre el Oyapock y el Chui; se levanta el Estado/Nación brasileño — por las razones que ya vimos — en la forma de “Império”, definiéndose como “a associação Política de todos os cidadãos Brasileiros” (Título 1º, Art. 1), sujeta su forma de gobierno a la “Dynastia Imperante” de la “Casa de Bragança” (Título 1º, Art. 4), bajo los auspicios de la Religión Católica, Apostólica, Romana, como “Religião do Imperio” (Título 1º, Art. 5), una vez que era la de la mayoría de los ciudadanos brasileños y la del propio Monarca (haciendo honra a la máxima latina “Cujus regio, ejus religio”); pero permitiendo el “culto domestico, ou particular” a “Todas as outras Religiões”. Esta medida, si, por una parte, teniendo en cuenta la Reforma Protestante, se hacía eco, por ejemplo, de “A Letter Concerning Toleration” (1689), de John Locke, y del Art. X (“Ninguém pode ser incomodado por causa de suas opiniões mesmo religiosas, contanto que não perturbem a ordem pública estabelecida pela lei”) de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa (por cierto, recogido por la Carta brasileña en su Título 8º, Art. 179, § V); por otra, al mantener constitucionalmente la hegemonía de la Religión Católica, y al introducir en el mismo Juramento del Emperador la obligación de mantenerla (Título 5º, Capítulo II, Art. 103), la convertía también, excluidas las religiones afro-indígenas, en una posición política: “Era defesa de uma homogeneidade política, que correspondia a uma homogeneidade cultural”⁹⁰.

38. Identificado su territorio — aquí entendido como elemento constitutivo del ser del Estado/Nación, cuya expresión geopolítica soberana lo torna, en su unidad e individualidad, sujeto de derechos y deberes ante la comunidad internacional, reconocidos, en primer lugar, por los Estados Unidos de América (26 de mayo de 1824) y, en segundo lugar, por México (9 de marzo de 1825); y aunque, política y administrativamente, se encontrara dividido en “Provincias” (Título 1º, Art. 2), desde luego, eso no significaba ninguna situación federal entre ellas y el gobierno central, pues no son consideradas “Estados distintos, ou federados, sim circunscricões territoriais, unidades locais, ou parciais de uma só e mesma unidade geral... Por isso mesmo que o império é um e único, que ele não é dividido em províncias senão no sentido e fim de distribuir convenientemente os órgãos da administração”⁹¹; de ahí que “As Resoluções dos Conselhos Geraes de Provincia” serán remitidos para su aprobación, o al Poder Ejecutivo (Título 4º, Capítulo V, Art. 84) o a la “Assembléa Geral” (Título 4º, Capítulo V, Art. 85); además de que el Emperador se reservaba el poder de nombrar y remover, “quando entender” (Título 7º, Capítulo I, Art. 165), a su Presidente —, definida su personalidad política — “O IMPERIO do Brazil” (Título 1º, Art. 1) — y su forma de gobierno — “Monarchico Hereditario, Constitucional, e

⁸⁹ Américo Jacobina LACOMBE. *Ensaio Brasileiro de História*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1989, p. 34.

⁹⁰ Afonso Arinos de Melo FRANCO. (1978), p. 33.

⁹¹ José Antônio Pimenta BUENO. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Brasília: Senado Federal, 1978, pp. 21-22.

Representativo” (Título 1º. Art. 30), pues, está claro que los “*Poderes Políticos*” (Título 3º, Arts. 9-10), aunque explícitamente se rechazara el principio de que “*toda a Soberania reside essencialmente na Nação*” (Art. III de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, promulgados por la Asamblea Nacional francesa) y, en su lugar, se aceptara (en semejanza con la Constitución francesa de 1791, Título III, Art. 2) que “*Os Representantes da Nação Brasileira são o Imperador, e a Assembléia Geral*” (Título 3º, Art. 11), en realidad, eran todos “*delegações da Nação*” (Título 3º, Art. 12) —, lo que le da — decíamos — estructura teórica al “*espírito das leis*”⁹² constitucionales o fundamentales — en cuanto que “*são as que estabelecem as normas e relações constitutivas dos poderes públicos e dos direitos e deveres políticos dos cidadãos*”⁹³ — del “*Imperio do Brazil*” es el Liberalismo de la Restauración o “*Liberalismo Doctrinario*”, cuyo principio articulador es el “*principio de la legitimidad*” o “*principio monárquico*”.

39. Nos parece importante subrayar el hecho, en primer lugar, de que el “*Liberalismo Doctrinario*”, y no otro, ni cualquier liberalismo, en general, es el que “*deita raízes na forma mesma através da qual se deu a formação do Brasil como sociedade nacional*”⁹⁴; y, en segundo lugar, que esa sociedad nacional se echa a andar conteniendo “*em si uma inevitável conciliação sociocultural, resultante da necessidade de adotar os padrões ideológicos europeus... e ao mesmo tempo de adaptá-los a uma realidade que escapava à racionalidade formal daqueles padrões e que era, ela própria, matriz de outros padrões (indígenas, afro-brasileiros; propriamente nacionais)*”⁹⁵; con vistas a evitar caer en la trampa de criticar al liberalismo específico del constitucionalismo de D. Pedro — quien “*fazia questão de reinar e de governar*”⁹⁶ —, a partir, por ejemplo, de un supuesto liberalismo, en general⁹⁷, o, lo que es peor, de un

⁹² MONTESQUIEU, lo explica así: “A lei, em geral, é a razão humana, enquanto governa todos os povos da terra; e as leis políticas e civis de cada nação devem ser apenas casos particulares onde se aplica esta razão humana. Devem ser tão próprias ao povo para o qual foram feitas que seria um acaso muito grande se as leis de uma nação pudessem servir para outra. Devem ser relativas ao físico do país; ... ao gênero de vida dos povos...; devem estar em relação com o grau de liberdade que sua constituição pode suportar; com a religião de seus habitantes, com suas inclinações, com suas riquezas, com seu número, com seu comércio, com seus costumes, com seus modos... é de todos estes pontos de vista que elas devem ser consideradas. É o que tento fazer nesta obra. Examinarei todas estas relações: elas formam juntas o que chamamos o ESPÍRITO DAS LEIS. En: (1993), pp. 16-17.

⁹³ José Antônio Pimenta BUENO. (1978), p. 14.

⁹⁴ Marco Aurélio NOGUEIRA. *As Deventuras do Liberalismo. Joaquim Nabuco, a Monarquia e a República*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1984, p. 66.

⁹⁵ Idem, *Ibidem*.

⁹⁶ Barbosa LIMA SOBRINHO. “Introdução” a Braz Florentino Henriques de SOUZA. *Do Poder Moderador. Ensaio de Direito Constitucional contendo a Análise do título V, Capítulo I, da Constituição Política do Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1978, p.4.

⁹⁷ Roque Spencer Maciel de BARROS, al respecto, nos esclarece diciendo: “Em primeiro lugar, acho difícil definir o que seja o liberalismo, mesmo porque é da sua essência fugir às definições. Há liberalismos, e não liberalismo... mantendo-se, entretanto, um ponto em comum: exatamente o respeito pelo indivíduo, o amor à liberdade, a independência do espírito crítico, partindo daí para a busca de caminhos próprios”. En: Ubiratan Borges de MACEDO. *Liberalismo e Justiça Social*. São Paulo: IBRASA, 1995, p. 181.

“Liberalismo Radical” — pues, “em toda a actuação de D. Pedro, mais do que um desejo de separação entre o Brasil e Portugal, o que se discerne claramente é a recusa de uma Constituição demasiado ‘democrática’, que não dava espaço suficiente para a acção do monarca”⁹⁸ — tejiendo frases como: “Nesse contexto, os valores europeus – dominantes por força da correlação entre os países e dos quais não se podia fugir – firmavam-se muitas vezes apenas no plano retórico: ganhavam vida tão somente como valores ideais, eram ‘proclamados’, mas não efetivamente encarnados, tinham ‘vigência’, mas nem sempre ‘eficácia’⁹⁹.

40. Por el contrario, nosotros pensamos que el *“Liberalismo Doctrinario”*, en cuanto tal, al construirse como lúcida reacción tanto contra los excesos de los radicales de la Revolución Francesa — manifiestos sobre todo, entre 1792-1795, cuando *“los Montañeses se aliaron con los desarrapados”¹⁰⁰*, o sea, los llamados *“Jacobinos”* y *“Sans-Culottes”* —, así como contra un simple retorno al Antiguo Régimen — como era el caso de los tradicionalistas radicales, estilo Fernando VII en España —; pero también contra lo que, dentro mismo de la Revolución Francesa, se había considerado como *“Liberalismo Moderado”* — tipo Constitución de 1791 —, adquiere una lógica propia, una objetividad y una eficacia. Como sabemos, la síntesis final de ese liberalismo es una compleja y contradictoria posición ecléctica.

“Los que sostenían esta doctrina (que no puede llamarse tradicional, sino más bien moderna), creían en el deber del monarca y por lo mismo del Estado de dar libertad intelectual (por supuesto en el campo de las ciencias y las artes), de fomentar la cultura mediante la fundación de academias y colegios, de ayudar a los sabios, artistas e intelectuales, de iniciar una serie de medidas... en favor de las clases populares para aliviar su miseria y su desamparo, como eran la fundación de hospitales, casas de cuna, asilos, etc. Todo este programa debía realizarlo el monarca por convicción personal y amor a la cultura”¹⁰¹.

41. mas nunca como una obligación demandada por los derechos que los individuos tienen frente al Estado. Así siendo, tal y como rezaba el Tratado de la Santa Alianza (26 de septiembre de 1815), los monarcas tendrían que ser vistos *“con respecto a sus súbditos y ejércitos, como padres de familia”¹⁰²*.
42. Hasta cierto punto, sobra decir que, entre otras cosas, gracias a la mentalidad patriarcal con que se había formado la sociedad brasileña desde la fundación colonial de Brasil y por la imperiosa necesidad, al momento de su

⁹⁸ Maria Beatriz Nizza da SILVA. *Movimento Constitucional e Separatismo no Brasil. 1821-1823*. Lisboa: Livros Horizonte, 1988, p. 132.

⁹⁹ Marco Aurélio NOGUEIRA. (1984), p. 66.

¹⁰⁰ Albert SOBOUL. (1976), p. 197. Cfr.: Jacques GODECHOT. *As revoluções (1770-1799)*. São Paulo: Pioneira, 1976, pp.217-234.

¹⁰¹ Raúl CARDIEL REYES. *Del Modernismo al Liberalismo. La Filosofía de Manuel María Gorriño con un Apéndice*. México: UNAM, 1989, p. 96.

¹⁰² Jayme de ALTAVILA. (1989), p. 296.

Independencia, de concentrar el poder político en un gobierno fuerte — ante el peligro de dispersión de las Provincias, con la consecuente desintegración del Imperio —, la monarquía constitucional de tipo doctrinario le venía bien al recién creado Brasil–Independiente, cuyo Consejo de Estado/Constituyente consiguió articularla alrededor del denominado “*Poder Moderador*”¹⁰³.

43. Aunque ya en la Asamblea Constituyente de 1823 apareció la noción del “*Poder Moderador*”¹⁰⁴, en realidad, esa noción provenía de autoría del teórico político francés Benjamin Constant — en un escrito publicado después de la “*Declaración de Saint-Ouen*” (2 de mayo de 1814) y antes de la “*Charte Constitutionnelle*” (4 de junio de 1814), intitulado: *Réflexions sur les Constitutions et les Garanties avec une Esquisse de Constitution* (precisamente publicado el 24 de mayo de 1814), más comunmente conocido como *Cours de Politique Constitutionnelle*¹⁰⁵ —, el cual, al hablar de los poderes constitucionales (que nuestra Constitución institucionalizará integralmente en su Título 3º, Art. 10), decía: “*Les pouvoirs constituionnels sont: le pouvoir royal, le pouvoir exécutif, le pouvoir représentatif, le pouvoir judiciaire*”¹⁰⁶; definiendo al “*pouvoir royal*” de la siguiente manera: “*Elle est peut-être la clef de toute organisation politique*”¹⁰⁷; y atribuyendo, a su vez, la honra de su invención a M. de Clermont-Tonnerre¹⁰⁸.

44. Los justos motivos de su aparición y necesidad, según Constant, y que quiebran a la clásica división tripartita del poder político devenida desde Aristóteles¹⁰⁹, serían debidos a la posible siguiente situación:

“Les trois pouvoirs politiques, tels qu’on les a connus jusqu’ici, le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire, sont trois ressorts qui doivent, coopérer chacun dans sa partie, au mouvement général; mais quand ces ressorts dérangés se croisent, s’entrechoquent et s’entravent, il faut une force qui les remette à leur place. Cette force ne peut pas être dans l’un de ces ressorts, car elle lui servirait à détruire les autres; il faut qu’elle soit en dehors, qu’elle soit neutre, en quelque sorte, pour que son action s’applique partout où il est nécessaire

¹⁰³ Barbosa LIMA SOBRINHO, con cierta insistencia, subraya: “A criação desse Poder Moderador foi a fórmula que permitiu a Pedro I aceitar a instituição da monarquia constitucional. E como teve receio de que a Assembléia Constituinte de 1823 não a admitisse, valeu-se de qualquer pretexto para dissolver a Assembléia”. En: (1978), p. 7.

¹⁰⁴ Por primera vez en la voz del “Sr. Dias” – Terceira Sessão Preparatória. Em 30 de Abril de 1823 – y una segunda por la intervención del “Sr. Carneiro de Campos” – Sessão de 26 de Junho -, principal redactor de la Constitución del Imperio. Cfr.: *DIARIO DA ASSEMBLEIA GERAL, CONSTITUINTE, E LEGISLATIVA DO IMPERIO DO BRASIL*. (1973), Vol. I, pp. 5 y 300 respectivamente.

¹⁰⁵ Benjamin CONSTANT. *Cours de Politique Constitutionnelle ou Collection des Ouvrages publiés sur le Gouvernement Représentatif*. Paris: Librairie de Guillaumin et Cie, 1861, Tome Premier, pp. 165-372.

¹⁰⁶ Idem, p. 175.

¹⁰⁷ Idem, p. 176.

¹⁰⁸ Idem, *Ibidem*.

¹⁰⁹ ARISTOTELES, *Política*. Madrid: Alianza Editorial, 1995, pp. 174-184.

*qu'elle soit appliquée, et pour qu'elle soit préservatrice et réparatrice sans être hostile*¹¹⁰.

45. Y, concluye, como buen teórico del Liberalismo de la Restauración:

*“La monarchie constitutionnelle a ce grand avantage, qu'elle crée ce pouvoir neutre dans la personne du roi, déjà entouré de traditions et de souvenirs, et revêtu d'une puissance d'opinion, qui sert de base à sa puissance politique”*¹¹¹; indicándole, además, su específica función: *“L'intérêt véritable de ce roi n'est aucunement que l'un des pouvoirs renverse l'autre, mais que tous s'appuient, s'entendent et agissent de concert”*¹¹².

46. Prácticamente siguiendo el *“Esquisse de Constitution”* propuesto por B. Constant, el Consejo de Estado/Constituyente de 1824 al definir así al *“Poder Moderador”* (Título 5º, Capítulo I, Art. 98): *“O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos”*; al atribuirle conjuntamente también el Poder Ejecutivo (Título 5º, Capítulo II, Art. 102: *“O Imperador é o Chefe do Poder Executivo, e o exercita pelos seus Ministros de Estado”*); y al indicar sus prerrogativas (por ejemplo, Título 5º, Capítulo I, Art. 99: *“A pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”*); constituía al Emperador en el centro y salvaguarda de la Monarquía Constitucional brasileña. Pues, por lo que dice relación con la realeza, por un lado, *“O Imperador recebera a unção sagrada que o fazia aos olhos dos monarcas europeos soberano legítimo e aos seus próprios olhos e de seu povo **plus que roi**”*¹¹³; y, por otro, *“esta Suprema Authoridade, que constitue a sua Pessoa sagrada e inviolável, e que os mais sabios Publicistas deste tempo tem reputado um Poder Soberano distinto do Poder Executivo por sua natureza, fim e atribuições... que alguns denominão ‘Poder Neutro’, ou ‘Moderador’, e outros ‘Tribunicio’ he especial nos Governos Representativos”*¹¹⁴.

¹¹⁰ Idem, Ibidem.

¹¹¹ Idem, Ibidem.

¹¹² Idem, Ibidem. De esta idea del “pouvoir royal”, nos informa Guizot (citado por Braz Florentino Henriques de SOUZA. (1978), p. 42): “Um soberano fez dela, na constituição do Brasil, a base de seu trono, sendo ali representada a realeza como ‘poder moderador’, colocado acima dos poderes ativos, como un espectador e um juiz das lutas políticas”.

¹¹³ Oliveira LIMA. *O Movimento da Independência. 1821-1822*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997, p. 450.

¹¹⁴ “Sessão de 26 de junho”. “O Sr. Carneiro de Campos”. En: *DIARIO DA ASSEMBLEA GERAL, CONSTITUINTE, E LEGISLATIVA DO IMPERIO DO BRASIL*. (1973), Vol. I, p. 300. Defendido por algunos – por ejemplo, por Braz Florentino Henriques de SOUZA, diciendo: “Vê-se pois, que da mesma natureza das coisas atentamente observadas, e não de um puro esforço de imaginação, nascem para a teoria científica o ‘Poder Moderador’ reconhecido pela Constituição brasileira”. En: (1978), p. 33 -, criticado por otros – por ejemplo, por Zacarias de Góes e VASCONCELOS al reflexionar sobre el hecho de que el Emperador “não está sujeito a responsabilidade alguma”

47. Así pues, denegado el hecho, por el propio Emperador (si se quiere, desde la disolución brusca de la Asamblea Constituyente de 1823), de que la soberanía de la Nación fuera apenas representada por la “*Assembléa Geral*”; y siendo representada por “*O Imperador, e a Assembléa Geral*” (Título 3º, Art. 11), a pesar de la protesta franca de Frei Caneca — el cual insistía en que “*o Brazil com os olhos abertos está firme em que a soberania reside na nação e não no imperador, que é creatura sua*”¹¹⁵ —; la Asamblea General, salvadas las prerrogativas reales y haciendo un gran esfuerzo democrático, quedó dividida en dos Cámaras (Título 4º, Capítulo I, art. 14): una vitalicia — la Cámara de Senadores (Título 4º, Capítulo III, Art. 40), como que dando fuerza conservadora y estabilizadora al régimen — y otra temporal (4 años) — la Cámara de Diputados (Título 4º, Capítulo II, Art. 35), como que cumpliendo permanentemente una misión de “*aggiornamento*” legislativo —.
48. Ambas Cámaras, por tanto, constituyéndose en Asamblea General representaban al Poder Legislativo, cuyo trabajo, por causa de la forma como estaba constituido — “*O Poder Legislativo é delegado à Assembléa Geral com a Sancção do Imperador*” (Título 4º, Capítulo I, Art. 13) —, enfrentaba directamente el veto¹¹⁶ suspensivo¹¹⁷ del Emperador, desde luego, muchas veces asesorado por su “*Conselho de Estado*” (Título 5º Capítulo VII, Art. 137-144), esto es, — según las palabras de João Camillo de Oliveira Torres — por el “*cérebro da monarquia*”, pues, “*a êlle afluíam todos os assuntos que deviam ser decididos e dêle partiam tôdas as decisões. E nêlle as decisões se tomavam*”¹¹⁸.
49. Las elecciones llevadas a cabo para elegir a Diputados y Senadores, tanto para la “*Assembléa Geral*”, así como para los “*Conselhos Geraes das Provincias*” (Título 4º, Capítulo VI, Art. 90), daban al régimen su carácter timocrático. Por supuesto, al ser “*Eleições indirectas elegendo a massa dos Cidadãos activos em Assembléas Parochiaes os Eleitores de Provincia, e estes os Representantes da Nação, e Provincia*” (Título 4º, Capítulo VI, Art. 90), aparentemente daban al régimen un aire democrático; mas, en realidad, por las condiciones impuestas de exclusión/inclusión (Título 4º, Capítulo VI, Arts.91-95) para tener derecho de elegir, de ser electo y de votar — o mejor, de

(Título 5º, Capítulo I, Art. 99), decía: “Só há, só podem haver dois reis irresponsáveis, o absoluto e o das monarquias representativas, ou, por outros termos, o da Ordenação do reino, ou o da Constituição do Império” (En: *Da Natureza e Limites do Poder Moderador*, Brasília: Senado Federal, 1978, p. 22) -, sin embargo, una vez que “todas as teses da Constituição, relativas ao poder moderador, são, como se vê, dominadas por aquela que solenemente declara a pessoa do Imperador inviolável, sagrada, não sujeita a responsabilidade alguma” (Zacarias de Góes e VASCONCELOS. (1978), p. 29), a partir de esa “superioridade moral da realeza” (Tobias BARRETO. *A Questão do poder Moderador e Outros Ensaios Brasileiros*. Petrópolis/Brasília: Vozes/INL, 1977, p. 82) se procuró articular la teoría del Imperio de Brasil.

¹¹⁵ Frei Joaquim do Amor Divino CANECA. “*Typhis Pernambucano*”, 27 de maio de 1824. En: (1876) Tomo II, p. 550.

¹¹⁶ “Veto é a recusa de sanção”, nos dice Ernesto RODRIGUES. (1981), p. 15.

¹¹⁷ Joaquim Rodrigues de SOUSA. *Analyse e Commentario da Constituição Política do Imperio do Brazil*. São Luiz: Typ. B. de Mattos, 1867, Vol. I, p. 268.

¹¹⁸ João Camillo de Oliveira TORRES. (1964), p. 161.

pertenecer a la categoría de “*Cidadãos activos*”¹¹⁹, esto es, de “*Os Cidadãos Brasileiros, que estão no gozo de seus direitos políticos*” (Título 4º, Capítulo VI, Art. 91, § I), y, en consecuencia, a pesar de lo que rezaba el Título 2º, Arts. 6-8 (referentes precisamente a indicar la condición “*Dos Cidadãos Brasileiros*”), de pertenecer real y oficialmente al Imperio de Brasil, el cual “*é a associação Política de Todos os Cidadãos Brasileiros*” (Título 1º, Art. 1) —, tal carácter democrático se tornaba bastante elitista, en sí, y no apenas por su carácter censitario; pues, si le creemos a Pimenta Bueno — cuando habla de aquellos excluidos por causa de “*não tiverem de renda liquida annual cem mil reis por bens de raiz, industria, commercio, ou Empregos*” (Título 4º, Capítulo VI, Art. 91, § V) —, en el Brasil de ese tiempo, “*quase que é preciso ser mendigo para não possuir tal rendimento, ou pelo menos ser homem perfeitamente vadio ou inútil*”¹²⁰.

50. Y en esta exclusión/inclusión a la hora de elegir una parte de los representantes de la soberanía nacional (otra parte, como sabemos, pertenecía al Emperador), a partir del concepto de “*Cidadão activo*”, encontramos la base de sustentación económica del “*Liberalismo brasileiro*” que echa a andar al Imperio. Pues, como ya se preguntaba y respondía el denominado “*Padre del Liberalismo*”:

*“Se o homem é tão livre no estado de natureza como se tem dito, se ele é o senhor absoluto de sua própria pessoa e de seus bens, igual aos maiores e súdito de ninguém, por que renunciaria a sua liberdade, a este império, para sujeitar-se à dominação e ao controle de qualquer outro poder? A resposta é evidente: ainda que no estado de natureza ele tenha tantos direitos, o gozo deles é muito precário e constantemente exposto às invasões de outros. Todos são tão reis quanto ele, todos são iguais, mas a maior parte não respeita estritamente, nem a igualdade nem a justiça, o que torna o gozo da propriedade que ele possui neste estado muito perigoso e muito inseguro”*¹²¹.

¹¹⁹ Emmanuel Joseph SIEYÉS escribió: “Hasta ahora, no hemos expuesto más que los ‘derechos naturales y civiles’ de los ciudadanos. Nos queda por conocer cuáles son los derechos ‘políticos’. La diferencia entre estas dos clases de derechos consiste en que los derechos naturales y civiles son aquellos para cuyo mantenimiento y desarrollo se ha formado la sociedad; y los derechos políticos son aquellos mediante los cuales la sociedad se forma. Mejor será, para dar mayor claridad al lenguaje, llamar a los primeros derechos ‘pasivos’, y a los segundos, derechos ‘activos’. Todos los habitantes de un país deben disfrutar de los derechos del ciudadano ‘pasivo’: Todos tienen derecho a la protección de su persona, de su propiedad, de su libertad, etc.; pero no todos tienen derecho a desempeñar un papel activo en la formación de los poderes públicos; no todos son ciudadanos ‘activos’”. En: David PANTOJA MORAN (Comp.) *Escritos Políticos de Sieyès*. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1993, p.183. Por su parte, ARISTÓTELES, después de hacer algunas consideraciones en torno a la pregunta: “a quién debe llamársele ‘ciudadano’ y quién es ‘ciudadano’?”, **respondió**: “Así que quien es el ciudadano, de lo anterior resulta claro: aquel a quien le está permitido compartir el poder deliberativo y judicial, este decimos que es ciudadano de esa ciudad, y ciudad, en una palabra, el conjunto de tales personas capacitado para una vida autosuficiente”. En: (1995), p.109.

¹²⁰ José Antônio Pimenta BUENO. (1978), p. 192.

¹²¹ John LOCKE. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil e Outros Escritos*. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 156.

51. En tales circunstancias, *“o objetivo capital e principal da união dos homens em comunidades sociais e de sua submissão a governos é a preservação de sua propriedade”*¹²². Según Locke, *“aí encontramos a base jurídica inicial e a gênese dos poderes legislativo e executivo, assim como dos governos e das próprias sociedades”*¹²³.
52. Así siendo, en el caso específico de Brasil, quien lo torna independiente de Portugal, sea por causa de una posible recolonización o por el peligro que significaba una traducción brasileña del *“Liberalismo Radical”* (estilo Haití), y se apropia del Poder Constituyente¹²⁴, desde luego, es la clase dominante, esto es, una elite¹²⁵ de propietarios fisiócratas que asumen en su praxis política ese liberalismo ecléctico, de moda en aquel tiempo, llamado *“Liberalismo Doctrinario”*.
53. Liberalismo éste que, si observamos bien, de ninguna manera, entrará en contradicción con *“a estrutura escravocrata e colonial da sociedade... e o caráter tardío da Revolução Industrial”*¹²⁶ en que vivían. Porque, según había escrito Locke,
- “embora os homens ao entrarem na sociedade renunciem `a igualdade, à liberdade e ao poder executivo que possuíam no estado de natureza, que é então depositado nas mãos da sociedade, para que o legislativo deles disponha na medida em que o bem da sociedade assim o requeira, cada um age dessa forma apenas com o objetivo de melhor proteger sua liberdade e sua propriedade (pois não se pode supor que nenhuma criatura racional mude suas condições de vida para ficar pior) e não se pode jamais presumir que o poder da sociedade, ou o poder legislativo por ela instituído, se estenda além do bem comum”*¹²⁷.
54. Por consiguiente, aunque — como vimos — la elite en el poder esquivó un *“pacto”* o *“contrato social”* original y originante — substituyéndolo por un mero *“pacto constitucional”* — lo cierto es que, bien observadas las condiciones objetivas en que se desarrollaba la vida nacional de aquella época — en cuanto a que *“era inteiramente inviável a abolição naquele momento no Brasil, como era inviável nos Estados Unidos, pela mesma razão da economia,*

¹²² Idem, Ibidem.

¹²³ Idem, p. 157.

¹²⁴ En cuanto que, como diría SIEYÈS: “lo que se constituye no es la nación, sino su establecimiento político... El poder constituyente tiene capacidad para todo a este respecto. No está sometido de antemano a una Constitución dada”. En: David PANTOJA MORAN (Comp.). (1993), p. 183.

¹²⁵ Afonso Arinos de Melo FRANCO, un tanto enfático y como que queriendo acabar con discusiones estériles al respecto, dice: “Todos os povos têm elite. Não há revolução em nenhum lugar, de nenhuma natureza, que não tenha sido feita por elite”. En: (1978), p. 28.

¹²⁶ Emilia Viotti da COSTA (Depoimento de). (1985), p. 7.

¹²⁷ John LOCKE. (1994), p. 159.

*baseada na agricultura extensiva*¹²⁸ —, no apenas por causa del bien común se era coherente con el tipo de liberalismo asumido; sino, que, si se quiere, por la misma metamorfosis que, a esas alturas, el propio Liberalismo había sufrido.

55. Quiere decir, si, por un lado, el propio Rousseau, en su *“Contrato Social”*, había escrito: *“Qual! A liberdade só se mantém com o apoio da servidão? Talvez. Os dois opostos se tocam. Tudo que não é natural tem seus inconvenientes, e a sociedade civil mais do que todo o resto. Tais posições infelizes como essas estabelecem-se onde só se pode conservar sua liberdade às expensas de outrem, e onde o Cidadão só é perfeitamente livre, enquanto o escravo é extremamente escravo*¹²⁹. por otro, la misma Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹³⁰, promulgada por la Convención Nacional en 1793 (constando de 35 Artículos), a semejanza de la de 1789 (la cual tenía sólo 17 Artículos), continuaba sustentando que: *“I - ... o governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescriptíveis”*, entre los cuales, para el caso, se encontraba el de *“propriedade”* (Art. II); y, finalmente, si también llevamos en consideración, por una parte, que el Consulado — bajo el comando de Napoleão Bonaparte —, el 20 de mayo de 1802, había reestablecido la esclavitud en las colonias francesas; y, por otra, que a la elite brasileña (básicamente con un fondo de formación aristotélico-tomista) no le eran extrañas las tesis de Aristóteles, en lo particular, por lo que dice relación con la esclavitud¹³¹; entonces, como bien lo vio Joaquim Nabuco en esa democracia económica: *“... pela Constituição, os cidadãos brasileiros não podem ser reduzidos à condição de escravos. Mas os escravos ‘não são cidadãos brasileiros’, desde que a Constituição só proclama tais os ingênuos e os libertos*¹³². No, en realidad, los esclavos no eran ciudadanos brasileños, sino *“propriedade”* de ciudadanos brasileños, esto es, *“el que siendo hombre no se pertenece por naturaleza a sí mismo, sino que es un hombre de otro, ese es, por naturaleza, esclavo. Y es hombre de otro el que, siendo hombre, es una posesión*¹³³. Tal posesión, desde luego, era absolutamente garantizada por la Constitución del Imperio al prescribir — dentro del *“Título 8º. Das Disposições Geraes, e Garantias dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros”* — lo siguiente: *“É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude”* (Art. 179, § XXII).

56. Por supuesto, la existencia de la esclavitud tampoco entraba en contradicción con lo que estipulaba el Título 8º, Art. 179, § XIX, al decir: *“Desde já ficam*

¹²⁸ Afonso Arinos de Melo FRANCO. (1978), p. 46.

¹²⁹ Jean-Jacques ROUSSEAU. *Discurso sobre a Economia Política e Do Contrato Social*. Petrópolis: Vozes, 1995, p. 150.

¹³⁰ Jayme de ALTAVILA. (1989), pp. 293-296.

¹³¹ La tesis central de ARISTOTELES al respecto es la siguiente: *“... está claro que, por naturaleza, unos son libres y los otros esclavos. Y que a éstos les conviene la esclavitud, y es justa”*. En: (1995), p. 49.

¹³² Joaquim NABUCO. *O Abolicionismo*. Petrópolis: Vozes, 1988, p. 91.

¹³³ ARISTOTELES, (1995), p. 47.

abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”; pues, tales disposiciones — como lo indicaba bien el encabezado del Título 8º — garantizaban los “*Direitos Civis e Políticos dos Cidadãos Brasileiros*”.

57. Por lo demás, tanto la fuerza otorgada a las prerrogativas reales¹³⁴ en el dispositivo constitucional (Título 5º, Capítulos I-II, Arts. 98-102), así como la concesión plena de la ciudadanía brasileña (esto es, la absoluta capacidad de ejercer simultáneamente los derechos civiles y políticos) apenas reconocida a los “*Cidadãos activos*” (aunque entrara en flagrante contradicción con lo que se sustentaba en el Título 8º, Art. 179, § XIV, en orden a que “*Todo Cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja a dos seus talentos, e virtudes*”); además de evidenciar las contradicciones propias de un liberalismo ecléctico (por ejemplo, la metamorfosis práctica, vital, de hecho y de derecho, entre “*subditos*” y “*cidadãos*”), cual era el “*Liberalismo Doctrinario*” del Brasil – Independiente; también, a la larga, mostraría su fragilidad. Pues, como ya decía Rousseau: “*O corpo político, tanto quanto o corpo humano, começa a morrer desde que nasce e traz em si mesmo as causas de sua destruição*”¹³⁵.

58. En ese sentido, como se iría haciendo costumbre en las “*revoluciones brasileñas*”, no eran necesarios ni los radicalismos al estilo, por ejemplo, de la “*Confederação do Equador*” (establecida el 2 de julio de 1824), ni siquiera la intransigencia del Emperador — tal como se había manifestado durante la crisis de la abdicación (6/7 de abril de 1831), poniendo hasta en peligro el “*principio monárquico*”, al defender una de sus prerrogativas constitucionales (Título 5º, Capítulo I, art. 101, § VI) ante el pueblo y la tropa reunidos, los cuales exigían que devolviera el Ministerio a los Ministros nombrados el 19 de marzo de 1831 y, por consiguiente, dimitiera los recientemente nombrados el 5 de abril —, el cual prefirió abdicar a ser lesado en sus prerrogativas reales y, en consecuencia, desobedecer a la Constitución que él mismo había otorgado¹³⁶, para que no sólo se fuera democratizando el régimen monárquico constitucional¹³⁷ — a iniciar por la manifestación federalista y la supresión del

¹³⁴ “Este poder de agir discricionariamente em vista do bem público na ausência de um dispositivo legal, e às vezes mesmo contra ele, é o que se chama de prerrogativa”, nos dice John LOCKE. En: (1994), p. 182.

¹³⁵ Jean-Jacques ROUSSEAU. (1995), p. 143.

¹³⁶ Pues, según confió a Pontois, encargado de los negocios de Francia en Brasil, representante de Luis Felipe: “Sou liberal, o chefe dos constitucionais, mas nunca serei o cabeça dos revolucionários”. En: Octávio Tarquínio de SOUSA. *História dos Fundadores do Império do Brasil. A Vida de D. Pedro I*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio Editôra, 1960, Vol. IV. Tomo III, p. 913.

¹³⁷ Oliveira LIMA hace la siguiente reflexión al respecto del Imperio liberal brasileño: “... para que florescesse verdadeiramente um império, faltavam porém as condições necessárias. Sobre que fundamentos havia de descansar un regime de essência monárquica posto que constitucional, onde não existiam uma nobreza privilegiada, um exército disciplinado e um clero sectário do direito divino dos reis? O clero brasileiro era das classes nacionais o mais liberal; o exército só se conseguia reforçar com mercenários; a nobreza não se trazia do berço, antes se conquistava no

Consejo de Estado en el “Acto Adicional” del 12 de agosto de 1834, que lleva a cabo la primera reforma constitucional, y la ley del 12 de mayo de 1840, que ayuda a interpretar algunos artículos del anterior “Acto Adicional” —, sino, si se quiere, “*inclusive até a mudança da forma de governo para o regimen republicano*”¹³⁸. Basta leer los Arts. 174 a 177 de la Constitución del Imperio y combinarlos con el Art. 65 para llegar a esta conclusión.

59. Por lo demás, como sabemos, el pueblo brasileño nunca abdicó del todo de su soberanía — “*Soberania quer dizer autoridade suprema*”, nos dice Clovis Bevilaqua¹³⁹ —. Y el Imperio Liberal fundado por D. Pedro I, entre la tensión del ejercicio del poder real/personal del Emperador¹⁴⁰ y las demandas cada vez más democráticas de la población brasileña, a través de algunos de sus más lúcidos portavoces¹⁴¹, al irse resintiendo, iba anunciando su ocaso inevitable¹⁴².

decorrer da existência deixando de formar uma casta para significar uma distinção individual. O Império foi pois de fato desde o seu início uma ‘democracia coroada’, em que o executivo começou por prevalecer e o legislativo acabou por predominar”. En: (1997), pp. 450-451.

¹³⁸ José de Barros WANDERLEY. En: *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. (1928), p. 139.

¹³⁹ Clovis BEVILAQUA. *Direito Publico Internacional. A Synthese dos Principios e a Contribuição do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1939, Tomo I, p. 207.

¹⁴⁰ El Visconde de URUGUAI decía: “A máxima – ‘o Rei reina e não governa’ – é completamente vasia de sentido para nós, pela nossa Constituição”. En: *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Departamento de Imprensa Nacional, 1960, p. 342.

¹⁴¹ Basilio de MAGALHÃES (por). “A ‘Circular’ de Theophilo Ottoni”. En: *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Tomo LXXVIII. (1915) Parte II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1916, pp. 193-367.

¹⁴² Oliveira VIANNA escribió: “O Constitucionalismo – reação contra o autocracismo do antigo regime – tinha, como se vê, por pressuposto fundamental a soberania do Povo, ou melhor, a Democracia Representativa”. En: *O Ocaso do Império*. Recife: FUNDAJ/Editora Massangana 1990, p. 22.

CONSTITUCIONALISMO MODERNO. INTRODUCCIÓN A UNA HISTORIA QUE NECESITA SER ESCRITA*

Horst Dippel

1. Hace más de 60 años, Charles Howard McIlwain abrió su clásico tratado *Constitucionalismo Antiguo y Moderno* con esta frase: “*Parece ser el momento para examinar el principio general del constitucionalismo [...] un examen que debería incluir alguna consideración de las etapas sucesivas de su desarrollo.*”¹
2. Hoy, a principios del siglo XXI, y después de más de doscientos años de constitucionalismo moderno, tenemos que admitir que nuestro conocimiento de su historia es casi inexistente. Aquel moderno constitucionalismo que apareció al final del siglo XVIII parece estar más allá de cualquier disputa. Las revoluciones Americana y Francesa constituyeron, de acuerdo con Maurizio Fioravanti, “*un momento decisivo en la historia del constitucionalismo*”, inaugurando “*un nuevo concepto y una nueva práctica*”.² Doscientos años más tarde, se da por supuesto que cada país en el mundo, con la excepción del Reino Unido, Nueva Zelanda e Israel, poseen una constitución escrita basada en el moderno constitucionalismo. Pero mientras nosotros reconocemos la aceptación global de un principio político, por singular que sea, y mientras que eruditos como Bruce Ackerman han acuñado el término “*constitucionalismo mundial*”,³ debemos admitir, y no sin dificultad, que a pesar de McIlwain, Fioravanti, y numerosos otros académicos, definitivamente no sabemos cómo llegó a suceder todo esto.

* La traducción directa del original en inglés fue realizada por mi amigo Salvador Sánchez González, Profesor de Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Católica Santa María La Antigua, de Panamá, República de Panamá. El original inglés fue publicado en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 73 (2005).

¹ Charles Howard McIlwain, *Constitutionalism Ancient and Modern*, Ithaca, N.Y.: Cornell University Press, 1940, 3.

² Maurizio Fioravanti, *Costituzione*, Bolonia: Il Mulino, 1999, 102.

³ Bruce Ackermann, “The Rise of World Constitutionalism”, en: *Virginia Law Review*, 83 (1997), 771-797; cf. también Heinz Klug, “Constitutional Transformations: Universal Values and the Politics of Constitutional Understanding”, en: *Beyond the Republic. Meeting the Global Challenges to Constitutionalism*, ed. por Charles Sampford y Tom Round, Leichhardt, NSW: The Federation Press, 2001, 191-204.

3. Se han realizado numerosos estudios en derecho constitucional⁴ y en historia constitucional.⁵ Aunque generalmente han enriquecido nuestro conocimiento, nos han dicho muy poco acerca del constitucionalismo moderno y su historia. Al partir desde el Estado-nación, tendieron a carecer de una perspectiva abarcadora y usualmente se restringieron ellos mismos a acumular información Estado por Estado. En contraste, los más feroces oponentes del constitucionalismo moderno desplegaron su conocimiento completo del concepto inmediatamente después de la conclusión de ese evento decisivo, la revolución de 1848. Ellos denunciaron lo que llamaron la “*esencia y fastidio del moderno constitucionalismo*”, como dijo el título de un libro, y con él, su historia y sus principios o elementos esenciales.⁶ Aunque sus argumentos carecen hoy de validez, el fenómeno que describieron merece aun más atención en nuestro tiempo que el obligado hace ciento cincuenta años.
4. Esos principios del constitucionalismo moderno fueron los mismos que Carl von Rotteck definió en los 1830s como el “*sistema constitucional [...] tal y como ha evolucionado desde el inicio de la Revolución Americana y – más efectivamente en Europa – de la Revolución Francesa [y] – que es concurrente, completamente en teoría, y al menos de forma aproximada en la práctica – con el sistema de Staatsrecht puro, basado en la razón*”.⁷ Sus principales principios fueron los derechos humanos, la separación de los

⁴ Cf. Interpretaciones pioneras como las de Jacques Vincent de La Croix, *Constitutions des principaux États de l'Europe et des États-Unis de l'Amérique*, 6 vols., París: Buisson, 1791-1801; Gabriel Demombynes, *Les Constitutions européennes. Parlements, conseils provinciaux et communaux et organisation judiciaire dans les divers États de l'Europe*, 2 vols., París: L. Larose y Forcel, 1881, 2da. Ed. 1883; y la edición realizada por la Comisión de historia constitucional del Comitato Internazionale di Scienze Storiche bajo la dirección de Gioacchino Volpe, *La Costituzione degli Stati nell'Eta Moderna. Saggi storico-giuridici*, 2 vols., Milán: Fratelli Treves, 1933-1938. Más restrictiva es Agnes Headlam-Morley, *The New Democratic Constitutions of Europe. A Comparative Study of Post-War European Constitutions with Special Reference to Germany, Czechoslovakia, Poland, Finland, The Kingdom of the Serbs, Croats & Slovenes and the Baltic States*, Londres: Oxford University Press, 1928. El más reciente parece ser Robert L. Maddex, *Constitutions of the World*, Washington, D.C., Congressional Quarterly, 1995, repr. Londres: Routledge, 1996.

⁵ Todavía notables son Charles Frederick Strong, *Modern Political Constitutions. An Introduction to the Comparative Study of Their History and Existing Form*, Londres: Sidgwick & Jackson, 1930, 3ra. ed. 1973, y John A. Hawgood, *Modern Constitutions since 1787*, Londres: Macmillan and Co., 1939. Cf. también Mauricio Fioravanti, *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Turín: G. Giappichelli, 1993; R. C. van Caenegem, *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 1995. También el volumen editado por Manuel J. Pelaéz, *European Constitutional Law/Derecho constitucional Europeo (Estudios interdisciplinarios en homenaje a Ferran Valls i Taberner con ocasión del centenario de su nacimiento, vol. 7)*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1988.

⁶ Cf. El galardonado tratado de [Johann Friedrich Christian Budy,] *Wesen und Unwesen des modernen Constitutionalismus, seine Untauglichkeit für Preussen, nebst Vorschlägen zur Abänderung der Verfassung. Ein Buch für Fürsten und Volk*, 3ra. Ed., Stettin: In Commission bei F. Schneider & Co. en Berlín, 1852.

⁷ Carl von Rotteck, “Constitution; Constitutionen; constitutionelles Prinzip und System; constitutionell; anticonstitutionell”, en: *Das Staats-Lexikon. Encyclopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, ed. por Carl von Rotteck y Carl Welcker, 2da. ed., 12 vols., Altona: Johann Friedrich Hammerich, 1845-1848, III, 519-543, aquí 522. La cita apareció por primera vez en la primera edición, III (1836), 766.

poderes, el gobierno representativo, la limitación del poder gubernamental, la responsabilidad política y la independencia judicial.⁸ Los principios del constitucionalismo moderno tuvieron origen en la pregunta de cómo la libertad individual podría asegurarse permanentemente contra las intervenciones del gobierno, considerando las debilidades de la naturaleza humana. ¿Cómo podrían edificarse constituciones tomando en cuenta la experiencia histórica y política, así como la teoría política, el derecho y la filosofía?

5. Partiendo de la idea medieval de un rey instituido con la *potestas temperata*,⁹ la Revolución Gloriosa en Inglaterra en 1688-89 había establecido el principio de la monarquía limitada como una doctrina constitucional oficial.¹⁰ La Revolución Americana, esforzándose por asegurar la libertad individual, transformó esta doctrina en el principio constitucional del gobierno limitado. Por primera vez, la idea tradicional de limitar el poder había derivado en la concesión de derechos positivados a los individuos, la protección de los cuales podría reclamarse en la corte contra las pretensiones del gobierno.¹¹ De acuerdo con la ley natural, no fue el orden divino de los tiempos antiguos el que otorgaba legitimidad a la constitución, sino únicamente el pueblo.¹² Tal y como había insistido Thomas Paine, una constitución así, por lo tanto, no podría ser jamás el acto de un gobierno, sino que precedería por necesidad a cualquier gobierno.¹³ Este fundamento conceptual del constitucionalismo moderno¹⁴ resultó en los principios de la soberanía popular, el anclaje de la constitución en principios universales,¹⁵ una declaración de derechos,¹⁶

⁸ Cf. *ibid.*, 522-524.

⁹ Cf. Fioravanti, *Costituzione*, 71.

¹⁰ Cf. el *Act of settlement* de 1701, cuyo título oficial subraya mejor la correlación entre monarquía limitada y la garantía de los derechos: "An act for the further limitation of the crown, and better securing the rights and liberties of the subject" ("Una ley para la futura limitación de la corona, y la mejor garantía de los derechos y libertades de los súbditos")

¹¹ Sobre la idea de gobierno limitado como esencia del moderno constitucionalismo, cf. Carl J. Friedrich, *Constitutional Government and Democracy. Theory and Practice in Europe and America*, rev. ed., Boston: Ginn, 1950, 25-28; *id.*, *Limited Government: A Comparison*, Englewood Cliffs, N.J.: Prentice-Hall, 1974.

¹² Ya Ranke ha enfatizado esta "completa reversión de principios", cf. Leopold von Ranke, *Über die Epochen der Neueren Geschichte. Vorträge dem König Maximilian II. von Bayern gehalten*, ed. por Hans Herzfeld, Schloss Laupheim: Ulrich Steiner Verlag, [1948], 181.

¹³ Thomas Paine, *Rights of Man*, ed. por Henry Collins, Harmondsworth: Penguin, 1969, 93, 207.

¹⁴ Cf. Michel Rosenfeld, "Modern Constitutionalism as Interplay Between Identity and Diversity" en: *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy. Theoretical Perspectives*, ed. por *id.*, Durham and London: Duke University Press, 1994, 3: "Parece que no hay una definición aceptada de constitucionalismo pero, en un sentido amplio, el constitucionalismo moderno requiere imponer límites a los poderes del gobierno, la adhesión al Estado de Derecho, y la protección de los derechos fundamentales" La mayoría de los principios aquí enumerados fueron identificados ya por Louis Henkin, "A New Birth of Constitutionalism: Genetic Influences and Genetic Defects," *ibid.*, 40-42. Una comprensión más abarcadora del constitucionalismo moderno ("mecanismos institucionales y procedimientos" e "ideas básicas, principios, y valores de una comunidad política") es exhibida por Ulrich K. Preuss, "The Political Meaning of Constitutionalism" en: *Constitutionalism, Democracy and Sovereignty: American and European Perspectives*, ed. por Richard Bellamy, Aldershot: Avebury, 1996, 11-13.

¹⁵ Cf. Tadakazu Fukase und Yôichi Higuchi, *Le Constitutionnalisme et ses problèmes au Japon: Une approche comparative*, París: Presses Universitaires de France, 1984, 22.

gobierno limitado,¹⁷ y la consideración de la constitución como la ley suprema.¹⁸

6. Estos cinco fundamentos condicionaron otros cinco principios con el objeto de hacer a la constitución funcionar de acuerdo a las metas del constitucionalismo moderno: gobierno representativo para ampliar su legitimidad y para prevenir el gobierno aristocrático y la corrupción;¹⁹ la separación de los poderes de acuerdo a Montesquieu, para excluir toda concentración tiránica del poder;²⁰ la exigencia de responsabilidad política y de un gobierno responsable, para controlar el poder; independencia judicial para que la ley prevaleciera por sobre el poder y perdurara; y un procedimiento ordenado de reforma de la constitución ante el simple paso del tiempo o para corregir errores u omisiones, con la participación del pueblo o de sus representantes, mientras que se previenen alteraciones arbitrarias o pobremente pensadas.²¹
7. Estos diez principios²² aparecieron por primera vez en Virginia en 1776. El 12 de junio de 1776, la Convención General de delegados y representantes de varios condados y corporaciones de Virginia adoptaron lo que ha sido conocido como la *Virginia Declaration of Rights*.²³ Fue un documento

¹⁶ Sobre los derechos humanos como “*expresión de principios constitucionales fundamentales*” desde el tardío siglo XVIII, cf. Alphonse Aulard y Boris Mirkin-Guetzevitch, *Les Déclarations des droits de l’homme. Textes constitutionnels concernant les droits de l’homme et les garanties des libertés individuelles dans tous les pays*, París : Payot, 1929 [repr. Aalen : Scientia, 1977], 7. Cf. también Louis Henkin, “Constitutionalism and Human Rights” en: *Constitutionalism and Rights. The Influence of the United States Abroad*, ed. por Louis Henkin and Albert J. Rosenthal, New York: Columbia University Press, 1990, 383-395.

¹⁷ Cf. también Graham Maddox, “A Note on the Meaning of Constitution”, en: *The American Political Science Review*, 76 (1982), 805-809.

¹⁸ Cf. Felipe Tena Ramírez, *Derecho constitucional Mexicano*, México: Editorial Porrúa, 2001, 12-14. Más general, Louis Henkin, “Elements of Constitutionalism”, en: *International Commission of Jurists. The Review*, 60 (1998), 11-22.

¹⁹ Cf. James Madison en Federalist No. 10: “*La voz pública, pronunciada por los representantes del pueblo, estará más a tono con el bien público, que si fuera pronunciada por el propio pueblo reunido al efecto*” (*The Federalist*, ed. por Jacob E. Cooke, Middletown CT: Wesleyan University Press, 1961, 62).

²⁰ Cf. M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Indianapolis: Liberty Fund, 1998; también Gerhard Casper, *Separating Power. Essays on the Founding Period*, Cambridge MA: Harvard University Press, 1997, 7.

²¹ Es aquí que James Bryce trazó la línea divisoria entre las constituciones antiguas, tales como la de Gran Bretaña, y el constitucionalismo moderno, como una diferencia entre constituciones “flexibles” y “rígidas”. Cf. James Bryce, “Flexible and Rigid Constitutions”, en: id., *Constitutions* [1905], repr. Aalen: Scientia, 1980, 3-94. Cf. también Alessandro Pace, “Starre und flexible Verfassungen”, en: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, N.F. 49 (2001), 89-101.

²² Pueden hallarse otros principios adicionales, tales como “sociedad abierta”, “santidad del individuo” o “adaptabilidad” de la constitución. Estos, sin embargo, no son esenciales al constitucionalismo moderno. Por el contrario, denotan factores sociales o políticos que pueden ayudar al funcionamiento continuo de cualquier constitución, incluyendo la Británica, en contextos más contemporáneos. En consecuencia, ellos no son específicos del constitucionalismo moderno, ni fueron esos términos familiares al tardío siglo XVIII o temprano siglo XIX. Cf. A. E. Dick Howard, “The Essence of Constitutionalism”, en: *Constitutionalism and Human Rights: America, Poland, and France. A Bicentennial Colloquium at the Miller Center*, ed. por Kenneth W. Thompson y Rett R. Ludwikowski, Lanham, MD: University Press of America, 1991, 3-41.

²³ El relato más detallado en la *Declaración de Derechos de Virginia* y su historia es el de A. E. Dick Howard, *Commentaries on the Constitution of Virginia*, 2 vols., Charlottesville: University

revolucionario, pero que algunas veces es incorrectamente llamado la *Virginia Bill of Rights* (en una inconsciente o tal vez deliberada alusión al *Bill of Rights* inglés de 1689). La referencia al inglés “Acto de declarar los derechos y libertades del vasallo y establecer la sucesión de la corona”, como su propio título lo dice, es engañosa, pues fue publicada por “los dichos Lores Espirituales y Temporales y Comunes [...] para reivindicar y asegurar sus Derechos y Libertades”.²⁴ En términos estrictamente políticos, marcó el final de la Revolución Gloriosa y pasó a ser parte de su consolidación.²⁵ El *Bill of Rights* inglés no se refiere a principios universales o a ninguna idea abstracta; en realidad, considerando la tentativa del último Rey de “Suprimir y extirpar la Religión Protestante, y la Leyes y Libertades de este Reinado”, los Lores y Comunes hicieron uso de lo que ellos entendieron como “Sus indiscutibles Derechos y Libertades”.²⁶

8. Los delegados de Virginia de 1776 pudieron fácilmente hacer uso de un lenguaje similar, así como numerosos colonos lo habían hecho durante la década anterior. Pero ellos deliberadamente introdujeron un lenguaje nuevo: “Una declaración de derechos hecha por los representantes del buen pueblo de Virginia, congregados en convención general y libre; cuyos derechos pertenecen a ellos y a su posteridad, como la base y fundamento de gobierno.”²⁷ Este es un documento completamente nuevo, que emplea un nuevo y audaz lenguaje. Fue una “declaración de derechos”, no un documento subjetivo declarando derechos, y fue establecido por “los representantes del [...] pueblo”, quienes fueron “congregados en convención general y libre”, y no en una asamblea cualquiera, con una equívoca legitimización.²⁸ Además, ellos habían declarado los derechos, apropiadamente, como pertenecientes al pueblo y a sus descendientes, y no a la asamblea o a la convención misma, en contraste con alguna otra

Press of Virginia, 1974, I, 27-313. Para una perspectiva histórica del trabajo de convención, cf. John E. Selby, *The Revolution in Virginia, 1775-1783*, Williamsburgo, Va.: Colonial Williamsburg Foundation, 1988, 100-110.

²⁴ 1 & 2 Gul. & Mar. Sess. 2 c. 2 (citado de *The Statutes of the Realm*, VI, [s.l.: s.n.,] 1819, 143; fácilmente accesible puede ser E. Neville Williams, *The Eighteenth-Century Constitution, 1688-1815. Documents and Commentary*, Cambridge: Cambridge University Press, 1960, 26-33, 28).

²⁵ Cf. Tim Harris, *Politics under the Later Stuarts. Party Conflict in a Divided Society, 1660-1715*, Londres y Nueva York: Longman, 1993, 132-140; Stuart E. Prall, *The Bloodless Revolution: England, 1688*, Madison, Wis.: University of Wisconsin Press, 1985, 245-293; J. P. Kenyon, Principios de Revolución. *Revolution Principles. The Politics of Party, 1689-1720*, Cambridge: Cambridge University Press, 1977, repr. 1990.

²⁶ 1 & 2 Gul. & Mar. Sess. 2 c. 2 (citado de *The Statutes of the Realm*, VI, 142; ver también Williams, *Eighteenth-Century Constitution*, 26, 29).

²⁷ Preámbulo de la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, en: *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the States, Territories, and Colonies Now or Heretofore Forming the United States*, ed. por Francis Newton Thorpe, 7 vols., Washington: Government Printing Office, 1909, VII, 3812. Cf. Robert P. Sutton, *Revolution to Secession. Constitution Making in the Old Dominion*, Charlottesville: University Press of Virginia, 1989, 33-34; Hugh Blair Grigsby, *The Virginia Convention of 1776*, Richmond: J. W. Randolph, 1855, repr. Nueva York: Da Capo Press, 1969, 161-165.

²⁸ Cf. La defensa que hizo Blackstone de la legitimidad de los parlamentos de convención: William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4 vols., Oxford: Clarendon, 1765-69 (repr. Chicago-Londres: University of Chicago Press, 1979), I, 148.

institución. Estos derechos sirvieron, en la frase más revolucionaria de todas, “*como la base y fundamento de gobierno*”, una afirmación completamente desconocida y contradictoria con cualquier forma de entender la constitución inglesa.

9. Este audaz lenguaje revolucionario fue sustanciado en las dos primeras secciones del documento, el cual develó la fuente de todos los derechos determinados: la naturaleza. El derecho natural no solamente confería a la gente “*ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, ellos no pueden, por ningún pacto, privar o despojar a su posteridad*”. También probó que “*todo poder es conferido, y consecuentemente derivado, del pueblo*”.²⁹
10. Sin palabra alguna referida a la constitución inglesa o a la necesidad de restaurar antiguos derechos que habían sido violentados, la Declaración de Derechos de Virginia pregonó al mundo la soberanía del pueblo, los principios universales, y la inherencia de los derechos humanos, declarados en una constitución escrita como “*la base y fundamento de gobierno*”. Fue el verdadero nacimiento de lo que entendemos hoy como constitucionalismo moderno.³⁰
11. En realidad, la Declaración de Derechos de Virginia no fue el primer documento constitucional de la Revolución Americana. Fue precedida por la Constitución de New Hampshire del 5 de enero de 1776, y por la Constitución de Carolina del Sur de 26 de marzo de 1776.³¹ Pero el lenguaje de estos dos documentos se parece mucho más al *Bill of Rights* inglés, el lenguaje de los derechos antiguos y de las libertades violentadas, pero rescatadas para ser restauradas. A pesar de que hay una referencia casual al derecho natural en la Constitución de New Hampshire, y de que el documento de Carolina del Sur por primera vez se autodenominó “*constitución*”, ninguna de ellas apeló a la soberanía del pueblo, principios universales, derechos humanos inherentes, o a una constitución escrita como “*la base y fundamento de gobierno*”. Como las primeras constituciones escritas, fueron nuevas en su forma, pero su contenido no había todavía abandonado sus connotaciones tradicionales.
12. Todo esto cambió con la Declaración de Derechos de Virginia de junio de 1776. No solamente enumeró varios de estos derechos. También proclamó criterios adicionales, que desde entonces son considerados fundacionales

²⁹ Declaración de Derechos de Virginia, sec. 1 y 2, en: *The Federal and State Constitutions*, ed. por Thorpe, VII, 3813.

³⁰ Cf. Brent Tarter, “The Virginia Declaration of Rights”, en: *To Secure the Blessings of Liberty: Rights in American History*, ed. por Josephine F. Pacheco, Fairfax, VA: George Mason University Press, 1993, 37-54; Bernard Schwartz, *The Great Rights of Mankind. A History of the American Bill of Rights*, Nueva York: Oxford University Press, 1977, 67-72; también el trabajo clásico de Robert Allen Rutland, *The Birth of the Bill of Rights, 1776-1791*, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1955, esp. 38-39. Esta interpretación, obviamente, va contra la de Dick Howard, *The Birth of American Political Thought, 1763-87*, Minneapolis: University of Minnesota Press, 1989, 104-105, quien no percibe las implicaciones que el documento tuvo para el constitucionalismo moderno.

³¹ Cf. *The Federal and State Constitutions*, ed. por Thorpe, IV, 2451-2453, VI, 3241-3248.

del constitucionalismo moderno. Estos son la responsabilidad y la obligación del gobierno de rendir cuentas por sus actos, el derecho “a reformar, alterar, o abolir” el gobierno, la separación de los poderes, el “juicio por un jurado imparcial”, y la idea de que el gobierno constitucional es por su propia naturaleza un gobierno limitado.³² Fue una mezcla de principios fundamentales y de elementos estructurales que serían integrados a una constitución posterior, considerados indispensables precondiciones para asegurar la libertad individual y garantizar el gobierno racional de acuerdo a la ley, en vez de un gobierno de acuerdo al placer, el privilegio, o la corrupción. Ninguno de estos criterios fueron realmente nuevos. En realidad, ellos fueron extensamente discutidos a lo largo de las colonias durante la década precedente. Pero nunca antes habían aparecido en un documento público en forma coherente, constituyendo la base de un nuevo orden político.

13. Más allá de haber enumerado ciertos derechos, aunque de forma incompleta, la importancia singular de la Declaración de los Derechos de Virginia en 1776 se basa en el establecimiento de un catálogo completo de lo esencial del constitucionalismo moderno, cuyo carácter fundacional no es hoy menos válido de lo que fue hace más de doscientos años: soberanía del pueblo, principios universales, derechos humanos, gobierno representativo, la constitución como ley suprema, separación de poderes, gobierno limitado, responsabilidad y obligación de rendir cuentas del gobierno, independencia judicial e imparcialidad, y el derecho de la gente a reformar su propio gobierno, o poder constituyente del pueblo. Estos diez elementos esenciales del constitucionalismo moderno son expresados en la Declaración de Derechos de Virginia, y por más de doscientos años ninguna constitución que reclame su adhesión a los principios del constitucionalismo moderno se ha atrevido abiertamente a desafiar ninguno de estos principios, cuando se ha idealizado la sociedad basada en la razón, que dispone de una base legal sólida para atender los intereses encontrados y los conflictos.
14. Sin embargo, la historia del constitucionalismo moderno está llena de intentos de evadir uno o varios elementos en este catálogo, o de rechazar más o menos la totalidad del mismo; en otras palabras, de establecer una constitución escrita negando manifiestamente los principios del constitucionalismo moderno. Esta oposición fundamental al moderno constitucionalismo nunca fue una opción política viable en ninguno de los estados de Estados Unidos hasta la mitad del siglo XIX. Sin embargo, se requirió de tiempo y experiencia para transformar estos elementos básicos en principios generalmente aceptados.
15. La Constitución de Maryland de 1776 incorporó los diez elementos esenciales de la Declaración de Derechos de Virginia, pero la siguiente constitución en hacerlo fue tan sólo la de Massachussets, en 1780. Ninguna de las otras ocho constituciones escritas entre 1776 y 1780 se adecuaron plenamente a ese listado.

³² Cf. Declaración de Derechos de Virginia, sec. 2, 3, 5-8, 13, y 15, en: *The Federal and State Constitutions*, ed. por Thorpe, VII, 3813-3814.

16. Las Constituciones de Nueva Jersey de 1776 y la de Carolina del Sur de 1778 fueron las que más divergieron, adoptando meramente la idea de un gobierno representativo. La mayor resistencia durante esos años se alzó contra la estricta separación de los poderes y contra una administración de justicia independiente, mientras que la extendida falta de inclusión de cláusulas de reforma constitucional parece haber sido más el resultado de la inexperiencia y de la ignorancia que de la oposición a ese instituto. Las constituciones de 1776 de Delaware y Pennsylvania, y la de Vermont de 1777, aunque adoptaron todos los otros elementos básicos de la Declaración de Virginia, solo fallaron al no cumplir con dos de estos tres disputados principios.
17. Aunque algunos de estos elementos esenciales no se han alzado por encima de la condición de meras declaraciones en papel en varias constituciones, faltándoles aún sustancia, el principio ha sido por lo menos reconocido y podría añadir su peso factual con el transcurso del tiempo. El clásico ejemplo es la soberanía del pueblo, desde la cual la elevada Declaración de Virginia se fusionó, en la fórmula introductoria “*Nosotros, el pueblo*”, en el preámbulo de la Constitución Federal de 1787,³³ una vía de escape aprovechada por un número de constituciones de los Estados miembros en décadas ulteriores. La última constitución, la cual rehusó incluso aceptar esta simbólica declaración, fue la constitución de Louisiana de 1812. En muchas instancias, esta siguió cercanamente la constitución de Kentucky de 1799,³⁴ ella misma una versión revisada de la constitución de Kentucky de 1792, la cual había sido la siguiente constitución en reproducir los diez elementos básicos de Virginia tras la Constitución de Massachussets de 1780, y su clon de New Hampshire, de 1784. Sin embargo, Louisiana, no solamente rehusó emular el carácter democrático de la Constitución de Kentucky, sino que también declinó adoptar su Declaración de Derechos con énfasis en principios universales. No fue el resultado de un descuido negligente sino, entre otras cosas, una evasión conciente de la estipulación del *Acto Facultativo del Congreso*, el cual había ordenado que la libertad religiosa fuera incluida en la Constitución.³⁵
18. La Constitución de Luisiana de 1812 es un típico ejemplo de deliberada oposición a los elementos esenciales del constitucionalismo moderno de los

³³ Cf. Daniel Lessard Levin, *Representing Popular Sovereignty. The Constitution in American Political Culture*, Albany, N.Y.: State University of New York Press, 1999, 18-20; Edmund S. Morgan, *Inventing the People*, Nueva York: Norton, 1988, 263-287.

³⁴ Cf. mi edición de la Constitución de Louisiana de 1812 a <http://www.modern-constitutions.de>

³⁵ Sec. 3 del Acto de Facultades de 1811 dispuso, “*La Constitución que se formará [...] contendrá los principios fundamentales de la libertad civil y religiosa [y] asegurará al ciudadano un juicio por medio de un jurado en todos los casos criminales, y el privilegio del escrito de habeas corpus, conforme a las provisiones de la constitución de los Estados Unidos*” (*The Federal and State Constitutions*, ed. por Thorpe, III, 1377). La obligada libertad religiosa no fue incluida en la Constitución, lo cual pasó inadvertido en el Congreso. Henry Clay declaró en la Cámara de Representantes, en marzo 19, 1812: “*La Convención de Orleáns ha diseñado una constitución para el estado de conformidad con la ley del Congreso que impuso ciertas condiciones preliminares*” (*The Debates and Proceedings in the Congress of the United States [Annals of the Congress of the United States]*, Twelfth Congress, First Session, Washington: Gales and Seaton, 1853, 1225).

Estados Unidos, una oposición que asumió diferentes formas en diferentes épocas. En los 1770`s y 1780`s la estricta separación de poderes fue más a menudo rechazada que aceptada,³⁶ mientras que entre 1818 y 1849, cuando la democracia tomó terreno en los Estados Unidos, cerca de la mitad de las constituciones estatales fallaron en incluir un estricto atrincheramiento de la constitución como norma suprema, o por lo menos de parte de esta, en el documento.* Sin embargo, en una escala general, el constitucionalismo moderno prevaleció. La constitución provisional de Texas de 1835, todavía bajo el impacto del pasado Mexicano, difícilmente contenía alguno de los elementos básicos del constitucionalismo moderno. La nueva constitución de 1836, resultante de lo que se había estilado en la Revolución de Texas,³⁷ casi no dejó fuera a ninguno. En la mitad del siglo XIX, las constituciones de cerca de la mitad de los estados americanos contenían todos los diez elementos esenciales enumerados en la Declaración de Derechos de Virginia.

19. Este decálogo constitucional, introducido primero en Virginia en 1776, y hasta entonces nada más que una peculiaridad americana, pronto probó estar completamente entrelazado con el constitucionalismo moderno en una escala global. El 26 de agosto de 1789 se proclamó en Francia la *Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano*, el correlato europeo de las declaraciones americanas de derechos, y aquí de nuevo, como trece años antes, encontramos los elementos básicos del constitucionalismo moderno. Las diferencias, sin embargo, son notorias. El texto comienza con referencias a los representantes del pueblo, derechos humanos, principios universales, y lo que puede interpretarse como la soberanía del pueblo, y culmina en el famoso artículo 16: *“Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.”* Visto en conjunto con la Constitución de 1791, los dos documentos representando la quintaesencia del logro constitucional de la fase inicial de la Revolución Francesa, tenemos que admitir que ninguno habla [SUPRIMIDO: acerca] de la independencia judicial, la responsabilidad gubernamental, el gobierno limitado, ni de la constitución como atrincherada ley suprema. Pero, y por primera vez en un documento constitucional, fue establecida la teoría, como se refleja en el artículo 16 de la Declaración Francesa, de que solamente nos permitimos hablar de una constitución en términos del

³⁶ Cf. e.g. Vermont, donde hasta 1836 el Gobernador, Teniente Gobernador y Tesorero, en caso de no obtener la absoluta mayoría de los votos en elección popular, eran elegidos por medio de un voto mayoritario de “el Consejo [Ejecutivo] y Asamblea General”, aún si fueran a reelegirse, cf. Constituciones de Vermont de 1777, c. II, sec. 17, de 1793, c. II, sec. 10, en: *The Federal and State Constitutions*, ed. por Thorpe, VI, 3744-3745, 3766. Expreso mi agradecimiento a Gregory Stanford de los Archivos del Estado de Vermont por haber llamado mi atención acerca del largo y todavía no resuelto problema del voto conjunto en las elecciones de Vermont.

* El concepto de atrincheramiento constitucional, utilizado por el autor a lo largo del ensayo, se refiere en el ámbito académico de habla inglesa al establecimiento de condiciones especiales para la reforma constitucional, que coloquen a la Constitución fuera del alcance del legislador ordinario. *Nota del Traductor.*

³⁷ Cf. Paul D. Lack, *The Texas Revolutionary Experience. A Political and Social History, 1835-1836*, College Station: Texas A & M University Press, 1992, esp. 87-95.

constitucionalismo moderno si el texto cumple ciertos requerimientos definidos. En consecuencia, en contraste con lo que había sido llamado “*constitución*” en los tiempos precedentes, el constitucionalismo moderno quedó fijado en un número de elementos esenciales. Lo que había comenzado en América en 1776 como un nuevo lenguaje político, nacido en un movimiento de levantamiento revolucionario y finalmente sancionado a través de la práctica política y de la experiencia política, el art. 16 de la Declaración Francesa de los Derechos de 1789 lo elevó al nivel de un axioma en teoría constitucional, proveyendo el fundamento teórico del moderno constitucionalismo, ausente hasta esa fecha. Al mismo tiempo, fiel a sus principios universales, transformó el constitucionalismo moderno de una idea meramente americana en un fenómeno transnacional cuyas repercusiones se sentirían globalmente.³⁸

20. Los diez elementos básicos de Virginia, a pesar de no haber sido reproducidos completamente por la Declaración Francesa de los Derechos de 1789 y la Constitución de 1791, solamente recibieron las credenciales de ser los elementos fundacionales del constitucionalismo moderno como un fenómeno global, al ser retomados en Francia en 1789 y porque el art. 16 declara que solamente la existencia de ciertos elementos esenciales nos permite hablar de constitución en su significado moderno. Cualquiera que sea la importancia del art. 16 en un contexto específicamente francés,³⁹ su significado total reposa en el hecho de que por primera vez un documento constitucional insiste en que el constitucionalismo moderno envuelve ciertos elementos básicos, en ausencia de los cuales no se nos permite hablar apropiadamente de él.

21. Independencia judicial, responsabilidad, gobierno limitado, y el atrincheramiento de la constitución no fueron omitidos desde los primeros documentos constitucionales franceses al azar. Por varias razones, hubo de transcurrir un largo tiempo hasta que [SUPRIMIDO: ellos] fueron aceptados como principios del constitucionalismo francés. La mayor parte de ellos, en realidad, fueron solamente incorporados en décadas recientes, cuando la constitución de la Quinta República evolucionó.⁴⁰ La historia del constitucionalismo moderno en Francia no solamente está caracterizado por estas particularidades, sino también por mayores agitaciones y rupturas, las cuales hicieron del constitucionalismo francés, y con él, del constitucionalismo europeo en su totalidad, tan diferente de su correlato

³⁸ Cf. Alejandro Guzmán Brito, “El vocabulario histórico para la idea de constitución política”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 24 (2002), 313.

³⁹ Cf. Michel Troper, “L’Interprétation de la déclaration des droits: L’exemple de l’article 16”, en: *Droits. Revue française de théorie juridique*, 8 (1988), 111-122; Pierre Albertini, “Article 16”, en: *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789. Histoire, analyse et commentaires*, ed. por Gérard Conac, Marc Debene y Gérard Teboul, París: Economica, 1993, 331-342.

⁴⁰ Cf. en general Louis Favoreu y Loïc Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, décima ed., París: Dalloz, 1999. Adicionalmente Olivier Beaud, “Les Mutations de la V République ou comment se modifie une constitution écrite”, en: *Pouvoirs*, 99 (2002), esp. 23-26; Adolf Kimmel, “Nation Republik, Verfassung in der französischen politischen Kultur”, en: *Verfassung und politische Kultur*, ed. por Jürgen Gebhardt, Baden-Baden: Nomos, 1999, esp. 134-138; Jürgen Schwarze, “Die europäische Dimension des Verfassungsrechts”, en: id. (ed.), *Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas*, Baden-Baden: Nomos, 1998, 150-153.

americano. A pesar de que las constituciones de 1791, 1793 y del año III (1795) se basaron a fondo en la mayoría de los principios del constitucionalismo moderno, cambios abruptos vinieron con la constitución del año VIII (1799). No contenía ninguno de los elementos esenciales del constitucionalismo moderno, pues concentró el poder en las manos del Primer Cónsul, y se convirtió en un modelo para otros regímenes autoritarios, de cómo esconder la consolidación del poder político en las manos de un dictador tras una fachada constitucional.⁴¹

22. Obviamente, las fachadas constitucionales para gobernar autoritariamente están en abierta contradicción con el constitucionalismo moderno. Su única contribución a la historia del moderno constitucionalismo descansa en documentar una fundamental y exitosa política de oposición a él. Esto podrá decirnos algo respecto a si la propagación de los principios del constitucionalismo moderno y del gobierno racional de acuerdo a reglas fijas ha echado raíces en un país, en un momento específico, pero el desarrollo constitucional después del inevitable colapso final de una dictadura política usualmente será mucho más revelador.

23. Tres textos constitucionales desde el resquebrajamiento del Imperio Napoleónico merecen particular interés. Estos son el proyecto constitucional del Senado, de 6 de abril de 1814, de la Cámara de Representantes, de 29 de junio de 1815, y la *Declaración de Derechos de los Franceses* del 5 de julio de 1815.⁴² Diferentes como son, todos ellos documentan el intento de reintroducir el constitucionalismo moderno y sus principales elementos básicos en Francia. Fueron propuestos la soberanía del pueblo, los principios universales, los derechos humanos, el gobierno representativo, la separación de los poderes, e incluso la independencia judicial, pero ninguna de estas ideas se materializó en esos años. En cambio, la restauración Borbónica logró su legitimación con la Carta de 1814.

24. La Carta de 1814 rápidamente se convirtió en el modelo de constitución para la restauración de Europa a principios del siglo XIX, por dos razones. Primeramente, aceptó la revolucionaria idea de una constitución, sin nombrarla abiertamente, mientras era decretada por el monarca. Segundo, rechazaba conscientemente el constitucionalismo moderno.⁴³ La soberanía del pueblo no fue admitida, no fueron declarados principios universales ni derechos humanos. Los derechos públicos de los franceses no fueron substitutos equivalentes.⁴⁴ No se estableció gobierno representativo ni se

⁴¹ Cf.; más recientemente, Luca Scuccimarra, *La Sciabola di Sieyes. Le giornate di brumaio e la genesi del regime bonapartista*, Bolonia: Il Mulino, 2002, esp. 167-174.

⁴² Los tres documentos son publicados en Léon Duguit et al., *Les Constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, 7ª. ed. por Georges Berlia, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, 164-167, 181-189.

⁴³ Esta perspectiva es generalmente descuidada especialmente en las interpretaciones francesas de la Carta de 1814, cf. Pierre Rosanvallon, *La Monarchie impossible. Les Chartes de 1814 et de 1830*, París: Fayard, 1994, quien caracterizó este como el "momento inglés" (p. 8), o Alain Laquieze, *Les Origines du Régime parlementaire en France (1814-1848)*, París: Presses Universitaires de France, 2002, quien habla de una "monarquía limitada" (p. 67), pero al mismo tiempo mantiene que esta estaba "fuertemente marcada por conceptos judiciales de la época anterior a 1789" (p. 74).

⁴⁴ Cf. art. 1-12 de la Carta de 1814 (*Les Constitutions de la France depuis 1789*, ed. por Jacques Godechot, París: Flammarion, 1979, 219).

atrincheró la constitución como ley suprema. En vez de una separación de poderes, todos los poderes emanaron del monarca. No hubo provisiones para el gobierno limitado ni para la responsabilidad gubernamental, ni para el poder constituyente del pueblo.⁴⁵ La única concesión fue que los jueces, que eran nombrados por el monarca, ocuparían sus cargos mientras exhibieran buen comportamiento.⁴⁶ Este modelo fue convertido en paradigma para casi todas las constituciones alemanas durante los siguientes años,⁴⁷ y fue proclamado por los conservadores a través de Europa, donde los ultramontanos lo consideraban aún muy liberal.

25. La Carta de 1830 solamente redujo levemente el poder del monarca y extendió los derechos del legislativo,⁴⁸ pero en lo que concierne a los elementos esenciales del constitucionalismo moderno las cosas permanecieron básicamente iguales.⁴⁹ Sólo se introdujeron cambios parciales con la constitución de 1848, que proclamó una vez más la soberanía del pueblo, pero vaciló respecto de reconocer los principios universales y los derechos humanos. Ciertamente, la constitución de 1848 aceptó el gobierno representativo, la separación de poderes, la independencia judicial, y el poder de revisión constitucional, pero la constitución no estaba atrincherada, ni estaba limitado el gobierno ni garantizada la responsabilidad de las autoridades. A pesar de que 1848 significó una fecha crucial para el constitucionalismo moderno, fue – por lo menos en Francia – una victoria parcial y temporal.⁵⁰

26. Mientras que la Carta Francesa de 1814 personificó la estirpe del constitucionalismo antimoderno en la restauración de Europa, la Constitución Española de Cádiz de 1812 propuso un compromiso liberal. Lo más importante: había proclamado la soberanía del pueblo; aunque virtualmente guardaba silencio acerca de los principios universales y los derechos humanos. Estableció un gobierno representativo, la separación de poderes, y la independencia judicial. Reconoció la constitución como ley suprema y contenía previsiones concernientes al poder de revisión

⁴⁵ La ausencia de la cláusula respectiva fue un argumento particularmente utilizado por la oposición liberal, en contra de lo incompleta de la constitución. cf. Albert Fritot, *Esprit du droit et ses applications a la politique et a l'organisation de la monarchie constitutionnelle*, 2da. ed., París: E. Pochard, 1825, 558-559.

⁴⁶ Art. 58 (*Constitutions de la France*, ed. por Godechot, 223).

⁴⁷ Cf. Jacky Hummel, *Le Constitutionnalisme allemand (1815-1918): Le modele allemand de la monarchie limitée*, París: Presses Universitaires de France, 2002, 40-59; Hartwig Brandt, "Von den Verfassungskämpfen der Stände zum modernen Konstitutionalismus: Das Beispiel Württemberg", en: *Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus in Deutschland und anderen europäischen Ländern in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, ed. por Martin Kirsch y Pierangelo Schiera, Berlín: Duncker & Humblot, 1999, 99-108.

⁴⁸ En el fuerte disputado carácter de la Carta de 1830, cf. más recientemente Luigi Lacche, *La Liberta che guida il Popolo. Le Tre Gloriose Giornate del luglio 1830 e le "Chartes" nel costituzionalismo francese*, Bolonia: Il Mulino, 2002, 87-93.

⁴⁹ Como un autor que se opuso a cualquier cambio de dirección en el constitucionalismo moderno, cf. Henri Fonfrede, *Du Gouvernement du roi, et des limites constitutionnelles de la prérogative parlementaire. Dédié a la Chambre des Députés de France*, París: H. Delloye, 1839.

⁵⁰ Cf. Frédéric Lambert, "La Genèse de la Constitution du 4 novembre 1848. De la confiscation de la Révolution a la défaite de la République", en: *Executive and Legislative Powers in the Constitutions of 1848-49*, ed. por Horst Dippel, Berlín: Duncker & Humblot, 1999, 205-229.

constitucional, aunque no abordó las ideas del gobierno limitado y de la responsabilidad del gobierno. A pesar de la oposición fundamental de Metternich y la Santa Alianza, la constitución fue readoptada dos veces en España y adicionalmente introducida a principios de 1820 en las Dos Sicilias, Piamonte, y Portugal. Lo que la constitución jacobina francesa de 1793 vino a representar para la izquierda democrática europea en la segunda mitad del siglo XIX, la Constitución de Cádiz simbolizó los ideales liberales en la primera mitad.⁵¹

27. El significado general de la Constitución de Cádiz reposa en el hecho de constituir el más importante intento en Europa, en la primera mitad del siglo XIX, de combinar la esencia del constitucionalismo moderno con el orden monárquico existente.⁵² Por esta razón fue vehementemente rechazada, y no solo por los conservadores a todo lo largo de Europa,⁵³ sino también por los liberales moderados, quienes se negaban a aceptar mayores limitaciones al poder monárquico que aquellas provistas por la constitución británica antes de 1832.⁵⁴

28. La constitución británica continuó teniéndose en alta estima por todos aquellos que habían aceptado en Europa la idea de una constitución, pero que rechazaban el constitucionalismo moderno. Desde la década de 1790, una activa política exterior de los británicos, que promovía la redacción de constituciones de acuerdo a las líneas generales de la constitución británica, con el objeto de prevenir revoluciones de origen francés, había contribuido sustancialmente a generar este clima de opinión.⁵⁵ Básicamente, las ideas británicas descansaban en la suposición de que la libertad individual podía ser garantizada de forma más eficiente y duradera por un compromiso político ilustrado, más que por las rígidas estipulaciones

⁵¹ Cf. Boris Mirkin-Guetzevitch, "La Constitution espagnole de 1812 et les débuts du libéralisme européen (Esquisse d'histoire constitutionnelle comparée)", en: *Introduction à l'étude du droit compare. Recueil d'Études en honneur d'Édouard Lambert*, 5 vols., París: Recueil Sirey, 1938, II, 211, 216-219; Juan Ferrando Badía, "Die spanische Verfassung von 1812 und Europa", en: *Der Staat*, 2 (1963), 155-158. También Antonino de Francesco, "La Constitución de Cádiz en Nápoles", en: José María Iñurritegui y José María Portillo (eds.). *Constitución en España: Orígenes y destinos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1998, 273-286.

⁵² Cf. Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, *La Teoría del estado en los orígenes del constitucionalismo hispanico (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1983, esp. 374-377.

⁵³ Cf. Karl Ludwig von Haller, *Ueber die Constitution der Spanischen Cortes*, s.l. 1820. Sobre Haller, el guerrero inveterado contra el constitucionalismo moderno, y su panfleto, cf. Burchard Graf von Westerholdt, *Patrimonialismus und Konstitutionalismus in der Rechts- und Staatstheorie Karl Ludwig von Hallers. Begründung, Legitimation and Kritik des modernen Staates*, Berlín: Duncker & Humblot, 1999, esp. 61-66.

⁵⁴ Cf. Karl Heinrich Ludwig Pölit, *Die Staatensysteme Europa's und Amerika's seit dem Jahre 1783, geschichtlich-politisch dargestellt*, 3 vols., Leipzig: J. C. Hinrichssche Buchhandlung, 1826, III, 253. También Horst Dippel, "Die Bedeutung der spanischen Verfassung von 1812 für den deutschen Frühliberalismus und Frühkonstitutionalismus", en: *Denken und Umsetzung des Konstitutionalismus*, ed. por Kirsch y Schiera, 219-237.

⁵⁵ Cf. Günther Heydemann, *Konstitution gegen Revolution. Die britische Deutschland- und Italienpolitik 1815-1848*, Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht, 1995, aunque trata más, para el período señalado, con proyectos constitucionales alemanes e italianos, más que con los británicos. También Carlo Ricotti, "Il costituzionalismo britannico nel Mediterraneo (1794-1818)", en: *Clio*, 27 (1991), 365-451.

constitucionales. Un ejemplo expresivo es la Constitución de la Unión de Islas Jónicas, de 1817, la llamada Constitución de Maitland, que no reconoció ninguno de los fundamentos del constitucionalismo moderno, pero permitió internamente el gobierno de la aristocracia local, bajo estricta supervisión británica.

29. En vista de la tenaz oposición a la Constitución de Cádiz por parte de la Santa Alianza, que no se inhibió de utilizar incluso la intervención militar para echarla por tierra, una nueva constitución que buscaba introducir los fundamentos del constitucionalismo moderno adquirió prominencia en la Europa liberal, mientras la Rusia zarista se dedicaba a pacificar el alzamiento polaco y la diplomacia británica en Londres extraía un compromiso entre las cinco grandes potencias europeas, sobre el futuro estatus de ese país: la Constitución Belga de 1831. Ella fue una obra maestra del camuflaje constitucional.⁵⁶ Sus más fuertes opositores le podían reprochar contener todos los elementos esenciales del constitucionalismo moderno, pero sus partidarios podían igualmente sostener que en ninguna parte los expresaba. En su versión francesa, evitaba proclamar abiertamente la soberanía popular, recurriendo en su lugar a la fórmula ambivalente de que todos los poderes derivaban de la nación.⁵⁷ La fraseología tendió a referirse a la Constitución Francesa de 1791, integrando al Rey en la nación.⁵⁸ Sin ser el resultado de un vago compromiso o, como la Paulskirche en 1848, un deliberado rechazo de la idea de soberanía popular, el significado del artículo respectivo puede ser más explícito en su versión oficial flamenca: “*Alle gezag komt van het volk* [Todo el poder proviene del pueblo]”.⁵⁹ Sin embargo, lo que algunos podían entender como una soberanía popular disfrazada, otros lo podían descartar fácilmente como una pobre traducción.

30. Ahí no había declaración de derechos y de principios universales, pero en sustancia, el Título II “*Sobre los Belgas y sus derechos*”, servía al mismo propósito. No fue proclamada la responsabilidad del gobierno, pero el art. 24 señaló cómo podía hacerseles responsables por actos administrativos a los funcionarios públicos.⁶⁰ La constitución quedó atrincherada como ley suprema, pero no se tomó ninguna medida para prevenir que el artículo respectivo fuera derogado.⁶¹ Los privilegios políticos de la aristocracia fueron abolidos, pero para ser elegido senador era necesaria la calidad de

⁵⁶ Esta interpretación, obviamente, contradice a A. de Dijn, “A Pragmatic Conservatism. Montesquieu and the Framing of the Belgian Constitution (1830-1831)”, en: *History of European Ideas*, 28 (2002), 227-245, quien desatiende tanto las controversias constitucionales de la época, como la constelación política europea.

⁵⁷ Constitución de Bélgica, art. 25, en: *Bulletin officiel des décrets du Congrès national de la Belgique, et des arrêtés du pouvoir exécutif/Staetsblad*, n°. 14, Bruselas: Imprimerie de Weissenbruch père, 1831, 180.

⁵⁸ Constitución Francesa de 1791, Título III, art. 1, en: *Constitutions de la France*, ed. por Godechot, 38.

⁵⁹ Constitución de Bélgica, art. 25, en: *Bulletin officiel/Staetsblad*, 181.

⁶⁰ Cf. Gustave Beltjens, *Encyclopédie du droit civil belge II: La Constitution belge révisée, annotée au point de vue théorique et pratique de 1830 à 1894*, Lieja: Jacques Godenne, 1894, 333.

⁶¹ Constitución de Bélgica, art. 130, en: *Bulletin officiel de la Belgique*, 210.

gran propietario.⁶² Así, el gobierno representativo quedó asegurado, paralelamente a la separación de los poderes, el gobierno limitado, la independencia judicial, y finalmente, al poder de revisión constitucional.⁶³

31. El constitucionalismo moderno había alcanzado su mayor triunfo hasta el momento en Europa, incluso superando a Suiza, donde el entusiasmo revolucionario había conducido a la Declaración de los Derechos en Ginebra, tan temprano como en 1793. Alejada de la influencia francesa, la república alpina estaba caracterizada por sus intactas tradiciones locales que se contradecían con el constitucionalismo moderno. En particular, la tradición suiza de la comunidad soberana, que actúa a través de formas de democracia directa, difícilmente permitía la adopción de esos elementos esenciales al constitucionalismo moderno tales como el gobierno representativo, la separación de los poderes, el gobierno limitado, la independencia del aparato judicial, o una atrincherada ley suprema.⁶⁴ Pero, fuera en pequeñas repúblicas o extensos estados, el progreso del constitucionalismo moderno continuó siendo más implícito que explícito. La soberanía de la nación pudo también significar un rechazo conciente a la idea de la soberanía popular, como se demostró de nuevo durante las deliberaciones de la Paulskirche en 1848-49.⁶⁵ Incluso hoy, de las monarquías en la Unión Europea, sólo la constitución sueca de 1974 y la constitución española de 1978 proclaman abiertamente la soberanía popular.⁶⁶

32. En su conjunto, las revoluciones Europeas de 1848 constituyeron el momento más decisivo para el constitucionalismo moderno y su futura historia desde finales del siglo XVIII. Ningún otro evento aislado en el intervalo de sesenta años había dado un voto de confianza comparable a sus principios básicos y a largo plazo probó que cualquier intento de revertir la marea era fútil. Sus resultados inmediatos, sin embargo, fueron ambiguos. Como regla general, las constituciones de 1848-49 podían ser divididas en dos grupos: uno teniendo aquellas que fueron preparadas y decretadas para coartar la revolución y otro conteniendo aquellas que

⁶² Constitución de Bélgica, art. 6 y 56, *ibid.*, 176, 188.

⁶³ Cf. John Gilissen, "La Constitution belge de 1831: ses sources, son influence", en: *Res publica. Revue de l'Institut Belge de Science Politique, Bruxelles*, 10 (1968), 107-141; André Mast, "Une Constitution du temps de Louis-Philippe", en: *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger*, 73 (1957), 987-1030; también las todavía clásicas acotaciones de Émile de Laveleye, *Quelques Considérations sur la constitution belge*, junto con: Théodore Juste, *Le Congrès national de Belgique 1830-1831. Précédé de Quelques Considérations sur la constitution belge par Émile de Laveleye*, vol. I, Bruselas y Leipzig: Librairie Européenne C. Muquardt, 1880.

⁶⁴ Cf. *Constitution genevoise, sanctionnée par le souverain le 5 Fév. 1794, l'an troisième de l'Égalité; précédée de la Déclaration des droits et des devoirs de l'homme social, consacrée par la nation genevoise le 9 Juin 1793. Imprimé & distribué par ordre du Gouvernement*, Ginebra: Imprimerie de Bonnand, [1794].

⁶⁵ Cf. Horst Dippel, "Das Paulskirchenparlament 1848/49: Verfassungskonvent oder Konstituierende Nationalversammlung?", en: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, N.S. 48 (2000), 17-18.

⁶⁶ Ch. I, art. 1: "En Suède, tous les pouvoirs émanent du peuple. La souveraineté du peuple suédois [...]"; y art. 1,2: "La souveraineté nationale réside dans le peuple espagnol; tous les pouvoirs de l'État émanent de lui" (*Les Constitutions des États de l'union européenne*, ed. por Constance Grewe y Henri Oberdorff, París: La documentation française, 1999, 450, 180).

fueron verdaderamente los frutos de una revolución. No es de sorprender entonces que el constitucionalismo moderno y sus elementos esenciales fueran rechazados en el primer grupo de constituciones, con tan sólo pequeñas excepciones, mientras que fueron cruciales para el último. Las constituciones de los Estados miembros de Alemania de 1848-49 son particularmente apropiadas para ilustrar la amplia gama de posibilidades. La elite gobernante del pueblo hanseático de Lübeck probó ser básicamente tan resistente a la ideas del constitucionalismo moderno como la de Hamburgo, donde ninguna constitución en absoluto fue adoptada en esos años. La Constitución de Lübeck de abril de 1848, en realidad, sancionó el orden tradicional de los estados, en donde la única concesión a la constitución de la revolución de diciembre de 1848 fue hecha para introducir el gobierno representativo.⁶⁷

33. Incluso antes de la declaración oficial de los derechos de Paulskirche, los estados que adoptaron una nueva constitución generalmente insertaron un extenso catálogo de derechos humanos en él; sin embargo, fieles a lo que se había discutido extensamente en el Paulskirche y consistentemente con eso, sin reconocer los principales universales de su legitimización. Como regla, adoptaron el gobierno representativo, la separación de poderes, la responsabilidad gubernamental, y la independencia judicial. Algunos también proveyeron reglas para hacer enmiendas a la constitución. Dos constituciones, las de Lauenburg y Waldeck-Pyrmont, hicieron de la constitución la ley suprema con el último mandato de que “Disposiciones legales inconsistentes con esta constitución son nulas.”⁶⁸ La constitución de Anhalt-Dessau de 1848 fue la única en adoptar adicionalmente el principio de “Todo el poder se deriva del pueblo.”⁶⁹ A pesar de que los principios universales y el gobierno limitado no fueron declarados expresamente en ninguna parte, el constitucionalismo moderno había alcanzado en el siglo XIX su cenit en Alemania, una culminación que permanecería insuperable por los próximos setenta años.

34. La situación alemana, generalmente hablando, no fue única en Europa occidental. La constitución Danesa de 1849, aunque liberal en su tenor y documentando su adherencia a los principios del gobierno limitado y a la separación de los poderes desde su inicio,⁷⁰ aseguró el gobierno representativo, la independencia de lo judicial, los derechos humanos, y el poder de revisión constitucional, pero falló en reconocer la soberanía del pueblo y los principios universales, y fue menos expresiva acerca de la responsabilidad de los gobernantes y sobre el carácter de atrincherada ley suprema de la constitución. Con los elementos básicos adoptados, más o

⁶⁷ Constitución Revisada de Lübeck, 12 de diciembre de 1848, publicada en: *Lübeckische Verordnungen*, 1848, 186-213.

⁶⁸ Staatsgrundgesetz für die Fürstentümer Waldeck und Pyrmont [23 de mayo de 1849], § 141, publicado en: *Fürstlich Waldeckisches Regierungs-Blatt*, Nr. 13, 29.5.1849, 50.

⁶⁹ *Verfassungsurkunde für das Herzogtum Anhalt-Dessau* [29 de octubre de 1848], § 5, publicado separadamente [s.l.: s.n., s.a.], 4.

⁷⁰ Danmarks Riges Grundlov, I, §§ 1 y 2, publicado en: *Departementstidenden*, Nr. 37, 5.6.1849, 489.

menos rememoraba a la Constitución Holandesa de 1848,⁷¹ mientras que la Constitución de Luxemburgo de 1848 fue en gran medida una adaptación de la Constitución de Bélgica de 1831, con la excepción, sin embargo, de su artículo 25, que establecía que todo el poder emanaba de la nación.⁷²

35. Lo que faltaba en la Constitución de Luxemburgo de 1848 y se hallaba parcialmente oculta en la Constitución Belga de 1831, fue abiertamente declarado en la Constitución de la República Romana en 1849, la constitución más democrática y una de las más ajustada a los elementos esenciales del constitucionalismo moderno, de entre todas las constituciones europeas de la revolución de 1848-49.⁷³ Comienza por proclamar: “Soberanía es el derecho eterno del pueblo”, y más tarde confirma: “Todo el poder emana del pueblo.”⁷⁴ Todos los otros nueve elementos básicos fueron declarados apropiadamente, con la sola excepción del gobierno limitado, que no fue establecido expresamente. Las otras constituciones italianas de los años revolucionarios asemejan el amplio marco de las constituciones alemanas en su proximidad o distancia de los elementos esenciales del constitucionalismo moderno. El *Statuto Albertino*, la más duradera de todas las constituciones europeas vigentes de este bienio, marca la única excepción. Decretada por un monarca, reconoció por lo menos cuatro elementos esenciales: derechos humanos, gobierno representativo, separación de poderes, e independencia de lo judicial - más que la mayoría de las otras constituciones de origen comparable, originadas dentro o fuera de Italia.⁷⁵

36. El constitucionalismo moderno definitivamente había dado un gran paso hacia adelante en Europa, con las revoluciones de 1848, y el más sonado ejemplo en Europa Central fueron presumiblemente los borradores de la Dieta Imperial en Kremsier,⁷⁶ de una declaración de derechos

⁷¹ Cf. *Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden. Officiële uitgave*, La Haya: Ter algemeene Lands-drukkerij, 1848.

⁷² Cf. *Verordnungs- und Verwaltungsblatt des Großherzogthums Luxemburg/Mémorial législatif et administratif du Grand-Duché de Luxembourg*, 1848, 389-414. La constitución fue firmada por el mismo Rey Guillermo II, quien tres meses después firmó la Constitución de Holanda, la cuál tampoco proclamó la soberanía de la nación. A pesar de que la constitución de Luxemburgo fue publicada de forma bilingüe, con la lengua alemana en primer lugar, el idioma en que fue originalmente concebida era obviamente el francés, como indica la idéntica ordenación de las palabras en la mayor parte de la constitución y en el texto francés de la constitución belga.

⁷³ Cf. Giuseppe Galasso, “La Costituzione romana del 1849”, en: *Executive and Legislative Powers in the Constitutions of 1848-49*, ed. por Dippel, 231-269; Horst Dippel, “Die Bedeutung der Verfassung der Römischen Republik in der Geschichte des modernen Konstitutionalismus”, en: *Giornale di storia costituzionale*, 7 (2004), 85-90.

⁷⁴ Costituzione della Repubblica Romana, Principii fondamentali, art. 1, y tít. II, art. 15, facsimile reprint in *I Progetti e la Costituzione della Repubblica Romana del 1849. Testi e index locorum*, ed. por Paola Mariani Biagini, Florencia: Istituto per la documentazione giurídica del Consiglio Nazionale delle Ricerche, 1999, [53], [56]; también en: *Le Costituzioni italiane*, ed. por Alberto Aquarone et al., Milán: Edizioni di comunità, 1958, 614, 616.

⁷⁵ Cf. Hartmut Ullrich, “The Statuto Albertino”, en: *Executive and Legislative Powers in the Constitutions of 1848-49*, ed. por Dippel, esp. 129-144.

⁷⁶ Según Gerald Stourzh, “Frankfurt-Wien-Kremsier 1848/49: Der Schutz der nationalen und sprachlichen Minderheit als Grundrecht”, en: id., *Wege zur Grundrechtsdemokratie. Studien zur Begriffs- und Institutionengeschichte des liberalen Verfassungsstaates*, Viena y Colonia: Böhlau,

fundamentales y de una constitución, la cual al igual que la última constitución de la República de Roma, de todos los elementos esenciales expresados, solamente dejó de mencionar el gobierno limitado.⁷⁷ Aunque la situación política no permitió mayores avances en otras partes de Europa hasta la fecha, el constitucionalismo moderno, a pesar de sus muchos oponentes y de las severas contrariedades resultantes de la reacción de 1850's, había echado raíces firmes en Europa, aún si su historia posterior en esta parte del mundo probará estar llena de contradicciones. Había sido dado un gran paso para poner al gobierno sobre una base más racional, para beneficio de la gente.

37. En esos días una victoria fácil había sido obtenida en un lugar completamente diferente, donde las futuras contradicciones no iban a ser menos evidentes: Liberia. Su constitución del 26 de julio de 1847, americano como era su origen, transplantó todos los diez elementos básicos de Virginia a la costa oeste de África.⁷⁸ En Latinoamérica, sin embargo, una estructura formal de gobierno de acuerdo al ejemplo dado por los Estados Unidos fue llenado con contenidos originados del pasado colonial español, portugués o francés, con las discrepancias sociales de una elite gobernante enfrentada a las masas indígenas despojadas de sus derechos, y con algunas influencias europeas recientes. Este escenario particular causó y continúa causando manifiestas diferencias en la forma de entender la constitución, resultando en un cisma entre la constitución formal y la material, el cual únicamente parece estar cerrándose en años recientes.⁷⁹ Las constituciones de la primera mitad del siglo XIX reconocieron de buena gana el gobierno representativo y la separación de poderes. Algunos elevaron la constitución a ley suprema y tuvieron elaboradas provisiones para los procesos de enmienda. Gobierno limitado, responsabilidad, e independencia judicial, sin embargo, no fueron generalmente tópicos favoritos ni asumieron su significado real. Los derechos humanos fueron declarados con bastante frecuencia, a pesar de que muchas constituciones los habían reservado solo para los "ciudadanos", que parece ser otra palabra para denominar a la elite gobernante, donde los "deberes", los que una constitución difícilmente podía olvidar listar, aparecían primordialmente aplicados al resto de la población. Esto también explica por qué los principios universales fueron tan raros en estas constituciones, y muchas de ellas prefirieron referirse a la soberanía de la nación, en vez de a una soberanía más radical, del pueblo.

1989, 197, quien examina las analogías entre las declaraciones de derechos humanos del Paulskirche y la de la dieta de Kremsier, siendo la principal diferencia que en Kremsier fue inequívocamente declarada la soberanía popular.

⁷⁷ Cf. el texto reproducido en: *Texte zur österreichischen Verfassungsentwicklung 1848-1955*, ed. por Ilse Reiter, Viena: WUV-Universitätsverlag, 1997. 12-30.

⁷⁸ Cf. *Constitution of the Republic of Liberia With the Laws of the Republic. Enacted by the Senate and House of Representatives At their First Session, held in Monrovia, January and February, 1848. Printed at the Herald Office. By Authority*, [Monrovia], marzo 1848, 1-11.

⁷⁹ Cf. Roberto J. Vernengo, "Verfassungsstaat in Europa und Lateinamerika", en: *Politische Herrschaftsstrukturen und Neuer Konstitutionalismus – Iberoamerika und Europa in theorievergleichender Perspektive*, ed. por Werner Krawietz et al. (*Rechtstheorie*, Beiheft 13), Berlín: Duncker & Humblot, 2000, 325-332.

38. A pesar de estas impresiones rápidas, diferencias substanciales entre las constituciones de, por ejemplo, Ecuador y Guatemala, existieron, y situaciones políticas diferentes o contextos sociales pueden haber resultado en abrir más los países a los elementos esenciales del constitucionalismo moderno. Además, se necesitaría un más detallado análisis de los cientos de constituciones americanas desde México a Argentina, de sus orígenes políticos, y del discurso intelectual en el cual estaban inmersas, por lo cual me hace falta espacio, y aún más, competencia.
39. La historia del constitucionalismo moderno es una historia que necesita ser escrita.⁸⁰ Los comentarios que preceden solamente esbozan un borrador con la intención de incitar un nuevo pensamiento sobre la historia constitucional en general y sobre su impacto en diferentes países en particular. Se ha demostrado que se reclama una perspectiva fresca para que brinde nuevas luces en la historia constitucional de todos los países involucrados. En vez de preguntar cuando y donde las ideas e instituciones americanas o francesas fueron copiadas, como se ha hecho hasta ahora, el desarrollo constitucional de ambos países aparece con una nueva luz, demandando nuevas respuestas. La historia del constitucionalismo moderno deliberadamente se aleja de los pasos de la historia constitucional nacional e inicia una perspectiva global. Los documentos para esta nueva aproximación están todos allí. Todo lo que necesitan es una nueva lectura, que promete abrir un enorme espacio, de nuevos panoramas.

⁸⁰ Esto también dará perspectiva a Fukase y Higuchi, *Le Constitutionalisme et ses problèmes au Japon*, quienes, sin ningún apuntalamiento teórico, comenzaron a enumerar, desde el art. 16 de la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre, la soberanía del pueblo, la separación de poderes, los derechos humanos, y los principios universales como características del constitucionalismo moderno, para concluir que después de décadas de debate constitucional y peleas políticas, el país, con la constitución de 1946, finalmente “se adhiere sin reservas a los principios del constitucionalismo moderno” (p. 22).

Universality – a Principle of European and Global Constitutionalism

Markus Kotzur

Introductory Remarks

I. The Idea of Universality

II. Universal/Global Law as Constitutional Law of the International Community

III. Universal Law “Drafted” by National Constitutions – an Overview

1. The National and the Universal, the National State and the World – Cognitions and Confessions Typically Found in Preambular Formulations

2. Universal Human Rights Standards as Inter-Constitutional Principles

3. National Policy Objectives and Their Universal Dimensions

4. Especially an „International Rule of Law“

5. The Self-Determination of the Peoples and the Protection of Minorities – a Universal “Melting Pot” of International and National Law

6. The Open National State – Constitutional Provisions “Opening” the State as to the Global Law Dimension

IV. Inter-Constitutional Global Law and Inter-Constitutional Universality – Methods, Perspectives, Limits

Final Remarks

Introductory Remarks

1. Is there, based upon a universal notion of *the* law, a global or universal legal order? Is there a universal source of judgement? The universality of common moral values as well as common legal principles, giving rise to a step by step development of a basic legal order for all mankind, may very well be considered as a dangerously *Euro-centric*, presumptuous utopia. However, such a development seems to be the inevitable consequence of what is called globalisation.¹ The “global village” – describing

¹ P. Häberle, Das “Weltbild” des Verfassungsstaates – eine Textstufenanalyse zur Menschheit als verfassungsstaatlichem Grundwert und “letztem” Geltungsgrund des Völkerrechts, in: FS M. Kriele, 1997, p. 1277 ff., 1278; as to the globalisation R. Dahrendorf, Anmerkungen zur Globalisierung, in: U. Beck (ed.), Perspektiven der Weltgesellschaft, 1998, p. 31 ff.; R. Dolzer, Globalisierung und Wirtschaftsrecht: Ein deutsches Interesse, NJW 2001, p. 2303 ff.; R. Durth, Globalisierung und Wirtschaftswachstum, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 48/2000, p. 5 ff.; K. König, Öffentliche Verwaltung und Globalisierung, Verwaltungsarchiv 92

manifold worldwide interdependencies in fields such as technology, economy, politics – for sure is a serious challenge to the traditional categories of legal thinking. Many ambiguities have to be taken into consideration: the lack of normativity of a global legal system, many indifferent associations connected with the idea of globalism respectively universalism.² Therefore, rethinking the relationship between universality and cultural/historical particularity becomes all the more necessary. To provoke the solemn pathos of “universality” or global law would not be sufficient. Quite the contrary, it would rather sound like a suspicious excuse for a desired but not existing vision of “our one planet earth”. Universality is well known in different contexts: the universal dimension of religions, the missionary aims of ideologies, the discursive world public forum of philosophical debates, the universal history by *Voltaire*, the “Weltgeist” by *G. F. Hegel* or the “weltbürgerliche Absicht” by *I. Kant*. The collapse of the communist systems in Eastern Europe after 1989/1999 raised hope that a “new world order” under the United Nations could become effective. However, in the post Iraq war period one needs to pay attention to rather precarious dialectics between “global law” and global power”. Not a universal “rule of law” but a global *state of emergency* might turn into a quite disputable paradigm of the worldwide “anti terror war”.³

2. The process of structuring universal law, of outlining its chances and limits, requires a thorough scientific approach. The analyst not only has to be aware of the historical but also the comparative dimension. Universality might be understood as a pre-existent Platonic idea(l) as well as a concrete real life phenomenon originated by very specific historical developments. Universality is deeply rooted in cultural traditions. It is a concept used by many scientific disciplines. In the legal context, universality is an intrinsic expression of the very legal culture a political community is based upon. Even more, this article will try to show that universality is a *constitutional principle* itself. Since 1789, the principle of universality – born in the aftermath of the French Revolution and expressed in the “Déclaration des droits de l’homme et du citoyen” – has been written down in

(2001), p. 475 ff., at 475–479 (globalisation and global governance); *P. Zumbansen*, Spiegelungen von Staat und Gesellschaft: Governance-Erfahrungen in der Globalisierungsdebatte, in: ARSP, Supplement 79, 2001, p. 13 ff.; *P. Robejsek*, Globalisierung – Eine kritische Untersuchung der Tragfähigkeit eines populären Konzepts, in: D. S. Lutz (Hrsg.), Globalisierung und nationale Souveränität, FS W. Röhrich, 2000, p. 61 ff.; *M. Kotzur*, Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa, 2004, p. 5 ff.; *Th. L. Friedmann*, The Lexus and the Olive Tree. Understanding Globalization, 1999; regarding open and global markets see also *P. Kirchhof*, Der demokratische Rechtsstaat – die Staatsform der Zugehörigen, HStR., Bd. IX, 1997, § 221, Rn. 135.

² See *E. Zeller*, Auslegung von Gesetz und Vertrag, 1989, p. 110 ff.

³ Among many newspaper articles e. g. *A. Kreye*, Krieg ist nur ein Wort, SZ of January 7, 2003, p. 13; moreover *R. Müller*, Außerhalb des Rechts. Der amerikanische Krieg gegen den Terror und internationale Grundwerte, FAZ of December 28, 2002, p. 8; *G. Nolte*, Weg in eine andere Rechtsordnung. Vorbeugende Gewaltanwendung und gezielte Tötung, FAZ of January 10, 2003, p. 8; *M. Kotzur*, Die Weltgemeinschaft im Ausnahmezustand?, AVR 42 (2004), p. 353 ff.; *E. Sarcevic*, Notstand und völkerrechtliches Verfassungsexperiment, in: GS J. Burmeister, 2005, p. 359 ff.

many constitutional texts of various different legal cultures and found resemblance in public international law treaties such as the UN-Charter or the International Covenant on Civil and Political Rights. If public international law shall be (or become) a meaningful instrument to developed a rule of law based and accordingly “constitutional” legal texture for the aforementioned processes of globalisation and internationalisation, it needs to be universal in nature. And it needs to meet universal expectations. An *inter-constitutional* concept of public international law⁴, shaping universal principles by comparing national constitutions, will help to clarify the possible content as well as the possible functions of universal law.

I. The Idea of Universality

3. The terms „universal“ or „universality“ are of Latin origin. The American Heritage Dictionary of the English Language (4th ed. 2000) describes universality as (1.) “the quality, fact, or condition of being universal” and (2.) “universal inclusiveness in scope or range, especially great or unbounded versatility of the mind”. What is universal, exists and prevails everywhere. It has a certain relation, extension and applicability to more or less everything. Therefore, a merely Platonic approach as to virtues, the good, justice or (human) rights would result in a shortcoming. Universality rather “should be looked for, not in abstract theoretical ‘principles’ or other a-historical judgement or vision, but in concrete experience”, which is to say: “normative authority, in so far as it exists for man, resides in historical particularity”.⁵ Let us pay attention to some of these historical particularities. Platonic philosophy itself has a historical momentum. Only in a vivid debate with the Pre-Socratic or Pre-Platonic achievements of Greek philosophy, Plato could create his world of ideas associating the universal “with ascent from the world of change and particularity”.⁶ The universal highest good will last and never change. Many universalists followed Plato: Aristotle, Seneca and Cicero – at least to some extent –, in the Christian Tradition Thomas Aquinas. The Christian religion put a special emphasis on the universal – with obvious consequences for the law. Modern public international law is deeply rooted in the idea of a Christian-European “family of peoples” – the so called *universitas christi-*

⁴ This approach is encouraged by the early studies of A. Verdross, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes auf Grundlage der Völkerrechtsverfassung*, 1923, p. 126 ff.; *id.*, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926; furthermore *id./B. Simma*, *Universelles Völkerrecht*, 3rd ed. 1984, p. 59 f.; for more recent variations as to the topic see B. Fassbender, *Der Schutz der Menschenrechte als zentraler Inhalt des völkerrechtlichen Gemeinwohls*, EuGRZ 2003, p. 1 ff.; Ch. Walter, *Constitutionalizing (Inter)national Governance: Possibilities and Limits to the Development of an International Constitutional Law*, in: *German Yearbook of International Law* 44 (2001), p. 170 ff.

⁵ C. G. Ryn, *Universality and History: The Concrete as Normative*, in: *Humanitas*, Volume VI, No. 1, Fall 1992/Winter 1993.

⁶ *Id.*

ana.⁷ However, this notion of universality soon was challenged by the discovery of America, the Reformation and religious wars in Europe.

4. Humanity itself, the universal *societas humana* as one cornerstone of rationalistic natural justice⁸, became the legitimising point of reference for a truly global legal community.⁹ In the 18th century *E. de Vattel* framed his “humankind-oriented” concept of a „société des nations“.¹⁰ However, the strong focus on the human being as *an individual* at the same time questioned whether universality could be a source of normativity. Fundamental dichotomies emerged from the universal-individual model: universality versus particularity, universality of values versus relativity of values, universality versus diversity. Once more, universality seemed to be the Platonic ideal, particularity the empirically profound real world description. Not surprisingly, thinkers like *E. Burke* and others represent a historical emphasis on a connection between particularity, diversity etc. on the one, normativity on the other hand. Notwithstanding the impressive intellectual level of the philosophical universality-particularity debate, a black-and-white scheme of the universal and the particular-individual is not able to explain today’s theory and practice especially of human rights protection.¹¹ Human rights are both – universal and individual/particular in nature. They are based upon the *universal* notion of human dignity and the *particular* realisation thereof in a particular legal culture at a particular moment in time. This notion of universality can look back on the great tradition of the Virginia Bill of Rights (1776) or the French Declaration (1789), the latter one saying in its article 16: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution”. Modern human rights texts some-

⁷ *A. Verdross*, Die Wertgrundlagen des Völkerrechts, in: AVR 4 (1953), p. 129 ff., at 129, describes public international law as a product of Western and Christian culture.

⁸ See *R. Pound*, The Revival of Comparative Law, in: Tulane Law Review V (1930), p. 1 ff., 9, 11 („comparative law as declaratory of natural law“).

⁹ *W. Grewe*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 2nd ed. 1988, p. 689.

¹⁰ *Ibidem.*, p. 686; *C. W. Jenks*, The Common Law of Mankind, 1958, p. 19 et passim.

¹¹ See *L. Kühnhardt*, Die Universalität der Menschenrechte, 1987; furthermore *F. Ermacora*, Allgemeine Staatslehre, 2nd vol., 1970, p. 731 ff.; *Ch. Tomuschat*, Is Universality of Human Rights Standards an Outdated and Utopian Concept?, in: Gedächtnisschrift Ch. Sasse, vol. 2, 1981, p. 585 ff.; *K. Stern*, Staatsrecht, vol. III/1, 1988, p. 209 ff.; *W. v. Simson*, Überstaatliche Menschenrechte: Prinzip und Wirklichkeit, in: FS K. J. Partsch, 1989, p. 47 ff., 50 ff.; *H. Bielefeldt*, Menschenrechte und Menschenrechtsverständnis im Islam, in: EuGRZ 1989, p. 489 ff., 490 ff.; *J. Rüsen*, Theorieprobleme einer vergleichenden Universalgeschichte der Menschenrechte, in: FS H.-U. Wehler, 1991, p. 58 ff.; *A. B. Fields/W.-D. Narr*, Human Rights as a Holistic Concept, in: Human Rights Quarterly, Vol. 14 (1992), p. 1 ff.; *R. Higgins*, Problems and Process, 1994, p. 96 ff.; *Ph. Alston*, The UN’s Human Rights Record: From San Francisco To Vienna and Beyond, in: Human Rights Quarterly, Vol. 16 (1994), p. 375 ff., 380 f., 382 ff.; *H. Maier*, Wie universal sind die Menschenrechte?, 1997; *E. Klein*, Universeller Menschenrechtsschutz – Realität oder Utopie?, in: EuGRZ 1999, p. 109 ff., 109 f. As to the universality of the “rule of law” see *H. Hofmann*, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaates, in: Der Staat 34 (1995), p. 1 ff.

what absorb these classical texts.¹² The following examples may give proof of such a “process of reception”. The first quotation stems from the “Bangkok Declaration” representing the human rights idea in an Asian cultural context:

5. „(...) recognise that while human rights are universal in nature, they must be considered in the context of a dynamic and evolving process of international norm-setting, bearing in mind the significance of national and regional particularities and various historical, cultural and religious backgrounds.“¹³
6. The universality of human rights also was a topic of the Vienna Conference in 1993. The final document, the Vienna Declaration, strongly rejects any kind of cultural, religious or historical relativity of human rights. Before outlining the different principles of a global or universal legal order in more detail, § 1 of the Vienna Declaration may provide for a rather ardent prologue:
7. „The World Conference on Human Rights reaffirms the solemn commitment of all States to fulfil their obligations to promote universal respect for, and observance of, all human rights and fundamental freedoms for all in accordance with the Charter of the United Nations, other instruments relating to human rights, and international law. The universal nature of these rights and freedoms is beyond question.“¹⁴

II. Universal/Global Law as Constitutional Law of the International Community

8. Global law can be defined as the complex of all the rules that claim to be of universal normativity. This normativity does not depend on the question which kind of formal or material source of the law it refers to. It can be law made by the United Nations, the European Union/the European Communities or the single national states. For some, global law is next to national and international law a “third legal system of its own”¹⁵, for others it is just some part of traditional private or public international law,

¹²This model of “reception”, may it be the reception of the wording, the reception of theories or the reception of great judgements by the courts, has been developed by *P. Häberle*, *Textstufen als Entwicklungswege des Verfassungsstaates*, in: *id.*, *Rechtsvergleich im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, 1992, p. 3 ff., 9; see also *id.*, *Klassikertexte im Verfassungsleben*, 1981.

¹³ Quoted according to *Ph. Alston*, *The UN’s Human Rights Record: From San Francisco To Vienna and Beyond*, in: *Human Rights Quarterly*, Vol. 16 (1994), p. 375 ff., 382.

¹⁴ UN Doc. A/Conf. 157/22 of July 6 1993. German translation in: *EuGRZ* 1993, p. 520 ff.

¹⁵ See *G. Teubner*, *Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Basler Schriften zur Europäischen Integration* Nr. 21, 1996, p. 4 ff.

domestic law or law generated by (supranational) regional entities such as the European Communities under the roof of the European Union. One has to be very careful to claim that without any intervention by traditional law making bodies, private global players could create a legal system “*sui generis*”.¹⁶ Of course, it is a quite tempting idea to develop a non State-centred universal legal system shaped by a global civil society – if something like that exists at all: by multi-national enterprises, the mass media, NGOs, human rights organisations and so on.¹⁷ A „*lex spontiva internationalis*“ might be the transnational result. In private international law, the „*lex mercatoria*“ has controversially discussed.¹⁸

9. If law made by national Parliaments is particular in nature, a law made by the aforementioned global actors might be the universal alternative. However, their freedom and power to be directly or indirectly engaged in law making processes – if they have any – is granted to them by national constitutions. The members of the civil society can act because of their fundamental rights and freedoms, the guarantee of which is found in national (to some extent also international) “constitutional texts” and the protection of which is first and foremost ensured by the national states. This relation between the ability of the civil society to politically act and the relevant provisions in the national constitutions finds its parallel in the way national and international public law interact. The universal principles of public international law are all the more effective if they are similarly expressed by national constitutional guarantees and vice versa the national constitutions can open the formerly closed, meaning self-centred, nation state to allow him to act on the universal level. So, the particular nation state will participate in creating norms with universal normativity – human rights law and international criminal law give a good example.¹⁹ This process of participation and creation can rely on a great

¹⁶As to the idea of „Global Governance“ see *D. Held*, *Democracy and the Global Order: From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, 1995; with a special emphasis on environmental protection *O. Young*, *International Governance. Protecting the Environment in a Stateless Society*, 1994.

¹⁷*V. Ronge*, *Am Staat vorbei*, 1980; *M. J. Bonell*, *Das autonome Recht des Welthandels – rechtsdogmatische und rechtspolitische Aspekte*, 42 *RabelsZ* (1978), p. 485 ff.; *J.-Ph. Robe*, *Multinational Enterprises: The Constitution of a Pluralistic Legal Order*, in: *G. Teubner* (ed.), *Global Law Without A State*, 1996; *G. Teubner*, *Privatregimes: Neo-spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft*, in: *Liber amicorum S. Simitis*, 2000, p. 437 ff.

¹⁸*R. Meyer*, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, 1994; *U. Stein*, *Lex mercatoria. Realität und Theorie*, 1995; *K. Highet*, *The Enigma of the Lex Mercatoria*, 63 *Tulane Law Review* (1989), p. 613 ff.; *G. Teubner*, *Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechts-pluralismus*, *Basler Schriften zur Europäischen Integration* Nr. 21, 1996, p. 3; very critical *O. Sandrock*, *Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland – Europa – und die Welt*, *JZ* 1996, p. 1 ff., 9.

¹⁹*M. Kotzur*, *Weltrecht ohne Weltstaat – die nationale (Verfassungs-)Gerichtsbarkeit als Motor völkerrechtlicher Konstitutionalisierungsprozesse*, *DÖV* 2002, p. 195 ff.; *W. Weiß*, *Völkerstrafrecht zwischen Weltprinzip und Immunität*, *JZ* 2002, p. 696 ff., 698 ff.; *Ch. Safferling*, *Zum aktuellen Stand des Völkerstrafrechts*, *JA* 2000, p. 164 ff. Regarding the „Statute of Rome“ see the draft of the statute: *A/CONF. 183/9* of July 17, 1998 (*EuGRZ* 1998, p. 618 ff.); furthermore *Ch. Tomuschat*, *Das Statut von Rom für den internationalen Strafgerichtshof, Friedens-Warte* 73 (1998), p. 335 ff.; *A. Zimmermann*, *Die Schaffung eines ständigen internationalen Straf-*

philosophical tradition. *Aristotle's* famous studies of a wide range of legal materials, such as the specific characteristics of a large number of city-state "constitutions," indicate an – at least vague – awareness, that "particularity is in some way knowable and a guide to the universal".²⁰

10. This way of creating new law can be described as co-operative. The law is emanated by co-operative mechanisms between the national and the international level. It is made in co-operation of the national and the international political community/communities. This kind of law may be qualified as global or universal law. It is universal because of its universal normativity (comparable to the *erga-omnes*-rules or the *ius cogens* in public international law) but it is not limited to the formal sources of public international law as written down in Art. 38 sec. I ICJ-Statute. Global law combines elements of national and international law and forms a new constitutional legal order of the world community.²¹ This kind of global or universal law can be conceived as constitutional law in a twofold way: (1.) it is shaped by national constitutions and (2.) it helps to develop constitutional structures in public international law. Its subject is the international community as such²², its public forum is a global civil society being quite more than a mere "societas mercatoria".²³ Of course, such an approach requires new perspectives in the science of public (international) law. Whereas the preamble of the Canadian Constitution Act (1867) rather particularly wanted "(to) promote the interests of the British Em-

gerichtshofs, ZaöRV 58 (1998), p. 47 ff.; *C. Stahn*, Zwischen Weltfrieden und materieller Gerechtigkeit: Die Gerichtsbarkeit des Ständigen Internationalen Strafgerichtshofs (IntStGH), in: EuGRZ 1998, p. 577 ff., 590 f.; *U. Fastenrath*, Der Internationale Strafgerichtshof, JuS 1999, p. 632 ff.; *K. Ambos*, Der neue Internationale Strafgerichtshof – ein Überblick, NJW 1998, p. 3743 ff., 3746; *id.*, „Verbrechenselemente“ sowie Verfahrens- Beweisregeln des Internationalen Strafgerichtshofs, NJW 2001, p. 405 ff.; *Ch. Walter*, Zwischen Selbstverteidigung und Völkerrecht: Bausteine für ein internationales Recht der "präventiven Terrorismusbekämpfung", in: D. Fleck (ed.), Rechtsfragen der Terrorismusbekämpfung durch Streitkräfte, 2004, p. 23 ff.; *G. Werle*, Völkerstrafrecht, 2003; *F. Selbmann*, Der Tatbestand des Genozids im Völkerstrafrecht, 2003; *J. Schlösser*, Mittelbare individuelle Verantwortlichkeit im Völkerstrafrecht, 2004.

²⁰ *C. G. Ryn*, Universality and History: The Concrete as Normative, in: *Humanitas*, Volume VI, No. 1, Fall 1992/Winter 1993.

²¹ *M. Nettesheim*, Das kommunitäre Völkerrecht, JZ 2002, p. 569 ff., 578; more sceptical and very critical *U. Haltern*, Internationales Verfassungsrecht?, AöR 2003, p. 511 ff.

²² *R.-J. Dupuy*, La communauté internationale entre le mythe et l'histoire, 1986, p. 180 : «(...) la communauté internationale ne rassemble pas que des gouvernements mais avant tout des hommes groupés dans des systèmes socio-culturels » ; *R. Falk*, Die Weltordnung innerhalb der Grenzen von zwischenstaatlichem Recht und Recht der Menschheit : Die Rolle der zivilgesellschaftlichen Institutionen, in : M. Lutz-Bachmann/J. Bohmann (eds.), Frieden durch Recht. Kants Friedensidee und das Problem einer neuen Weltordnung, 1996, p. 170; see also FS für K. Ginther (1999) with its very programmatic title: „Das Humanitäre Völkerrecht auf dem Weg vom Zwischenstaaten- zum Weltrecht“.

²³ A classical writing as to the „Weltgesellschaft“ (Global Society) is *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1993, p. 551 ff.; moreover *J. Habermas/N. Luhmann*, Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was leistet die Systemforschung?, 1979, p. 46 ff., 84 ff. et passim; *R. Stichweh*, Zur Theorie der Weltgesellschaft, in: Soziale Systeme 1 (1995), p. 29 ff.; *M. Schulte*, Eine Theorie der Gesellschaft und ihre „Feinde“, Rechtstheorie 32 (2001), 451 - 463.

pire“, the German Basic Law (1949) gives in its preamble an expression of what a national constitution can contribute to innovative structures of global constitutional law: “Inspired by the determination to promote world peace as an equal partner in a united Europe”.²⁴ Art. I-3 European Draft Constitution opens equally wide horizons.²⁵ Not only these examples but many further constitutional texts, especially preambles²⁶, write what one could describe as a *textbook* of constitutional history and comparative constitutional theory. They do write – sometimes admittedly the do re-write – the history of universality in a legal context. They furthermore describe how global law is made in a process of *mutual comparison* as well as *reciprocal reception* of national and international law.²⁷

III. Universal Law “Drafted” by National Constitutions – an Overview

1. The National and the Universal, the National State and the World – Cognitions and Confessions Typically Found in Preambular Formulations

11. In the preamble of the constitution, the constitutional state describes its legitimacy and its identity²⁸. The preamble qualifies as the *narrative* of political history, it outlines a sometimes realistic, sometimes idealistic, even utopian future. In the preamble, very often stories of integration are told – stories that start with the individual, that go on with the whole nation and finally refer to the international community or the national responsibility for the wellbeing of all mankind. What preambles therefore call the reader’s attention to is the “tug-of-war” between the individual,

²⁴ For the following quotations of constitutions: All constitutions of the EU-Member States are quoted according to the volume edited by A. Kimmel/Ch. Kimmel, 5th ed. 2000. All other constitutions are quoted according to Blaustein/Flanz, *Constitutions of the Countries of the World*.

²⁵ Most recently R. Streinz/Ch. Ohler/Ch. Herrmann, *Die neue Verfassung für Europa*, 2005, p. 54 ff.; M. Kotzur, *Die Ziele der Union: Verfassungsidentität und Gemeinschaftsidee*, DÖV 2005, p. 313 ff.; F. Reimer, *Ziele und Zuständigkeiten - Die Funktionen der Unionszielbestimmungen*, *Europarecht* 38 (2003), p. 992 ff.

²⁶ P. Häberle, *Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen*, in: FS J. Broermann, 1982, p. 211 ff., 231 f.; L. Waser-Huber, *Die Präambeln in den schweizerischen Verfassungen*, 1988, p. 150 ff.; A.-C. Kulow, *Inhalte und Funktionen der Präambel des EG-Vertrags*, 1997, p. 165 ff.; M. Kotzur, *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*, 2001, p. 60 ff.; regarding the topos, the structure and the functions of preambles in international treaties see N. D. Himmelfarb, *The Preamble in Constitutional Interpretation*, *Seton Hall Constitutional Law Journal*, Vol. 2 (1991), p. 127 ff. (including many further reference); recently G. Robbers, *Die Präambel der Verfassung für Europa - Ein Entwurf*, in: *Liber Amicorum P. Häberle*, 2004, p. 251 ff., and A. v. Bogdandy, *The Preamble*, in: de Witte (ed.), *The Reflections on the Constitutional Treaty for Europe*, 2003, p. 3 ff.

²⁷ For this kind of reciprocity see A. Cassese, *Modern Constitutions and International Law*, *RdC* (1985-III), p. 331 ff.

²⁸ P. Häberle, *Präambeln im Text und Kontext von Verfassungen*, in: FS J. Broermann, 1982, p. 211 ff.

the national state/national society and the world community/international society.²⁹ Some illustrative examples have to be introduced.³⁰ For the Asian legal cultures, the Indonesian Constitution (1945) gives proof of a universalistic self-conception. However, the universal is first and foremost an anti-colonial dimension: „Whereas freedom is the inalienable right of all nations, colonialism must be abolished in this world as it is not in conformity with humanity and justice“. The preamble of the Chinese Constitution (1982) outlines in a rather lengthy way the revolutionary history as a story of undoubtedly great success. Nevertheless, China is very aware of being dependent on the world community. Here the impressive text – that has to be compared to a not all that impressive political reality:

12. „China's achievements in revolution and construction are inseparable from support by the people of the world. The future of China is closely linked with that of the whole world. China adheres to an independent foreign policy as well as to the five principles of mutual respect for sovereignty and territorial integrity, mutual nonaggression, non-interference in each other's internal affairs, equality and mutual benefit, and peaceful coexistence in developing diplomatic relations and economic and cultural exchanges with other countries“.³¹
13. Similar to the German Basic Law, the Japanese Constitution (1946/47) tries to “overcome” the entanglement of Japan in the injustice and unique wrongdoings during world War II. In the centre of a new political and constitutional beginning, one will find universalism and the emphatical reference to humankind:
14. „We, the Japanese people, desire peace for all time and are deeply conscious of the high ideals controlling human relationship, and we have determined to preserve our security and existence, trusting in the justice and faith of the peace-loving peoples of the world. We desire to occupy an honored place in an international society striving for the preservation of peace, and the banishment of tyranny and slavery, oppression, and in-

²⁹ In this context, national constitutions very often make reference to “all humankind”, for the theoretical background as well as examples see *P. Häberle, Das “Weltbild” des Verfassungsstaates – eine Textstufenanalyse zur Menschheit als verfassungsstaatlichem Grundwert und “letztem” Geltungsgrund des Völkerrechts*, FS M. Kriele, 1997, p. 1277 ff.

³⁰ The selection of course is difficult. The risk of eclecticism might be high. To avoid it, different legal cultures from all over the world have to be included and the texts have to be read very critically, being aware of the quite often very different reality. See e. g. the Constitution of Eritrea (1996): „Convinced that the recognition, protection and securing of the rights and freedoms of citizens, human dignity, equality will guarantee a balanced development“; the Constitution of Honduras 1982: “para la plena realización del hombre, como persona humana”; the Constitution of Haiti 1987: “Ensure their inalienable and imprescriptible rights to life, liberty and the pursuit of happiness; in conformity with the Act of Independence of 1804 and the Universal Declaration of the Rights of Man of 1948.”

³¹ *W. Lasars, Die Machtfunktion der Verfassung – Eine Untersuchung zur Rezeption von demokratisch-rechtsstaatlichem Verfassungsrecht in China*, JöR 41 (1993), p. 597 ff.

tolerance for all time from the earth. We recognize that all peoples of the world have the right to live in peace, free from fear and want.

15. The last section of the preamble very purposefully makes an illusion to the famous “Four Freedoms”, declared by US-President *Roosevelt* as the foundations of a new world order – a world order of human dignity.³² Without such an explicit quotation but not less decidedly South Africa, having overcome the Apartheid-Regime, searches for its new role in a human dignity based international community:
16. “Heal the divisions of the past and establish a society based on democratic values, social justice and fundamental human rights; (...) Build a united and democratic South Africa able to take its rightful place as a sovereign state in the family of nations”.³³
17. A short glance on the Eastern European reform societies: Albania (1998) confesses “universal values” and the “Protection of human dignity”, Croatia (1990) would like to be conceived as “a sovereign and democratic state in which the equality of citizens and human freedoms and rights are guaranteed and ensured”. The preamble of the Bulgarian Constitution (1991) reads as follows: “by pledging our loyalty to the universal human values of liberty, peace, humanism, equality, justice and tolerance”. The constitution of the Czech Republic evokes “the spirit of the inviolable values of human dignity and freedom” – a spirit that can turn Czechia into a “part of the family of European and world democracies”. The introductory sequences of the Constitution of Belarus use terms such as “world community” and expressly confirms “our adherence to values common to all mankind”. And so does Russia (1993): “asserting human rights and liberties, civil peace and accord, (...) being aware of ourselves as part of the world community.”³⁴ A reference to international human rights can be found in the Constitution of Bosnia and Herzegovina (1995):
18. “Based on respect for human dignity, liberty, and equality, Dedicated to peace, justice, tolerance, and reconciliation, (...) Determined to ensure full respect for international humanitarian law; Inspired by the Universal Declaration of Human Rights, the International Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights, and the Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic,

³² See *L. Kühnhardt*, *Die Universalität der Menschenrechte*, 1987, p. 112 f.; moreover *H. Lauterpacht*, *An International Bill of the Rights of Man*, 1945, p. 6 f. und p. 84 f.; *H. Floretta/Th. Öhlinger*, *Die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen*, 1978, p. 9; *M. Kotzur*, *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*, 2001, p. 245 ff.

³³ *U. Karpen*, *Südafrika auf dem Weg zu einer demokratisch-rechtsstaatlichen Verfassung*, *JöR* 44 (1996), p. 609 ff. (at 614 as to the preamble and the applicability of international human rights, at 615 ff. as to the fundamental rights and freedoms).

³⁴ *B. Meissner*, *Das sowjetische Verfassungsrecht unter Gorbačev*, *JöR* 40 (1991/92), p. 191 ff.

Religious and Linguistic Minorities, as well as other human rights instruments (...).³⁵

19. Of course, in Western European constitutions the human rights universalism since 1789 is of great importance. In its preamble, the French Constitution directly refers to the Declaration of 1789 as a measure and example for all constitutional states. Liberty, equality and brotherliness are a universal issue.³⁶ Post-Franco Spain (Constitution of 1978) is seeking "friendly co-operation" between all people of the earth. All these preamble texts are not only *narrative*, they own a *normative* dimension. It is the normativity of general principles not of strict rules. Being known and present in so many different legal cultures, these principles become a universal benchmark for all kind of "legitimate" law – national or international law.³⁷ At least two of the principles, which as of today may be considered as international *ius cogens*, can be found in the preambles: (1.) the right of any state not to be attacked by the armed forces of any other state, and (2.) the individual right to life and a minimum standard of liberty.³⁸ So, national constitutions, the UN-Charter, the Universal Declaration of Human Rights (1948) and the International Human Rights Covenants *co-operate* in formulating these universal principles. A "Multilevel Constitutionalism" (*I. Pernice*) of national, European and Universal Principles becomes reality – especially in the field of human rights.³⁹

2. Universal Human Rights Standards as Inter-Constitutional Principles

20. The highly disputed universality of human rights gains credibility if not only conceived as a theoretical philosophical concept or as a moral value, but found in the normative texts of different constitutions.⁴⁰ Not-

³⁵ Similar examples can be found in African (legal) cultures, see the Constitution of Congo (1992): "preserve the sacred character of the human person (...) contribute to world peace as a member of the United Nations Organization (UN) and the Organization for African Unity (OAU)".

³⁶ The Constitution of Ecuador (1998) directly quotes the Declaration of 1789: „fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad.“ For the spirit of brotherliness and an international right to development see *J. Luther*, *Zur Entwicklung des Rechts auf Entwicklung - Europäische Beiträge*, in: *Liber Amicorum P. Häberle*, 2004, p. 337 ff.

³⁷ *J. L. Brierly*, *The Future of Codification*, in: *British Yearbook (...)*, p. 1 ff., 2: „The materials of the international codifier do not consist of known and accepted rules, and before he can even begin the process of clarifying and systematizing them, he finds himself confronted by another and more difficult task, that of securing an agreement of the substance of the rules themselves.“ See also *H. Lauterpacht*, *Codification and Development of International Law*, in: *American Journal (...)*, p. 16 ff., p. 22 („bringing about an agreed body of rules“).

³⁸ *G. Nolte*, *Weg in eine andere Rechtsordnung. Vorbeugende Gewaltanwendung und gezielte Tötung*, *FAZ* of January 10, 2003, p. 8.

³⁹ *Ch. Callies*, *Europa als Wertegemeinschaft - Integration und Identität durch Europäisches Verfassungsrecht*, *JZ* 2004, p. 1033 ff.; *Th. Oppermann*, *Europäischer Vertragskonvent und Regierungskonferenz 2002 - 2004*, *DVBl.* 2004, p. 1264 ff.; *D. Th. Tsatsos*, *Zur Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, *Liber Amicorum P. Häberle*, 2004, p. 223 ff.

⁴⁰ *M. Kotzur*, *Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes*, 2001, p. 328 ff.

withstanding the gap between textual confessions and political realities, international human rights guarantees do not only pay lip service to the concerned world public, if they help to ensure and enforce quite effective constitutional human rights standards on the international level.⁴¹ In summary: Human rights form particular constitutional guarantees as well as *universal* principles. Both of them refer to the *human being* as the ultimate source of legitimacy for any kind of public authority.

21. a) *Human Dignity*. The universality of human rights becomes most obvious where human dignity is the source of legitimacy.⁴² Dignity is granted to any person anywhere under whatever circumstances. It is granted to the human being just *because of* being a “human being”. Art. 1 sec. 1 and sec. 2. German Basic Law give a classical example, see particularly sec. 2:

22. „The German People therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and justice in the world.“

23. As of today, human dignity provisions made a worldwide career.⁴³ The EU-Charter of Human Rights, an integral part of the future constitution, starts off with the reference to human dignity. The Charter makes clear that human dignity entitles the human being to have rights.⁴⁴ Art. 6 sec. 1 Bulgarian Constitution knows the title “Human Dignity, Freedom, Equality” and says: “All persons are born free and equal in dignity and rights”. The context of equality and dignity is emphasised in Art. 41: „dignidad humana“. The Constitution of Eritrea (1996) demands (Article 16 Abs. 1 – Right to Human Dignity): “The dignity of all persons shall be inviolable”. South Africa, in a rather pragmatic way, links human dignity to sovereignty and democracy, see “Section 1: Republic of South Africa”: “The Republic of South Africa is one sovereign democratic state founded on the following values: (a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms”. Regarding the individual human being the constitution goes on under “Section 10: Human dignity”: „Everyone has inherent dignity and the right to have their dignity re-

⁴¹ See also *W. Schreckenberger*, *Der moderne Verfassungsstaat und die Idee der Weltgemeinschaft*, *Der Staat* 34 (1995), p. 503 ff., p. 507 ff.; more recently *F. Schorkopf/Ch. Walter*, *Elements of Constitutionalization: Multilevel Structures of Human Rights Protection in General International and WTO-Law*, *GLJ* 4 (2003), p. 1359 ff.

⁴² *P. Häberle*, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, *HStR*, vol. 1, 2nd ed. 1995, § 20, Rn. 46 ff. (now 3rd ed. 2004); *R. Gröschner*, *Die Würde des Menschen*, in: *P. Bavatstro* (ed.), *Individualität und Ethik*, 1997, p. 15-35.

⁴³ For Switzerland see *J. P. Müller*, *Grundrechte in der Schweiz*, 3. Aufl. 1999, p. 1 ff.

⁴⁴ Regarding human dignity as a “right to rights” *Ch. Enders*, *Die Menschenwürde in der Verfassungsordnung*, 1997; for comprehensive further reference regarding the EU-Charter see *R. Streinz*, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Commentary)*, in: *id.* (ed.), *EUV/EGV*, 2003, p. 2571 ff.; *J. Meyer* (ed.), *Kommentar Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 2003; *R. Streinz/Ch. Ohler/Ch. Herrmann*, *Die neue Verfassung für Europa*, 2005, p. 78.

spected and protected.” Under very different religious and cultural circumstances Israel⁴⁵ confesses in its Basic Law (1994):

24. „Human Dignity and Liberty: Section 1 Basic Principles: Basic human rights in Israel are based on the recognition of the value of the human being, and the sanctity of his life and his freedom, and these will be respected in the spirit of the principles of the Declaration of Independence of the State of Israel.
25. Section 1a: Purpose: The purpose of this Basic Law is to protect human dignity and liberty, in order to anchor in a Basic Law (...) values of the State of Israel as a Jewish and democratic state.“
26. The heritage of human dignity is not exclusively Christian, it is also Jewish. To find its identity⁴⁶, the Jewish-Christian Occident has to be very well aware of the religious as well as cultural heritage. Under the regime of S. Hussein nobody would have expected that just the Interim-Constitution of Iraq (1990) gives an outstanding example for human dignity provisions in the Islamic world. Art. 22 (Dignity, Personal Integrity, Arrest, Home) reads: „The dignity of man is safeguarded. It is inadmissible to cause any physical or psychological harm.”⁴⁷ The gap between wording and reality is obvious. However, there is also a chance for upcoming processes of development. We shall never forget that in 1789 the human dignity visions were only little less utopian. Keeping this in mind, furthermore relying on the critical power of a world public opinion, the world community can stand the aforementioned gap.⁴⁸ Today’s normative lie can become tomorrow’s legal reality: Therefore, even the Constitution of Iran can be encouraging (e. g. as to the relationship between believers and non-believers):
27. “Article 14 (Non-Muslims' Rights): In accordance with the sacred verse "God does not forbid you to deal kindly and justly with those who have not fought against you because of your religion and who have not expelled you from your homes" [60:8], the government of the Islamic Republic of Iran and all Muslims are duty-bound to treat non-Muslims in conformity with ethical norms and the principles of Islamic justice and equity, and to respect their human rights.”⁴⁹

⁴⁵ C. Klein, La nouvelle législation constitutionnelle d' Israël, JöR 42 (1994), p. 553 ff., 558 ff. (regarding the principle of human dignity).

⁴⁶ S. Koriath/A. v. Bogdandy, Europäische und nationale Identität. Integration durch Verfassungsrecht?, VVDStRL 62 (2003), p. 117 ff. respectively p. 156 ff.

⁴⁷ This heritage is of high value for an upcoming Iraqi Constitution.

⁴⁸ Of course, for a comparative study the legal practice is also of great importance, see B.-O. Bryde, Die Rolle des Rechts im Entwicklungsprozeß, in: ders./F. Kübler (ed.), Die Rolle des Rechts im Entwicklungsprozeß, 1986, p. 9 ff.

⁴⁹ For many further examples see P. Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, HStR, vol. 1, 2nd ed.. 1995, § 20, Rn. 4 (now vol. 2, 3rd ed. 2004).

28. b) *Human rights guarantees in general*: The normative principle of human dignity can be concretised in various legal enactments the most important of which are the specific fundamental rights and freedoms, especially the right to life. Here two examples taken from Latin-American respectively Caribbean legal cultures: The Constitution of Costa Rica (1949/2001) simply says in its Art. 21: „La vida humana es inviolable.“ The same is done by Art. 8, Sec. 1 Constitution of the Dominican Republic (2002): „La inviolabilidad de la vida.“ The Constitution of Jamaica (1962/1999) follows the European/North-American tradition of enacting a rather comprehensive catalogue of fundamental rights and freedoms (Chapter 3): It starts off with a “equal protection clause” and tries to connect the ideals of liberty and equality:

29. „Whereas every person in Jamaica is entitled to the fundamental rights and freedoms of the individual, that is to say, has the right, whatever his race, place of origin, political opinions, colour, creed or sex, but subject to respect for the rights and freedoms of others and for the public interest, to each and all of the following, namely –

30. life, liberty, security of the person, the enjoyment of property and the protection of the law;

31. freedom of conscience, of expression and of peaceful assembly and association; and

32. respect for his private and family life, the subsequent provisions of this Chapter shall have effect for the purpose of affording protection to the aforesaid rights and freedoms, subject to such limitations of that protection as are contained in those provisions being limitations designed to ensure that the enjoyment of the said rights and freedoms by any individual does not prejudice the rights and freedoms of others or the public interest.”

33. A connection between liberty and equality is also made by the Constitution of Slovenia (1991). This example gives proof how important universal standards of liberty and equality became for successful reform processes in the new Eastern European democracies⁵⁰:

34. “Article 14: Equality before the Law: (1) In Slovenia each individual shall be guaranteed equal human rights and fundamental freedoms irrespective of national origin, race, sex, language, religion, political or other beliefs, financial status, birth, education, social status or whatever other personal circumstance.”⁵¹

⁵⁰ See also A. Nußberger, Die "Zweite Wende": Zur Verfassungsentwicklung in den Ländern Mittel- und Osteuropas im Zuge der EU-Erweiterung, DÖV 2005, p. 357 ff.

⁵¹ I. Kristan, Verfassungsentwicklung in Slowenien, JöR 42 (1994), p. 59 ff., p. 75 ff. (with special emphasis on the human rights provisions).

35. On purpose, the Constitution of Albania (1998) uses the typical language of international human rights documents: „The fundamental rights and freedoms are indivisible, inalienable, inviolable”. For the Russian Constitution, the human being and his or her individual rights are “supreme values”, see Article 2 – Protection of Human Rights: „Humans, their rights and freedoms are the supreme value. It is a duty of the state to recognize, respect and protect the rights and liberties of humans and citizens.” The Constitution of South Africa (1996) connects human rights and democracy whereas in German legal writing many authors try to treat democracy and human rights as two separate categories. But of course, the political principle of democracy has to realise human rights and therefore has to be based upon human dignity.⁵² In that regard, the South African text is very innovative and helps to universalise the “democratic values of human dignity, equality and freedom”:

36. “Section 7, Rights (1) This Bill of Rights is a cornerstone of democracy in South Africa. It enshrines the rights of all people in our country and affirms the democratic values of human dignity, equality and freedom.”

37. c) *References to international human rights documents made by national constitutions*: National constitutional provisions which refer not only to the wording but also to the spirit of international human rights documents are of obvious importance for the creation of universal standards. In some way the “merge” national and international law. In such a “melting pot”, universal principles more easily can come into being and create elements of a universal legal order for all humankind.⁵³ The incorporation and implementation of universal human rights into particular national constitutions helps to make human rights effective. The national legal orders and the international law form a specially *co-operative* legal order. Human rights are to be made effective in *co-operation* between national, regional, and international political entities: states, international organisations, supranational organisations. Of course, the implementation is not a guarantee of immediate effectiveness, it is just a (sometimes very difficult) beginning. See again Haiti and the preamble of its constitution (1987) being a promise, not a description of the reality: “Ensure their inalienable and imprescriptible rights to life, liberty and the pursuit of happiness; in conformity with the Act of Independence of 1804 and the Univer-

⁵² P. Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, HStR, vol. 1, 2nd ed. 1995, § 20, Rn. 61 ff. (now vol. 2, 3rd 3d. 2004); moreover D. Th. Tsatsos, Von der Würde des Staates zur Glaubwürdigkeit der Politik, 1987; M. Kotzur, Die Demokratiedebatte in der deutschen Verfassungslehre, in: H. Bauer/P. M. Huber/K.-P. Sommermann (eds.), Demokratie in Europa, 2005.

⁵³ This is the idea of implementation, see E. W. Vierdag, Some Remarks about Special Features of Human Rights Treaties, in: Netherlands Yearbook of International Law 1994, p. 119 ff., p. 126 f.; see also Ch. Walter, Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierung, ZaöRV 59 (1999), p. 961 ff.; *id.*, Nationale Durchsetzung der Grundrechte, in: R. Grote/Th. Marauhn (eds.), Handbuch des Grund- und Menschenrechtsschutzes, 2005.

- sal Declaration of the Rights of Man of 1948“.⁵⁴ Art. 19 adds: “The State has the absolute obligation to guarantee the right to life, health, and respect of the human person for all citizens without distinction, in conformity with the Universal Declaration of the Rights of Man.”
38. The Constitution of Bosnia and Herzegovina (1995) goes one step further. Not only reference is made to international human rights standards. Moreover, the Constitution declares the European Human Rights Convention to be *directly applicable* in domestic law:
39. “Article II – Human Rights and Fundamental Freedoms:
40. Paragraph 1: Human Rights:
41. Bosnia and Herzegovina and both Entities shall ensure the highest level of internationally recognized human rights and fundamental freedoms. To that end, there shall be a Human Rights Commission for Bosnia and Herzegovina as provided for in Annex 6 to the General Framework Agreement.
42. Paragraph 2: International Standards:
43. The rights and freedoms set forth in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols shall apply directly in Bosnia and Herzegovina. These shall have priority over all other law.”
44. The Russian Constitution (1993) is also very open as to international human rights guarantees:
- (1) The basic rights and liberties in conformity with the commonly recognized principles and norms of the international law are recognized and guaranteed in the Russian Federation and under this Constitution.
 - (2) The basic rights and liberties of the human being are inalienable and belong to everyone from birth (...).”
45. With special emphasis on the rights of the “Indigenous People”, Art. 69 goes on: “The Russian Federation guarantees the rights of small indigenous peoples in accordance with the generally accepted principles and standards of international law and international treaties of the Russian Federation.” If human rights standards shall be universal, national constitutions ought to make clear that their human rights catalogues are not exclusive, but open to maybe further reaching or more innovative international standards. An example is given by the Constitution of Eritrea (1996), Article 29 (Residual Rights): “The rights enumerated in this Chapter shall not preclude other rights which ensue from the spirit of this Constitution and the principles of a society based on social justice, democracy and the rule of law”. An interesting variation are clauses that

⁵⁴ E. Schmitz, Demokratie in Haiti – eine unerfüllbare Hoffnung, JöR 42 (1994), p. 613 ff.

declare the *superiority* of international human rights in comparison to less effective national standards. See Art. 10 Constitution of the Czech Republic (Human Rights Treaties): “Ratified and promulgated international accords on human rights and fundamental freedoms, to which the Czech Republic has committed itself, are immediately binding and are superior to law.”⁵⁵

46. d) *Constitutional provisions about the equal treatment of foreigners*: If foreigners are being treated in the same way as the own nationals, this is an impressive sign for the universality of the relevant legal standards. Universal norms have to be applicable to *everybody* notwithstanding his or her nationality. The European Union and the EU-Citizenship give a good example. Art. 191 Belgium Constitution (1994) or Art. 26 Bulgarian Constitution (1991) do the same. The latter one reads as follows:

”(1) Irrespective of where they are, all citizens of the Republic of Bulgaria shall be vested with all rights and obligations proceeding from this Constitution.

(2) Foreigners residing in the Republic of Bulgaria shall be vested with all rights and obligations proceeding from this Constitution, except those rights and obligations for which a Bulgarian citizenship is required by this Constitution or by another law.”⁵⁶

47. Many other constitutions would have to be taken into account⁵⁷, many further details had to be discussed.⁵⁸ Here only the bottom line can be made clear. Wherever the reference to human dignity gives proof that all human rights are rights of the human being as such, wherever national and international means try to co-operatively enforce human rights, wherever national constitutions implement international human rights

⁵⁵ Similarly Art. 85 Nr. 6 Constitution of Bulgaria (1991).

⁵⁶ Further examples give the Constitution of Bulgaria (1990), Article 15 (Rights of Foreigners, Cultural Rights): “(1) Members of all nations and minorities have equal rights in the Republic of Croatia.” For Latin America see the Constitution of Ecuador (1998), Art. 13 : « Los extranjeros gozarán de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley.”

⁵⁷ *W. Ratler*, Die Verfassungsentwicklung und Verfassungswirklichkeit Tunesiens (1955–1990), JöR 39 (1990), p. 569 ff., 587 ff. (as to fundamental rights and fundamental duties); *H. G. Knitel*, Die algeri-sche Verfassung von 1989, JöR (47) 1999, p. 683 ff., 692 ff. (as to comprehensive human rights guarantees); *Y. Huh*, Die Grundzüge der neuen koreanischen Verfassung von 1987, JöR 38 (1989), p. 565 ff. (at 567 ff. as to the limits of all public power); *D. G. Be-launde*, The new Peruvian Constitution, JöR 41 (1993), p. 651 ff., 655 (human rights); *César Landa*, Constitutional Justice in Peru, JöR 44 (1996), p. 583 ff.; *O. Depenheuer*, Die vietnamesische Verfassung vom 15. April 1992, JöR 45 (1997), p. 675 ff.

⁵⁸ After 9/11 e. g. the relationship between liberty and security, between human rights and the “war against terrorism”. See for a very early example the Constitution of Chile (1980) Artículo 9: „El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.“

standards, there a universal law of all humankind finds a prosperous beginning.

3. National Policy Objectives and Their Universal Dimensions

48. Many of the classical national policy objectives or basic institutional principles (as e. g. guaranteed by Art. 20 German Basic Law) reach far beyond the national state. Public welfare, public services and public utilities, the protection of the environment, the struggle for security and so many other duties and obligations cannot be properly fulfilled by one single national state. As far as the social dimension is concerned, the German legal scholar *H. F. Zacher* speaks about the “overlap” between the formerly closed, in our days open social welfare state and the international community.⁵⁹ After the devastating December 2004 Tsunami, the states, the civil societies, the citizens from all over the world assumed a global responsibility and hence gave an example of what could become a *global social welfare principle*.
49. European Community Law and public international law help to strengthen the European as well as the international dimension of national policy objectives, for the national constitutional texts now have to be interpreted “in the light” of the European and International (Treaty) Law.⁶⁰ Art. 1-3 European Draft Constitution names many objectives of the Union, much more than usually mentioned in national constitutions. Therefore, the structures between the European and the national provisions are different, however, the functions are equivalent.⁶¹ Special attention has to be paid again to the constitutions of the new Eastern European democracies. They create innovative variations of national policy objectives merging single elements from national and international texts. The result of this process are national policy objectives which are – due to the way of their coming into being – *universal* in nature. The Constitution of Croatia (1990) gives an example, see Art. 3. In the traditional manner of national policy objectives specific values are expressed - values that very well can be conceived as *values for all humankind*. And not surprisingly so, simply because Croatia implemented – and at the same time to some ex-

⁵⁹ *H. F. Zacher*, Das soziale Staatsziel, HStR, vol. 1, 2nd ed. 1995, § 25, Rn. 12 (now vol. 2, 3rd ed. 2004).

⁶⁰ *G. Ress*, „Staatszwecke im Verfassungsstaat“ – nach vierzig Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48 (1989), p. 56 ff., at 79 ff. („international and European dimension of national policy objectives“); *K.-P. Sommermann*, Staatziele und Staatszielbestimmungen, 1997, p. 253 with many further reference; see also *U. Fastenrath*, Die „Internationalisierung“ des deutschen Grundgesetzes – wie weit trägt die Entgrenzung des Verfassungsstaats, in: R. Pitschas/S. Kisa (eds.), Internationalisierung von Staat und Verfassung im Spiegel des deutschen und japanischen Staats- und Verwaltungsrechts, 2002, p. 37 ff.; for a Japanese perspective *K. Tomami*, Die Öffnung des japanischen Verfassungsstaates gegenüber regionaler und internationaler Verantwortung für Wirtschaft, Sicherheit und Umwelt, in: *ibidem*, p. 79 ff.

⁶¹ *A. v. Bogdandy*, Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die EU, in: FS P. Badura, 2004, p. 1033 ff.

tend re-shaped – international standards and standards which can be found in a variety of other, of older national constitutions:

50. “Freedom, equal rights, national equality, peace, social justice, respect for human rights, inviolability of ownership, conservation of nature and the human environment, the rule of law, and a democratic multiparty system are the highest values of the constitutional order of the Republic of Croatia.”
51. Of special universal importance is the protection of the environment. Many constitutions recently drafted clauses regarding the protection of the natural bases of life, e. g. Art. 26 Constitution of China (1982); Art. 65 Constitution of Congo (1992); Art. 52 Constitution of Croatia (1992). Art. 20 a German Basic Law is only one example among many others.⁶² Very rightfully, the just mentioned section of the Croatian Constitution combines “nature” and “human environment”. Environmental protection – as well as all the essential safeguards of liberty, security and the social well-being – is a *natural* and a *cultural* base of all human existence. With regard to the culture and possible tensions between the national cultural heritage and the common cultural heritage of mankind see the following references. The Constitution of China (1982), Art. 22 sec. 2 invokes the “cultural heritage”. More progressively, the constitution of Congo (1992), Art. 35 Abs. sec. 1 (Culture) grants a “right to culture”: “Citizens shall possess a right to culture and to the respect of their cultural identity”. The Constitution of Ecuador (1998) in Art. 62 deals with “culture” and “identity”: „identidad nacional, pluricultural y multiétnica“. In a very open and pluralistic manner the text continues with a confession deserving unprejudiced attention: „equidad e igualdad de las culturas“.
52. That national policy objectives can be of *universal relevance* and vice versa international standards need to be *implemented* into domestic law, becomes most obvious where peace is at stake. To secure peace is the most important objective of the United Nations. Art. 1 Nr. 1 UN-Charta outlines the “peace programme”:
53. To maintain international peace and security, and to that end: to take effective collective measures for the prevention and removal of threats to the peace, and for the suppression of acts of aggression or other breaches of the peace, and to bring about by peaceful means, and in conformity with the principles of justice and international law, adjustment or settlement of international disputes or situations which might lead to a breach of the peace.“⁶³

⁶² H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (ed.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. II, 1998, Art. 20 a, Rn. 4 ff.; A. Uhle, Das Staatsziel "Umweltschutz" und das Sozialstaatsprinzip im verfassungsrechtlichen Vergleich, JuS 1996, p. 96 ff.

⁶³ For a very early writing see G. Schwarzenberger, Machtpolitik, 1955, p. 263 ff.

54. This is a fundamental principle of public international law. At the same time, it is a fundamental principle of domestic constitutional law. It is a *national* and a *universal* policy objective.⁶⁴ Hence, national and international commitments as to the protection of peace fulfil *complementary* functions.⁶⁵ Many texts would give proof of this “universal harmony” of complementary “peace clauses”, so without any doubt the preamble or Art. 25 of the German Basic Law. Most impressive is Art. 9 Japanese Constitution (1946/47). This classical constitutional “peace provision” shall be given a *universal memento*:

“(1) Aspiring sincerely to an international peace based on justice and order, the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes.

(2) In order to accomplish the aim of the preceding paragraph, land, sea, and air forces, as well as other war potential, will never be maintained. The right of aggression of the state will not be recognized.”⁶⁶

4. Especially an “International Rule of Law”

55. Universality means possible independence from the tastes and the impressions of the day. The impressions of today are strongly influenced by the global “war against terrorism”, the “Iraq-war” and the ongoing discussions about pre-emptive self-defence strategies. Security first might be a key word. Therefore, a global “state of emergency” might rather be suitable to characterise the international scene at the beginning of the 21st century than an international rule of law. However, global law and constitutional structures of public international law will not be possible without the universal principle of a „*rule of law not men*“.⁶⁷ Its international recognition and global implementation is an indispensable prerequisite to turn the international society of states into an *international community* following constitutional principles and taking seriously the essential needs of

⁶⁴ K.-P. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, p. 237 ff.

⁶⁵ However, there are some limits. A “right to be peace” is more than questionable, see Constitution of Congo (1992), Art. 53: “The Congolese people shall have the right to peace”. Such a right is nothing but a rather indifferent mixture of other rights (right to life etc.) and it never could be enforced.

⁶⁶ See also Art. 11 Constitution of Italy (1947); regarding Italy also S. Kadelbach, Internationale Verflechtung, in: B. Pieroth (ed.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, p. 160 ff., at 164; for an Austrian perspective already L. Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 6th ed. 1971.

⁶⁷ H. Hofmann, Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaats, Der Staat 34 (1995), p. 1 ff., 12 ff.

the human being.⁶⁸ A “state of emergency”-concept in the tradition of C. Schmitt can not provide for an adequate answer. After the military actions in Iraq, it becomes very obvious that unilateral actions would fail. The United Nations come back into the game. For the reconstruction and development of post-war Iraq international *co-operation* is necessary. And this co-operation is reality. The United States strongly rely on this co-operation, not on exclusive influence of the former so called “coalition of the willing”. Global responsibility, not a global state of emergency fortunately prevails – at the very least in that regard. Responsibility, being conceived as legal concept, will be an integral part of a universal legal order. And so will be the rule of law. The European Union is an international political entity that relies on both.⁶⁹ In the *Golder-Case* (1975) the European Court of Human Rights explicitly ranked the „rule of law“ among the common heritage of European constitutional traditions.⁷⁰

56. On the international level, the rule of law-principle is not as effectively structured as within the European Union and the European Communities. However, there are first international rule of law-elements, e.g. the primacy of the law in its relation to politics and the principle of legal certainty. The chance that rule of law thinking becomes truly universal, will be all the better the more national constitutions, particularly the constitutions of the new democracies, follow the rule of law. As of today, one can find many encouraging provisions: Art. 5 Constitution of Croatia (1990); Art. 4 sec. 1 Constitution of Bulgaria (1991), not without constraints Art. 5 sec. 3 Constitution of China, in a very questionable way linking the rule of law and the socialist system; Art. 1 sec. 1 Constitution of Eritrea (1996); Art. 1 Constitution of Honduras (1982): „Estado de derecho“; for the Baltic States see Art. 86 Constitution of Latvia (1922/98); Art. 3 Constitution of Estonia 1992⁷¹.

5. The Self-Determination of the Peoples and the Protection of Minorities – a Universal “Melting Pot” of International and National Law

57. The self-determination of the peoples and the protection of the minorities are another important field of law where a complementary interplay of national and international guarantees gives rise to universal principles. At first, Art. 1 Nr. 2 UN-Charter has to be mentioned: “ To develop friendly relations among nations based on respect for the principle of equal rights

⁶⁸ In this sense also G. Schwarzenberger, *Über die Machtpolitik hinaus?*, 1968, p. 52; see also A. Watts, *The International Rule of Law*, in: *German Yearbook of International Law* 36 (1993), p. 15 ff., 26 ff.

⁶⁹ For the rule of law part and the specific separation of powers topic see H.-D. Horn, *Über den Grundsatz der Gewaltenteilung in Deutschland und Europa*, *JöR* 49 (2001), p. 287 ff., 288;

⁷⁰ *ILR* 57, 201, 217.

⁷¹ M. H. Wiegandt, *Grundzüge der estnischen Verfassung von 1992*, *JöR* 45 (1997), p. 151 ff.; R. Steinberg, *Die neuen Verfassungen der baltischen Staaten*, *JöR* 43 (1995), p. 53 ff., p. 58 ff. (rights of the citizens, protection of minorities), p. 62 ff. (fundamental rights as national policy objectives).

and self-determination of peoples, and to take other appropriate measures to strengthen universal peace.“ Given its controversies with Russia, Chechnya strongly emphasises the self-determination of the own people. Section 1, Article 1 of the Constitution reads as follows: „Chechen Republic is a sovereign democratic legal state created as a result of self-determination of Chechen people.“ The idea of minority protection can not only be found in Western European constitutions or international conventions, but also in Asian legal traditions. Once more, the Constitution of China gives an example. And once more the reader has to be aware of the gap between reality and ideality, the discrepancy between what is and what ought to be:

58. “All nationalities in the People’s Republic of China are equal. The state protects the lawful rights and interests of the minority nationalities and upholds and develops the relationship of equality, unity, and mutual assistance among all of China’s nationalities. Discrimination against and oppression of any nationality are prohibited; any acts that undermine the unity of the nationalities or instigate their secession are prohibited. The state helps the areas inhabited by minority nationalities speed up their economic and cultural development in accordance with the peculiarities and needs of the different minority nationalities.”

59. A clause as to minority protection can be found in the Constitution of Congo (1992), Art. 50: „The State shall guarantee the rights of minorities.“ The special link between minority protection and the ethnical identity of a political community finds an excellent expression in the Constitution of Estonia (1992), *ibidem* Art. 49: „Everyone shall have the right to preserve his or her ethnic identity.“ And more precisely Art. 50 continues: „Ethnic minorities shall have the right, in the interests of their national culture, to establish institutions of self-government in accordance with conditions and procedures determined by the Law on Cultural Autonomy for Ethnic Minorities.” The clauses regarding minority protection and ethnical identity put emphasis on a momentum which a universal legal order always has to be aware of. Universality does not mean homogeneity. Global law needs the *cultural heterogeneity* of its constituents. One of the intentions of the “universal” is to effectively protect the “particular”.

6. The Open National State – Constitutional Provisions “Opening” the State as to the Global Law Dimension

60. As we have seen, universality and universal law are about the pursuit of ideals. Ideals themselves can be described as “values that are implicit or latent in the law, or the public and moral culture of a society or group that usually cannot be fully realised, and that partly transcend contingent, historical formulations, and implementations in terms of rules and principles and policies.”⁷² Therefore, ideals – being to some extent expressions of

⁷² W. van der Burg, The Importance of Ideals, in: Journal of Value Inquiry, vol. 3.1, p. 25.

morality – cannot be directly applied in the legal practice. In a specific historical context, ideals have to be transformed into normatively effective and applicable rules, legal principles or at the very least public policies. If the national state shall be able to actively participate in a universal process of transforming universal ideals into universal legal rules, principles or political policies, the state has to be an “*open state*” – open with an emphasis of the acceptance and implementation of public international law.⁷³ Clauses such as Art. 23 (transfer of sovereign powers restricted to the process of European integration), Art. 24 (transfer of sovereign powers to international organisations), Art. 25 (international law as an integral part of federal law) German Basic Law give important examples how an *inter-constitutional* universal legal order can be shaped and vice versa international public law can be implemented into domestic law. Many modern constitutions do know parallel provisions. This is true for the EU member states, in a wider European context for Switzerland⁷⁴, this is also true for micro states or for young democracies in Eastern Europe, in Africa, Latin America or Asia. An unambiguous tendency appears. Wherever the farmers of the constitution take – first and foremost because of their own experience – globalisation, universal standards and worldwide legal networks for granted, the constitution is open for the world beyond the national state. This openness becomes an key element forming the very *identity* of the constitution itself.

61. That international law has to be a valid within the domestic legal system and that at least some minimum standards of homogeneity between national and international law have to be sought, is a demand of so different legal cultures such as Ecuador (Art. 4 of the 1998 Constitution) or Slovenia (Art. 153 sec. 2 I of the 1991 Constitution): “Laws must be in conformity with generally accepted principles of international law and with treaties ratified by the National Assembly (...)”.⁷⁵ The Constitution of Albania contains a kind of “supremacy clause” in Art. 122 sec. 2: “An international agreement that has been verified by law has superiority over laws of the country that are not compatible with it.” A very clear commitment as to interdependence between the national and the international

⁷³ For the discussion in Germany see the basic and programmatic study by *K. Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964 („offene Staatlichkeit“/“open statehood”); *U. Di Fabio*, Das Recht offener Staaten, 1998, p. 139 ff.; *S. Kadelbach*, Internationale Verflechtung, in: B. Pieroth (ed.), Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung, 2000, p. 160 ff., 160–164; for a theory of the open as well as co-operative national state see *P. Häberle*, Der kooperative Verfassungsstaat (1978), in: *id.*, Verfassung als öffentlicher Prozeß, 3rd ed. 1998, p. 407 ff., continued in *id.*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2nd ed. 1998, p. 175 ff.; furthermore *S. Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998; *id.*, Der kooperationsoffene Verfassungsstaat, Der Staat 37 (1998), p. 521 ff.; *Ch. Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, in: VVDStRL 36 (1978), p. 7 ff.; *K.-P. Sommermann*, Der entgrenzte Verfassungsstaat, in: D. Merten (ed.), Der Staat am Ende des 20. Jahrhunderts, 1998, p. 19 ff., p. 30 ff.

⁷⁴ *T. Cottier/M. Hertig*, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung, in: U. Zimmerli (eds.), Die neue Bundesverfassung, 2000.

⁷⁵ See for the full text JöR 42 (1994), p. 106.

legal order can be found in Art. 8 Constitution of Belarus: “The Republic of Belarus shall recognize the supremacy of the universally acknowledged principles of international law and ensure that its laws comply with such principles.” Art. 18 sec. 1 holds the same principle to be valid for foreign policies: “universally acknowledged principles and standards of international law”. For a very innovative version of the “open” Western European State see Portugal, Art. 8 of the Constitution:

- „(1) The rules and principles of general or ordinary international law are an integral part of Portuguese law.
- (2) Rules provided for in international conventions duly ratified or approved, following their official publication, apply in municipal law as long as they remain internationally binding with respect to the Portuguese State.
- (3) Rules laid down by the competent organs of international organization to which Portugal belongs, apply directly in municipal law insofar as the constitutive treaties as applicable provide to that effect.”⁷⁶

62. All these texts contain elements of a *universal constitutional law*.⁷⁷ Again, these elements are not strict rules, we have to speak about ideals and intrinsic values that need to be transformed into national and international norms, principles or policies. The transformation can take place in many different ways. The universal elements may give rise to new international customary law (*longa consuetudo* and *opinio iuris*). The elements might be – partly – codified by international treaty law. The elements might be implemented into domestic (constitutional) law. In whatever manner the transformation is done, the national law principles concerning the international dimension and the constitutional structures of international law “come together” and form a *co-operative legal system*. This co-operation, of course, is an always open process. And so is universality. Neither ethical nor legal insight must form apart from historical considerations. The “anti-historicist association of universality with abstract rationality or other ahistorical contemplation”⁷⁸ neglects the procedural character of how universal ideals become constitutional reality. Global moral authority is only the beginning of universality. Universality is not a catalogue of pre-existent principles given by nature, even though this “fiction” of universality in a Platonic or *ius naturale*-tradition is of some importance. At least equally important, however, is the notion that universality is *also* the

⁷⁶For further examples see S. Kadelbach, *Internationale Verflechtung*, in: B. Pieroth (ed.), *Verfassungsrecht und soziale Wirklichkeit in Wechselwirkung*, 2000, p. 160 ff., p. 163 (footnote 10).

⁷⁷P. Häberle, *Das “Weltbild” des Verfassungsstaates – eine Textstufenanalyse zur Menschheit als verfassungsstaatlichem Grundwert und “letztem” Geltungsgrund des Völkerrechts*, FS M. Kriele, 1997, p. 1277 ff., 1293.

⁷⁸C. G. Ryn, *Universality and History: The Concrete as Normative*, in: *Humanitas*, Volume VI, No. 1, Fall 1992/Winter 1993.

result of worldwide discourses, negotiations, treaty making processes, the development of customary international law and last but not least of political tensions.⁷⁹

IV. Inter-Constitutional Global Law and Inter-Constitutional Universality – Methods, Perspectives, Limits

63. The scientific approach outlined in this article is a comparative one. However, it does not only deal with the comparison of legal texts, but also with the broader cultural, economical, political etc. “ambiance”. Universal principles are the possible outcome of a comparative process and universality itself is rather a process than an ahistoric idea(l), rather a cultural product of real world interaction – political, scientific, philosophical, most importantly communicative interaction – than Platonic heritage. Or, to put it in slightly simplifying terms: One has to look for certain legal principles being common to a vast majority of the legal systems and cultures all over the world.⁸⁰ This approach, though, brings about the problem of selection. Since a comparison of everything with everything is impossible, one has to examine which legal cultures have to be selected. Are there some further developed legal systems with a longstanding tradition of human rights, democracy and a highly developed rule of law-thinking that could play a leading role? Or, on the other hand, are the young and innovative legal systems and constitutions a challenge to re-read, re- or (horrible dictu) deconstruct even the great classical documents such as the French Declaration of 1789 or the US-Federal Constitution of 1787? One answer is very obvious. Given the sovereign equality of all states (Art. 2 Nr. 1 UN-Charter), the formula “civilized nations” in Art. 38 sec. I lit. c Statute of the International Court of Justice does not provide for reasonable criteria. A self-centred Eurocentric view has to be overcome.⁸¹ Indeed, universality always has been a principle of European Constitutionalism and based upon the Platonic (or anti-Platonic) tradition of European philosophy, but the very idea of universality reaches far beyond the cultural boundaries of Europe. The origins of the “universality-approach” might be European, the concept itself, of course, is a global one. It requires worldwide law comparison including micro states, developing countries, reform democracies, societies in transition

⁷⁹As to the role of these tensions see *H.-P. Schneider*, 50 Jahre Grundgesetz, NJW 1999, p. 1497 ff., 1499 („Verfassungskämpfe“, “struggles about constitutional principles”); furthermore *S. U. Pieper*, „The Clash of Civilizations“ und das Völkerrecht, in: *Rechtstheorie* 29 (1998), p. 331 ff., at 342 ff.

⁸⁰*O. Sandrock*, Das Privatrecht am Ausgang des 20. Jahrhunderts: Deutschland – Europa – und die Welt, JZ 1996, p. 1 ff., 9.

⁸¹Examples can be found in *J. Hoffmann* (ed.), *Begründung von Menschenrechten aus der Sicht unterschiedlicher Kulturen*, 1991; *S. Batzli/F. Kissling/R. Zihlmann* (ed.), *Menschenbilder, Menschenrechte, Islam und Okzident: Kulturen im Konflikt*, 1994; see also *B. Fassbender*, *The Better Peoples of the United Nations? Europe’s Practice and the United Nations*, in: *EJIL* 15 (2004), p. 857 ff.

from a totalitarian past to a democratic future. All the differences between the legal system and all the asymmetries as to the status of (political, social, economical etc.) development have to be taken into account.⁸² Without any doubt, the awareness of these different, asymmetrical and therefore *particular* structures limits the possibilities of comparison, but at the very same time makes the outcome rational. The mere fact, that different legal texts in different cultural contexts use the same wording, does not mean a precise statement about a strictly parallel understanding, let alone a parallel reality of the law. However, the phrases used in the legal texts mark a starting point to elaborate elements of a universal legal order and to come to a *universal* understanding of these new elements.

64. Another aspect deserves a moment of attention. Most of the principles, which are of – at least some – universal quality, are not original products of international law but results of continuing comparative processes between the different legal systems.⁸³ Public international law is very well aware of the need for what could be described as “weighing law comparison” – a method which is very often applied by the European Court of Justice.⁸⁴ Art. 38 sec. I lit. c Statute of the International Court of Justice holds “the general principles of law recognized by civilized nations” to be a source of public international law. These general principles can only be shaped by the aforementioned „weighing“ and „comparing“ approach. However, law comparison must not be reduced to the semantic aspect of comparing words. Given the high technicality of legal terms, given the language problems when translating legal texts⁸⁵, a mere focus on semantics would be a futile endeavour. Consequently, the comparative method has to include other disciplines (such as history, philosophy, economy, social and political sciences) as well as the comparison of cultures. The *inter-constitutional* necessarily is an *inter-cultural* approach,

⁸² See also R. Grote, Rechtskreise im öffentlichen Recht, AöR 126 (2001), p. 10 f., 14 ff.

⁸³ See P. Häberle, Theorieelemente eines allgemeinen juristischen Rezeptionsmodells, JZ 1992, p. 1033 ff.; *id.*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2nd ed. 1998, p. 104 ff. et passim; G. Frankenberg, Stichworte zur Drittwirkung der Rechtsphilosophie im Verfassungsrecht, in: R. Gröschner/M. Morlok (eds.), Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik in Zeiten Umbruchs, 1997, p. 105 ff.; M. Kotzur, Theorieelemente des internationalen Menschenrechtsschutzes, 2001, p. 31 ff., p. 47 f.; more sceptical H. Krüger, Das Programm. Verfassung und Recht in Übersee, VRÜ 1 (1968), p. 3 ff., 7 ff.

⁸⁴ The European Court of Justice is applying the “weighing law comparison”-method especially in the fields of human rights law and, moreover, whenever developing other general principles of European Community law, see e. g. A. Bleckmann, Die wertende Rechtsvergleichung bei der Entwicklung europäischer Grundrechte, FS B. Börner, 1993, p. 29 ff.; Th. Oppermann, Europarecht, 2nd ed. 1999, Rn. 684; R. Streinz, Europarecht, 6th ed. 2004, Rn. 360 f.; for a rather critical analysis W. Weiß, Die Verteidigungsrechte im EG-Kartellverfahren, 1996, p. 23 ff.

⁸⁵ Translating e. g. the German expression „Rechtsstaat“ into the English „rule of law“ would be quite misleading because of the very different categories of thinking *behind* the two principles. The meaning *behind* or *beyond* the written texts is the really important starting point of all kind of comparison.

too.⁸⁶ Of course, an important limit of the comparative method has finally to be mentioned. A „*maximum standard approach*“ as sometimes applied by the European Court of Justice or the Swiss Federal Court⁸⁷, is not the adequate technique to develop general principles of law having a universal dimension.⁸⁸ Here, only a “minimum standard approach” can help to frame “*minimum constitutional structures*” of a universal legal order.

Final Remarks

65. Universality is neither the intellectualistic product of philosophical abstractionism nor a utopian escape from the real world. If one does not set aside the historical world, the dichotomy between ethical universality and historical/cultural particularity is not as insurmountable as it seemed to be at first glance. As we have seen, Platonic moral abstractions may very well be one, but not the only and not even the most decisive momentum of universality. On the contrary, universal principles manifest themselves in particular legal cultures and find significant expression in particular legal texts. Vice versa, especially these texts, most importantly the texts of national constitutions, mark a starting point to concretise new universal legal principles. This is especially true for preambular formulations, human rights standards, the universal dimension of national policy objectives and all the constitutional provisions “opening” the nation states as to a global legal order. Historically, universality has been a principle of European Constitutionalism. Today, universality might be described as “*humankind based*”. Universal legal principles are the outcome of legal reflections about human action, about human needs, about the most existential threats and dangers the individual human being is facing all over the world (the endangerment of life, liberty, to some extent property etc.), and last but not least about the ever-present danger to abuse power.⁸⁹ Insofar, the positive *Lockean* and the negative *Hobbesian* “image of man” have equally universal implications. The human being herself/himself is the point of reference for any legal order and thus human action as well as human needs mark the benchmark of global law respectively universality. Universality requires an *anthropological* understanding. The anthropological element of the law is neither limited to statehood as such

⁸⁶ For the idea of law comparison as a comparison of cultures see *P. Häberle*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 1st ed. 1982, p. 33, 2nd ed. 1998, p. 463 f.; recently *R. Wahl*, *Verfassungsvergleichung als Kulturvergleichung*, FS H. Quaritsch, 2000, p. 163 ff., 173 ff.

⁸⁷ As to the maximum standard approach see *R. Streinz*, *Europarecht*, 6th ed. 2004, Rn. 362 f.

⁸⁸ *W. Weiß*, *Allgemeine Rechtsgrundsätze des Völkerrechts*, AVR 39 (2001), p. 394 ff.

⁸⁹ *H. Bielefeldt*, *Menschenrechte und Menschenrechtsverständnis im Islam*, in: *EuGRZ* 1989, p. 489 ff., 491; *W. Brugger*, *Stufen der Begründung von Menschenrechten*, in: *Der Staat* 31 (1992), p. 19 ff., 21; *W. Huber*, *Die tägliche Gewalt. Gegen den Ausverkauf der Menschenwürde*, 1993, p. 7 ff.; *H. Hofmann*, *Geschichtlichkeit und Universalitätsanspruch des Rechtsstaates*, in: *Der Staat* 34 (1995), p. 1 ff., 27.

nor to the particularities of single nation states.⁹⁰ However, it is based upon human dignity⁹¹ and therefore universal in nature.

⁹⁰ *E. Denninger*, Das Verhältnis von Menschenrechten zum positiven Recht, JZ 1982, p. 225 ff., 227; *W. v. Simson*, Überstaatliche Menschenrechte: Prinzip und Wirklichkeit, in: FS K. J. Partsch, 1989, p. 47 ff., 65; *R. Higgins*, Problems and Process, 1994, p. 96 f.

⁹¹ Most recently *M. Nettesheim*, Die Garantie der Menschenwürde zwischen metaphysischer Überhöhung und bloßem Abwägungstopos, AöR 130 (2005), p. 71 ff.

LA RÉCEPTION DE SIEYÈS PAR LA DOCTRINE PUBLICISTE FRANÇAISE DU XIXÈME ET DU XXÈME SIÈCLES

Alain Laquièze

I – Sieyès, théoricien de la souveraineté limitée

A – Borner l'autorité sociale

B – Énoncer et garantir les droits individuels

1) Distinguer la sphère publique de la sphère privée

2) Comment garantir la limitation de la souveraineté ? La question du pouvoir neutre

II – Sieyès, théoricien de la souveraineté nationale

A – Sieyès, théoricien du gouvernement représentatif

1) Le débat Esmein/ Duguit

2) La théorie de l'organe, selon Carré de Malberg

B – Sieyès, théoricien du pouvoir constituant

1) Position de la doctrine classique

2) Le pouvoir constituant selon Sieyès

1. Étrange destinée que celle de Sieyès ! Sa vie, on le sait, est marquée par dix années d'une brillante activité publique, qui tranchent tant avec la période précédente, obscur abbé sous l'Ancien Régime, que la suivante, éloigné de la politique sous l'Empire¹, puis proscrit au moment de la Restauration, avant un tardif retour en France en 1830. Sa pensée politique a connu, elle aussi, une postérité étonnante. Admiré par ses contemporains², célébré pendant toute la Révolution comme un oracle en matière constitutionnelle, il sera ensuite progressivement oublié. On n'évoquera guère son nom sous la Restauration, ce qui était bien compréhensible pour l'homme qui avait incarné la Révolution et avait été présent dans ses moments les plus importants : le serment du jeu de paume en 1789 ; la mort du roi en 1793 ; la mise en place du Directoire en l'an III ; le coup d'État de Brumaire an VIII. En 1830, Benjamin Constant lui rendra un vibrant hommage dans deux articles de la *Revue de Paris*³. En

¹ / Jean-Denis Bredin a pu parler de « descente aux honneurs », dans sa biographie *Sieyès. La clé de la Révolution française*, Paris, Éditions de Fallois, 1988 (Le livre de Poche, 1990, p. 706.)

² / Mirabeau reconnaîtra en lui un maître, Madame de Staël, en 1791, dira de lui que « ses écrits et ses opinions ouvriront une ère nouvelle en politique, comme ceux de Newton en physique » (*Journal de Gouverneur Morris 1789-1792*, Paris, Mercure de France, 2002, p. 238), Benjamin Constant lui écrira en 1799 : « je crois à la Révolution parce que je crois en vous. »

³ / Benjamin Constant, « Souvenirs historiques (...) », *Revue de Paris*, 1^{ère} série, 1830, t. 11 (février 1830), pp. 115-125 et t. 16 (juillet 1830), pp. 102-112.

décembre 1836, Mignet écrira dans une notice nécrologique que « beaucoup de ses pensées sont devenues des institutions. »⁴

2. Une première renaissance de la pensée de Sieyès a lieu en 1851, à une période où l'on s'interroge sur la possibilité de réviser la Constitution de 1848. Édouard Laboulaye parlera, à son propos, d' « esprit ingénieux » et citera la fameuse brochure *Qu'est-ce que le tiers État ?* comme la parfaite illustration du principe selon lequel la nation a le droit de modifier sa constitution⁵. Un jeune docteur en droit, Edmond de Beauverger, publie, dans la *Revue de législation et de jurisprudence* d'avril 1851, une étude sur Sieyès qui ressemble fort à un panégyrique. Dans une de ses *Causeries du lundi*, publiée une semaine après le coup d'État du 2 décembre 1851, Sainte-Beuve dresse un portrait d'une grande pénétration psychologique sur l'abbé. Travaillant à partir des papiers privés de Sieyès détenus alors par Hippolyte Fortoul, il met en évidence ses échecs autant que ses succès. Pour le grand critique, Sieyès « a complètement erré en croyant que la raison pouvait s'enseigner en masse aux hommes et devenir la loi des sociétés à venir. »⁶ Et son art constitutionnel, en poussant jusqu'à l'extrême l'artifice et la complexité, tourne le dos à la réalité : sa Constitution idéale n'est qu' « une horloge savante à mettre sous verre et à placer dans un Conservatoire comme curiosité. »⁷ Si Sainte-Beuve doute que Sieyès ait pu être un Newton en politique, il reconnaît par contre qu'il y a du Descartes en lui, en ce qu'il a fait table rase du passé, en défendant la conception d'une société mettant fin aux privilèges, fondée sur l'égalité civile. Il s'agit là de la « conquête de 89, à laquelle Sieyès a pour jamais attaché son nom »⁸ et qui est appelée à durer.
3. Alors que les publicistes libéraux du Second Empire – Charles de Rémusat, Prévost-Paradol, Victor de Broglie – obsédés par l'échec de la monarchie constitutionnelle en 1848, n'ont guère étudié la pensée politique de Sieyès, ce sont les professeurs de droit public de la III^{ème} République – Adhémar Esmein, Léon Duguit, Raymond Carré de Malberg... - qui vont consacrer la figure du penseur politique, aux côtés d'un Rousseau, et le désigner comme un maître ès constitutions. L'un d'entre eux, Paul Bastid, dans un ouvrage de référence intitulé *Sieyès et sa pensée*, dont la première édition date de 1939, le présentera comme le père du droit public français et établira sa postérité intellectuelle⁹. C'est le dossier constitué par Bastid qu'il nous faut aujourd'hui réexaminer.
4. Dans son étude sur la postérité de la pensée sieyèsienne, Bastid a incontestablement avancé plusieurs idées-forces : la filiation entre les

⁴ / Mignet, *Sieyès, sa vie et ses travaux*, notice lue le 28 décembre 1836 à l'Académie des Sciences morales et politiques, *Revue des Deux Mondes*, 1^{er} janvier 1837.

⁵ / Édouard Laboulaye, *La révision de la Constitution. Lettres à un ami* (février 1851), in *Questions constitutionnelles*, Paris, Charpentier, 1872, p. 160. Dans une note ajoutée en 1872, le publiciste nuancera son avis sur l'abbé : « chimérique et paradoxal, quoiqu'il rencontre parfois la vérité. » (*Loc. cit.*, p. 160, note 1.)

⁶ / Sainte-Beuve, *Causeries du lundi*, Paris, Garnier frères, 3^{ème} édition, t. 5, p. 203

⁷ / *Ibid.*, p. 195.

⁸ / *Ibid.*, p. 204.

⁹ / Voir plus spécialement la 3^{ème} partie de l'ouvrage intitulée « L'influence spirituelle », pp. 535 et s. : nous citons la référence dans l'édition publiée chez Hachette en 1970.

réflexions de l'abbé et la doctrine libérale du XIX^{ème} siècle à propos de la liberté individuelle comme objectif principal de l'établissement public ; la déformation par Carré de Malberg de la théorie de la représentation nationale comme une théorie de l'organe, ce que Sieyès n'avait jamais admis ; la compréhension en revanche par l'auteur de la *Contribution à la théorie générale de l'Etat* de l'évolution de la pensée de Sieyès au sujet du pouvoir constituant, perçu en 1789 comme illimité avant d'être jugé borné en l'an III.

5. Mais en même temps, dans sa volonté de mettre à jour la figure du père du droit public français, Bastid a passé sous silence la portée de la conception de la séparation des pouvoirs de Sieyès – séparation stricte avec une spécialisation des organes politiques – qui ne correspondait guère aux convictions parlementaires des publicistes de la III^{ème} République. Léon Duguit présente ainsi « le futur auteur de la constitution de l'an VIII, Sieyès » comme un théoricien rigoureux de la séparation des pouvoirs qui, au moment du débat à la Constituante en septembre 1789, refuse au roi tout droit de veto¹⁰. Adhémar Esmein, à son tour, présente Sieyès comme le théoricien de la séparation stricte qui sera à l'œuvre dans la Constitution de l'an III¹¹ mais qui est éloignée du système de collaboration des pouvoirs mis en place par les lois constitutionnelles de 1875. Paul Bastid, conscient que l'on ne pouvait pas établir une filiation évidente entre la pensée constitutionnelle de l'auteur de *Qu'est-ce que le tiers État ?* et le régime parlementaire qui triomphe à partir de la III^{ème} République, a consacré un article sur cette question à la *Revue du droit public* en 1939. Or, il conclut que le système conçu par Sieyès est nettement différent des techniques du parlementarisme, même si les objectifs visés, et notamment la lutte contre l'arbitraire, sont semblables¹².
6. Bastid a également exagéré la portée d'autres aspects de la pensée de Sieyès : c'est le cas du contrôle de constitutionnalité et du projet de jury constitutionnaire, dans lequel il croit voir un lointain ancêtre des projets de loi et des débats doctrinaux qui, sous la III^{ème} République, ont relancé, au moins temporairement, l'opportunité d'instituer un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois¹³ ; c'est encore le cas des services publics, dont Sieyès, avant Duguit et Jèze, serait l'un des premiers théoriciens¹⁴. Si la démonstration est loin d'emporter la conviction, c'est parce que l'auteur procède par juxtaposition entre des écrits de l'abbé et des textes ultérieurs,

¹⁰ / Voir Léon Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 1893, t. 7, p. 337

¹¹ / Voir Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 7^{ème} édition, 1921, t. 1, p. 478.

¹² / « Au total, le système de Sieyès aboutit bien à un contrôle national du pouvoir, comme le régime parlementaire proprement dit. Il vise bien comme lui à écarter l'autorité arbitraire, à empêcher l'appropriation des fonctions par des individus dans un intérêt particulier. La grande différence est dans le mécanisme, parce que, pour Sieyès, le corps électoral et la législature n'expriment pas mieux que d'autres le vœu national ; ils l'expriment même moins bien. Mieux vaut leur substituer respectivement un Sénat et un Grand Electeur. C'est l'élite, en effet, qui se rapproche le plus du vœu national, sans que, d'ailleurs, elle soit jamais admise à en faire sa chose. » (Paul Bastid, « Sieyès et le gouvernement parlementaire », *Revue du Droit Public*, 1939, p. 433.)

¹³ / Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, op. cit., pp. 607 et s.

¹⁴ / *Ibid.*, pp. 587 et s.

sans que ce choix ne soit justifié autrement que par une ressemblance, souvent approximative, dans leur contenu. La comparaison apparaît d'autant plus arbitraire que les auteurs ultérieurs ne citent ni généralement ne connaissent précisément la pensée de Sieyès sur les thèmes abordés. Il faut rester prudent quant aux attributions de parenté qui ne sont parfois que des coïncidences, des convergences fortuites et des reprises de questions à la mode dans des débats idéologiques plus récents.

7. Nous touchons ici à une difficulté majeure de méthode, classique en histoire des idées politiques, qui est la compréhension et l'utilisation par un ou plusieurs auteurs de la pensée d'un autre auteur. Plutôt que d'« influence spirituelle », terme d'une grande imprécision et qui tend éventuellement à suggérer qu'un écrivain a pu exercer, par ses paroles et ses textes, une action décisive sur la réflexion d'un contemporain ou d'un auteur ultérieur, il convient de parler plutôt de « réception », c'est-à-dire « ce qui implique la transmission du texte, la lecture du texte et l'interprétation du texte. »¹⁵ Les questions de réception sont au cœur des réflexions de l'herméneutique moderne, pour qui la compréhension ultérieure d'un écrit ne saurait être conçue comme la simple reproduction de celui-ci, contrairement à ce que pensaient les Romantiques. Il y a en effet entre l'interprète et l'auteur une différence insurmontable du fait de la distance historique qui les sépare. Toute époque comprenant nécessairement à sa manière le texte transmis, le sens de ce dernier, loin d'être l'apanage de son auteur, lui échappe au profit de ses interprètes qui peuvent et doivent le comprendre plus – ce qui ne signifie pas mieux, mais plutôt autrement – que lui. En somme, le récepteur, par sa lecture historiquement située d'un texte, est un interprète qui le produit, plus qu'il ne le reproduit¹⁶.
8. Si l'on veut tirer les conséquences de ces précautions méthodologiques pour la présente recherche, il apparaît nécessaire d'apporter les précisions suivantes :
 - 1) Il existe un émetteur, ici Sieyès, et des récepteurs, les publicistes français, dont la compréhension est susceptible d'être différente en fonction des périodes au cours desquelles ils écrivent.
 - 2) Si l'étude de la réception implique la comparaison textuelle, il est nécessaire de partir des textes des interprètes, avant de les confronter aux écrits de l'émetteur.
 - 3) Il faut vérifier si les écrits de l'interprète citent expressément l'émetteur, voire certains passages de son œuvre. Dans ce cas, une véritable analyse comparative peut débuter. Cependant, l'absence de toute référence à l'émetteur ne signifie pas nécessairement qu'il n'y a pas eu, d'une manière ou d'une autre, réception. Mais outre que le travail de confrontation devient plus délicat, il suppose aussi de s'interroger

¹⁵ / Pour reprendre la définition qu'en donne Jean-Louis Vieillard-Baron, « Méthodologie pour l'étude des problèmes de réception en histoire de la philosophie », in Yves Charles Zarka (dir.), *Comment écrire l'histoire de la philosophie ?*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 2001, pp. 95-96.

¹⁶ / Sur ce point, nous renvoyons à Hans-Georg Gadamer, *Vérité et méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, Paris, Éditions du Seuil, coll. L'ordre philosophique, 1996, spéc. pp. 317-318.

sur les raisons pour lesquelles un auteur n'est pas cité, alors que sa doctrine paraît s'exprimer sous la plume d'un de ses exégètes. Des considérations tactiques, liées aux circonstances, peuvent expliquer un éventuel silence : que Sieyès, le régicide, ne soit pas cité dans un texte de 1814 n'a évidemment pas la même signification que si ce silence concerne un document écrit dans les années 1900.

9. L'étude de la réception de la pensée d'un auteur ne concerne pas le problème de savoir si le ou les récepteurs ont bien compris le message de l'émetteur, mais bien plutôt de déterminer pourquoi ils l'ont utilisé, pourquoi ils ont entendu privilégier certains points de son œuvre au détriment d'autres, pourquoi chacun d'entre eux a fait prévaloir une interprétation différente des précédents. Certes, on peut déceler dans l'interprétation postérieure d'une œuvre les préoccupations et les hantises d'une société à un moment historique précis : la réception d'un auteur nous en dirait plus sur l'état de la société dont est issu l'interprète, que sur l'auteur interprété. Mais cette explication est insuffisante, en ce qu'elle ne permet pas d'expliquer pourquoi l'œuvre d'un auteur est régulièrement lue et interprétée par la suite, ni comment une interprétation peut résoudre des problèmes posés par l'œuvre en question et ouvrir en même temps de nouveaux questionnements¹⁷.
10. Il est en tout cas très caractéristique que les textes de Sieyès n'ont pas inspiré, de la même manière et sur des points identiques, les publicistes qui écrivent après lui. En d'autres termes, un Benjamin Constant ne va pas mettre en évidence, dans les écrits de l'abbé, les mêmes aspects saillants qu'un Carré de Malberg. S'ils le considèrent tous les deux comme un grand théoricien de la souveraineté, le premier le consacre comme le penseur de la souveraineté limitée, c'est-à-dire d'un pouvoir souverain dont le champ d'application s'arrête au seuil de la sphère privée de l'individu, tandis que le second le voit comme le théoricien de la souveraineté nationale et pose ainsi la question du détenteur de l'autorité. Il est certain que la démarche intellectuelle des interprètes est, au moins partiellement, conditionnée par des circonstances historiques dont ils ont été les contemporains : pour Constant, réfléchir à une limitation de la souveraineté, c'est réagir au moment révolutionnaire de 93, alors que pour Carré de Malberg, l'enjeu est d'abord de rechercher les fondements de la III^{ème} République.
11. Ces différences de points de vue n'impliquent pas qu'un des auteurs aurait mieux compris Sieyès que l'autre, mais qu'ils l'utilisent et le comprennent pour servir leur démonstration. Car on retrouve, sans conteste, ces deux éléments dans la pensée de Sieyès. Seulement, la souveraineté limitée, centrale pour un théoricien libéral tel que Constant, (I) a beaucoup moins intéressé la doctrine publiciste ultérieure qui a reçu et consacré le révolutionnaire comme le théoricien de la souveraineté nationale (II).

¹⁷ / C'est ce que Hans Robert Jauss appelle « l'esthétique de la réception » en ce qui concerne l'histoire de la littérature : celle-ci est « un processus où la réception passive du lecteur et du critique débouche sur la réception active de l'auteur et sur une production nouvelle ; autrement dit, où l'œuvre suivante peut résoudre des problèmes – éthiques et formels – laissés pendents par l'œuvre précédente, et en poser à son tour de nouveaux. » (*Pour une esthétique de la réception*, traduit de l'allemand par Claude Maillard, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1990, pp. 69-70.)

I – Sieyès, théoricien de la souveraineté limitée

12. Avant d'être reconnu comme le théoricien de la souveraineté nationale, c'est d'abord comme théoricien de la souveraineté limitée que Sieyès a été présenté. Les publicistes du groupe de Coppet, en particulier Benjamin Constant et Germaine de Staël, ont été très marqués par sa pensée sur ce point. Mais l'on retrouve encore, moins nettement il est vrai, dans la doctrine des années 1900 cette prise de conscience que Sieyès est l'un des pères de l'école libérale, héritier en particulier de Montesquieu.
13. Les publicistes français relèvent chez l'auteur de *Qu'est-ce que le Tiers Etat*, ce souci de borner l'autorité sociale, l'autorité du souverain, afin d'éviter la Ré-totale (A). Et ils donnent acte à Sieyès de sa volonté de consacrer la liberté individuelle et de la protéger contre les tendances du pouvoir à envahir la sphère privée (B).

14. A – Borner l'autorité sociale

15. 1) Benjamin Constant a certainement médité la leçon de Sieyès, en particulier le discours du 2 thermidor an III prononcé à la Convention, dans lequel l'abbé récuse l'idée d'une souveraineté illimitée¹⁸. Constant qui vient d'arriver à Paris est fortement impressionné par ce discours. Il rencontrera d'ailleurs Sieyès dès la fin mai 1795, sans doute grâce à son amie, Germaine de Staël¹⁹, avant de le fréquenter régulièrement et de faire partie de sa clientèle lorsque celui-ci deviendra directeur.²⁰ Ses manuscrits politiques qu'il commence à rédiger à la fin du Directoire, en particulier les *Principes de politique*, mais qu'il ne publie pas, laissent clairement apparaître ce qu'il doit à Sieyès²¹. Il en va de même pour le texte politique de Madame de Staël, *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*, rédigé vraisemblablement vers 1798, mais qui ne sera pas publié à l'époque²².
16. Pourtant, les textes que Constant livre aux éditeurs en 1814 et 1815, notamment *De l'esprit de conquête et de l'usurpation* ainsi que les

¹⁸ / Voir l'édition critique de ce discours in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès dans les débats constitutionnels de l'an III (2 et 18 thermidor)*, thèse complémentaire pour le doctorat ès lettres, Paris, Hachette, 1939.

¹⁹ / Notons qu'avant de fréquenter le salon de Madame de Staël au début du Directoire, Sieyès avait été reçu chez Madame Necker, la mère de Germaine, dès 1789 : v. Jean-Denis Bredin, *Sieyès, op. cit.*, pp. 125 et 530 ; du même auteur, « Emmanuel Sieyès et Jacques Necker », *Annales Benjamin Constant*, 2000, n° 23-24, pp. 63 et s.

²⁰ / Comme il le reconnaîtra en 1830, « J'ai beaucoup connu Sieyès, sans avoir eu précisément avec lui de relations intimes. Son humeur et sa défiance mettent obstacle à l'intimité ; mais je l'ai vu presque chaque jour, depuis son entrée au Directoire jusqu'au 14 brumaire. » (« Souvenirs historiques à l'occasion de l'ouvrage de M. Bignon », *Revue de Paris*, 1^{ère} série, février 1830, t. 11, p. 119.)

²¹ / Voir Benjamin Constant, *Principes de politique applicables à tous les gouvernements*, (1806), texte établi par Etienne Hofmann, Genève, Droz, 1980.

²² / Voir Madame de Staël, *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*, édition critique par Lucia Omacini, Paris-Genève, Droz, 1979.

*Principes de politique applicables à tous les gouvernements représentatifs et particulièrement à la Constitution actuelle de la France*²³ ne font pas du tout mention de Sieyès, alors même qu'ils sont composés de morceaux empruntés aux manuscrits précédents. Ils baignent, il est vrai, dans une atmosphère politique différente – celle de la Restauration et des Cent Jours - et revêtent, du fait de leur diffusion, des enjeux différents : textes de combat en faveur des libertés, ils doivent aussi ménager les susceptibilités des régimes en place, ce qui permet sans doute de comprendre l'abandon de certaines références embarrassantes – c'est ainsi que Sieyès n'est pas cité – ou l'utilisation fréquente de certains mots – le terme « souveraineté » est en particulier préféré à celui d' « autorité sociale », largement utilisé dans les *Principes de politique* de 1806.

17. S'il y a sans doute un art d'écrire de Constant à l'époque de la monarchie constitutionnelle qui explique sans doute son silence sur le révolutionnaire, il faudra attendre février 1830 pour que Benjamin reconnaisse effectivement sa dette. Il écrit en effet dans la *Revue de Paris* :
18. « Pour en revenir à Sieyès, c'est un homme d'un esprit immense ; ses vues en métaphysique et en politique sont pleines de finesse et de profondeur. Il y a toujours dans celles de ses abstractions qui semblent les plus subtiles, et qui lui ont attiré les épigrammes des hommes pratiques, une idée neuve et vraie. »²⁴
19. Et, après avoir précisé que l'abbé avait contribué à poser les bases de la monarchie constitutionnelle, en établissant que le Chef de l'État devait s'abstenir de gouverner, il ajoutait :
20. « C'est aussi à Sieyès que nous devons le principe le plus nécessaire à reconnaître dans toute organisation politique, la limitation de la souveraineté. Il y avait du courage à le proclamer au sein de la Convention qui avait terriblement abusé de la souveraineté illimitée. »²⁵
21. Etudier la réception de la pensée de Sieyès sur la souveraineté par les publicistes du groupe de Coppet nécessite donc de partir des écrits de ces derniers, en particulier les deux manuscrits précités²⁶. Le manuscrit des *Principes de politique* s'ouvre par un livre I intitulé « Des idées reçues sur l'étendue de l'autorité sociale ». Constant, discutant les thèses de Rousseau, détermine ce que doit être la source et l'étendue de l'autorité

²³ / On retrouvera ces textes dans Benjamin Constant, *Écrits politiques*, textes choisis, présentés et annotés par Marcel Gauchet, Paris, Gallimard, coll. Folio Essais, 1997.

²⁴ / Benjamin Constant, « Souvenirs historiques à l'occasion de l'ouvrage de M. Bignon », art. cit., p. 120. Cf. le portrait qu'en donne Madame de Staël dans les *Considérations sur les principaux événements de la Révolution française*, Paris, 2^{ème} édition, 1818, t. 1, pp. 203-204 : « (...) il a, on ne saurait le nier, un esprit de la première force et de la plus grande étendue ; mais cet esprit a pour guide un caractère très sujet à l'humeur ; et comme on pouvait à peine arracher de lui quelques paroles, elles comptaient, par leur rareté même, comme des ordres ou des prophéties. »

²⁵ / Benjamin Constant, « Souvenirs historiques à l'occasion de l'ouvrage de M. Bignon », art. cit., p. 121.

²⁶ / Remarquons que l'autre manuscrit de Constant, les *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, publié seulement en 1991 chez Aubier, ne comporte que deux références à Sieyès, l'une pour le présenter comme le défenseur de l'égalité contre les privilèges (*ibid.*, note 2, p. 130), l'autre pour en faire un critique du despotisme et un promoteur de la liberté individuelle (*ibid.*, p. 449.)

sociale. Certes, il rejoint l'auteur du *Contrat social* qui pense que la source de l'autorité sociale doit résider dans la volonté générale, seule à même de légitimer un régime politique, qu'il soit une monarchie ou une république. Mais il exprime déjà une nuance, par rapport à Jean-Jacques, sur la difficulté de la reconnaître et de l'exprimer : la volonté générale étant, selon lui, « le pouvoir du petit nombre sanctionné par l'assentiment de tous »²⁷, il introduit déjà la nécessité de la représentation pour son exercice effectif, ce qui le rapproche des préoccupations de Sieyès.

22. Constant va surtout s'attaquer au « second principe de Rousseau sur l'étendue de l'autorité sociale » qui a été repris, fait-il remarquer, par des publicistes aussi différents que d'Holbach, Mably, Ferrand ou Molé. Ces derniers, même s'ils ne sont pas d'accord sur l'autorité qui détient la souveraineté, se rejoignent dans l'idée que sa nature est illimitée et qu'elle a pour vocation de s'occuper de toutes les forces de la société.
23. Constant reproche même à Montesquieu de n'avoir pas apporté de bornes précises à l'autorité sociale : dire en effet que la liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent prête à discussion car les lois, émanation du souverain, peuvent en réalité restreindre fortement la liberté individuelle. L'auteur de *l'Esprit des lois* a confondu deux choses, la liberté et la garantie : « les droits individuels, c'est la liberté ; les droits sociaux, c'est la garantie. » Et Constant de poursuivre :
24. « L'axiome de la souveraineté du peuple a été considéré comme un principe de liberté. C'est un principe de garantie. Il est destiné à empêcher un individu de s'emparer de l'autorité qui n'appartient qu'à l'association entière ; mais il ne décide rien sur la nature de cette autorité même. Il n'augmente donc en rien la somme de libertés des individus ; et si l'on ne recourt pas à d'autres principes pour déterminer l'étendue de cette souveraineté, la liberté peut être perdue, malgré le principe de la souveraineté du peuple ou même par ce principe. »²⁸
25. Ce passage est décisif : il signifie que la liberté ne peut matériellement se définir par rapport au titulaire de la souveraineté. Si ce dernier, par son intervention, peut aménager les modalités de sa protection, il n'est pas pour autant une condition d'existence de la liberté ; il ne suffit pas d'affirmer la souveraineté du peuple pour avoir la liberté du peuple²⁹. Le problème ne réside donc pas dans l'identification du titulaire de la souveraineté, mais dans ce que Constant appelle « l'étendue de la souveraineté », c'est-à-dire le champ d'application du pouvoir étatique qui ne saurait être illimité³⁰. En d'autres termes, le souverain n'a pas vocation à s'occuper de toutes les affaires de la société, il n'a pas à se mêler des intérêts particuliers.

²⁷ / *Principes de politiques applicables à tous les gouvernements*, op. cit. (1806), p. 22.

²⁸ / *Ibid.*, p. 28.

²⁹ / Montesquieu ne dit pas autre chose : « (...) comme dans les démocraties le peuple paraît à peu près faire ce qu'il veut, on a mis la liberté dans ces sortes de gouvernements ; et on a confondu le pouvoir du peuple avec la liberté du peuple. » (*Esprit des lois*, livre XI, chapitre 2.)

³⁰ / On ne confondra pas l'étendue de la souveraineté et son intensité qui, une fois déployée, ne connaît d'autres limites que celles que pourrait éventuellement se fixer le souverain lui-même.

26. Contrairement à ce que prétend Rousseau, la souveraineté doit par conséquent être limitée et ne pas s'étendre à toutes les activités sociales. Constant trouve d'ailleurs chez d'autres auteurs des préoccupations semblables aux siennes : Beccaria, dans son traité *Des délits et des peines*, Condorcet, dans ses *Mémoires sur l'instruction publique*, Benjamin Franklin, Thomas Paine, Sieyès enfin, dont il cite en note un long extrait du fameux discours du 2 thermidor an III³¹ qui l'avait tant frappé, au même titre du reste que Madame de Staël qui s'en inspire à plusieurs reprises dans son manuscrit de 1798, tant à propos de la nécessité de limiter la souveraineté que d'instituer un jury constitutionnaire, proposition audacieuse de l'abbé qui ne sera pas retenue dans la Constitution du Directoire³².
27. Dans les *Principes de politique* de 1806, Constant apporte une double critique à l'idée rousseauiste d'une souveraineté illimitée. D'abord, une critique tirée de l'histoire récente de la Révolution et plus particulièrement inspirée par les souvenirs sanglants de la Terreur : « C'est nommément cette théorie qui a motivé les horreurs de notre Révolution, ces horreurs dont la liberté a tout à la fois été le prétexte et la victime. » Et, évoquant ces « hommes qui s'étaient emparés de la puissance », Constant ajoute : « tous leurs principes, toutes leurs opinions reposaient sur la théorie que nous avons exposés dans ce chapitre, sur la supposition que la société peut exercer sur ses membres une autorité illimitée et que tout ce qu'ordonne la volonté générale devient par cela seul légitime. »³³
28. Or, ce passage fait écho à l'extrait du discours de Sieyès que Constant avait pris en note et qui précisait : « Les pouvoirs illimités sont un monstre en politique et une grande erreur du peuple français. Il ne la commettra plus à l'avenir (...) à mesure qu'on s'éclairera, qu'on s'éloignera des temps où l'on a cru savoir, quand on ne faisait que vouloir, la puissance de la souveraineté rentrera dans ses justes limites ; car, encore une fois, la souveraineté du peuple n'est pas illimitée. »
29. Constant procède en second lieu à une critique d'ordre théorique des raisonnements de Rousseau. Contrairement à ce que prétend l'auteur du *Contrat social*, il n'est pas vrai qu'en se donnant à tous, c'est-à-dire en

³¹ / *Principes de politique, op. cit.*, (1806), t. 2, note C, pp. 45-46 ; ce passage commence par les mots suivants : « Les pouvoirs illimités sont un monstre en politique et une grande erreur du peuple français. Il ne la commettra plus à l'avenir (...) »

³² / Madame de Staël procède même, dans ses notes, à un résumé du discours du 2 thermidor : « Sieyès : divisez pour empêcher le despotisme, centralisez pour empêcher l'anarchie. Mouvement circulaire de la nation au gouvernement, du gouvernement au peuple. Il ne croit point aux pouvoirs illimités ni pour le peuple, ni pour ses représentants encore moins. Il appelle lui-même la division des pouvoirs celle des procurations. Distinguer l'unité d'action de l'action unique, mettre la proposition d'un côté et la décision de l'autre et mettre de même deux parties dans le pouvoir exécutif : les ministres et le Directoire. Jury constitutionnaire. Jury de proposition. Le gouvernement est pensée et exécution. Les besoins de gouvernement sont une partie législative, l'autre active. Le gouvernement procureur d'exécution nommant des exécutifs responsables. Un jugement national entre les demandes du Tribunal et des procureurs d'exécution. Le corps le plus nombreux ne proposera rien et décidera. La proposition sera séparée de la délibération. (Faire un tableau des divers avantages des constitutions grecques, r.l.a.m. et de celle de Sieyès). » (*Des circonstances actuelles (...), op. cit.*, p. 396.)

³³ / Benjamin Constant, *Principes de politique, op. cit.* (1806), p. 30.

aliénant complètement et sans réserve tous ses droits à la communauté, on ne se donne à personne. Car, fait remarquer Constant, « aussitôt que le souverain doit faire usage de la force qu'il possède, c'est-à-dire aussitôt qu'il faut procéder à l'organisation de l'autorité sociale, comme le souverain ne peut l'exercer par lui-même, il la délègue et tous ses attributs disparaissent. L'action qui se fait au nom de tous étant nécessairement, de gré ou de force, à la disposition d'un seul ou de quelques-uns, il en arrive qu'en se donnant à tous, il n'est point vrai qu'on ne se donne à personne. On se donne au contraire à ceux qui agissent au nom de tous. »³⁴ Traduisons : dès lors que la communauté se forme, ses membres confient leurs intérêts à quelques individus qui sont les représentants.

30. La représentation est donc une nécessité sociale, ce que Sieyès avait exprimé à de multiples reprises. Ainsi, dans le fameux discours du 2 thermidor an III, il expliquait : « Tout est représentation dans l'état social. Elle se trouve partout dans l'ordre privé comme dans l'ordre public ; elle est la mère de l'industrie productive et commerciale, comme des progrès libéraux et politiques. Je dis plus, elle se confond avec l'essence même de la vie sociale. »³⁵ Déjà, dans le discours du 7 septembre 1789 sur la question du veto royal, il déclarait : « Le Peuple ou la Nation ne peut avoir qu'une voix, celle de la législature nationale. (...) Le Peuple, je le répète, dans un pays qui n'est pas une démocratie (& la France ne saurait l'être), le Peuple ne peut parler, ne peut agir que par ses Représentants. »³⁶
31. Ce sont d'ailleurs les représentants qui, par leurs délibérations, déterminent l'intérêt général. Ce dernier n'est pas la somme des intérêts particuliers, tient à préciser Constant dans les *Principes de politique* de 1815, mais « la transaction qui s'opère entre les intérêts particuliers. »³⁷ En d'autres termes, l'intérêt général est le fruit d'une discussion qui débouche sur un compromis entre les représentants qui expriment, pour chacun d'entre eux, des intérêts particuliers. C'est en aval – et non au moment – de l'élection des députés, au sein même de l'Assemblée législative, que se fixe l'intérêt commun. Il est vraisemblable que cette conception de l'intérêt général, comme fruit d'une délibération des représentants, soit inspirée des écrits de Sieyès, notamment des *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789*³⁸.
32. 2) Ce discours sur la nécessité de limiter la souveraineté se retrouve chez un auteur comme Adhémar Esmein, représentant de cette pensée libérale

³⁴ / *Ibid.*, pp. 33-34. Le passage est repris dans le chapitre 1^{er} des *Principes de politique* de 1815, *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 314.

³⁵ / Discours du 2 thermidor an III, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès*, *op. cit.*, p. 16.

³⁶ / *Dire de l'abbé Sieyès sur la question du veto royal*, Paris, Baudouin, 1789, pp. 18-19.

³⁷ / *Principes de politique in Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 355. Cf. ce qu'écrit Madame de Staël dans *Des circonstances actuelles (...)*, *op. cit.*, p. 19 : « La représentation n'est pas le calcul de réduction, si l'on peut s'exprimer ainsi, qui donne en petit l'image du peuple ; la représentation, c'est la combinaison politique qui fait gouverner la nation par des hommes choisis et combinés de manière qu'ils ont la volonté et l'intérêt de tous. »

³⁸ / Voir la démonstration de Lucien Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997, p. 78. Sur le concept de représentation chez Sieyès et ses reminiscences dans l'œuvre de Constant, v. Pasquale Pasquino, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, pp. 31 et s.

au sein même de la doctrine publiciste française des années 1900. Lui aussi va s'inspirer du grand discours du 2 thermidor de l'an III pour fonder sa démonstration. Rejoignant les préoccupations de Sieyès, il admet que l'Etat ne saurait fonctionner à l'encontre des individus et de leur liberté. Ainsi qu'il l'écrit dans les *Éléments de droit constitutionnel*,

33. « (...) le premier intérêt et le premier droit de l'individu, c'est de pouvoir librement développer ses facultés propres ; et le meilleur moyen pour assurer ce développement, c'est de permettre à l'individu de le diriger lui-même, spontanément, à sa guise, et à ses risques et périls, tant qu'il n'entamera pas le droit égal d'autrui. Or, assurer ce libre développement, c'est justement le but de diverses libertés qui constituent les droits individuels : en ne les respectant pas, la société politique manquerait à sa mission essentielle, et l'État perdrait sa première et principale raison d'être. « La fin de tout établissement public, disait Sieyès, est la liberté individuelle. »³⁹
34. Une telle présentation revient, dans une perspective libérale déjà à l'œuvre tant chez Sieyès que Constant, à distinguer clairement les droits individuels de la souveraineté et conduit à l'affirmation d'une sphère privée, autonome par rapport à l'espace public⁴⁰. Mais cela débouche sur une interrogation quant aux droits individuels qu'il convient de protéger.

B – Énoncer et garantir les droits individuels

35. Il ne suffit pas d'affirmer la nécessité de limiter la souveraineté. Encore faut-il préciser les modalités qui permettront de la borner effectivement.
36. 1) Distinguer la sphère publique de la sphère privée
37. Dans les *Principes de politique* de 1806, Constant tente d'apporter des réponses à la question. « Au point où commence l'indépendance de l'existence individuelle, écrit-il, s'arrête la juridiction de cette souveraineté. Si la société franchit cette ligne, elle se rend aussi coupable de tyrannie que le despote qui n'a pour titre que le glaive exterminateur. »⁴¹
38. Il entend en particulier définir une sphère minimale de la souveraineté, ce qu'il appelle « l'autorité sociale restreinte au strict nécessaire. »⁴² Elle consiste en la répression des désordres intérieurs et la faculté de repousser les invasions étrangères, ce qui implique le droit de réprimer pénalement les crimes, le pouvoir d'entretenir une force armée et le droit d'imposer les individus, afin de subvenir aux dépenses de ces deux activités. Est ainsi esquissé un noyau dur de la souveraineté, sans lequel celle-ci n'aurait pas de sens : « Il est évident que la juridiction de la société

³⁹ / Adhémar Esmein, *Éléments (...)*, *op. cit.*, t. 1, p. 543. Précisons que le discours du 2 thermidor an III est déjà cité par Esmein dans l'introduction de son manuel (v. le § 3 « Les limites des droits de l'État », *ibid.*, t. 1, p. 33 et la note 73.)

⁴⁰ / Sur la distinction du public et du privé chez Constant, v. Stephen Holmes, *Benjamin Constant et la genèse du libéralisme moderne*, trad. O. Champeau, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp. 333 et s.

⁴¹ / Benjamin Constant, *Principes de politique*, *op. cit.*, p. 49. On retrouve ce passage dans les *Principes de politique* de 1815 in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 313.

⁴² / *Principes de politique*, *op. cit.* (1806), p. 57.

ne peut rester en deçà de ces bornes, mais qu'elle peut s'arrêter là. On ne pourrait concevoir un peuple, chez lequel les crimes individuels demeureraient impunis et qui n'aurait préparé aucun moyen de résister aux attaques que pourraient entreprendre contre lui les nations étrangères. Mais on pourrait en concevoir dont le gouvernement n'aurait d'autre mission que de veiller à ces deux objets. L'existence des individus et celle de la société seraient parfaitement assurées. Le nécessaire serait fait. »⁴³

39. La souveraineté doit s'arrêter au strict « nécessaire ». Le mot avait déjà été utilisé par Sieyès en 1789 dans sa fameuse brochure *Qu'est-ce que le Tiers État ?* : « Le corps des délégués ne peut pas même avoir la plénitude de cet exercice (du droit de vouloir). La communauté n'a pu lui confier de son pouvoir total que cette portion qui est nécessaire pour maintenir le bon ordre. On ne donne point du superflu en ce genre. »⁴⁴ Dans un manuscrit de 1792 intitulé *Contre la Ré-totale*, il définit l'intérêt commun, non comme le rassemblement de tous les intérêts particuliers, mais comme « ce qui est nécessaire pour parvenir au but de l'association. »⁴⁵ Dans son discours du 2 thermidor de l'an III, il déclare : « Lorsqu'une association politique se forme, on ne met point en commun tous les droits que chaque individu apporte dans la société, toute la puissance de la masse entière des individus. On ne met en commun, sous le nom de pouvoir public ou politique, que le moins possible, et seulement ce qui est nécessaire pour maintenir chacun dans ses droits et ses devoirs. »⁴⁶
40. Sieyès, avant Constant, fait une critique sans concessions de la conception rousseauiste de la souveraineté illimitée. Les intérêts collectifs sont les seuls représentables et les seuls que l'Etat doit assumer. Ce dernier doit maintenir le bon ordre et poser les interdits qui constitueront les garanties au libre exercice des droits individuels. Mais il ne doit pas aller au-delà et s'immiscer dans la sphère des individus, sous peine de transformer la « Ré-publique » en « Ré-totale », destructrice des libertés⁴⁷.
41. Mais il ne suffit pas de restreindre « l'autorité sociale », encore faut-il déterminer quels sont ces droits individuels. Constant en donne une liste dans les *Principes de politique* de 1806 : la faculté de faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, la liberté de conscience et en particulier la liberté religieuse, la liberté d'expression, la liberté de la presse, enfin le principe de la légalité des délits et des peines⁴⁸. En 1815, il ajoutera la jouissance de la propriété⁴⁹ qui est, pour lui, un droit distinct des autres droits

⁴³ / *Ibid.*, pp. 57-58.

⁴⁴ / Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, Paris, PUF, coll. Quadrige, 1989, p. 66.

⁴⁵ / Le manuscrit est reproduit par Pasquale Pasquino, *op. cit.*, pp. 175-176 ; v. également Christine Fauré (dir.), *Des manuscrits de Sieyès 1773-1799*, Paris, Honoré Champion, 1999, pp. 455-456.

⁴⁶ / Discours du 2 thermidor an III, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès (...)*, *op. cit.*, p. 17. Précisons que ce passage avait été pris en note par Constant (v. la note C des *Principes de politique*, *op. cit.* (1806), p. 45.)

⁴⁷ / Sur ce point, voir l'analyse de Colette Clavreul, *L'influence de la théorie d'Emmanuel Sieyès sur les origines de la représentation en droit public*, thèse de droit, Université Paris I, dactylo., 1982, t. 1, pp. 123 et s.

⁴⁸ / Voir *Principes de politique*, *op. cit.* (1806), p. 58.

⁴⁹ / Voir *Principes de politique* (1815), in *Écrits politiques*, *op. cit.*, p. 317.

individuels ; en effet, la propriété n'est pas antérieure à la société, mais bien au contraire le produit d'une « convention sociale », ce qui n'empêche pas qu'elle soit « moins sacrée, moins inviolable, moins nécessaire. »⁵⁰

42. Ici, la réception de Sieyès apparaît moins évidente. Non pas que l'on ne trouverait entérinée, chez Constant, la distinction entre les droits individuels et les droits politiques que Sieyès avait énoncée dès juillet 1789⁵¹. Mais le droit de propriété est, pour l'abbé, un droit naturel au même titre que les autres droits, qu'il revient à l'état social de garantir, par la loi. Surtout, leur conception des droits de l'homme apparaît radicalement différente. Si ces droits sont, pour Sieyès, des « moyens » pour atteindre le but des individus, à savoir le bonheur⁵², ils ne sauraient, selon Constant, être instrumentalisés en vue d'une fin, quelle qu'elle soit. Dans un important chapitre des *Principes de politique* de 1806, ce dernier, s'attaquant à l'utilitarisme de Bentham, peut écrire : « Le droit est un principe ; l'utilité n'est qu'un résultat. Le droit est une cause ; l'utilité n'est qu'un effet. Vouloir soumettre le droit à l'utilité, c'est vouloir soumettre les règles éternelles de l'arithmétique à nos intérêts de chaque jour. »⁵³ Les droits ne doivent pas être le produit d'un calcul et de l'intérêt pour atteindre le bonheur individuel, car il seraient alors soumis à la subjectivité et à la relativité. Il doit y avoir une stabilité dans les droits comme dans la justice qui apparaît déterminante dans la conception du libéralisme moral constantien. Les droits ne sont pas des moyens, ce sont des règles premières et fixes, en vertu desquelles les individus ont la possibilité d'apprécier en conscience les actes du pouvoir⁵⁴.
43. Il existe en revanche chez un auteur comme Adhémar Esmein un emprunt évident à Sieyès, en ce qui concerne le contenu des droits individuels. Se fondant en particulier sur le projet de déclaration des droits que l'abbé avait présenté à la Constituante en 1789, il lui attribue la paternité de la distinction entre les droits politiques et les droits individuels. Les premiers n'appartiennent qu'aux citoyens, à qui la constitution et la loi en accordent la jouissance et l'exercice : il suffit de penser au droit de suffrage. Les seconds, les droits individuels, appartiennent en principe à tous les individus qui composent la nation quels que soient leur âge, leur sexe, leur incapacité de fait ou leur indignité : ce sont la liberté individuelle, la liberté de conscience et la liberté du culte. Et Esmein croit déceler déjà dans le cours de droit constitutionnel de Pellegrino Rossi, professé sous la

⁵⁰ / *Ibid.*, p. 442 ; cf. déjà le chapitre 3 du livre X des *Principes de politique* de 1806, *op. cit.*, pp. 202 et s.

⁵¹ / Voir Emmanuel Sieyès, *Préliminaire de la Constitution française. Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Baudouin, 1789.

⁵² / Voir le *Journal d'instruction sociale*, par les citoyens Condorcet, Duhamel et Sieyès, samedi 6 juillet 1793, pp. 129-130 : « Le bonheur est le but, le point où tendent tous les hommes. Ils emploient divers moyens pour y arriver et ils y arrivent par des moyens qui ne les écartent pas de la ligne de la justice, ils ont des moyens droits ou simplement des droits (...) Ces droits sont donc les moyens du bonheur, mais ne s'écartent pas des règles de la nature, de la justice et de la raison. » Voir aussi le commentaire de Colette Clavreul, *op. cit.*, t. 1, pp. 71 et s.

⁵³ / Il s'agit du chapitre 7 du livre II des *Principes de politique*, *op. cit.* (1806), pp. 58 et s. ; v. aussi l'annexe 1 aux *Principes de politique* de 1815, in *Écrits politiques*, *op. cit.*, pp.510 et s.

⁵⁴ / Sur le libéralisme moral de Constant, v. Lucien Jaume, *L'individu effacé*, *op. cit.*, pp. 63 et s.

Monarchie de Juillet, cette même distinction, sous-entendant peut-être que Rossi aurait été inspiré par Sieyès dans cette réflexion sur les droits⁵⁵.

44. Au-delà de l'énoncé de la délimitation entre la sphère étatique et celle des individus, se pose la question de la garantie de la limitation de la souveraineté
45. 2) Comment garantir la limitation de la souveraineté ? La question du pouvoir neutre
46. On sait que, pour Constant, cette limitation passe d'abord par l'affirmation du pouvoir de l'opinion publique, d'où son insistance dans la défense d'un droit comme la liberté de la presse et, dans un deuxième temps seulement, par la distribution et la balance des pouvoirs⁵⁶. Or, c'est sur la question de la séparation des pouvoirs, et en particulier sur la nécessité de créer un pouvoir tiers, arbitre entre l'exécutif et le législatif, que Constant se rapproche de la pensée de Sieyès, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il ait largement emprunté à ce dernier⁵⁷.
47. Ainsi, reconnaissait-il en 1830 : « (...) on pourrait dire, quelque bizarre que paraisse l'assertion, quand on se retrace toute la vie de Sieyès, qu'il a contribué, plus que personne à poser les bases de la monarchie constitutionnelle. Il a le premier, en France, établi et prouvé que le chef, placé au haut de la hiérarchie politique, devait choisir, mais non gouverner. Son grand-électeur, à quelques subtilités près, dont on s'est emparé pour rendre sa théorie ridicule, est le type exact et utile d'un roi tel qu'on doit le désirer. Choisir est sa fonction, renvoyer est son droit. S'il sort de cette sphère pour agir lui-même, il abjure sa nature et trouble l'État, en compromettant sa propre inviolabilité. »⁵⁸
48. Un roi inviolable qui devait choisir, mais non gouverner : c'était reconnaître à l'abbé la paternité de ce pouvoir neutre, dont Constant avait fait la théorie dans son manuscrit, les *Fragments d'un ouvrage abandonné sur la possibilité d'une constitution républicaine dans un grand pays*, puis dans les *Principes de politique* de 1815, et montré qu'il était aussi bien compatible dans un système républicain que dans un régime monarchique. Pour autant, une étude plus poussée tendrait à montrer que le pouvoir neutre, tel qu'il a été initialement forgé par Constant sous le Consulat, n'entretient que des relations assez lointaines avec le grand électeur de

⁵⁵ / Voir Adhémar Esmein, *Éléments (...)*, op. cit., t. 1, p. 549.

⁵⁶ / Voir les *Principes de politique* de 1815, in *Écrits politiques*, op. cit., p. 321.

⁵⁷ / On notera en effet que Constant prône un système de collaboration des pouvoirs (v. les *Fragments d'un ouvrage abandonné (...)*, op. cit., notamment pp. 447-448), assez éloigné de la spécialisation accentuée décrite par Sieyès en l'an III, en vertu de laquelle chaque organe (le Tribunat, le gouvernement, la législature, le jury constitutionnaire) dispose de compétences spécifiques. Mais, comme on va le voir, les deux auteurs se retrouvent sur la nécessité d'un pouvoir intermédiaire, arbitre entre les pouvoirs.

⁵⁸ / Benjamin Constant, « Souvenirs historiques (...) », art. cit., t. 11, p. 120. Précisons que Constant écrit ces lignes au moment où le débat fait rage entre publicistes royalistes et libéraux sur les pouvoirs dont dispose effectivement Charles X. C'est de ce débat que sortira la fameuse formule : « le roi règne, mais ne gouverne pas. » Sur ce point, v. Alain Laquière, *Les origines du régime parlementaire en France (1814-1848)*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 2002, pp. 88-89.

Sieyès et même plus largement, avec la réflexion de celui-ci sur l'existence d'un pouvoir conservateur.

49. Dans les *Fragments*, ce pouvoir neutre qui est un organe collégial dont les membres sont élus à vie, est présenté comme se distinguant à la fois du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. « Le but du pouvoir préservateur est de défendre le gouvernement de la division des gouvernants, et défendre les gouvernés de l'oppression du gouvernement. »⁵⁹ Et, pour atteindre ce but, le publiciste libéral, tout en rejetant tout pouvoir de nomination qui détruirait sa neutralité⁶⁰, propose deux prérogatives : le droit de dissolution des assemblées législatives et le pouvoir de destituer les dépositaires du pouvoir exécutif. Si ce pouvoir préservateur « est, pour ainsi dire, le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs »⁶¹, il apparaît également, d'une certaine manière, comme le pouvoir judiciaire entre les pouvoirs et les citoyens, puisqu'il a le droit de faire grâce ou de commuer les peines, ainsi que « d'accueillir les pétitions des citoyens contre les actes de l'autorité. »⁶² Sur ce dernier point, Constant précise sa pensée : « Je voudrais que le pouvoir préservateur eût spécialement la mission d'appeler l'attention du pouvoir exécutif sur les attentats de ses agents contre la liberté individuelle »⁶³, avant d'ajouter quelques pages plus loin, à propos des actes arbitraires commis par le pouvoir exécutif : « Les citoyens réclament, le pouvoir administratif les dénonce. Le pouvoir législatif en accuse les auteurs. Le pouvoir préservateur annule les actes. »⁶⁴
50. En dépit de l'apparente contradiction entre ces deux citations, il semble bien que le pouvoir préservateur, tel qu'il est conçu dans les *Fragments*, ait la possibilité non seulement d'alerter le pouvoir exécutif contre des actes administratifs commis par des fonctionnaires contre la liberté individuelle, mais aussi d'annuler ces actes. Il aurait donc la possibilité d'exercer, pour employer le vocabulaire du contentieux administratif, un recours hiérarchique, mais aussi de faire disparaître rétroactivement un acte administratif.
51. Enfin, le pouvoir préservateur de Constant aurait le droit de « sanctionner les changements et perfectionnements nécessaires à la constitution »⁶⁵, signifiant qu'il serait associé à la révision de la Constitution.
52. Le rapprochement avec le grand électeur, institution placée par Sieyès au sommet de la pyramide institutionnelle qu'il avait élaborée en l'an VIII, semble apparemment assez artificiel. Certes, le grand électeur est élu à vie. Mais il s'agit d'un seul magistrat, dont l'existence est censée assurer

⁵⁹ / Benjamin Constant, *Fragments (...)*, *op. cit.*, p. 387.

⁶⁰ / Voir le chapitre VII « Des attributions destructives de la neutralité du pouvoir préservateur » du livre VIII des *Fragments*, *ibid.*, pp. 385 et s. On notera en revanche que le Grand Électeur de Sieyès avait pour fonction essentielle de nommer et de destituer les chefs de gouvernement qui étaient, dans son esprit, deux consuls : v. Boulay de la Meurthe, *Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'an VIII*, Paris, P. Renouard, 1836, p. 26

⁶¹ / *Fragments*, *op. cit.*, p. 390.

⁶² / *Ibid.*, p. 436.

⁶³ / *Ibid.*

⁶⁴ / *Ibid.*, p. 450.

⁶⁵ / *Ibid.*, p. 448.

« l'unité du pouvoir exécutif »⁶⁶, et dont la fonction essentielle, outre une fonction de représentation de la nation à l'étranger, est de nommer les chefs du gouvernement, ce que Constant refusait à son pouvoir préservateur.

53. On a pu voir également, dans la construction constantienne, une sorte de mixte entre le jury constitutionnaire de l'an III et le Sénat de la Constitution de l'an VIII, deux institutions issues des réflexions de Sieyès⁶⁷. Le Sénat de l'an VIII est certes revendiqué comme un modèle par le publiciste libéral pour l'édification de son pouvoir préservateur dans une constitution républicaine. Mais il ne cache pas les défauts de cette institution qu'il n'a choisis que pour donner un repère utile à ses lecteurs, en vue de mener à bien sa démonstration⁶⁸. Il retient en tout cas du Sénat de l'an VIII les fonctions à vie et l'inéligibilité à tout autre emploi, mais condamne, comme on l'a vu, tous ses droits de nomination des législateurs, des membres de l'exécutif, des juges...⁶⁹.
54. Les liens avec le jury constitutionnaire, tel que l'avait présenté Sieyès sous deux moutures différentes les 2 et 18 thermidor an III, paraissent, pour leur part, très ténus. D'abord, quant à leur composition : le jury est un organe de 108 membres, renouvelable par tiers tous les ans et dont les membres sont cooptés par le jury lui-même, alors que le pouvoir préservateur est une institution composée de membres élus indirectement par le peuple pour la durée de leur vie.
55. Ensuite, quant à leur mode de fonctionnement : le jury constitutionnaire ne peut juger qu'en droit, soit qu'il se prononce sur les violations ou atteintes faites à la Constitution, soit qu'il statue, en tant que « jury d'équité naturelle », pour pallier une lacune de la loi⁷⁰ ; de plus, comme le précise

⁶⁶ / Voir Boulay de la Meurthe, *op. cit.*, p. 30.

⁶⁷ / Voir Marcel Gauchet, *La révolution des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation. 1789-1799*, Paris, Gallimard, Bibl. des Histoires, 1995, pp. 239 et s.

⁶⁸ / Voir Benjamin Constant, *Fragments (...)*, *op. cit.*, pp. 379 et s.

⁶⁹ / Voir l'article 20 de la Constitution de l'an VIII.

⁷⁰ / Il y aurait beaucoup à dire sur ce point. On ne suivra pas ici la démonstration de Michel Troper (« Sieyès et le jury constitutionnaire », *Mélanges Pierre Avril. La République*, Paris, Montchrestien, 2001, spéc. pp. 275 et s.) pour qui le jury constitutionnaire, en tant qu'il est « jury d'équité naturelle », ne serait pas un tribunal mais plutôt un législateur, au motif que, par un acte de volonté, il énoncerait et traduirait dans le droit positif les principes du droit naturel, alors que la Révolution française aurait adopté une conception du pouvoir judiciaire qui empêchait les juges d'interpréter les lois, c'est-à-dire de les refaire. Si cette dernière conception a été celle de la Constituante qui avait même créé le référé législatif, elle a en pratique été rapidement contestée par le pouvoir judiciaire, notamment par le Tribunal de cassation qui s'est affranchi dès le Directoire, de la tutelle des Assemblées pour élaborer ses théories jurisprudentielles (v. Jean-Louis Thireau, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, coll. Champs Université, 2001, pp. 284-285.) En l'an VIII, Portalis, tout en critiquant très fermement le référé législatif, soutiendra que les juges disposent d'une faculté d'« interprétation par voie de doctrine » qui « consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. » (*Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Bordeaux, éditions Confluences 1999 (rééd.), p. 22.) Il admettra même que les juges statuent en équité. Pour Sieyès, l'utilisation du terme « jury » n'a jamais exclu, bien au contraire, la fonction de juger. Son projet d'organisation judiciaire, présenté en mars 1790, en témoigne (v. *Aperçu d'une nouvelle organisation de la justice et de la police en France*, Paris, Imprimerie Nationale, mars 1790, spéc. pp. 28 et s.) La formation du jury constitutionnaire qui, dans son projet de l'an III, doit statuer en équité, est bel

l'article XVII du projet présenté par Sieyès le 18 thermidor : « Le jury constitutionnaire ne peut rendre aucun arrêt du propre mouvement. » Cette dernière disposition signifie que, comme un véritable tribunal, le jury ne peut s'auto saisir et prendre des arrêts de règlement⁷¹. Le pouvoir préservateur de Constant, s'il est « le pouvoir judiciaire des autres pouvoirs », comporte pourtant une différence essentielle avec ce dernier. Effectivement, il ne peut prendre le temps nécessaire pour mener ses recherches, car il n'a pas affaire à des individus qui ne peuvent opposer aucune force à leur juge. « Les pouvoirs publics au contraire, fait remarquer Constant dans un passage qui vaut d'être cité, et surtout le pouvoir exécutif, ont toujours à opposer au pouvoir préservateur une force physique supérieure à celle dont il se trouve revêtu. Il ne peut donc procéder contre eux, comme le pouvoir judiciaire, contre les individus ; car il serait anéanti, avant d'avoir instruit le procès ; il faut que sa rapidité supplée à ce qui lui manque de force. Mais par cela même que la destitution du pouvoir exécutif doit se prononcer sans accusation et sans jugement, elle ne doit être suivie d'aucune peine. »⁷² En prenant l'exemple de la destitution du pouvoir exécutif, le publiciste libéral démontre donc qu'il doit s'agir d'une prérogative discrétionnaire utilisée en opportunité, sans respect de formes spécifiques, et à la propre initiative du pouvoir neutre. Et il prévient : « Vous serez toujours obligé d'organiser, soit contre le pouvoir exécutif, soit contre ses agents, des moyens de répression. Or, moins ces moyens seront discrétionnaires, plus ils seront accompagnés de formes lentes, plus le pouvoir exécutif averti (...) pourra se mettre en défense, et provoquer le désordre par sa résistance. »⁷³ Nous sommes bien loin du fonctionnement normal d'une juridiction !

56. Enfin, leurs compétences apparaissent très nettement distinctes. Le pouvoir préservateur de Constant dispose de cinq prérogatives essentielles : la dissolution des assemblées législatives ; la destitution du pouvoir exécutif ; le droit de faire grâce ; le droit d'appeler l'attention du pouvoir exécutif sur des actes administratifs contestés par les citoyens et éventuellement de les annuler ; la sanction des modifications à la Constitution. Or, aucune de ces prérogatives, à l'exception notable du droit de grâce, n'est attribuée au jury constitutionnaire, dans les deux projets successifs de Sieyès.

et bien un tribunal chargé de protéger les droits de l'homme, insuffisamment garantis par la loi : « Nulle part, explique-t-il, l'universalité des droits n'a été mise sous une égale et entière protection de la loi ; vous venez de le reconnaître dans le souvenir de quelques erreurs graves de toute législation. Nos neveux pourront en signaler davantage. Mais du moins (...) qu'ils nous aient l'obligation d'avoir enfin institué un *tribunal des droits de l'homme* » (Discours du 18 thermidor, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès (...), op. cit.*, p. 42.) Il ne peut d'ailleurs se saisir lui-même, à l'instar d'un tribunal : « Les justes précautions qu'il faut prendre consistent à ne pas laisser à la section constitutionnaire d'équité naturelle le droit de se mettre d'elle-même en mouvement ; elle ne le pourra que sur une proposition formelle, venue d'ailleurs. » (*ibid.*, p. 43.) Et ses décisions ont la même force obligatoire qu'un jugement : « Nous avons cru qu'il était nécessaire de donner à un jugement d'équité naturelle la force obligatoire qu'ont les sentences ordinaires de nos tribunaux (...) » (*ibid.*, p. 40.)

⁷¹ / Si le jury pouvait rendre des arrêts de sa propre initiative, « ce serait, écrit Sieyès, lui donner une action trop forte sur toutes les parties de l'établissement public » (Discours du 18 thermidor, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès (...), op. cit.*, p. 37.)

⁷² / Benjamin Constant, *Fragments (...), op. cit.*, p. 391.

⁷³ / *Ibid.*, p. 395.

57. Le droit de dissolution des assemblées et la destitution des membres de l'exécutif sont des compétences politiques qui ne figurent pas dans les propositions de l'abbé en l'an III ; la réclamation contre des actes administratifs et leur éventuelle annulation ne sont pas non plus prévues dans les propositions de Sieyès : le 2 thermidor, ce dernier propose que le jury ait pour « mission spéciale de juger et prononcer sur les plaintes en violation de constitution, qui seraient portées contre les décrets de la législature »⁷⁴, c'est-à-dire contre les actes législatifs ; dans le projet du 18 thermidor, il est prévu un article VI qui dispose : « le jury constitutionnaire prononcera sur les violations ou atteintes faites à la constitution qui lui seraient dénoncées contre les actes, soit du Conseil des Anciens, soit du Conseil des Cinq-Cents, soit des assemblées électorales, soit des assemblées primaires, soit du tribunal de cassation (...) »⁷⁵ On constatera, à la lecture de ces dispositions, qu'il n'est fait aucunement allusion à un contrôle des actes administratifs. Le jury constitutionnaire n'est pas plus habilité à sanctionner, c'est-à-dire à adopter, une quelconque révision de la constitution, mais seulement à proposer des modifications sur lesquelles se prononcera le Conseil des Anciens qui seul détient le pouvoir constituant⁷⁶.
58. Le droit de grâce qui permet, notamment dans des procès pénaux, de suspendre l'application d'une loi qui apparaîtrait trop sévère dans certains cas d'espèce, rejoint sans nul doute la troisième fonction du jury constitutionnaire, présentée le 18 thermidor, à savoir celle de juridiction d'équité naturelle qui ferait prévaloir la justice sur une loi inique⁷⁷. Or, il n'est pas certain du tout que Constant ait puisé dans les propositions de l'abbé la source de son information. Le droit de grâce est en effet inséré par Benjamin dans le chapitre 13 du livre VIII des *Fragments*, au sein duquel on le voit discuter les objections de Madame de Staël et les réflexions de Necker. À la première qui s'inquiète des prérogatives limitées du jury constitutionnaire qui sera tenté dès lors, pour renforcer son autorité, de constater davantage d'infractions⁷⁸, Constant répond en s'appuyant expressément sur les observations critiques que Necker venait de présenter dans son livre, les *Dernières Vues de politique et de finance*, à propos du Sénat de l'an VIII. L'ancien ministre de Louis XVI jugeait en effet qu'on avait donné à cette institution une autorité disproportionnée par rapport à ses moyens réels qui en faisait une abstraction sans véritable

⁷⁴ / Article IV du projet du 2 thermidor, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès (...)*, op. cit., p. 30.

⁷⁵ / *Ibid.*, p. 45. On relèvera que les actes contrôlés ne sont plus ici des lois, mais des actes émanant notamment de chaque assemblée législative, impliquant sans doute un contrôle de procédure législative et non pas un contrôle au fond (sur ce point, v. Michel Troper, art. cit., p. 273.)

⁷⁶ / Voir les articles X et suivants du projet du 18 thermidor, *ibid.*, p. 46.

⁷⁷ / Voir l'article XIV du projet du 18 thermidor, *ibid.*, pp. 46-47.

⁷⁸ / Comme le note Henri Grange (*Fragments (...)*, op. cit., note 66, pp. 495-496), c'est un passage des *Circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution* qui est plus spécialement visé : « Le jury constitutionnel de Sieyès devait juger des infractions à la constitution, proposer les amendements tous les dix ans, venir au secours d'un citoyen lésé dans sa liberté civile. Premier inconvénient : étant de la même nature que les deux autres ; second : n'avoir pas d'autres fonctions. Vivre d'infractions. » (op. cit., p. 397.)

effectivité⁷⁹. Il semble par conséquent que des prérogatives du pouvoir neutre de Constant, telles que le droit de grâce et la faculté de réclamer contre les actes administratifs, soient d'abord issues des échanges qui eurent lieu entre les différents représentants du groupe de Coppel.

59. Que le Sénat de l'an VIII, dont on sait qu'il était largement inspiré par le Collège des Conservateurs que Sieyès avait proposé en Brumaire⁸⁰, ait servi de base de discussion à l'auteur des *Fragments* dans l'élaboration d'un pouvoir préservateur applicable à la République, cela est indéniable et se révèle au fil des pages du manuscrit. En revanche, le jury constitutionnaire, tel que le concevait Sieyès en l'an III⁸¹, n'apparaît pas comme une référence pour Constant qui ne l'évoque jamais. Sans doute peut-on voir dans la différence de mission assignée aux deux institutions une des principales raisons de cette omission : tandis que le conventionnel fait du jury un tribunal suprême gardien de la constitution et de la justice contre l'iniquité de la loi⁸², le théoricien du pouvoir neutre y voit un pouvoir intermédiaire entre l'exécutif et le législatif, distinct du pouvoir judiciaire⁸³, et chargé de garantir le bon fonctionnement de la séparation des pouvoirs. Le jury constitutionnaire, pouvoir sous forme juridictionnelle, est le gardien de la constitution ; le pouvoir neutre de Constant, institution affranchie des formes juridiques et agissant à la manière d'un organe politique, est le gardien de la séparation des pouvoirs.
60. Contrairement à Madame de Staël qui, en 1798, proposait de réunir les attributs du jury constitutionnaire à la puissance du Conseil des Anciens⁸⁴, et contrairement à l'exemple du Sénat de l'an VIII qui répondait, au moins partiellement à ce vœu, Constant n'a jamais admis que son pouvoir neutre puisse exercer une mission juridictionnelle, qu'il s'agisse de contrôler la constitutionnalité de la loi ou d'être un juge d'équité.

⁷⁹ / Voir Jacques Necker, *Dernières vues de politique et de finance*, s.l., 1802, pp. 35 et s.

⁸⁰ / Sur le Sénat de l'an VIII, v. Jean Thiry, *Le Sénat de Napoléon (1800-1814)*, Paris, Éditions Berger-Levrault, 1932 ; Jacques Bourdon, *La Constitution de l'an VIII*, thèse lettres, Paris, 1942.

⁸¹ / Notons que le Collège des Conservateurs de l'an VIII, dont les membres étaient nommés à vie par cooptation, et qui incluait des pouvoirs de nomination et de destitution des gouvernants différait sensiblement du jury constitutionnaire : sur ce point, v. Boulay de la Meurthe, *op. cit.*, pp. 32 et s.

⁸² / Sans doute faudrait-il préciser ici que le jury, plus que le juge de la loi, est le « juge du jugement », tant il est vrai que le législateur apparaît lui-même comme un juge dans la vision de Sieyès. Voir, sur ce point, Lucien Jaume, « Sieyès et le sens du jury constitutionnaire : une réinterprétation », *Historia Constitucional*, n° 3, juin 2002, pp. 199 et s. (v. le site internet : hc.rediris.es) Constant s'en est pris vivement à cette assimilation du législateur à un tribunal, dans un passage des *Fragments* qui est une allusion à peine voilée au discours du 2 thermidor : « Dans la même constitution dont nous conservons encore des restes (il s'agit de la Constitution de l'an III), l'on a séparé la discussion de la décision, et réduit au silence la portion du pouvoir législatif particulièrement investie du droit de consentir la loi. L'on a comparé le corps législatif à un tribunal, et l'on a dit que des juges ne devaient pas être des plaideurs. Admirable chose qu'une comparaison pour fausser les idées. Les juges dans les tribunaux peuvent interroger les parties. L'on refuse au corps législatif le droit d'interroger les orateurs qui discutent devant lui. Un seul mot est quelquefois nécessaire pour éclaircir une question. Le corps législatif n'a pas la faculté de faire prononcer ce mot. » (*Fragments d'un ouvrage abandonné (...)*, *op. cit.*, pp. 271-272.)

⁸³ / Constant note dans les *Fragments* : « Pourquoi ne pas réunir le pouvoir préservateur au pouvoir judiciaire ? Parce qu'il est impossible de passer d'une autorité discrétionnaire à l'exercice d'une autorité astreinte à des formes. » (*ibid.*, p. 381.)

⁸⁴ / Madame de Staël, *Des circonstances actuelles (...)*, *op. cit.*, p. 163.

61. Certes, on pourra dire que Constant retrouve ce souci de Sieyès de trouver un pôle de stabilité au sein de la constitution, afin de « conserver » - le mot est important – l'équilibre des institutions et finalement, leur existence même. On sait que la tâche apparaissait d'une grande complexité au sein d'une République qui ne possédait pas, de l'aveu même de Benjamin, une institution comparable à la royauté héréditaire qui joue traditionnellement, dans une monarchie, le rôle du pouvoir neutre⁸⁵. On ne s'étonnera pas, dans ces conditions, que le pouvoir préservateur, dans une Constitution républicaine, emprunte en réalité la plupart des fonctions d'un monarque, tel qu'on pouvait les voir à l'œuvre dans la monarchie britannique, à l'exception notable du droit de nommer les ministres⁸⁶. Et l'on comprend alors que Constant n'ait guère eu de difficultés à faire du monarque un pouvoir neutre dans sa conception de la monarchie constitutionnelle, développée en 1815 dans les *Principes de politique*⁸⁷.
62. Bref, le rapprochement entre les écrits d'un Sieyès et ceux d'un Constant sur la nécessité d'un pouvoir neutre laissent certes apparaître des convergences, sans doute fortuites, mais qui ne permettent pas d'affirmer qu'il y ait eu, de la part du second, une véritable réception, même sous la forme d'une adaptation, des idées du premier. Néanmoins, par le jeu des comparaisons, on pourrait certainement trouver des affinités entre le pouvoir neutre du publiciste de Coppet dans sa version royaliste de 1815, et le grand électeur de Sieyès qui apparaît comme une tentative, dès l'an VIII, de « monarchiser » la République. Ce dernier ne déclarait-il pas que « sans être roi, ce magistrat qui était à vie, avait dans sa prérogative de quoi produire tout le bien qu'on attend de la royauté »⁸⁸ ?

II – Sieyès, théoricien de la souveraineté nationale

63. La doctrine publiciste française au tournant des années 1900, s'est attachée à présenter Sieyès comme le principal théoricien de la souveraineté nationale, ce qui a conduit à reconnaître la postérité de sa pensée dans ces deux grandes théories que sont la théorie de la

⁸⁵ / Benjamin Constant, *Fragments (...)*, *op. cit.*, p. 398 : « (...) il y a, dans le pouvoir monarchique, deux pouvoirs : le pouvoir exécutif investi de prérogatives positives, et le pouvoir royal, composé de souvenirs et d'illusion religieuses ou traditionnelles, ce dernier est en quelque façon un pouvoir neutre entre le peuple et le pouvoir exécutif proprement dit qui est toujours délégué à des ministres. »

⁸⁶ / *Ibid.*, note e, pp. 403-404 : « Le pouvoir préservateur doit être ce qu'est le pouvoir monarchique en Angleterre, avec les différences exigées par la nature du gouvernement républicain. Le pouvoir préservateur, étant élu et tiré du sein du peuple, ne permet pas les prestiges de la Royauté héréditaire. Il y a, par conséquent, diverses attributions qui doivent lui être refusées. Il doit avoir le droit de destituer le pouvoir exécutif ; comme le roi d'Angleterre a le droit de destituer le ministère, qui est véritablement le pouvoir exécutif ; mais le pouvoir préservateur ne doit pas être investi du droit de nommer le pouvoir exécutif, comme le roi d'Angleterre nomme les ministres, parce que les fautes des hommes nommés par le pouvoir préservateur retomberaient sur lui. »

⁸⁷ / Voir les *Principes de politique* de 1815, chapitre II : « De la nature du pouvoir royal dans une monarchie constitutionnelle », in *Écrits politiques*, *op. cit.*, pp. 323 et s.

⁸⁸ / Boulay de la Meurthe, *op. cit.*, p. 30.

représentation (A) et celle du pouvoir constituant (B). Cela n'a pas empêché les auteurs de s'affronter sur la compréhension que l'abbé avait de ces deux théories.

A – Sieyès, théoricien du gouvernement représentatif

64. Les publicistes français, des théoriciens libéraux du groupe de Coppet aux professeurs de droit de la III^{ème} République, ont retenu la leçon de Sieyès, donnée en 1789 et en l'an III, à propos du gouvernement représentatif. S'il y a nécessité de la représentation, ce n'est pas seulement parce que les individus ne disposent pas tous de l'instruction suffisante pour participer à la chose publique et qu'ils seraient dans l'incapacité de s'assembler, dès lors qu'ils vivent dans un grand pays. C'est également parce qu'en désignant des représentants, ils disposent de plus de temps pour s'occuper de leurs affaires et de leur vie privée, ce qui garantit une meilleure sauvegarde de leur liberté individuelle. La liberté des Modernes de Constant, exposée dans le fameux discours à l'Athénée Royal, fait incontestablement écho aux grands discours de Sieyès de 1789 et de l'an III, où il n'est question que de suprématie du gouvernement représentatif sur la démocratie et de poursuite des intérêts individuels. Être libre, c'est désigner des représentants et non pas être législateur, dans une démocratie qui condamnerait « les hommes à bivouaquer toute leur vie. »⁸⁹
65. Esmein et Carré de Malberg ne s'y tromperont pas qui établiront une filiation entre Montesquieu et Sieyès quant à la conception de la représentation. Le gouvernement représentatif n'est pas, comme l'avait suggéré Rousseau, un pis-aller par rapport à ce modèle que serait la démocratie directe, mais bien une alternative crédible, seule à même de faire fonctionner un grand État moderne⁹⁰. Il n'en demeure pas moins que les écrits de Sieyès vont être l'occasion, pour les juristes de la III^{ème} République qui cherchent dans les débats à la Constituante les origines du droit public français, de s'affronter sur la nature du régime représentatif.
66. 1) Le débat Esmein/ Duguit :
67. Pour Adhémar Esmein, Sieyès est, avec Montesquieu et De Lolme, l'un des pères du gouvernement représentatif. Il se fonde, pour sa démonstration, sur un passage du discours sur le veto royal du 7 septembre 1789, ainsi que sur son discours du 2 thermidor an III. Le représentant est, dans cette conception, appelé à décider librement, arbitrairement, au nom du peuple, qui est censé vouloir par sa volonté et par sa bouche⁹¹. Et, comme il le fait remarquer en s'appuyant sur les opinions de l'abbé en 1789 et sur l'autorité de la Constitution de 1791, le député n'est pas le mandataire de ses électeurs, mais de la nation tout entière. De sorte qu'est interdite toute représentation des intérêts

⁸⁹ / Expression que Sieyès emploie dans son grand discours du 2 thermidor an III (v. Paul Bastid, *Les discours de Sieyès (...), op. cit.*, p. 16.)

⁹⁰ / Voir Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1922 (rééd. CNRS 1962), t. 2, pp. 207 et s.

⁹¹ / Adhémar Esmein, *Éléments (...), op. cit.*, t. 1, pp. 402 et s.

individuels ou particuliers, ainsi que tout mandat impératif⁹². Utiliser le terme de mandat serait du reste inapproprié pour définir la représentation.

68. Or, Léon Duguit n'accepte pas cette interprétation. Dans son *Traité de droit constitutionnel*, il reconnaît certes que le député élu ne tient pas ses pouvoirs de ses électeurs, qu'il ne reçoit pas un mandat de la circonscription qui le nomme, mais le parlement lui, acquiert ses pouvoirs de la nation qui l'élit. « Le parlement est le *mandataire représentatif* de la nation »⁹³. Il y a un mandat, ce mandat, c'est « le vœu national », ainsi que le reconnaissait Sieyès lui-même dans son discours du 7 septembre 1789. « Le mandat, ajoute Duguit, est donné, non par la circonscription électorale au député qu'elle élit, mais par la nation entière à l'assemblée qui est élue par elle ; et celle-ci représente la nation, c'est-à-dire qu'en vertu du mandat qu'elle reçoit, la volonté qu'elle exprime est considérée comme étant la volonté même de la nation. »⁹⁴ S'il existe un mandat, contrairement à ce que pense Esmein, il n'est pas vrai que les députés soient appelés à décider librement, arbitrairement, au nom du peuple. Même si les députés n'ont pas de compte à rendre à leurs électeurs, l'assemblée tout entière doit rendre des comptes au corps électoral tout entier, ce qui influe nécessairement sur les décisions des représentants qui ne sauraient être arbitraires. Les élections générales organisées à des époques rapprochées, la dissolution du parlement par le Chef de l'État, voire le référendum sont autant de moyens pour établir une concordance entre les votes du parlement et la volonté du corps des citoyens.
69. La nation devient, dans cette vision duguiste, une entité concrète, à laquelle le Parlement doit rendre des comptes. Il est dès lors compréhensible que Duguit puisse déceler, dans un passage du discours du 2 thermidor an III, l'appel à une représentation professionnelle de la nation au sein de l'Assemblée⁹⁵. Mais cette interprétation est récusée à juste titre par Paul Bastid qui démontre que Sieyès ne dit pas que les trois professions citées – l'industrie rurale, l'industrie citadine, l'industrie culturelle – ont un droit à la représentation, mais qu'il faut veiller à ce que l'Assemblée soit composée d'hommes appartenant à ces différentes professions, afin de permettre une meilleure délibération parlementaire qui doit dégager l'intérêt général, compromis entre des intérêts particuliers et non pas somme des intérêts privés à satisfaire⁹⁶. L'enjeu serait donc délibératif et non pas représentatif.
70. La conception de Duguit qui fait de la nation un acteur social décisif, n'est pas celle qui va perdurer dans la doctrine française. Ce qui va être retenu

⁹² / *Ibid.*, t. 1, pp. 312 et s.

⁹³ / Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, E. de Boccard, 3^{ème} édition, 1928, t. 2, p. 645.

⁹⁴ / *Ibid.*, t. 2, p. 646.

⁹⁵ / Le passage cité par Duguit est le suivant : « Si l'on voulait instituer le mieux en ce genre, dans mon opinion, on adopterait une combinaison propre à donner à la législature un nombre à peu près égal d'hommes voués aux trois grands travaux, aux trois grandes industries qui composent le mouvement et la vie d'une société qui prospère, je parle de l'industrie rurale, de l'industrie citadine et de celle dont le lieu est partout et qui a pour objet la culture de l'homme, et le jour viendra où l'on s'apercevra que ce sont là des questions importantes. » (*ibid.*, t. 2, p. 760.)

⁹⁶ / Voir Paul Bastid, *Les discours de Sieyès (...), op. cit.*, note 75, pp. 75-76.

de la pensée de Sieyès, chez les publicistes français, c'est le théoricien de la souveraineté nationale, au sens où Carré de Malberg va la définir.

71. 2) La théorie de l'organe, selon Carré de Malberg
72. Dans sa *Contribution à la théorie générale de l'État*, Carré de Malberg qui procède à une enquête sur les origines révolutionnaires du système français de la représentation nationale⁹⁷, revisite la pensée de Sieyès ; celui-ci lui apparaît comme l'un des constituants les plus décisifs et les plus représentatifs de la période 1789-1791. S'appuyant en particulier sur le discours du 7 septembre 1789⁹⁸, il y décèle les caractéristiques suivantes :
- a) la nation présente un caractère unitaire. Il ne s'agit pas de la collection de tous les individus avec leurs différences qui vivent sur le territoire mais de l'ensemble des nationaux envisagés dans leur qualité identique de citoyens. Du fait de l'unité de la nation et de l'indivisibilité de la souveraineté nationale, seule la nation est en droit d'être représentée et non les citoyens.
 - b) La nature du gouvernement représentatif est distincte du gouvernement démocratique. Contrairement à ce qui se passe dans une démocratie, la nation ne peut parler, ne peut agir que par ses représentants. Selon Sieyès, dans le gouvernement représentatif, ce que les citoyens remettent à leurs députés, c'est leur confiance, ce ne sont pas des instructions. Il n'existe pas de mandat impératif car les citoyens n'ont aucune participation à la puissance législative. Dans le gouvernement représentatif, le citoyen n'est qu'électeur, alors que dans la démocratie, il est législateur.
73. Le paradoxe de cette interprétation de Carré de Malberg est qu'elle nie en réalité toute idée de représentation. Pour qu'il y ait normalement représentation, il faut en effet un représenté qui va exprimer une volonté et un représentant. Or, il n'y a pas de représenté : les citoyens n'ont pas de volonté législative représentable. Ils élisent mais ne donnent pas leur avis sur les lois à faire. Quant à la nation, il s'agit d'un être abstrait qui, par définition, n'a pas de volonté. Il n'y a pas non plus de représentant, le député étant indépendant vis-à-vis de ses électeurs qui n'ont rien à lui transmettre de toute façon.
74. En revanche, il y a un organe, l'Assemblée, qui va vouloir pour la nation, qui va déterminer la volonté de la nation, cette dernière ne pouvant s'exprimer que par l'Assemblée. Ce que Carré de Malberg démontre ici, c'est que la théorie de l'organe, présentée à son époque comme de création allemande, est en réalité en germe dans la pensée des constituants de 1789, et en particulier chez Sieyès, dont il cite le fameux

⁹⁷ / Voir Raymond Carré de Malberg, *Contribution (...), op. cit.*, t. 2, pp. 232 et s.

⁹⁸ / Comme le précise Carré de Malberg, « on remarquera que ce discours définit le gouvernement représentatif dès le début de l'ère nouvelle du droit public, avec une sûreté et une précision qui n'ont pas été dépassées depuis lors. » (*ibid.*, t. 2, p. 257.)

mot : « Le peuple ou la nation ne peut avoir qu'une voix, celle de la Législature nationale. »⁹⁹

75. Cette interprétation de la pensée de Sieyès à propos de la représentation est rendue possible par l'interprétation que fait Carré de Malberg de l'idée de nation chez les révolutionnaires et en particulier chez l'abbé. La nation serait donc conçue en 1789 comme un être abstrait, un concept, dont la volonté ne serait qu'une fiction juridique exprimée en toute indépendance par des organes institués à cette fin. Néanmoins, cette conception de la souveraineté de la nation était inconnue à l'époque de la Constituante et se rapprocherait plutôt de la souveraineté de la raison, forgée par les doctrinaires dans la première moitié du XIX^{ème} siècle¹⁰⁰.
76. Or, il apparaît que cette présentation est une stylisation, voire même une déformation de la pensée de Sieyès.
77. D'abord, il faut noter que le terme de « nation » est utilisé de manière très fluctuante par l'abbé : s'il peut désigner, dans un sens proche de Carré de Malberg, un ordre juridique, la nation étant, si l'on peut dire, révélée par les institutions, il renvoie le plus souvent à un groupe humain vivant, voire même peut être employé comme synonyme de patrie. En tout état de cause, la nation est généralement comprise comme un groupe d'hommes qui, en tant que corps, a une volonté et des buts¹⁰¹.
78. De plus, la théorie de la représentation de Sieyès, comme l'a bien souligné Lucien Jaume, présente une difficulté majeure : la nation est tantôt vue comme ce qui précède et fonde la représentation, tantôt comme ce qui

⁹⁹ / Sur la théorie de l'organe qui serait à l'œuvre dans la pensée révolutionnaire de 1789, *ibid.*, t. 2, pp. 281 et s. Pour une analyse de cette théorie et son application aux débats constituants de 1789-1791, v. Marie-Joëlle Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Paris, Economica et P.U. d'Aix-Marseille, 1992, pp. 58-59 ; Éric Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 2003, pp. 226 et s. ; Pierre Brunet, « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », in Olivier Beaud et Patrick Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, P.U. de Strasbourg, 1997, pp. 273-293.

¹⁰⁰ / Voir Guillaume Bacot, *Carré de Malberg et l'origine de la distinction entre souveraineté du peuple et souveraineté nationale*, Paris, Éditions du CNRS, 1985. Cependant, la thèse de cet auteur, selon laquelle « l'Assemblée nationale estimait que la nation souveraine n'était qu'une collectivité de citoyens capables de participer effectivement à l'expression de l'opinion commune » apparaît, dans le sens inverse de Carré de Malberg, tout aussi schématique et réductrice. Voir, sur ce point, les observations critiques de Stéphane Rials, « Constitutionnalisme, souveraineté et représentation (la représentation : continuité ou nécessité) » in Association Française des Constitutionnalistes, *La continuité constitutionnelle en France de 1789 à 1989*, Economica et P.U. d'Aix-Marseille, 1990, p. 53 et d'Éric Maulin, *op. cit.*, note 4, pp. 230-231. Elle ne peut, en tout cas, pas être acceptée pour la conception de la nation chez Sieyès.

¹⁰¹ / Voir Colette Clavreul, *op. cit.*, t. 1, note 5, pp. 167-168. Cf. en ce qui concerne l'utilisation du terme « peuple » par Sieyès, les contributions de Jacques Guilhaumou et d'Andreï Tyrsenko, in Hélène Desbrosses, Bernard Peloille, Gérard Raulet (dir.), *Le peuple. Figures et concepts. Entre identité et souveraineté*, Paris, François-Xavier de Guibert, 2003, pp. 49 et s. et 57 et s. La ressemblance entre les termes de « nation » et de « peuple » chez les hommes de 89, et en particulier chez Sieyès, avait déjà été relevée par Carl Schmitt, *Théorie de la Constitution*, traduction par Lilyane Deroche, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1993 (1^{ère} édition, 1928), pp. 214-215.

résulte de la représentation¹⁰². Ainsi, dans *Qu'est-ce que le Tiers État*, Sieyès écrit : « La nation existe avant tout, elle est l'origine de tout. » Mais dans le discours du 7 septembre 1789, Sieyès déclare : « Je sais qu'à force de distinctions d'une part et de confusion de l'autre, on est parvenu à considérer le vœu national comme s'il pouvait être autre chose que le vœu de la représentation de la nation, comme si la nation pouvait parler autrement que par ses représentants. »

79. Comment concilier ces deux textes ? Soit, on considère que la nation existe antérieurement, mais qu'elle n'a pas de volonté, et que seul le représentant lui donne cette volonté. Même si cette interprétation paraît déroutante, elle tendrait à prouver que la nation ne peut être considérée que du point de vue du représentant, dans une acception assez maladroite de la théorie hobbesienne de la « personne artificielle »¹⁰³.
80. Une autre interprétation peut cependant être proposée. En réalité, Sieyès, qui entend décrire la création d'une association politique, ne parle pas de la même chose : dans le premier cas, la nation existe naturellement, mais elle a déjà une volonté. C'est ce qu'il appelle la « *volonté commune* ». Elle a une volonté « pour déterminer les besoins publics et les moyens d'y pourvoir »¹⁰⁴. Cependant, il arrive que les associés deviennent trop nombreux et répandus sur un territoire trop grand pour exercer eux-mêmes leur volonté commune. Ils vont alors désigner des représentants et leur confier une part de cette volonté commune, afin qu'ils l'exercent. Comme le précise l'abbé, à ce stade, « (...) ce n'est plus la volonté commune *réelle* qui agit, c'est une volonté commune *représentative*. Deux caractères ineffaçables lui appartiennent ; il faut le répéter. 1° Cette volonté n'est pas pleine et illimitée dans le corps des représentants, ce n'est qu'une portion de la grande volonté commune nationale. 2° Les délégués ne l'exercent point comme un droit propre, c'est le droit d'autrui ; la volonté commune n'est là qu'en commission. »¹⁰⁵

¹⁰² / Voir Lucien Jaume, *Hobbes et l'État représentatif moderne*, Paris, PUF, coll. Philosophie d'aujourd'hui, 1986, pp. 204-205.

¹⁰³ / *Ibid.*, p. 205.

¹⁰⁴ / Emmanuel Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, p. 66. Cf. les *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789*, s.l., 1789, p. 17 : « Dès que nous supposons une association, il lui faut la liberté de vouloir, de s'engager, soit envers d'autres associations, soit envers ses propres membres, soit envers des individus étrangers. Pour remplir des besoins communs, il faut une volonté *commune*. Cette volonté doit être naturellement le produit général de toutes les volontés particulières (...) »

¹⁰⁵ / *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, p.66. Cf. . les *Vues sur les moyens d'exécution dont les représentants de la France pourront disposer en 1789*, *op. cit.*, pp. 19 et 21 : « A mesure que le nombre des Citoyens augmente, il leur devient difficile, impossible même de se réunir pour confronter les volontés particulières, pour les concilier et connaître le vœu général. Il faut donc que la communauté se partage en plusieurs districts, et que chaque division commette quelques-uns des associés pour porter son vote à un *rendez-vous* commun. Mais bientôt on reconnaît que la méthode de détacher de simples porteurs de votes est essentiellement vicieuse, en ce que les Députés, obligés de s'en tenir scrupuleusement à l'avis de leurs commettants, ne pouvant point se concilier entre eux, il devient souvent impossible de tirer de la totalité des votes une volonté commune : or c'est la *volonté commune* qu'il faut (...) La Communauté se détermine donc à accorder plus de confiance à ses Mandataires. Elle les fonde de procuration, à l'effet de se réunir, de délibérer, de se concilier, et de vouloir en commun : alors, au lieu de simples porteurs de votes, elle a de vrais Représentants. »

81. Il existe par conséquent deux temps de la nation : elle se forme, dans l'état de nature, par le consentement unanime des individus qui la composent. Mais, une fois que le corps social est créée et qu'une constitution est rédigée, elle devient un être silencieux, dont la volonté ne peut être exprimée que par un Corps de législateurs qui lui ressemble. Pourtant, ne connaissant ni forme, ni limites, et disposant d'un pouvoir inaliénable, elle est toujours en mesure de se manifester à nouveau, soit par la résistance à l'oppression, soit par le pouvoir constituant¹⁰⁶. Il n'y a pas deux états distincts de la nation, mais un seul : la nation demeure à l'état de nature¹⁰⁷, elle est un « non-lieu juridique » qui peut toujours reprendre ce qu'elle a concédé, puisqu'elle est la détentrice ultime de la souveraineté¹⁰⁸.
82. Il n'en demeure pas moins que pour l'abbé, le mode normal d'expression de la nation est la représentation qui s'exerce par une assemblée de députés élue par les citoyens. C'est à elle seule que doit revenir l'attribution essentielle d'adopter la loi, « expression de la volonté des gouvernés. »¹⁰⁹ Le roi, en revanche, n'est pas associé à la formation de la loi, car il n'est que « le premier citoyen », dépositaire du pouvoir exécutif qui n'est qu'un pouvoir subordonné¹¹⁰. On sait que Sieyès ne sera pas

¹⁰⁶ / Sur ce point, voir l'analyse d'Olivier Beaud (*La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. Léviathan, 1994, pp. 223 et s.) qui distingue, au sein du pouvoir constituant chez Sieyès, un pouvoir déconstituant – il s'agit là d'un droit à l'insurrection – et un pouvoir reconstituant.

¹⁰⁷ / « On doit concevoir les nations sur la terre comme des individus hors du lien social, ou, comme l'on dit, dans l'état de nature. L'exercice de leur volonté est libre et indépendant de toutes formes civiles. N'existant que dans l'ordre naturel, leur volonté, pour sortir tout son effet, n'a besoin que de porter les caractères *naturels* d'une volonté. » (*Qu'est-ce que le Tiers État*, *op. cit.*, p. 69.)

¹⁰⁸ / On renverra sur cette question à la thèse de Colette Clavreul, *op. cit.*, t. 1, pp. 102 et s. ; v. également Pasquale Pasquino, *op. cit.*, pp. 61 et s. : la distinction que fait cet auteur entre la nation, « corps social homogène », formé par le tiers État, et la nation, « sujet juridique », suggérant qu'il existerait deux acceptions de la nation, l'une antérieure à l'établissement politique, l'autre postérieure qui voudrait par ses représentants n'apparaît pas pleinement convaincante. D'abord, parce que la nation comme « corps social homogène » telle que la décrit l'abbé dans le chapitre 1^{er} de sa brochure *Qu'est-ce que le Tiers État ?* est déjà postérieure à l'établissement politique : la monarchie de Louis XVI constitue déjà un corps politique. Ensuite, parce que la nation a toujours la capacité de vouloir indépendamment de ses représentants. Comme le remarque l'abbé, « Puisqu'une grande nation ne peut s'assembler elle-même en réalité toutes les fois que des circonstances hors de l'ordre commun pourraient l'exiger, il faut qu'elle confie à des représentants extraordinaires les pouvoirs nécessaires dans ces occasions. Si elle pouvait se réunir devant vous et exprimer sa volonté, oseriez-vous la lui disputer, parce qu'elle ne l'exerce pas dans une forme plutôt que dans une autre ? Ici, la réalité est tout, la forme n'est rien. » (*Qu'est-ce que le Tiers État*, *op. cit.*, p.71.). Voir, dans un sens similaire, *Quelques idées de Constitution applicables à la ville de Paris en juillet 1789*, Versailles, Baudouin, pp. 30-31 : « Quant au POUVOIR CONSTITUANT, il est de principe qu'on ne peut le soumettre à aucune forme, à aucune règle, etc. Le pouvoir constituant est la volonté nationale ; s'exprimant, de quelque manière que ce soit, sur tout ce qui peut intéresser la Constitution. Mais quoique la volonté nationale soit, en ce sens, indépendante de toute forme, encore faut-il qu'elle en prenne une pour se faire entendre. Vingt six millions d'hommes ne s'assemblent point sur la même place publique, il faut donc des degrés intermédiaires. (...) Il est donc vraisemblable que la Nation, accoutumée à cette forme représentative, n'en voudra pas d'autre. » : ce dernier passage montre bien que si la forme représentative est la plus « vraisemblable », elle n'est pas la seule forme d'expression possible de la nation.

¹⁰⁹ / *Dire de l'abbé Sieyès sur la question du veto royal*, *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁰ / Comme l'explique l'abbé dans une note à son discours du 7 septembre 1789 : « Dans l'ordre même des Pouvoirs *commis*, le Pouvoir exécutif n'est pas le premier : aussi ce n'est pas à titre de Dépositaire de ce Pouvoir, que le Roi est supérieur à tous. Je regarde le PREMIER

suivi, sur ce point, par la Constituante et que la Constitution du 3 septembre 1791 disposera, dans l'article 2 du titre III : « La Nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La Constitution française est représentative : les représentants sont le Corps législatif et le roi. » Carré de Malberg tentera pourtant de démontrer, que le roi, bien que représentant de la nation, ne participait pas à la fonction législative, ce qui était à la fois contraire à la pensée de l'abbé qui rejetait tant le caractère représentatif du monarque que sa participation à la formation de la loi, et à celle de la majorité des constituants qui en avaient fait un représentant, associé à l'élaboration de l'acte législatif par le biais du veto suspensif¹¹¹.

83. Enfin, l'abbé, loin d'être l'inventeur du mandat représentatif, a constamment défendu l'idée que les citoyens actifs, chargés de désigner les représentants, avaient aussi la possibilité de les contrôler et de révoquer ceux qui ne rempliraient pas leur tâche. Pour lui, le mandat de droit public a toujours été comparable à un mandat de droit privé, contrairement à ce qu'avait cru interpréter de ses écrits Carré de Malberg¹¹².
84. Pourquoi existe-t-il un décalage aussi net entre la pensée de Sieyès et la réception qu'en fait l'auteur de la *Contribution* ? Au-delà de questions liées à la compréhension bonne ou mauvaise, de cette pensée, Carré de Malberg l'a utilisée, au même titre que celle d'autres constituants, pour mener une triple démonstration :
- il s'agissait de montrer que la théorie de la souveraineté nationale, telle qu'elle avait été formulée par les membres de la Constituante en 1789-1791, annonçait déjà la théorie allemande de l'organe, et qu'il y avait par conséquent une antériorité de la pensée publiciste française sur la doctrine publiciste allemande.
 - Il convenait également de souligner la supériorité de la théorie française de l'organe sur son homologue d'outre-Rhin. Car, tandis que cette dernière reposait sur le principe monarchique, consacrant le monarque comme le titulaire principal de la puissance de l'État et réduisant la nation au rang d'organe d'État subalterne, la première, reposant sur le principe de la souveraineté nationale, faisait de la nation une puissance initiale et totale, dont la volonté était exercée par une Assemblée, adoptant seule la loi¹¹³.
 - Cela lui permettait enfin d'expliquer comment l'histoire constitutionnelle française avait pu aboutir au système de la souveraineté parlementaire, caractéristique de la III^{ème} République. Car si la théorie de la souveraineté nationale consacrait la domination

CITOYEN comme le *Surveillant* naturel, pour la Nation, du pouvoir exécutif. » (*ibid.*, note 1, p. 4.)

¹¹¹ / Sur cette question, voir Éric Maulin, *op. cit.*, pp. 232 et s.

¹¹² / Voir la démonstration de Colette Clavreul (*op. cit.*, t. 1, pp. 195 et s., t. 2, pp. 422 et s.), faisant de Sieyès un partisan du mandat impératif. *Contra* Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, *op. cit.*, p. 583.

¹¹³ / Voir Éric Maulin, « Carré de Malberg et le droit constitutionnel de la Révolution française », in *Annales historiques de la Révolution française*, 2002, n° 2, spéc. pp. 20 et s.

d'un organe électif, à savoir l'Assemblée, il était compréhensible que les lois constitutionnelles de 1875, porteuses de cette théorie, aient pu fonctionner dans le sens d'une suprématie du Parlement. Les institutions de la III^{ème} République trouveraient donc leurs sources théoriques dans les débats constitutants de 1789, et notamment dans la pensée de Sieyès.

B – Sieyès, théoricien du pouvoir constituant

85. La doctrine publiciste française a également présenté Sieyès comme l'un des principaux théoriciens du pouvoir constituant. Mais elle n'en a pas fait, loin de là, le père du droit public français en la matière. En particulier, elle a majoritairement souligné que Sieyès n'était pas du tout l'inventeur de la distinction du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués¹¹⁴ et qu'il avait milité en faveur d'un pouvoir constituant illimité de la nation.
86. 1) Position de la doctrine classique
87. Ainsi, Laboulaye, au début de la III^{ème} République, a pu contester à Sieyès sa prétention d'être l'inventeur de la distinction et à la suite de La Fayette, a attribué cette invention aux Américains¹¹⁵. Il lui a en outre reproché de brouiller la distinction en admettant que l'Assemblée constituante, puis la Convention puissent être à la fois des assemblées dotées d'un pouvoir constituant et d'un pouvoir législatif¹¹⁶. Alors que la question se pose de l'élaboration d'une nouvelle constitution, Laboulaye affirme qu'il existe une souveraineté exclusive du peuple : ce dernier qui dispose du pouvoir constituant originaire élira une assemblée constituante ou un comité constitutionnel qui élaboreront un texte, puis le ratifiera par votation ; la procédure sera semblable qu'il s'agisse de la mise au point d'une nouvelle constitution ou de sa révision¹¹⁷.
88. Adhémar Esmein, se fondant sur la brochure *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, partage l'interprétation de Laboulaye, quant à la pensée de Sieyès sur le pouvoir constituant. Celui-ci est illimité, que la nation intervienne directement ou par le truchement représentatif d'une assemblée

¹¹⁴ / On signalera la position originale de Maurice Hauriou qui reconnaît que Sieyès a bien distingué le pouvoir constituant, exercé par une assemblée élue avec un mandat de faire une constitution, et le pouvoir législatif, mais ajoute que cette théorie n'a pas connu de succès après la Révolution. Il fait notamment remarquer que l'assemblée qui a adopté les lois constitutionnelles en 1875 n'avait pas reçu mission d'élaborer une constitution (voir les *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 1916, pp. 679-680.)

¹¹⁵ / Voir Edouard Laboulaye, « Du pouvoir constituant » (octobre 1871), in *Questions constitutionnelles*, op. cit., p. 397. Carré de Malberg reprendra l'argument : *Contribution (...)*, op. cit., t. 2, pp. 511-512. Carl Schmitt en revanche fait de Sieyès le grand théoricien de la distinction entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués : v. *La dictature*, traduit par Mira Köller et Dominique Ségler, Paris, Éditions du Seuil, coll. L'ordre philosophique, 2000 (1^{ère} édition, 1921), pp. 145 et s. ; *Théorie de la constitution*, op. cit., p. 214.

¹¹⁶ / Edouard Laboulaye, « Du pouvoir constituant » (octobre 1871), in *Questions constitutionnelles*, op. cit., p. 381 : « (...) trop souvent (...) l'assemblée constituante a préféré aux idées américaines des chimères inventées par les élèves de Rousseau. C'est ce qui est arrivé dans la question qui nous occupe. Sieyès l'a emporté sur Lafayette, et en confondant le pouvoir constituant et le pouvoir législatif il a tout brouillé et tout perdu. »

¹¹⁷ / Sur ce point, voir André Dauteribes, *Les idées politiques d'Édouard Laboulaye 1811-1883*, thèse de droit, Université de Montpellier I, dactylo., 1989, t. 1, pp. 409 et s.

constituante. Une constitution pourra donc être adoptée ou modifiée par une assemblée, sans respect de formes précises. « Mais, constate alors Esmein, ce n'est pas autre chose qu'une action révolutionnaire reconnue légitime et presque en permanence. »¹¹⁸

89. Or, fait-il remarquer, cela ne correspond pas à la doctrine du droit public français, forgée par Jean-Jacques Rousseau puis reprise dans l'article 1^{er} du titre VII de la Constitution de 1791, qui a consacré un pouvoir constituant dérivé, distinct du pouvoir constituant originaire et encadré parce qu'étant un pouvoir constitué. Seul le pouvoir constituant dérivé peut modifier la Constitution : « La constitution ne peut être modifiée et révisée que par l'autorité et par la procédure qu'elle détermine elle-même ; mais elle peut sûrement être modifiée par cette autorité et conformément à cette procédure. »¹¹⁹
90. Carré de Malberg, dans la *Contribution à la théorie générale de l'État*, fait de Sieyès le grand théoricien de la « souveraineté constituante du peuple »¹²⁰. Tout en déléguant certaines parties de sa puissance aux diverses autorités constituées, le peuple, par l'intermédiaire de représentants extraordinaires, voire même ordinaires, conserve le pouvoir constituant. Comme il garde entre ses mains le pouvoir constituant, il ne saurait être lié par la Constitution et il peut toujours la changer.
91. Mais Carré de Malberg conteste cette conception parce qu'elle lui paraît illogique :
 - a) Non seulement le peuple ne peut exercer le pouvoir constituant par la voie de la représentation, puisque celle-ci est le fruit et non la source de l'acte constitutionnel,
 - b) mais en outre, le peuple se trouvant à « l'état inorganique », personne ne peut avoir de qualité pour le représenter¹²¹.
92. Au surplus, dans l'hypothèse où il n'y aurait aucune constitution préexistante, le juriste ne peut analyser avec ses concepts l'action du peuple : il ne s'agit que de fait et non de droit.
93. En définitive, la théorie du pouvoir constituant de Sieyès, en ce que le peuple est le véritable souverain et qu'il est affranchi de toutes formes pour élaborer ou modifier la constitution, se rapproche de celle de Jean-Jacques Rousseau, pour Carré de Malberg. Le pouvoir constituant est délégué à une Assemblée par le peuple ; celui-ci, par un mandat spécial, a investi l'assemblée de la souveraineté constituante populaire qui possèdera, en cette qualité, tous les pouvoirs de la Nation. Carré de Malberg en vient donc à reconnaître que, pour Sieyès, le peuple a une volonté, qu'il donne un mandat à un corps de représentants « qui aura été, par mandat spécial, investi de la souveraineté constituante populaire, (et) possèdera aussi, en cette qualité spéciale, tous les pouvoirs

¹¹⁸ / Voir Adhémar Esmein, *Éléments (...), op. cit.*, t. 1, p. 570.

¹¹⁹ / *Ibid.*, t. 1, p. 571.

¹²⁰ / Voir le dernier chapitre de la *Contribution* intitulé « Du pouvoir constituant », *op. cit.*, t. 2, spéc. pp. 487 et s. : notons que pour décrire la théorie sieyèsienne du pouvoir constituant, Carré de Malberg utilise le mot « peuple » et non plus celui de « nation. »

¹²¹ / *Ibid.*, t. 2, p. 489.

indéfiniment. »¹²² Cette assemblée, portant en elle la plénitude de puissance de la nation souveraine, pourra réunir la fonction constituante et législative.

94. Deux conséquences peuvent être tirées de cette analyse :

- l'auteur de la *Contribution* considérait qu'en matière constituante, le peuple chez Sieyès avait une nature différente que dans le fonctionnement au quotidien du gouvernement représentatif.
- Il refusait aussi de reconnaître à Sieyès la pérennité de la distinction entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués, admise dans les textes constitutionnels français.

95. 2) Le pouvoir constituant selon Sieyès

96. Or, comme on l'a vu précédemment, il est erroné de considérer que le peuple – ou la nation – comporterait, dans la pensée de l'abbé, une double nature en fonction du moment, le moment constituant ou le moment législatif. « Une nation ne sort jamais de l'état de nature, et au milieu de tant de périls, elle n'a jamais trop de toutes les manières possibles d'exprimer sa volonté. »¹²³

97. Il semble également contestable de nier la distinction que consacre Sieyès entre pouvoir constituant et pouvoirs constitués. Cette distinction est à l'œuvre dans ses écrits, dès 1789. On connaît le fameux passage de *Qu'est-ce que le Tiers État ?* à propos des lois constitutionnelles :

98. « Ces lois sont dites *fondamentales*, non pas en ce sens qu'elles puissent devenir indépendantes de la volonté nationale, mais parce que les corps qui existent et agissent par elles ne peuvent point y toucher. Dans chaque partie, la constitution n'est pas l'ouvrage du pouvoir constitué, mais du pouvoir constituant. Aucune sorte de pouvoir délégué ne peut rien changer aux conditions de sa délégation. »¹²⁴

99. Comme on a pu justement le souligner, Sieyès « pose à la fois le principe de la hiérarchie juridique entre les deux types de pouvoirs et le principe libéral de leur séparation qui aboutit à la règle du non-cumul entre les fonctions constituante et constituée. »¹²⁵

100. Carl Schmitt a cru déceler, dans le rapport entre le pouvoir constituant et les pouvoirs constitués, une analogie avec la théorie spinoziste du rapport entre *natura naturans* et *natura naturata*. Source inépuisable de toutes les formes, la nation, au pouvoir illimité et illimitable, peut toujours faire surgir de nouvelles formes et les détruire à tout moment. Démiurge tout puissant, la nation peut agir par tous moyens pour constituer ou déconstituer les pouvoirs. Tel un être divin, elle n'est pas constituable – elle est toujours à l'état de nature – et sa volonté ne connaît pas de bornes. Tandis que le

¹²² / *Ibid.*, t. 2, p. 534.

¹²³ / *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, *op. cit.*, pp. 69-70.

¹²⁴ / *Ibid.*, p. 67.

¹²⁵ / Olivier Beaud, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 316.

pouvoir constituant, n'étant obligé à rien, n'a que des droits et pas de devoirs, inversement, les pouvoirs constitués n'ont que des devoirs et aucun droit¹²⁶.

101. Une incertitude demeure sur l'identité des pouvoirs constitués. S'ils comprennent certainement le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, incluent-ils aussi le pouvoir constituant institué, c'est-à-dire le pouvoir de révision ?
102. Bien qu'une consultation des textes de 1789 pourrait laisser planer le doute, l'étude des écrits de Sieyès, au fil des années, ne laisse guère de place à l'incertitude. Le souci d'éviter une instabilité constitutionnelle permanente, qu'encourage nécessairement la défense d'un pouvoir constituant brut, indépendant de toute forme et de toutes limites, va conduire Sieyès à admettre un pouvoir constituant institué, distinct du pouvoir constituant originaire¹²⁷. Alors que celui-ci, dont le détenteur est la nation, est placé en dehors de la constitution, le pouvoir de révision est prévu par le texte constitutionnel lui-même pour qu'il puisse être adapté et perfectionné, sans bouleversement révolutionnaire. Le discours du 18 thermidor an III apporte, sur cette question, une contribution majeure de l'abbé à ce qu'il appelle « l'amélioration progressive de l'acte constitutionnel »¹²⁸, sans remise en cause totale de ce dernier. Il faut donner à la constitution « un principe de perfectionnement illimité, qui puisse le plier, l'accommoder aux nécessités de chaque époque, plutôt qu'une faculté de reproduction ou de destruction totale, abandonnée au hasard des événements. »¹²⁹ D'où l'invention du jury constitutionnaire, pouvoir constitué, à la fois chargé de contrôler la conformité des actes des assemblées parlementaires et électorales à la constitution et de proposer des modifications à la loi fondamentale. Notons que dans le projet de Sieyès, la révision est partagée entre plusieurs organes constitués : le jury constitutionnaire qui fait des propositions, les assemblées primaires qui décident de déléguer ou non le pouvoir constituant au Conseil des Anciens, le Conseil des Anciens enfin qui ne pourra que « statuer sur les

¹²⁶ / Voir Carl Schmitt, *La dictature*, *op. cit.*, pp. 147-148 et *Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 215. Schmitt a présenté une double critique à la théorie sieyèsienne du pouvoir constituant. Une critique philosophique : Sieyès, n'ayant pas reconnu une volonté précise à la nation, a rendu nécessaire l'existence du représentant comme créateur d'une volonté, et du même coup rendu vaine l'existence du mandat impératif, puisqu'il n'y avait pas de volonté substantielle initiale. Dans ces conditions, il laissait à une assemblée constituante une mission incontrôlable et illimitée (*La dictature*, *op. cit.*, p. 149.) Une critique politique : en accordant à une assemblée nationale le pouvoir constituant, comme cela avait été fait en 1789, Sieyès associait la « théorie démocratique du pouvoir constituant du peuple » et la « théorie antidémocratique de la représentation de la volonté populaire par l'Assemblée nationale constituante. » Par le truchement de la représentation, il transformait la démocratie en aristocratie (*Théorie de la constitution*, *op. cit.*, p. 216.) La première critique traduit sans doute une perception superficielle de la représentation selon Sieyès. Car, pour ce dernier, les députés expriment bien initialement les volontés particulières de leurs électeurs, avant que le jeu de la délibération collective ne dégage, au sein de l'enceinte parlementaire, la volonté de la nation. Quant à la seconde, elle traduit l'une des obsessions de la *Théorie de la constitution* qui vise à remettre en cause la « constitution libérale d'État de droit bourgeois », accusée de trahir les idéaux démocratiques.

¹²⁷ / C'est ce que reconnaît Paul Bastid, *Sieyès et sa pensée*, *op. cit.*, p. 590 ; v. aussi Colette Clavreul, *op. cit.*, t. 1, pp. 151 et s.

¹²⁸ / Discours du 18 thermidor an III, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès*, *op. cit.*, p. 38.

¹²⁹ / *Ibid.*

propositions faites, sans qu'il puisse ni les amender, ni en substituer d'autres. »¹³⁰ En l'an VIII, le Collège des Conservateurs récupèrera cette fonction de proposition¹³¹.

103. Le pouvoir de révision, parce qu'il est prévu par le texte constitutionnel et qu'il est réparti entre plusieurs organes selon une procédure rigoureuse, se distingue nettement, par les limitations qui lui sont apportées, du pouvoir constituant originaire, par définition illimité. À partir de l'an III, il tend même à prendre le pas, dans la pensée de l'abbé, sur ce dernier qu'il souhaite voir s'effacer complètement. Écoutons-le encore une fois :
104. « Dès qu'on est parvenu à asseoir du moins un acte constitutionnel sur sa véritable base, je n'aime pas qu'on lui ménage encore la chance d'une entière rénovation. Ce n'est pas à nous à dire à notre constitution : vous appellerez vous-même des époques fixes, et les déploierez avec solennité comme autant de signaux indicateurs de votre prochaine destruction. S'amusera-t-on à dire que, comme le phénix, elle renaîtra de sa cendre : la renaissance du phénix est une chimère, et le retour périodique d'une Convention peut être une calamité réelle. »¹³²
105. Certes, cette prise de position tranchait avec ce qu'il pouvait penser quelques années plus tôt¹³³. Mais elle démontre en tout cas que l'on ne peut faire le procès à Sieyès d'avoir uniquement conçu un pouvoir constituant illimité, ni distingué clairement le pouvoir constituant des pouvoirs constitués, contrairement à ce que suggérait Carré de Malberg.
106. Nous ferons deux observations pour terminer :
107. l'étude de la réception de la pensée d'un auteur est au moins aussi intéressante pour évaluer la postérité de cette pensée que pour analyser les enjeux et les traits saillants que d'autres auteurs, dans une société différente, y ont perçu à tort ou à raison : elle révèle en tout cas que non seulement certains aspects de la pensée de cet auteur peuvent être compris différemment au cours de l'histoire, mais aussi que ce ne sont pas les mêmes raisons qui justifient que l'on s'y intéresse. L'exemple du jury constitutionnaire est, à cet égard, très révélateur : la création

¹³⁰ / Article XII du projet de Sieyès du 18 thermidor an III, *ibid.*, p. 46.

¹³¹ / Voir les *observations constitutionnelles* in Christine Fauré (dir.) *Des manuscrits de Sieyès*, *op. cit.*, p. 525.

¹³² / Discours du 18 thermidor an III, in Paul Bastid, *Les discours de Sieyès*, *op. cit.*, p. 38.

¹³³ / Voir sur ce point la *Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen*, (Paris, Baudouin, 1789), où Sieyès, tout en distinguant le pouvoir constituant des pouvoirs constitués, ne paraît pas reconnaître un pouvoir constituant limité : « Les Pouvoirs compris dans l'établissement public sont tous soumis à des lois, à des règles, à des formes, qu'ils ne sont point les maîtres de changer. Comme ils n'ont pas pu le constituer eux-mêmes, ils ne peuvent pas non plus changer leur Constitution ; de même qu'ils ne peuvent rien sur la constitution des uns des autres. Le pouvoir constituant peut tout en ce genre. Il n'est point soumis d'avance à une Constitution donnée. » (*ibid.*, p. 35.) Suit un projet de déclaration des droits, dont un article XLII ainsi rédigé : « Un peuple a toujours le droit de revoir et de réformer sa constitution. Il est même bon de déterminer des époques fixes, où cette révision aura lieu, quelle qu'en soit la nécessité. A cet égard, l'intervalle le moins arbitraire est celui de la vie moyenne de l'homme, c'est-à-dire, de trente-trois ans, parce qu'il laisse l'espoir à chaque citoyen de consentir une fois dans sa vie, par lui-même ou par ses représentants, à la constitution qui fait son bonheur. » (*ibid.*, p. 51.)

institutionnelle la plus originale de Sieyès n'a, le plus souvent, été étudiée que comme une curiosité par les auteurs classiques, même lorsqu'ils étaient favorables à un contrôle de constitutionnalité¹³⁴. Elle a fait l'objet, en ces temps de règne des cours constitutionnelles, d'un nouvel examen¹³⁵.

108. C'est aussi, par le recours à la thématique de la réception, que l'on peut mesurer la portée parfois durable de certaines interprétations qui conduisent à infléchir durablement le contenu d'une pensée. Ce que l'on retient de Sieyès aujourd'hui, c'est davantage le théoricien de la souveraineté nationale et du pouvoir constituant que le théoricien de la souveraineté limitée. Pourtant, à l'heure de la découverte des bienfaits d'un État modeste et de la prévalence des droits fondamentaux, la lecture libérale de l'œuvre de l'abbé ne saurait être oubliée.

¹³⁴ / Certainement parce que leur préférence allait vers un système juridictionnel de contrôle sur le modèle américain : v. par exemple Maurice Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 2^{ème} édition, 1929, p. 268 ; Julien Laferrière, *Manuel de droit constitutionnel*, Paris, Domat-Montchrestien, 1943, pp. 296-297.

¹³⁵ / Voir notamment l'article de Michel Troper, « Sieyès et le jury constitutionnaire », art. cit., pp. 265 et s. : l'article entend démontrer que le jury constitutionnaire, proposé par Sieyès pour des raisons essentiellement tactiques, ne peut être assimilé à une cour constitutionnelle, telle que nos démocraties libérales en connaissent aujourd'hui. Si la deuxième partie de la démonstration est globalement recevable – encore qu'il faudrait sans doute distinguer plus nettement que ne le fait l'auteur les deux versions du jury des 2 et 18 thermidor – la première est beaucoup plus sujette à caution. L'abbé n'abandonnera pas son projet d'un organe gardien de la constitution et le proposera à nouveau en l'an VIII, sous les traits du « Collège des conservateurs. » Son souci premier qui apparaît très clairement dans ses écrits postérieurs à la Terreur est de trouver les moyens de stabiliser la situation institutionnelle, de conserver la constitution existante, comme garantie de l'ordre établi. Ce que recherche avant tout Sieyès avec le jury constitutionnaire, c'est un organe « conservateur » - le mot revient tout le temps sous sa plume – qui va garder la constitution, et à travers elle, l'ordre politique institué, contre toutes les atteintes anarchiques susceptibles de lui être portées. Cette hantise de la conservation, que l'on trouve largement ancrée dans les esprits après la chute de Robespierre, mériterait de plus amples développements.

La questione dei decreti-legge tra dimensione fattuale e teorica: la sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 riguardo al r.d. 22 giugno 1899 n. 227 *

Massimo Meccarelli

- I. La vicenda legislativa del 'decreto Pelloux'
- II. Le argomentazioni della Corte di cassazione nella sentenza del 20 febbraio 1900
- III. Il dibattito dottrinale in tema di potere di decretazione e controllo di costituzionalità
- IV. Gli sviluppi del dibattito dottrinale dopo il 1900
- V. I casi pratici e le consapevolezze dottrinali: una dialettica creativa

1. Un caso giudiziario ha una capacità evocativa che non lascia indifferente lo storico del diritto, soprattutto quando, ad apparire significativo, è il suo intreccio con i contesti più generali della dimensione storica dell'esperienza giuridica. In tali approcci il fatto storico-processuale costituisce in realtà l'occasione per riflettere sul problema storico-giuridico, e per portare l'attenzione sulle valenze sistematiche del *facere iustitiam*. La sentenza che ci si propone di studiare nel presente saggio sembra offrire queste possibilità.
2. Riassumiamo molto brevemente la vicenda. Il 20 febbraio 1900 la Corte di cassazione di Roma si pronunciava sul ricorso presentato da Antonio Cavallazzi contro la sentenza di Appello del Tribunale di Ravenna del 9 dicembre 1899; quest'ultima aveva confermato la condanna a 35 giorni di arresto e ad un anno di vigilanza speciale inflittagli dal Pretore di Lugo di Romagna il 14 novembre 1899; Cavallazzi era stato riconosciuto colpevole di aver contravvenuto all' art. 2 del r.d. 22 giugno 1899 n. 227 e agli articoli 105 e 110 della legge di pubblica sicurezza. La Corte, contrariamente a quanto deciso in Appello, accoglieva l'istanza del ricorrente e perciò cassava senza rinvio parte della sentenza ¹.

* Il saggio che qui si pubblica è stato scritto in occasione del Convegno internazionale „*Mit den Augen der Rechtsgeschichte - Rechtsfälle – (selbst)kritisch kommentiert*“, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Luzern, 19.-22. Dezember 2003.

¹ Il ricorso del Cavallazzi si fondava dunque su due motivi. Il primo, quello relativo alla violazione dell' art. 2 («Non si potranno portare, né esporre in pubblico, insegne, stendardi o emblemi sediziosi...») del r.d. 22 giugno 1899 n. 227, fu accolto. Fu respinto invece l'altro motivo di ricorso, riguardante la violazione degli articoli 105 e 110 della legge di pubblica sicurezza, per aver contravvenuto all'obbligo, posto da una precedente ammonizione, di non associarsi con individui pregiudicati. In particolare, su questo secondo punto, il ricorrente riteneva dal processo non fosse risultata l'infrazione contestatagli. La Corte non accolse questa parte dell'istanza ritenendo le valutazioni effettuate dal giudice, nel merito della sentenza, insindacabili in Cassazione.

3. In particolare la cassazione accertava l'illegittimità del regio decreto 22 giugno 1899 n. 227: mancava «allo stato delle cose ogni base giuridica per l'applicazione di quei provvedimenti. Non si poteva applicare il regio decreto 22 giugno 1899 perché caducato»². Il decreto veniva in sostanza considerato inesistente.
4. La rilevanza del problema che la Corte affrontava decidendo sul punto della legittimità del decreto 22 giugno 1899 n. 227, andava ben al di là dei destini penali del Cavallazzi. Quella decisione avrebbe prodotto riflessi sugli equilibri politici, su quelli istituzionali, sulle politiche penali e, sul piano più strettamente giuridico, avrebbe fissato qualche punto di riferimento per affrontare una varietà di questioni che andavano dal diritto costituzionale alla teoria generale del diritto.
5. Di tali aspetti di contorno, di tale 'ultrattività' del caso giudiziario vogliamo in questo saggio occuparci.

I. La vicenda legislativa del 'decreto Pelloux'

6. Per comprendere la portata della questione occorre preliminarmente ricostruire la vicenda legislativa, che ha portato alla emanazione del decreto-Pelloux e i successivi passaggi istituzionali che precedono la sentenza del 20 febbraio 1900.
7. Il ministero Pelloux si era insediato alla fine del giugno del 1898 quando si trattava di rientrare dall'emergenza degli stati d'assedio proclamati in varie zone della penisola contro i movimenti politici socialisti ed anarchici³. Occorreva scegliere se ritornare alla situazione legislativa precedente o se introdurre definitivamente nella legislazione ordinaria misure restrittive delle libertà associative e di stampa⁴. Pelloux era stato scelto da Umberto I come Presidente del Consiglio proprio per garantire un governo forte, al contempo allineato sulla legalità statutaria e disponibile a promuovere una generale pacificazione⁵.
8. La prima parte della politica di normalizzazione aveva seguito il programma atteso: revoca progressiva degli stati d'assedio, delle sospensioni di giornali e degli scioglimenti delle associazioni; concessione di un primo indulto per i condannati politici. Al contempo Pelloux aveva ottenuto dal Parlamento il rinvio, di un anno, delle elezioni amministrative e una proroga di un anno dei provvedimenti emanati dal precedente Governo, nel pieno delle agitazioni del '98, che assegnavano all'Esecutivo facoltà speciali (es. proclamazioni di

² Così si scrive nella *Sentenza della Cassazione di Roma I Sezione del 20 febbraio 1900*, Presidente Canonico, Relatore Scalfaro, P.M. Garofano, in *Il Foro italiano*, XXV, 1900, parte II, col. 100, o anche in *La Legge*, 1900, to.I, Giur. pen. p. 350, *Giurisprudenza penale*, XX, 1900, p. 91, *Il Circolo giuridico*, XXXI, 1900, parte III, p. 43.

³ Cfr. G. Candeloro, *Storia dell'Italia moderna*, Milano, Feltrinelli, 1974, vol.VII, pp. 61-62.

⁴ *Ibidem*, p. 72.

⁵ Pelloux, già Generale di corpo d'armata, era vicino alla famiglia regnante; aveva però militato nella sinistra ed era stato Ministro della guerra nel primo governo Giolitti. Cfr. *Ibidem*, p. 62.

stato d'assedio, ricorso alla misura del domicilio coatto per i soggetti pericolosi, ecc.)⁶.

9. Le scelte successive sarebbero state però di segno diverso. Il presidente del Consiglio, il 4 febbraio 1899, infatti, presentava alla Camera dei Deputati un disegno di legge che prevedeva una limitazione della libertà di associazione, di riunione e di stampa e reintroduceva il divieto di sciopero per alcune figure professionali.
10. Seppure il provvedimento era riuscito a superare l'approvazione in prima lettura, incontrava serie resistenze e perplessità nel Parlamento⁷. Tale disegno di legge, in effetti rappresentava la ripresa di una linea di politica ben precisa sul 'come' uscire dall'emergenza; era la linea della repressione politica. Non a caso il progetto riprendeva le linee di un simile disegno di legge presentato dal precedente governo Rudinì⁸.
11. Di fronte ad un sistematico ostruzionismo nella Camera, Pelloux intese superare l'*impasse* emanando il decreto-legge 22 giugno n. 227, con cui si riprendevano le disposizioni essenziali e più rilevanti del disegno di legge⁹.

⁶ *Ibidem*, p. 72.

⁷ Notizie più circostanziate sui fatti che portano il Governo alla scelta di emanare il Decreto possono esser trovate nella ricostruzione critica, ma dettagliata, fatta, all'indomani della emanazione del decreto, da L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, in *Rivista penale*, 50, XXV, 1899, pp. 125-143, pubblicato anche in *Giurisprudenza penale*, XIX, 1899, pp. 381-385 e 389-393 (è quest'ultima la versione da noi utilizzata). L'approvazione in prima lettura era sostanzialmente dovuta ad una strategia parlamentare: le opposizioni moderate, che facevano capo a Giolitti, ritenevano prudente non bloccare subito l'iniziativa legislativa del Governo, per evitare che spostasse l'asse della propria maggioranza verso una destra più reazionaria. Per questo votarono il provvedimento. Era in sostanza un modo per prendere tempo e rinviare lo scontro alla seconda lettura del provvedimento. Cfr. G. Candeloro, *Storia dell'Italia moderna*, cit., pp. 72-75 e U. Levra, *Il colpo di stato della borghesia. La crisi politica di fine secolo in Italia 1896/1900*, Milano, Feltrinelli, 1975, pp. 331-343. Si vedano anche M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale. La Rivista Penale di Luigi Lucchini*, in *Quaderni Fiorentini*, 16, 1987, p. 141, J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 193, M. Bignami, *Costituzione flessibile, costituzione rigida e controllo di costituzionalità in Italia (1848-1956)*, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 53-55.

⁸ Secondo quanto riferisce nel 1899 L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., pp. 381-382, è proprio questa non corrispondenza tra le premesse programmatiche del Governo Pelloux e le iniziative di legge in materia di 'provvedimenti politici' ad aver accentuato l'ostilità della Camera. Ciò ha imposto a Pelloux «per potersi conservare alla testa del Governo, di spostare l'asse parlamentare del Gabinetto manovrando verso il Centro e verso Destra, nei quali paraggi i provvedimenti restrittivi tornavano graditi, quanto sarebbero stati ostici gli economici sociali».

⁹ Il fatto che il provvedimento costituisse una risposta alle resistenze parlamentari viene esplicitamente messo in evidenza nella stessa *Relazione a S.M. il Re in udienza del 22 giugno 1899*, sul decreto n. 227, pubblicata in *La legge*, 1899, to. II, p. 67; in essa si ricorda come una piccola minoranza deliberatamente avesse ostacolato la seconda lettura del disegno di legge: «la situazione creata da queste condizioni» spiegava il Ministro «impone al Governo il dovere di procurare che la volontà e il diritto della maggioranza possano, secondo lo spirito degli ordini costituzionali, ottenere la loro legittima prevalenza [...] Perciò il Consiglio dei Ministri, con deliberazione unanime, non esita a proporre a Vostra Maestà che le disposizioni più essenziali di quel disegno di legge, riunite in un testo che è anche conforme a quello definitivamente deliberato dalla Commissione parlamentare eletta per esaminarlo, siano sancite con un Regio decreto». Nella nota con cui la rivista *La giustizia*, XI, 1899, n. 26, p. 201, pubblica il testo del decreto si sottolinea che «è la prima volta che una riforma legislativa di grande importanza si

12. Al provvedimento si attribuiva forza di legge, anche se non ricorrevano reali esigenze di urgenza. Si prevedeva (art. 10) la presentazione immediata del Decreto in Parlamento per la conversione in legge e un termine differito (il 20 luglio) per la sua entrata in vigore ¹⁰.
13. La possibilità per il Parlamento di pronunciarsi prima sarebbe stata però resa impossibile per effetto di altri due decreti. Sulla base dei poteri previsti dall'art. 9 dello Statuto del Regno, il Governo emanò, nello stesso giorno del decreto n. 227, un diverso decreto (il r.d. 22 giugno 1899 n. 226) che disponeva la 'proroga' dei lavori parlamentari della Camera e del Senato al 28 giugno. Riaperta la sessione il 28 giugno il presidente Pelloux trovò una opposizione al provvedimento che si era da un lato inasprita e dall'altro estesa, proprio per la scelta del Governo di trasformare - pur in assenza di uno stato attuale di necessità - il disegno di legge in un decreto-legge ¹¹. E' per questo che, ricorrendo di nuovo all'art. 9 dello Statuto, il Governo si risolse ad esercitare un potere ulteriormente risolutivo emanando il r.d. 30 giugno 1899 n. 243, con cui si decretava la 'chiusura' delle sessioni legislative del Senato del Regno e della Camera dei Deputati.
14. Con questo secondo provvedimento si rinviava a data da destinarsi la riconvocazione delle Camere e si determinava l'azzeramento delle attività parlamentari. Come da consuetudine costituzionale, dovendosi completare l'iter legislativo all'interno di una medesima sessione, la chiusura delle sessioni provocava la decadenza di tutti i progetti di legge in corso di approvazione nelle due Camere.
15. Il Parlamento riprese a funzionare solo il 14 novembre 1899; il 17 novembre il Governo ripresentò alla Camera il disegno di legge per la conversione del r.d. 22 giugno 1899 n. 227, nella speranza di aver 'persuaso' i deputati ad una maggiore collaborazione sul tema ¹².
16. La storia però avrebbe avuto un epilogo diverso. L'opposizione al provvedimento, sia nel mondo politico che scientifico, non si sarebbe attenuata; il Decreto sarebbe stato delegittimato dalla Cassazione con la sentenza del 20 febbraio 1900. Il Presidente del Consiglio Pelloux il 5 aprile

compie senza il voto del Parlamento» e si deplora «vivamente che simili precedenti vadano costituendosi nel nostro diritto pubblico». Cfr. U. Levra, *Il colpo di stato della borghesia*, cit., p. 334.

¹⁰ La data del 20 luglio era esplicitamente stata indicata a quello scopo come la stessa *Relazione*, cit., p. 67, spiega: «Rimane in tal modo integra ai due rami del Parlamento la potestà di discutere e di deliberare intorno alle disposizioni del decreto, prima che esse siano applicate». Cfr. *La giustizia*, XI, 1899, n. 26, p. 201 e anche U. Levra, *Il colpo di stato della borghesia*, cit., p. 334.

¹¹ L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., pp. 383-384.

¹² Per notizie più circostanziate rinviamo ancora a G. Candeloro, *Storia dell'Italia moderna*, cit., pp. 76-77. Va detto che qualche segnale di collaborazione il Parlamento lo dette approvando una riforma dei regolamenti parlamentari proprio allo scopo di impedire le pratiche ostruzionistiche capaci di bloccare l'iter della discussione dei disegni di legge. Lo sottolinea L. Lucchini, *Decreti-legge e necessità di Stato*, in *Rivista penale*, LI, 1900, p. 583.

1900 si risolse ad emanare il Regio decreto n. 113, con cui revocava il decreto 20 giugno 1899 n. 227¹³.

17. A completamento di queste notizie va forse precisato che tali scelte di politica legislativa prese nel 1899, soprattutto l'uso strategico del potere di proroga e di chiusura delle sessioni, ripropongono una prassi già conosciuta negli anni precedenti, ad esempio in occasione della stessa emergenza del '98. Il decreto Pelloux, lo ricorda in quegli anni Luigi Lucchini, si inquadra pienamente nel clima degli anni '90; una fine di secolo difficile, turbolenta e sanguinosa che avrà come «epilogo di una situazione anormalmente cronica»¹⁴, il regicidio di Umberto I il 29 luglio 1900¹⁵.

II. Le argomentazioni della Corte di cassazione nella sentenza del 20 febbraio 1900

18. Dietro al 'caso Cavallazzi' c'è dunque una complessa vicenda politica che per trovare una composizione ha bisogno di spostarsi sul livello giuridico, dove nel frattempo si ragiona in materia di potere di decretazione e di controllo di costituzionalità. Il problema dal punto di vista giuridico è proprio questo: stabilire se il potere normativo è esercitabile anche dal Governo e individuare l'istituzione che può verificarne la legittimità.

19. La sentenza della Suprema Corte del 20 febbraio 1900 sotto questo aspetto costituisce il terreno di confronto tra elaborazione di linee teoriche e loro praticabilità nel mondo dei fatti. Torniamo dunque a considerare il ragionamento giuridico della Corte, per poi allargare la nostra analisi al dibattito dottrinale di quegli anni.

20. Come si accennava, l'approccio è strettamente tecnico. Il Cavallazzi argomentava il ricorso sul punto, sottolineando il carattere di incostituzionalità estrinseca del decreto 22 giugno, poiché mancava l'approvazione del Parlamento; inoltre il decreto n. 227, essendo nient'altro che un mero progetto di legge, sarebbe decaduto a seguito della sopraggiunta chiusura della sessioni parlamentari¹⁶.

21. Il ragionamento della Corte prende le mosse da queste argomentazioni, precisando che, prima di potersi esprimere sul punto della costituzionalità estrinseca o intrinseca, occorre verificare l'esistenza giuridica del decreto stesso. Dunque, calendario alla mano, la Corte riesaminava le date dei vari provvedimenti succedutisi a partire dal mese di giugno 1899: il 22, prorogate le sessioni parlamentari (r.d. n. 226) viene emanato il r.d. n. 227; il 28

¹³ Si veda la nota *Ibidem*, pp. 583-584, dove l'A. coglie l'occasione per sottolineare come il fatto della revoca dimostrasse la totale infondatezza delle ragioni di necessità con cui era stata giustificata l'emanazione del decreto. Cfr. G. Candeloro, *Storia dell'Italia moderna*, cit., pp. 78-79.

¹⁴ L. Lucchini, *Inaugurando il 2° Cinquantennio della rivista*, in *Rivista penale*, 101, LI, 1925, p. 12. Sul punto si veda M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 183.

¹⁵ L'analisi disincantata è di L. Lucchini, *29 luglio. Diagnosi dolorosa!*, in *Rivista penale*, 51, XXVI, 1900, pp. 305-312. Cfr. M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 181.

¹⁶ Così la *Sentenza della Corte di cassazione di Roma* del 20 febbraio 1900, in *Il Foro italiano*, cit., col. 98.

(ripresi i lavori dopo la proroga) il Governo presenta alla Camera il disegno di legge per convertire il decreto sui 'provvedimenti politici'; il 30 giugno con regio decreto vengono chiuse le sessioni parlamentari; il 17 novembre, riaperta la sessione alla Camera, il Governo ripresenta il disegno di legge per la conversione in legge del r.d. n. 227¹⁷.

22. Il decreto n. 227, osservava la Corte, aveva dunque acquisito un chiaro carattere di progetto di legge; del resto, nella stessa relazione al Re si sottolineava che i due rami del Parlamento avrebbero mantenuto integro il potere di discutere il provvedimento prima della sua applicazione¹⁸. Per questo, si concludeva, «giusta le norme costituzionali, ed in base alla costante consuetudine, quel disegno di legge con la chiusura della sessione restò decaduto»¹⁹. Quelle norme si sarebbero potute applicare solo se il Governo, durante la chiusura delle sessioni parlamentari, sulla base di ragioni di urgenza, avesse emanato *ex novo* un regio decreto; «ma chiusa la sessione e caduti tutti i disegni di legge in corso, nessun altro regio decreto fu emanato. Per la qual cosa [...] mancava, allo stato delle cose, ogni base giuridica per l'applicazione di quei provvedimenti»²⁰.

23. Su queste valutazioni meramente formali si regge l'accoglimento del ricorso. Approccio formalistico per una soluzione di sostanza che, come si è visto, avrebbe aperto le porte alla revoca del decreto Pelloux.

24. La Corte di cassazione con questa sentenza modifica sensibilmente l'orientamento che aveva precedentemente manifestato. In due sentenze del 29 dicembre 1899 la Corte si era pronunciata, seppur implicitamente, per la legittimità di quel provvedimento²¹.

¹⁷ *Ibidem*, coll. 98-99.

¹⁸ Cfr. *supra* nota 10.

¹⁹ *Ibidem*, col. 98. Il fatto che il decreto stesso prevedesse all'art. 10 una data (il 20 luglio) per l'entrata in vigore delle sue norme non inficiava, ad avviso della Corte, questa ricostruzione: quella data «era in ogni modo subordinata alla condizione della conversione in legge del decreto»; la chiusura delle sessioni aveva fatto «svanire» insieme al decreto, lo stesso art. 10 che prevedeva la data per la sua attuazione [*Ibidem*, col. 99].

Il Governo sul punto degli effetti del decreto di chiusura aveva adottato una opposta interpretazione: non tutto il decreto ma solo la richiesta di approvazione presentata alla Camera era da considerarsi decaduta per effetto della chiusura. E' questo l'orientamento che per esempio verrà assunto in due sentenze emanate dalla Corte d'Appello di Milano il 20 agosto e il 9 settembre 1899 di cui parleremo *infra* in nota 24.

²⁰ *Ibidem*, col. 100.

²¹ Lo si ricorda in *Il Foro italiano*, XXV, 1900, col. 97, in nota alla sentenza del 20 febbraio così come in *La giustizia*, XII, 1900, p. 18. Simili i rilievi della rivista *Giurisprudenza penale*, XX, 1900, p. 26, in nota alla pubblicazione delle due sentenze del 29 dicembre, dove si osserva: per le due sentenze «era grande l'aspettazione dovendosi in esse decidere la questione della costituzionalità del decreto-legge 22 giugno 1899. La suprema Corte non ha dato il responso ragionato ed illuminato che ci attendevamo».

La Corte di cassazione di Roma nel 1900 si discosta indirettamente, a ben vedere dall'orientamento che aveva espresso in materia anche nella Sentenza del 17 novembre 1888. Qui aveva preferito sottolineare la incompetenza dell'autorità giudiziaria a valutare le ragioni di urgenza sia tecnica, che politica che fungevano da giustificazione per la emanazione di un decreto-legge. Cfr. E. Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale* (nota alla sentenza del 9 settembre 1899 della Corte di appello di Milano), in *Giurisprudenza italiana*, 1899, parte II, col. 367, L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., p. 391, E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, in *Monitore dei tribunali*, XL, 1899, p. 784. La nuova impostazione che sarebbe scaturita dalla sentenza del 20 febbraio 1900 non era del tutto

25. Nella prima, non essendo dal ricorrente sollevato il punto della legittimità o della costituzionalità del decreto, la Corte si limitava e considerare «vana e non a proposito un'ampia ed accurata disamina sulla legalità del mentovato decreto-legge»²². Nel caso esaminato con la seconda sentenza invece i ricorrenti contestavano proprio la legittimità e la costituzionalità del decreto Pelloux. Violava, a loro avviso, lo Statuto e l'art. 5 delle disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione e applicazione delle leggi in generale. Ebbene la Corte respinse tale ricorso ritenendo il ricorrente carente di interesse ad agire²³; dunque anche in questo caso la sentenza non affrontò il tema della legittimità del decreto.
26. La Corte di cassazione in entrambe le sentenze del 29 dicembre 1899, scelse di mantenere un profilo prudente non esplicito riguardo alla legittimità o alla costituzionalità del decreto. Vi erano invece stati casi in cui alcuni zelanti giudici di merito si erano prodotti in pronunciamenti che davano ampia giustificazione della legittimità del decreto Pelloux.
27. In particolare ci riferiamo a due sentenze della Corte di Appello di Milano: una del 20 agosto 1899²⁴ e una del 9 settembre 1899²⁵ (che sarà appunto oggetto delle verifiche della Corte di cassazione il 29 dicembre). Qui i giudici milanesi si erano espressi esplicitamente circa la validità del decreto Pelloux; si entrava nel merito della valutazione del carattere d'urgenza del provvedimento e lo si riteneva legittimo con piena forza obbligatoria,

incompatibile con tale precedente indirizzo. Tuttavia appare chiaro che con il 1900 la cassazione afferma di non considerarsi del tutto estranea alla questione del controllo sui requisiti di costituzionalità dei decreti-legge.

²² Così argomentava la *Sentenza della Corte di cassazione di Roma, del 29 dicembre 1899*, (Sezione II) Presidente De Cesare, relatore Gui, P.M. Durante, Ricorrente Alberto Gherardi, in *La legge*, 1900, to. I, p. 350.

²³ *Sentenza della Corte di cassazione di Roma, del 29 dicembre 1899*, (Sezione II) Presidente De Cesare, relatore Gui, P.M. Durante, Ricorrenti Battista Migliavada e Alessandro Panzeri, in *Giurisprudenza penale*, XX, 1900, pp. 25-26. L'eccezione posta da Migliavada appariva in effetti pretestuosa. In questo caso la contestata applicazione dell'art. 5 del decreto Pelloux era *in favor rei*; tale norma infatti sostituiva la precedente disciplina della legge sulla stampa che rispetto a quella situazione specifica, sarebbe risultata più severa. «Non si comprende», osservava la Corte, «quale legittimo interesse abbia il Migliavada nel dedurre un'eccezione, che accettata, lo renderebbe responsabile di un fatto per il quale si venne a dichiarare l'irresponsabilità con i conseguenti effetti di legge. Mancando egli pertanto di ogni interesse, tale motivo non può essere preso ad esame dal Supremo Collegio».

²⁴ Nella *Sentenza della Corte d'Appello di Milano del 20 agosto 1899*, Presidente Cardone, estensore Badò, ricorrenti Asti, Ferrari, Volpi, in *Il Foro italiano*, XXIV, 1899, parte II, coll. 460-464, la dimostrazione della costituzionalità del decreto si basava anzitutto su una valutazione di tipo generale: il potere esecutivo «da cui dipendono tutte le forze di terra e di mare, ha per necessaria conseguenza obbligo e diritto, in base a quella legge fondamentale, di provvedere alla conservazione dell'ordine sociale, di procurare l'osservanza delle leggi ed il libero svolgersi delle singole funzioni dello Stato, entro l'orbita delle relative attribuzioni». La Corte di Appello rilevava poi che in occasione del decreto 22 giugno 1899 il Governo aveva operato «nell'urgenza»; in fine interpretava in maniera restrittiva il regime degli effetti riconducibile al provvedimento di chiusura della sessioni. Come detto *supra* nota 19, si considerava decaduta solo la richiesta di approvazione del decreto; una volta riapertesì le sessioni, avrebbe dovuto essere ripresentata ma nel frattempo le norme del decreto 22 giugno 1899 restavano pienamente operative.

²⁵ *Sentenza della Corte d'Appello del 9 settembre 1899*, pres. Ed est. Cardone ricorrenti Migliavada e Panzeri, in *Giurisprudenza italiana*, 1899, parte II, coll. 367-384. Qui troviamo impiegato sostanzialmente lo stesso schema argomentativo della sentenza del 20 agosto.

prevedendosi in esso il termine del 20 luglio per l'entrata in vigore delle norme, «qualora, come infatti avvenne, prima di quel giorno il decreto non avesse potuto essere convertito in legge con l'approvazione del Parlamento»²⁶.

28. L'orientamento meno esplicito assunto dalla Corte di cassazione nel 29 dicembre 1899 è dunque frutto di una deliberata scelta di moderazione. Nel segno della medesima consapevole prudenza, a ben vedere, si mantiene anche il pur diverso atteggiamento che Essa manifesta in occasione della sentenza del 20 febbraio 1900.
29. La tenue, ma sostanziale, svolta giurisprudenziale si spiega in parte con il favore di un mutato scenario politico²⁷, ma in parte anche con la consapevolezza della Corte di poter indicare una via giuridica capace di favorire una soluzione alla crisi politica e di ripristinare un equilibrio costituzionale²⁸. Se la questione oltre che politica era anche giuridica, la via d'uscita dalla crisi istituzionale sarebbe stata anzitutto giuridica.
30. La possibilità di sindacare nel merito (c.d. costituzionalità intrinseca) le norme oggetto di discussione, non viene nemmeno presa in considerazione; anzi proprio il riferimento alla soluzione giuridica che avrebbe consentito l'applicabilità delle norme, è occasione per ribadire l'incompetenza della Corte e del potere giudiziario in generale ad esprimere un simile giudizio di costituzionalità²⁹.
31. Ma la Cassazione romana è ulteriormente prudente: evita altresì di dare alla sua sentenza un esplicito carattere di controllo sulla costituzionalità

²⁶ Così si riassume il punto di diritto espresso dalla Corte di Appello di Milano nel *Repertorio generale* di *La legge, Raccolta delle massime di giurisprudenza, per i nn. XXXVIII-XLII*, 1898-1902, p. 364 n. 6. Le due sentenze milanesi susciteranno le critiche impietose e severe di molti giuristi. Commentando la prima delle due sentenze citate E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, cit., p. 787, sottolinea che la Corte d'Appello sembra basarsi più su teorie di "filosofia del diritto" piuttosto che sul diritto positivo; C. Lessona, *La legalità della norma e il potere giudiziario* (1900), ripubblicato in *Scritti minori*, S. Maria C.V., Cavotta, 1911, p. 64, nell'illustrare le argomentazioni in diritto fornite dalla Corte d'Appello, chiosa con un «ci pare superfluo ogni commento!». L. Lucchini in *Rivista penale*, L, 1899, pp. 401-404, ritiene la giustificazione data dalla Corte «un seguito di gratuite e monosillabiche asseverazioni» e confessa di essere stato tentato di inserire la sentenza nella rubrica "inverosimile" «della quale fortunatamente non ci occorre di dare che rari saggi».

²⁷ Cfr. M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 142, e bibliografia ivi citata. Anche L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, (nota alla sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900) in *Giurisprudenza italiana*, 1900, parte II, col. 53, accenna, anche se non spiega nel dettaglio, al fatto che la sentenza viene emanata in corrispondenza a «speciali circostanze della situazione parlamentare».

²⁸ E' da condividersi la valutazione di M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit., p. 142, che invita a non disconoscere il valore della decisione della Corte, con la constatazione che il clima politico avrebbe favorito una simile decisione. Non si è trattato semplicemente di seguire la direzione del vento, di considerare politicamente possibile o politicamente opportuno un pronunciamento per la illegittimità del decreto Pelloux. Quella decisione è sostenuta da radicate convinzioni giuridiche, è il punto di approdo di una «battaglia avviata altrove, e in tempi non sospetti». Lucchini ne è l'esempio più chiaro.

²⁹ Nella sentenza si ribadisce che il potere giudiziario «non ha diritto di sindacare l'esercizio del potere esecutivo in ciò che riguarda la necessità dello Stato» e che con un regio decreto *ex novo*, emanato durante la chiusura, quel provvedimento sarebbe stato applicabile [*Il Foro italiano*, cit., col. 99]. Cfr. *supra* nota 20.

estrinseca. Nelle argomentazioni del ricorrente si sosteneva proprio questa tesi: l'atto era incostituzionale sul piano formale, poiché violava il principio statutario che prevedeva l'approvazione delle due Camere per aversi legge dello Stato. La verifica da fare era piuttosto preliminare ad una vera e propria verifica di costituzionalità; si trattava soltanto di capire «se al momento in cui furono applicati i provvedimenti contenuti nel r.d. 22 giugno quel decreto esistesse»³⁰.

32. Mentre sapeva bene di pronunciare il *de profundis* del decreto Pelloux, la Corte intendeva chiarire di non voler con ciò ridefinire i confini (estremamente flessibili nell'ambiente costituzionale in vigore dello Statuto Albertino) dei tre poteri dello Stato e aprire una questione sugli equilibri costituzionali.

33. Il punto del controllo di costituzionalità era in tal modo accantonato³¹, potremmo dire rinviato ad altra sede; una sede in cui la discussione e il confronto delle idee poteva meglio distendersi, senza necessariamente chiamare in causa un confronto tra istituzioni dello Stato. La sede idonea per completare il quadro tornava ad essere quella dottrinale.

III. Il dibattito dottrinale in tema di potere di decretazione e controllo di costituzionalità

34. Diamo allora uno sguardo al contesto dottrinale per verificare più direttamente quale circolazione di idee e quale interazione, al livello della elaborazione delle categorie giuridiche, vi sia stata tra le difficili decisioni della Corte e le sofferte sintesi della scienza giuridica.

35. Va qui ricordato che il tema del controllo dei decreti in sede giurisdizionale costituiva una questione nodale per la concezione giuridica degli assetti costituzionali italiani post-unitari. Sul piano del diritto positivo nulla era previsto che potesse fungere da parametro di riferimento per sviluppare teorie costituzionali. Anzi la lettera dello Statuto albertino lasciava pochi spazi alla possibilità di concepire un potere esecutivo capace di esercitare il potere legislativo³².

36. Accanto a questo 'silenzio' normativo si era però sviluppata fin dagli anni '60 una prassi³³ abbastanza eterogenea che mostrava il Governo ben capace

³⁰ *Ibidem*, col. 98.

³¹ Lo si osserva anche in una breve nota che accompagna la pubblicazione del testo della Sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900 nella rivista *La legge*, 1900, to.I, p. 349.

³² Lo Statuto (si pensi agli articoli 3 e 6), semmai lasciava concludere il contrario. Lo si sottolinea proprio in riferimento al decreto Pelloux da E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, cit., pp. 781-783, E. Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale*, cit., coll. 368-373.

³³ Si fa riferimento da parte di alcuni alla presenza di una consuetudine costituzionale. Si veda per esempio la *Sentenza della Corte di Appello di Milano del 20 agosto 1899*, cit., col. 462. Tale tesi però non trova molto spazio in dottrina. Cfr. H. Gmelin, *Über den Umfang des königlichen Verordnungsrechts und das Recht zur Verhängung des Belagerungszustandes in Italien*, Karlsruhe, Braunschen, 1907, pp. 94-95, E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, cit., p. 787-

di produrre norme attraverso decreti. Le figure giuridiche ricavabili da questa pratica erano quanto mai diverse: dai regolamenti attuativi di leggi, si passava a decreti con cui si esercitava una delega del potere legislativo concessa dal Parlamento o a provvedimenti di proclamazione dello Stato d'Assedio, ecc. . C'erano poi i decreti-legge, di cui il nostro è un esempio, con i quali il Governo emanava norme a cui dava immediata esecuzione, salvo poi rivolgersi al Parlamento per ottenerne l'approvazione; si guardava in questo caso all'istituto inglese del *Bill of indemnity*, in base al quale l'approvazione del Parlamento, aveva l'effetto di legittimare la vigenza di dette norme anche 'retroattivamente'.

37. Questo insieme di istituti, riconducibili al potere di decretazione del Governo, offriva ampi spazi alle riflessioni dottrinali, le quali non erano ancora capaci esprimere una condivisa sistemazione della materia ³⁴.

38. Alcuni punti fermi sono enucleabili; ad esempio la indisponibilità a forzare il diritto positivo vigente per riconoscere in esso lo spazio al potere di decretazione con forza di legge. Altro punto stabile del discorso era quello che chiariva la posizione del potere giudiziario, indicato come incompetente a svolgere indagini nel merito, che accertassero la costituzionalità sostanziale dei provvedimenti del Governo ³⁵.

39. Per il resto le opinioni si dividevano su questioni non meno decisive: ad esempio sul punto dei poteri di verifica da parte dell'autorità giudiziaria della

788, E. Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale*, cit., coll. 370-371, L. Rossi, *Il decreto legge sui provvedimenti politici davanti al diritto e al potere giudiziario*, in *Temi veneta*, 1899, p. 513 e C. Lessona, *La legalità della norma e il potere giudiziario*, cit., pp. 57-58. L'argomento della consuetudine verrà superato con la più risolutiva teoria della 'necessità' come fonte di diritto; si veda in proposito S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio-Calabria*, in *Rivista di diritto pubblico*, parte I, 1909, ora in *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1950, vol. I, pp. 296-297. Cfr. M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., p. 56.

³⁴ S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio*, cit., p. 287, ancora nel 1909, parla di incertezze tali nella dottrina «che riesce tutt'altro che facile anche la pura e semplice esposizione delle opinioni, che in proposito si sono manifestate: da quella che nega semplicisticamente al Governo i poteri di cui è parola, alle altre che, con diversissimo fondamento, nella più variabile misura e con le più disparate conseguenze e condizioni, ne riconoscono la legittimità, o quanto meno ne scusano l'esercizio di fatto». Un tentativo di sistemazione della materia è riconoscibile nello studio di C. Lessona, *La legalità della norma e il potere giudiziario*, cit., pp. 25-72. Riguardo al tema dei decreti-legge però anche questi sottolinea il disaccordo della dottrina su un tema che rappresenta «un punto di eccezionale difficoltà» [p. 51]. Basta confrontare, a parte la comune denuncia della incostituzionalità, le diverse posizioni assunte dai giuristi in occasione della emanazione del decreto Pelloux o delle sentenze che lo hanno applicato. Cfr. L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., L. Rossi, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, cit., E. Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale*, cit., L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, cit., V. Olivieri, *Osservazioni riguardo al Decreto-legge 22 giugno 1899 e alla sentenza della Corte di cassazione di Roma del 20 febbraio 1900*, in *La Scuola positiva*, X, 1900, pp. 177-178. Il ventaglio degli orientamenti e delle problematiche aperte nella dottrina italiana in generale sul tema è sintetizzato da H. Gmelin, *Über den Umfang*, cit., pp. 89-140.

³⁵ Cfr. M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., pp. 27-30, M. Meccarelli, *Il grande assente? Controllo di costituzionalità e giurisdizione suprema nell'Italia post-unitaria*, in *Giornale di storia costituzionale*, 4, 2002, pp. 175-182.

legittimità formale dei provvedimenti in questione. Alcuni ammettevano un intervento del giudice, anche ordinario, disapplicativo dei provvedimenti verificati 'incostituzionali' (nei loro profili estrinseci)³⁶; altri invece preferivano non concepire una autonoma figura di sindacato di incostituzionalità riconducendo la questione nell'ambito del generico obbligo del giudice di applicare soltanto norme che avessero il vigore della legge³⁷.

40. In sostanza la dottrina, secondo i tempi lunghi che sono necessari per le costruzioni teoriche stabili e durature, era sul tema ancora disaggregata, mentre il panorama politico surriscaldatissimo poneva l'urgenza di una soluzione.
41. E' in questo scenario che si colloca cronologicamente la sentenza del 20 febbraio 1900. Essa, senza voler scrivere alcuna pagina fondamentale di diritto costituzionale, contribuisce a fornire al dibattito dottrinale un punto di riferimento su cui costruire la sistemazione ordinata della materia.
42. Possiamo vederlo chiaramente se consideriamo la virtuosa circuitazione di argomentazioni giuridiche tra la sentenza e alcuni interventi di dottrina scritti tra il 1899 e il 1900.
43. In particolare vorrei soffermarmi sul contributo offerto da due importanti giuristi dell'epoca: Luigi Lucchini e Lodovico Mortara. Il primo era anche Consigliere della Corte di Cassazione di Roma, il secondo³⁸ ne sarebbe divenuto Primo Presidente di lì a pochi anni.
44. Luigi Lucchini pubblica nella sua rivista una riflessione riguardo al decreto Pelloux già all'indomani della sua emanazione³⁹. L'intervento, come al solito puntuale e severo, esprime dure critiche alle irresponsabili scelte di politica legislativa adottate dal Governo. Le sue opinioni erano certamente molto rilevanti⁴⁰; non tanto (e non solo) per il fatto che Egli, in quel momento,

³⁶ Così ad esempio C. Lessona, *La legalità della norma e il potere giudiziario*, cit., p. 52 e pp. 67-72, E.A. Porro, *Sul R. decreto 22 giugno 1899*, cit., p. 788, E. Presutti, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 avanti la giurisdizione penale*, cit., coll. 373-377. Presutti in particolare sosteneva di una tesi originale: Egli considerava i decreti-legge di per sé incostituzionali; per questo l'autorità giudiziaria era pienamente legittimata a non darne applicazione; non altrettanto però i «funzionari della gerarchia amministrativa sì civile che militare», i quali restavano vincolati alla esecuzione delle norme emanate attraverso il potere di decretazione. In tal modo si riconosceva una limitata efficacia al decreto-legge; ciò, ad avviso dell'A., poteva avere una sua utilità: ciò avrebbe dato «modo al potere esecutivo di ottenere dal Parlamento una legge con contenuto uguale o quasi uguale a quello del decreto e con efficacia retroattiva sino dal giorno in cui il decreto-legge fu emanato», prima che cittadini ritenutisi lesi dal decreto avessero agito in sede giudiziale, ottenendo la disapplicazione del provvedimento da parte del giudice. «Certo mantenuti in tali limiti i decreti legge, non sarà possibile con essi modificare le leggi sulla stampa [...] ma in tutti quegli obietti, in cui i decreti-legge possono onestamente usarsi, essi saranno usati con efficacia» [col. 376].

³⁷ Si pensi a L. Mortara, *Commentario al codice di procedura civile*, (terza edizione) Milano, Vallardi, 1905., vol. I, nn. 86-96 e 107-113, pp. 100-130.

³⁸ Cfr. F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 84-87.

³⁹ L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit. .

⁴⁰ L'influenza, relevantissima, avuta da Lucchini sulla penalistica dell'Ottocento è stata dimostrata dagli studi di M. Sbriccoli, *Il diritto penale liberale*, cit., e *La penalistica civile. Teorie*

fosse un giudice proprio di quella Corte di cassazione romana destinata a doversi pronunciare su quei temi ⁴¹; a dare centralità alle sue valutazioni era soprattutto la grande autorevolezza riconosciuta al suo pensiero di scienziato del diritto penale. Al suo impegno scientifico e civile, lo ricordiamo, si dovevano per buona parte le principali acquisizioni in materia penale come il codice del 1889 (il primo dopo l'unificazione).

45. Le questioni di diritto che in quell'articolo vengono toccate sono in buona parte riprese nella sentenza della cassazione romana.

46. Seguiamo il ragionamento di Lucchini. Nello scritto del 1899 - accantonate (anche se ricordate) le gravi questioni di incostituzionalità rilevabili rispetto allo Statuto – l'Autore si concentra sulla dimostrazione dell'inesistenza formale del decreto ⁴², in particolare considerando gli effetti del provvedimento di chiusura della sessione parlamentare sul decreto n. 227 ⁴³.

47. Il suo discorso poi si estende sul punto più generale del controllo di costituzionalità vero e proprio. A questo riguardo Lucchini ritiene corretto l'orientamento dottrinale (che lui indica come prevalente) secondo il quale è da riconoscersi la potestà dell'autorità giudiziaria di sindacare gli atti del Governo. Si tratta di un sindacato di legittimità che egli concepisce proprio rispetto alla «legge generale, fondamentale e costitutiva di tutti i poteri» che è lo Statuto. E' una verifica che può riguardare un atto amministrativo e dunque anche un decreto e per fino «una legge in relazione a quella che è la legge di tutte le leggi» ⁴⁴.

e ideologie del diritto penale nell'Italia unita, in Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica, a cura di A. Schiavone, Bari, Roma, Laterza, 1990, pp. 147-232.

⁴¹ Il sostenitori della legittimità del decreto Pelloux usarono anche questo argomento per screditare le opinioni di Lucchini, sottolineando l'inopportunità che un giudice della Cassazione esprimesse valutazioni, seppure giuridiche, sulla legittimità di quel provvedimento di legge. Da queste critiche si difese tempestivamente lo stesso Lucchini pubblicando nella sua *Rivista penale*, L, 1899, pp. 399-401, un carteggio con l'editore del *Popolo romano*, nel quale sostanzialmente rivendicava il proprio diritto di esprimere, come scienziato e non come magistrato, opinioni giuridiche su questioni di diritto generali e astratte. Lucchini viene difeso anche dalle colonne della rivista *La giustizia*, XI, 1899, pp. 353-354.

⁴² L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., pp. 384-385 e 389-390. Egli riteneva che il pronunciamento favorevole, del 28 giugno, della Camera a discutere il decreto nella Commissione, che si era occupata del disegno di legge corrispondente, seppure potesse costituire una 'sanatoria' dell'irrituale avvio della procedura di approvazione del provvedimento, non configurava il c.d. *Bill of indemnity* che avrebbe attribuito al decreto forza di legge. Anzi proprio in ragione di quella 'sanatoria' «il decreto perdeva ogni carattere di legge, per assumere soltanto quello [...] di un mero disegno di legge». Vi sarebbero state al riguardo interpretazioni opposte; ad esempio la 'sanatoria' assume, per i giudici del Tribunale di Chieti in una *Sentenza del 16 febbraio 1900*, (pubblicata in *Giurisprudenza italiana*, 1900, parte II, coll. 58-63), una valenza di «beneplacito della Camera dei deputati per la provvisoria conservazione in vigore del decreto 22 giugno fino alle definitive deliberazioni del Parlamento» [col. 62].

⁴³ L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., p. 390. E' il secondo argomento con cui l'A. dimostra l'inesistenza del decreto. «Con la chiusura della sessione, il decreto che era già decaduto come presunta legge cadde anche come progetto di legge». E' la stessa tesi esposta commentando la Sentenza della Corte d'appello di Milano del 20 agosto 1899 in *Rivista penale*, cit., p. 403.

⁴⁴ L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., pp. 390-391.

48. Nell'insieme però il riconoscimento in capo all'autorità giudiziaria di un compito di sindacato di costituzionalità, anche con specifico riferimento al controllo sugli atti normativi del Governo, non appare del tutto chiarito nella sua reale portata.
49. L'A. osserva che nel dibattito giuridico «in rapporto alla legittimità del Governo, due riserve sono venute facendosi», con riguardo al potere di decretazione per delega legislativa e al potere di decretazione per suprema necessità di Stato. A proposito dei decreti-legge si limita a ribadire che, si riconosca o meno al giudice il compito di verificare se il provvedimento sia fondato sulla necessità – particolare in realtà decisivo -, «rimane assodato che nella nostra stessa magistratura si ritiene nel pieno diritto e dovere di ricercare e di accertare la legittimità e la costituzionalità degli atti e provvedimenti ministeriali»⁴⁵.
50. Si tratta dunque di una prospettiva scientifica, che non viene precisata nei suoi aspetti tecnici. Lucchini sembra, del resto, non voler insistere a inquadrare la specifica questione del decreto Pelloux in una teorizzazione più generale dei caratteri e dei limiti del potere di decretazione: «la questione non riguarda tanto la *costituzionalità*, quanto la stessa *esistenza* della legge»⁴⁶.
51. La sentenza della Corte suprema nella sentenza del 20 febbraio 1900, accentua tale impostazione: Essa, rispetto alla possibile scala di intensità del sindacato dell'autorità giudiziaria sul potere di decretazione, impiega quella che produce il minore impatto sugli assetti costituzionali. Non chiudendo il problema teorico del potere di decretazione, fungerà però da traccia per orientare l'articolato dibattito dottrinale verso una possibile convergenza.
52. Tale valenza programmatica può essere colta leggendo la riflessione che Lodovico Mortara svolge commentando proprio la sentenza del 20 febbraio 1900.
53. Mortara si era occupato già della questione del fondamento del potere di decretazione - ma soprattutto del controllo della sua legittimità in sede

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 391-393. E' un orientamento che l' A. ribadisce nel commento della Sentenza della Corte di Appello di Milano 10 agosto 1899, in *Rivista penale*, cit., p. 404. In una nota successiva scritta per commentare la revoca (5 aprile 1900) del decreto n. 227, L. Lucchini, *Decreti-legge e necessità di Stato*, cit., p. 583, forse alla luce del comportamento troppo zelante verso il Governo mostrato dai giudici milanesi, sembra essere meno certo di voler riconoscere al giudice siffatti poteri di verifica dei requisiti della necessità Cfr. *infra* nota 50.

Con riferimento invece ai decreti per delega legislativa, seppure resta confermato che è compito del mandante la disapprovazione dell'opera del mandatario, spiega *Ibidem*, p. 391, la Suprema Corte si riserva, «in mancanza di una *ratihabitio* parlamentare, di accertare l'estensione dei poteri delegati». La giurisprudenza della cassazione, come spiega M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., pp. 44-50, in effetti si evolve in quella direzione. Nei primi orientamenti il controllo sui requisiti esterni di costituzionalità era risolto in termini negativi; verso la fine del secolo la Corte suprema cambierà di atteggiamento, ma solo nel 1901 afferma esplicitamente il dovere del giudice di controllare la conformità del decreto delegato alla legge delega.

⁴⁶ L. Lucchini, *Il decreto legge sui provvedimenti politici*, cit., p. 391.

giudiziaria - nel suo ampio Commentario al Codice di procedura civile e precedentemente, in un saggio del 1895⁴⁷.

54. Nel dichiarare incostituzionale ogni forma di decretazione che si proponesse con la forza di una legge⁴⁸, il nostro giurista però non riteneva possibile individuare nel potere giudiziario il luogo del controllo di costituzionalità, ma preferiva ricondurre il problema alla dialettica Governo-Parlamento⁴⁹.
55. Con la consueta attenzione ai risvolti reali delle proprie elaborazioni teoriche, Mortara percepiva la doppia valenza di un siffatto pronunciamento del giudice riguardo alla questione dei decreti. Poteva accadere che proprio la verifica in sede giudiziaria dei requisiti di costituzionalità del decreto legge fungesse da canale di legittimazione degli stessi, privando il Parlamento di ogni ruolo dialettico⁵⁰.
56. Meglio era lasciare a quest'ultimo il compito di rivendicare i propri poteri, spostando il problema della verifica in sede giurisdizionale sul piano dell'interpretazione del diritto. Con essa il giurista, anche nelle vesti di magistrato, poteva dare un contributo conformante e attenuare quei profili di incostituzionalità, a questo punto anche intrinseci, che alcune norme

⁴⁷ L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, nn. 86-96 e 107-113, pp. 100-130, e dello stesso / *Decreti-legge nel diritto costituzionale italiano*, in *Riforma sociale*, III, 1895, pp. 907-916.

⁴⁸ Cfr. L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, cit., col. 56.

⁴⁹ L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. 102 e pp. 125-130. La questione della efficacia dei decreti è di indole esclusivamente politica osserva Mortara, essa va chiarita in Parlamento, poiché nel nostro sistema «la funzione legislativa assorbe tutti gli attributi della costituente». Ciò consente di avere una certa dinamica all'interno del diritto costituzionale stesso. «Negli Stati parlamentari in cui non esiste un organo costituente speciale con la sua speciale funzione, si ammette oggimai pacificamente (però dopo averne molto disputato), che non possa tuttavia mancare l'esercizio in altra forma della funzione medesima, non potendo il diritto pubblico di un popolo civile vivere e svolgersi, se le fonti sue, contenute nella carta costituzionale, siano da un fatale e perpetuo congelamento, irrigidite e immobilizzate». L'esperienza inglese dimostra che «mediante l'esercizio della funzione legislativa può ottenersi il progressivo svolgimento del diritto pubblico fondamentale dello Stato». Qui si tratta - piuttosto che di un potere di sostituire, abrogare, emendare le disposizioni costituzionali - di sottoporre le norme costituzionali tramite le leggi ad «una continua e progressiva interpretazione», che le adatta «ai movimenti della vita sociale» [*Ibidem*, p. 124]. Ecco perché, nella visione mortariana, una dinamica come quella veicolata dai decreti legge è bene che sia valutata nella sua efficacia in Parlamento, piuttosto che da un giudice. Cfr. H. Gmelin, *Über den Umfang*, cit., pp. 98-99 e più recentemente M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., pp. 54-55.

⁵⁰ Nel nostro sistema, osserva L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. 130, «la competenza a esaminare se una legge abbia o no i requisiti esteriori della costituzionalità, spetterebbe, caso per caso, ad ogni Conciliatore o Pretore, Tribunale o Corte esistente sul territorio italiano. E' facile ravvisare il pericolo che ne deriverebbe, di contraddizioni, di dispareri, di confusione su tutta la linea [...]. Quando si tratta della indagine sulla esistenza stessa della legge sembra oltremodo salutare sottrarla alla indipendente libertà di apprezzamenti individuali dei magistrati e ritenere per regola che il magistrato debba osservare come legge ogni provvedimento che sotto questo nome riportò la sanzione regia accertante la preventiva approvazione delle due Camere».

C'è del resto l'esempio della Corte di appello di Milano. I giudici milanesi, osserva L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, cit. col. 56, «non solo vollero dissertare sulla costituzionalità dei decreti-legge, cercando nello statuto la loro legittimazione, di cui esso non porge traccia, ma derivarono fino a quel punto di esaminarne ed approvarne in concreto le ragioni politiche determinanti». E' un pericolo che, come ricordato *supra* nota 45, avverte lo stesso Lucchini.

potavano presentare: spetta al magistrato «senza dubbio la interpretazione e l'applicazione dei decreti-legge [...] L'opera interpretativa del magistrato gioverà talvolta al più razionale adattamento di una disposizione, la quale, dettata per circostanze straordinarie, non può essere perfettamente in armonia col sistema generale del diritto»⁵¹. Dei poteri di sindacato in senso tecnico in capo all'autorità giudiziaria restava a ben vedere una tipologia più limitata: la verifica dell'esistenza della norma. Questo è individuato da Mortara come un dovere fondamentale del giudice⁵², in linea con gli orientamenti ultimi della Corte di cassazione di Roma⁵³.

IV. Gli sviluppi del dibattito dottrinale dopo il 1900

57. Se osserviamo l'evoluzione dottrinale nei venti anni seguenti, possiamo accorgerci quanto perduranti siano gli indirizzi presenti in quella sentenza, «atto di insperata energia, in un momento in cui il Parlamento era e si mostrava inetto alla difesa delle pubbliche libertà»⁵⁴. Ci limitiamo, anche in questo caso a fornire qualche esempio.

⁵¹ L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. 104. E' ciò che in un recente saggio abbiamo indicato come 'non-luogo' istituzionale del controllo di costituzionalità. Mortara non è certo solo. Vi sono molti altri autorevoli giuristi come Brunialti o Santi Romano che seguono questa prospettiva. Cfr. M. Meccarelli, *Il grande assente?* cit., pp. 182-185.

⁵² L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. 104: il magistrato ha il dovere di verificare « se il decreto-legge sia tuttora nello stadio di imperfezione organica che costituisce il suo peccato originale, ovvero se abbia acquistato definitiva autorità di legge, qualora su questo punto siavi controversia. L'indagine [...] è diretta ad accertare se esista una vera e propria norma giuridica, laonde appartiene alla competenza giudiziaria».

⁵³ «Evitare la discussione sulla costituzionalità» ma non trascurare «l'esame della questione sulla esistenza o inesistenza». E' su questo punto che L. Mortara, *Il decreto-legge 22 giugno 1899 davanti alla Corte di cassazione*, cit., col. 53, coglie la novità dell'orientamento della Corte. Impostata in tal modo la sentenza conferma che «la responsabilità politica assunta dal Governo con un simile atto è soggetta soltanto al sindacato del Parlamento», che l'autorità giudiziaria ha comunque l'obbligo di ottemperare alle prescrizioni del decreto (qualora sia esistente).

Va tuttavia segnalato che Mortara (*Ibidem*, coll. 54-56), pur aderendo all'impostazione fondamentale della questione, non condivide poi nello specifico l'argomentazione della Corte di cassazione di Roma. Riguardo alla interpretazione dell'art. 10. Mortara riteneva che la data del 20 luglio fissata per l'entrata in vigore non fosse subordinata all'approvazione del provvedimento da parte del Parlamento. Inoltre riteneva che gli effetti del provvedimento di chiusura delle sessioni parlamentari «sull'esistenza continuativa del decreto-legge» non fossero accertabili da parte di un magistrato non essendo a questi consentito di «entrare nell'esame delle ragioni politiche che determinano la chiusura di una sessione»; «e le ragioni che possono determinare tale esercizio non solo non sono inconciliabili con quelle ragioni di pubblica necessità per le quali il governo ritenne di doversi arrogare la straordinaria funzione di legislatore temporaneo, ma anzi possono con queste avere una strettissima connessione». A questo proposito L'A. (*Ibidem*, col. 56) conclude la sua nota rinviando alla lettura di una sentenza del Tribunale di Chieti del 16 febbraio 1900 Presidente e estensore Mortara, P.M. Jorio, imputati Sebastiani e Di Sciullo, che «può apparire come lo sviluppo o il complemento del principio esposto dalla corte di cassazione»; salvo il punto della esistenza attuale del decreto, che non viene affrontato da quella sentenza. Il testo è pubblicato proprio di seguito alla sentenza del 20 febbraio in *Giurisprudenza italiana*, 1900, parte II, coll. 58-63. Il Mortara estensore di questa sentenza non è ovviamente Lodovico, che entrò in magistratura nel 1902; cfr. F. Cipriani, *Storie di processualisti e di oligarchi*, cit., p. 86. F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, UTET, 1909, vol.III, p. 478.

⁵⁴ Così Mortara parlerà della Sentenza del 20 febbraio 1900 ancora nella quinta edizione (1923) del suo *Commentario*, vol. I, p. 108.

58. Le sistemazioni proposte vanno certamente oltre le questioni toccate dalla Cassazione con riferimento al decreto Pelloux e si distendono sul tema del sindacato di costituzionalità della legge in generale; tuttavia esse vengono costruite sui due assunti fondamentali appena illustrati: negazione di un potere sindacato materiale da parte dell'autorità giudiziaria, riconoscimento alla stessa di una facoltà di sindacato di costituzionalità formale, concepito come sindacato sulla esistenza giuridica delle leggi, essenzialmente rivolto all'esecutivo, che si estrinseca in una disapplicazione della norma ⁵⁵.
59. Sul versante specifico dei decreti-legge il dibattito porterà ad individuare un livello di compatibilità con le norme statutarie. Intuizioni determinanti sono quelle di Santi Romano, che ingloberà nell'ambito della fonti del diritto la 'necessità'. In tal mondo Egli potrà dare piena legittimazione al decreto-legge e, al contempo, potrà individuare, in sede giudiziaria, una soglia di controllo, con facoltà di disapplicazione; si tratta essenzialmente di una verifica dello stato di urgenza, ma considerato da un punto di vista meramente oggettivo e non di merito ⁵⁶.
60. La premessa per questo salto di qualità sta tutta nell'intuire che il diritto positivo non si esaurisce nella legislazione, non essendo diritto e legge due termini equivalenti ⁵⁷. La 'necessità' a questo punto può apparire come fatto normativo, anche se non prevista dal diritto scritto; essa viene concepita come «una condizione di cose che, almeno di regola e in modo compiuto praticamente efficace, non può essere disciplinata da norme precedentemente stabilite [...]», il che vuol dire che costituisce essa medesima una vera e propria fonte di diritto». Si tratta di una categoria generale del diritto pubblico; i poteri d'urgenza del governo ne rappresentano solo una possibile manifestazione ⁵⁸. Nel caso dei decreti-

⁵⁵ Si pensi a F. Racioppi, *Il sindacato giudiziario sulla costituzionalità delle leggi*, in *La legge*, XLV, 1905, to. I, coll. 705-725.: «il sindacato materiale rivolgendosi a raffrontare il contenuto della legge col contenuto della Costituzione all'unico intento di proteggere quest'ultima dagli eventuali disconoscimenti di quella, non può concepirsi ove non esista la giuridica distinzione dei due organi che, attendono rispettivamente a fare la Costituzione e a fare le leggi» [col. 706]. L'argomentazione per escludere il controllo intrinseco di costituzionalità è quella usata già da Mortara, che del resto trova autorevoli conferme nella dottrina tedesca come nel caso di G. Jellinek, *Gesetz und Verordnungen*, Freiburg, 1887 (rist. Aalen, Scientia, 1964), pp. 401-409. Riguardo al sindacato formale F. Racioppi *Il sindacato*, cit., coll. 706-725, affronta il discorso sul sindacato considerandolo dal punto di vista del controllo sulla promulgazione. Riconosciuto il sindacato formale come competenza propria dell'autorità giudiziaria, l'A. distingue tra sindacato volto ad indagare se, come prescritto dallo Statuto, vi è l'accordo dei tre fattori legislativi (Camera, Senato, Re), e quello volto a verificare «se ciascun fattore abbia dichiarata la propria volontà nelle forme prescritte»; solo il primo tipo di controllo, quello che è rivolto «all'autorità che promulga, all'Esecutivo», spetterebbe al giudice [col. 718-720]. In tal modo si distingue dalla dottrina di origine tedesca (Laband) con cui si riconosceva alla promulgazione da parte del Re il valore di un controllo definitivo sulla formale costituzionalità delle leggi [coll. 713-714]. Cfr. L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, § 111-112.

⁵⁶ S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio*, cit., pp. 297-310; cfr. M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., pp. 56-61.

⁵⁷ S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio*, cit., p. 296. «Certamente» osserva *Ibidem*, p. 299, «la legge è ormai divenuta la più culminante e generale manifestazione della norma giuridica, ma si esagera quando il suo dominio si vuole estendere al di là del campo che le è proprio».

⁵⁸ *Ibidem*, p. 297. Il discorso sulla necessità si inquadra in un ripensamento generale dei caratteri dello Stato e dello stesso paradigma pubblicistico, che viene sviluppato dall'A.

legge, in particolare, la necessità si manifesta con una «non applicazione, sia pure temporanea, di una legge, e la sostituzione, in linea provvisoria, ad essa di una norma nuova». Essa produce, - qui la terminologia romaniana è molto esplicativa-, «un diritto illegale, ma nello stesso tempo conforme al diritto positivo non scritto e perciò giuridico e costituzionale»⁵⁹.

61. Attribuito in tal modo il fondamento giuridico alla 'necessità', Romano passa a recuperare spazi di controllo che la rendano compatibile con il restante ordine costituzionale. L'emanazione di un decreto-legge, per quanto giuridicamente legittima, determina infatti una alterazione dell'ordine normale delle competenze, la quale, proprio perché necessitata, è anche temporanea. Per questo la presentazione del decreto davanti al potere legislativo è condizione irrinunciabile⁶⁰.
62. Rispetto all'autorità giudiziaria la questione è sensibilmente diversa. Trattandosi di provvedimenti giuridici, seppure *contra legem*, il giudice deve applicarli e riconoscerli, «perché esso non soltanto le leggi applica, ma tutto quanto il diritto, da qualunque fonte emani». Non può nemmeno valutare se si sia verificato o meno l'estremo della necessità, se non invadendo la competenza del Governo. Tale obbligo d'applicazione trova però un limite quando, - e qui Romano esemplifica facendo espresso riferimento alla vicenda del decreto Pelloux -, «l'atto qualificato come un decreto di necessità contenga nei suoi stessi elementi intrinseci ed obiettivi quanto può bastare al magistrato per accertare che sulla necessità effettivamente non si fonda. In questa ipotesi non si avrebbe alcun apprezzamento esorbitante della funzione giudicatrice»⁶¹.
63. Come si vede si va molto oltre i timidi passi della sentenza delle 20 febbraio 1900; tuttavia il progresso nelle consapevolezze dottrinali consiste in uno sviluppo di quelle impostazioni⁶².

attraverso numerosi saggi. In particolare occorre rinviare a *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto italiano*, in *Archivio del diritto pubblico*, I, 1902, ora in *Scritti minori*, cit., vol. I., pp. 217-243 in partic. pp. 240-242, e prima ancora a *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione*, in *Archivio giuridico*, LXVIII, 1897, pp. 3-74 e in partic. pp. 56-57.

Tale concettualizzazione rende la 'necessità' uno strumento, come ha osservato P. Grossi, *Scienza giuridica italiana*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 116, per la «conversione del meramente fattuale in fatto normativo, cioè in diritto»; per questo si colloca in una prospettiva sistematica più ampia di quella da noi considerata, che induce a ripensare con un approccio non meramente formalistico le categorie del diritto costituzionale e a scegliere come nuova piattaforma fondante la costituzione materiale. Cfr. *Ibidem*, pp. 114-117. Con la 'necessità' Romano può proiettare la riflessione scientifica verso il superamento dell'ordine costituzionale ottocentesco, senza dover abbracciare un orizzonte giusnaturalista; con la necessità, semmai individuerà un parametro capace di limitare i regimi del superamento del vecchio ordine costituzionale. Cfr. M. Fioravanti, *Stato giuridico e diritto costituzionale negli scritti giovanili di Santi Romano*, in *La scienza del diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2001, to. I, pp. 314-318.

⁵⁹ S. Romano, *Sui decreti legge e lo stato di assedio*, cit., p. 299.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 302.

⁶¹ *Ibidem*, p. 309. L'A. fornisce anche degli esempi; fra gli altri: il caso in cui la motivazione del decreto-legge accenni solo a ragioni di convenienza o di opportunità e non di necessità, il caso in cui la applicazione del decreto viene differita dal momento della sua emanazione, o il caso in cui il decreto viene pubblicato in una data di molto successiva a quella della sua promulgazione.

⁶² Del resto è un tratto caratteristico della riflessione romaniana produrre aggiornamenti nel solco della continuità. Si veda P. Costa, *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma*

64. Sotto questo aspetto è estremamente significativa ancora una volta la posizione di Lodovico Mortara; nel 1922, lo ritroviamo, ora Primo Presidente della Corte di cassazione di Roma, superare le sue stesse tesi, emanando la sentenza nella quale viene riconosciuto al magistrato il potere di «negare l'applicazione di un decreto legge se non consti della sua presentazione al Parlamento per la conversione in legge [... e], specialmente quando l'urgenza di provvedere in forma eccezionale sia esclusa»⁶³. Il rilievo di «incostituzionalità» - si usa espressamente questo termine nella motivazione della sentenza - per l'assenza del requisito della eccezionalità, è effettuato sulla base di riscontri formali e non sostanziali⁶⁴. Lo si preciserà in una seconda sentenza della Suprema Corte del 16 novembre 1922 di cui Mortara questa volta è anche estensore⁶⁵: «Il requisito dell'urgenza si determina e si manifesta in due aspetti: quello sostanziale, che riguarda la materia del provvedimento e il giudizio formato sulla necessità di regolarla legislativamente senza alcuna dilazione; quello formale che sorge da vari elementi estrinseci, quali la temporanea chiusura del Parlamento, la immediatezza della esecuzione richiesta dal provvedimento, anche se le

disciplinare, in A Schiavone (a cura di), *Stato e Cultura giuridica*, cit., p. 109, che rileva questo tratto nella teoria pluriordinamentale di Romano. Come ha osservato M. Fioravanti, *Stato giuridico e diritto costituzionale*, cit., p. 322, il giurista siciliano, infatti, intende compiere, soprattutto a partire del 1909, «un passaggio, che non è contrassegnato da un salto brusco, ma dal tentativo, del tutto consapevole e coerente, d'interpretare la società e le istituzioni del tempo alla luce delle teorie precedentemente elaborate». Del resto proprio questo complesso tratto metodologico dell'opera di Romano ha offerto spunti per valutazioni distinte della sua produzione scientifica. Si veda *Ibidem*, pp. 277-326.

⁶³ Così la massima introduttiva sintetizza quel passaggio della *Sentenza della Corte di cassazione di Roma a Sezioni unite del 24 gennaio 1922*, Mortara Primo Presidente, Faggella estensore, Tunesi P.M. ricorrenti Curreri e Abate, in *Giurisprudenza italiana*, 1922, parte I, col. 66. La questione riguardava il r.d 19 novembre 1921 n. 1689. Esso appariva illegittimo perché, emanato in forma di decreto-legge, intendeva superare la legge 7 aprile 1921 n. 407; con quest'ultima, ripristinando la giurisdizione ordinaria, salvo alcune eccezioni espressamente previste, si dava sistemazione alla fase transitoria delle commissioni arbitrali per i contratti agrari, istituite con decreto luogotenenziale del 6 maggio 1917 n. 871. La Corte [*Ibidem*, col. 67] affermava che invece il decreto del 19 novembre 1921, sebbene possedesse la forma di un decreto legge, non poteva «essere considerato se non un provvedimento di esecuzione della legge anzidetta [l. 7 aprile 1921] emanato dal Governo nell'esercizio normale dei poteri che gli attribuisce l'art. 6 dello Statuto».

Sulla stessa linea si pone la *Sentenza Corte di cassazione di Roma a Sezioni Unite del 16 novembre 1922*, Mortara Primo Presidente ed estensore, Santoro P.M., Nisco, Banco di Napoli, Enrietti ricorrenti, in *Giurisprudenza italiana*, parte I, coll. 929-937. Qui si ribadisce che «verificandosi il difetto degli elementi di urgenza soggetti al sindacato dell'autorità giudiziaria, o la non persistenza del governo nel promuovere la deliberazione del Parlamento, deve essere negata l'applicazione del decreto» [col. 930]. Cfr. M. Bignami, *Costituzione flessibile*, cit., p. 58.

⁶⁴ In sostanza desume l'assenza del requisito dell'urgenza constatando che il decreto è stato «deliberato appena cinque giorni prima della riconvocazione del Parlamento, avvenuta il 24 novembre 1921, mentre poi fu pubblicato nella Gazzetta ufficiale parecchi giorni dopo che il Parlamento aveva ripreso i suoi lavori, cioè il 5 dicembre successivo». Cfr. *Sentenza della Corte di cassazione di Roma a Sezioni unite del 24 gennaio 1922*, cit., col. 68.

⁶⁵ *Sentenza Corte di cassazione di Roma a Sezioni Unite del 16 novembre 1922*, cit., col. 934. Anche la massima [*Ibidem*, coll. 929-930] che se ne ricava è chiarissima: «L'autorità giudiziaria non può sindacare le ragioni d'urgenza che hanno rapporto alla materia del provvedimento, ma può accertare in fatto se l'urgenza risulti dalle manifestazioni esteriori che sono inerenti alla sua natura, come la sospensione dei lavori, l'immediata esecuzione data al provvedimento, la pronta sua pubblicazione ed entrata in vigore».

Camere si trovino attualmente riunite e in attività di funzioni, e via dicendo». L'autorità giudiziaria non può accertare il requisito dell'urgenza rispetto al profilo sostanziale; implica una valutazione politica che non appartiene alla capacità cognitiva del giudice. Viceversa è accertabile dal magistrato l'urgenza rispetto ai suoi elementi formali.

65. Il cambio di prospettiva è innegabile, e lo si ammette nella sentenza del 24 gennaio ⁶⁶: la Corte, si dice, verifica l'assenza di «quell'estremo dell'urgenza che si suole invocare a legittimazione dello straordinario esercizio del potere legislativo da parte del Governo sotto la propria responsabilità politica, e *sul quale finora si è ritenuto che l'autorità giudiziaria non dovesse effettuare alcun sindacato*». Mortara, come direttore della rivista *Giurisprudenza italiana*, dà anche risalto alla decisione della Cassazione in una breve nota redazionale non firmata, dove si sottolinea «l'alta importanza» di quella decisione e come la Corte avesse espresso la volontà di innovare il proprio indirizzo in materia di Sindacato dei decreti legge. «Fino che questi provvedimenti erano davvero emanati in circostanze eccezionali e con rigida parsimonia, il sindacato parlamentare poteva essere sufficiente [...] ma la infinita molteplicità divenuta abituale, rendendo quasi impossibile in fatto, forse illusorio in diritto, quel sindacato, impone nuovi doveri alla magistratura, la quale, senza sostituirsi al Parlamento, non può dimenticare di essere quella fra i poteri sovrani dello Stato cui spetta la custodia dei diritti individuali contro qualsiasi offesa».

66. Tuttavia si ribadisce una linea di continuità con l'indirizzo originario, poiché, seppure con una maggiore larghezza di confini (nel senso di concepire un controllo formale ma che verte anche sui requisiti della urgenza e necessità), seppure impiegando una terminologia più 'impegnativa' (nel senso che si parla espressamente di incostituzionalità), il sindacato giurisdizionale è sempre pensato come verifica dell'esistenza di una legge ⁶⁷.

V. I casi pratici e le consapevolezze dottrinali: una dialettica creativa

67. Le questioni discusse dalla scienza giuridica, queste fin ora esaminate come altre che riempiono i decenni a cavallo dei secoli XIX e XX, non avrebbero avuto molto senso – e probabilmente non avrebbero avuto luogo - se non fossero state legate ad una attualità di problemi e ad una quotidianità di fatti.

⁶⁶ *Sentenza della Corte di cassazione di Roma a Sezioni unite del 24 gennaio 1922*, cit., col. 68.

⁶⁷ Un riscontro viene dal fatto che Lodovico Mortara nella edizione del 1923 del suo *Commentario* non modifica la impostazione del discorso rispetto alle precedenti edizioni; qui continua a sottolineare l'incompetenza dell'autorità giudiziaria a verificare i requisiti della necessità e dell'urgenza poiché «significa precisamente controllare le ragioni della responsabilità politica che il Governo ha assunto di fronte al Parlamento» [p. 122]. Viceversa precisa: «consentire all'autorità giudiziaria l'esame analitico delle circostanze di fatto [...] per dedurne la risoluzione del quesito se un decreto-legge abbia perduto vigore [...] non è autorizzarla a verun eccesso dall'orbita della funzione giurisdizionale. Tutto quanto concerne la verifica della esistenza giuridica di una norma, nel tempo, nello spazio, nel contenuto materiale, è necessariamente compreso nei poteri dell'organo che deve interpretarla» [pp. 124-125].

Una vicenda come quella analizzata può essere un esempio della dialettica creativa che in quel tempo prende forma tra la realtà concreta e la riflessione teorica.

68. In particolare ciò accadeva a seguito di dinamiche reali che cercavano di assumere la natura dei fenomeni giuridici, ma non negli spazi prestabiliti dal diritto già formalizzato. Le teorie giuridiche in questo caso si facevano carico di una funzione progressiva, che consisteva nell' indicare il confine dell'ordinamento giuridico, nel supportare un percorso di modernizzazione della rappresentazione giuridica della realtà.
69. Certo non si trattava di predeterminarne i risultati, ma di concorrere, insieme ad altri protagonisti, e limitatamente ad alcuni (per quanto decisivi) aspetti, al conseguimento di risultati adeguati a nuove istanze di regolamentazione. Non si trattava neppure di un'azione coordinata e immediatamente corale; semmai la coralità è stata l'esito di percorsi intellettuali spesso vissuti in solitudine. Si trattava però di dare, con la elaborazione di un pensiero giuridico, un apporto specifico, che risultava indispensabile al mondo dei fatti.
70. La dottrina, nei decenni a cavallo tra Otto e Novecento, non sembrava voler discutere sterilmente sulla formula esatta, astrattamente intesa, permanentemente fissata, che potesse spiegare certe dialettiche istituzionali o certi rapporti giuridici. La scienza di quel tempo piuttosto intendeva proporre «dottrine pratiche e praticabili»⁶⁸, in quel determinato momento storico, per quella specifica realtà, per quella contingenza, nella consapevolezza che la soluzione dei problemi reali non sarebbe stata possibile senza un contributo risolutorio della riflessione dottrinale. E' per questo che la dimensione scientifica aveva bisogno di interloquire con il momento politico della vita del diritto.
71. «Le questioni, numerose e gravi» spiegava Mortara nella prefazione al suo Commentario, «se adergono le cime nelle alte regioni della scienza, posano sul terreno non sempre piano e sgombrato d'ostacoli, della pratica giudiziaria»⁶⁹. I 'casi pratici' costituivano una occasione per una tenuta di contatto del giurista scienziato con la concretezza del proprio compito, poiché spesso i casi pratici, oltre a proporre un problema giuridico specifico, assumevano la valenza più generale «di atti decisivi nella vita politica»⁷⁰.
72. Lo scienziato del diritto, è questo del resto un suo tratto specifico, incontrava tali dati della realtà con un interesse e una competenza speciale, che

⁶⁸ B. Brugi, *I romanisti e le riforme del diritto civile*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893 p. 92, lo affermava mentre discuteva con i civilisti riguardo a problemi concernenti l'evoluzione del diritto privato; tale espressione ci sembra però descrittiva di un approccio che in generale può aver riguardato la scienza giuridica italiana del tardo Ottocento e del primo Novecento.

⁶⁹ Cfr. L. Mortara, *Commentario*, cit., vol. I, p. II.

⁷⁰ E' un'osservazione di E. Sacchi *Il sindacato giurisdizionale sulla violazione delle garanzie costituzionali*, in *Giurisprudenza italiana*, parte I, 1922, col. 265, mentre apre il suo commento alle Sentenze del 24 gennaio 1922: «Le due sentenze che annotiamo non hanno soltanto una grande importanza nell'ordine giuridico, ma sono anche atti decisivi nella vita politica perché delineano alcuni caratteri della nostra costituzione».

consisteva al contempo nell'analizzare nel dettaglio la questione e contemporaneamente nel considerarne i rapporti con i contesti sistematici generali.

73. Il problema dei decreti legge, per restare al nostro esempio, osservato con le lenti della scienza giuridica nel complesso dei processi evolutivi reali, poteva essere compreso come aspetto di una questione più ampia, che era quella della crisi del modello ottocentesco di Stato di diritto. La soluzione efficace di quel problema dipendeva, dunque, da un più generale cambiamento di prospettiva e un aggiornamento di paradigma - le teorie romaniane ne sono un chiaro esempio⁷¹ - che solo le intuizioni solide della scienza giuridica avrebbero potuto dare.
74. Si tratta di soluzioni teoriche, ricavate con strumenti ermeneutici, che sembrano distaccare lo svolgimento scientifico del diritto dai fatti. Si tratta tuttavia di approdi dottrinali la cui immaterialità può nascondere ma non cancellare il legame con le dinamiche sociali, economiche, politiche, dalle quali quegli approdi sono scaturiti e per le quali si sono così configurati.
75. Il caso pratico è utile strumento per lo storico del diritto in quanto richiama la sua attenzione sulla portata reale della riflessione scientifica, misura e contemporaneamente esito degli svolgimenti dell'esperienza giuridica.

⁷¹ Cfr. P. Costa, *La giuspubblicistica dell'Italia unita*, cit., p. 109. Si trattava come ha osservato M. Fioravanti, *Stato giuridico e diritto costituzionale*, cit., p. 300, di recuperare un rapporto sulla base dell'intuizione «che tale realtà può costituire una componente del sistema di diritto pubblico, essenzialmente per la soluzione di una serie di antinomie non componibili nei tradizionali confini della dogmatica giuspubblicistica».

LA COSTITUZIONE POLACCA DEL 3 MAGGIO 1791: TRA TRADIZIONE E MODERNITÀ

Beata María Palka

Nella storia della legislazione polacca non esiste un altro atto legislativo, eccellente come la Costituzione del 3 Maggio. La sua durata fu come un soffio: un anno solo. Essa fu soffocata nella culla. Non le fu neanche offerta la possibilità di una verifica reale della sua efficacia. Ciò nonostante il suo ricordo incancellabile rimane molto caro; è sempre vivo e presente nell'immaginario nazionale nonché nei cuori e nella coscienza dei polacchi.

S. SMOLKA *Mowa wygłoszona na posiedzeniu Akademii Umiejetnosci*, 1891

La Costituzione del 3 Maggio non fu frutto né dell'imposizione straniera né di un violento atto di costrizione interna. Essa nacque in modo mirabile dando straordinari risultati. La costituzione in un giorno solo, senza spargimento del sangue, senza produrre le vittime riscattò Polonia dalla schiavitù dell'anarchia, ponendola all'avanguardia dei paesi civilizzati. Essa fu all'origine della rinascita spirituale dell'Unione polacco-lituana, costituendo un sigillo perenne della grande e memorabile opera del risanamento morale della nazione. La costituzione nonostante la sua imperfezione e incompletezza rappresentava l'enorme potenza creatrice e trasformatrice che permetteva di chiudere la porta del torbido passato e di risvegliare la fede della società polacca nelle proprie forze.

A. SLIWINSKI, *Konstytucja 3 maja* 1938

- I. PREMESSA
- II. ORIGINALITÀ DELLO SVILUPPO DELLO STATO POLACCO NEI "SECOLI DELLA GRANDEZZA": LA "REPUBBLICA NOBILIARE"
- III. VERSO LA MONARCHIA COSTITUZIONALE: CRISI DELL'ORGANIZZAZIONE POLITICA E L'AVVIO DELLE RIFORME
- IV. COSTITUZIONE DEL 3 MAGGIO 1791: RIVOLUZIONE PACIFICA – MODELLO POLACCO
 - IV. 1 La riforma dell'ordinamento politico
 - IV. 2 Diritti e libertà nell'esperienza costituzionale polacca

I. PREMESSA

1. La scarsa conoscenza delle esperienze costituzionali polacche, ha reso assente la Costituzione del 3 Maggio del 1791 – la prima costituzione scritta europea – nella riflessione comune nei paesi dell'Europa occidentale e negli studi da essi dedicati alla storia costituzionale europea.
2. È indiscutibile che il mondo occidentale ha denotato la propria comune e peculiare identità, in quanto ambito di scambio di modelli costituzionali attuato attraverso un vivace processo di produzione, circolazione e rielaborazione delle norme e delle idee, prestando, invece poca attenzione alla problematica costituzionale dei paesi comunemente denominati "ex comunisti". Fra i motivi di tale "indifferenza" bisogna tenere presente la mancanza di scambi culturali e scientifici tra i paesi dell'Est e dell'Ovest europeo dovuta a motivi politico-ideologici, esistente durante tutto il periodo del comunismo, nonché, nel caso specifico della Polonia, la sua oltresecolare assenza dalle mappe d'Europa.
3. L'analisi del percorso della formazione delle istituzioni politiche dello Stato polacco rileva l'atipicità dello suo sviluppo, che fu, in certo senso, opposto a quello delle grandi monarchie assolute dell'Occidente, dove il definitivo affermarsi di dinastie nazionali, il consolidarsi dell'autorità della Corona sull'aristocrazia feudale, lo sviluppo di una burocrazia accentrata e sempre più estesa e capillare, il controllo da parte del re di più efficienti strumenti fiscali e militari, hanno dato la vita agli stati moderni e alle monarchie assolute di Antico regime. Questo tipo di sviluppo in Polonia è venuto a mancare; così la struttura politica e sociale dello Stato presenta non poche caratteristiche sconosciute agli altri Stati europei. Già la stessa definizione dello Stato non come un regno ma come una Respublica (Rzeczpospolita), come una comunità nobiliare che trova nella Dieta la sua suprema espressione, dimostra la singolarità delle dinamiche storico-istituzionali polacche.
4. La formazione dell'ordinamento politico polacco nel periodo pre-costituzionale viene caratterizzata dalla forte tensione fra due tendenze opposte: da un lato quella centralizzante, diretta a rinforzare il potere del monarca, dall'altro invece quella decentralizzante, che intende ampliare le libertà e i privilegi conquistati dal ceto nobiliare e fornirne migliori garanzie.
5. La posizione politico-sociale del ceto nobiliare particolarmente forte e la sua ideologia di aurea libertatis, influiscono in maniera decisiva sulla formazione della costituzione storica polacca caratterizzata, in primo luogo, dalla tutela delle libertà acquisite dalla nobiltà. Il sistema elettivo del monarca indebolisce ulteriormente la posizione del re costringendolo, in pratica, a

firmare patti e accordi costituzionali grazie ai quali viene incrementata in maniera costante la partecipazione del ceto nobiliare all'attività di governo permettendogli di diventare soggetto politico sempre più consapevole di tale ruolo. In conseguenza la nobiltà polacca (szlachta), indiscutibile classe dirigente del regno, acquisisce relativamente presto la consapevolezza della propria responsabilità per le sorti della patria e percepisce la propria identità nazionale e cittadina. Il confronto fra la posizione assunta dal ceto nobiliare polacco con quella dell'aristocrazia di altri paesi europei permette di rilevare le diverse peculiarità della situazione polacca, tra cui l'insolita numerosità della nobiltà (circa 10% di tutta la popolazione contro p.e. 1% di quella francese), la particolare debolezza delle città e della borghesia (spesso dominata dagli ebrei), la democrazia all'interno del ceto (perfetta eguaglianza giuridica di tutti i suoi componenti), il suo assoluto predominio politico, la ricchezza dei privilegi goduti, la larghissima diffusione dell'istituto del liberum veto, ecc.; tanto che, parafrasando la famosa affermazione del Re Luigi XIV "L'etat c'est moi", la nobiltà polacca avrebbe potuto dichiarare "Lo Stato siamo noi".

6. La particolare ossessione della libertà del ceto privilegiato segna in maniera peculiare il percorso della formazione dello Stato e del costituzionalismo polacco che ne subisce le conseguenze sia positive sia negative. Una libertà mal usata può sempre rivolgersi contro il suo titolare trasformandosi in anarchia; ed è proprio questo che si verifica nella storia della Polonia dove, nel Settecento, lo Stato subisce le gravi conseguenze di una libertà mal gestita che, spingendolo sull'orlo dell'anarchia provoca una profonda paralisi delle sue istituzioni e, di conseguenza, una successiva spartizione del suo territorio, minacciando seriamente la sua indipendenza.
7. Il trauma della prima spartizione e i processi di sviluppo socio-economico fanno scaturire un'attività riformatrice sostenuta dalle idee dell'Illuminismo accompagnate da quelle patriottiche che vengono divulgate dalle scuole, dalla stampa, dalla letteratura, dal teatro, dalla musica, pittura e storiografia. Una decisiva mobilitazione delle forze riformatrici porterà, nel 1791, alla promulgazione della prima costituzione scritta fornendo in tal modo l'inequivocabile prova della vitalità dello Stato e del suo ordinamento politico che richiedeva, sì, ampie riforme, ma non per questo era destinato alla morte civile, alla cancellazione dalle mappe d'Europa, il che però ugualmente avverrà nel futuro a causa della politica di espansionismo territoriale dei paesi confinanti in una situazione geopolitica sfavorevole per la Polonia.

II. ORIGINALITÀ DELLO SVILUPPO DELLO STATO POLACCO NEI “SECOLI DELLA GRANDEZZA”: LA “REPUBBLICA NOBILIARE”

8. Partendo dai privilegi della nobiltà polacca del XV secolo, cominciò in Polonia la formazione di un regime peculiare, nel quale la sovranità apparteneva alla nazione nobile, il re aveva poteri assai limitati nelle sue competenze e lo stato della nobiltà polacco-lituana, secondo l'interpretazione ufficiale, veniva governato dalla legge. Venne a crearsi in Polonia un sistema caratterizzato da ampie libertà e privilegi nobiliari e dalla sempre più completa esclusione dalla partecipazione al potere degli altri ceti¹.
9. Nel 1425, per ricordare soltanto le principali fasi delle conquiste nobiliari, venne accordato il privilegio del *neminem captivabimus nisi iure victum*, che protesse i nobili dall'arresto arbitrario e dalla confisca dei loro possedimenti²; nel 1454 con il privilegio di Nieszawa vennero delegate a locali assemblee nobiliari la riscossione delle imposte e l'arruolamento delle truppe; da allora in poi fu impossibile al sovrano agire senza il loro consenso; nel 1505 la legge del *Nihil novi* rafforzò ulteriormente i poteri della Dieta (Sejm), l'assemblea della nobiltà e del clero polacchi, senza la cui approvazione il sovrano non avrebbe potuto legiferare.
10. All'inizio del XVI secolo il sistema statale degli Jagelloni, che si estendeva all'intera Europa centro-orientale, si presentava sotto la forma della cosiddetta Repubblica nobiliare, che costituiva una monarchia cetuale, governata esclusivamente dai nobili, in cui il potere regio veniva man mano limitato e ristretto, e il governo del paese diventava sempre più decentralizzato.
11. Significativo era perfino lo stesso nome con cui veniva chiamata l'Unione polacco-lituana, la *Respublica*. Il termine *Respublica*, era infatti uno dei più diffusi nell'antico linguaggio politico polacco, anche se il suo significato non era univoco. Esso spesso costituiva un sinonimo di Stato polacco e veniva

¹ Un graduale allontanamento dei rappresentanti delle città dalla partecipazione al governo fu visibile in Polonia già alla fine del Quattrocento. Lo sviluppo delle città venne allora frenato, mentre nella vita economica del paese dominava il latifondo basato sulla servitù della gleba. Il ceto dei contadini, come nella maggior parte delle monarchie europee non partecipava alla vita politica. Cfr. *Historia państwa i prawa Polski* a cura di J. Bardach, Warszawa 1966, vol.II, p.114; vedi anche S. Kutrzeba *Historia ustroju Polski w zarysie*, Warszawa, 1977

² Tale atto, precedette infatti lo *Habeas corpus* inglese, approvato in Gran Bretagna solo nel 1679; quest'ultimo documento si differenziava da quello polacco per migliori e più adeguate garanzie concesse al recluso, il che era probabilmente dovuto alla distanza di 250 anni che separano entrambi. L'argomento concernente l'evoluzione del sistema dei privilegi nobiliari è stato ampiamente trattato dal F. Piekosiński. Cfr. F. Piekosiński *Zdobytcze szlachty polskiej w dziedzinie prawa publicznego*, Krakow, 1900.

usato alternativamente al termine *regnum*: si può osservare che mentre nei primi secoli dell'esistenza dello Stato polacco prevaleva quest'ultimo, nel XVI secolo come regola veniva ormai usato il termine *Respublica*.³ Il suo contenuto era determinato da diversi fattori, tra cui: la crescita del potere della nobiltà nello Stato, l'indebolimento della posizione del monarca, la lotta per il potere in seno agli ordini riuniti nel parlamento, la riforma e la controriforma, l'unione con la Lituania e problemi dell'integrità territoriale del nuovo Stato polacco-lituano (detto anche "di Entrambe le Nazioni"). Nonostante le diversità dei significati che venivano attribuiti al termine *Respublica* è, comunque, possibile individuare la presenza di certi contenuti fissi dello stesso.⁴ La *Respublica* era sinonimo di Stato sovrano e unito, centro degli interessi politici ed economici supremi, la comunità territoriale da tutelare con tutte le forze. Già nell'epoca del Rinascimento essa veniva percepita come sinonimo di libertà, come "creatura perfetta" dove ad ogni nobile apparteneva il potere supremo. La più importante ed immutabile caratteristica della *Respublica* era la sua sovranità e l'unità, che permetteva di "riunire stati, provincie, nazioni e ordini" che ne facevano parte. Durante il Rinascimento un *Corpus Reipublicae* era spesso visto come una costruzione sovracetuale composta da persone *publicae* (re, senato e nobiltà), *personae mediae* (borghesia e contadini) e *personae privatae* (servi, vagi, mendici, iudaci, pagani).⁵ L'unità e l'integrità quale elemento costitutivo del termine *Respublica* riuscirono a resistere sia agli eccessi della democrazia nobiliare sia a qualche contestazione lituana causata dalla modificazione della costruzione statale federale, risultato del trattato dell'Unione di Lublino di 1569. La dieta del Lublino stabiliva infatti che la

³ La nozione *Regnum Polonia* veniva comunque utilizzata anche nel XVII e XVIII secolo, per esempio nei titoli di compendi di giuristi; cfr. *De comitiis Regni Poloniae Generalibus*, Coloniae 1722; *De iuris regnandi fundamentalium in Regno Poloniae ratione et praxi moderna*, Coloniae 1724; W. Rej, *Domina Palatii regina libertas familiare colloquium de statu et iuribus Regni*, Liberopoli 1636; M. Chwalkowski, *Regni Poloniae ius publicum*, 1684, ecc. Cfr. H. Olszewski *Rzeczpospolita. Przyczynek do dziejow ideologii politycznoprawnej w dawnej Polsce* in *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellonskiego. Prace z nauk politycznych*, 1991, z.28 p. 210.

⁴ Generalmente il termine "*Respublica*" (*Rzeczpospolita*) aveva un triplice significato: lo Stato, gli ordini parlamentari (il re ed entrambe le camere), la comunità dei nobili. Nella realtà polacca i nobili s'identificavano completamente con lo Stato; lo componevano, ne erano i padroni e gli eredi. Cfr. H. Olszewski *op. cit.*, p. 215.

⁵ Così J. Przymusiński; cfr. K. Grzybowski, *Teoria reprezentacji w Polsce epoki Odrodzenia*, Warszawa, 1959, s. 42; Anche secondo il grande scrittore politico dell'epoca del Rinascimento A.F. Modrzewski la *Respublica* era composta da „*ex inopibus et locupletibus, ex nobilibus et plebeis et ex aliis ordinibus*”, di cui re, senato e l'ordine equestre sono „*praecipua membra Reipublicae*”, altri invece sono *populus*. Cfr. A. F. Modrzewski *De republica emmenanda*, Warszawa 1953, s. 61

⁶ L'Unione istituì una confederazione di "due nazioni", sotto un sovrano eletto da entrambe che portava il titolo di re di Polonia e granduca di Lituania, una dieta bicamerale congiunta e uffici amministrativi duplici a tutti i livelli. Furono mantenuti gli statuti lituani, come pure l'antica lingua bielorusca in uso nei documenti ufficiali, anche se, data la polonizzazione linguistica della nobiltà lituana, il polacco finì per soppiantarla. I due stati erano uniti da un'unione doganale e monetaria, ma mantenevano ciascuno il proprio tesoro, così come continuarono a esservi due eserciti distinti e separati, e la gestione di determinati affari

Respublica "... ormai, non sarà più divisa ma una cosa sola, e riunisce due nazioni e due stati in un solo popolo"⁷.

12. Il processo di graduale restrizione della "tota communitas Reipublicae", che avvenne attraverso l'emarginazione della borghesia e dei contadini (anche se realizzata non senza resistenze) fece sì che già nel XVI secolo la Respublica cominciasse ad essere identificata esclusivamente con l'espressione "nazione nobiliare". Tale tendenza è visibile anche nella lotta per l'eliminazione dei residui del carattere patrimoniale del potere, nella diffusione della teoria del "governo misto"⁸, ma soprattutto essa si manifesta attraverso il conflitto permanente "inter maiestatem et libertatem", tra il re e la "nazione" nobiliare, avviando così il processo di sottomissione del monarca ai ceti, e della creazione della Repubblica nobiliare.
13. Il grande ruolo politico svolto dalla nobiltà, si fondava sulla "libertà nobiliare", cioè sull'insieme delle prerogative economico-sociali e politiche del ceto nobiliare. Fra questi privilegi si annoverava anzitutto il diritto della nobiltà di opporsi al re, il suo diritto di formare confederazioni⁹, il principio di uguaglianza della nobiltà davanti alla legge, il principio dell'unanimità nella dieta e nelle dietine, il principio della libera elezione del re.
14. Il periodo della cosiddetta democrazia nobiliare ebbe l'inizio, secondo un'opinione prevalente nella storiografia, nel 1454 quando il re cedette alle richieste della nobiltà e si obbligò a non legiferare né a prendere decisioni

esteri rimase prerogativa della cancelleria lituana. Si trattava insomma di una federazione *sui generis*, che gli scrittori politici dell'epoca citavano come il "solo esempio classico" di unione fra due stati. Sull'argomento vedi S. Kutrzeba *Unia Polski z Litwą*, Lwów, 1914; O. Halecki, *Dzieje unii jagiellońskiej*, Kraków, 1919.

⁷ Cfr. *Volumina Legum* II, p. 770. Nelle rappresentazioni dell'epoca la *Respublica* veniva spesso raffigurata sotto forma di edificio: il re con la corona in capo e il primate (*interrex*) nell'abito pontificio costituivano „*basis Reipublicae*”, gli stemmi delle terre polacche e lituane erano „*fundamenta Reipublicae*”, e la stessa *Respublica* veniva personificata dalla donna seduta in cima, tra i simboli dello Stato polacco e lituano, che tiene nelle mani la spada e la croce.

⁸ Un scrittore politico dell'epoca osservava che „nel nostro paese, in modo strano e inconsueto si è formata una mescolanza di tre forme di governo”, intendendo la forma monarchica, quella aristocratica (incarnata dal senato) e quella democratica (rappresentata dalla camera bassa) cfr. *State and Society in Europe from the XV to the XVIII Century*, a cura di J. Pelenski, Warszawa, 1985, p. 113.

⁹ La formazione delle confederazioni polacche era analoga alla pratica presente nella Scozia del XVII secolo. La nobiltà formava delle associazioni armate che si impegnavano sotto giuramento a combattere unite per la difesa delle loro libertà e a volte semplicemente per la difesa del paese. Spesso erano solo i piccoli gruppi locali, ma a volte veniva formata una „confederazione generale” che comprendeva la nobiltà dell'intera Polonia. I confederati nominavano un capo, prendevano le loro deliberazioni con votazione a maggioranza (in contrasto col *liberum veto* della Dieta), ed erano assoggettati alla disciplina militare. Il sistema era pienamente legale per cui i confederati non potevano essere ritenuti dei ribelli. Quello di confederarsi era infatti il diritto sancito dalle privilegi che il re non poteva violare. Cfr. Czapliński, *Z problematyki sejm polskiego w pierwszej połowie XVII wieku* in *Kwartalnik Historyczny* 1970, n.1, p. 27-28.

sull'arruolamento di truppe senza il consenso delle locali assemblee nobiliari¹⁰. Da allora la posizione dei nobili diventò sempre più forte, contribuendo, attraverso la conquista di un sempre maggior numero dei privilegi e garanzie, alla creazione del *summenzionato*, peculiare sistema politico¹¹.

15. Tra le tappe più importanti della costruzione del sistema di democrazia nobiliare si può annoverare la promulgazione del famoso statuto, "costituzione" *Nihil Novi* del 1505¹², che avrebbe posto le basi dello sviluppo del parlamentarismo polacco. Essa stabiliva tra l'altro che nessuna nuova legge poteva essere adottata senza l'approvazione della dieta. Tra le competenze dell'organo, si distinguevano l'approvazione delle leggi e delle tasse, la concessione del titolo nobiliare, l'individuazione delle linee generali della politica estera, il controllo del tesoro, il diritto di grazia ed amnistia.
16. Col passare del tempo fu sviluppato il concetto di sovranità della legge, che comportò un successivo incremento di importanza del ceto nobiliare, che nella dieta svolgeva un ruolo decisivo nel processo di legiferazione, partecipando in tal modo alla stessa sovranità. L'importanza data al primato della legge era dunque inequivocabile: un testo giuridico dell'epoca affermava, in effetti, che "tanto il re che tutti gli ordini del reame saranno soggetti alla legge". Si asseriva con insistenza che "in Polonia *lex regnat non rex*, ed "i Polacchi non devono *ad gratiam principis, sed ad leges conformare*"¹³. La legge aveva il compito di garantire la libertà e la libertà era concepita sia come libertà dall'oppressione e dall'assolutismo, che come libertà di partecipare al governo e libertà di resistere ad esso.
17. A tale aspetto interno della libertà nobiliare si aggiungeva quello esterno consistente nella specifica ammissione alla libertà e nella promozione della libertà: la prima visibile soprattutto nell'unione con il Granducato di Lituania la quale portò alla creazione di una particolare unità statale, sconosciuta nella storia del resto dell'Europa; la seconda si espresse attraverso un'insolita, in quell'epoca, tolleranza religiosa.

¹⁰ Il re, infatti, affermò tra l'altro che: „*Item policerum, quod nullas novas constitutiones faciemus neque terrigenis ad bellum moveri mandabimus, absque conventione comuni in singulis terris instituenda...*” Cfr. *Volumina Legum*, I, p.254.

¹¹ La nobiltà polacca esercitava un grande influsso politico, già prima del XVI secolo, ma questo avveniva in maniera indiretta, appoggiando qualche gruppo di magnati, mentre dal XVI secolo essa comincia di sostenere il proprio programma politico. Questo periodo della *democrazia nobiliare* dura fino alla seconda metà del XVII secolo quando prevale l'oligarchia dei magnati.

¹² L'espressione "costituzione" era usata per definire le leggi approvate dal Parlamento, ma ovviamente non si trattava della costituzione intesa nel senso moderno della parola. Vedi S. Grodziski, *Sejm dawnej Rzeczpospolitej jako najwyższy organ ustawodawczy. Konstytucje sejmowe, pojecie i proba systematyki* in *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 1983, n.1, p.165-167.

¹³ Cfr. Z. Wojcik *Liberum veto*, in *Dzieje narodu i panstwa polskiego* a cura di J. Bittner, Krakow, 1992, p.21-21.

18. La dichiarazione di “pace tra le religioni” firmata dalla Confederazione di Varsavia (1573), che garantiva alla nobiltà la libertà di coscienza e di culto sancì una lunga esperienza di tolleranza religiosa dello stato polacco. Non a caso la Polonia, Stato in larghissima maggioranza cattolico, grazie alla sua capacità di concedere la libertà di culto ai dissidenti, rifiutando contemporaneamente ogni coazione a favore della religione cattolica, fu proclamata il “paradiso degli eretici”. Quando la tolleranza era poco conosciuta nel Cinquecento dai cattolici come dai protestanti, le idee di Erasmo di Rotterdam, il comportamento delle autorità polacche e di quelle del ducato tedesco di Cleve sul Reno furono le uniche eccezioni in questo panorama generale. Nel XVI secolo, il re polacco Sigismondo Augusto introdusse una tolleranza di fatto. Alla fine del Cinquecento, un fervente cattolico, il successore di Sigismondo Augusto, il re di Polonia Stefan Batory dichiarava: «Sono re dei popoli non delle coscienze: Dio si è riservato tre cose: creare dal nulla, conoscere il futuro e governare sulle coscienze». I suoi tolleranti sentimenti furono pienamente condivisi dal suo cancelliere che affermava: «Darei metà della mia vita per il ritorno dei protestanti al cattolicesimo, e conserverei l'altra metà per rallegrarmi dalla loro conversione. Ma se qualcuno volesse forzarli, darei per difenderli la mia vita intera, piuttosto che essere testimone di una simile servitù in uno stato libero». Stefan Batory e il suo successore, il re polacco Sigismondo III applicando le decisioni della confederazione di Varsavia trasformarono la tolleranza di fatto in tolleranza di diritto¹⁴.

19. Libertà significava tuttavia anche i privilegi gelosamente custoditi della nobiltà. Il processo di sviluppo del sistema dei privilegi nobiliari veniva accompagnato da sempre più consistenti restrizioni del potere regio, le quali si manifestavano tra l'altro nella libera elezione del monarca (dal 1573 elezione viritim) e nel suo ruolo all'interno del parlamento, dove egli veniva considerato solo uno degli ordini e pertanto non poteva autonomamente né emanare leggi, né imporre tasse e nemmeno disporre del patrimonio della corona.

¹⁴ La legge riguardava più i nobili che gli altri ceti sociali, ciononostante, bisogna riconoscere che si trattava di una norma quasi inaudita per quel tempo, la quale rappresentava un passo miliare verso la piena libertà religiosa. Se riconosciamo che l'unico stato protestante ove vigesse un'autentica tolleranza era il Brandeburgo a maggior ragione dobbiamo riconoscere che tale risultato era stato raggiunto per esplicita volontà di Sigismondo III re di Polonia, che concedendo in feudo questo territorio a Giovanni Sigismondo, calvinista, aveva voluto garantire con la condizione inderogabile la libertà dei suoi correligionari. Cfr. S. Salomonowicz, *Geneza i tresc uchwal konfederacji warszawskiej z 1573*, Warszawa 1974, p.71-73; vedi anche dello stesso autore *O sytuacji prawnej protestantow w Polsce* in *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 1974, n.1., p.27. Sulla tolleranza vedi anche J. Tazbir, *Panstwo bez stosow. Szkice z dziejow tolerancji w Polsce XVI-XVII w.*, Warszawa, 1967; S. Grzybowski, *The Warsaw Confederation of 1573 and other acts of religious toleration in Europe*, in *Acta Poloniae Historica*, XL, 1979, p.55-96.

20. Le ambizioni assolutistiche degli ultimi Jagelloni avevano spinto la nobiltà alla richiesta di ulteriori garanzie per la tutela delle proprie prerogative, pertanto, a partire dal 1573 i sovrani cominciarono ad essere vincolati da un peculiare accordo costituzionale, detto Articoli enriciani, che quale conteneva una serie di “leggi fondamentali”, di principi generali dell’ordinamento politico ritenuti inviolabili e destinati a divenire una vera e propria carta costituzionale dello stato, e dai Pacta conventa, che racchiudevano una serie di impegni personali del candidato al trono polacco¹⁵. Altri limiti al potere del sovrano furono imposti dall’istituzione del consiglio dei senatori residenti, che il re era obbligato a consultare prima di intraprendere qualsiasi decisione; dalla irremovibilità dei funzionari e dalla autonomia dei tribunali nobiliari (eletti dalle dietine)¹⁶.
21. La pubblicistica dell’epoca metteva frequentemente in rilievo le profonde differenze tra il monarca polacco ed i sovrani di altri paesi; si sottolineava infatti che nella Polonia “summa sumarum respublica est, rex servus reipublicae”, mentre negli altri stati il re era “il centro e la finalità di tutto il regno”.¹⁷ Essa gettò le fondamenta alla dottrina dell’individualismo nobiliare che trovò la sua massima espressione nella creazione di una peculiare forma di sistema politico, legato alle tradizioni sarmate, nella quale il ruolo del re, primus inter pares, fu ridotto esclusivamente a quello di guardiano dei principi della democrazia nobiliare.
22. La diffusione, fra la nobiltà, della convinzione della legittimità dell’insurrezione armata contro il potere del re nel caso in cui egli avesse violato tali principi, nonché la successiva evoluzione del principio della non praestandis obedientia, avvenuta, tra altro, tramite l’assimilazione del principio di origine medievale del “quod omnes tangit ab omnibus approbetur”, comportò l’elaborazione della teoria secondo la quale il diritto a

¹⁵ Negli *Articoli* venne confermato il carattere non ereditario della monarchia; il sovrano fu privato di ogni potere effettivo, non potendo neppure destituire i funzionari civili e militari dell’amministrazione, né ampliare il minuscolo esercito a sua disposizione. Per ogni decisione di governo in materia politica o fiscale occorreva il consenso della dieta, ed egli si obbligava a convocarla ogni due anni; e inoltre, conformemente al principio *de non praestanda oboedientia*, ogni infrazione a questi limiti avrebbe autorizzato la rivolta della nobiltà contro il sovrano. Cfr. S. Plaza, *Proby reform ustrojowych w czasie pierwszego bezkrolewia (1572-1574)*, Krakow 1969; W. Sobocinski, *O ustawie konstytucyjnej panstwa polskiego z 1573*, in *Czasopismo Prawno-Historyczne*, Warszawa 1948, n. 1 p.75-78; W. Sobocinski *Pakta konwenta*, Krakow, 1939.

¹⁶ Esistevano inoltre diversi limiti nell’ambito del diritto privato: senza il permesso della dieta il re non poteva contrarre il matrimonio (dal 1573); non poteva acquistare beni, né per sé né per la sua famiglia (1631); gli fu vietato recarsi all’estero (1641).

¹⁷ Cfr. S. Orzechowski *Dialog V in Wybór Pism* a cura di Jakub Przyłuski, Wroclaw 1972, p. 382. Lo stesso Autore rivolgendosi alla nobiltà affermava: „Il vostro re, se qualcuno lo volesse definire non è nient’altro che la bocca del vostro Regno, legato a voi attraverso la legittima, libera elezione, affinché qualsiasi cosa egli faccia, sia soltanto la manifestazione della vostra volontà. Cfr. S. Orzechowski, *Mowa do szlachty przeciw prawom i ustawom Królestwa Polskiego* in *op. cit.*, p. 104.

porre il veto spettasse non solo alla comunità nobiliare ma anche ad ogni singolo nobile¹⁸.

23. I successi ottenuti dalla nobiltà nella lotta per il potere ebbero un ruolo decisivo nella formazione della mentalità e della cultura politica del ceto nobiliare. L'abilità con cui essa era riuscita a realizzare la propria politica, a limitare le prerogative del sovrano e allo stesso tempo a prevalere sui magnati contribuì allo sviluppo della dottrina dell'uguaglianza all'interno del ceto¹⁹ e, di conseguenza, rese possibile la presenza sempre più attiva dell'intero ceto nella vita politica la quale, già dalla metà del Cinquecento, si manifestò attraverso la partecipazione diretta all'elezione del monarca.
24. La profonda convinzione secondo la quale un "nobile libero" dovesse la propria obbedienza unicamente al re da lui eletto aveva portato al diffondersi dell'idea che indicava l'elezione viritum come uno dei pilastri più importanti dell'ordinamento dell'Unione polacco-lituana.
25. L'estinzione della dinastia dei Jagelloni, che aprì la successione al trono polacco anche ai sovrani stranieri, fece accrescere l'importanza della libera elezione e contribuì al rafforzarsi dell'idea secondo cui il re straniero, per le proprie tendenze assolutiste, potesse costituire una potenziale minaccia per le libertà nobiliari. Da questa considerazione scaturiva la necessità di un ulteriore controllo sul potere regio da parte della nobiltà. Di conseguenza il parlamento, in quanto strumento di tale controllo, conquistò un ruolo predominante nel sistema politico.
26. Le aspirazioni ad assicurarsi una concreta influenza sulle decisioni politiche spinsero la nobiltà a promuovere l'elaborazione e l'introduzione nel funzionamento del sistema parlamentare di due principi importanti: quello dell'unanimità e quello del voto vincolato dalle istruzioni, principi che rafforzavano l'importanza di ogni singolo nobile e nello stesso tempo alimentavano l'autocoscienza nazionale e cittadina di tutto il ceto. Tale autocoscienza veniva alimentata anche dall'ideologia del sarmatismo che giunse ad conformare tanto la filosofia politica e la mentalità della nobiltà, quanto il suo stile di vita: il termine si riferiva ai presunti antenati, i sarmati, ma il concetto in sé servì da ideologia di integrazione per la nobiltà multietnica. Il sarmatismo implicava la visione della Polonia come

¹⁸ Il principale dogma del ordinamento e nello stesso tempo il principale elemento determinante le relazioni tra il ceto nobiliare e il monarca veniva riassunto nel detto dell'epoca, secondo il quale il nobile non deve al re niente di più che „le tasse e la guerra”. Cfr. A. Sucheni-Grabowska, *Walka o demokracje szlachecka* in AA. VV. *Polska w okresie odrodzenia*, Warszawa 1970, p. 45

¹⁹ L'uguaglianza (*aequalitas*) veniva garantita attraverso diversi strumenti, tra cui: il divieto di assumere i titoli dai magnati, il principio di *incompatibilia*, il principio di *neminem captivabimus*, il diritto di elettorato attivo e passivo nelle elezioni del sovrano, ecc. Cfr. R. Ludwikowski, *Wplyw tradycji szlacheckiego anarchizmu na polska kulture polityczna*, in *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellonskiego. Prace z nauk politycznych*, Krakow, 1980, n.16, p. 61-62.

realizzazione di una forma di governo superiore, ispirata alla repubblica romana e basata sulla “aurea libertà” e imponeva il modello di un nobile dotato di numerose virtù, un coraggioso militare e un patriota convinto, pronto a sacrificare la sua vita per il bene della patria, la quale però, sempre più frequentemente, veniva considerata come incarnazione della libertà “dorata”²⁰.

27. Nel XVII secolo, l'applicazione pratica del principio dell'unanimità si rivelò dannosa per il sistema parlamentare, causandone la paralisi. Con l'indebolirsi della Dieta, le sue funzioni erano state trasferite alle assemblee locali, le quali diventarono i centri reali del potere, causando il fenomeno del “decentramento della sovranità”²¹. La sostituzione del concetto secondo cui la sovranità apparteneva all'intera nazione nobile con l'opinione, che il sovrano era ogni singolo nobile, spalancò le porte all'anarchia, che aggiungendosi alla generale crisi del Seicento portò lo Stato sull'orlo della catastrofe.

III. VERSO LA MONARCHIA COSTITUZIONALE: CRISI DELL'ORGANIZZAZIONE POLITICA E L'AVVIO DELLE RIFORME

28. La crisi verificatasi in tutta l'Europa nel corso del Seicento colpì in maniera particolarmente forte lo stato polacco-lituano segnando una svolta nella sua storia. Il XVII secolo fu, infatti, per L'Unione, un'età di guerre: la lotta contro cosacchi, russi, svedesi e turchi aveva indebolito la struttura della società che, per la prima volta dopo secoli, si vide esposta a conflitti interni e all'occupazione straniera. I lunghi decenni di guerre combattute sul suolo lituano e polacco avevano mandato in rovina l'economia del paese, già in grave difficoltà a causa della sua arretratezza e del rallentamento generale dell'economia europea; enormi furono, inoltre, le perdite culturali dovute alla distruzione e al saccheggio²². Le condizioni di gran parte dei contadini diventavano sempre più disastrose, anche perché aumentarono i loro obblighi verso i proprietari terrieri in termini di prestazioni personali e tasse in denaro e in natura, di corvées che raggiunsero una media di tre giorni alla

²⁰ “Non sono i muri, le frontiere o le ricchezze, che costituiscono la Patria, ma l'esercizio delle leggi e della libertà” scriveva un magnate negli anni venti, esprimendo il credo della nobiltà. Citato da Wisner, *Najjasniejsza Rzeczpospolita: szkice z dziejow Polski szlacheckiej XVI-XVII wieku*, Warszawa, PWN, 1976, p.234. Nei testi di scritti politici la *libertà* e la *Respublica* venivano considerati i sinonimi; molto diffusa era inoltre l'opinione che “*Fundamentum nostrae Reipublicae libertas est*”. Cfr. *Polska XVII wieku. Panstwo, spoleczenstwo, kultura* a cura di J. Tazbir, Warszawa 1974, p.72.

²¹ Tale termine fu elaborato da B. Lesnodorski; citato da Z. Wojcik, *op. cit.*, p.40

²² Tra molti fattori che avevano influenzato negativamente l'economia si possono annoverare: la diminuzione della popolazione in seguito alle operazioni militari e alle epidemie; il declino del settore urbano; la distruzione della rete dinamica delle fiere internazionali, il crollo dei prezzi del grano, uno dei principali prodotti dell'esportazione polacca. Cfr. W. Czaplinski, *Zarys dziejow Polski*, Krakow 1985, p. 292-294.

settimana²³; non vennero limitate le restrizioni alla libertà personale della popolazione rurale.²⁴ La difficile situazione dei contadini veniva peggiorata dal mancato intervento del sovrano²⁵. Il contadino continuò ad essere legato alla terra e, fino al 1768, il padrone conservò su di lui lo *ius vitae ac necis*. Negli sconvolgimenti dovuti ai lunghi anni di guerra una grande percentuale di contadini aveva perduto i propri diritti ereditari sulle terre che occupava. Il proprietario poteva arbitrariamente sottrarre la terra assegnata a un servo o costringerlo a venderne una parte, circostanza che portò alla comparsa del bracciante agricolo che vendeva la sua forza-lavoro. Il notevole peggioramento dello status economico dei contadini aveva annullato il loro spirito d'iniziativa e, allo stesso tempo, abbassato notevolmente il rendimento della manodopera servile.²⁶

29. La situazione nelle città si presentava ugualmente disastrosa, non solo a causa delle devastazioni della guerra ma anche per la contrazione del mercato interno, derivante sia dall'aumento delle proprietà autosufficienti dei magnati che dagli abusi nobiliari sulle strutture municipali. Lo sfruttamento e la sleale concorrenza dei grandi proprietari terrieri rovinarono l'artigianato e diedero alle città una fisionomia agricola. Nelle città infeudate il proprietario terriero, subordinando il consiglio municipale alla propria autorità, imponeva arbitrariamente pesanti tasse e gravami alle corporazioni artigiane e le riduceva all'impotenza installando le sue botteghe – nelle quali lavoravano i suoi servi – nel quartiere della città che sfuggiva alla giurisdizione municipale (cosiddetta *jurydyka*). Nello stesso tempo rovinava i mercanti

²³ Per superare le difficoltà economiche, i nobili tendevano a estendere le terre a conduzione diretta, e in conseguenza di usufruire sempre più del tempo del contadino. Vedi *Historia chłopów polskich* a cura di S. Inglot, Warszawa 1970 p. 116-117.

²⁴ Il fenomeno del peggioramento delle condizioni dei contadini era diffuso in molti paesi d'Europa, il che ha fatto parlare molti storici di una „rifeudalizzazione”: per esempio in Francia il cardinale Richelieu paragonava i contadini a muli, i quali, „essendo avvezzi a portare fardelli sono più danneggiati da un lungo riposo che dal lavoro”, mentre un economista napoletano dell'epoca considerava i contadini „bestie da soma”. Così Galanti, citato da F. Braudel, *Civiltà materiale, economia e capitalismo (secoli XV-XVIII)*. II: *I giochi dello scambio*, Torino, 1981, p. 257

²⁵ In Polonia, nel 1520, la nobiltà ottenne dal re l'impegno che né lui né i suoi successori avrebbero interferito nelle controversie tra il signore e i suoi sudditi. In pratica ciò significava totale libertà di sfruttamento della forza lavoro. La terra coltivabile poteva essere ridistribuita a totale discrezione del proprietario. Di conseguenza, i nobili accrebbero la quota di terra a loro riservata a scapito di quella concessa ai contadini e introdussero il lavoro servile in sostituzione, ma anche in aggiunta, al pagamento di rendite di denaro. Cfr. J. Rutkowski, *Studia z dziejów wsi polskiej XVI-XVIII w.*, Warszawa 1956, p.71-75; A. Wyczanski, *Polska Rzeczpospolita szlachecka*, Warszawa, 1965, p. 26-28.

²⁶ Va comunque ricordato che in alcune regioni il semplice ripristino del sistema feudale basato sulla servitù della gleba era invece considerato troppo costoso e fu abbandonato e sostituito da un contratto, in base al quale il contadino conservava il suo podere in cambio del pagamento di un canone. Questa trasformazione fu compiuta tra l'altro in diverse terre appartenenti ai domini della corona in Lituania e in alcuni villaggi appartenenti alla municipalità di Poznan.

locali, importando merci straniere²⁷. Per sopravvivere, la maggior parte dei mercanti e degli artigiani fu costretta a darsi alla coltivazione dei campi nei sobborghi, lasciando che gli ebrei assumessero funzione di classe media, dedicandosi al piccolo commercio e all'artigianato, e soprattutto amministrando i monopoli del signore, quali la vendita dell'alcool, del catrame e del fieno, le tasse sui mulini e altri. Un processo analogo si poteva osservare nelle città che sorgevano nei domini reali e che erano sfruttate arbitrariamente da funzionari di pochi scrupoli. La depressione era aggravata dalla mancanza di una costruttiva politica fiscale e finanziaria, il cui obiettivo avrebbe dovuto essere quello di far affluire nelle casse dello stato, in misura ben maggiore di quanto non avvenisse in realtà, una parte del reddito delle immense ricchezze concentrate nelle mani dei pochi privilegiati. In conseguenza, giacché la maggior parte dei cittadini fu costretta a dedicarsi all'agricoltura, anziché alle attività commerciali e si era ridotta a fare le corvées come i servi della gleba, molte città erano finite col ruralizzarsi. La povertà e l'esiguità della classe media cittadina l'aveva resa del tutto incapace di esercitare un ruolo di una certa importanza nella vita politica ed economica della Polonia, per cui il compito di modernizzare lo Stato si fece sempre più difficile.

30. Le conseguenze delle guerre e della crisi economica colpirono non solo i contadini e la borghesia ma anche i proprietari terrieri, diventando catastrofiche soprattutto per la piccola e media nobiltà, che prese a dipendere sempre più dai magnati (i quali con l'accumulazione continua di grandi proprietà, specie in Lituania e in Ucraina, a poco a poco diventarono quasi onnipotenti nello Stato), trasformandosi in clienti dell'aristocrazia²⁸. Costretta a cercare asilo presso i grandi, compensava i magnati votando per i loro candidati alle dietine (diete regionali), trasformandole in strumenti di lotta politica tra le diverse fazioni. La rivalità tra la grande e piccola nobiltà cessò, così, di essere un fattore fondamentale della vita politica polacca e fu sostituita dalla sfrenata rivalità tra le grandi famiglie dei magnati, le quali, disseminate su di un immenso territorio, si preoccupavano unicamente dei loro interessi particolari, cercando di accentrare nelle loro mani il potere.

31. Alla crisi economica si aggiunse la crisi del sistema politico della Repubblica, che evolvendo verso l'oligarchia magnatizia cominciò, già nel Seicento a manifestare tutte le sue debolezze, per precipitare, nella prima

²⁷ La politica economica favoriva la nobiltà: i prezzi dei manufatti nazionali erano mantenuti bassi in rapporto a quelli dei prodotti agricoli: di conseguenza i profitti dei proprietari terrieri salivano nella misura in cui scendevano quelli degli artigiani, rendendo impossibile ogni forma di investimento; la produzione dell'artigianato urbano, in concorrenza con quello rurale, sostenuto dalla nobiltà, era ridotta al minimo. Vedi W. Czaplinski, *O Polsce siedemnastowiecznej*, Warszawa, 1966

²⁸ Nelle mani dei magnati, che costituivano l'aristocrazia vera e propria, si trovavano non soltanto i latifondi della Lituania e della Rutenia ma anche le più alte cariche della chiesa e dello stato. Le lucrose cariche civili e militari, come pure i terreni che la piccola nobiltà cercava di ottenere in affitto, erano direttamente o indirettamente controllati da loro. Cfr. W. Czaplinski, *Zycie codzienne magnaterii polskiej w XVII wieku*, Warszawa, 1976, p.83-85

metà del secolo successivo, in vera e propria anarchia²⁹. Al compimento di questa transizione, caratterizzata dalla lotta fra sovrano e nazione politica, inter maiestatem et libertatem, sul corso della quale i magnati ebbero un'influenza decisiva, cooperarono molti fattori.

32. La monarchia elettiva indeboliva sostanzialmente il potere del re, costretto ad accettare numerosi limitazioni della propria potestas, e che con il passare del tempo si era ridotto pressoché a svolgere una mera funzione rappresentativa. Inoltre i sovrani di provenienza straniera erano sospettati, spesso a ragione, di perseguire i propri interessi dinastici e di voler introdurre l'assolutismo, che all'epoca segnava rapidi progressi in tutta l'Europa³⁰, il che incrementava i timori della nobiltà concernenti la potenziale minaccia per le loro libertà. Senza un vero e proprio esercito permanente e senza apparato statale, intralciato da un'amministrazione duplice e dalle grandi distanze, il re non era in grado di gestire un forte potere centralizzato. I sovrani cercarono di cambiare questo stato di cose, tentando di modificare le forme dell'elezione regia, di creare un consiglio centrale, di aumentare le dimensioni dell'esercito (il cui mantenimento sarebbe stato assicurato da tasse regolari e permanenti) e di comprimere le prerogative della Dieta. Tali tentativi provocarono, però, una reazione ancora più violenta, sicché nuove limitazioni furono imposte al potere esecutivo: il re fu privato del diritto di elargire titoli nobiliari, di reclutare le truppe senza il consenso della Dieta e di acquisire nuovi beni terrieri. La ribellione contro il sovrano, accusato di aver violato le leggi del paese (cosiddetto *rokosz* di Zembrzydowski), causò un duro colpo al prestigio dell'autorità regia. L'ordinamento politico dell'Unione venne, a portare da quel momento, considerato intoccabile e il re dovette rinunciare a qualunque mutamento del medesimo, come a qualsiasi riforma che, pur non intaccandone i principi, avesse anche solo potuto snellire il funzionamento della Dieta.
33. A differenza degli altri monarchi, i re polacchi avevano pochi alleati potenziali. Contando sui poteri che riconosceva loro il patronato, essi si sforzarono di guadagnare il favore di una parte dei magnati, ma non fecero nulla per cercare di collaborare con la piccola nobiltà né per metterla contro la grande. La monarchia non poteva tantomeno contare sull'appoggio delle

²⁹ Gli opinioni degli storici sul momento in cui la *repubblica nobiliare* cominciò a trasformarsi nella oligarchia aristocratica sono divergenti: certi lo collegano con la fine della dinastia jagellona, altri con il *rokosz* (legittima ribellione contro il potere del re) del 1609; è tuttavia indubbio che tale processo s'era di fatti concluso nel Seicento. Cfr. A. Wyczanski, *op.cit.*, p. 65; J. Maciszewski, *Szlachta polska i jej panstwo*, Warszawa, 1969, p. 45-47; Z. Kaczmarczyk, *Typ i forma panstwa polskiego w okresie demokracji szlacheckiej* in AA. VV. *Odrodzenie w Polsce*, Warszawa, 1955, v.l., p. 98

³⁰ Fu questo il caso di Sigismondo III Vasa e, in una certa misura, dei suoi due figli, Ladislavo IV e Giovanni Casimiro: i loro tentativi di riprendere il possesso della Svezia come loro base dinastica e, la loro collaborazione con gli Asburgo, campioni dell'assolutismo e della controriforma, danneggiarono la credibilità dei Vasa e confermarono le accuse mosse loro di avere mire assolutiste.

città e dei loro abitanti, e non soltanto perché il ceto “borghese” avesse dimensioni insignificanti, ma perché le città grandi e ricche erano poche e preferivano difendere i loro interessi con mezzi diversi dalla politica parlamentare, senza mai impegnarsi in un intervento nella politica statale, anche perché le perdite materiali e demografiche sofferte dalle città a metà del diciassettesimo secolo compromisero gravemente la loro posizione.

34. I re polacchi non riuscirono a trovare un alleato neanche nella chiesa cattolica: nonostante importanti ecclesiastici avessero promosso inizialmente una monarchia forte e criticato le inclinazioni anarchiche della nobiltà³¹, con il diffondersi dell'ideologia nazionalista e tradizionale nella classe nobiliare, la gerarchia ecclesiastica, nella quale le famiglie più potenti occupavano uno spazio sempre maggiore, giunse a identificarsi con i magnati e con il resto della nobiltà.

35. La Dieta, che avrebbe potuto compensare i difetti dell'autorità regia, era a sua volta debilitata da liberum veto che dal 1652 in poi aveva permesso ai singoli individui di bloccare ogni progetto di legge, paralizzando così ogni tentativo di riforme e impedendo che venisse portata avanti una politica globale sia in campo finanziario che militare. Tale degenerazione del principio dell'unanimità del voto, che era stato applicato a lungo con buon senso, si insinuò nell'esperienza parlamentare in maniera graduale. Il diritto di ogni deputato a porre il veto a una decisione della Dieta, che inizialmente era considerato non tanto l'espressione legittima della comune pratica parlamentare quanto una controprova teorica dell'unanimità, entrò in vigore verso la metà del XVII secolo divenendo uno strumento per sabotare il lavoro di un'intera Dieta, e quasi invariabilmente nell'interesse di un magnate locale³², o anche, dopo il 1680, di una potenza straniera. Nonostante la pratica del liberum veto non fosse la causa della decadenza del paese ma piuttosto un suo sintomo, portò tuttavia ad una paralisi progressiva della Dieta. Nel vuoto di potere degli organi centrali crebbe invece quello delle dietine, dominate solitamente da una fazione aristocratica, le quali cominciarono a decidere autonomamente in materia fiscale e militare e di politica estera e interna³³. Grazie alla procedura dei

³¹ Per esempio il vescovo Szyszkowski, con fervore attaccava quel tipo di libertà presente nella *Respublica*, che era diventata „la grandissima oppressione esercitata da pochi”. Citato da W. Czaplinski, *O Polsce...op.cit.*, p. 83

³² Fu immediatamente evidente, che un singolo che si fosse presentato come difensore delle libertà democratiche, avrebbe anche potuto essere solo un strumento nelle mani di potenti magnati che, contrariamente al principio inviolabile dell'uguaglianza assoluta di tutta la nobiltà, in pratica avevano una prevalenza sempre crescente sui „fratelli minori”.

³³ Nel XVII secolo esse si assunsero la responsabilità di arruolare e mantenere i contingenti militari che dovevano essere forniti dalla loro circoscrizione; i fondi necessari erano ricavati dalle tasse che essi imponevano agli ordini inferiori. La loro autorità superava di gran lunga quella dello *starosta* (*capitaneus*), una volta potente perché in ogni distretto braccio destro del monarca. Cfr. A. Pawinski, *Sejmiki ziemskie*, Warszawa 1895, p. 165-167; A. Litynski, *Sejmiki ziemskie koronne Rzeczpospolitej w okresie oligarchii* in *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 1983, n.1 p. 178-180.

rinvii decisi dalle stesse, si riunivano senza il solito ordine di convocazione regio, deliberando in molti casi sotto l'influenza della fazione che in quel momento aveva il sopravvento o le pressioni dei militari stranieri e polacchi. La disintegrazione dell'apparato governativo portò con sé la demoralizzazione e lo smarrimento della nobiltà, che non fu capace di trarre ammaestramenti dalle catastrofi della metà del secolo e finì invece per convincersi che il paese si era salvato grazie alla provvidenza divina³⁴ e alla superiorità del sistema politico libero. La cultura politica polacca dei primi decenni del Settecento era divenuta un "esotico anacronismo": non solo il paese mancava di un esercito permanente di proporzioni adeguate, di tasse sufficienti e di una burocrazia (i tre ingredienti indispensabili per la modernizzazione), ma l'opinione prevalente fra la nobiltà era che essi non fossero necessari³⁵.

36. Tali fenomeni vanno annoverati tra i più pericolosi fattori che in qualche modo influenzarono la situazione politica della Polonia durante il cosiddetto periodo sassone (1697-1763), che si caratterizzò per l'incapacità del potere legislativo e di quello esecutivo di realizzare una riforma politica. Lo stato polacco-lituano non riuscì a sfruttare le possibilità offertegli dall'unione personale con la Sassonia: una circostanza determinata da un lato dall'atteggiamento della nobiltà e dei magnati che si rifiutarono di rinunciare ai loro privilegi e, temendo una egemonia sassone, soffocarono iniziative riformatrici; dall'altro a causa della politica dei re sassoni che, presi dalle loro smodate ambizioni, condussero una politica estera contraria all'interesse nazionale, mostrandosi incapaci di affrontare le crescenti difficoltà, in gran parte venutesi a creare a causa della loro scelta. A questi fattori si aggiunsero le divisioni all'interno della Polonia dovute alla doppia elezione avvenuta con l'ingerenza delle potenze straniere, in particolare con l'appoggio della Svezia³⁶. Tutto questo fece abortire l'avvio di riforme d'importanza vitale per la Repubblica. In conseguenza la paralisi dello

³⁴ Il periodo delle grandi sconfitte militari avvenute al metà del Seicento, che hanno minacciato l'esistenza stessa della *Respublica* è terminato in maniera ritenuta dai contemporanei miracolosa. Nel 1655, dopo il lungo assedio svedese, il piccolo gruppo dei soldati polacchi, radunati dal priore del santuario di Czestochowa intorno all'immagine miracolosa della Madonna Nera, venerata lì da secoli, è riuscito a costringere il nemico a ritirarsi, suscitando nell'intera nazione uno slancio unanime di patriottismo. Il sollevamento di massa contro gli invasori ha liberato l'Unione dal nemico. In segno di ringraziamento, nel nome di tutta la nazione, la Madonna fu proclamata la „Regina del Regno di Polonia” ed è finora venerata con quel titolo. Cfr. A. Kersten, *Szwedzi pod Jasna Gora*, Warszawa 1975.

³⁵ Questo modo di pensare è descritto con estrema precisione da Stanislaw Heraklusz Lubomirski nel suo opuscolo *De vanitate consiliorum*, del 1699: egli afferma che ogni organizzazione statale, per quanto ben organizzata, si trasforma immediatamente in strumento di dispotismo, di conseguenza nessun cambiamento può apportare benefici durevoli. Cfr. W. Konopczynski, *The Early Saxon Period (1697-1733)* in *The Cambridge History of Poland, from Augustus II to Pilsudski (1697-1935)* a cura di W. F. Reddaway, London, 1941, vol. I., p. 112.

³⁶ Si tratta dell'elezione di Stanislaw Leszczyński, avvenuta a Varsavia nel 1704. Era la prima volta nella storia polacca che un re veniva deposto e ne veniva eletto un altro con l'imposizione di truppe straniere.

Stato diventò quasi completa e portò all'atrofia della sovranità della Polonia. L'unico potere effettivo nel paese era rappresentato dalla ricchezza e dalle cariche politiche dei magnati in lotta fra di loro. Poiché di tali fazioni nessuna di esse era abbastanza forte da imporsi alla parte avversa (anche perché il liberum veto toglieva ogni valore alla maggioranza), ricorreva alla collaborazione, gratuita o mercenaria con una potenza straniera. Anche gli atamani (i più alti gradi del comando militare), diventati un fattore politico indipendente nello stato, cercavano di scavalcare il re ingaggiando negoziati autonomi con i sovrani stranieri: si può dunque parlare della disintegrazione della sovranità³⁷. Seppure durante i sessant'anni del governo sassone la Polonia non subì in pratica alcuna perdita territoriale, la sua crescente debolezza andava creando in Europa un vuoto che solo la rinascita nazionale o l'occupazione straniera potevano riempire.

37. Alla debolezza della Respublica si aggiunsero le forti tendenze espansionistiche dei suoi vicini, conducendo lo Stato verso la progressiva perdita dell'indipendenza, evidente già dall'inizio del XVIII secolo; è proprio in quel periodo che l'Unione cessò di costituire una forza attiva in Europa e venne ridotta alle condizioni di una "merce di scambio" trasformandosi in oggetto della politica internazionale e in arena d'intrighi stranieri³⁸.
38. I vicini della Polonia, profondamente interessati a mantenere uno stato di perpetua confusione al suo interno, uniti per impedire ogni riforma che potesse fortificare la Respublica³⁹, trovarono appoggio in molti magnati, spesso rivali tra di loro, ma sempre uniti negli sforzi per limitare il potere regale.
39. Paradossalmente, per un certo periodo, la tendenza a garantire l'immutabilità dell'ordinamento politico polacco sembrava accomunare sia l'interesse delle potenze straniere (per cui l'anarchia dominante nell'Unione

³⁷ È molto caratteristico anche un altro fatto: delle ventotto Diete riunitesi sotto i re di Sassonia ventitré furono boicottate: la Prussia e la Francia, spesso d'accordo si resero responsabili dello scioglimento di sette diete ciascuna, la Russia di undici, di sei i polacchi. Cfr. AA.VV. *Historia sejm polskiego. Do schyłku szlacheckiej Rzeczpospolitej*, Warszawa, 1984, p. 179-182.

³⁸ È un fatto molto significativo che tutti i suoi re eletti nel XVIII secolo erano saliti al trono con l'aiuto di una potenza straniera: Stanislao Leszczyński era stato appoggiato dalla Svezia e dalla Francia, Augusto III dalla Russia, e infine, nel 1764, Stanislao Poniatowski, aveva occupato il trono con l'aiuto della sua ex amante Caterina di Russia, come *sujeet convenable* ben accetto alla Russia e alla Prussia e, incidentalmente, all'elettorato polacco. Vedi J. Gierowski *Polska, Saksonia i plany absolutystyczne Augusta II*, in AA.VV. *Polska w epoce oświecenia*, Warszawa, 1971, p.62-65.

³⁹ Già nel 1676 fu stipulato il patto tra Austria e Russia con il quale fu deciso di difendere le libertà civili polacche dai piani del re, intenzionato di rinforzare il potere esecutivo. Successivamente, nel 1720 Pietro, raggiunse a Potsdam un accordo con Federico Guglielmo di Prussia per la conferma dell'immutabilità della costituzione polacca e del principio della libera elezione. Dato l'equilibrio politico in atto, questo significava che in Polonia non poteva essere effettuata alcuna riforma senza il permesso delle potenze straniere. In conseguenza il paese entrò in un letargo legislativo che durò fino al 1764. Cfr. W. Czaplinski, *Zarys dziejow...*, *op. cit.*, p. 334-337.

era molto comoda per realizzare i propri piani di conquiste territoriali a spese dello Stato polacco) che quello della nobiltà, preoccupata di tutelare la propria aurea libertas di fronte al potenziale rischio dell'assolutismo⁴⁰. Con il passare del tempo, tuttavia, una parte della nobiltà, consapevole della minaccia all'indipendenza del paese, iniziò a fondare un movimento riformatore, trovando un valido alleato nella persona del nuovo re il quale, a differenza dei suoi immediati predecessori, si rese conto che non avrebbe potuto regnare in modo effettivo in una Respublica bisognosa di riforme⁴¹.

40. Con l'ascesa al trono del re Stanislao Augusto Poniatowski⁴², desideroso di rafforzare il potere monarchico e di legare tale rafforzamento ad un progetto di trasformazione generale del paese impregnato di esprit philosophique, si apre infatti un nuovo capitolo nella storia della ricerca dell'identità dello Stato polacco, che la storiografia indica come il periodo delle riforme.

41. L'avvio delle riforme socio-politiche in Polonia fu agevolato da diversi fattori, tra cui l'aumento del numero dei cittadini colti e istruiti che coglievano l'importanza e la gravità di certe questioni politiche bisognose di nuove

⁴⁰ Era infatti successo diverse volte che la nobiltà aveva impedito la riforma dell'esercito e delle finanze poiché ritenuta un rafforzamento del potere regio, riconosciuto "pericoloso" per l'*aurea libertas*. Cfr. J. Gierowski, *Miedzy saskim absolutyzmem a zlota wolnoscia*, Wroclaw, 1953, p. 56-58.

⁴¹ Tale alleanza diede un forte input allo schieramento favorevole alle riforme costituendo un tentativo storicamente rilevante, ma *de facto* si rivelò insufficiente in quanto tentativo tardivo e fallito visto che la situazione internazionale era già radicalmente cambiata e l'assetto politico dell'Europa stava per essere ridefinito. Finché la Russia e la Prussia erano potenziali o effettivi nemici, l'indipendenza dell'Unione, benché precaria, era assicurata. Ma l'alleanza russo-prussiana e la morte di Augusto III segnarono la rovina della Polonia. Le rivendicazioni territoriali della Prussia erano già state definite, quelle della Russia furono formulate nel 1763 dal progetto sull'estensione delle frontiere occidentali dell'impero per ragioni di "completezza e sicurezza". Alla morte di Augusto le truppe russe avrebbero occupato pressappoco gli stessi territori che furono poi annessi al momento della prima spartizione. Alla fine del periodo sassone, il parziale smembramento dell'Unione ad opera della Russia era ormai un fatto scontato. Cfr. J. A. Gierowski, *Historia Polski 1505-1864*, Warszawa 1983; *Dzieje Polski*, a cura di J. Topolski, Warszawa 1981

⁴² Eletto re nel 1764 da una dieta tenuta sotto la minaccia delle truppe russe, Stanislao Augusto Poniatowski non intendeva tuttavia essere il fantoccio di Caterina II e sperava, se non altro, che essa non interferisse con il suo programma delle riforme. L'intenzione di Stanislao Augusto di rafforzare il potere monarchico non godeva affatto di un consenso unanime. Lo avversavano gli stessi Czartoryski, che pure erano imparentati con il nuovo re (la madre apparteneva alla famiglia Czartoryski) e lo sostenevano. Il loro programma di riforma costituzionale, imperniato sulla totale supremazia della dieta e sulla creazione di comitati ministeriali al posto di singoli ministri, configurava una monarchia repubblicana che prendeva le distanze sia dalle presunte tendenze assolutistiche di Stanislao (col quale c'era però d'accordo circa l'abolizione del *liberum veto*) sia dal repubblicanesimo tradizionalista e arcaicizzante dei magnati quali Jan Klemens Branicki, Franciszek Salezy Potocki e Karol Radziwil. Vedi E. Rostworowski, *Ostatni krol Rzeczpospolitej. Geneza i upadek Konstytucji 3 Maja*, Warszawa, 1966; A. Zahorski, *Spor o Stanislawa Augusta*, Warszawa 1990; Jean Fabre, *Stanislas Auguste Poniatowski et l'Europe des Lumières*, Paris, 1952

soluzioni, il forte sviluppo del sistema scolastico⁴³, il rapido espandersi dell'influsso della stampa nazionale, la presa di coscienza e le ambizioni politiche del ceto borghese, la rinascita delle iniziative patriottiche della nobiltà polacca, la loro maggiore sensibilità alle necessità dei tempi ed il crescente interesse nei confronti delle nuove correnti culturali e ideologiche. Il ristagno intellettuale, caratteristico del periodo della "notte sassone", fu infatti interrotto grazie ad una influenza sempre più significativa dell'illuminismo, coincidente con l'elezione di Stanislao Augusto al trono polacco-lituano.

42. I due grandi ideologi dell'illuminismo polacco, Stanislao Staszic e Hugo Kollataj ritenevano che per poter modernizzare il paese fossero indispensabili profonde riforme del sistema politico. Il primo riteneva che occorresse passare attraverso una fase di monarchia forte, l'altro invece elaborò un programma di nuovo repubblicanesimo. In contrasto col vecchio credo repubblicano, la nuova dottrina conteneva elementi di validità universale: un governo limitato, il consenso dei governanti, la tutela dei diritti civili⁴⁴. La repubblica, in Polonia, non si presentava più, infatti, come una difesa del liberum veto e dei privilegi nobiliari o di quel complesso di usi e costumi che si rifaceva al mito sarmatico. Le critiche riformatrici erano ormai giunte a corrodere e a trasformare queste tradizioni facendo emergere nuovi piani costituzionali. Questo orientamento espresso nelle opere di Kollataj e di Staszic, contribuirono a porre le basi per una nuova politica dell'istruzione. Intuendo l'importanza dell'educazione alle nuove idee, Stanislao Augusto istituì nel 1765 la Scuola dei cavalieri, il primo collegio laico per la formazione dell'élite nazionale, destinato a formare non solo degli ufficiali, ma anche dei tecnici e degli amministratori che preparassero e sostenessero le riforme. Gran parte delle riforme che seguirono poterono contare sull'appoggio del re, quando non furono ispirate da lui stesso o dal suo entourage. Il teatro nazionale, istituito da poco, e la stampa nazionale ebbero un ruolo decisivo nel formare circoli politici; un carattere didattico ebbero anche i poemi satirici del vescovo Ignacy Krasicki, il maggiore poeta classicista. Tutto ciò favorì lo sviluppo della nuova mentalità, necessaria per introdurre le riforme in campo politico.

43. I primi anni del regno di Stanislao Augusto Poniatowski portarono non solo allo sviluppo della cultura illuminista, ma anche a un susseguirsi di

⁴³ Il grande precursore delle riforme S. Konarski, convinto che l'Unione non sarebbe uscita dalla arretratezza, a meno di educare una nuova élite alle idee moderne e alle virtù civiche, essendo il provinciale degli scolopi, riformò la loro rete scolastica, dando maggior spazio alle lingue straniere e alle scienze nel loro curriculum. Tali scuole furono fra le prime a introdurre le idee dell'illuminismo in Polonia e l'elitario *Collegium Nobilium* di Varsavia (fondato da stesso Konarski) servì loro da modello: immediatamente, anche le scuole gesuite vi si adeguarono. Cfr. W. Smolenski, *Przewrót umysłowy w Polsce w wieku XVIII*, Warszawa, 1949, p. 75-77; W.M. Grabski *Konarski – problem genzy osobowosci nowozytnego reformatora* in *Przegląd Humanistyczny*, 1974, n.1

⁴⁴ Vedi Kollataj i *wiek oswiecenia* in *Materiały sesji naukowej polskiego Oswiecenia*, Warszawa 1951.

restrizioni nell'esercizio di alcuni storici privilegi conferiti nei secoli precedenti alla nobiltà polacca. Innanzitutto si cercò di porre fine all'abuso dell'utilizzo del liberum veto, riconosciuto ormai quale uno dei principali fattori distruttivi del sistema parlamentare dell'Unione.

44. Negli anni 1764-1768 furono realizzate le prime modifiche dell'assetto burocratico - politico dello Stato, che iniziarono dalla delibera del nuovo regolamento delle sedute della Dieta e della parziale limitazione del liberum veto⁴⁵. Le riforme portarono all'istituzione di due nuovi importanti organi centrali: la Commissione del Tesoro e la Commissione Militare (separatamente per la Polonia e per la Lituania). L'attività della Commissione Militare fu dedicata soprattutto alla soppressione dell'anarchia e alla riduzione dell'influsso degli atamani nelle questioni di Stato. I lavori della Commissione del Tesoro contribuirono al notevole aumento delle entrate dello Stato. Essa emanò anche disposizioni a favore delle città e limitò l'acquisto di ulteriori beni da parte della Chiesa.
45. La Russia e la Prussia, contrarie al rafforzamento dell'Unione, cercarono ad ostacolare l'attività riformista del re. L'ingerenza delle due potenze negli affari interni polacchi, con il pretesto della tutela dei non cattolici (cosiddetti dissidenti), causò una temporanea battuta d'arresto del processo riformatore, ma non riuscì a fermarlo.
46. Di conseguenza la Dieta del 1767-68, costretta dalla Russia, concesse ai non cattolici piena libertà di culto e l'ammissione alle cariche pubbliche. Fu inoltre stabilita la divisione delle leggi della Repubblica in tre classi: leggi fondamentali, cosiddetti diritti cardinali, comprendenti la libera elezione del re, il liberum veto e i privilegi della nobiltà; materiae status (fisco, sistema monetario, esercito, affari esteri, ecc.); le questioni economiche ordinarie, per la cui approvazione divenne sufficiente la semplice maggioranza⁴⁶. La Russia garantì solennemente gli antichi privilegi nobiliari: le libere elezioni, il liberum veto, il diritto di ribellione contro il potere del monarca, il monopolio nobiliare degli uffici e delle proprietà terriere, in pratica tutto quello che aveva reso l'Unione incapace di intraprendere la via delle riforme. La questione dei dissidenti provocò fondazione della Confederazione di Bar, un movimento ardentemente patriottico, anti-russo, cattolico e attaccato alla libertà al modo del conservatorismo sarmatico⁴⁷. Accusando il re di essere un despota e uno strumento di Caterina, e promuovendo la lotta "per la difesa della patria, della fede e della libertà", i confederati sollevarono la causa dell'indipendenza del paese, seriamente minacciata a causa della ingerenza delle potenze straniere, ma dopo un lungo periodo di

⁴⁵ Cfr. T. Korzon *Wewnetrzne dzieje Polski za Stanisława Augusta*, Krakow 1897, p.30-33

⁴⁶ Vedi Z. Radwanski, *Prawa kardynalne*, Poznan 1952, p.174

⁴⁷ Non tutti i confederati erano sarmati fanatici; nelle loro file si trovavano protestanti, massoni e ammiratori dell'Occidente che seguivano le teorie di Rousseau e Mably. Vedi J. Michalski, *Schylek konfederacji barskiej*, Wroclaw, 1970, p. 87-89; W. Konopczynski, *Konfederacja barska*, Warszawa 1938.

combattimenti, dovettero arrendersi lasciando la Polonia nel caos. Le “turbolenze” polacche offrirono ai vicini un ulteriore pretesto per firmare nel 1772 il trattato di spartizione, in base a quale la Polonia dovette cedere complessivamente circa un terzo del territorio e più di un terzo della popolazione. Nonostante questa grave amputazione, l'Unione – che rimase ancora un paese di dimensioni ragguardevoli (avvicinandosi per estensione territoriale alla Francia) – trasse stimolo dalla disfatta per sprigionare le sue energie migliori; così il periodo che seguì la prima spartizione segnò l'inizio di un programma di riforme politiche e di un'intensa attività intellettuale quale non si riscontrava dal XVI secolo. Nella seconda metà del Settecento le idee dell'illuminismo erano ormai state acquisite dalle classi sociali più elevate e da esse largamente diffuse. Nel 1773 la dissoluzione dell'Ordine gesuita permise la creazione della Commissione dell'Educazione nazionale⁴⁸ che diventò il primo ministero europeo dell'Istruzione pubblica. Fra le competenze della Commissione erano l'amministrazione dell'intera rete scolastica nazionale superiore e secondaria (con l'esclusione delle scuole militari), inclusa la formazione degli insegnanti e l'elaborazione dei manuali scolastici. Fu istituita una gerarchia di scuole, al cui vertice erano le università riformate di Cracovia e di Vilnius, che prevedevano un curriculum modernizzato e il polacco come lingua d'istruzione. Tali università costituirono il centro direttivo delle due provincie, divise a loro volta in dipartimenti e sottodipartimenti.⁴⁹ La Commissione dell'Educazione Nazionale giocò un ruolo molto importante nella realizzazione del programma di rinnovamento poiché, occupandosi dell'istruzione dei giovani delle classi nobili, preparò tutta una generazione di polacchi consapevoli della necessità di ricostruire il sistema politico dello stato.

47. Importante fu anche il ruolo della stampa polacca che, divulgando le idee illuministe e diffondendo i saggi degli scrittori stranieri, divenne un importantissimo veicolo di riforma.
48. Nonostante il continuo incremento del movimento riformista, la permanente debolezza dell'Unione, messa in evidenza dalla prima spartizione, venne sfruttata dagli stati invasori anche in seguito. Essi, servendosi dell'opposizione interna, riuscirono, tra l'altro, a porre chiari limiti all'estensione delle riforme: mentre furono giudicate accettabili l'abolizione della tortura nei procedimenti giudiziari e l'abolizione della pena di morte per

⁴⁸ La Commissione ha ereditato infatti i fondi derivanti dal patrimonio dell'Ordine dei gesuiti, abolito da Papa Clemente XIV nel 1773.

⁴⁹ Il corso di una scuola statale durava sette anni; il programma era uguale per tutti e comprendeva latino, polacco, morale, legge, storia antica e geografia, storia polacca, matematica, logica, botanica, igiene, fisica, agricoltura, orticoltura, calligrafia, ecc. Anche se molte di queste materie, sia scientifiche che letterarie, venivano studiate insieme al latino o agli autori latini, questo programma segnava tuttavia un progresso notevole rispetto al tipo di istruzione, fondato esclusivamente sul latino impartito in precedenza dai gesuiti. Vedi A. Jobert, *La commission d'éducation nationale en Pologne*, Dijon, 1941 ; R. Dudkova, *Komisja edukacji narodowej*, Wroclaw, 1973.

i reati di stregoneria, la privazione dei proprietari terrieri del *ius vitae ac necis* sui contadini nei loro domini, la creazione di un dipartimento della polizia e la modernizzazione del piccolo esercito, la Dieta conservatrice, appoggiata dalla Russia, respinse un progetto di codice presentato dal cancelliere Andrzej Zamoyski. Tale progetto prevedeva, infatti, notevoli innovazioni fra cui l'ampliamento dei diritti degli abitanti delle città (una rappresentanza dei quali avrebbe dovuto essere ammessa alla dieta), la limitazione del potere della Chiesa (introduzione dell'*exequatur*, subordinazione degli ordini religiosi ai vescovi, innalzamento dell'età per la professione dei voti) e – cosa più contestata - una legislazione favorevole ai contadini. Simile sorte ebbero le riforme che miravano al progressivo ma sostanziale cambiamento dell'assetto statale, che ben presto trovarono una forte resistenza esercitata dal gruppo dei magnati e dei nobili. Costoro agendo con la coalizione di potenze straniere, riuscirono a far votare nella sessione del parlamento del 1775 la delibera che comportò il rafforzamento di molti "relitti conservatori" della arcaica struttura socio-politica dello stato. Furono riconfermati i cosiddetti diritti cardinali, deliberati sotto la forte pressione delle forze conservatrici, che ricostituivano e rinsaldavano il precedente status quo e difendevano i vecchi privilegi della nobiltà garantendo la libera elezione esercitata *viriliter*, la persistenza del diritto alla ribellione (antico diritto della *non praestandis obedientia*), nonché l'esercizio del *liberum veto*. La tendenza all'indebolimento dell'autorità del re si concretizza nell'istituzione di un organo esecutivo centrale denominato il Consiglio permanente il quale, nell'intento dei conservatori, non soltanto doveva limitare il potere e le tradizionali prerogative regali, ma soprattutto mirava all'impedimento delle eventuali riforme della struttura dello stato. Il Consiglio Permanente, suddiviso in dipartimenti degli Affari Esteri, della Polizia, del Tesoro, dell'Esercito e della Giustizia spogliò il monarca delle sue principali competenze e prerogative, anche se, nello stesso tempo comportò alcuni vantaggi amministrativi⁵⁰. Visto che la realizzazione delle riforme richiedeva un aumento delle entrate, furono apportate importanti modifiche al sistema di tassazione⁵¹, il che permise un notevole miglioramento del bilancio.

49. Nonostante l'opposizione della Russia, tali riforme, frutto della legislazione votata grazie a una minoranza illuminata dalle diverse diete fra il 1764 ed il 1768 e successivamente nel 1775, prepararono gradualmente il terreno per

⁵⁰ Tale organo consiliare, molto impopolare perché voluto dai russi (in effetti, esso era inteso come canale attraverso il quale la Russia potesse esercitare la sua influenza con più efficacia), riuscì nondimeno a rimettere un po' d'ordine in materia fiscale e amministrativa. W. Konopczynski, *Geneza i ustanowienie Rady Nieustajacej*, Krakow, 1917, p. 344.

⁵¹ Si ripristinò il focatico che era stato abolito assieme al testatico nel 1764, e che nella sua nuova forma divenne la fonte principale delle entrate dello Stato; furono ripristinate anche le imposte sulle importazioni ed esportazioni; si raddoppiò anche la tassa del 25% sul reddito dei benefici e delle tenute concesse dal demanio regio; si introdussero nuove imposte, come le tasse sul sale e sul tabacco e la tassa sul bollo; aumentò il *subsidiium charitativum* dovuto dal clero. Il risultato fu un costante aumento delle entrate pubbliche. Cfr. T. Korzon, *op. cit.*, p. 81-85.

il lavoro della Grande Dieta (1788-1792), detta anche la Dieta dei Quattro Anni.

50. In campo finanziario la Dieta continuò alacremenente il lavoro compiuto nei due decenni precedenti. Non si votò un bilancio, ma essa esercitò un controllo costante sulle pubbliche spese. L'urgente bisogno di riarmo comportò l'approvazione di una "offerta perpetua" sotto forma di imposta sulla rendita fondiaria, con l'aliquota del 10 per cento per la nobiltà e del 20 per cento per il clero. Inoltre aumentarono il testatico per gli ebrei e il focatico nelle città, il che rese possibile un notevole miglioramento della situazione finanziaria dello stato. Costante, anche se lento, il processo di modernizzazione dello stato fu accompagnato da significativo sviluppo della vita intellettuale e culturale della società polacca, in cui crebbe notevolmente l'interesse per la letteratura nazionale e straniera e la giuspubblicistica politica ed economica. Comparirono le numerose traduzioni delle opere dei filosofi e dei giuristi stranieri come J. J. Rousseau, W. Blackstone, G. Filangieri. Le pubblicazioni dei fisiocrati, tra cui polacchi come M. Karpowicz, T. S. Jezierski, F. K. Dmochowski, divennero molto popolari. Gli scritti politici di H. Kollataj, S. Staszic e di J. Wybicki, principali rappresentanti del gruppo delle riforme, destarono enorme interesse nel paese, trovando il consenso non soltanto nei circoli intellettuali e patriottici ma anche nell'ambiente della corte.
51. La mutata situazione internazionale che coinvolse la Russia e l'Austria in una nuova guerra turca e mise la Prussia in posizione defilata, consentì ai polacchi di intraprendere più liberamente la via delle riforme. La Dieta riunitasi nel 1788 si era trovata ad operare in condizioni più favorevoli rispetto alle diete precedenti grazie alla circostanza dell'allontanamento dell'esercito russo dai territori polacchi⁵².
52. L'adesione del re alle idee riformiste divenne un successo di portata storica del gruppo dei "veri patrioti", nonché il momento cruciale nella battaglia contro le forze conservatrici. In quell'epoca i sostenitori delle riforme risultavano divisi, in linea di massima, in tre schieramenti: i conservatori irriducibili ("fazione atamana"); i patrioti repubblicani ("veri patrioti") e infine il re con il suo entourage. Il primo gruppo voleva trasformare l'Unione in una federazione di entità quasi indipendenti (nell'interesse dei grandi magnati), fondare l'esercito sulla leva nobiliare e, infine, indebolire la monarchia o abolirla del tutto. I "veri patrioti", quelli repubblicani, passarono dal repubblicanesimo alla monarchia costituzionale, essendosi resi conto che la repubblica federale sul modello americano non era raggiungibile nelle specifiche condizioni polacche; queste loro opinioni furono condivise, almeno parzialmente, dal re Stanislao Augusto, favorevole invece a una monarchia costituzionale, costruita sul modello inglese, che mettesse fine al

⁵² La situazione internazionale dell'Unione e i suoi rapporti interni nel periodo della *Grande Dieta* è stata ampiamente trattata da W. Kalinka. Vedi W. Kalinka, *Sejm Czteroletni*, Lwow, 1888. Cfr. anche A. Zahorski, *Stanislaw August polityk*, Warszawa, 1966.

dualismo polacco-lituano ed estendesse le concessioni a borghesi e contadini.

53. Dopo il primo anno di lavori parlamentari, durante i quali si alternarono periodi di grandi rallentamenti e di forti accelerazioni dei lavori parlamentari, fu compiuto un passo di massima importanza verso le riforme: fu istituita, infatti, una commissione parlamentare con il compito di elaborare un progetto finalizzato al miglioramento del sistema politico (cosiddetta Deputazione per il miglioramento della forma del governo). Fecero parte di questa commissione soprattutto i più fervidi e noti sostenitori delle riforme, che manifestavano l'intento di elaborare il progetto di una nuova Costituzione dello stato. L'idea di giungere alla realizzazione di una carta costituzionale si faceva strada in un momento storico molto particolare, coincidente con la rivoluzione francese e quella americana.
54. La proposta, che all'inizio della Dieta dei Quattro Anni fu accolta con entusiasmo in diversi ambienti e soprattutto da parte del partito patriota, col passare del tempo cominciò a destare, in altri circoli e fazioni, una certa perplessità e inquietudine, che poi sfociò in una crescente critica ed ostilità.⁵³ Il gruppo favorevole alle riforme, che comprendevano, tra l'altro, il rafforzamento del potere del re, raccoglieva molti patrioti, intellettuali, giuristi, filosofi, membri e notabili di corte. I suoi più eminenti rappresentanti furono: il presidente del parlamento S. Malachowski, H. Kollataj, S. Staszic, J. Wybicki, A. Czartoryski, I. Potocki. La formazione corrente avversa al programma di riforme era composta dalla nobiltà legata ai magnati promoscoviti. Spiccavano fra essi Szczesny Potocki, F. K. Branicki, S. Rzewuski.
55. A cavallo tra il 1790 e il 1791 ci fu un forte avvicinamento di posizioni tra gli schieramenti favorevoli alle riforme. Tale coalizione di forze e di risorse intellettuali diede subito significativi risultati: furono presentati ed esaminati diversi progetti contenenti i principi sui quali doveva basarsi la nuova costituzione e fu approvato un nuovo corpo di leggi fondamentali redatte dalla stessa commissione, con due importanti emendamenti: il territorio dell'Unione veniva dichiarato indivisibile e si rinunciava alla protezione della Russia secondo quanto previsto nel 1775. Nel 1791 fu varata una legge riguardante i diritti fondamentali. Nonostante fosse promulgato con l'epigrafe "Diritti cardinali inviolabili", essa non mancava di contenuti politici nuovi, formulando i principi della tutela giuridica estesa, almeno parzialmente, a tutta la popolazione, delle garanzie delle libertà personali e della libertà del culto. Sul piano politico, stabilendo che "qualsiasi garanzia straniera riguardante l'ordinamento politico della Polonia, in contrasto con la indipendenza della Repubblica e lesiva della sua sovranità è e rimarrà per sempre invalida...", essa costituiva un primo passo verso il recupero della

⁵³ Si trattava prevalentemente di un gruppo di magnati conservatori, fautori di Mosca, definiti da molti storici "partito moscovita".

piena indipendenza dell'Unione dagli stati stranieri, seriamente minacciata dopo la prima spartizione. 54 Quest'ultimo punto costituì un duro colpo per il partito moscovita.

56. Parallelemente ai lavori della commissione eletta dalla Dieta, che preparava il progetto della riforma del sistema politico, fu presentata, dai rappresentanti della borghesia delle "città regie", la petizione per l'estensione dei loro antichi privilegi⁵⁵. Le richieste comprendevano, tra l'altro, l'estensione agli abitanti delle città del diritto di protezione dall'arresto arbitrario (*neminem captivabimus*), il diritto di possedere terra, di occupare le cariche civili ed ecclesiastiche, l'autogoverno municipale assicurato e un più facile accesso al ceto nobiliare. Tali richieste furono soddisfatte dalla Legge sulle città (approvata nell'aprile del 1791 e successivamente incorporata nella Costituzione), che stabiliva inoltre, che città sede di Corte d'Appello potevano eleggere i plenipotenziari e riconosceva a questi ultimi il diritto di partecipare ai lavori parlamentari, non direttamente, bensì attraverso le commissioni governative.
57. Un'altra legge importante, approvata in quel periodo dalla Dieta, fu dedicata alle dietine. In base al principio, che cominciava allora ad affermarsi, secondo cui nobili si nasce ma cittadini si diventa solo quando si è proprietari terrieri, il numero dei membri delle dietine venne considerevolmente ridotto mediante revoca del diritto di voto alla nobiltà non possidente. Tale decisione intendeva colpire i magnati, che perdevano in tal modo i voti della piccola nobiltà, ed esprimeva la volontà di sostituire il principio del censo di nascita con quello del possesso, necessario per il godimento dei diritti politici.
58. Nel 1790, la dieta, che si stava avvicinando al termine del suo mandato costituzionale, per non interrompere il processo di riforme in corso, decise di raddoppiare il numero di membri della camera mediante l'elezione di un nuovo gruppo di deputati, in modo da creare una vera e propria assemblea nazionale. Alle elezioni vinse la causa della riforma e venne rafforzata la posizione del sovrano: circa 2/3 dei neoeletti deputati erano suoi sostenitori.
59. Cogliendo il clima favorevole ai cambiamenti, i sostenitori delle riforme cominciarono la preparazione del progetto della Costituzione. Una parte dello schieramento patriottico guidata dal Ignacy Potocki, rendendosi conto che un cambiamento del sistema politico sarebbe stato impossibile senza la partecipazione del sovrano, conferì a quest'ultimo l'iniziativa di elaborazione di tale progetto. In conseguenza il re Stanislao Augusto, servendosi dell'aiuto del suo segretario Scipione Piattoli, preparò un "Projet de réformes

⁵⁴ L'art. VII; Cfr. Volumina Legum, IX, p.203-204

⁵⁵ La genesi di questa legge è presentata nel libro di K. Zienkowska, *Slawetni i urodzeni. Ruch polityczny mieszczaństwa w dobie Sejmu Czteroletniego*, Warszawa, 1976.

de la Constitution pour sa Majesté le Roi de Pologne” che, a causa delle sue tendenze assolutiste fu fortemente criticato dagli esponenti dello stesso schieramento patriottico. Successivamente fu redatto un altro progetto, frutto del compromesso e della collaborazione tra il re e il gruppo dei riformatori tra cui Kollataj, Potocki, Malachowski⁵⁶.

60. I redattori del progetto della Costituzione, ben consapevoli che essa non avrebbe trovato il consenso della maggioranza dei parlamentari, ancora non del tutto preparati ad intraprendere la via di radicali riforme, si servirono di un sotterfugio: approfittando dell'assenza dell'opposizione, motivata dalle festività pasquali, anticiparono di due giorni il dibattito sulla costituzione, originariamente fissato per il 5 maggio.

61. I parlamentari appartenenti al “complotto” rimasero a Varsavia per conoscere le più recenti versioni del progetto costituzionale, che doveva essere deliberato entro la metà di maggio. La notizia della preparazione della nuova carta costituzionale si diffuse però presto suscitando immediate reazioni; il partito moscovita richiamò subito nella capitale tutti i suoi sostenitori, che incominciarono ad affluire in gran numero creando serie difficoltà al gruppo dei sostenitori delle riforme, i quali agirono immediatamente.

62. Il 2 maggio i fautori delle riforme, dopo aver letto il progetto della Costituzione decisero, insieme al Presidente della Dieta K. Malachowski, la convocazione della sessione del parlamento per il mattino del 3 Maggio del 1791, e un gruppo di senatori e deputati concordarono l'impegno di firmare la Costituzione il giorno successivo. In tale contesto politico una posizione rilevante aveva assunto anche la borghesia di Varsavia, che con entusiasmo aderì all'idea della riforma costituzionale. L'indomani, dopo sei ore di dibattito parlamentare, la Costituzione fu promulgata, anche grazie al fatto che la Grande Dieta lavorava in qualità di Confederazione, quindi non era necessaria l'unanimità nella votazione, bastava la maggioranza dei voti. La costituzione non fu neppure votata ma la si proclamò per acclamazione.⁵⁷

63. Sull'onda del crescente entusiasmo collettivo il re, i senatori e i parlamentari, applauditi dalle numerosissime folle, si recarono nella Cattedrale dove dopo la solenne messa di ringraziamento, la Costituzione fu

⁵⁶ Il complicato processo di elaborazione dei diversi progetti della Costituzione è stato analizzato da E. Rostworowski, *op. cit.* Vedi anche J. Dihm, *Przygotowanie Konstytucji 3 Maja waznym etapem w urzeczywistnieniu idei niepodleglosci*, in *Pamietnik V Powszechnego Zjazdu Historykow Polskich w Warszawie 1930*, Lwow, 1930, p.387-397.

⁵⁷ Dal punto di vista formale la proclamazione della Costituzione del 3 Maggio costituì in realtà un “colpo di stato parlamentare della maggioranza sulla minoranza” giacché fu approvata con la violazione della procedura vigente in quel periodo. Questa, infatti, prevedeva tra l'altro l'invio del progetto alle deputazioni e successivamente la stampa e la consegna ai deputati, ai quali venivano concessi tre giorni di tempo “per riflettere”. La fase seguente comportava la discussione dello stesso alla camera, che poteva protrarsi anche per diversi giorni, concludendosi con la relativa votazione. A. Ajnenkiel, *Konstytucje polski 1791-1997*, Warszawa 2001, p. 49-50.

solennemente giurata, e dunque data alla stampa e divulgata in tutto il paese. Rispettando la terminologia dell'epoca, essa riportava il titolo "La Legge Governativa del 3 Maggio del 1791".

64. È ovvio che a motivo della sostanziale divergenza degli interessi, nonché a causa della forte polarizzazione delle posizioni fra i sostenitori e gli avversari delle riforme, la Costituzione fu accolta da una parte della popolazione con grande speranza, interesse ed entusiasmo e dall'altra parte con dichiarata ostilità e diffidenza.
65. Il parlamento, pienamente consapevole delle difficoltà e dei rischi in cui si trovava l'Unione, cercò di creare un equo contrappeso al mancato appoggio delle forze conservatrici, integrando il testo della Costituzione con la "Dichiarazione dell'Assemblea Riunita". In questo documento i deputati, trovando ulteriore legittimazione al proprio intervento legislativo (5 maggio 1791) nel "soddisfacimento della volontà e gioia comune", si rendevano garanti della Costituzione attraverso la seguente affermazione: «Chiunque osasse mostrarsi contrario alla presente Costituzione oppure tentasse attivamente di sopprimerla ovvero minacciasse la quiete della Nazione che comincia ad avviarsi verso la bontà e felicità, ... verrebbe riconosciuto nemico della Patria e Suo traditore, nonché considerato ribelle e come tale condannato e sottoposto alle più severe pene dal Tribunale Parlamentare». A questa asserzione venne aggiunta la decisione concernente l'istituzione del Tribunale Parlamentare che doveva funzionare in modo permanente. La Dichiarazione compì inoltre un altro intervento di rilevanza storica riguardante la valenza giuridica delle norme costituzionali, disponendo: «Abroghiamo tutte le leggi antecedenti e presenti contrarie a questa Costituzione o a qualsiasi dei suoi articoli e inoltre dichiariamo parte integrante di questa Costituzione le descrizioni particolareggiate degli articoli nonché di ogni materia inclusa nella presente Costituzione, necessari all'esercizio dei doveri e del sistema del governo». Grazie a tale affermazione anche le leggi esecutive godevano del rango di norme costituzionali.
66. La promulgazione della Costituzione del 3 Maggio ottenne il massimo dei consensi nella nazione polacca suscitando in essa un'ondata di speranza e di entusiasmo. Per sottolineare l'importanza di tale atto, nella Dichiarazione del 5 maggio del 1791, oltre agli articoli che garantivano il rispetto delle norme costituzionali, si introdusse anche il precetto che ordinava il festeggiamento dell'anniversario della promulgazione della Costituzione. I festeggiamenti dovevano svolgersi in tutte le chiese della Polonia. In questo modo fu sancito il carattere religioso-civile di tale festa⁵⁸.

⁵⁸ L'anniversario della deliberazione della Costituzione fu in realtà festeggiato per più di duecento anni della sua storia sia dallo Stato che dalla Chiesa della nazione. L'eccezione costituiscono soltanto i tempi bui della storia polacca concernenti le spartizioni della Polonia, nonché il periodo del socialismo reale, quando detta festa venne ufficialmente

IV. COSTITUZIONE DEL 3 MAGGIO 1791: RIVOLUZIONE PACIFICA - MODELLO POLACCO

67. Redatta negli anni immediatamente successivi alla dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti e in anticipo, seppure di pochi mesi, su quella francese, certamente più conosciuta, la Costituzione polacca si colloca tra gli eventi più importanti della settecentesca fase pionieristica della trasformazione dello Stato da ordinamento di Antico regime a Stato moderno contemporaneo.
68. Essendo il frutto di una trasformazione del sistema politico, e non di una frattura rivoluzionaria, essa racchiudeva sia contenuti tradizionali che elementi di novità.
69. L'attività riformatrice della Dieta, dedicata all'eliminazione delle istituzioni che avevano portato lo Stato alle soglie dell'anarchia, permetteva di evitare la rottura con il passato, adoperandosi di "riempire le vecchie forme dello spirito nuovo"⁵⁹. La decisione dei riformatori di tener fede alle antiche forme costituzionali, non si concretizzò nel rifiuto di un mondo politico diverso, o nella difesa ad oltranza dei privilegi, ma aprì la strada a una volontà nuova di ridare vigore e forza e di allargare insieme al di là dei limiti tradizionali, quella aspirazione alla libertà, all'autonomia e all'indipendenza che i polacchi sentivano come irrinunciabile⁶⁰. Di conseguenza, nonostante profondi mutamenti dell'ordinamento politico, introdotti dalla Costituzione, rimanevano intatti i suoi punti cardine, le "pietre angolari dell'edificio nazionale", quali le libertà politiche, la tutela della proprietà, l'autogoverno locale, lo stesso nome della Respublica. La Costituzione che aveva incorporato i principi sui quali fu costruita l'Unione, sviluppandoli e adeguandoli alle esigenze delle riforme politiche e sociali necessarie per la costruzione dello stato moderno, custodì, infatti, interamente il principale componente della tradizione politica della Respublica polacca, la tutela delle libertà nobiliari.
70. La legge fondamentale rappresentava il coronamento di un lungo processo storico e della consapevole volontà riformatrice del ceto nobiliare che nel nome della difesa della libertà e dell'indipendenza della Polonia, per il bene pubblico aveva rinunciato spontaneamente a molti privilegi e a molti diritti tradizionali, dimostrando così la propria maturità politica e cittadina, e rendendo possibile un compromesso sociale e politico di matrice nobiliare-

abolita. In queste condizioni l'Anniversario non fu più festeggiato dallo Stato, ma ciò nonostante sia la nazione che la Chiesa lo celebrarono sempre con grande solennità.

⁵⁹ Cfr. A. Rembowski, *Sejm Czteroletni Kalinki. Studium krytyczne*. Krakow, 1884, p.26.

⁶⁰ Cfr. B. Lesnodorski, *Le nouvel état polonais du XVIII siècle: lumières et traditions*, in *Utopie et institutions. Le pragmatisme des lumières*, a cura di P. Francastel, Paris, 1963, p. 214.

borghese. In tal modo il processo delle riforme, che dopo quattro anni del graduale avvicinamento della società polacca alla Costituzione del 3 Maggio portò a realizzazione dell'idea di trasformazione dell'Unione nella monarchia costituzionale, si guadagnò il nome di "rivoluzione pacifica". Louis Bonafious, l'avversario della sanguinosa rivoluzione francese, sottolineava che la costituzione polacca era stata creata "senza i soldati, senza le armi, senza nessuna violenza, senza la più piccola goccia di sangue, quindi senza le picche, senza le ascie e senza lampioni"⁶¹. Simili dichiarazioni dava Gorsas, che nelle sue considerazioni sugli avvenimenti polacchi scrisse: "La Polonia è libera, ha effettuato, senza sforzi, senza spargimento di sangue, la più bella e la più famosa rivoluzione"⁶².

71. La Costituzione, maturata in un contesto politicamente e culturalmente profondamente diverso rispetto a quello della Francia o degli Stati Uniti dell'America, fu espressione della originalità del cammino dello stato polacco verso la modernità. In effetti, la Polonia aveva una propria esperienza di pensiero giuridico-politico in senso riformistico che le consentì di accogliere le nuove posizioni nate dalla Rivoluzione francese e americana con una chiara coscienza, per lo meno nelle classi politiche più attive, dei propri interessi e dei propri ideali, utilizzando i modelli delle riforme straniere adattandoli in maniera creativa⁶³ alle proprie esigenze.

72. La preoccupazione degli autori della Costituzione fu quella di assicurare in Polonia un forte stato indipendente⁶⁴, capace di difendere la propria integrità territoriale, moderno nelle sue strutture, con delle leggi semplici ed armonicamente coordinate fra di loro, cioè un diritto pubblico efficiente, saldamente ancorato a struttura nobiliare-borghese, ben conscia delle sue responsabilità di governo ed animata da sicura intenzione di perseguire il bene comune. La loro certezza che una indispensabile ristrutturazione dell'intero assetto della vita politica e sociale avrebbe dovuto appoggiarsi sulle basi del sistema politico esistente, aveva reso la Costituzione un documento nel quale armonicamente coesistevano sia elementi del tradizionale sistema della Respublica nobiliare, sia soluzioni moderne elaborate sotto l'influsso della dottrina illuminista.

⁶¹ L'espressione si legge in M. Handelsman, Cfr. M. Handelsman, *Konstytucja 3 maja a spolczesna opinja publiczna we Francji*, in *Studia Historyczne*, Warszawa, 1911, p. 79.

⁶² Cfr. M. Handelsman, *op.cit.*, p. 86

⁶³ Cfr. J.E. Bister, *Kilka listow o Polsce pisanych latem 1791 roku*, in *Polska stanislawska w oczach cudzoziemcow*, a cura di W. Zawadzki, Warszawa, 1963, p.224. Vedi anche un'ampia opera di B. Lenodorski, *Dzielo Sejmu Czteroletniego*, Wroclaw, 1953, p. 59-64.

⁶⁴ Con la Costituzione la libertà e l'indipendenza venivano chiaramente messe a fuoco formando il nocciolo dei principi proclamati solennemente a Varsavia il 3 Maggio del 1791; basta citare il preambolo della Costituzione: «Considerando più cara della propria vita e della felicità personale l'esistenza politica e l'indipendenza esterna della nazione... promulghiamo la presente Costituzione dichiarandola santa e irremovibile...».

73. Si trattava di una legge fondamentale che regolava importanti questioni socio-politiche, l'organizzazione dei poteri, nonché i diritti e doveri dei cittadini, composta degli undici capitoli, intitolati: Cap.I, La religione vigente; Cap.II, La nobiltà terriera; Cap.III, Le città e la borghesia; Cap.IV, I contadini; Cap.V., Il governo cioè i poteri pubblici; Cap.VI, La Dieta cioè il potere legislativo; Cap.VII, Il re, il potere esecutivo; Cap.VIII, Il potere giudiziario; Cap.IX, La reggenza; Cap.X, L'educazione dei figli del sovrano; Cap.XI, Le forze armate nazionali⁶⁵.
74. La coesistenza di elementi tradizionali e moderni è palese già nella stessa struttura della carta costituzionale e nella formulazione delle norme in essa contenute. La struttura è semplice e coerente: i primi quattro capitoli, corrispondenti ai singoli ceti presenti nell'Unione dell'epoca ottocentesca, ne costituiscono la prima parte, dedicata all'organizzazione della società; la seconda parte riguarda invece il sistema politico fondato sulla separazione dei poteri, che vengono descritti dai successivi quattro capitoli. Il contenuto della Costituzione denota tuttavia la presenza di elementi di carattere cetuale, in quanto i diritti e i doveri della nobiltà, della borghesia e dei contadini vengono trattati nei capitoli separati.
75. Per quanto riguarda lo stile non vi sono in questa Costituzione, tipici della pratica legislativa polacca precedente, disordine del pensiero e neppure eccessiva retorica; meno numerosi sono gli ornamenti barocchi del linguaggio. Gli autori della Costituzione aspiravano a una chiara

⁶⁵ I contenuti di tali capitoli possono essere sinteticamente riassunti come segue: I. La santa fede cattolica romana restò la religione dello stato, ma si ammise libertà di culto per gli adepti delle altre religioni. II. I diritti e i privilegi della nobiltà vennero confermati e dichiarati immutabili. III. La Legge sulle città del 1791, che rafforzava la posizione della borghesia nelle città regie venne confermata e incorporata nella Costituzione. IV. I contadini vennero posti sotto la tutela della legge, per cui qualunque accordo concluso fra un proprietario terriero e il contadino sulla sua terra divenne vincolante per entrambe le parti e soggetto al controllo governativo. Fu concessa la massima libertà a tutti i nuovi arrivati e agli emigranti di ritorno in patria. V. Proclamava l'idea della sovranità popolare affermando che "ogni autorità della società umana trova la sua fonte nella volontà della nazione", nonché stabiliva il principio secondo cui il governo della nazione polacca doveva risultare "composto di tre distinti poteri" – quello legislativo, quello esecutivo, quello giudiziario. VI. Stabiliva che la Dieta, cioè il potere legislativo, doveva essere composta dalla camera dei deputati e dalla camera dei senatori, quest'ultima sotto la presidenza del re che aveva un voto decisivo. Venne confermata la precedente legge che regolava la funzione delle dietine e si limitò ulteriormente ai proprietari terrieri il diritto di farne parte. VII. Il supremo potere esecutivo venne affidato al re e al suo consiglio, Guardia delle Leggi, responsabile dei suoi atti di fronte alla Dieta. Compito dell'esecutivo era di difendere le leggi e di garantire l'osservanza. Fu stabilito che il trono sarebbe diventato ereditario nella casa dell'elettore di Sassonia; la persona del re fu dichiarata sacra e inviolabile. VIII. Il potere giudiziario poteva essere esercitato solo da un tribunale. I proprietari terrieri, le città e i contadini erano soggetti ognuno alla propria gerarchia giudiziaria. IX. Stabiliva la creazione di un consiglio di reggenza. X. Si occupava dell'educazione dei figli del sovrano, e il capitolo XI delle forze armate del paese.

formulazione di concetti, ricorrendo alla terminologia diffusa dalla letteratura politica dell'Illuminismo (divisione dei poteri, sovranità della nazione, religione dominante, ecc.). Accanto alle deliberazioni strettamente giuridiche sono stati tuttavia introdotti anche elementi di carattere narrativo. Le ragioni dell'utilizzo di questa caratteristica forma giuridico-narrativa sono costituite da un lato dalla mentalità degli autori del testo e dal clima del periodo⁶⁶, dall'altro, dall'intento educativo nei confronti del lettore. Linguaggio chiaro, accessibile, nonché valori ideali contenuti negli elementi narrativi, dovevano rendere la Costituzione comprensibile non soltanto per un giurista, ma anche per un nobile o un borghese mediamente istruito. Tutto ciò doveva servire ad ampliare il numero dei potenziali fruitori della Costituzione, aumentandone il ruolo educativo della società⁶⁷. Lo stile della "Legge governativa" non è però del tutto scevro da elementi tradizionali, tipici dei testi giuridici dell'epoca precedente, che si possono rinvenire nell'abbondanza di perifrasi, nella fraseologia vivace e poco tecnica, nel decorativismo delle espressioni⁶⁸ e serve a rendere il testo più accettabile e più rassicurante per quanti non avevano ancora acquisito la sufficiente dimestichezza con il pensiero illuminista. Di conseguenza, anche sotto il profilo formale e stilistico la Costituzione del 3 Maggio rappresenta un compromesso di idee vecchie e nuove, rimanendo però un'opera volta al futuro, alle nuove idee politico-sociali.

IV.1. La riforma dell'ordinamento politico

76. Il complesso rapporto tra continuità e rottura rispetto al regime precedente è presente soprattutto nel contenuto delle riforme realizzate dalla Costituzione. Facendo il riferimento alle idee politiche dell'epoca dei Lumi, e soprattutto alle dottrine elaborate dal Montesquieu e Rousseau, nonché alle soluzioni adottate dalla carta costituzionale americana del 1787 e dalla Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino del 1789, la Legge governativa polacca introduceva il principio della sovranità popolare, affermando che "ogni potere in una società umana deriva dalla volontà della nazione". Il testo esprimeva anche – sulla scorta del pensiero di Montesquieu – la concezione del "governo moderato" e della tripartizione

⁶⁶ La "legge governativa" fu scritta non tanto da giuristi quanto da "homines literati", statisti, ma anche da pubblicisti, letterati abituati – come specialmente Kollataj – all'uso della parola come strumento di lotta.

⁶⁷ Si riteneva infatti, che essa costituisse "il miglior mezzo dell'educazione politica, il quale senza dubbio avrebbe diffuso fra i cittadini la conoscenza e l'amore delle proprie leggi" ; cfr. A. Esmein, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa, 1921, p.443.

⁶⁸ Così per esempio si afferma che la sicurezza personale e la proprietà sono un "vero vincolo della società", la "pupilla della libertà". Altrove si afferma che "la camera dei deputati... sarà un tempio della legislazione", mentre i deputati "devono essere considerati rappresentanti della nazione intera, riunendo nelle loro persone il deposito della fiducia pubblica". Sullo stile e sul linguaggio della *Legge governativa* vedi S. Dubisz, *Komentarz stylistyczny do tekstu Ustawy rządowej z dnia 3 maja 1791 in Epoka Konstytucji 3 Maja*, Warszawa, 1983

dei poteri: “Il governo della nazione polacca dovrà essere composto di tre poteri (...), cioè: del potere legislativo (...) del potere esecutivo (...) e del potere giudiziario (...)”. Il principio del “governo moderato”, e specialmente quello dell’equilibrio dei poteri non fu però pienamente osservato dalla Costituzione, in quanto si considerava che fosse la camera dei deputati, investita della volontà nazionale, ad essere diventata de facto il corpo sovrano. Il principio della separazione dei poteri veniva qui adattato allo spirito tradizionale della libertà nobiliare, cosicché la sovranità del popolo si incarnava nella dieta nobiliare. Nonostante che pubblicistica e letteratura politica straniera e nazionale, permeate dagli ideali dell’Illuminismo, avessero contribuito ai mutamenti del sistema politico polacco, molte delle indicazioni e soluzioni da esse formulate non vennero adottate dalla Costituzione del 3 Maggio. Questo perché espressioni termini come “diritti naturali”, “separazione dei poteri”, “sovranità della nazione”, pur presenti nel pensiero costituzionale polacco, avevano frequentemente significato un po’ diverso da quello originale, occidentale, adeguandosi alle esigenze della società polacca. In tal modo le idee di Rousseau e di Montesquieu influirono nelle versione finale della Costituzione del 3 Maggio non attraverso il loro incorporamento letterale, ma adattate nelle loro concezioni di base alle circostanze concrete della Polonia della fine del XVIII secolo. Questo riguarda non solo le idee, ma anche le istituzioni concrete dell’ordinamento contenute nella Costituzione del 3 Maggio.

77. Conformemente alle tradizioni polacche, la Costituzione mantenne la struttura bicamerale della Dieta, che continuava ad essere composta dalla camera dei deputati e dalla camera dei senatori, quest’ultima presieduta dal re (non più considerato come uno degli ordini del parlamento e privato del diritto di sanzionare le leggi). Una posizione predominante all’interno della Dieta fu conferita alla Camera dei Deputati, “tempio della legislazione”, proclamata “sede della suprema autorità nazionale”, ottenendo la “preminenza” e la precedenza nella votazione delle leggi. Il Senato, composto da vescovi, palatini, castellani, ministri, perdette molte delle sue prerogative, ma ottenne il riconoscimento del diritto di voto sospensivo, che poteva comunque essere applicato solamente all’attività legislativa; le decisioni di carattere politico dovevano essere votate da tutta la Dieta⁶⁹.

78. I deputati, considerati rappresentanti dell’intera nazione, cessarono di essere vincolati dalle istruzioni ricevute dalle dietine, mantenendo il loro mandato per tutta la legislatura biennale. La Dieta, che poteva essere convocata con breve preavviso, diventò permanente, (“sempre pronta”)⁷⁰.

⁶⁹ In caso, di mancata approvazione del progetto da parte del Senato, la decisione definitiva era di competenza della Camera dei Deputati della successiva legislatura. In tutti gli altri casi, dopo l’approvazione della legge effettuata dalla Camera dei Deputati a maggioranza, l’ultima ratifica necessitava della maggioranza a camere riunite. Sull’argomento della riforma della Dieta vedi R. Laszewski, *Sejm polski w latach 1764-1793. Studium historyczno-prawne*, Warszawa, 1973.

⁷⁰ Le sessioni ordinarie dovevano svolgersi a Varsavia ed a Grodno, in omaggio alla Lituania. Furono inoltre definiti i casi in cui poteva essere convocata una sessione

Tra le varie misure intraprese dalla Costituzione con l'obiettivo di rendere il sistema parlamentare più funzionale fu quella dell'abolizione del liberum veto, che aprì la strada al voto maggioritario e rovesciò l'istituzione che aveva causato una profonda crisi del sistema parlamentare polacco. Da quel momento in poi l'opinione privata del singolo smise di pregiudicare la vita pubblica dell'intero paese. Furono inoltre abolite le competenze dell'autonomia locale delle dietine e soppressa la possibilità della istituzione della confederazione. Veniva stabilito, inoltre, che la Costituzione doveva essere soggetta a revisione ogni venticinque anni.

79. Gli autori della Costituzione, pienamente consapevoli che “la trascuranza di quello (del potere esecutivo) (...) elemento fondamentale ha colmato la Polonia di sciagure (...)”, regolarono le questioni concernenti il potere esecutivo in maniera puntuale. L'attenzione con cui i costituenti si occuparono di questo problema tradiva l'esistenza di un forte conflitto politico incentrato su tale elemento del sistema, un conflitto che si tentò di risolvere avvalendosi di formule molto puntuali che disciplinavano il rapporto tra il sovrano e i suoi ministri. I diritti e i doveri delle persone che ricoprivano le cariche pubbliche o le funzioni politiche furono stati delineati con una grande precisione.

80. Il supremo potere esecutivo, senza la cui buona organizzazione, “neanche il più perfetto governo può sussistere”, venne affidato al re e al suo consiglio, denominato Guardia delle Leggi, responsabile dei suoi atti di fronte alla Dieta⁷¹. Contrariamente a quanto avveniva in Francia, dove le riforme del sistema politico aspiravano all'indebolimento del potere monarchico assoluto, in Polonia, invece, la nuova costituzione consolidò il trono⁷². L'autorità e il prestigio del re furono rafforzati attraverso l'introduzione dell'ereditarietà del trono nonché mediante l'abolizione della libera elezione. La monarchia polacca diventava ereditaria “per persone ed elettiva per famiglie”⁷³. Grazie all'inserimento di questi due meccanismi fu possibile l'insediamento della dinastia sassone al trono. Quanto alla posizione del re, fu adottata la regola, ampiamente sperimentata nell'ambito costituzionale inglese, secondo la quale *rex regnat sed non gubernat* per cui il sovrano,

straordinaria, e precisamente in caso di guerra o di stipulazione di pace, durante tumulti interni, in caso di morte del sovrano e infine nel caso di dissidio tra il re e la *Guardia delle leggi*.

⁷¹ Tale organo era composto dal re, dal primate quale rappresentante del clero, dal presidente della Commissione dell'Educazione Nazionale, da cinque ministri, dal successore al trono e dal Presidente della Camera dei Deputati. Vedi J. Wojakowski *Straz Praw*, Warszawa, 1982.

⁷² Nonostante la riforma, anche nella nuova Polonia il potere esecutivo ha avuto attribuzioni assai ristrette. Esso non poteva modificare la ripartizione delle entrate che fu stabilita dalla Dieta né dichiarare guerra; non poteva concludere trattati o alcun atto diplomatico, perché per tutto ciò era indispensabile il concorso della Dieta.

⁷³ Visti i precedenti legami tra la *Respubblica* e la dinastia sassone di Wettin, la Costituzione sanciva che dopo la morte del re Stanislao Augusto, la corona polacca sarebbe andata a Federico Augusto, elettore sassone e i suoi successori.

impossibilitato a prendere iniziative personali, non rispondeva di alcuna sua azione, e la sua persona fu dichiarata "sacra e inviolabile"⁷⁴.

81. Il re, presidente a vita del suo generis Consiglio dei ministri, Guardia delle Leggi, prendeva decisioni dopo averne ascoltato le opinioni. Ogni suo atto giuridico, comunque, doveva essere controfirmato dal ministro competente, che in tal modo assumeva la piena responsabilità di fronte alla Dieta. Questa regola della controfirma ministeriale di ogni atto giuridico del re costituiva una novità assoluta nel costituzionalismo europeo. Nonostante l'esigenza della controfirma degli atti reali, il sovrano, in quanto capo dell'esecutivo, la cui volontà ebbe un ruolo prevalente in seno al governo, esercitava "il governo personale".⁷⁵ In Polonia non venne introdotto per intero il sistema inglese di governo parlamentare, anche se ne furono poste le basi⁷⁶. I dipartimenti ministeriali, nonché gli stessi ministri, dipendevano direttamente dal parlamento e dovevano godere della sua fiducia. Fu introdotta la responsabilità giuridica e costituzionale dei ministri per il loro operato non conforme alle leggi, nonché la loro responsabilità politica. In questo caso fu assegnato al re il compito di sostituire il singolo ministro su apposita delibera delle camere riunite, approvata a maggioranza dei due terzi.

82. La formulazione della responsabilità politica dei ministri, contenuta nella "Legge governativa" costituiva una novità assoluta nel continente europeo; tale principio, che nell'Inghilterra del XVIII secolo diventò fondamento del sistema di governo parlamentare formandosi attraverso una prassi quotidiana, non venne adottato né dalla costituzione americana né da quella francese. Nonostante l'inserimento della regola della controfirma e della

⁷⁴ In tal modo venne annullato l'antico principio secondo il quale la nobiltà poteva rifiutare l'obbedienza al re, qualora questi trasgredissero la legge fondamentale. Cfr. J. Lukowski *Towards the Ideal Constitution: Rousseau, Montesquieu and 3 May 1791 in Parliaments, estates and representation*, 1995, p.62.

⁷⁵ Sotto questo profilo la sua prerogativa somigliava a quella che una volta era prerogativa dei re inglesi. D'altra parte il monarca polacco venne privato per legge e non solo per consuetudine, di alcune prerogative che un re inglese invece possedeva, anche se di fatto non praticava in piena autonomia, come per esempio il diritto di sciogliere il parlamento prima della scadenza della legislatura. L'influsso del sistema del governo parlamentare inglese sulla Costituzione del 3 Maggio è stato analizzato da K. Baran, e A. Partyka. Cfr. K. Baran, e A. Partyka *Rozwoj angielskiego systemu rządu parlamentarnych a Konstytucja 3 Maja w Polsce* in *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace prawnicze*, Krakow, 1982, n. 97, p. 124-125; vedi anche S. Holdys, *Sejm polski i parlament angielski w XVI-XVIII wieku. Porównanie procedury* in *Przegląd Historyczny*, Warszawa, 1980, n.3

⁷⁶ Alcuni studiosi del costituzionalismo vedono nella struttura dell'autorità esecutiva promossa dalla Costituzione polacca la forte ispirazione del modello di governo inglese, formatosi nel corso del regno di Carlo II e Giacobbe II. Altri invece contestano tale tesi affermando che essa trova principalmente il fondamento nelle note simpatie pro-inglesi del sovrano polacco e non nella realtà. Vedi W. Konopczyński, *Rząd i Sejm w dawnej Rzeczypospolitej w Pamiętnik V Powszechnego Zjazdu Historyków Polskich w Warszawie* (28.11 – 4. 12 1930), Lwow 1930, p. 210-215.

responsabilità dei ministri, non fu introdotta l'istituzione dei gabinetti tout court, non esisteva pertanto l'esigenza di una politica omogenea del governo e neppure l'istituzione del primo ministro. La volontà del re continuò ad assumere l'importanza decisiva, anche se venne circoscritta da una serie di limiti⁷⁷.

83. Per un buon funzionamento dell'esecutivo furono create quattro commissioni: della polizia, che si occupava principalmente delle città; del tesoro, che tra le sue competenze comprendeva anche le questioni riguardanti lo sviluppo economico del paese, la costruzione delle strade e l'agricoltura; dell'esercito e dell'istruzione. Ognuna di essa era costituita generalmente 14 o 15 commissari eletti dalla Dieta; le commissioni del tesoro e della polizia furono integrate da sei plenipotenziari delle città.
84. All'uopo di sostituire le funzioni amministrative delle dietine e di agevolare l'amministrazione territoriale dello stato, fu istituita una vasta rete di uffici locali a livello dei voivodati, denominati Commissioni bona ordinis civile-militari, che furono subordinate gerarchicamente alla "Guardia delle Leggi". La Costituzione non si spinse però fino alla soppressione delle antiche divisioni territoriali, per cui, accanto ai riformati voivodati, continuavano a funzionare le antiche unità (terre e distretti) equiparate nella sfera giuridica ai voivodati.
85. La permanenza degli elementi del sistema precedente e la loro coesistenza con soluzioni moderne risulta evidente anche nella regolamentazione delle questioni riguardanti il potere giudiziario. Esso diventò indipendente dal potere legislativo e da quello esecutivo, mantenendo, tuttavia, il suo carattere cetuale: i proprietari terrieri, la borghesia e i contadini furono soggetti ognuno alla propria gerarchia giudiziaria. Fu ideata la nuova organizzazione dell'ordinamento giuridico uniforme in tutto il territorio ed annunciata l'urgenza della nuova codificazione dei diritti civili e penali, in quanto l'ultima "codificazione" dei diritti, realizzata nel XIV secolo, rispecchiava la struttura medioevale della società, superata ormai da tempo a causa della cambiata situazione socio-politica. Nel capitolo XI dedicato alle "Forze Armate della Nazione" l'incarico dell'atamano non venne neanche menzionato essendo considerato superfluo e soprattutto dannoso e come tale destinato alla scomparsa.

⁷⁷ Per quanto riguarda invece l'influenza delle istituzioni dell'ordinamento americano sulla Costituzione del 3 Maggio, essa viene costatata da alcuni autori. Per esempio, secondo B. Lesnodorski: "L'istituzione più interessante della costituzione americana, il "governo presidenziale", non venne accolta in Europa nella sua forma pura. Tuttavia sembra che una delle fonti della normativa polacca quella che dice che nel consiglio della Guardia delle Leggi (cioè un surrogato di governo) "la volontà del re (...) deve prevalere, perché una sia la volontà nell'esecuzione della legge", nonché il fatto che non vi è da noi un "primo ministro", non vi è un gabinetto vero e proprio, è da ricercare nell'ordinamento degli Stati Uniti". Cfr. B. Lesnodorski, *Dzielo sejmu...*, op.cit., p. 401-403.

IV. 2. Diritti e libertà nell'esperienza costituzionale polacca

86. Decisamente meno spazio fu dedicato dalla Legge Governativa alle questioni sociali.
87. La Costituzione conservò la struttura della società divisa in ceti nonché la posizione privilegiata della nobiltà. Diversamente dalla costituzione francese o dalle singole carte americane, la carta polacca non conteneva né una dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, né un capitolo appositamente dedicato a tali tematiche. Tale assenza fu da un lato il risultato del diverso punto di partenza delle riforme politico-sociali nel caso dell'ordinamento polacco e di quello francese (o delle monarchie assolute in genere), dall'altro fu l'effetto della diversa strada scelta dalla Polonia e dalla Francia per effettuare tali riforme: contrariamente alla rivoluzione francese che mirava al totale sconvolgimento il regime esistente, la "rivoluzione pacifica" polacca tendeva invece alla sua trasformazione evolutiva.
88. La Polonia, partendo dai privilegi della nobiltà polacca del XV secolo, era riuscita a costruire, nel XVI secolo, un regime originale nel quale la sovranità apparteneva alla nazione nobile, il re era limitato nelle sue competenze, e lo stato, secondo l'interpretazione ufficiale, era governato dalla legge. Nel corso del XVII secolo la nobiltà si era opposta a tutti i tentativi di restrizione delle proprie libertà politiche e di rafforzamento del potere regio. Nonostante la profonda crisi avvenuta a causa della degenerazione del sistema, la tradizione della libertà nella vita politica restò in Polonia molto viva anche nell'epoca della decadenza, influenzando profondamente la riforma costituzionale della fine del XVIII secolo. La circostanza che la nobiltà polacca godesse di numerosi privilegi e possedesse diritti individuali e libertà molto importanti⁷⁸ rendeva la situazione polacca completamente differente da quella francese. Un altro fattore importante che contribuì alle diversità fu legato al fatto che la Costituzione del 3 Maggio venne proclamata dall'assemblea che rappresentava unicamente il ceto privilegiato. I riformatori, ben consapevoli del fatto che i cambiamenti politici, se fossero stati accompagnati da riforme socio-politiche di largo respiro, avrebbero suscitato una forte opposizione delle masse conservatrici mettendo in pericolo l'intera riforma, preferirono percorrere una strada diversa da quella francese. Visto che il bisogno primario dello stato polacco dell'epoca era la salvaguardia della sovranità nazionale e dell'integrità territoriale si cercò inizialmente di consolidare il potere dello stato e la sua indipendenza, per passare più tardi alle riforme sociali più radicali. Nella specifica situazione polacca le tradizioni della

⁷⁸ Tra cui si possono annoverare quelli concernenti il diritto e la procedura penale con la celebre massima *neminem captivabimus*, una libertà quasi illimitata di parola e di pubblicazione, la definizione molto restrittiva del concetto di *crimen laese maiestatis* imposta dalla Dieta del 1588, e inoltre un'assenza quasi assoluta dei processi politici, così tipici per i regimi di monarchia assoluta

libertà nobiliare e lo sviluppato sistema della loro tutela offrivano ai riformatori una valida struttura su cui costruire il nuovo sistema dei diritti e delle libertà. Diversamente che nei paesi governati dal sovrano assoluto, non si doveva, dunque costruire ex novo il sistema delle libertà e della tutela dei diritti, giacché bastava semplicemente utilizzare quello delle libertà nobiliari già esistente, allargandolo agli altri ceti. Questa, infatti, fu la modalità delle riforme sociali assunta dalla Costituzione del 3 Maggio, le riforme indubbiamente ancora insufficienti per determinare la reale trasformazione della struttura sociale polacca nella struttura caratterizzata dall'eguaglianza giuridica dei soggetti, tipica per lo stato moderno⁷⁹, ma che lo stesso costituivano un buon punto di partenza per i successivi cambiamenti⁸⁰.

89. Nonostante rimanesse in piedi la divisione della società in ceti e garantita la posizione privilegiata della nobiltà, furono fortemente ampliati i diritti della borghesia e alla vasta popolazione rurale fu promessa solennemente “la protezione del diritto e del governo nazionale”, senza però modificare in maniera sostanziale la sua condizione.

90. L'articolo II della Costituzione polacca riaffermò le garanzie e i diritti in precedenza riconosciuti alla nobiltà⁸¹, definendoli come “irremovibili” per cui

⁷⁹ Anche se la rivoluzione polacca non era andata tanto lontano quanto la rivoluzione francese che aveva reso tutti i ceti eguali di fronte alla legge, ha però messo in crisi l'esclusività dei diritti nobiliari, risvegliando la speranza di uguaglianza anche per gli altri ceti. In questo senso la *Legge governativa* aveva un carattere rivoluzionario. Lo hanno capito tutti, non solo i suoi sostenitori, ma anche gli avversari. È significativo che i sostenitori della “Targowica” e i loro potenti protettori vedessero nella Costituzione del 3 Maggio soprattutto un evento rivoluzionario.

⁸⁰ Come dimostrano i vari scritti politici, i sostenitori delle riforme furono profondamente convinti della necessità della realizzazione della “seconda tappa” della riforma: dopo aver raggiunto la stabilizzazione della nuova struttura politica si sarebbe dunque proceduto con le riforme socio-economiche. Per questo i riformatori iniziarono a lavorare ad un progetto di costituzione economica che affrontasse la questione dei rapporti di proprietà, gli investimenti, la protezione della forza del lavoro e un “diritto di possesso perpetuo” della terra per i contadini: le *corvées* dovute ai signori avrebbero assunto la forma di contratti, sotto la protezione del governo. A questo sarebbe seguito un piano di riforma comprensiva riguardante la comunità ebraica. Cfr. H. Kollataj *Discorsi parlamentari (1791-1792)* in *Kodeks Stanisława Augusta. Zbior dokumentow* a cura di S. Borowski, Warszawa 1938, p. 9-19

⁸¹ L'articolo II della Costituzione recita: “Rispettando la memoria dei nostri antenati, i fondatori del libero governo, garantiamo al ceto nobiliare tutte le libertà e la posizione primaria nella vita privata e pubblica, in maniera particolare invece, i diritti, gli statuti ed i privilegi concessi a tale ceto da parte di Casimiro il Grande, Lodovico d'Angiò, Ladislao Jagiello e Witold, suo fratello, il Grande Principe Lituano, oltre che da parte di Ladislao e Casimiro Jagiellonczyk, di Giovanni Alberto, Alessandro e Sigismondo Primo fratello, di Sigismondo Augusto, dell'ultima linea di Jagelloni, giustamente concessi e secondo le leggi, li confermiamo, garantiamo e consideriamo come inviolabili. Garantiamo la dignità del nobile a tutti i livelli del suddetto ceto sociale. Riteniamo tutti i nobili uguali tra di loro, non solo nel partecipare alle nomine per le cariche, o nel rendere servizio alla Patria, che porta l'onore, la fama ed utilità, ma anche nel godere dei privilegi e delle prerogative garantite a tale stato. Ma soprattutto, vogliamo garantire e garantiamo la sicurezza e la

esclusi da qualsiasi modifica, persino ad opera della Dieta⁸². Malgrado la carta costituzionale garantisse l'uguaglianza all'interno del ceto nobiliare, la legge relativa alle dietine stabilì che il diritto al voto, prerogativa di tutta la nobiltà, per la prima volta sarebbe stato fondato anche sul censo, non dipendendo più solamente dal privilegio del sangue⁸³. Il diritto elettorale attivo veniva infatti garantito a tre categorie dei nobili: a coloro che possedevano una proprietà ereditaria qualsiasi e che pagavano una tassa, indipendentemente dal valore di questa, ai loro figli maschi, purché non emancipati economicamente durante la vita dei genitori; a usufruttuari della proprietà lasciata in pegno, purché pagassero la tassa quantificata in un decimo della quota, non inferiore quest'ultima a 100 zloty. Non potevano votare i minori di 18 anni e la nobiltà che pagava affitto o qualsiasi altra forma di pagamento per usufrutto delle terre private. Il diritto elettorale passivo per le dietine, nonché per tutti gli uffici elettivi, era riservato solamente alla nobiltà titolare della proprietà ereditaria.

91. L'approvazione delle norme che privavano la nobiltà non possidente dei diritti politici aveva provocato numerosi contrasti: nonostante il riconoscimento della necessità di colpire la supremazia dei magnati togliendogli l'appoggio della loro "clientela" (abilmente da essi utilizzata nella lotta per il potere) si contestava tale soluzione per il suo carattere fortemente antidemocratico⁸⁴.

libertà personale, nonché il diritto di proprietà mobiliare e immobiliare, come da secoli a tutti viene riconosciuto; disponiamo che, contro il diritto di proprietà non sarà riconosciuta alcuna eccezione nella legge, il più alto potere statale ed il governo creato con questa Costituzione, non potranno rivendicare nulla con il pretesto di *iurium regaliū*, o con qualsiasi altra argomentazione, contro l'intera proprietà dei cittadini o solo parte di essa. Per questo motivo, la sicurezza personale e qualsiasi proprietà spettante a chiunque per legge, dichiarandole come il vero nodo della società e come la pupilla delle libertà, rispettiamo, garantiamo e confermiamo.

Consideriamo la nobiltà come il primo difensore delle libertà e della Costituzione. Alla virtù, alla cittadinanza ed all'onore di ogni nobile affidiamo il rispetto della sacralità della Costituzione, la sua preservazione, in quanto essa è l'unico baluardo della Patria e delle nostre libertà".

⁸² Vedi la decisione della "Dieta costituzionale extra ordinaria" del 1791, art. VI, p. 2 e 3, *Volumina Legum*, p. 242: "Uno dei principali compiti della Deputazione costituzionale consisterà nel vigilare affinché alcun progetto presentato non contenga nulla che possa violare i diritti inviolabili o i *pacta conventa*. (...) Qualora il progetto presentato contenga proposte che violano i diritti inviolabili o i *pacta conventa*, la Deputazione costituzionale, ordinerà agli autori di tale progetto o di ritirarlo o di modificare la parte in questione".

⁸³ È significativo che uno dei padri costituenti, Hugo Kollataj, chiedendo l'introduzione in Polonia del censo in base alla proprietà dei beni accanto a quello della nascita adoperava argomenti che ricordavano *in toto* le argomentazioni degli oratori dell'Assemblea Nazionale francese: il proprietario terriero è legato alla terra, e pertanto curerà con più forza – se non altro per proprio interesse – il bene del paese. Cfr. H. Kollataj, *Listy Anonima i prawa polityczne narodu polskiego*, Warszawa, 1954, p. 328-330.

⁸⁴ Per comprendere l'importanza di tale decisione si possono consultare ad esempio le statistiche elaborate da Korzon, secondo le quali nel 1791 i possidenti costituivano circa il 44% della nobiltà polacca, composta da 725 mila unità; cfr. T. Korzon, *op. cit.*, p.320. Sull'argomento si veda anche Z. Szczaska, *Pierwsza ustawa zasadnicza Rzeczpospolitej*,

92. Per quanto riguarda il ceto borghese la Costituzione, confermando e incorporando la Legge sulle città del aprile 1791, introdusse significativi cambiamenti nell'organizzazione delle città e nelle condizioni socio-politiche dei loro abitanti, non sufficienti, però, a garantire alla borghesia una reale eguaglianza giuridico-politica nei confronti della nobiltà. Per evitare il rischio di eventuali contestazioni nobiliari di fronte all'allargamento delle prerogative della borghesia, tale normativa fu prospettata dall'articolo III della carta costituzionale come legge che doveva servire gli interessi della nobiltà⁸⁵. Conformemente a tale legge, ogni borghese era considerato libero cittadino, venendogli anche riconosciuto il possesso di terre, case e campagne, che gli appartenevano. Alcuni privilegi precedentemente riservati alla sola nobiltà furono estesi alla borghesia, come per esempio il principio *neminem captivabimus nisi iure victum* (che proteggeva dall'arresto arbitrario), il diritto di acquistare le terre, la possibilità di occupare cariche amministrative, giudiziarie, ecclesiastiche (limitati però ai soli livelli inferiori della carriera), nonché la possibilità di conseguire il rango d'ufficiale nell'esercito. Un'amministrazione autonoma uniforme conquistata dalle città portò de facto alla totale perdita della loro indipendenza, dato che con questa riforma, l'autonomia comunale venne ulteriormente ridotta ed assoggettata ad un forte controllo da parte della Commissione della polizia, composta prevalentemente dai nobili.

93. Si approvò un nuovo sistema giudiziario per le città stabilendo che tutti coloro che vi risiedevano, indipendentemente dal loro status sociale, dovessero essere sottoposti alla legge municipale. I centri urbani in cui furono istituite le nuove corti di appello municipali avevano il diritto di eleggere un loro rappresentante, scegliendo il plenipotenziario tra gli abitanti possidenti, borghesi o nobili⁸⁶. Questi rappresentanti, a loro volta, venivano eletti in Dieta quali membri delle Commissioni di polizia e del tesoro, attraverso le sessioni provinciali. Anche le municipalità dovevano essere rappresentate presso le commissioni regionali *boni ordinis* e nella Dieta. In qualità di componenti delle commissioni, i plenipotenziari potevano esprimere un parere vincolante solo sulle questioni concernenti le città ed il commercio, non avendo, invece, nessuna influenza sulle questioni generali del Paese. Un cittadino poteva essere nobilitato prestando servizio come plenipotenziario, o in base alla promozione al grado di capitano o a una

in *Konstytucje Polski. Studia monograficzne z dziejow polskiego konstytucjonalizmu* a cura di M. Kallas, Warszawa, 1990, vol. I, p.49.

⁸⁵ L'articolo III della Costituzione stabiliva: "Riteniamo la legge approvata da questo Parlamento, dal titolo *Le città nostre regie libere negli stati della Respublica*, nella sua totalità come parte integrante di questa Costituzione, come diritto della libera nobiltà polacca, per la sicurezza delle sue libertà e per l'integrità della patria comune, conferendole una forza nuova, vera ed efficace".

⁸⁶ Seguendo il modello nobiliare la legge prevedeva la suddivisione degli abitanti delle città in due categorie di persone: possidenti e non possidenti. L'appartenenza ad una delle suddette categorie garantiva il godimento di determinati diritti, per esempio il diritto elettorale attivo e passivo costituiva prerogativa dei possidenti.

carica giudiziaria o amministrativa equivalente, o mediante l'acquisto di una proprietà fondiaria, o con uno speciale decreto della Dieta, secondo un sistema di aliquote annue.

94. Tali riforme, che costituivano indubbiamente un importante, seppur parziale progresso, riuscivano a soddisfare le ambizioni dell'élite borghese, e nello stesso tempo, ad arricchire il ceto nobile con elementi più attivi ed intraprendenti della borghesia. Determinata dalla "pacifica rivoluzione", frutto del riformismo nobile, la formazione dell'alleanza tra la nobiltà media e la borghesia, si realizzò non attraverso l'emancipazione di quest'ultima, bensì per la sua graduale integrazione con il ceto nobile, dovuta anche al fatto che la riforma costituzionale, anziché abolire i privilegi, cercava di renderli comuni.

95. La questione contadina, fondamentale per la formazione della moderna nazione polacca, venne regolata dalla Costituzione in maniera piuttosto generale; facendo costante riferimento alle elaborazioni della fisiocrazia essa definiva "il popolo agricolo" quale "componente maggiore della nazione e quindi anche la forza più valorosa del Paese"⁸⁷. Nonostante la nota avversione nobile nei confronti di ogni progetto di riforma inteso ad abolire o a limitare le corvées dei contadini, i padri costituenti avevano intrapreso un tentativo di riallacciare il legame diretto tra il contadino e lo Stato, interrotto in passato a causa della servitù della gleba, convincendo la nobiltà che, nel nome dei valori di giustizia, di umanità e di dovere cristiano, lo stato polacco avrebbe dovuto porre i contadini sotto la protezione della legge e garantire loro la tutela del governo. La prescrizione dell'articolo IV, che stabilì che la popolazione rurale veniva posta "sotto la protezione della

⁸⁷ L'articolo IV della Costituzione affermava: "Il popolo agricolo, che produce con le sue mani la più importante ricchezza del Paese, che costituisce la componente maggiore della Nazione e quindi anche la forza più valorosa del Paese, per la giustizia, l'umanità, ed il dovere cristiano, nonché per il nostro interesse, poniamo sotto la protezione del governo, disponendo che: da questo momento in poi, qualsiasi libertà, concessioni o contratti stipulati tra i proprietari ed i contadini, oppure tra i proprietari e le comunità agricole, o infine tra i proprietari ed i singoli abitanti delle campagne, dovranno creare i doveri comuni e reciproci, secondo quanto previsto da tali atti, ed inoltre, sono posti sotto la tutela del governo. Sia i suddetti contratti, che i doveri da essi scaturiti, assunti volontariamente da un proprietario, dovranno vincolare non solo quest'ultimo ma anche i suoi successori, nonché gli eventuali acquirenti, escludendone la possibilità di una loro modifica unilaterale. I contadini, una volta liberamente stipulati i contratti, o accettate le concessioni e gli obblighi da essi derivanti, non potranno ritenersi liberi, se non rispettando tutte le condizioni secondo le procedure definite in tali provvedimenti. Garantendo così ai proprietari tutti i benefici a loro spettanti da parte dei contadini ed avendo a cuore la crescita della popolazione, dichiariamo liberi, non solo tutti coloro che arrivano in Polonia per la prima volta, ma anche tutti quelli che in passato avevano deliberatamente abbandonato il Paese ed adesso dimostrano il desiderio di tornare. Le suddette persone sono libere di stabilire la loro dimora, sia in campagna che in città, di scegliere il tipo di occupazione, nonché di stipulare i contratti di locazione, di lavoro o di affitto, inoltre di decidere se rimanere in Polonia o di tornare nel Paese di origine in qualsiasi momento, una volta adempiuti gli obblighi derivanti dai contratti liberamente stipulati".

legge e la tutela del governo”, nonché la risoluzione secondo cui qualunque accordo liberamente stipulato fra un proprietario terriero e il contadino sarebbe divenuto vincolante per entrambe le parti e soggetto al controllo governativo, aprivano quindi la strada ad una certa ingerenza degli organi statali nei rapporti tra summenzionati soggetti⁸⁸. Non fu invece conseguita dalla Legge governativa la tanto auspicata abolizione della servitù della gleba⁸⁹, con conseguenze negative che si protrassero per lunghi decenni e segnarono i risultati della lunga lotta per la libertà e l'indipendenza, dovuta dalla cancellazione della Polonia alle mappe dell'Europa avvenuta alla fine del Settecento.

96. Per molteplici ragioni politiche⁹⁰, la Costituzione del 3 Maggio, diversamente dalla carta francese o dalle singole carte americane, non conteneva, come si è prima ricordato, né la Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, né dedicava a tali tematiche alcun capitolo. Ciononostante essa e le leggi che la seguirono e la completarono, avevano comunque apportato, seguendo la tradizione delle libertà storiche della nobiltà, un certo numero di importanti diritti umani.

97. Malgrado le restrizioni riguardanti l'ambito dei titolari di tali diritti, conseguenza della conservazione della struttura cetuale della società polacca e della mancata uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge, le riforme costituzionali realizzarono la gran parte dei principi contenuti nella Dichiarazione francese, che garantiva innanzitutto la tutela della libertà del cittadino, inviolabilità della persona e della proprietà privata e inoltre i principi fondamentali del sistema politico (tra cui la sovranità popolare e la divisione dei poteri).

98. Il regime della legalità (il “governo della legge”) proclamato dalla Costituzione del 3 Maggio, implicava innanzitutto l'obbligo dello stato di garantire la sicurezza di persona ai tutti gli abitanti del Paese, contadini inclusi. Tutte queste persone erano infatti sottoposte alla tutela dello Stato e della legge.

⁸⁸ L'articolo IV conteneva inoltre il provvedimento riguardante il pieno godimento della libertà di stabilire il proprio domicilio e di scegliere il tipo di occupazione concesso a tutti gli stranieri ed ai contadini polacchi colpevoli in passato di aver abbandonato le terre. Varato per invogliare i contadini delle potenze vicine a stabilirsi in Polonia, esso aveva però portato anche i risultati negativi, stimolando molti contadini polacchi ad abbandonare la terra e fuggire per un certo periodo di tempo in modo da ottenere, dopo il ritorno, il cambiamento dello proprio status, previsto dalla legge fondamentale.

⁸⁹ Nonostante il disposto dell'articolo IV la servitù della gleba persisteva. Essa venne gradualmente liquidata sui territori appartenenti alla spartizione prussiana negli anni venti del XIX secolo, invece in Galizia fu abolita nel 1848; infine, nella maggior parte delle terre polacche incorporate nella Russia scomparve solo nel 1861-1864. Cfr. J. Lojek, *Geneza polityczna Ustawy Rzadowej*, Lublin, 1981, p. 40

⁹⁰ In primo luogo per non provocare i timori e le reazioni negative della parte conservatrice dell'opinione pubblica interna e di quella delle potenze vicine.

99. Tra i diritti e libertà dei cittadini che sono stati riconosciuti impliciti o espliciti dalla Costituzione e dalle altre disposizioni della Grande Dieta fu proclamata in primo luogo la libertà di coscienza e del culto. Seguendo la strada della tradizionale tolleranza religiosa, fortemente radicata nell'esperienza dell'Unione polacco-lituana, l'articolo I della Costituzione dichiarava la libertà del culto e "pace nella fede" e garantiva la tutela dello Stato a tutte le persone indipendentemente dalla loro confessione⁹¹. Tale affermazione non sanciva l'assoluta uguaglianza dei culti, dato che la religione cattolica, tradizionalmente dominante, era riconosciuta come quella di Stato. Il fatto che le disposizioni che assegnavano particolari diritti alla Chiesa cattolica e garantivano ai cittadini la libertà religiosa furono collocati all'inizio della carta, rivelava una particolare importanza assegnata dalla società polacca a questi argomenti, e costituiva una riconferma giuridica della posizione privilegiata di cui godeva il ceto ecclesiastico in Polonia⁹².
100. A parte la libertà del culto, venne garantita anche l'inviolabilità personale della nobiltà e della borghesia possidente nonché la tutela della proprietà appartenente a questi due gruppi sociali. Essa veniva inoltre riconfermata dalla legge relativa alla Commissione di polizia, la quale definendo i limiti del potere di tale commissione, le proibiva di violare "le libertà e le proprietà dei cittadini garantite dalle leggi della Respublica"⁹³
101. Nonostante la struttura cetuale della società avesse reso impossibile l'introduzione dell'eguaglianza degli cittadini davanti alla legge, i progetti di codificazione del diritto penale e di procedura penale, in via di preparazione, prevedevano l'eliminazione degli ordini giuridici separati e la creazione del sistema del diritto penale uniforme per tutti, indipendentemente dall'appartenenza cetuale. Un allargamento considerevole delle garanzie della sicurezza personale, avvenuto attraverso l'estensione del famoso principio *neminem captivabimus nisi iure victum* agli abitanti delle città, fu successivamente ampliato attraverso l'interpretazione delle norme costituzionali da parte della Commissione della polizia, la quale, in risposta al memoriale dei plenipotenziari del popolo ebraico stabilì infatti, che "la tutela della legge secondo le disposizioni della Costituzione del 3 Maggio si estendeva a tutti gli abitanti del Paese. La Commissione non rilevava nessuna eccezione a tali regole nei confronti della popolazione ebrea e dichiarava che il principio *neminem captivabimus nisi iure victum*, *salve recens crimen*, doveva essere applicata anche in questo caso"⁹⁴.

⁹¹ L'articolo I della Costituzione affermava: "La religione cattolica, sacra, romana con tutte le sue leggi è e sarà la religione dello Stato, la conversione ad altri culti è vietata, pena apostasia. Siccome la religione ci prescrive di amare il prossimo, quindi, tutte le persone, indipendentemente dal loro culto, garantiamo la pace nella fede e la tutela del governo. Per questo motivo a tutti i culti garantiamo la tolleranza religiosa, secondo le leggi di questo Paese".

⁹² Così p.e. A. Ajnenkiel, *Polskie konstytucje*, Warszawa, 1991, p.65

⁹³ Cfr. la *Legge sulla Commissione di polizia*, art.III, p.1, VL p.278

⁹⁴ Cfr. T. Korzon *op. cit.*, p. 231.

102. La Legge sui tribunali della Dieta offrì ulteriori garanzie ai cittadini, salvaguardando il loro diritto alla libertà di pensiero, di parola e di stampa disponendo che: “Qualunque cosa il cittadino della libera nazione dice, scrive, stampa, fa oppure intende fare secondo le modalità previste dalle leggi, ovvero non proibite da esse, – tutto ciò non verrà mai definito con lo spregevole nome di congiura o di ribellione”⁹⁵.
103. La Legge sulla Guardia delle Leggi stabiliva, invece, che qualsiasi decisione adottata da questo organo doveva ritenersi contraria alla legge se violava la Costituzione, la libertà personale, la libertà di stampa e di proprietà⁹⁶. In tal modo anche la “libertà della parola”, fino a quel momento prerogativa nobiliare, diventò diritto di portata universale, assumendo sempre nuove forme e ottenendo le successive garanzie⁹⁷.
104. Gli autori della Costituzione, consapevoli che la strada per la costruzione della moderna società dei cittadini porta attraverso l’allargamento della stessa idea di patria, che non poteva più essere ridotta a quella esclusivamente nobiliare, introducevano nella carta costituzionale disposizioni che dovevano facilitare l’avvio del processo di trasformazione del tradizionale concetto di nazione fino a quel momento intesa quale nazione nobiliare. Rendendosi conto della forte resistenza della nobiltà, gelosamente attaccata ai suoi privilegi, ritennero che l’unico modo per costruire un sistema privo di divisioni cetuali era quello di diffondere la consapevolezza dell’esistenza dei doveri comuni nei confronti del Paese.
105. A tale fine dovevano contribuire le disposizioni riguardanti il dovere di difendere la patria previste dall’articolo XI della Costituzione, che stabiliva: “tutti i cittadini sono difensori dell’integrità e della libertà nazionali”, nonché quelle, contenute nello stesso articolo, che affermavano: “l’esercito non è nient’altro che la degna forza difensiva tratta dalla forza generale della nazione”⁹⁸.

⁹⁵ Cfr. la *Legge sui tribunali della Dieta*, del 28.05.1791, art. IX, VL, p.289

⁹⁶ Cfr. la *Legge sulla Guardia delle leggi*, art. IV, comma 4, VL IX, p.269: “Ogni decisione della Guardia sarà considerata contraria alla legge se violerà la Costituzione della *Respublica*, nonché la libertà personale, la libertà della parola, stampa e infine, la proprietà”.

⁹⁷ Fu tra l’altro stabilito che uno dei compiti della Commissione di polizia fosse quello di garantire la libertà di scrittura e stampa nel rispetto delle norme e secondo le condizioni stabilite dalle leggi. Cfr. la *Legge sulla Commissione di polizia*, VL IX, p. 279

⁹⁸ Cfr. l’articolo XI della Costituzione: “La Nazione deve assicurare da sé la difesa della sua integrità contro le aggressioni. Pertanto, tutti i cittadini sono difensori dell’integrità e delle libertà nazionali. L’esercito non è nient’altro che la degna forza difensiva tratta dalla forza generale della Nazione. Il popolo deve all’esercito rispetto perché questi si dedica alla sua difesa. L’esercito deve difendere le frontiere e garantire la tranquillità, in altre parole, deve essere un forte scudo per il popolo. Affinché tale funzione si possa realizzare, l’esercito deve obbedienza al potere esecutivo, secondo la legge, e prestare giuramento di fedeltà alla Nazione ed al Re, nonché di difesa della Costituzione. Le Forze Armate possono

106. La coesistenza delle nuove tendenze politico-sociali con gli elementi tradizionali del sistema politico caratterizzava, tra l'altro, lo stesso concetto di nazione elaborato dalla Costituzione. Nonostante ciò la carta costituzionale mostrava, ancora una volta, il contemperamento di vecchio e di nuovo laddove nell'articolo II, le parole "libertà cittadine" significavano solo quelle nobiliari, e il termine "cittadino", preso in prestito dal vocabolario della rivoluzione francese, non si rivolgeva solo ai nobili, ma alla totalità della popolazione⁹⁹.
107. L'opera della Grande Dieta nell'ambito dei diritti e delle libertà cittadine, malgrado concettualmente lontana dalle radicali formule della Dichiarazione francese del 1789, poneva le basi della trasformazione della società cetuale nella società moderna, nonché della futura costruzione dello stato "governato dal diritto".
108. Nonostante la presenza di lacune, i principi elaborati dalla Costituzione sono riusciti ad impregnare gran parte della mentalità moderna e hanno prodotto un potente stimolo verso una società realmente fondata sull'uguale dignità di tutti i suoi componenti. Il suo grande merito fu quello di eliminare i più evidenti difetti del sistema politico precedente, di creare un potere esecutivo forte ed efficiente, nonché di estendere una parte dei diritti e delle libertà nobiliari sul ceto borghese e di sottoporre il popolo agricolo alla tutela della legge. In essa si trovò infatti una risposta opportuna ai nuovi problemi individuali e sociali emersi dai sentimenti e bisogni nazionali nonché dalle nuove tendenze europee e mondiali.
109. La legge fondamentale polacca destò grande interesse e trovò una forte risonanza nell'opinione pubblica del tempo e nella stampa europea. Il suo testo fu tradotto in molte lingue straniere. Numerosi sovrani l'accosero con il benevolo interesse. Il papa Pio VI mandò la sua benedizione per il paese e per il re. L'imperatore austriaco Leopoldo II espresse pubblicamente il suo riconoscimento per il contenuto della Costituzione. Le sue congratulazioni inviò anche il re della Prussia, Federico Guglielmo. Il futuro presidente degli Stati Uniti, Thomas Jefferson, scrisse che il mondo aveva ricevuto tre costituzioni degne di essere ricordate e rispettate, annoverando tra queste la costituzione americana, polacca e francese. Edmund Burke commentò che la costituzione polacca era probabilmente la forma più pura di bene pubblico di cui il genere umano avesse mai goduto, mentre la stampa europea la definì un miracolo.
110. La Costituzione del 3 Maggio, nonostante la sua breve vita ha lasciato un'impronta indelebile nella vita della nazione e del

essere impegnate per la difesa generale del Paese, per la tutela delle frontiere, oppure per far rispettare la legge, qualora ci fosse qualcuno non disposto ad eseguirla".

⁹⁹ Essa inoltre (l'art. IV) affermò chiaramente: "Il popolo agricolo, ... che costituisce la componente maggiore della Nazione". Si trattava quindi dell'applicazione estensiva dei termini il "cittadino" e la "nazione".

costituzionalismo polacco. Essa non chiudeva ma piuttosto apriva il processo riformatore. Il suo ricordo ha riempito di validi contenuti politici e patriottici l'operato dei riformatori del secolo consecutivo, rimanendo per loro un fermo e costante punto di riferimento¹⁰⁰. La Legge governativa costituì non soltanto il coronamento degli sforzi riformatori e innovativi dell'epoca dell'illuminismo e del razionalismo, ma divenne anche l'espressione delle aspirazioni della nazione polacca a vivere in un paese moderno, libero e sovrano.

111. Frutto di un lungo processo storico e della consapevole volontà riformatrice del ceto nobile che in nome della difesa della libertà e dell'indipendenza della Polonia, per il bene pubblico rinunciò spontaneamente a molti privilegi e a molti diritti tradizionali dimostrando così la propria maturità politica e cittadina, essa, subito dopo la sua proclamazione assunse un valore fortemente simbolico entrando in maniera permanente nella coscienza collettiva dei Polacchi e diventò una sorte del mito al quale si sarebbero richiamati tanti altri progetti di riforme politico-istituzionali¹⁰¹.

112. Il suo notevole risultato riformatore che aveva creato basi solide per il funzionamento e sviluppo dello Stato polacco, non riusciva, tuttavia, a salvaguardare l'indipendenza della Polonia, che invasa da parte dei vicini, veniva cancellata per 123 anni dalle mappe d'Europa. Svolgendo il ruolo del elemento conservatore della memoria dell'indipendenza, utile per la sopravvivenza della Nazione priva della propria organizzazione statale, la Costituzione del 3 Maggio contribuì alla rinascita della Polonia, la quale, dopo aver riacquisito l'indipendenza, le ha dimostrato riconoscenza facendone esplicito ricorso nel preambolo della sua Costituzione del 1921.

¹⁰⁰ Come osservò lo scrittore e il riformatore H.Kollataj, "la *Legge governativa* era rimasta viva fino ai giorni nostri, perché ne era rimasto vivo lo spirito. La sua importanza non era dovuta alla rilevanza politica o al valore delle singole disposizioni, ma al fatto che il Sejm, con l'approvazione della nobiltà, si era spogliato dei vecchi privilegi, facendo prevalere l'amor patrio sull'egoismo del ceto e dei singoli, impedendo che il lavoro di coloro che si erano impegnati fino all'ultimo, svanisse nel nulla". Cfr. H Kollataj *O ustanowieniu i upadku Konstytucji 3 maja*, Paryz 1868 p.459. Vedi anche Cfr. A. Zahorski, *Geneza i tradycja Konstytucji 3 Maja in Epoka Konstytucji 3 Maja*, Warszawa, 1983, p. 17-19

¹⁰¹ Come scrisse un famoso storico polacco: "La Costituzione non è entrata in vigore ma è entrata nei cuori e ha preparato la nazione polacca ai radicali cambiamenti che si dovevano verificare nel futuro". Cfr. P. Popiel "*Powstanie i upadek Konstytucji 3 maja*" w "*Pisma*", Krakow 1893, v.I p.76

JEAN JACQUES BURLAMAQUI AND THE THEORY OF SOCIAL CONTRACT

Raúl Pérez Johnston

I. INTRODUCTION.

II. THE STATE OF NATURE. PRIMITIVE SOCIETY BOUND BY NATURAL LAW.

III. THE COMPACTS.

3.1.- The first compact. Necessity of abandoning the state of nature to evolve to an association, creating the body of the nation and the objectives of the same: the pursuit of happiness.

3.2.- The Fundamental Compact. The creation of the State and the constitution, and establishment of the form of government.

3.3.- The third compact: Designation of the rulers.

IV. THE CONSEQUENCES OF THE SOCIAL CONTRACT. LIMITED GOVERNMENT UNDER CERTAIN PARTICULAR RULES AND PRINCIPLES.

4.1.- Definitive abandonment of the state of nature, popular sovereignty and the right of resistance.

4.2.- Representative government, limited government – delegated powers, and separation of powers.

4.3.- The respect of negative rights (non harmful portion of the state of nature) while asserting social (positive) rights to assure the end of the association and the rule of law.

4.4.- Supremacy of the constitution, the need for an institutional guardian of the constitution and judicial review.

V. BURLAMAQUI AND THE FOUNDING ERA.

VI. CONCLUSION.

I. INTRODUCTION

1. Jean Jacques Burlamaqui (1696-1748), a Swiss legal scholar, is one of the most interesting enigmas of political science and the law: while some others recollected undeserved fame, he, deserving at least some, has fallen into oblivion. This, despite having developed an original and revolutionary line of thoughts that comprised not only most of the great institutions of XVIII and XIX century constitutionalism, but also, more contemporary ideas like that of social rights, to give but an example. Scholarship doesn't seem to give much credit to this author, and has concentrated in studying other "more traditional" authors of the time like Hobbes, Locke, Montesquieu or Rousseau, who none of them seem to have had a system of political ideas as complete as Burlamaqui did.

2. And yet, paradoxically, Burlamaqui is a member of that group of natural law thinkers that fascinated constitution makers, not only in continental Europe, but most importantly, in the United States, influencing directly some of the most

prominent framers of the American Constitution.¹ This being so, the understanding of Burlamaqui's ideas, particularly on the social contract, becomes fundamental, since it not only does provide us with a taste of the original understanding of the early texts and debates surrounding the American Constitution, but also, perhaps, how they ought to be interpreted then, and now, if we can show that Burlamaqui's ideas are still at the heart of the debate around contemporary constitutions.²

3. This having been said, it is important to realize that Burlamaqui came from a patrician background of protestants that had taken the refuge in Geneva after escaping religious persecutions in Italy and France; his grandfather was a protestant pastor in Grenoble and Geneva, as well as a writer, and his father, who undertook partially the education of his son, was a professor of law, Counselor and Secretary of State in his natal Geneva. Also, the young Jean Jacques studied law in one of the major law schools of his time: the University of Geneva. Founded in 1559 by Jean Calvin, this university became the shelter of every brilliant mind in the continent who suffered from political or religious persecution in catholic countries. This would definitely shape the mind of young Burlamaqui into forming a very particular line of thought, deeply influenced by the political ideas of the Reformation.
4. Let us remember also that Burlamaqui was a very studious person, a habit which led him to read and comment on all the major authors in political theory of his time. Among the ones he mastered with particularity and special interest were Grotius and Pufendorf, which came to his knowledge thanks to the friendship he developed with his contemporary, Jean Barbeyrac, a French

¹ The inclination of the framers by the political theories resting on natural law concepts can be summarized by the fact that "[t]he history of American constitutional jurisprudence has been marked by a persistent fascination with the idea of natural law." GARY L. MCDOWELL, *THE LIMITS OF NATURAL LAW: THOMAS RUTHERFORTH AND THE AMERICAN LEGAL TRADITION*, 37 *Am. J. Juris.* 57 (1992). The reason for this would seem to be that "[t]his springs first and foremost from the fact that we understand as our constitutional foundation those "laws of Nature and of Nature's God" to which Thomas Jefferson made such eloquent appeal in the Declaration of Independence." *Id.* at 57.

² As a mere reference, the words of prof. McDowell while speaking of Thomas Rutherford can be applicable to Jean Jacques Burlamaqui in that "[t]here are two aspects to the significance of ..." Jean Jacques Burlamaqui's ideas in his works "...that justify attention. First, by recovering why those earlier thinkers and lawyers had such an appreciation for ... (his ideas) we can gain a keener appreciation ourselves for how that generation understood themselves. To that degree, we will have a firmer grip on the original understanding of the Constitution and the thinking that went into its creation and ratification as well as into its earliest interpretations.

The second aspect ... has to do with what he still has to say to our generation when it comes to attempting to interpret the Constitution and to understanding the nature and extent of interpretation more generally. There is no reason to presume that ... (his) insights are merely archaic and doomed to the dust of ages past. Like the works of all serious thinkers, his theory of government may contain much that is timeless; by endeavoring to take his work seriously on its own terms, we may be able to glean notions of estimable contemporary value. ... (His) canons of construction are best understood within the broader context of his view of civil society and law more generally." GARY L. MCDOWELL, *THE LIMITS OF NATURAL LAW: THOMAS RUTHERFORTH AND THE AMERICAN LEGAL TRADITION*, 37 *Am. J. Juris.* 61 (1992).

Huguenot living in Holland, highly known in the XVII century for his translations and commentaries on the works of these two authors.³

5. Furthermore, as a follow up to being a brilliant student, at the age of twenty five, Burlamaqui followed his father's footsteps and became professor of law at his alma matter, holding the chairs of Civil and Natural Law; positions he held until his health obliged him to withdraw from them. As a consequence of that, and as a reward to his academic merits and achievements, he was appointed to the position of Counselor of State, presumably to do something related to the patronage of the arts to which he was very fond of, until he died in 1748.⁴ A sign of undoubted recognition to someone thought to be a highly influential person in the community.
6. Through his classroom, people like Prince Friedrich of Hesse-Cassel and Emmerich de Vattel are believed to have passed, the similarity of their thought, in a certain way acknowledges this circumstance; in addition to these celebrities, Burlamaqui was thought to be a very popular and highly esteemed teacher.⁵ This led to the inevitable spread of his class notes and outlines, and out of fear of them being misused or even inappropriately construed, especially after his death, he decided to put them into writing. Burlamaqui, thus, left three works, *The Principles of Natural Law*, published in 1747, *The Principles of Politic Law*, and the *Elements of Natural Law*, published posthumously, the first in 1751 and the second in 1774, all assembled by him from his own notes for lectures delivered at the University of Geneva between 1723 and 1740.⁶ His

³ As a side commentary we could just say that Barbeyrac was known to be a very intelligent man, and although he did not leave any major written works, his notes and glosses on Grotius' *De Iure Belli ac Pacis* and Pufendorf's *De Iure Naturae et Gentium* account for a whole and original body of thinking. The only thing for which he has been blamed is to have made at some points "free" translations into French of these works, up to the point where in some parts, the translation accounts more for what Barbeyrac had to say than what the author truly intended in his Latin edition. On this regard take into account that "Grotius' book was cited only (in French) through the free work made by Barbeyrac in 1724, a translation, "the most fallacious of all ... most likely." HUGO GROTIUS, *LE DROIT DE LA GUERRE ET DE LA PAIX*, 1 (Presses Universitaires de France, 1999).

⁴ A good account of Burlamaqui's biographical data is provided by DANIEL BRUHLMEIER, *NATURAL LAW AND EARLY ECONOMIC THOUGHT IN BARBEYRAC, BURLAMAQUI, AND VATTEL*, in *NEW ESSAYS ON THE POLITICAL THOUGHT OF THE HUGUENOTS OF THE REFUGE*, 61-62 (E.J. Brill, 1995). On this regard, also see, JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *ÉLÉMENTS DU DROIT NATUREL*, preface, xxx (Librairie Philosophique J. Vrin, 1981) (facsimile edition of the Lausanne 1783 edition). For a more condensed version of this, see RAUL PEREZ JOHNSTON, *CLÁSICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW DE JEAN JACQUES BURLAMAQUI, NOTA INTRODUCTORIA Y TRADUCCIÓN* [Classics of International Law, The Principles of Natural and Politic Law, by Jean Jacques Burlamaqui, Introductory Note and Partial Translation], in 3, No. 9, *ADE, REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE DIPLOMÁTICOS ESCRITORES* (January, 2004).

⁵ On Burlamaqui's history in the University of Geneva, see generally, CHARLES BORGEAUD, *HISTOIRE DE L'UNIVERSITE DE GENEVE, L'ACADEMIE DE CALVIN 1559-1798*, 505-520 (Georg & Cie., 1900).

⁶ Someone has suggested that perhaps the notes of some of his students might have served to complete certain passages of the posthumous books; although, this fact, along with that of most of

works propound a theory of law founded on the nature of mankind and regulated by mutual obligations of society. His rational utilitarianism stressed the law of nature as furnishing the doctrine of the common good. In this sense “Burlamaqui ... represents a position on self-love, duty, rights, happiness, freedom, virtue, religion, civil society, civil authority and civil obligation typical of the orthodox, Protestant school of Enlightenment natural law doctrine”.⁷

7. Influence from Grotius, Pufendorf and Barbeyrac are evident in his writings; notwithstanding this fact, his work is not a mere reproduction of the ideas of these authors: it mixes them, simplifies them,⁸ and aware of the problems of his time, with a lucid and didactical style, he made important contributions of his own to the fields of political theory, natural law and international law. But the early and inevitable success of his works may not have been due only to the clarity of his style, against the heavy and difficult styles of Grotius and Pufendorf,⁹ but to the fact that he was a true academic that sought no

Burlamaqui's works were published posthumously may lead us to suspect on the authenticity and originality of his thought, no serious claims have been addressed on this regard so far. To think that the originality of Burlamaqui's work relies on the additions made by his students or his editor, seems to us little credible. Regarding the *Elements of Natural Law*, even if the first French edition is of 1774, there was a prior incomplete edition in Latin in the year 1754, under the title of *Elementa juris naturalis*; due to that fact, that it was incomplete, we are taking 1774 as the most reliable date for the *Elements*.

⁷ DAVID WILLIAMS, *THE ENLIGHTENMENT*, 10 (Cambridge University Press, 1999); see also, HELENA ROSENBLATT, *ROUSSEAU AND GENEVA*, 96-99 (Cambridge University Press, 1997). On the influence of the protestant thought on Burlamaqui, going back to the Monarchomacs, it would be interesting to explore this path just like professor Hochstrasser has suggested that Barbeyrac and his younger contemporary Burlamaqui are generally discussed in terms of their intellectual engagement with Grotius, Pufendorf, and Locke rather than by reference to their lingering Huguenot affiliations. Here however, it will be argued that one of the keys to understanding the particular trajectory of their thought was the position they occupied in the Huguenot Refuge in relation to the intellectual legacy of that first generation of writers in the Refuge, who had sought to define the social space that could be allocated to rights of conscience under absolutist rule. The role of God as a guarantor of any moral system, the rights of conscience, and the Huguenots' monarchomac inheritance were both important aspects of debates in the early years of the Refuge which centered on the issue or constituted whether there were legitimate justifications for resistance to a duly constituted sovereign in the face of persecution

T.J. HOCHSTRASSER, *THE CLAIMS OF CONSCIENCE: NATURAL LAW THEORY, OBLIGATION, AND RESISTANCE IN THE HUGUENOT DIASPORA* in *NEW ESSAYS ON THE POLITICAL THOUGHT OF THE HUGUENOTS OF THE REFUGE*, 16-17 (E.J. Brill, 1995). A deeper analysis and comparison of Burlamaqui and authors like Hotman, Beza or Du Plessis Mornay in the future might prove this point right, since great similarities can indeed be detected in Jean Jacque's thought, as if by an ancient and oral tradition, knowledge was transmitted from generation to generation in the "Refuge".

⁸ Burlamaqui would have made his system of laws and government by mixing elements from Grotius, Pufendorf, Locke and Wolff, reshaping and simplifying them. On this regard see T.J. HOCHSTRASSER, *THE CLAIMS OF CONSCIENCE: NATURAL LAW THEORY, OBLIGATION, AND RESISTANCE IN THE HUGUENOT DIASPORA*, in *NEW ESSAYS ON THE POLITICAL THOUGHT OF THE HUGUENOTS OF THE REFUGE*, 47 (E.J. Brill, 1995).

⁹ Del Vecchio wrote of Burlamaqui's works that "They are noteworthy ... for their generally healthy, sound criteria, and also for their clarity and order, unusual in the field in question. These qualities explain the very favorable reception of his (Burlamaqui's) writings." GIORGIO DEL VECCHIO,

partisanship nor favor from any political group through his writings, like many others did in the past, and have done ever since.¹⁰

8. On this matter, we can say that his major work, the *Principles of Natural and Politic Law* accounts for a well balanced system that describes the different stages of men and their relations¹¹ through different social contracts, all different in nature, content and parties from the others. Within those stages, one can see the existence of a state of nature, of a state of society, i.e. a nation, and finally, of a set of relations between political communities through the law of nations. Each set with its own and particular rules.
9. Despite the existence of three different stages, for the purposes of this work, we will concentrate only in the first two of these stages: the state of nature and the formation of a political community with the consequences of such association, leaving the international component out of the equation.¹² For that purpose, we will analyze in first instance how men are bound by natural law in the state of nature, how the nature and constitution of men leads them towards abandoning this primitive stage to form a society and a government. The abandonment of this “savage” state, to reuse a term minted by Rousseau, is made in Burlamaqui through compacts of different natures. This will lead us to explain his theory of multiple compacts and the different stages they represent. That being done, we will then concentrate on the consequences of this compact structure and how it affects the form and the way in which government ought to be exercised, forwarding principles like popular sovereignty, limited representative government, separation of powers, constitutional supremacy, and even, the review of unconstitutional acts, to finally put Burlamaqui’s contribution into perspective and determine the usefulness of its study in contemporary circumstances.

BURLAMAQUI AND ROUSSEAU, in 23, No. 3, JOURNAL OF THE HISTORY OF IDEAS, 421 (1962).

¹⁰ John Dow’s opinion is that “Burlamaqui championed no political cause, as did Hobbes. He voiced no popular aspirations, as did Hobbes. He wrote no creed for the spiritually minded, as did Calvin. He pled no governmental rejuvenation, as did Machiavelli. ... Burlamaqui was a teacher, not only by profession, but also by nature. ... Burlamaqui, alone of all these ‘law-of-nature school’ men, was first and foremost an academician.” JOHN DOW, THE POLITICAL THEORY OF JEAN-JACQUES BURLAMAQUI, 1-3 (1927) (unpublished B.A. thesis, Harvard University).

¹¹ Burlamaqui considered on this regard that “The different stages of man are no other thing that the situation in which it finds himself with regard to the beings he is surrounded by, and the relations that result from it.

We can distinguish these stages into primitive and originary, & in accessory or adventive stages.” JEAN JACQUES BURLAMAQUI, ÉLÉMENTS DU DROIT NATUREL, 9 (Librairie Philosophique J. Vrin, 1981) (facsimile edition of the Lausanne 1783 edition).

¹² The reason for dissecting the work in this manner is to be able to concentrate more effectively on the political and constitutional theory aspects of Burlamaqui’s ideas.

II. THE STATE OF NATURE. PRIMITIVE SOCIETY BOUND BY NATURAL LAW.

10. The first stage of which Burlamaqui speaks of, is the state of nature. But unlike many of his predecessors and contemporaries, the state of nature is not a state of licentiousness or of perpetual war of every human being against each other in the pursuance of his own and basest interests: it is a state of natural society.
11. Men are born to be sociable, it is their natural state. By natural impulse, man looks for the company of his fellows, and that leads him to interact with members of his own species.¹³ To put it in Aristotelian terms, man would be a *Zoon Politikon*.¹⁴ Instead of having fear as a motivation to associate with each other, Burlamaqui sees it as a state of fact and necessity driven by the motivation of assistance for the survival of each member of the human race; sociability is seen as something translating in a common advantage that will procure men with the tools for pursuing their own happiness. In this regard, he establishes:

¹³ Although Burlamaqui does not enter too much in what is that which leads man to seek the company of his fellow men, besides love and convenience, we believe that a very viable explanation to it is that primitive man would need and look for the greatest number of members of his race to protect himself from a hostile environment (not necessarily men). Man, compared to other species is a weak animal. The strength of men to survive in the primitive world relied heavily on their wit and vast numbers; that was the only way to exercise dominion over bigger and stronger beasts. One man against a mammoth is like an ant trying to knock down an elephant, but if you gather one hundred men, their chances rise and the mammoth might now be the one in disadvantage, especially if these men have manufactured spears and similar weapons. Sociability seems therefore to be also at the heart of the survival of the species. Continuing in this line of thinking, sociability between men seems to be linked to an instinct of self-preservation and that might be an explanation why the first kings and sovereigns, more than being merely the stronger of the whole, they might have been those who assured the better protection and food supply for the community. This circumstance might have led to choose as a sovereign or chieftain, the best hunter, the best planner, strategist and the stronger to protect the group, rather than simply to be imposed by the stronger one, as some other authors seem to suggest. Also, take into consideration that Burlamaqui and all other social contract theorists presuppose, in our view, that man is already a rational being, that he has “crossed the Rubicon”; if that is so, regardless of how men might have behaved when they were closer to primates, if we accept the theory of evolution, once they became men, force seems like an awkward sole criterion to choose a leader since strength does certainly not guarantee survival against hostile beasts that surpass it by many times. Consequently, the criterion for such an election must have been a combination of them all. Note that we are using here the term “election” and not imposition, which is coherent with the whole scheme of contractualism Burlamaqui seems to set. These words would seem to be supported by Rousseau, who rules out force as a source for right and legitimate power:

The strongest is never strong enough to be always the master, unless he transforms strength into right, and obedience into duty. Hence the right of the strongest, which, though to all seeming meant ironically, is really laid down as a fundamental principle. But are we never to have an explanation of this phrase? Force is a physical power, and I fail to see what moral effect it can have. To yield to force is an act of necessity, not of will — at the most, an act of prudence. In what sense can it be a duty?

JEAN JACQUES ROUSSEAU, *LE CONTRAT SOCIAL*, (1762) Bk. I, Ch. 3.

¹⁴ On Aristotle's influence or at least compatibility with Burlamaqui's thought on the nature and sociability of man, see RAY FORREST HARVEY, *JEAN JACQUES BURLAMAQUI A LIBERAL TRADITION IN AMERICAN CONSTITUTIONALISM*, 11-16 (The University of North Carolina Press, 1937).

... [T]he natural state of men is a state of society.
This society is a state of fact & necessity¹⁵

Another primitive & originary stage of man, is that where he finds himself amongst other men, & that stage is a state of society. Society is the union of several persons for their common advantage & for their own happiness.¹⁶

But it is evident that by the nature of things all men are vis a vis other men in a state of society since ... they all have been placed on Earth, & that they would not be able to survive without the assistance of one another; this natural society is a society of equality and liberty.¹⁷

12. This state of natural society as Burlamaqui points out, is a state of equality and liberty. By the first of these terms, our Genevan author believes that being men creatures of God, they have a duty to regard each other as equals, not to harm anybody, etc., as part of their absolute and primitive duties established by God and in accordance with natural law.¹⁸ This need to observe equality is derived from the fact that in the state of nature all humans have the same nature, a same reason, the same capacities and the same end.¹⁹ This equality translates itself in the same right every human has to be a part of society and to pursue happiness.²⁰ As a consequence of that, Burlamaqui declares himself against slavery, asserting that, "Thus the opinion of the ancient Greeks who pretended that there are men naturally born slaves, is directly contrary to the natural state of man and to the principles of the right reason."²¹ Consequently, no distinctions between men are conceivable in the state of nature.²²

¹⁵ JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *ÉLÉMENTS DU DROIT NATUREL*, 101 (Librairie Philosophique J. Vrin, 1981) (facsimile edition of the Lausanne 1783 edition).

¹⁶ Please note that Burlamaqui uses the term "bonheur" which has a slightly different connotation than happiness, but all translations have used this concept in English.

¹⁷ *Id.* at 10.

¹⁸ See in general *Id.* at 110.

¹⁹ See generally *Id.* at 111.

²⁰ *Cf.*, *Id.* at 112.

²¹ *Id.* at 114.

²² Burlamaqui wrote:

And indeed, upon considering the primitive state of man, it appears most certain, that the appellations of sovereigns and subjects, masters and slaves, are unknown to nature. Nature has made us all of the same species, all equal, all free and independent of each other; in short it was willing that those on whom it has bestowed the same faculties, should have all the same rights. It is therefore beyond all doubt, that, in this primitive state or nature, no man has of himself an original right of commanding others, or any title to sovereignty.

... This liberty and independence is therefore a right naturally belonging to man, of which it would be unjust to deprive him against his will.

2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW*, 33-34 (Harvard University Press, 1807) (1751). One interesting question to be raised here is that, if men cannot be deprived of their liberty against their own will, this is, made slaves, when the political community forms itself, since it has to have the original unanimity of the members entering into the new community, they cannot have this quality unless they expressly agree to it. If a certain group of people are made part of the community, but given the quality of slaves without having their express

13. Being all men equal, the state of nature cannot mean a state of licentiousness. By everybody having the same amount of rights, it would result in an a-social conduct to pretend to deprive someone from his basic characteristics by force or any other means other than consent. Natural liberty would then mean the possibility of acting within a frame that will allow everyman to pursue his own happiness, having as a limit to it the pursuit of the same nature by his fellowmen in order not to abuse from his natural rights.²³
14. This leads us to the necessity of determining what this limit to natural liberty is, that is: what is for Burlamaqui the law of nature. The law of nature is a set of rules compatible with the natural characteristics and state of man, without which peace and happiness are inconceivable in a state of society. Consequently, they can be attained by men by the simple use of their reason.²⁴ Natural law is then self-evident and known to all mankind; they are so clear and manifest that no one can claim ignorance over its principles:

It is evident we can discover all their principles (of natural law), and deduce from them our several duties, by that natural light, which to no man has been ever refused. It is in this sense we are to understand what is commonly said, that this law is naturally known to all mankind. ... All, that can be said on this subject, is, that the most general and most important maxims of the law of nature are so clear and manifest, and have such a proportion to our ideas, and such an agreeableness to our nature, that so soon, as they are proposed to us, we instantly approve of them

consent to that effect, that designation would be void, and by natural right, as members of the political community they would be free. Furthermore, Burlamaqui does not seem to acknowledge a tacit consent to leave the state of nature, therefore, slavery seems to be absolutely banned from his theoretical setting, unless one chooses to be a slave.

²³ Burlamaqui framed this idea as follows:

Natural liberty is then a right that every man has by the nature of disposing of their persons, their actions & goods, in a way that seems most convenient to their happiness, under the restriction that they do not violate their duties with regard to God, themselves nor any other man.

To the right of liberty responds a reciprocal obligation that natural law imposes on every man, & that commits them not to bother the others in the exercise of their liberty as long as they do not abuse from it.

This liberty is called a natural right, since it is a prerogative inherent to the nature of man, & that belongs to him as a necessary consequence of its constitution.

JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *ÉLÉMENTS DU DROIT NATUREL*, 80-81.

²⁴ Note that for Burlamaqui "Natural law is that, which so necessarily agrees with the nature and state of man, that without observing its maxims, the peace and happiness of society can never be preserved. As this law has an essential agreeableness with the constitution of human nature, the knowledge thereof may be attained merely by the light of reason; and hence it is called natural." 1 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW*, 77 (Harvard University Press, 1807) (1747).

Be this as it will, every thing rightly considered, the law of nature²⁵ is sufficiently notified to empower us to affirm, that no man, at the age of discretion,²⁶ and in his right senses, can alledge for a just excuse an invincible ignorance on this article.²⁷

15. Consequently, every man is obliged by the content of the law of nature, since from the moment he is a rational being, and reason notifies him the content of natural law according to his own nature and constitution, they have to agree with it for the sake of their own preservation. Thus making this law universal, immutable, eternal.²⁸

16. This turns the laws of nature into the measure of liberty for man in the state of nature, obliging him to mold his conduct to the designs of these rules that come from God and his proper constitution as a particular, reasoning animal. Man is not free to do whatever it wants in the state of nature, and therefore a free (allowable) action has to be voluntary, this is, it has to coexist within a reasonable frame set by the law of nature, otherwise it is considered involuntary or constrained:

Every willing action is not subject of liberty, but only those that the soul can steer or suspend however it wishes.

²⁵ The author seems to use indifferently the expressions “natural law” and “law of nature”, a distinction that is however present in most of the law of nature scholars of his time.

²⁶ Interesting though, from this assertion, we could deduce the necessity of rules of custody or tutorship over minors and people unfit to use their reason in the state of nature, since the contrary would lead to social disorder. This could be seen as another justification of the natural right for patriarchal power although Burlamaqui’s theories are far from equating it to the rule of the sovereign, nor to absolute government. As we will see further down, Burlamaqui even states rights for children and limits the custody and authority of the parents until the infants are deemed to be in full use of their reason.

²⁷ 1 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 126-127.

²⁸ Burlamaqui wrote:

Another essential characteristic of the laws of nature is, that they be universal, that is, they should oblige all men without exception. For men are not only equally subject to God’s command, but moreover the laws of nature having their foundation in the constitution and state of man, and being notified to him by reason, it is plain they have an essential agreeableness to all mankind, and oblige them without distinction; whatever difference there may be between them in fact, and in whatever state they are supposed. This is what distinguishes natural from positive laws; for a positive law relates only to particular persons or societies.” *Id.* at 131. Furthermore, Burlamaqui continues saying: “We cannot finish this article better than with a beautiful passage of Cicero, preserved by Lactantius.* Right reason, says this philosopher, is indeed a true law, agreeable to nature, common to all men, constant, immutable, eternal. ... It is not allowed to retrench any part of this law, nor to make any alterations therein, much less to abolish it entirely. Neither the senate nor people can dispense with it; nor does it require any interpretation, being clear of itself and intelligible. It is the same at Rome and Athens; the same today and tomorrow. ... Whosoever violates this law renounces his own nature, divests himself of humanity

* ... Cicero de Republ. Lib. 3. Apud Lacant Instit. Divin. Lib. 6 cap. 8. *Id.* at 133.

We call in general voluntary actions all those that depend on will, & free actions those that come from the resort of liberty; that which is opposed to voluntary is involuntary, and the opposite of free is forced or constrained. It is easy to understand there from that all free actions are voluntary, but that on the contrary, all voluntary actions are not free.²⁹

17. This being said, the restraints made by natural law exist for the perfecting of the human being, so that he behaves in accordance to his nature, and with respect to his fellow men, who enjoy the same set of rights, in order to achieve everyone's happiness; in this sense, the rights of one man are the limits of the other in the state of nature, independently of the existence of other constraints directed for man to achieve individually his own happiness, even if by his conduct he does not affect anyone else's rights.³⁰ It is in that sense that Burlamaqui considers the laws of nature as the rule and measure of liberty.

III. THE COMPACTS.

18. But being the nature of man that of a social animal who seeks association for the preservation of his self, for a common advantage and to assure himself the pursuit of happiness, the state of nature doesn't seem to be for Burlamaqui the best stage of men, and it is likely for him that they will look for a greater degree of integration, so that the individual goals are better met in a community life. This process of integration is based on consent, and if every consenting party is equal, then this association has to be made through compacts.

19. Before we enter into the discussion of Burlamaqui's social compact scheme, we want to establish briefly why this theory would sound particular and original

²⁹ JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *ÉLÉMENTS DU DROIT NATUREL*, 6 (Librairie Philosophique J. Vrin, 1981) (facsimile edition of the Lausanne 1783 edition).

³⁰ On this, Burlamaqui asserted that

This will be still better understood by recollecting what we have already settled, when speaking of natural liberty. We have shown that the restrictions, which the law of nature makes to the liberty of man, far from diminishing or subverting it, on the contrary constitutes its perfection and security. The end of natural laws is not so much to restrain the liberty of man, as to make him act agreeably to his real interests; and moreover, as these very laws are a check to human liberty, in whatever may be of pernicious consequence to others, it secures, by these means, to all mankind the highest and the most advantageous degree of liberty, they can reasonably desire.

2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW*, 19. Furthermore, Burlamaqui concludes on this by saying:

The laws of nature are therefore the rule and measure of liberty; and, in the primitive and natural state, mankind have no liberty but what the laws of nature give them; for which reason it is proper to observe here, that the state of natural liberty is not that of an entire independence. In this state men are indeed independent with regard to one another, but they are all in a state of dependance on God and his laws. Independence, generally speaking, is a state unsuitable to man, because by his very nature he holds it of a superior.

Id. at 19. On this regard, see also PHILIP A. HAMBURGER, *NATURAL RIGHTS, NATURAL LAW, AND AMERICAN CONSTITUTIONS*, 102 Yale L.J., 923 and n.47 (1992-1993).

from the orthodox positions on the matter, by first making a couple of reflections on the classical compact doctrine, as well as on Pufendorf's theory.

20. The basic analogy to the classic social contract theory and limited government is that of a ship at sea. In this regard, authors of this orthodox view, to which Locke is definitely an heir, would say:

21. ... [I]t is a thing most evident, that he which is established by another, is accounted under him that hath established him, and he which receives his Authority from another, is less than he from whom he derives his Power. ... [S]o it is, that for the Ships Sail, the Owner appoints a Pilot over her, who fits at the Helm, and looks that she keeps her Course, nor run not upon any dangerous Shelf; the Pilot doing his Duty, is obeyed by the Mariners; yea, and of himself that is Owner of the Vessel, notwithstanding the Pilot is a Servant as well as the least in the Ship, from whom he only differs in this, that he serves in a better place than they do. In a Commonwealth, commonly compared to a Ship, the King holds the Place of Pilot, the People in general are Owners of the Vessel, obeying the Pilot, whilst he is careful of the publick Good³¹

22. And although one may think that this construction is flawless, and describes perfectly the celebration of the social contract theory as it is to be understood in most of our modern constitutions, there are a couple of aspects that were left aside. First of all, our author takes for granted that the ship is already at sea, and that it already has a destination to sail to; but before that is possible, first, some people must get together and conceive the voyage, agree on the destination, obtain a ship, hire a crew, name a pilot or captain for the vessel, get provisions for the journey, etc. All of this is done through subsequent agreements that are previous to the ship's sailing. Coming back from our analogy, before the compact celebrated between the owners of the ship and the pilot, it was necessary that a community was formed for the ship, that the end, goals and destinations are set before the voyage; that a medium for such objectives is built and put into place, that a designation of the pilot is made by the ship's community or owners, and finally, that the pilot agrees to take the ship at sea under certain contractual conditions drawn mainly, but not exclusively, from the purpose and destination of the voyage. Putting it in terms of political theory, to the creation of a nation, the people, before celebrating a

³¹ JUNIUS BRUTUS (PHILLIPE DU PLESSIS-MORNAY), VINDICIAE CONTRA TYRANNOS: A DEFENCE OF LIBERTY AGAINST TYRANTS. OF THE LAWFUL POWER OF THE PRINCE OVER THE PEOPLE, AND OF THE PEOPLE OVER THE PRINCE, 64-65 (Richard Baldwin, 1689) (1579).

Although we acknowledge the fact that Du Plessis-Mornay establishes the necessity of a previous covenant between the people, the king and God, for establishing religious tolerance as a premise for government, we don't think this is enough to consider it a multi-covenant theory, like Pufendorf's and Burlamaqui's; nevertheless, one could try to see here a precedent to the first covenant in which the people form themselves as a nation, abandoning the state of nature, to set certain main goals of government.

compact with the people in charge of government, have to celebrate several previous compacts, like Burlamaqui expressly suggests.³²

23. The doctrine of several social compacts was not initiated by Burlamaqui, but rather, he took it from Pufendorf who foresees the necessity of three social compacts (or one compact and two decrees). One of foundation of the political community, another in which the constitution is created, and a third one where the constitutional government is entrusted to a person or a group of persons bound by it.³³ Despite that, there is a great difference with Burlamaqui, which makes this theory unattractive: Pufendorf's view of man is quite pessimistic (in the lines of Machiavelli and Hobbes) while Burlamaqui, on the contrary is an optimistic, just like Jefferson would turn out to be, who thinks that men unite to be happy, not out of fear of each other.³⁴

³² In support of what has been said, "Burlamaqui conceives the formation of a social contract ... consisting of two conventions or contracts joined by a general ordinance or constitution." GARY L. BARRETT, A COMPARISON OF THE MORAL AND POLITICAL IDEAS OF JEAN-JACQUES ROUSSEAU AND JEAN-JACQUES BURLAMAQUI, 217 (1970) (unpublished Ph.D. dissertation, University of Arizona).

³³ On this regard, see SAMUEL VON PUFENDORF, ON THE DUTY OF MAN AND CITIZEN ACCORDING TO NATURAL LAW, bk. II, ch. 6, 136-137 (Cambridge University Press, 1991) (1673) and SAMUEL VON PUFENDORF, DE IURE NATURAE ET GENTIUM LIBRI OCTO, bk. VII, ch. I, 949-966 (The Clarendon Press, 1934) (1672) For a comprehensive explanation of Pufendorf's theory, also, LUIS RECASENS SICHES, HISTORIA DE LAS DOCTRINAS SOBRE EL CONTRATO SOCIAL [History of the Doctrines on Social Contract], 23-24 (Universidad Nacional Autonoma de Mexico, 2003) (1941).

³⁴ On Pufendorf's conception of man, see ON THE DUTY OF MAN AND CITIZEN ACCORDING TO NATURAL LAW, bk. II, ch. 5, at 133-134. On the different approach of the Declaration towards man, see GILBERT CHINARD, THOMAS JEFFERSON, THE APOSTLE OF THE AMERICANISM, 75-76 (Little, Brown and Company, 1944). Also, take into account prof. Morton White's words in the sense that "Burlamaqui's incorporation of the duty to pursue happiness into the body of natural law represented a significant change in the doctrine." MORTON WHITE, THE PHILOSOPHY OF THE AMERICAN REVOLUTION, 231 (Oxford University Press, 1978).

Contrary to most of his predecessors, Burlamaqui's optimism is similar to Christian Wolff's. Although there can only be a presumption that Burlamaqui actually read Wolff, due to the comments made in a couple of sources (see *supra* note 7), it cannot be established with certainty that Wolff's influence on Burlamaqui was decisive, since there is no mention to his works in the relevant passages of the *Principles* or the *Elements*. Also, Wolff's major and most decisive work, his *Jus Naturae et Gentium*, where he developed fully his theories on man and happiness within human societies, was started to be published in 1740 (the first part, the other seven volumes of his *Jus Naturae* would appear between then and 1748), when his star was clearly fading, his popularity decreasing and very few people attended his classes anymore; moreover, the ninth volume of such work, his *Jus Gentium*, where his most comprehensive account of government is written, would only appear in 1749, a year later from Burlamaqui's death. Also, take into consideration that Burlamaqui's health had deteriorated to such an extent that in the early 1740s he had been obliged to leave the University of Geneva, and therefore, one may question if Wolff's work was actually read by Burlamaqui, or if it could have had a real impact on him, since by the time he would write his own works, with a declining body, it would only seem that he was eager to rescue the heritage of his own thought, expressed in his years as a professor, that changing his scheme of thought and creating new theories based on some new findings.

Regardless of whether there was an actual influence on Burlamaqui, let it be said, however, that Wolff's theory of association by compact relies precisely on the fact that men and nations associate in order to assure mutual benefits with the ultimate end of assuring the perpetual possibility of

24. Another difference that distinguishes Pufendorf and Burlamaqui on this regard is the fact that the first, in a democracy, excepts from the celebration of a second compact, while Burlamaqui thinks that in every case there is necessity for multiple compacts, since a certain form of government will always exist and needs to be set.³⁵

25. This leads us then to determining Burlamaqui's scheme of social compacts, with respect to what he writes:

Tracing the principles here established in regard to the formation of states, &c. were we to suppose, that a multitude of people, who had lived hitherto independent of each other, wanted to establish a civil society, we shall find a necessity for different covenants, and for a general decree.³⁶

...

And though we are strangers to the original of most states, yet we must not imagine, that what has been hitherto said concerning the manner, in which civil societies are formed, is a mere fiction. For, since it is certain, that all civil societies had a beginning, it is impossible to conceive how the members, of which they are composed, could agree to live together,

pursuing their happiness. See generally CHRISTIAN WOLFF, *JUS GENTIUM METHODO SCIENTIFICA PERTRACTATUM*, (The Venetian Society, 1764) *prolegomena* and chapters I and II. For a general comment on Wolff's theory, see RAUL PEREZ JOHNSTON, CLÁSICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL, *JUS GENTIUM METHODO SCIENTIFICA PERTRACTATUM DE CHRISTIAN WOLFF, NOTA INTRODUCTORIA Y TRADUCCIÓN* [Classics of International Law, *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, Introductory Note and Partial Translation], in 3, No. 11, ADE, REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE DIPLOMÁTICOS ESCRITORES (June-August, 2004).

³⁵ On this regard, "Unlike Pufendorf, Burlamaqui did not except democracies from the necessity of having a second covenant. Pufendorf believed that since the same people in a democracy were in different respects sovereigns and subjects, the second covenant (*pactum*) did not so manifestly appear. He would thus have found Rousseau's conception of the identity of the sovereign and of the subjects to his liking, unless he would still have held for a decree after the first convention. Burlamaqui's failure to exempt democracies from the necessity of a second convention was in part explained by his later claim that magistrates were necessary in a democracy for routine duties." JOHN DOW, *THE POLITICAL THEORY OF JEAN-JACQUES BURLAMAQUI*, 42 (1927) (unpublished B.A. thesis, Harvard University).

³⁶ Note the subtle difference in terms, while in the state of nature men live in a state of "society", in an organized community men are living in a state of "civil society". By "general decree" we understand that Burlamaqui refers most probably to a written constitution in the modern sense of the term, disagreeing on this account with prof. Thomas C. Grey, who affirmed:

But what is important (and difficult) for us to remember is that this idea of an enacted constitution was relatively novel in 1760, while the idea of an ancient and unwritten constitution compounded of custom and reason was comfortable and traditional in the English-speaking world. It was still this traditional idea that sprang to the minds of Americans when they read in Burlamaqui ... of "constitutions" and "fundamental laws"

THOMAS C. GREY, *ORIGINS OF THE UNWRITTEN CONSTITUTION: FUNDAMENTAL LAW IN AMERICAN REVOLUTIONARY THOUGHT*, 30 *Stan. L. Rev.*, 864 (1977-1978).

dependant on a supreme authority, without supposing the covenants abovementioned.³⁷

26. As we can see, Burlamaqui sees the necessity of compacts upon the agreement and will of a certain number of people deciding to leave the state of nature, but furthermore, as a historical explanation as to why societies have developed and become what they are today, or in his day. This gradual and evolutionary process is then met by a series of agreements: two covenants, and one decree. The first one dealing with the creation of the political community or civil society and the ends of the association, the second creating a constitution and the form of government to meet the ends for the established constitution, and finally, a third compact in which those who are to be entrusted with the exercise of the sovereign power are to be elected and pledged to fulfill the mission that is being put in their hands: guide the ship to safe port in order to procure for the happiness of all the passengers.

3.1.- The first compact. Necessity of abandoning the state of nature to evolve to an association, creating the body of the nation and the objectives of the same: the pursuit of happiness.

27. Burlamaqui, although he was an optimistic viewer of the state of nature, he didn't believe in it as a suitable stage for man, unlike Rousseau, but considered that according to the sociable characteristic of mankind, it was in their nature to perfect the social body by giving themselves a certain legal framework and a ruler in order to achieve in a more efficient way the goals set by the whole community, rather than by trying to achieve them on their own.³⁸

28. With respect to this, man, by submitting to the will of the social body, would be entrusting his own happiness to the fulfillment of a general standard of happiness by the whole body.³⁹ Man sacrifices its individuality or independence

³⁷ 2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 26-27 (Harvard University Press, 1807) (1751). For a better comprehension of Burlamaqui's social compact scheme, it is worthy mentioning that the author avoids some of the classical objections made to contractualist theories by saying that the covenant is express between the founding generation, and then becomes tacit with those belonging to future generations, who, when acquiring majority of age, will decide whether they will live under the established rules, or through the mechanisms established in the constitution, change the rules of government if they so decide; or finally, as a last resort, leave to another country. Like most theories of its time, for Burlamaqui, exit is an alternative to complying with the will of the community. This tacit covenant is being renewed with the course of time, generation after generation, since the founding generation has no right *a priori* to bind the will of their children. See *Ibid.* at 30-31.

³⁸ He would say: "Let us conclude then that we can say that being sociable is an essential characteristic to mankind.

But so being the nature of man, we must recognize that it is in its duty to contribute with all its power to maintaining and perfecting such society." JEAN JACQUES BURLAMAQUI, ÉLÉMENTS DU DROIT NATUREL, 102.

³⁹ Burlamaqui's words are helpful for better understanding this idea:

Every being, that by its constitution has essential relations to other beings, which it cannot shake off, ought not to be considered merely as to itself, but as constituting a part of the

of the state of nature, to become part of a whole community that will look after what is best not for each and everyone of its components individually, but for the whole of them.⁴⁰

29. But to achieve this, the first step that has to be taken is the formation of the civil society, or political community:

The first covenant is that, by which each individual engages with all the rest to join forever in one body, and to regulate, with one common consent, whatever regards their preservation and their common security. These, who do not enter into this first engagement, remain excluded from the new society.⁴¹

30. From this description of the first social compact, it is very easy to determine that Burlamaqui is foreseeing in it two things: first, the creation of the national community through the consent of every member; those who do not want to be part of the community can opt out at the moment of celebrating it, not afterwards, since the association is perpetual. And second, the setting of the main objectives of the association, by regulating whatever regards the preservation and common security of the community; in other words, the main guidelines for the pursuit of happiness.

31. This is achieved by a transformation of the whole body of the nation into one unit. Man ceases to be an independent unit and by associating himself with others in creating a political community, he becomes part of a collegiate body from whom sovereignty is born.⁴² The whole, acting as a sovereign body, can

whole, to which it is related. And it is sufficiently manifest, that it is on its situation in regard to the beings that surround it, and on the relations of agreement or opposition it has with them, that its good or bad state, its happiness or misery, must in a great measure depend.

1 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 39.

⁴⁰ Burlamaqui continues, and asserts the suitability of organizing a society under certain rules and direction:

But between all the stages produced by human deed, there is none more considerable than the civil state or that of civil society.

The essential character of this society, which distinguishes it from primitive society ... is the subordination to a sovereign authority, which replaces the equality & the independence in which men used to live in the natural society.

JEAN JACQUES BURLAMAQUI, ÉLÉMENTS DU DROIT NATUREL, 11.

⁴¹ 2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 27.

⁴² Burlamaqui would say on the matter:

It is from this union of wills and of strength, that the body politic or state results. ...

All this is performed by means of covenants; for this union of wills in one and the same person could never be so effected, as to actually destroy the natural diversity of inclinations and sentiments; but it is done by an engagement, which every man enters into, of submitting his private will to that of a single person, or of an assembly; insomuch that every resolution of this person or assembly, concerning things relative to the public security or advantage, must be considered, as the positive will of all in general, and of each in particular.

With regard to the union of strength, which produces the sovereign power, it is not formed by each man's communicating physically his strength to a single person, so as to remain utterly weak and impotent; but by a covenant or engagement, whereby all in general and each in

now proceed to designate a government and those who are to be entrusted with its exercise in order to better achieve the ends for which the body of the nation was created: the collective pursuit of happiness.

32. This concept of happiness, is consequential and central to the creation of the covenants as considered by Jean Jacques Burlamaqui. On this regard, as we shall see further down, the end of law and the state in general is to pursue true and solid happiness,⁴³ by establishing that happiness is the possession of good leading to the preservation, perfection, convenience or pleasure of men.⁴⁴ But this concept is not to be understood lightly, since it has to be compatible with reason and the natural state of man, otherwise it would lead to evil and prevent man from being happy.⁴⁵

33. This takes us to the concept that if reason is the measure of happiness, man, in a society, has to live under rules that obey reason in order to achieve its goal of assuring the happiness and wellbeing of its members. Therefore, the need for laws that assure men to act in accordance to these principles; rules that, being compatible with the nature of man are to be drawn from natural law to be put into a frame of society as long as it purports to the satisfaction of the general good. For Burlamaqui, the end of natural law is then to take man into a state of individual happiness,⁴⁶ while the end of the state would be to take the whole community to a state of collective happiness. Therefore, a state is going to assure the happiness of its members, as long as it acts in respect of natural law and the interests of the whole community. This equilibrium can only be set by

particular oblige themselves to make no use of their strength, but in such a manner, as shall be prescribed to them by the person, on whom they have, with one common accord, conferred the supreme authority.

By this union of the body politic under one and the same chief, each individual acquires, in some measure, as much strength, as the whole society united.

Id. at 24.

⁴³ Burlamaqui's text is helpful here: "My design is to enquire into those rules, which nature alone prescribes to man, in order to conduct him safely to the end, which every one has, and indeed ought to have, in view, namely, true and solid happiness." 1 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 1.

⁴⁴ To define happiness, Burlamaqui affirms: "By *Happiness* we are to understand the internal satisfaction of the mind, arising from the possession of good; and by good, whatever is suitable or agreeable to man for his preservation, perfection, conveniency or pleasure." *Id.* at 10.

⁴⁵ Take into consideration that:

True happiness cannot consist in things that are inconsistent with the nature and state of man. This is another principle which naturally flows, from the notion of good and evil. For whatsoever is inconsistent with the nature of a being tends for this very reason to degrade or destroy it, to corrupt or alter its constitution; which, being directly opposite to the preservation, perfection, and good of this being, subverts the foundation of its felicity. Wherefore, reason being the noblest part of man, and constituting its principal essence, whatever is inconsistent with reason cannot form his happiness. To which I add, that whatever is incompatible with the state of man cannot contribute to his felicity

Id. at 39.

⁴⁶ For a comment on this, see BERNARD GAGNEBIN, BURLAMAQUI ET LE DROIT NATUREL, 274 (La Frégate, 1944).

the framing of a constitution, which leads us to the necessity of celebrating a second compact.

3.2.- The Fundamental Compact. The creation of the State and the constitution, and establishment of the form of government.

34. Anarchy is not a solution provided in the scheme of Jean Jacques Burlamaqui, and therefore, a set of rules is needed to establish a government and the form and shape it ought to have in order to maintain the public security and promote the general welfare. On this regard, the second compact is defined by Burlamaqui in the following terms:

2. There must afterwards be a decree made for settling the form of government; otherwise they could never take any fixt measures for prompting effectually, and in concert, the public security and welfare.⁴⁷

35. Although the consequences and principles of this constitutional government are to be analyzed *infra* in point IV, we believe that a precision should be made as to what form of government should be adopted by the people in the exercise of their sovereign power. This precision forwarded by Burlamaqui is that the form of government has to be consistent with the educational development of the people, so that it can work properly. In a likely manner to what Montesquieu would establish a couple of years later, Jean Jacques Burlamaqui thinks also that there has to be a proportion between the level of education of the people and the degree of adequate functioning of a government, since he wrote that “It is not laws and ordinances, but good morals, that properly regulate the state. ... Those, who have had a bad education, make no scruple to violate the best political institutions; whereas they, who have been properly trained up, cheerfully conform to all good institutions.”⁴⁸

36. In this sense, the laws have to be accommodated to the conditions of the people, otherwise the system would fall into a crisis of legitimacy whereby either the law is not observed or its authority is despised.⁴⁹ From what we can deduce that if the form of government and the laws of the country are not proportional to the degree of education and needs of the people, it would have to be changed in order to avoid this disproportion, which would lead inevitably for the government not to be able to fulfill duly its ends; and perhaps, even its destruction.

⁴⁷ 2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 27.

⁴⁸ *Id.* at 105.

⁴⁹ On this idea, Burlamaqui considers that “... [L]aws ought to be accommodated to the condition and genius of the people ... otherwise one of these two inconveniences must happen, either that the laws are not observed, ... or that the authority of the laws is despised, and then the state is on the brink of destruction.” *Id.* at 106.

3.1.- The third compact: Designation of the rulers.

37. The third of the compacts relates to the designation of those who are going to exercise government in accordance to the form of government previously established in the constitution, be it a person, an assembly or a group of different bodies, however the people may have deemed proper and better for the fulfillment of the ends of government. On this regard, the third compact is defined in the following manner:

3. In fine, when once the form of government is settled, there must be another covenant, whereby, after having pitched upon one or more persons to be invested with the power of governing, those, on whom this supreme authority is conferred, engage to consult most carefully the common security and advantage, and the others promise fidelity and allegiance to the sovereign. This last covenant includes a submission of the strength and will of each individual to the will of the head of the society, as far as the public good requires; and thus it is, that a regular state and perfect government are formed.⁵⁰

38. Within the last of the covenants, the people elect a certain number of government officials, who have to engage themselves to act in fulfillment of their duty, this is, to guide the whole society in the pursuit of their happiness by governing for the common good, while in exchange they obtain the promise of obedience by the people who are by this act entrusting them with the exercise of their sovereign power.⁵¹ In this regard, once the government is designated, the people loose their sovereign character and owe complete obedience to the designated government and to the laws it issues, unless there would be a breach in the terms of the contract, since acting within the terms of the contract is the condition for the legitimacy of government, like we will explain further down.

39. In this regard, it is worth saying that the rulers are people chosen within the community, they are “one more” before the election, and they are still a part of the people in general after they are “anointed” to their public charge, which follows that acting as particulars, they are like anybody else, but when acting under the authority that has been granted to them, they have to be obeyed. That is why so many precautions have to be established so that the due exercise of government is not abused, since it would be creating an unnatural distinction like the ones forbidden in the state of nature.⁵²

⁵⁰ *Id.* at 27.

⁵¹ This can occur before a representative assembly. Therefore the oath can be taken before this assembly acting on behalf of the people, and not necessarily before the whole people that constitute the nation reunited in one place, as it is the case at present in most nations where the high ranked officials normally take their oath of office before a representative of the sovereign power, be it Congress, the Judiciary or the Executive.

⁵² See *supra* note 22.

40. An interesting thing about this is that this compact can be celebrated in various ways. The most common is by a ceremony in which the people, or its representatives are present when the sovereign assumes the charge he has been given and in exchange swears to uphold the fundamental laws under which he derives the totality of its power. On this account, Burlamaqui makes a beautiful description of this by explaining the example of the oath of allegiance in the ancient kingdom of Aragon:

... [A] nation may require of a sovereign, that he will engage, by a particular promise, not to make any new laws, nor to levy new imposts, to tax only some particular things, to give places and employments only to a certain set of people, and not to take any foreign troops into his pay, &c. Then indeed the supreme authority is limited in those different respects, insomuch that whatever the king attempts afterwards, contrary to the formal engagement he entered into, shall be void and of no effect. ... But, for a still greater security of the performance of the engagements, into which the sovereign entered, and which limit his power, it is proper to require explicitly of him, that he shall convene a general assembly of the people, or of their representatives, or of the nobility of the country, when any matters happen to fall under debate, which it was thought improper to leave to his decision. Or else the nation may previously establish a council, a senate, or a parliament, without whose consent the prince shall be rendered incapable of acting in regard to things, which the nation did not think fit to submit to his will.

History informs us, that some nations have carried their precautions still further, by inserting in plain terms, in their fundamental laws, a condition or clause, by which the king was declared to have forfeited his crown, if he broke through those laws. Puffendorf gives an example of this, taken from the oath of allegiance, which the people of Aragon formerly made to their kings. *We, who have as much power as you, make you our king, upon condition, that you maintain inviolably our rights and liberties, and not otherwise.*

It is by such precautions as these, that a nation really limits the authority, she confers on the sovereign, and secures her liberty. For, as we have already observed, civil liberty ought to be accompanied not only with a right of insisting on the sovereign's making a due use of his authority, but moreover with a moral certainty, that this right shall have its effect. And the only way to render the people thus certain is to use proper precautions against the abuse of the sovereign power, and in such a manner, that these precautions cannot be easily eluded.⁵³

⁵³ 2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 47-48. With regard to this, the reference to the oath of allegiance in the kingdom of Aragon can be seen at 2 SAMUEL VON PUFFENDORF, DE JURE NATURAE ET GENTIUM, LIBRI OCTO, 1071 (The Clarendon Press, 1934). Also, the reference on the oath taken by the king before *el Justicia* of Aragon appears in FRANÇOIS HOTMAN, FRANCO-GALLIA: OR, AN ACCOUNT OF THE ANCIENT FREE STATE OF FRANCE, AND MOST OTHER PARTS OF EUROPE, BEFORE THE LOSS OF THEIR LIBERTIES, 71 (Edward Valentine, 1721) (1574), even though the terms of the

41. Once the compact system has been established, and we have moved from the state of nature to one of an organized civil society with a constitution and a government issued there from, it is interesting to see what are the consequences established by Burlamaqui with respect to these compacts and how this structure reflects on the governmental structure and action.

IV. THE CONSEQUENCES OF THE SOCIAL CONTRACT. LIMITED GOVERNMENT UNDER CERTAIN PARTICULAR RULES AND PRINCIPLES.

42. As we see it, four are the major principles set by Burlamaqui once the constitutional frame is put into place. The first of them is the definitive abandonment of the state of nature with the creation of a principle of popular sovereignty that can be reassumed by the people in the case of the exercise of

oath change a little bit, since Hotman accounts that it consisted in: "*Nos qui valemos tanto como vos, y podemos mas que vos, vos eligimos rey, con estas y estas condiciones: intra vos y nos, un que manda mas que vos.*"

A free translation out of Spanish would be: "We who are worth as much as you, and have more power than you, elect you our king, with these and these conditions: between you and us, one that has more command power than you."

Now, if we link this example forwarded by the French Huguenot to the one established by Burlamaqui, some interesting consequences can be drawn with regard to the limitations of the monarch or sovereign body designed by the people, since it establishes in its final part: "*intra vos y nos, un que manda mas que vos*", this represents the signing of a covenant between the king (*vos*) and the people (*nos*), where, at the moment of this act taking place, the monarch recognizes the supremacy of the people over his office (*un que manda mas que vos*), and from there, the principle of original sovereignty invested in the people, delegated through a mandate to a representative (the king), who must, under threat of forfeiture, abide to the terms established in the same.

This last consequence would even be reaffirmed with what Bodin would write originally three years after the publication of *Franco-Gallia*, in his famous work *De la République*, in six books, and reinforced in later editions, with the clear intention to contest the argument established by the professor, historian and lawyer of the Reformation. Nevertheless, Bodin's refutation of this point limits itself to saying that in the Kingdom of Aragon this ancient custom is no longer in force, and that in France, since there is no obligation of the monarch to submit to a certain set of preestablished laws, nor to the ancient customs or traditions, he is under no obligation to abide by them (see Book I, ch. VIII). But despite Bodin's refutation, that leads him to argue in favor of the absolute power of the monarch, the consequences of Hotman's/Burlamaqui's argument remain, in the sense that when the king is under an act that limits his power, his is bound by the terms of his pledge. This is in a certain way recognized by Bodin, later on in the same chapter when he says that should the king make a pledge like that, then he would be bound under those terms due to the principle of natural equity that establishes that all covenants ought to be fulfilled, and by the trust of which he becomes depositary. The interesting thing of this oath of allegiance system, which is why we have brought up the whole point, as will be seen in number IV of the present work, is that the king is bound to govern in favor of the people, recognizing the superiority of the people over the king since the first is the true sovereign and the latter his mandatary or agent, leading to the principles of limited government, constitutional supremacy and inalienable rights. For a further discussion on this subject, refer to RAUL PEREZ JOHNSTON, LOS APORTES DEL DERECHO PÚBLICO MEDIEVAL A LA TEORÍA DEL ESTADO Y DE LA CONSTITUCIÓN (DIÁLOGO CON PAOLO GROSSI) [The Contributions of Medieval Law to the Theory of the State and Constitutional Theory (A Dialogue with Paolo Grossi)], in 5 HISTORIA CONSTITUCIONAL. REVISTA ELECTRÓNICA DE HISTORIA CONSTITUCIONAL, SPAIN (2004) at <http://hc.rediris.es/05/indice.html>.

the right of resistance against oppression; the second consists in the existence of a representative government of delegated and limited powers towards the body of the nation and within itself by embracing a system of separation of powers; the third one, consists in the exercise of government by respecting the natural rights of man and by enforcing also a certain set of social rights through a system of rule of law; and finally, a fourth principle consisting in a safeguard against the possible abuse of legislative or executive power, by establishing the supremacy of the constitution, the need for an institutional guardian of the supremacy of the fundamental law and the possibility of reviewing the unconstitutionality of acts contrary to the constitution.

4.1.- Definitive abandonment of the state of nature, popular sovereignty and the right of resistance.

43. The first major consequence of the celebration of the social compacts is the definitive abandonment of the state of nature, unless the whole nation disappears.
44. From the way Burlamaqui frames his social compact scheme, there would seem no way, in which, while the nation persists, there might be a return to the state of society. This is so since, if we take a look on how all modern revolutions have occurred, overthrowing governments and establishing a new constitutional setting, this would at most affect the establishment of the second and third compacts, but the first one, the one that creates the political community, the right of sovereignty and sets the great goals under which that society ought to rule itself, would remain intact.⁵⁴
45. One question that one might ask is: how binding is this social contract? Can a nation dissolve itself by making the first contract void? Unless there would be a change in the elements of the new state, it is very unlikely that a nation can dissolve itself unless it decides to separate itself and create several new entities, but even then, one could see it as an amendment, so there was no actual return to the state of nature.
46. As far as the second of the mentioned social compacts is concerned, how is the organization of government binding upon the next generations? One of the virtues or differences that may arise from Burlamaqui with regard to the other natural law writers, if we see the two foundational contracts, is that there is no return to the state of nature in case there should be a breach of the second of them by the government, since they are still bound as a nation and

⁵⁴ Compare this view with SAMUEL VON PUFENDORF, *DE IURE NATURAE ET GENTIUM*, *op. cit.* Bk. VII, Ch. XI, para 1. For a brief comment on this, see also, RAUL PEREZ JOHNSTON, *CLÁSICOS DEL DERECHO INTERNACIONAL, DE IURE NATURAE ET GENTIUM LIBRI OCTO DE SAMUEL VON PUFENDORF, NOTA INTRODUCTORIA Y TRADUCCIÓN* [Classics of International Law, *De Iure Naturae et Gentium Libri Octo*, by Samuel von Pufendorf, Introductory Note and Partial Translation], in 4, No. 12, ADE, REVISTA DE LA ASOCIACIÓN DE DIPLOMÁTICOS ESCRITORES (September-November, 2004).

consequently, they only have to reformulate it through a constitutional convention.

47. In this sense, Burlamaqui's conception of a social contract in what we call three stages, not only two (two foundational compacts and another designating government), which as seen before, differs from Pufendorf, despite being accused of having copied him on that regard,⁵⁵ is superior to the one of Locke and most clearly Rousseau, who only see basically one social contract (even if Locke divides the object of the contract into two, it still accounts for one in the case of a revolution as he frames it).⁵⁶ This is so, because in the case of the exercise of self defense by the people against a tyrant, where by resisting oppression it reassumes its sovereign capacity, in accordance to Locke and Rousseau, there would be an immediate return to the state of nature, with a complete destruction of all the legal and social organization, falling, temporarily, into anarchy while a new social contract is celebrated, while according to Burlamaqui's conception, the reassumption of sovereignty would imply only, at most, the election of new authorities and the drafting of a new governmental organization in a new constitution, but the state, society and its ends remain intact, and therefore, the "people", as a political unit, is still constituted into one nation and bound by a set of (natural) laws and principles.⁵⁷

⁵⁵ See generally GAGNEBIN, *op. cit.* at 171.

⁵⁶ Despite distinguishing in Chapter XIX of the *Second Treatise on Government* between the dissolution of society and the dissolution of government, which is in the lines of Burlamaqui's ideology, in the case of a revolution, Locke equates the situation to being back in the state of nature:

First, as, in some countries, the person of the prince by the law is sacred; and so, whatever he commands or does, his person is still free from all question or violence, not liable to force, or any judicial censure or condemnation. But yet opposition may be made to the illegal acts of any inferior officer, or other commissioned by him; unless he will, by actually putting himself into a state of war with his people, dissolve the government, and leave them to that defence which belongs to every one in the state of nature: for of such things who can tell what the end will be? and a neighbour kingdom has shewed the world an odd example.

JOHN LOCKE, *THE SECOND TREATISE ON GOVERNMENT* (1690) ch. XVIII.

The monist scheme of Rousseau's social contract is clear from the way he describes it as comprising all elements of the state:

At once, in place of the individual personality of each contracting party, this act of association creates a moral and collective body, composed of as many members as the assembly contains votes, and receiving from this act its unity, its common identity, its life and its will. This public person, so formed by the union of all other persons formerly took the name of *city*, and now takes that of *Republic* or *body politic*; it is called by its members *State* when passive. *Sovereign* when active, and *Power* when compared with others like itself. Those who are associated in it take collectively the name of *people*, and severally are called *citizens*, as sharing in the sovereign power, and *subjects*, as being under the laws of the State.

JEAN JACQUES ROUSSEAU, *LE CONTRAT SOCIAL* (1762), Bk. I, Ch. 6.

⁵⁷ On a comparative analysis of Burlamaqui's and Rousseau's concepts of social contract, see GARY L. BARRETT, *A COMPARISON OF THE MORAL AND POLITICAL IDEAS OF JEAN-JACQUES ROUSSEAU AND JEAN-JACQUES BURLAMAQUI*, 40 and 219-225 (1970) (unpublished Ph.D. dissertation, University of Arizona). For a comparison between Burlamaqui's and Locke's notions of social contract, see DOUGLAS G. SMITH, *CITIZENSHIP AND THE FOURTEENTH AMENDMENT*, 34 San Diego L. Rev. 718 and ff. (1997) and RAY FORREST

48. Consequently, it is almost ruled out that there might be a complete destruction of the compacts according to Burlamaqui. For example, if we were to take the Declaration of Independence as being the first compact, and then the Articles of Confederation as accounting for the second, when the Philadelphia Convention subverted the constitutional compact by not following the rules of amendment provided in the Articles, there was no return to the state of nature, only a substitution of the second and consequently of the third compacts, since new authorities were elected. But there was no anarchy as other positions might seem to suggest.
49. The second aspect that arises from this point, is the fact that sovereignty is popular, it resides in the people who created the first compact,⁵⁸ enlarged of course, with time, to the new members of the community who have accepted tacitly the terms of it, and become part of the franchise. Sovereignty is then merely entrusted to its agents: the government. This means that the body of the nation can, at a given moment, if necessary, reassume the totality of its power and frame a new constitutional setting. This would occur in the case of a violation of the third compact by the rulers by not fulfilling or governing through the ends and dispositions of the first two contracts that form the legal frame that it is bound to respect through the oath of office taken by each of its officials. In that case (of a breach), government forfeits its right of commandment, loses legitimacy and there is no impairing right of obedience by the people towards its actions.
50. This does not mean, however, that with any decision that is in violation of the social covenants, the people can start a revolution to resist oppression and have the whole sovereign power returned to the nation; but only in cases of necessity, when no other legal remedies are available. In this sense, although

HARVEY, JEAN JACQUES BURLAMAQUI A LIBERAL TRADITION IN AMERICAN CONSTITUTIONALISM, 41 and ff. (The University of North Carolina Press, 1937).

Also, let it be said that this construction is obviously much more advanced than the ones where the social contract is seen as granted by the sovereign or even like a contract between a sovereign (who may even be divine by nature) and the people, since any breach in those contracts would imply an automatic return to the state of nature. In this large pool we can put authors diverse in ideas, ranging from Grotius, Du Plessis Mornay or Buchanan, to Bodin, Hobbes or even Filmer; Filmer is here included since despite denying any contractualist affiliations, he sets a scheme that bases patriarchal power in the consent of the chiefs of family to designate a hereditary ruler in the state of nature, which invariably leads us to a certain form of social contract.

⁵⁸ Burlamaqui defines this idea in the following terms:

When we inquire here into the source of sovereignty, our intent is to know the nearest and immediate source of it; now it is certain; that the supreme authority, as well as the title, on which this power is established, and which constitutes its right, is derived immediately from the very covenants, which constitute civil society, and give birth to government.

... It must therefore be agreed, that sovereignty resides originally in the people, and in each individual with regard to himself; and that it is the transferring and uniting the several rights of individuals in the person of the sovereign, that constitutes him such, and really produces sovereignty.

2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITICAL LAW, 33-34.

Burlamaqui is an advocate of the right of resistance, he sets some limits⁵⁹ to this right:

I said that the sovereign, as such, was neither accountable nor punishable; that is, so long as he continues really a sovereign, and has not forfeited his right. For it is past all doubt, that if the sovereign, utterly forgetful of the end, for which he was entrusted with the sovereignty, applied it to a quite contrary purpose, and thus became an enemy to the state; the sovereignty returns (ipso facto) to the nation, who, in that case, can act towards the person, who was their sovereign, in the manner they think most agreeable to their security and interests. For, whatever notion we may entertain of sovereignty, no man in his senses will pretend to say, that it is an undoubted title to follow the impulse of our irregular passions with impunity, and thus to become an enemy to society.

...

We must therefore observe here a just medium, and establish principles, that neither favor tyranny, nor the spirit of mutiny and rebellion.

It is certain that, so soon as the people submit to a king, really such, they have no longer the supreme power.

But it does not follow, from the people's having conferred the supreme power in such a manner, that they have reserved to themselves in no case the right of resuming it.

This reservation is sometimes explicit; but there is always a tacit one, the effect of which discloses itself, when the person, intrusted with the supreme authority, perverts it to an use directly contrary to the end, for which it was conferred upon him⁶⁰

51. From the principles of popular sovereignty and resistance, one consequence is clear in the scheme of things set by Burlamaqui: people in charge of government, cannot do whatever they want, but their power is limited in favor of those for who they are governing, those who they represent.

⁵⁹ It is interesting to see that unlike many authors of the XVIII and XIX centuries, Burlamaqui appears as quite moderate with regard to the right of resistance. Despite that, his view is not unambiguous (due to a lack of definition of what is to be understood as a "case of necessity" and therefore leaves room for what we could call "historical arbitrariness" to fill that void.

⁶⁰ 2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 39, 41. For a further development on the problem of resistance against oppression and the right to revolution as to its conditions and effects, see RAUL PEREZ JOHNSTON, NOTAS SOBRE EL CONSTITUYENTE REVOLUCIONARIO, EL DERECHO A LA REVOLUCIÓN Y EL DERECHO DE LA REVOLUCIÓN [Notes on the Revolutionary Constitutional Conventions, the Right to Revolution and the Right issued from a Revolution], XIII *IURIS TANTUM*, LAW REVIEW OF UNIVERSIDAD ANÁHUAC LAW SCHOOL, MEXICO (spring-summer of 2002).

4.2.- Representative government, limited government – delegated powers, and separation of powers.

52. One of the aspects that spring from the body of Burlamaqui's thought is that government has to be representative. Either by the election of a Prince or a representative assembly, or whatever means the people chose, but by no means he conceives the possibility of the whole people exercising government, like Rousseau would seem to suggest, for instance.

53. This brings us back to the concept stated *supra* (III, 2) of the relation between education and the form of government. With regard to that, Burlamaqui thinks also that it is not an easy thing to understand the affairs of government. Therefore, no sovereign identity is possible.⁶¹ Burlamaqui doesn't think that the people could exercise government on their own, since it has to be a full time task, therefore, politics ought to be professionalized and handled by specialists with the proper knowledge of government:

It is a great mistake to imagine, that the knowledge of government is an easy affair; on the contrary nothing is more difficult Whatever talents or genius they may have received from nature, this is an employment, that requires the whole man ... and this demands the greatest efforts of diligence and human prudence.⁶²

54. Sovereignty has to be entrusted to somebody. This is made even more clear by the fact that Burlamaqui establishes that sovereignty is the right to command on someone else, which implies not only obedience, but also that someone forfeited his independence of the state of nature so that someone else exercises the right of sovereignty issued from the creation of the whole political community in its name. Therefore,

The sovereign is ... he, who has a right to command in the last resort. To command is directing the actions of those, who are subject to us, according to our own will, and with authority or the power of constraint. I say, that the sovereign commands in the last resort, to show that, as he has the first rank in society, his will is superior to any other, and holds all the members of the society in subjection. In fine the right of commanding

⁶¹ As a side note, commenting on Rousseau (*Contrat Social*, Bk. III, Ch. XV) prof. Pedro de Vega has spoken also of a concept of *democracia de la identidad* or "democratic identity". See PEDRO DE VEGA GARCÍA, LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y LA PROBLEMÁTICA DEL PODER CONSTITUYENTE, [Constitutional Amendments and the Problem of Constituent Power] 117 (Editorial Tecnos, 1999).

⁶² 2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 98 (Harvard University Press, 1807) (1751). Furthermore, on this topic see RAUL PEREZ JOHNSTON, ESTUDIO COMPARADO SOBRE LA POSIBILIDAD DE INSTAURAR EL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL EN MÉXICO, A TRAVÉS DEL ESTUDIO DEL CASO ESPAÑOL [Comparative study on the possibility of implementing a constitutional referendum in Mexico, through the study of the Spanish case], in XIV *IURIS TANTUM*, LAW REVIEW OF UNIVERSIDAD ANÁHUAC LAW SCHOOL, MEXICO (spring-summer of 2003).

is nothing more, than the power of directing the actions of others with authority. And, as the power of exercising one's force and liberty is no farther a right, than as it is approved and authorised by reason, it is on this approbation of reason, as the last resort, that the right of command is established.⁶³

55. Nevertheless, regardless of a free bestowment of rights, Burlamaqui discards the possibility of an absolute government. He thinks on this question that even if an absolute government may be considered suitable in the hands of a wise ruler, this cannot be the general rule since it is very easy for people in a position of power to fall prey of its passions and degenerate into a tyrannical government.⁶⁴ Should this happen, the ruler would be loosing sight of the end for which he was appointed, which is to make people enjoy a solid degree of happiness, not to seek his own private advantage, passions and interests.⁶⁵

56. The consequence of this fact makes Burlamaqui conclude that the conferral of sovereignty has to be limited, having at least, the public good as a parameter for government, constituting this a sort of supreme law under which all governments must abide, since it is the main goal of the social association as part of their pursuit of happiness for which men associate in the first place. On this regard, Burlamaqui rules out the possibility of an absolute grant of sovereignty:

⁶³ 1 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 57. One interesting aspect of this definition though is the fact that the right of exercising sovereignty is bound by the approbation of reason in a way that even if the grant of sovereignty was absolute, the sovereign would still be bound by the laws of nature. In that sense, if the people that bestow sovereignty on him don't have a totality of rights because they are bound in all circumstances by the natural laws of the state of nature, moreover, the sovereign, who is an agent acting under the original power of the people, cannot have more powers than the source from which they derive. In the same sense, see JEAN JACQUES BURLAMAQUI, ÉLÉMENTS DU DROIT NATUREL, 19.

⁶⁴ On this, Burlamaqui wrote:

We may venture to affirm, that nothing can be compared to an absolute government in the hands of a wise and virtuous prince. Order, diligence, secrecy, expedition, the greatest enterprizes, and the most happy execution, are the certain effects of it. Dignities, honors, rewards, and punishments, are all dispensed under it with justice and discernment. So glorious a reign is the era of the golden age.

But to govern in this manner a superior genius, perfect virtue, great experience, and uninterrupted application, are necessary. Man, in so high an elevation, is rarely capable of so many accomplishments. The multitude of objects diverts his attention; pride seduces him, pleasure tempts him, and flattery, the bane of the great, does him more injury than all the rest. It is difficult to escape so many snares; and it generally happens, that an absolute prince becomes an easy prey to his passions, and consequently renders his subjects miserable.

2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 67.

⁶⁵ Reinforcing this concept, it can be said that "... princes often lose sight of the end, for which they were appointed, and instead of thinking that the supreme authority was established for no other purpose, than for the maintenance and security of the liberty of mankind, that is, to make them enjoy a solid happiness, they frequently direct it to a different end, and to their own private advantage." *Id.* at 18.

When therefore the whole body of the people confer the sovereignty upon a prince, with this extent and absolute power, which originally resided in themselves, and without adding any particular limitation to it, we call that sovereignty absolute.

Things being thus constituted, we must not confound an absolute power with an arbitrary, despotic, and unlimited authority. For, from what we have here advanced concerning the original and nature of absolute sovereignty, it manifestly follows, that it is limited, from its very nature, by the intention of those, who conferred it on the sovereign, and by the very laws of God.⁶⁶

...

It must therefore be acknowledged, that it never was the intention of the people to confer absolute sovereignty upon a prince, but with this express condition, that the public good should be the supreme law to direct him; consequently so long, as the prince acts with this view, be it authorised by the people; but, on the contrary, if he makes use of his power merely to ruin and destroy his subjects, he acts entirely of his own head, and not in virtue of the power, with which he was entrusted by the people.

...

By this it appears most evident, that all sovereignty, how absolute soever we suppose it, hath its limits; and that it can never imply an arbitrary power in the prince of doing whatever he pleases, without any other rule or reason than his own despotic will.⁶⁷

57. On this regard, as a consequence of the foregoing argument, Burlamaqui sets himself to launch an attack on the advocates of absolute sovereignty:

The reason, why these writers⁶⁸ give this explication of the matter, is obvious. Their design is to give an arbitrary and unlimited authority to sovereigns, and to deprive the subjects of every means of withdrawing their allegiance upon any pretext whatever, notwithstanding the bad use the sovereign may make of his authority. For this purpose it was absolutely necessary to free kings from all restraint of compact or

⁶⁶ The Laws of God are defined by Burlamaqui in the first volume of the *Principles* (concerning Natural Law). Burlamaqui considers them as a combination of natural laws, this is, the law of nature in accordance to the essence and constitution of man, and of the divine law revealed to man which has the characteristic of being a divine positive law that does not have to be based on natural law notions; an example of this could be the commandments given to Moses by God.

⁶⁷ *Id.* at 42-44.

⁶⁸ He is referring to Thomas Hobbes and his explanation on the foundation of the State in *De Cive*, ch. V, par. 7. In said work, as Burlamaqui seems to understand, Hobbes would be defining the State as a contract where the people submit to the sovereign without any conditions, so long as the others do the same. This is in the same line of Hobbes' theory as expounded in his *Leviathan*. For an early explanation and interesting critic of Hobbes' theory of an absolute grant of sovereign power by the people to the monarch, see ROBERT FILMER, OBSERVATIONS ON MR. HOBBS LEVIATHAN: OR, HIS ARTIFICIAL MAN, A COMMON-WEALTH, in OBSERVATIONS CONCERNING THE ORIGINAL OF GOVERNMENT, 1-11 (R. Royston, 1652).

covenant between them and their subjects, which, without doubt, is the chief instrument of limiting their power.⁶⁹

58. In this sense, Burlamaqui continues his disquisition of why sovereignty must be limited even when there is no apparent express limitation to the power of a monarch in an argument similar to the one established almost two centuries earlier by George Buchanan in his celebrated pamphlet *De Jure Regni Apud Scotos*, where by trying to teach the true principles of government to his pupil, James VI of Scotland, future James I of England, he would try to convince the young king that by governing for the common good of his subjects and not for his personal interests, his power was being greater and more secure because in conformity to the laws of nature and the fundamental laws of the kingdom.⁷⁰

59. This said, Burlamaqui argued that:

In fine this limitation of sovereignty forms the greatest security to the authority of princes; for, as they are less exposed hereby to temptation, they avoid that popular fury, which is sometimes discharged on those, who, having been invested with absolute authority, abuse it to the public prejudice. Absolute power easily degenerates into despotism, and despotism paves the way for the greatest and most fatal resolutions, that can happen to sovereigns. This is what the experience of all ages has verified. It is therefore a happy incapacity in kings not to be able to act contrary to the laws of their country.⁷¹

60. Limited government would then seem to be another consequence of the grant of sovereignty, which would appear as a condition to maintain legitimacy in government and avoid revolts or at least a deposal of his charge, be it by general assembly, impeachment or whatever other mechanism established in the fundamental laws or covenants of the country.⁷²

61. Although Burlamaqui argues that sovereignty, either deposited in one person or one body of persons, has to remain indivisible, since it would be morally impossible to conceive the existence of several sovereign bodies commanding

⁶⁹ 2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW*, 28.

⁷⁰ See GEORGE BUCHANAN, *DE JURE REGNI APUD SCOTOS OR, A DIALOGUE CONCERNING THE DUE PRIVILEGE OF GOVERNMENT IN THE KINGDOM OF SCOTLAND. BETWIXT GEORGE BUCHANAN AND THOMAS MAITLAND*, 12 (Richard Baldwin, 1689).

⁷¹ 2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW*, 45. Accordingly, Burlamaqui considers the following:

... [T]he precautions, which the people take against the weakness or the wickedness inseparable from human nature in limiting the power of their sovereigns, to hinder them from abusing it, do not in the least weaken or diminish the sovereignty; but, on the contrary, they render it more perfect, by reducing the sovereign to a necessity of doing good, and consequently by putting him as it were out of a capacity of misbehaving.

Id. at 49.

⁷² On fundamental laws as a limitation and condition of legitimacy of the sovereign, through the example of the *fueros* of Aragon, see *supra* note 53.

at the same time, this does not limit the possibility of establishing in the constitution different bodies in such a manner as to commit the exercise of the different parts of the supreme power to different persons or bodies, who may act independently of each other but all bound by the same fundamental laws, since it is not establishing a plurality of sovereigns but only making a partition of the same right. In this sense, none of them is sovereign independently, since they are mere executors of the law, but the whole represents the sovereignty entrusted by the people into government. This form of mixed government, by entrusting different parts of government to different bodies of the people produces that each becomes “a check on each other” which provokes a balance of authority, secures the public good and individual liberty.⁷³

62. Sovereign power can be divided, separated for its exercise, without losing its main characteristic: indivisibility. A separation of powers is then possible, even positive towards the conservation of the entrusted sovereignty within the limits of their power. This brings us directly to Burlamaqui’s proposal for a need of a threefold division of powers:

Lastly, there is still another manner of limiting the authority of those, to whom the sovereignty is committed; which is, not to trust all the different rights, included in the sovereignty, to one single person; but to lodge them in separate hands, or in different bodies; that they may modify or restrain the sovereignty.

For example, if we suppose, that the body of the nation reserves to itself the legislative power, and that of creating the principal magistrates; that it gives the king the military and executive powers, &c. and that it trusts to a senate, composed of the principal men, the judiciary power, that of laying taxes, &c. it is easily conceived, that this may be executed in different manners, in the choice of which prudence must determine us.

If the government is established on this footing, then, by the original compact of association, there is a kind of partition in the rights of the sovereignty, by a reciprocal contract or stipulation between the different bodies of the state. This partition produces a balance of power, which places the different bodies of the state in such a mutual dependance, as retains every one, who has a share in the sovereign authority, within the bounds, which the law prescribes to them; by which means the public liberty is secured. For example, the regal authority is balanced by the power of the people, and a third order serves as a counterbalance to the two former to keep them always in an equilibrium, and hinder the one from subverting the other.⁷⁴

⁷³ See on this regard: 2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITICAL LAW, 58-60.

⁷⁴ 2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITICAL LAW, 49-50. With respect to this, Burlamaqui continues his analysis by considering that the essential elements of sovereignty are the existence of a legislative, executive and judicial functions. See. *Id.* at 52-54. This brings us to the notion of shared or divided sovereignty by a reciprocal contract between the different bodies of the state, which leads to a balance of powers, an aspect which is thought to be

63. Being power thus divided and checked, it can provide, in accordance to Burlamaqui, the best possible form of government: one that will ensure better the exercise of sovereignty in order to secure the common good and the opportunity of everyone of the members of the political community to be able to pursue happiness.

4.3.- The respect of negative rights (non harmful portion of the state of nature) while asserting social (positive) rights to assure the end of the association and the rule of law.

64. Also, a consequential principle of the establishment of a series of social compacts, according to Burlamaqui, is the respect of the natural and inalienable rights of man. But these rights are not absolute, and they are understood to be limited if they conflict with the collective right to the pursuit of happiness. This limitation occurs through a series of positive obligations of the State that are impaired to social rights. These social rights, more than a check on individual liberty, are a better means of asserting it, and all of this is possible through the rule of law, as long as these laws are made for the purpose they are intended: for the general good and security, as well as to contribute collectively in everyone's right to the pursuit of happiness.

65. With regard to the natural rights enjoyed in the state of nature, one must say that from the moment the community is formed, a government erected and selected, men lose their state of independence, to enter one of subordination with a common advantage. This state of subordination implies obedience to the selected officers of government, and a certain sacrifice of the rights enjoyed in the primitive state of man. Nevertheless, however great this limitation might seem, it cannot subvert all the essential rights and relations between men according to natural law.⁷⁵ The State is for Burlamaqui a natural complement to

one of the main original contributions of Burlamaqui. On this regard, see HELENA ROSENBLATT, ROUSSEAU AND GENEVA, 100 (Cambridge University Press, 1997) and BERNARD GAGNEBIN, *op. cit.*, at 183-189.

Notwithstanding, as a criticism to this notion which might lead us to some misconceptions, we could say that Burlamaqui never pretends to divide sovereignty in itself, since, as already seen, he holds it to be indivisible, but merely that the exercise of sovereign power ought to be entrusted to the different bodies of government. Without the pomp and celebration of Montesquieu, Burlamaqui was saying "*le pouvoir contrôle le pouvoir*" a couple of years before to the celebrated maxim of *De L'Esprit des Loix* (1748), Bk. XI, Ch. VI.

⁷⁵ Burlamaqui affirmed on this:

When mankind renounced their independence and natural liberty, by giving masters to themselves, it was in order to be sheltered from the evils, with which they were afflicted, and in hopes, that, under the protection and care of their sovereign, they should meet with solid happiness. Thus have we seen, that by civil liberty mankind acquired a right of insisting upon their sovereign's using his authority agreeable to the design, with which he was entrusted with it, which was to render their subjects wise and virtuous, and thereby to promote their real felicity. In a word, whatever has been said concerning the advantages of the civil state, in preference to that of nature, supposes this state in its due perfection; and that both subjects and sovereign discharge their duties towards each other.

man's life in the state of nature, not a suppression of all the benefits therein enjoyed.⁷⁶ The objective of the State, achieved through law would be therefore, allowing man to enjoy most of his original rights, to guide him in whatever way is most convenient to assure him the possibility to pursue his real interests, to accomplish his happiness.⁷⁷ In this sense, the end of the exercise of

2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 22-23.

⁷⁶ Burlamaqui's words on the subject are revealing:

Human society is simply of itself, and with regard to those, who compose it, a State of equality and independence.

... The civil state makes a great alteration in this primitive one. The establishing a sovereignty subverts this independence, wherein men were originally with regard to one another; and subordination is substituted in its stead. The sovereign becoming the depository as it were of the will and strength of each individual, which are united in his person, all the other members of the society become subjects, and find themselves under an obligation of obeying and conducting themselves pursuant to the laws, imposed upon them by the sovereign.

But how great soever the change may be, which government and sovereignty make in the state of nature, yet we must not imagine, that the civil state properly subverts all natural society, or that it destroys the essential relations, which men have among themselves, or those between God and man. This would be neither physically nor morally possible; on the contrary, the civil state supposes the nature of man such, as the Creator has formed it; it supposes the primitive state of union and society, with all the relations this state includes; it supposes in fine the natural dependence of man with regard to God and his laws. Government is so far from subverting this first order, that it has been rather established with a view to give it a new degree of force and consistency. It was intended to enable us the better to discharge the duties, prescribed by natural laws, and to attain more certainly the end, for which we were created.

1 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 134-135.

⁷⁷ A precision on what Burlamaqui expects on the law is of great interest here:

The objective, the finality of the law with regard to its subjects, is that they conform their actions to it, & by this they be procured real happiness.

Then the law is not made with the purpose of burdening the freedom of their subjects, but to make them act in a way compatible with their true interests.

As far as the sovereign is concerned, the objective he sets himself with regard to himself when he gives a law to his subjects, is his satisfaction, his glory, which consist in that the objectives he set himself with regard to his subjects, that is to say their happiness, be accomplished.

JEAN JACQUES BURLAMAQUI, ÉLÉMENTS DU DROIT NATUREL, 20-21. Also, it is important to note a further commentary by Burlamaqui on the matter:

We should therefore take care not to imagine, that laws are properly made in order to bring men under a yoke. ... Let us say rather, that laws are made to oblige the subject to pursue his real interest, and to choose the surest and best way to attain the end he is designed for, which is happiness. With this view the sovereign is willing to direct his people better, than they could themselves, and gives a check to their liberty, lest they should make a bad use of it contrary to their own and the public good. In short, the sovereign commands rational beings; it is on this footing he treats with them; all his ordinances have the stamp of reason; he is willing to reign over our hearts; and if at any time he employs force, it is in order to bring back to reason those, who have unhappily strayed from it, contrary to their own good and that of society.

1 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 70.

The metaphor of government guiding the people is frequently represented, in a compatible way to Burlamaqui's vision, as an angel guiding a lion, where the angel sheds light, reason and guidance upon the lion who would otherwise behave in accordance to its instinct; something which may not always be in the best of the lion's interest. For a similar view to Burlamaqui's, although subjecting

governmental power is no other than to procure the happiness and felicity of its subjects:

... [W]e must say, that the right of sovereignty arises from superiority of power, accompanied with wisdom and goodness.

I say, in the first place, a superiority of power, because an equality of power, as we have observed in the very beginning, excludes all empire, all natural and necessary subordination; and besides sovereignty and command would become useless and of no manner of effect, were they not supported by a sufficient power. What would it avail a person to be a sovereign, unless he were possessed of effectual methods to enforce his orders and make himself obeyed?

But this is not yet sufficient; wherefore I say, in the second place, that this power ought to be wise and benevolent; wise to know and to choose the properest means to make us happy; and benevolent, to be generally inclinable to use those means, that tend to promote our felicity.⁷⁸

66. The exercise of power in order to procure the so sought after happiness of its subjects, carries not only the mandate on the State not to interfere with the rights of its citizens, but also, a certain set of duties in order for everyone to have a fair opportunity to pursue his own felicity. Burlamaqui says on this regard that "Providence has established things in a way that ordinarily the wellbeing of people within society is found within the general good, in a way that the surest rode to become happy is not to do anything that may disturb the public happiness, but on the contrary to work within all its power to procure it."⁷⁹

the end of government to the respect of the right of property rather than to the pursuit of happiness can be found in John Locke's *Second Treatise*, Ch. XIX.

⁷⁸ 1 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW*, 63-64. On a similar note, Burlamaqui establishes: "As to the sovereignty we must define it the right of commanding civil society in the last resort, which right the members of this society have conferred on one and the same person*, with a view to preserve order and security in the commonwealth, and in general to procure, under his protection and, through his care, their own real happiness, and especially the sure exercise of their liberty." 2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW*, 29.

*The author clarifies further down that he is referring himself to a person, in the legal sense, not to a man, since sovereignty can be entrusted also to a representative assembly that would express its own will through voting between the members that conform it, or even, to a multitude of bodies (see *supra* note 74).

⁷⁹ JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *ÉLÉMENTS DU DROIT NATUREL*, 106. This opinion would seem to be confirmed by prof. Grodin, who has written on the subject:

Burlamaqui ... appears to be talking about affirmative obligations imposed upon government by the nature of human beings, including an obligation to increase the happiness of its citizens.

For Burlamaqui, man has a duty to pursue happiness, and he posits an extension of that duty upon the state. Burlamaqui, ... reaches back to the earlier classical tradition of *salus populi*.

JOSEPH R. GRODIN, *REDISCOVERING THE STATE CONSTITUTIONAL RIGHT TO HAPPINESS AND SAFETY*; 25 *Hastings Const. L.Q.* 15 (1997-1998).

67. Therefore, it is the duty of the State, according to the finality for which it was erected, to act within all its power to procure the happiness to every member of the community, since the public good of the community has been entrusted to it. This being so, we could claim that Burlamaqui is one of the precursors of the theory of *Daseinvorsorge*, which is the consequence of the concept of the pursuit of happiness as a collective right.

68. On this regard, according to German theories of the 1930s, especially by Ernst Forsthoff, the State has to procure a minimum standard of living to its inhabitants, “Daseinvorsorge”. This view starts from the fact that man develops and lives in an environment surrounded of material and immaterial goods and services that determine the existence of man, in what is called a “living space” or *Lebensraum*.⁸⁰ This vital space can be divided into two kinds; dominated and effective. The “dominated vital space” is the one where man is master of himself, like it is with regard to material goods, property, cultivating one’s own backyard, etc. The “effective vital space” on the other hand, refers to the scope of implementing human life on things an ordinary individual has no control of, like public services, land use controls, etc. The more mankind develops, through human and technological progress, the more the “dominated vital space” is reduced, since men lose control over things; then, it is the duty of the State to compensate such situation by procuring men that “effective vital space” they need to procure for their own existence.⁸¹

⁸⁰ Care should be taken with the use of such term, since it was one of the ideological foundations of Nazi expansionism; clearly we do not intend to use this *lebensraum* concept to justify any kind of territorial expansionism, which is contrary to any concept of Human Rights, especially of International Human Rights, since we will concentrate on the “effective vital space” and not on the “dominated vital space” which was one of the grounds for Nazi conquests. An analysis on the variations of the “effective vital space”, rather than seeming monstrous, could be very helpful in determining the degree of State intervention required to assure every citizen the opportunity to pursue his own happiness.

⁸¹ Now, summarizing this theory, lets imagine the shock of a man in the state of nature put into our twenty first century. The “*bon sauvage*” of which Rousseau spoke, transported to our present times. Unlike in his era, where he hunted his own food, made his own clothes, provided for his own security with a spear and his personal strength, in our age he would have to get educated in a prestigious and expensive school, have a decent job and earn a meaningful salary, in order to be able to buy in a supermarket and eat that same raw piece of meat he once hunted, to buy a pair of jeans and a shirt, to pay taxes in order for police to protect him, etc.; add to that shock the fact that if he wanted to buy a spear, he would probably have to order it through the internet to an antiquarian store!

While in the state of nature he was completely the master of his own destiny, nowadays he would depend importantly on external factors to accomplish his wishes. This dramatic change, according to this theory, has to be guaranteed by the State to maintain social order and a good standard of living for everyone. Notwithstanding the alleged German authorship of this conception, this theory can also be seen, more or less, by what the French Administrative School of Law of the early twentieth century sustained. On this regard, it is useful to consult Léon Duguit’s assertion that: “The foundation of public law, is not any more the subjective right of commanding, it is the organization and management rule of public services. Public law is the law of public services”. LÉON DUGUIT, *LES TRANSFORMATIONS DE DROIT PUBLIC* [The Transformations of Public Law], 52 (Librairie Armand Colin, 1913).

69. Taking that into consideration, the State must provide means to secure that minimum standard of living. One of the things that can be done in this regard, is to include this whole concept into the Human Rights catalog, either in the constitution or through ordinary legislation, like FDR's attempted Second Bill of Rights. The immediate result of such a conduct would seek as a result that people know and be able to render the State accountable for not procuring them with the necessary means to develop a free and healthy life. Also, this can be achieved by assuring this concept through direct intervention of the State in everyday life, by either managing resources and intervening directly, or by regulating these activities so that the individuals responsible of providing such minimum standards do not abuse of their "power".⁸²
70. Burlamaqui certainly does not go so far in his analysis, but as we can see, there's no element of this theory that conflicts with any aspect of this foundation of the welfare state. This would be even corroborated by the fact that talking about certain rights, Burlamaqui certainly speaks of them with a social function. That is the case of the right of property,⁸³ of the rights of children not to be harmed by those legally exercising custody over them,⁸⁴ or simply by setting that the main objective of putting a criminal in jail is not only his isolation for the good of society, but his regeneration in order for him to be able to be reinserted

⁸² This conception is also compatible with the theory of social compact in which the vast majority of our constitutions is based, since assuring a minimum standard of living would only seem a fair bargain by someone willing to sacrifice its original liberties in the state of nature. The end of social and political association cannot be to the harm of at least one of the contracting parties. Therefore, the creation of the body-politic involves the obligation of the State to take care of its members, not only by securing them with police power, but also seeing that they live according to the expectations of having entered into a social contract. This doesn't necessarily mean converting the government into a gigantic "welfare state" bureaucracy, but at least obliging the state, through regulation or administrative agencies, to see that all services are justly provided, so that everybody has a fair access to them, in the proportion of their needs and capacities. In this sense, ¿wasn't the pursuit of happiness one of the primary ends of the political association, as stated in the Declaration of Independence of the United States in 1776?

⁸³ John C. Ford confirms this view:

... [T]here is no doubt that the right to pursue happiness includes the right to acquire property as well as the right to life and liberty; and there can be no doubt, either, that among the then current theories both of ethics and of political science, was the idea that happiness is a criterion of morality, and general happiness the ultimate criterion of good government. JOHN C. FORD, NATURAL LAW AND THE PURSUIT OF HAPPINESS, 26 Notre Dame L. 442 (1950-1951).

⁸⁴ In an *avant la lettre* statement, Burlamaqui wrote in favor of the rights :

All men are born free; despite that, we do not let young people be absolute masters of themselves; but we assign them tutors, curators, in a word, masters. Why is that? It is because reason not being fully developed in them, if we would let them entirely to themselves, their liberty would be the cause of their ruin much more than procuring them perfection and happiness.

JEAN JACQUES BURLAMAQUI, ÉLÉMENTS DU DROIT NATUREL, 84. Moreover, he says: "But parental power does not reach the point of being able to expose or kill a child when it has come to the world; since a child, from its birth enjoys, as a human creature, of all the rights of mankind in the same manner that any other person." *Id.* at 307. This right diminishes and is bound to disappear when the child reaches the majority of age. See generally *Id.* at 308.

in society to keep pursuing his own happiness and collaborating to that of everybody else, once his time is up.⁸⁵

71. These positive obligations of the state have to be met, among others, through the emission of laws, whose objective is going to be to direct men⁸⁶ for the prosecution of its own happiness⁸⁷ in accordance to the dictates of reason. Which leads us to the conclusion that those laws will have to be obeyed as long as they conform with the nature and constitution of man and procure for him to achieve his ends; these ends have to be possible to fulfill, useful and just.⁸⁸ Otherwise, these laws would be contrary to the principles established by the community for the primary association, as well as in those in the constitution and in the oaths of office with which the rulers bound themselves towards the people.

4.4.- Supremacy of the constitution, the need for an institutional guardian of the constitution and judicial review.

72. Finally, the last of the great principles that emanate as a consequence of the compact system established by Burlamaqui is the one of constitutional supremacy. For this, the Swiss professor establishes that the covenants constitute the fundamental laws of the country, and, since they are the

⁸⁵ The objective of a criminal penalty is not only to assure the happiness and wellbeing of society, but also to amend the felon so that he can reinsert himself into society. *See Id.* at 21-22

⁸⁶ For Burlamaqui, "The term law, in its first origin means that which directs, or is well directed." *Id.* at 1.

⁸⁷ It is important to note that

... [W]hen we speak of a rule of human action, we suppose two things 1°. That man is susceptible of direction & of norms with respect to his actions. 2°. That he sets himself an objective, an end to which he wants to arrive. And the ultimate end of man, the objective that he sets himself in every action, is his happiness. ... [L]aw ... is nothing else than all that which reason approves as a sure and easy means to reach happiness; & therefore, since the word law in its first origin means that which directs, or is well directed, since direction supposes an end, an objective to which we want to reach, and since the ultimate end of man is his happiness, and he cannot reach happiness but through reason, it follows necessarily that law in general is nothing else than all that which reason approves as a sure and easy means to reach happiness.

JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *ÉLÉMENTS DU DROIT NATUREL*, 13-14 and 15-16.

⁸⁸ Burlamaqui says on this subject:

This supposes naturally the three following conditions. 1. That the things, ordained by the law, be possible to fulfil 2. The law must be of some utility; for reason will never allow any restraint to be laid on the liberty of the subject, merely for the sake of the restraint, and without any benefit or advantage arising to him. 3. In fine, the law must be in itself just; that is conformable to the order and nature of things, as well as the constitution of man; this is what the very idea of rule requires, which, as we have already observed, is the same, as that of law.

1 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW*, 73. An interesting comment that can be made to this regard is that if for Burlamaqui no restraint can be laid for the sake of it, but has to prove a certain benefit or advantage, couldn't we consider this as a first step towards justifying substantive due process in the light of the greater goals of society: i.e. the pursuit of happiness?

foundation of the state, every government is limited in its authority by its contents. These fundamental laws are then the supreme law of the land. On this respect, Burlamaqui wrote:

These regulations, by which the supreme authority is kept within bounds, are called the fundamental laws of the state.

The fundamental laws of a state, taken in their full extent, are not only the decrees, by which the entire body of the nation determine the form of government, and the manner of succeeding to the crown; but are likewise the covenants betwixt the people and the person, on whom they confer the sovereignty, which regulate the manner of governing, and by which the supreme authority is limited.

These regulations are called fundamental laws, because they are the basis as it were, and foundation of the state, on which the structure of the government is raised, and because the people look upon those regulations, as their principal strength and support.⁸⁹

73. The consequence of this supremacy principle, just like Chief Justice Marshall would establish in his infamous decision in *Marbury v. Madison*, is that any act of government or the legislature, is null, void, if contrary to the fundamental laws of the country. This being so, against an act of authority in violation of the constitution, the other branches are entitled to refuse them and not to obey them for being manifestly unjust. With regard to this, Burlamaqui even considers an appeal to the laws of God, those laws of the state of nature, as an example of a clear case in which one must not obey a decree or a law.⁹⁰ But without going to as far as a violation to the laws of God, which might be an

⁸⁹ 2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 45-46.

⁹⁰ Burlamaqui describes this thought with reference to a classic passage:

Thus a parliament, for instance, commanded by the prince to register an edict manifestly unjust, ought certainly to refuse it. The same I say of a minister of state, whom a prince would oblige to execute a tyrannical or iniquitous order; of an ambassador, whose master gives him instructions contrary to honor and justice; or of an officer, whom the sovereign should command to kill a person, whose innocence is as clear as noonday. In those cases we should nobly exert our courage, and with all our might resist injustice, even at the peril of our lives. It is better to obey God than man. For in promising obedience to the sovereign, we could never do it but on condition, that he should not order any thing manifestly contrary to the laws of God, whether natural or revealed. To this purpose there is a beautiful passage in a tragedy written by Sophocles. "I did not believe," says Antigone to Creon king of Thebes, "that the edicts of a mortal man, as you are, could be of such force, as to supersede the laws of the gods themselves, laws not written indeed, but certain and immutable; for they are not of yesterday or today, but established perpetually and forever, and no one knows when they began. I ought not therefore, for fear of any man, to expose myself, by violating them, to the punishment of the gods."*

... Let us here collect the principal views, which the sovereign ought to have in the enacting of laws.

1. He should pay a regard to those primitive rules of justice, which God himself has established, and take care, that his laws be perfectly conformable to those of the Deity.

* Sophocl. Antigon. Ver. 473, &c.

2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW, 118-119.

extreme case, more likely to provoke a revolt than being dealt with through institutional channels, we must observe that not only in Burlamaqui's mind is spotting the nullity of an act of government because of its unconstitutionality, but also, perhaps, providing a practical solution to this problem: an institutional guardian of the constitution.⁹¹

74. The first mention to this possibility of installing a constitutional guardian of the regularity of norms and acts of government is by reference to the need, in a limited monarchy, of an assembly which will grant its consent so that certain decisions by the king may pass and be considered as valid.⁹² This is obviously in mention to the French *Parlements*, and the *placitum* granted as approval of royal decrees, and therefore may not be considered very clearly as an institutional guardian of the constitution because these *Parlements* were representative of the different estates of the kingdom, which became later on the legislative body of Burlamaqui's scheme. By this adopted structure, Burlamaqui's legislative scheme is similar to the Parliament in England, who is no guardian of the constitution, especially once it is granted the legislative power. But the interesting mention with regard to this is made in the part when Burlamaqui is referring himself to the division of powers. On this regard, he considers that the senate ought to be entrusted with judiciary functions, and as this politico-judicial body, it has the duty of serving as a counterbalance and provide equilibrium with respect to the clashes between the executive and the legislative, to prevent them from subverting one another.⁹³

75. Although Ray Forrest Harvey has gone to the extent of making equivalence between Burlamaqui and Coke's dictum in *Bonham's case*,⁹⁴ to pretend in Burlamaqui the origin of American judicial review, in the analyzed passage, we think this statement is out of proportion.⁹⁵

⁹¹ It can be said that "Burlamaqui adopted a compact theory under which government acts in excess of the granted power are invalid". DANIEL A. FARBER and JOHN E. MUENCH, *IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE FOURTEENTH AMENDMENT*; 1 Const. Comment. 242 (1994).

⁹² On this regard, read the following assertion:

... [I]n a limited monarchy, there is a certain assembly, who, in conjunction with the king, take cognizance of particular affairs, and whose consent is a necessary condition, without which the king can determine nothing. But the wisdom and virtue of good sovereigns are strengthened by the concurring assistance of those, who have a share in the authority. Princes always do what they incline to, when they incline to nothing but what is just and good; and they ought to esteem themselves happy in having it put out of their power to act otherwise.

2 JEAN JACQUES BURLAMAQUI, *THE PRINCIPLES OF NATURAL AND POLITIC LAW*, 48. This idea is very similar to those of XVI century protestants, like George Buchanan (see *De Iure Regni apud Scotos*, op. cit. *supra* note 70), which leads us back to the idea of the influence of the ideology of the "Refuge" (see *supra* note 7) on Burlamaqui.

⁹³ *Id.* at 49-50. For the full reference on these paragraphs, see *supra* note 74.

⁹⁴ SIR EDWARD COKE, *Reports, Bonham's case*, Part VIII, 118 a.

⁹⁵ With respect to Burlamaqui's implication for the need of a judicial review, see RAY FORREST HARVEY, *THE POLITICAL PHILOSOPHY OF JEAN JACQUES BURLAMAQUI AND HIS RELATION TO AMERICAN CONSTITUTIONAL THEORY* 87-97 (1934) (unpublished Ph.D. thesis, New York University). In this respect, we believe that perhaps Burlamaqui's idea might have been

76. Nevertheless, we consider that Burlamaqui is establishing a different kind of institutional guardian of the constitution, more in the lines of the *pouvoir neutre* created by the theories of Emmanuel Joseph Sieyès and Benjamin Constant during the French revolutionary years.⁹⁶ In this sense, Burlamaqui ought to be seen more as a great precursor of the European tradition of Constitutional Courts, than of American judicial review.

77. On this regard, let us say briefly that Emmanuel Sieyès, while trying to establish a guardian of the French constitutions of 1795 (*Constitution de l'An III*) and 1799 (*Constitution de l'An VIII*), started with the concept of an assembly in charge of declaring the unconstitutionality of a law contrary to the constitution, under the premise that a constitution is supreme, or is in fact nothing. This idea of a "Constitutional Jury" will become the basis for the Conservative Senate of the Bonapartian constitution of 1799, which was a political assembly, similar to the senate Burlamaqui seems to be proposing. On the other hand, Benjamin Constant, retaking the concept of Sieyès, develops the need for a Constitutional Assembly in a republican setting that belongs to none of the three powers, with the mission of conserving the constitutional balance or equilibrium.⁹⁷ After the restoration of the monarchy, Constant will change his scheme and grant this moderating function to the king, in a constitutional monarchy, who without exercising power of government, is a neutral actor that can bring the others back into place in case of confrontation between two or more of them.⁹⁸

more compatible to an institution like the Council of Censors provided in the Pennsylvania Constitution of 1776, than to what Marshall will develop in *Marbury v. Madison* with the Supreme Court as guardian of the Constitution.

⁹⁶ Here, the originality of the thought is striking since there is no evidence that Burlamaqui might have thought on this idea by reference to reading Althusius' or someone else's account of the *Ephori* in ancient Greece. The only other precedent known on a similar kind of neutral power, which we can almost be sure that Burlamaqui did not read, is to be found in James I's *The True Law of Free Monarchies* (1598) when he writes: "And where he sees the law doubtful or rigorous, he may interpret or mitigate the same, lest otherwise *summum jus* be *summa injuria*. And therefore general laws made publicly in Parliament may, upon known respects to the king, by his authority be mitigated and suspended upon cases only known to him."

The only reference that might have seemed a plausible one to Burlamaqui's thought on the matter is perhaps the account of king Theopompus of Lacedemonia, which was a widespread example used in almost all the doctrine of the seventeenth century to account for limited power in a monarchy, since this is a king who submitted part of his power to the legislative assembly of Sparta in order to assure that the power he would pass upon his sons would be more durable; but Burlamaqui doesn't seem to draw any consequences of constitutional control from antiquity, therefore we will have to credit him with the benefit of doubt on his creativity on the subject.

⁹⁷ In the 1820s, Benjamin Constant, thinking about the great inconveniences of the French Revolution, thought that the threefold division of powers was insufficient to assure constitutional stability and that there needed to be someone to moderate when two or more traditional powers clashed against each other. See BENJAMIN CONSTANT, *COURS DE POLITIQUE CONSTITUTIONNELLE* (Société Belge de Librairie, Imprimerie et Papeterie, Hauman, Cattoir et Compe., 1837), chapter I.

⁹⁸ This power, in a constitutional monarchy, for Constant, is the king. This conclusion is reached by the French author by analyzing the British "constitution" and the royal prerogative. Constant says in the already referenced book, that the king rules but does not govern, since the latter is the task of

78. In this sense, the dispute concerning the neutral power of the constitution is going to be of great importance in shaping constitutions during the twentieth century, and it will find a perfect forum in the perennial disputes between Hans Kelsen and Carl Schmitt.
79. Hans Kelsen, in an article titled *Who should be the Protector of the Constitution*, established the necessity of a court outside the three traditional powers of Montesquieu's scheme, in charge exclusively of analyzing the constitutionality of government actions, including legislation, as a consequence of the supremacy of the constitution. On the other hand, Carl Schmitt, in his response, *The Protector of the Constitution*, thinks that in accordance to the principle of neutral power, the institutional guardian of the constitution, in a setting like the Weimar Republic, a parliamentary system, should be the President of the Reich, who exercises a power similar to the constitutional monarch.⁹⁹ The results of this dispute seem to be somewhat uncertain, since even though the great majority of countries have adopted ever since a constitutional court, with variations to the kelsenian model, there are some countries like France, where the President has a constitutional attribution to act in certain cases as a moderator, and in Spain, when on the occasion of the clash between the Supreme Court and the Constitutional Court, there where attempts made to involve the king to solve the dispute by invoking the theory of a neutral power as developed in Benjamin Constant.
80. It is difficult to say whether Burlamaqui had at all any influence on these matters, it is highly unlikely, but at least it is interesting to see what the consequences of his scheme brought, with a solution that was forwarded with almost two centuries before many European countries would come up with a similar solution.

the prime minister, and that by being able to remove members of the cabinet without the power to punish them, he is repairing without being harmful. Therefore, the king is a sort of catalyst of the constitutional order, acting as if it were the "judicial power of the traditional powers" (see *Id.*, chapters I and II) when government agencies bring up claims against each other before him. In this case, should there be an abuse of power by any of the functions that exercise government, as it could be an unreasonable piece of legislation by Parliament, the King, as a neutral actor, above and separated from the executive, judiciary and legislative, can bring things back to a constitutional equilibrium.

⁹⁹ Carl Schmitt's argument is based on an analogy where he cites directly Benjamin Constant's theory on neutral power. For a more comprehensive discussion on the nature and debate around neutral power and the Kelsen-Schmitt controversy, see RAUL PEREZ JOHNSTON, *EL SUPREMO PODER CONSERVADOR (1835-1841), PRIMER TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MEXICO Y EN EL MUNDO* [The *Supremo Poder Conservador (1835-1841), First Constitutional Court in Mexico and the World*], chap. I (forthcoming).

V. BURLAMAQUI AND THE FOUNDING ERA.¹⁰⁰

81. One final point that we ought to address is that of Burlamaqui's influence over the generation of American "Constitution-makers". By linking Burlamaqui to the ideas that created the American Constitution and subsequently served as a model to most constitutional conventions, from the XVIII century to some of the latest developments in Central and Eastern Europe, we believe we can show that Burlamaqui's theories on the social contract are worthy of rediscovery and deserve a closer and deeper analysis by scholars and jurists throughout the world. This being said, if his views were part of the source to one of the most important events in constitutional history, then maintaining them hidden or forgotten in a cellar, looks like an inappropriate thing to do.
82. On this regard, one could say that Burlamaqui was an influential author in the times of the framing of the Constitution. First of all, Burlamaqui's books were quickly translated into English, and copies of those editions arrived to the Colonies in America. That being said, J. Nourse's London edition of the *Principles of Natural Law*, translated by Thomas Nugent is of 1748. Then, as a sequel, in 1752, they printed the *Principles of Politic Law*. In 1763 there was a second edition by Nourse/Nugent in London, called *The Principles of Natural and Politic Law*, where both volumes were printed together. The third London edition is of 1784; a fourth edition is issued first in Dublin (1791) and then in Boston (1792), which could account as the first American edition, and a fifth edition was printed in Cambridge, Massachusetts in 1807.¹⁰¹

¹⁰⁰ Despite the fact that the French editions of Burlamaqui's works had an immediate impact throughout Europe, and that he was widely read by the philosophers of the time, it is in the United States where his influence is most felt, mainly because it was there that the first great revolution of the XVIII century occurred. That is why we will focus on the "Founding Era" of the United States, instead of trying to weigh Burlamaqui's influence in other parts of the world. Just as a note to that, let us say that Burlamaqui was even read by Rousseau, who cited his fellow Genevan in the following terms: It is his ignorance of the nature of man that throws so much uncertainty and obscurity on the real definition of natural law: since the idea of law, says Mr. Burlamaqui, and moreover, that of natural law, are ideas manifestly related to the nature of man. It is then from that very nature of man, he continues, from his constitution and his status that the principles of this science ought to be deducted.

JEAN JACQUES ROUSSEAU, *DISCOURS SUR L'ORIGINE ET LES FONDEMENTS DE L'INÉGALITÉ PARMI LES HOMMES*, preface (1754). Nevertheless, this citation has led to much overrated speculation on the influence that Burlamaqui may have had on Rousseau. In our opinion, his impact on Rousseau's thought must have been somewhat limited. On this, see generally, GARY L. BARRETT, *A COMPARISON OF THE MORAL AND POLITICAL IDEAS OF JEAN-JACQUES ROUSSEAU AND JEAN-JACQUES BURLAMAQUI*, (1970) (unpublished Ph.D. dissertation, University of Arizona) as well as GIORGIO DEL VECCHIO, *BURLAMAQUI AND ROUSSEAU*, in 23, No. 3, *JOURNAL OF THE HISTORY OF IDEAS*, (1962).

¹⁰¹ Even if the first American edition is of 1792, it shows to some extent the popularity of Burlamaqui's ideas during the first years of the American Republic, since it would seem that the available copies from the previous English editions were not sufficient. After that edition, there were subsequent ones until the mid XIX century. The idea this gives us is that after the approval of the Constitution, Burlamaqui's books must have been regarded as so descriptive of the institutions of the Federal Republic, that more printings were necessary.

83. As a consequence of the widespread acceptance of Burlamaqui's texts in the Colonies, we can affirm that "[i]n pamphlet after pamphlet the American writers cited ... Burlamaqui ... on the laws of nature and of nations, and on the principles of civil government."¹⁰² The knowledge of Burlamaqui during the revolution has been thought of as widespread within lawyers and politicians of the time, and writers like Alexander Hamilton,¹⁰³ James Madison,¹⁰⁴ Thomas Jefferson¹⁰⁵ and James Wilson,¹⁰⁶ just to name a few, have been thought to have been directly influenced by the political theory of Jean Jacques Burlamaqui; also, the reference to the pursuit of happiness in the Declaration of Independence is believed to be of Burlamaquian ascent.¹⁰⁷
84. The circumstance of Burlamaqui's influence in the American Colonies by the time of the Revolution of Independence would seem to be accentuated if we take into consideration the claims made against Sir William Blackstone of having committed plagiarism in his *Commentaries* and having copied his political ideas textually from Burlamaqui, while it can be said that Blackstone is also unquestionably a very highly influential figure of the time.¹⁰⁸
85. While some authors have made a great apology of Burlamaqui to try to bring him back from oblivion, where he has remained for more than a century and a half, and others have reacted by diminishing his influence or impact,¹⁰⁹ we

¹⁰² BERNARD BAYLIN, *THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE AMERICAN REVOLUTION*, 27 (Harvard University Press, 1992).

¹⁰³ With regard to Hamilton and Burlamaqui's influence on him, see *idem* at 27, and RAY FORREST HARVEY, *JEAN JACQUES BURLAMAQUI A LIBERAL TRADITION IN AMERICAN CONSTITUTIONALISM*, 116 (The University of North Carolina Press, 1937).

¹⁰⁴ On the influence on James Madison, see BERNARD GAGNEBIN, *BURLAMAQUI ET LE DROIT NATUREL* 279 (La Frégate, 1944) and JEFF ROSEN, *WAS THE FLAG BURNING AMENDMENT UNCONSTITUTIONAL*, 100 *Yale L.J.* 1076 (1990-1991).

¹⁰⁵ On how Jefferson followed Burlamaqui's teachings, see MORTON WHITE, *THE PHILOSOPHY OF THE AMERICAN REVOLUTION*, 161 and ff. (Oxford University Press, 1978), RAY FORREST HARVEY, *op. cit.* at 120 and ff. and BERNARD GAGNEBIN, *op. cit.* at 279.

¹⁰⁶ On James Wilson being influenced by the writings of Burlamaqui, see MORTON WHITE, *op. cit.* at 132 and ff., 227; RAY FORREST HARVEY, *op. cit.* at 114 and ff. and BERNARD GAGNEBIN, *op. cit.* at 279.

¹⁰⁷ See JOHN C. FORD, *NATURAL LAW AND THE PURSUIT OF HAPPINESS*, 26 *Notre Dame L.* 442 n.32 (1950-1951).

¹⁰⁸ On this, see BERNARD GAGNEBIN, *op. cit.* at 273-274 and for the contrary view, defending Blackstone, PAUL LUCAS, *EX PARTE SIR WILLIAM BLACKSTONE, "PLAGIARIST": A NOTE ON BLACKSTONE AND THE NATURAL LAW*, 7 *Am. J. Legal Hist.* 142 (1963), and HOLDSWORTH, W. S., *SOME ASPECTS OF BLACKSTONE AND HIS COMMENTARIES*, 4 *Cambridge L.J.* 279 (1930-1932).

¹⁰⁹ For an idea that Burlamaqui is treated at the same level as Locke during the Founding Era, despite being a secondary figure, see BERNARD BAYLIN, *THE IDEOLOGICAL ORIGINS OF THE AMERICAN REVOLUTION*, 28 (Harvard University Press, 1992). For a contrary opinion, limiting the impact of Burlamaqui's doctrines, see JOHN DOW, *THE POLITICAL THEORY OF JEAN-JACQUES BURLAMAQUI*, 115 (1927) (unpublished B.A. thesis, Harvard University). Finally, prof. Del Vecchio, while being apologetic of Rousseau, led a harsh attack on Burlamaqui: "In these writings one would seek in vain a true, profound originality. ... Burlamaqui was not, and never wished to be, an innovator in the philosophy of law, but rather a teacher and spreader of the natural law doctrines dominant in his time." GIORGIO DEL VECCHIO, *BURLAMAQUI AND ROUSSEAU*, in

believe that whatever his real influence might have been in the past, he can be established as a traceable source to the Founding Era; the men that drafted the Declaration of Independence, had read Burlamaqui, and it would not surprise us that most of the delegates to the Federal Convention in 1787 also had knowledge of his works. Consequently, it is our reading that the works and ideas of Jean Jacques Burlamaqui stand to a good extent as a reference of XVIII century political thought, as prof. Roscoe Pound seems to suggest,¹¹⁰ and can therefore be authoritatively used in order to read a new vision of what the framers might have intended in creating the American nation.

VI. CONCLUSION

86. As we have been able to analyze all along this work, Burlamaqui's social compact theory relies on a heavy communitarian utilitarianism that goes all the way to justifying the necessity of social rights into a constitutional scheme of government, which differentiates him from other more libertarian and individualistic views like the one of John Locke. Natural equality seems to be the motor of the whole scheme, as an individual right, but also as a positive obligation upon the state in order to provide for the conditions of this equality. The consequence of this is the formulation of the principles of popular sovereignty, of delegated power, of a functional separation of powers into three independent departments, of a constitution as a fundamental law, and finally,

23, No. 3, JOURNAL OF THE HISTORY OF IDEAS, 421 (1962). Nevertheless, these statements seem to conflict with the authoritative reasoning of Roscoe Pound, when he defines what he thought to be the standard views on politic law of the XVIII century:

Eighteenth-century juristic theory, down to Kant, holds to four propositions: (1) There are natural rights demonstrable by reason. These rights are eternal and absolute. They are valid for all men in all times and in all places.* (2) Natural law is a body of rules, ascertainable by reason, which perfectly secures all of these natural rights.** (3) The state exists only to secure men in these natural rights.*** (4) Positive law is the means by which the state performs this function, and it is obligatory only so far as it conforms to natural law.**** The appeal is to individual reason. Hence every individual is the judge of this conformity.

* Burlamaqui, I, 1, chap. 7, para. 4; Wolff, paras. 68-69.

** Burlamaqui, I, 2, chap. 4.

*** Id. II, 1, chap. 3; Wolff, para. 972.

**** Burlamaqui, II, 3, chap. I, para. 6; Wolff, para 1069; Vattel, liv. I, chap. 13, para. 159; Blackstone, I, 41.

ROSCOE POUND, THE END OF LAW AS DEVELOPED IN JURISTIC THOUGHT, 27 Harv. L. Rev. 623 (1913-1914). The interesting thing about this citation is that for every numbered statement, prof. Pound inserted a footnote with a direct reference to the work of Burlamaqui, an idea that allows us to think that if he stands for what Roscoe Pound thought was the core of the Eighteenth century juristic theory, then Burlamaqui cannot be a secondary figure. Also, it is noteworthy mentioning that the other authorities cited by Roscoe Pound are Christian Wolff, who has been said to have exercised some influence on Burlamaqui, although we have contested that, Emmerich de Vattel, who was allegedly a student in Burlamaqui's classroom at the University of Geneva and Sir William Blackstone, who must have been pretty much aware of Burlamaqui's writings to the extent that there have been some claims of plagiarism against him (see *supra* note 108). Consequently, Burlamaqui's ideas, one way or another, can be considered to have been influential in terms of the meaning of XVIII century political thought.

¹¹⁰ See *supra* note 109.

for an institutional guardian of the constitution. A very liberal and contemporary view of law for someone living in a conservative environment in the first half of the eighteenth century; a circumstance which might give him more merit to embrace those positions, uncommon to his social status.

87. The importance of this topic, more than merely academic, nonetheless relies in the fact that Burlamaqui viewed the whole organization of society depending on a set of natural contracts based on a concept of social justice and the respect of personal freedom in order for everyone to achieve, with the help of the community, its personal goals in life; that is why the pursuit of happiness is one of the consequences of his social compact structure of the state.
88. Consequently, if this fundamental idea can be linked to a concrete historical moment or to a fundamental legal document, then it passes from abstract theory to becoming a model of interpretation for contemporary constitutions that may have followed it. Being as we have seen, that Burlamaqui can be considered as a reliable source to some of the Framers, and is believed to have had an important role in the ideas that drafted the first of the great compacts of American constitutionalism: the Declaration of Independence, which is the document that creates the American nation and sets as one of the main objectives of the association the pursuit of happiness, then the analysis of his theory on the social compact might help us shed some new light in the way of seeing the purpose and content of the American Constitution.
89. This, especially if we take into consideration that despite the similarity of language between one and another natural law thinker of the time, their lines of thought can be completely different; and in this case, interpreting a document like the Declaration or the Constitution through the lenses of Locke or Rousseau, instead of Burlamaqui, can make a great difference and bring out a completely different result in terms of interpretation and original meaning.¹¹¹ In this sense, and even more importantly, if we were to take Justice Chase's suggestion of interpreting the Constitution through the "first great principles of the social compact"¹¹², determining whose "social contract" it is we ought to look at, is of the essence, since the outcome of picking one source over the other could be radically different: the choice of social contract theory could then determine the outcome of constitutional interpretation, from a Lockean

¹¹¹ Citing A. P. d'Entreves (*Natural Law* (1951), p. 9) in the sense that "the mere fact that an identical expression recurs in different writers is no proof of the continuity of thought from one to the other", prof. McDowell rightly establishes that:

[a]t its deepest level, the idea of natural law that has periodically percolated to the surface of American politics is a confused collection of often contradictory claims. Whether "natural law" is being invoked in the sense of St. Thomas Aquinas or in the sense of Thomas Hobbes is a very important thing to know; the philosophic differences are profound. Sorting out those differences is thus essential to understanding the proper relationship of the Constitution to the sweeping historical tradition of natural law.

GARY L. MCDOWELL, THE LIMITS OF NATURAL LAW: THOMAS RUTHERFORTH AND THE AMERICAN LEGAL TRADITION, 37 *Am. J. Juris.* 57 (1992)

¹¹² See *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798).

libertarian compact that could support *Dred Scott*¹¹³ and *Lochner*¹¹⁴ to a more liberal and socially minded contract in Burlamaqui, that would not only reject slavery and uncontrolled economic freedom, but perhaps also, support *Brown*¹¹⁵ and other interpretations that have constituted the soul and hart of American social legislation. In this sense, the study of Burlamaqui instead of any other XVIII century scholar to give content to the meaning of the Constitution as a “social contract”, becomes an alternative of reconciliation between the notion of original intent and the constitutionality of progressive legislation. By looking back to the Founding Era, through the uncommon eye of Burlamaqui, we may find that, after all, the Framers did provide America with a constitution for the twenty-first century, a constitution set to endure the test of time and become the vehicle to assure every man the pursuit of his own happiness, for which men created societies a long time ago, without having to expect unusual and sometimes questionable interpretations by the guardian of the Constitution, namely, the Supreme Court.

¹¹³ See *Scott v. Sandford*, 60 U.S. 393 (1856).

¹¹⁴ See *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

¹¹⁵ See *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

NOTAS

CONSTITUCIÓN EUROPEA E HISTORIA CONSTITUCIONAL: EL RAPTO DE LOS PODERES

Bartolomé Clavero

HIJO: ¿Cuántos poderes son necesarios en la sociedad para conseguir la felicidad pública?

PADRE: Tres, y el primero de ellos, hijo mío, es el legislativo...

HIJO: ¿Por qué no es bastante el poder legislativo para la felicidad pública?

Catecismo Constitucional, Sevilla 1813.

SUMARIO: I. Quiebra de espejo.- II. Compostura de imagen.- 2.1. Ocurrencia Inglesa.- 2.2. Entremés americano.- 2.3. Suerte francesa.- III. Ojeo de poderes.- IV. Cobro de piezas.- V. Reglas venatorias.- Directorio en Internet.

I. Quiebra de espejo

1. ¿Cuántas exposiciones constitucionales no arrancan con la referencia al socorrido artículo decimosexto de la primera Declaración de Derechos de la Revolución Francesa: “Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución”? A partir de ahí ya cabe comenzar a tratarse de lo uno, de lo otro y de la vinculación mutua, esto es, de la separación de poderes como primera garantía de los derechos mismos¹. ¿Es la historia?
2. Dificultades pueden presentarse a partir de ahora para esta trayectoria de la historia constitucional en el ámbito de la Unión Europea. Su punto de llegada ya no será tan sólo el constitucionalismo presente de un Estado en particular, sino también el que va a establecerse o está en trance de desarrollo entre el conjunto de los Estados que forman la Unión. Resulta que la Constitución común por escrito, la del *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, va a ofrecer, de prosperar, una aparente Declaración de Derechos, pero ningún registro de Separación de

¹ Paso a exponer algunos problemas que he suscitado a largo de sesiones de este curso, 2004-2005, del doctorado de *Derecho Constitucional* de las Universidades de Sevilla y Huelva. Es primicia que habré de desarrollar, tal vez en su día en libro. El trabajo pertenece, pues es donde comencé a planteármelo y a cuyo desenvolvimiento acudiré en su día, al proyecto del grupo de investigación HICOES, *Historia Cultural e Institucional del Constitucionalismo en España* (SEJ2004-06696-C02-01).

Poderes. ¿Cómo va a seguir entonces predicándose esta segunda clave como además primera para la propia garantía de los derechos, la clave así presunta de las claves?

3. La Constitución Europea ni propugna ni aplica el principio de la separación de poderes. Ni podría hacerlo dada ante todo su pronunciada vertiente confederal o, si prefiere decirse, intergubernamental, como habida cuenta también de su aguda deficiencia ciudadana, de la extrema dificultad e incluso inconveniencia de constituir directamente sus poderes mediante representación y con responsabilidad respecto a una ciudadanía marcadamente heterogénea e insuficientemente articulada. Hace la Constitución Europea en verdad el intento de aprovechar los mecanismos de separación de poderes de los Estados miembros, concediendo cierta entrada a controles entre sus gobierno y parlamentos, pero a su propio nivel no puede asumir una diligencia del género. Repitémoslo. En el constitucionalismo europeo realmente existente, como asimismo en el que se augura por el Tratado, no hay ni parece de momento que quepa la implantación de mecanismos tales. La Unión Europea no reúne condiciones para el desdoblamiento vertical de la separación horizontal de poderes propio de las entidades constitucionalmente federales. Es al tiempo de espíritu federalista y planta no federal².
4. Ante las evidencias, existe la posibilidad de negarse que la Constitución Europea lo sea más que de nombre pues no cumple un mínimo. Se está haciendo esto incluso por constitucionalistas de reconocido prestigio, pero, si el Tratado prospera, me temo que es una alternativa condenada a la extinción incluso por mucho que pueda cargarse de razones³. Puede decirse que Europa no será constitucional, pero porque ya lo es. El Tratado es ahora un elemento más, uno que no toma tanto la determinación como pone en evidencia la omisión del principio de separación de poderes. ¿Cómo va a seguir reproduciéndose una historia constitucional que parte de esta clave y conduce a ella o, como quizás fuera mejor decir, que adopta dicha cancha de partida porque tiene ante la vista y quiere conducir a tal puerto de llegada? ¿Lo va a hacer denegando asiento en su tabla de materias a una Constitución que puede distorsionar sus presunciones como la tan flamante, por escrito, de Europa? Tampoco parece que sea esto previsible. Como todas las Constituciones, la Constitución Europea va a necesitar historia a su imagen y semejanza. La historiografía y la doctrina constitucionalistas no perderán su hábito de hacer de sus principios en el derecho principios en el tiempo. ¿De dónde podrá partirse si se pierde el asidero confortable de la separación de poderes como clave de bóveda?
5. Precisamente de las dificultades, de problemas y no de presunciones. La historiografía constitucional hoy predominante, sobre todo la producida y

² Michael BURGESS, *Federalism and European Union: The Building of Europe, 1950-2000*, Routledge, 2000, exposición bien elocuente, precisamente por federalista, del trayecto histórico.

³ Pedro CRUZ, *La Constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, 2004, por constatar que incluso la clave de los derechos queda neutralizada en la horma del Tratado, no deja de dar por hecha la marcha que acusa la palabrota bien grávida de su subtítulo.

consumida entre juristas, ofrece un relato fuertemente presuntivo por cuanto que asume lo dicho de que el principio jurídico es principio temporal, el principio de separación de poderes no sólo el resultado de una determinada historia, sino también el arranque o incluso la premisa de la misma en general. El constitucionalismo, precisamente por novedoso en el tracto del tiempo, ha tenido una fuerte necesidad de proyectarse en el pasado. Toda la agencia constitucionalista, comenzándose por la doctrina, viene siendo muy sensible al requerimiento y proclive al servicio. Así se ha construido la narrativa que desdobra principios en el derecho y en el tiempo. Impera bastante pacíficamente en los estudios jurídicos, pues no tanto en los de la profesión historiográfica. La Constitución Europea puede venir a romper esquemas al no atenerse a las previsiones del paradigma constitucionalista. No digo que esto sea para lo bueno o para lo malo, pues además está por ver, sino tan sólo que así están las cosas. El espejo en que un constitucionalismo viene mirándose satisfechamente puede que salte en añicos. ¿Otra imagen está al quite?

6. Pues soy de profesión historiador, me permito hablar de un futuro, quiero decir de la visión futura de un pasado. La Constitución Europea no va a superponerse limpiamente a las Constituciones de los Estados, sino que, conforme a sus propias previsiones de contar con sus mecanismos de poderes, empapará todo el complejo constitucional resultante, inclusive el estrato de la doctrina y la capa de la historiografía. Voy a proceder a un ejercicio de imaginación. No tengo tanta como para pronosticar qué paradigma cuajará, pero gozo de la suficiente como para presagiar qué problemas se suscitarán en el proceso hacia una nueva imagen de la historia constitucional en el ámbito europeo. Otro hay donde los cuestionamientos a estas alturas se encuentran más a la vista⁴, aunque no me consta que hasta el día de hoy la revisión en curso haya alcanzado al extremo concreto del principio y la práctica de la separación de poderes⁵.
7. Podríamos tratar de otras categorías ahora puestas merecidamente en entredicho por la Constitución Europea, aunque la misma haga el esfuerzo de limitar su incidencia y la doctrina le respalde en la resistencia. Porque vayan a tener un periodo de gracia, no están menos ya en cuestión⁶.

⁴ Sandra F. VANBURKLEO, Kermit L. HALL, and Robert J. KACZOROWSKI (eds.), *Constitutionalism and American Culture: Writing the New Constitutional History*, University Press of Kansas, 2002, para cuyo caso, el estadounidense, puede interesar ante todo el abordaje de John Phillip REID, *Constitutional History of the American Revolution*, University of Wisconsin Press, 1986 (I. *The Authority of Rights*), 1987 (II. *The Authority of Tax*), 1991 (III. *The Authority to Legislate*) y 1993 (IV. *The Authority of Law*). Para ulteriores referencias, puedo remitirme a *Constituyencia de Derechos entre América y Europa: Bill of Rights, We the People, Freedom's Law, American Constitution, Constitution of Europe*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 29, 2000, pp.87-171.

⁵ La mejor monografía también para fuera de los Estados Unidos sigue siendo una de planta tradicional: M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, 1967, ed. ampliada, Liberty Fund, 1998.

⁶ James TULLY, *The Kantian Idea of Europe: Critical and Cosmopolitan Perspectives*, en Anthony PAGDEN (ed.), *The Idea of Europe: From Antiquity to the European Union*, Cambridge University Press (CUP). 2002, pp. 331-358, más incisivo de lo planeado por el editor en su *Introduction*, pp. 1-32.

Podrían ser la soberanía, la nación o también el poder constituyente⁷. Vamos sin embargo a centrarnos en los poderes, lo que de algún modo alcanza, aunque no abarque, al resto. A la Constitución Europea ya no vuelvo en estas páginas. Algo, bastante, prefiero dejar a la diligencia de la lectura aunque sólo sea para no correr el riesgo de ofender su inteligencia. Mi intención confieso que es provocarla.

II. Compostura de imagen

8. Presagio que en el escenario historiográfico, en la imagen actual de realidad pasada, emergerán problemas que despejarán presunciones. Si se levanta el telón o cae el muro, como quiera decirse, del principio de un presente que se presume principio de una historia, se evaporarán certezas actuales dejando espacio a contingencias pretéritas. La historia constitucional perderá su fuerte identificación con la panoplia de poderes constitucionales, la que se entiende que responde al principio de separación, no para adoptar otro signo de identidad, sino más sencillamente para traer a la vista o dar a luz, como prefiera expresarse, problemas. Ya no ofrecerá la imagen de un paseo poco menos que triunfal entre principio y principio, el pasado y el vigente. Comencemos entonces por el parto. Concedamos que Locke, aunque no pariera, sea el progenitor anónimo⁸.

2.1. Ocurrencia inglesa

9. Hace ya un tiempo, se produjo una importante novedad en el estudio de la vertiente política de la obra de John Locke. Sus dos *Tratados de Gobierno* resulta que guardan una estrecha relación y que ambos se escribieron hacia comienzos de la década de los ochenta del siglo XVII y no a finales⁹. Tanto el desplazamiento como la reintegración son relevantes. Lo usual venía siendo desvincular el segundo tratado, que es el que trata de materia constitucional, del primero, que versa sobre discusiones bíblicas, para conectar a su vez el postrero con la “Gloriosa Revolución” de 1688, la famosa porque produce el *Bill of Rights* o lo que se llamará así, Billeto o Declaración de Derechos, poco más tarde, todo un arranque del constitucionalismo en suma. Laslett no aplicó la nueva perspectiva al asunto de la separación de poderes. Ni nadie luego que yo sepa. Hagamos entonces el intento. Hasta ahora parece que lo ha impedido la gruesa pantalla doctrinal extendida entre principio histórico y principio constitucional.

⁷ El mismo J. TULLY, *Strange Multiplicity: Constitutionalism in an Age of Diversity*, CUP, 1995.

⁸ Me refiero a que no hay en la historia partenogénesis sin concurrencia y hasta antecedente (M.J.C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, pp. 23-82; y le falta la Biblia, Isaías 33,22: “Dominus enim iudex noster, Dominus legifer noster, Dominus rex noster: ipse salvabit nos”), pero ya advierto de esta vez por todas, por si la duda tras la introducción aún cupiera, que aquí no andamos con el menudeo.

⁹ John LOCKE, *Two Treatises of Government*, ed. Peter LASLETT, CUP, 1960, y viva mediante reprints, Cambridge Texts in the History of Political Thought, 1988 (de edición anónima en vida de Locke), con *Introduction*, pp. 3-126, prosiguiendo Laslett el debate que condujera con otras visiones, viejas y nuevas.

10. Locke se refiere a separación de poderes en el primer tratado antes que en el segundo y lo hace de forma que ambas referencias se vinculan. En la primera ocasión defiende la separación estricta entre dos poderes o más bien entre dos dimensiones de los mismos, pues el ejercicio puede confluír perfectamente en los titulares¹⁰. Se trata por una parte del poder de familia y, por otra, del poder de propiedad, ambos en manos de los padres propietarios europeos, pero constituyendo órbitas separadas de apoderamiento: la primera, la familiar, como universo de subordinación de mujeres, trabajadores y no-europeos, y la segunda, la propietaria, como espacio de planteamiento del sistema constitucional. Lo que hoy llamaríamos trabajo por cuenta ajena quedaba entonces sometido a tal poder doméstico¹¹. Cuando en el segundo tratado se vuelve al asunto de la separación ya se hace sobre esa base. Una división de poderes ahora trinitaria, entre un poder legislativo, otro dicho ejecutivo que resulta judicial y uno tercero federativo o de política exterior, ya sólo interesa a los padres propietarios europeos, quienes cuentan así con el poder de constituir y se encuentran entonces con la necesidad, para prevenir el despotismo, de que su ejercicio se diversifique de dicha forma¹². He aquí una construcción que alcanzó un éxito muy relativo, prácticamente ninguno, ni siquiera en casa, en Inglaterra, durante cerca de un siglo, si no más¹³.

11. He ahí entonces un problema para la historia constitucional en cuanto que pierda las anteojeras de la clonación entre principios. La Separación de Poderes no es el alma gemela, nacida de igual matriz y a un mismo tiempo, del *Bill of Rights*, la Declaración de Derechos, la primera pieza de un orden constitucional, y que, encima, no se le adopta acto seguido como tal ni siquiera en el propio hogar. Locke comienza por no ser profeta en su tierra. Incluso quienes vienen a asumir resueltamente en Inglaterra el presupuesto constitucional de los derechos y la necesidad constituyente de las garantías se muestran reacios a adoptar como principio la regla de separación de poderes. El testimonio más fehaciente lo ofrece al cabo de unas décadas tras los *Tratados* de Locke, en los años sesenta del siglo XVIII, una obra de

¹⁰ J. LOCKE, *False Principles and Foundation of Sir Robert Filmer and his Followers*, cap. VII, *Of Fatherhood and Property, considered together as Fountains of Sovereignty*. Tal, el de los *Falsos Principios*, es el título específico del primer *Treatise of Government*.

¹¹ No añado nada al discurso de Locke, pues todas las coordenadas y especificaciones son suyas, inclusive la del radio europeo: J. TULLY, *Rediscovering America: The "Two Treatises" and aboriginal rights*, en su *An Approach to Political Philosophy: Locke in Contexts*, CUP, 1993, pp. 137-178; Barbara ARNEIL, *John Locke and America: The Defence of English Colonialism*, Oxford University Press (OUP), 1996.

¹² J. LOCKE, *An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, cap. XII. *Of the Legislative, Executive, and Federative Power of the Commonwealth*. Es a su vez ese de *Ensayo acerca de extensión y finalidad*, como bien se sabe, el título del segundo *Treatise of Government*.

¹³ Hay notorios testimonios británicos de tiempo más avanzado, como las conferencias de John James PARK, *The Dogmas of the Constitution*, 1832, y los artículos de Walter BAGEHOT, *The English Constitution*, 1867, éste con bastantes reediciones y traducciones, aquel editado ahora en castellano, por mérito de Joaquín VARELA e Ignacio FERNÁNDEZ SARASOLA, Akal-Istmo, 1999, y ambos, tanto Park como Bagehot, bastante reductivos, pero elocuentes respecto a la ausencia del principio de separación.

espíritu tan acreditadamente constitucional como los *Comentarios sobre las Leyes de Inglaterra* de William Blackstone¹⁴.

12. Esta exposición virtualmente completa del derecho inglés toma como base de partida derechos fundamentales, llamándoles absolutos, de índole individual y además se muestra sumamente sensible con una doble necesidad de distinción neta de poderes, esto es en concreto, de separación de la justicia respecto a todo el resto, particularmente entonces en relación a la monarquía, con énfasis a dicho efecto en la institución del jurado, por una parte, y, por otra, de división interna de la institución legislativa entre cámara de comunes, cámara de lores y la misma monarquía, entre sus respectivos poderes concurrentes a dicho efecto normativo de alcance más general en el sistema británico. El jurado por su parte también dividía internamente el ejercicio del poder judicial y este efecto se apreciaba¹⁵. ¿Cómo es que entonces no se adopta el principio de separación de poderes? Pues por considerarlo insuficiente, al no incidir en la división interna del poder potencialmente superior, el legislativo, y también peligroso, al presentarse como despliegue de un poder en singular de alcance así constituyente que además se identifica con la propiedad¹⁶. Obsérvese que el rechazo del principio de la separación se basa en la razón de que, primero, comienza por reunirlos y, segundo, concluye por no dividirlos de un modo que resultase mínimamente satisfactorio.
13. Adviértase también que la problemática no afecta prácticamente a derechos o al menos no lo hace a la titularidad de los mismos, lo que resulta entonces por supuesto cuestión neurálgica. La discriminación incluyente de sujetos se producía en el planteamiento de Locke por vía de la separación primaria entre un poder de familia que sometía a la mayor parte de la sociedad y un poder de propiedad que a quien liberaba era a la minoría así apoderada. El mismo efecto se presenta en Blackstone de una forma más franca, distinguiendo entre el mundo del derecho en sentido más estricto y el de la *oeconomía* en su acepción etimológica entonces todavía predominante de gobierno de la familia¹⁷. Sustancialmente resultan, efectuada la resta, unos mismos sujetos de libertad de unas mismas libertades individuales, pues la diferencia sólo viene en la vertiente colectiva de la organización constitucional no quedando además muy claro si a favor de Locke o de Blackstone, del principio de separación de poderes o de su rechazo como tal.

¹⁴ William BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Clarendon Press, 1765-1769; entre nutridas ediciones y adaptaciones, hay facsímil de la príncipe, The University of Chicago Press, 1984.

¹⁵ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, libro I. *Of the Rights of Persons*, caps. I. *Of the absolute Rights of Individuals*, II. *Of the Parliament*, y IX, *Of subordinate Magistrates*; libro III. *Of Private Wrongs*, cap. XXIII, *Of Trial by Jury*.

¹⁶ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, , p. 52 y 57, frente expresamente a J. LOCKE, *An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, caps. XIII, *Of the Subordination of the Powers of the Commonwealth*, y XIX, *Of the Dissolution of Government*.

¹⁷ W. BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, caps XIV. *Of Master and Servant*, y XV. *Of Husband and Wife*.

2.2. Entremés americano

14. Los Estados Unidos, aunque todavía sin el nombre de tales, nacen en 1774 con la Asociación que forman unas colonias británicas en América estableciendo un Congreso común. En dicho año, el primer Congreso que se celebra, además de formalizar dicha Asociación, produjo una declaración sobre los propios derechos, ejerció el de petición a la monarquía y dirigió mensajes a pueblos indígenas pidiéndoles solidaridad, al pueblo de Gran Bretaña rogándole comprensión y a la colonia de Québec explicándole al contingente francés de su población el sentido de unas reclamaciones. Como este último mensaje se extiende en una motivación constitucional que respecto a público inglés se da más por supuesta, puede que sea el documento de mayor interés. Ahí surge con fuerza el motivo de la separación de poderes. No lo hace de entrada¹⁸.
15. En el debate de años previos entre colonias y metrópolis no fue relevante el tópico de la separación de poderes. Se discutieron cuestiones sustantivas tanto referentes a garantías de derechos con al orden de las instituciones y, sobre todo, a la relación mutua. A esto miraban las cuestiones claves en debate. Lo hacían muy particularmente a las formas de la representación política y del juicio de jurados como claves ambas para el aseguramiento de derechos. Se cuestionaba el carácter constitucional del parlamento británico, por estamental, y se reforzaba el juego del jurado como garantía de derechos con carácter general, no limitándosele al campo penal ni a apreciación de hecho. No interesan ahora mayores detalles salvo el dicho de que la separación de poderes no tenía de entrada, ni siquiera en el mensaje que se dirigirá a Québec, un papel relevante¹⁹.
16. En 1774, al tener que explicarles dichas prácticas institucionales a un grupo que las desconocía como aquel contingente francés de Québec, tras insistirse en la importancia sustantiva tanto de la representación como del jurado cual parte crucial del mensaje, sólo entonces viene la ocurrencia: *An illustrious author of your nation, your countryman, the immortal Montesquieu*, este ilustre e inmortal compatriota vuestro, reconoció tales cosas dándole forma de principio, el de la separación entre poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Ahí tenéis una autoridad, franceses y católicos de Québec. De este modo es como entra la Europa continental para el tema de los poderes constitucionales, pues la británica ya andaba bien presente. Pronto vendría la alucinación: Montesquieu habría sido nada menos que *the oracle*, el oráculo²⁰.

¹⁸ Para material de base, los *Journals of the Continental Congress, 1774-1789, edited from the original records in the Library of Congress*, Library of Congress, 1904-1937.

¹⁹ La obra básica ha cumplido también ya unos años: Bernard BAILYN, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Harvard University Press (HUP), 1967 (ed. viva, Palladium Press, 2001), con el respaldo de su edición de *Pamphlets of the American Revolution, 1750-1776*, vol. I, único publicado, 1750-1765, HUP, 1965, de cuya misma introducción (pp. 1-202), procede la ampliación del libro.

²⁰ James MADISON, *The Federalist*, 48, 1788 (mas no sin ironía: "The oracle who is always consulted and cited on this subject is the celebrated Montesquieu (...). The British Constitution was to Montesquieu what Homer was to the didactic writers on epic poetry", en los afamados *Federalist Papers*, 1787-1788, o conjunto de ensayos, junto a Alexander HAMILTON y John JAY,

17. Entra la Europa continental a medias. Los poderes enumerados por Montesquieu en el momento de formular el principio no eran los del despliegue que ahí pacíficamente se le atribuye, sino el de poder legislativo, poder ejecutivo de derecho civil y poder ejecutivo de derecho de gentes, el segundo el judicial y el tercero el de relaciones exteriores. A su modo traducía a Locke. Mas de sobra se sabe que es la trinidad del mensaje a Québec la que se consagrará hasta el punto de hacer olvidar un cambio nada nimio, pues introduce un poder nuevo, el ejecutivo, y cancela otro, el exterior. Todo esto resulta genuinamente americano. Lo es así la fórmula definitiva de la separación de poderes. ¿Cómo pudo producirse entonces tal cambio y lograrse a continuación tamaño éxito? Sugiramos de momento una repuesta a lo primero, pues nos faltan todavía elementos para interrogarnos sobre lo segundo.
18. Habrá de recordarse, para lo primero, que el gobierno interior por Europa, inclusive Gran Bretaña, era cometido por entonces más bien de la sociedad civil, es decir, de la sociedad estamental de nobleza, clero y ciudades; para lo segundo, que en 1774 las colonias aún reconocen a la monarquía británica y desde 1776, al convertirse en Estados, siguen formando parte de una unión, entre confederativa y federal, sin solución de continuidad con respecto a la postrimería colonial. En ningún momento, ni como colonias ni como Estados en particular, asumieron la competencia de política exterior. Cuando llega en 1787 la Constitución federal, la fórmula ya está acuñada.
19. También convendrá recordarse que el constitucionalismo estadounidense, con su definitiva adopción de la separación de poderes entre legislativo, ejecutivo y judicial, fue creación de los Estados antes de plantearse al nivel federal²¹. El descontrol literal del poder exterior de los Estados Unidos en el día de hoy tiene algo que ver con aquello. La fórmula misma de la separación encubre unas secuelas de poder fuera de regla²². Y además, al contrario de lo que luego se presumirá, no está bastando el principio. Sólo a su vez recordemos que en Estados Unidos no se pierden claves vistas en Blackstone, por lo que toca tanto a la división interna del poder legislativo, dígame bicameralismo, como a una independencia del judicial, la cual se confía muy especialmente al jurado. La articulación de los textos constitucionales de un número significativo de Estados mediante el índice que ofrece el principio de la separación, con sus artículos o títulos

con numerosas ediciones y traducciones transmitiendo una imagen general bastante parcial y sesgada de aquel constitucionalismo primero.

²¹ La bibliografía con la que se cuenta para este concreto extremo es sustanciosa: Gordon S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, University of North Carolina Press (UNCP), 1969, reed. con nueva introducción, 1998; Willi Paul ADAMS, *The First American Constitutions: Republican Ideology and the Making of the State Constitutions in the Revolutionary Era* (1980; original, *Republikanische Verfassung und bürgerliche Freiheit: Die Verfassung und politische Ideen der amerikanischen Revolution*, 1973), ed. ampliada, Madison House, 2001; Marc W. KRUMAN, *Between Authority and Liberty: State Constitution Making in Revolutionary America*, UNCP, 1997.

²² Ahora, Mark DANNER, *Torture and Truth: America, Abu Ghraib, and the War on Terror*, New York Review of Books, 2004, pp. 75-213 para documentación oficial con argumentos constitucionales prestando cobertura a dicha construcción de poder fuera de Constitución, práctica de tortura incluida.

legislativo, ejecutivo y judicial, se vincula estrechamente con exigencias sustantivas de representación ciudadana, entre los sujetos dichos, y contrapeso institucional, entre los poderes consabidos, el exterior exclusivo. Con su posición entonces de segundo grado, la Constitución federal dista de resultar la más significativa. Por lo demás, ya que hablamos de poderes, señalemos que el poder de familia, aquel que corresponde a los mismos varones propietarios sujetos de derechos constitucionales, seguía intocado²³.

2.3. Suerte francesa

20. Joseph-Emmanuel Sieyes es personaje bien notorio en la historia constitucional de la separación de poderes. Fue diputado por París en los Estados Generales de 1789, en un organismo de tipo estamental que, con intervenciones suyas decisivas, se constituyó sin más en Asamblea de cámara única mediante juramento de asumir y activar la soberanía de la Nación cancelando la trinidad estamental de nobleza, iglesia y ciudad, esto último tenido por pueblo o ahora nación. Fue Sieyes presidente un tiempo de tan monocameral asamblea. Había tenido con anterioridad el acierto, por lo que efectivamente ocurriría, de señalar objetivos y marcar directrices con la publicación de una serie notoria de eficaces ensayos, principalmente *¿Qué es el Tercer Estado?*, *Ensayo sobre los privilegios* y el menos famoso con diferencia: *Puntos de vista sobre los medios de actuación con los que cuentan los representantes de Francia en 1789*, los puntos que en este punto son los que precisamente merecen nuestro interés²⁴.
21. En ese ensayo sobre formas de actuación constituyente en Francia a la entrada del año 1789, el medio es la ley; el procedimiento, la representación; la finalidad, la Constitución; el principio, la libertad. El poder legislativo, sin requerimientos que acusen alguna conciencia de los problemas que han llevado en los Estados Unidos a prácticas más complejas de representación política, se tiene por la vía constituyente. Valdría incluso, según se entiende todavía, una asamblea de carácter estamental. La inconsciencia puede también decirse del tejido conjunto de los poderes que se diseña, todo él muy incierto salvo en ese extremo de la primacía de un poder legislativo vinculado a la función constituyente. Hay así precisión de que se haga con un buen y bello golpe de apoderamiento, *beaucoup de pouvoir*, para que se pueda comenzar por donde se debe, la Constitución. El poder judicial se identifica con las magistraturas existentes,

²³ Ursula VOGEL, *Fictions of Community: Property Relations in Marriage in European and American Legal Systems of the Nineteenth Century*, y Karen ORREN, *Master and Servant Law and Constitutional Rights in the United States during the Nineteenth Century: A Domain-Specific Analysis*, en Willibald STEINMETZ (ed.), *Private Law and Social Inequality in the Industrial Age: Comparing Legal Cultures in Britain, France, Germany, and the United States*, OUP, 2000 pp. 91-112 y 313-334.

²⁴ La bibliografía de interés constitucional decae notablemente con sólo que cambiemos de continente; en este punto, Pasquale PASQUINO, *Sieyes et l'Invention de la Constitution en France*, Odile Jacob, 1998; Marc LAHMER, *La Constitution Américaine dans le Débat Français, 1795-1848*, L'Harmattan, 2001, pp. 213-274. Con buen criterio, se retorna ahora a la gráfica empleada en su tiempo: Sieyes y no Sieyès.

sin mayores exigencias constitutivas tampoco. Se les tiene por valladares probados frente al poder ejecutivo, bien que también se añade que habrán de mejorarse en algún momento mediante el establecimiento del jurado, así como con un código legislativo que presida e informe los procedimientos y las decisiones judiciales. De tal modo se presagia que los tribunales no habrían de desempeñar en definitiva otra función que la de ejecutar leyes ni otro control que el de legalidad. No hay más orden en todo ello que la supremacía resultante de un poder entre poderes, la del legislativo²⁵.

22. Respecto a esta clave, Sieyes da plenamente en el clavo, pues a tal visión del poder legislativo responde la primera Declaración de Derechos de la Revolución Francesa, la del artículo 16 citado al principio. Sobre un poder como el judicial no es que ésta diga otra cosa, pues no dice nada. La misma sólo identifica dos poderes, el legislativo y el ejecutivo, sin especificar nada más en el momento de registrar en el referido artículo el principio de la separación como característica necesaria de la Constitución. Cuando ésta, la primera Constitución de la Revolución Francesa, a su vez llega en 1791, se pondrá de manifiesto la virtualidad de la separación de poderes como principio constituyente ahora, pues no antes, abstraído de la problemática institucional bajo cuyo signo lo hemos visto nacer y a la cual ha podido constatarse que sirve²⁶.

23. La plantilla de los poderes constitucionales se importa de ultramar. Es la acuñada en América y no en Europa, con el legislativo en primer lugar, ejecutivo en el segundo y judicial en el tercero, pero su aplicación ahora resulta que precisa de unas categorías autónomas, sin dependencia de requerimientos institucionales, en la Constitución misma. Son las de representación y elección que en América se habían vinculado fuertemente entre sí y que en cambio aquí, en Francia, se ensimisman. Expresamente para la Constitución, puede haber un poder de entidad política, con capacidad propia, que sea “representativo” sin necesidad de legitimidad ciudadana por responsabilidad electoral. Se trata del poder ejecutivo encabezado por la monarquía. Del mismo modo la Constitución sienta que hay un poder de base electoral, como lo fuera para ella integralmente el judicial, que no es en cambio “representativo”. Tratándose de la justicia, tiene su importancia. Implica que carece de capacidad de juzgar a los otros poderes, los representativos, el legislativo y el ejecutivo. Es consecuencia que la Constitución extrae expresamente. Este régimen profundamente desequilibrado de poderes se entiende que responde a la quintaesencia del principio de separación precisamente por separarlos de forma tan tajante. Así se posibilita la existencia, bajo veste constitucional, de poder sin control, el bloque, sin contrapeso, de legislativo y ejecutivo. Es la composición de la

²⁵ Joseph-Emmanuel SIEYES, *Vues sur les Moyens d'Exécution dont les Représentants de la France pourront disposer en 1789*, 1788, anónimo en 1789 y no reeditado, salvo mero reprint, pp. 101-143.

²⁶ No es cuestión que se diagnostique o ni siquiera que se detecte entre la historiografía constitucional: Roberto MARTUCCI (ed.), *Constitution et Révolution aux États-Unis d'Amérique et en Europe, 1776-1815*, Laboratorio di Storia Costituzionale, 1995; François FURET y Ran HALEVI, *La Monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, Fayard (*Histoire des Constitutions de la France*), 1996.

primera Constitución de Francia, la cual tendrá a la postre una marcada influencia en el constitucionalismo europeo durante un siglo largo²⁷.

24. Por lo demás, la revolución había llegado a reducir el poder de familia en forma sensible, bien que al tiempo algo reluciente y un tanto limitada, pero en definitiva emancipatoria²⁸. Porque no dejaron de vincularse estos cambios, como exigencias constitucionales, a derechos, no podían resistirse a ley dado el sistema de poderes establecido en paralelo. La codificación vendría a asegurar la recuperación y resistencia de tal género de poder, aquel familiar que Locke separaba, para mantenerlo, de raíz, durante todavía un siglo más que largo. El dominio del código ha sido el signo del imperio de la ley, esto es, del poder legislativo, poder por añadidura reducidamente representativo y no raramente bien expeditivo ya por unicameral, ya por bicameral clónico. ¿Se conoce el dicho? Lo que se da no se quita salvo que lo haga la ley²⁹.

III. Ojeo de poderes

25. La identificación entre separación de poderes y Constitución normativa deja lo primero a disposición de la segunda, esto es, al arbitrio del poder constituyente que Locke acariciaba y Blackstone temía. A estos efectos de apoderamiento político, supo apreciarse la ventaja de que el diseño constitucional viniera a un lenguaje abstracto de poderes. El discurso británico, inclusive en las colonias, era institucional, es decir, acerca de organismos y procedimientos en concreto, con presencia tan sólo derivada, no como principio, de la separación entre poderes y, lo que es clave, dentro también de ellos, tanto en particular del legislativo, con el bicameralismo,

²⁷ Pero no, frente a lo que se presume entre constitucionalistas, en el caso gaditano: Carlos GARRIGA y M. LORENTE, *El modelo constitucional gaditano*, en Andrea ROMANO (ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea*, Giuffrè, 1998, pp. 587-613; Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español, 1810-1823*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), 1999; Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, *Cádiz como texto*, y B. CLAVERO, *Cádiz como Constitución*, en *Constitución de la Monarquía española*, Fundación El Monte, 2000, *Estudios*, vol. II. En consecuencia, M. LORENTE rechaza que se proyecte "retrospectivamente el famoso principio de separación de poderes, que tanto daño ha hecho, en mi opinión, a la historiografía, resistente a comprenderlo como objeto de investigación en sí" (Feliciano BARRIOS, ed., *El Gobierno de un Mundo. Virreinos y Audiencias en la América Hispánica*, Cuenca 2004, p. 1164).

²⁸ Shanti Marie SINGHAM, *Betwixt Cattle and Man: Jews, Blacks, and Women, and the Declaration of Rights of Man*, en Dale VAN KLEY (ed.), *The French Idea of Freedom: The Old Regime and the Declarations of Rights of 1789*, Stanford University Press (SUP), 1994, pp. 114-153; Pietro COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Laterza, 1999-2001, vol. II, *L'età delle rivoluzioni, 1789-1848*, pp. 68-88 (I. *Dalla città comunale al Settecento*, III. *La civiltà liberale*, IV. *L'età dei totalitarismi*). Contrástese la ceguera retrospectiva todavía habitual en el sector constitucionalista tan proclive a doblarse en historia: Michel TROPER, *The Concept of Citizenship in the Period of the French Revolution*, en Massimo LA TORRE (ed.), *European Citizenship: An Institutional Challenge*, Kluwer Law International, 1998, pp. 27-50, sin que vayamos a entrar ahora en esto otro, como ya dije.

²⁹ B. CLAVERO, *Código como fuente de derecho y desagüe de constitución*, en Paolo CAPPELLINI y Bernardo SORDI (eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Giuffrè, 2002, pp. 69-147.

como del judicial, con el jurado³⁰. Es en América donde el principio de separación viene a un primer término al articularse el índice para la modelación normativa de las instituciones correspondientes, las que se conformaran con unas pautas bien sustantivas bajo inspiración todavía en buena parte británica. Mas el principio de ese modo no cancela, sino que refuerza el planteamiento sustantivamente institucional del orden de Constitución.

26. Es en Francia donde se produce una disociación entre batería teórica de poderes y despliegue práctico de instituciones, quedando a la determinación constituyente la conformación de las segundas en relación a los primeros. La Constitución dispone y el constitucionalismo encubre. Así tenemos que un poder ejecutivo podrá ser de cabeza dinástica como también, abierta así la posibilidad, un poder legislativo cabrá que tenga componentes de base no electoral e incluso un poder judicial podrá ser completamente letrado o clerical, quiero decir profesional. La abstracción del lenguaje de los poderes y del propio principio de separación como formulario constitucional permitirá y hasta favorecerá todo tipo de planteamientos constituyentes, incluso, como caso ciertamente extremo, los que reprodujeran un organigrama tradicional de monarquía e instituciones de iglesia, nobleza y, un resto, pueblo. Abstraídos los poderes como cánones constitucionales, hasta eso cabía. La identificación inmediata entre constitucionalismo y separación de poderes no ha sido nada inocente. Puede que siga sin serlo.
27. Tempranamente se produce un fenómeno aun más singular. El principio de la separación de poderes se canoniza hasta el punto de convertirse en premisa necesaria de Constitución que hasta se superpone a los textos constitucionales con independencia incluso de lo que pudieran los mismos estar expresando literalmente³¹. Desde temprano hay dogma operando por encima de Constitución con la doctrina constitucional generando por sí misma poderes constitucionales, sustantividad de poder con calificación de constitucionalidad. ¿Cuánta predicación de Constitución entre tales términos y efectos no sigue habiendo? ¿Y cuántos poderes viejos o nuevos no existen hoy en el mismo sistema constitucional, ya no digo a su sombra, que quedan solapados sin transparencia alguna bajo la cobertura de la dogmática constitucional? El efecto de la opacidad resulta factible desde el momento cuando la doctrina de la separación de poderes se ha abstraído por encima de la problemática de la función de las instituciones, de una función que constitucionalmente ha de ser siempre la garantía de derechos

³⁰ Peter KARSTEN, *Between Law and Custom: "High" and "Low" Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora. The United States, Canada, Australia, and New Zealand, 1600-1900*, CUP, 2002.

³¹ Se da el caso claramente, sin ir más lejos, respecto a la Constitución de Cádiz: *El Robespierre Español. Amigo de las Leyes o Qüestionos Atrevidas sobre la España*, Cádiz, número 12, 1811; Manuel LÓPEZ CEPERO, *Lecciones políticas para el uso de la juventud española*, 1813 (reprint, *Catecismos Políticos Españoles Arreglados a las Constituciones del Siglo XIX*, Conserjería de Cultura de la Comunidad de Madrid, 1989, el catecismo que cito en el encabezamiento para el pasaje referente a la trinidad de poderes con prevalencia marcada del padre legislativo sobre el hijo ejecutivo y el espíritu judicial). Para prensa de interés jurídico por esta época, ha de estarse a los trabajos de Raquel RICO.

no sólo además dados, sino también por dar. Puntualizo esto, aunque sea desde luego innecesario, para prevenir malentendidos.

28. El problema de la separación de poderes como principio constitucional no radica desde luego en sí mismo, sino en lo que permite si se le abstrae, como históricamente llega a ocurrir, y también, en mayor medida, por lo que presume y solapa, esto desde un inicio y no sólo a partir de un determinado momento histórico. Repárese en lo visto por los *Tratados de Gobierno* de Locke una vez que se leen integradamente sin el vicio inveterado de abstraerse su composición de poderes. La separación primera entre poder de familia y poder de propiedad, poder este segundo que resulta constituyente en manos de quienes responden a una concreta cultura de apropiación privada de las propias capacidades y de los recursos a su alcance, esto tan sólo ya está solapadamente preconstituyendo un par de poderes que quedan al margen de algo que entonces sólo viene en una segunda fase, la articulación constitucional del principio mismo de separación para la reserva de derechos. Se trata del poder de los patriarcas en aquella *oeconomía* de familia³², un poder en manos de propietarios, y también del poder de los mismos sujetos respecto a los dominios de toda la humanidad que no respondiera a dicho presupuesto de cultura de la *economía* de propiedad privada. Una economía no desplazaba a la otra. Y repárese siempre en que son los mismísimos sujetos que cuentan con poder constituyente de los poderes constitucionales, poder sobre sí mismos y, no se olvide, también sobre todo el resto, tanto de la propia sociedad como, según sus pretensiones, de la humanidad entera. Si algo de exageración hay en esto, no lo es respecto a la formulación del principio de separación de poderes, sino a su éxito histórico limitado, bien que notable, pues la mayoría sujeta a poderes no se presta tan fácilmente a los designios de la minoría apoderada de derechos y mediante ellos³³.

IV. Cobro de piezas

29. La separación de poderes que se acuña para limitar el poder comienza por conferir esto mismo, un poder y unos poderes, antes que por garantizar derechos cuyo mismo reconocimiento presta cobertura. Además arroja una espesa sombra sobre todos aquellos derechos que no se garantizan, los de una mayoría de entrada. Encubre literalmente la existencia de otros poderes

³² Hay un equívoco arraigado respecto a la posición de Locke porque sus *Tratados*, como ha podido verse en el título del primero, se dirigen expresamente contra Robert FILMER y su obra *Patriarcha*, pero la diferencia radicaba en el detalle de que el segundo comunicaba al campo político el patriarcalismo que su crítico recluía en el espacio familiar de entonces, el que se extendía no sólo a la mujer, sino también al trabajo, conforme esto el mismo Locke al orden de entonces que mejor expresaría luego Blackstone.

³³ Incluye ahora el planteamiento de Locke en la historia de un derecho internacional que resulta colonial, aunque captando menos su continuidad en tiempo constitucional, Richard TUCK, *The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant*, OUP, 1999. Más sensible a la prosecución constitucional se muestra Edward KEENE, *Beyond the Anarchical Society: Grotius, Colonialism and Order in World Politics*, CUP, 2002. Este par de obras trastocan radicalmente el ensueño doctrinario, nada inocente desde luego, de la historiografía iusinternacionalista todavía predominante.

nada secundarios que no conocen en cambio límites para sí mismos, el de familia y el de imperio, el doméstico y el colonial. El colonialismo se impone por poder exterior y se reproduce interiorizándose de modo que no se comprometen los principios del constitucionalismo. La formalización se efectúa mediante la asimilación expresa del poder colonial con el poder doméstico como dimensiones que no se sujetan a prevenciones constitucionales, cuales las de separación y contrapeso entre poderes, porque el sistema constitucional las comprenda³⁴.

30. Resulta llamativo hasta qué punto la historiografía constitucional y el propio constitucionalismo se muestran hoy ciegos, más que miopes y estrábicos, ante tal género de evidencias, particularmente a nuestras alturas ante las de la vertiente colonial, incluso cuando las tienen todavía literalmente ante la vista³⁵. El paradigma constitucionalista asume en cambio la imagen agraciada de un pedigrí anticolonial tomando por tal la ruptura política, ni siquiera jurídica, del cordón umbilical del colonialismo americano con la matriz europea y cometiendo el genocidio virtual de hacer sin más desaparecer la presencia indígena. El mismo paradigma sirve para la América Latina. Se figura un escenario de *civilización* propia atribuyendo derechos y *barbarie* ajena privando de ellos donde el eclipse es total y la evidencia ninguna³⁶.
31. El fuerte desarrollo del colonialismo desde finales del siglo XVIII puede que no sea un fenómeno meramente coincidente con el constitucionalismo en el tiempo. Tal vez resulte una constante histórica suya³⁷. La cuestión que

³⁴ B. CLAVERO, *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, CEPC, 2005, y *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to America's Constitutionalism*, Robbins Collection, Studies in Comparative Legal History, 2005.

³⁵ Compárese a dicho efecto la *Constitutional History of the American Revolution* de J.P. REID citada, sin presencia alguna de los pueblos indígenas de América, con monografías anteriores del propio autor, como *A Better Kind of Hatchet: Law, Trade, and Diplomacy in the Cherokee Nation during the Early Years of European Contact*, Pennsylvania State University Press, 1976, o también recientes, como *Patterns of Vengeance: Crosscultural homicide in the North American fur trade*, Ninth Judicial Circuit Historical Society, 1999. Resulta tal la desconsideración en la historiografía y la doctrina en el campo constitucional que cabe preguntarse si el mismo paradigma constitucionalista conformado del modo que estamos viendo no repudia la mera advertencia de esa presencia humana, ya no digo su posición jurídica en tierra propia ante quienes se atribuyen el poder constituyente sobre lo suyo y lo ajeno.

³⁶ Ward CHURCHILL, *Perversions of Justice: Indigenous Peoples and Angloamerican Law*, City Lights Books, 2003. La expansión continental de los Estados Unidos frente a pueblos indígenas bajo las presunciones constitucionales de civilización propia nada excluyente, pues de su participación generosa se trata, la excluye en cambio del alcance de su título E. Robert STATHAM, Jr., *Colonial Constitutionalism: The Tyranny of United States' Offshore Territorial Policy and Relations*, Lexington Books, 2002. Contrástese el empleo alternativo del sintagma por Ranabir SAMADDAR, *Colonial Constitutionalism*, en *Identity, Culture and Politics / Identité, Culture et Politique*, 3, 2002, pp. 1-36. Añádanse los relatos de Marouf A. HASIAN, Jr., *Colonial Legacies in Postcolonial Contexts: A Critical Rhetorical Examination of Legal Histories*, Peter Lang, 2002

³⁷ Frente a la mitología de cuño francés también conviene contemplar las cosas, comenzándose por la misma Revolución Francesa, desde la perspectiva no de quien ejercita el poder, sino de quien lo padece y mientras que lo sufre: Laurent DUBOIS, *Avengers of the New*

entonces se nos plantea es la de si también, además de factor, es clave. Aunque la historiografía constitucional no suele contemplarlo, el asunto está ahí. No creo que sea tan sencillo como mero resultado de la suspensión de constitucionalismo por la existencia de colonialismo³⁸, pues hay mayor compenetración. ¿Hasta qué punto no es decisivo el factor colonial para la misma cuestión constitucional de los poderes que encubren poderes, digamos que estos segundo inconstitucionales, pero no menos debidos al constitucionalismo?

32. Para lograr alguna respuesta, conviene no perderse de vista otro factor igualmente constante del arranque y desenvolvimiento del constitucionalismo. Me refiero obviamente al poder de familia y todo lo que el mismo implica, no afectando tan sólo a la condición jurídica de la mujer, sino también a la posición, tampoco exactamente entonces constitucional, del trabajo por cuenta ajena, tanto el contractual como, todavía adentrándose en el XIX, el sometido a esclavitud³⁹. Eran fenómenos de tiempos constitucionales que cabían bajo órdenes tales. Dicho de forma más propia de entonces, subsistía la *oeconomía*, lo cual no pertenece sólo, como suele presumirse, a unos tiempos antiguos⁴⁰.
33. Recalamos finalmente de nuevo en la verdadera clave de claves. Es naturalmente la del sujeto constitucional y, en primer lugar, constituyente, el varón propietario padre de familia europeo y cristiano, por completar las señas de época. He ahí en suma la evidencia de que el sistema de poderes que caracteriza al constitucionalismo, todo él y no sólo la parte más visible, ha sido criatura histórica de una minoría social más o menos exigua según los casos, pero minoría siempre al cabo. La mayor parte de la propia sociedad no quedaba exactamente excluida del planteamiento constitucional, pues se le tenía como destinataria de determinaciones

World: The Story of the Haitian Revolution, HUP, 2004, y *A Colony of Citizens: Revolution and Slave Emancipation in the French Caribbean, 1787-1804*, UNCP, 2004. Para momento constitucional más avanzado, a falta de historiografía a la altura, véase el buen testimonio, *malgré lui*, de Onésime RECLUS, *France, Algérie et Colonies*, 1886 (Argelia como si no fuera colonia, cuales las que se tuvieran en América, alguna incluyéndose ahora, como si fuera Francia, en la Unión Europea, lo que no es otro asunto, pero que he dejado descartado para estas páginas). Onésime era geógrafo, ciertamente no tan afamado hoy como su hermano y colega en el cultivo de la *geografía* Elisée, a quien todavía se le celebra en Francia porque acuñara un término como *Francophonie* tan paleo (<http://cifdi.francophonie.org>) o neocolonial (<http://agence.francophonie.org>). Para introducción al interés constitucional de esa disciplina política, Jesús VALLEJO, *Geografía constitucional ilustrada*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, 25 (Homenaje a José Martínez Gijón), 1998, pp. 685-715.

³⁸ Bernard DURAND, *Un dogme soumis "à la force des choses": l'inamovibilité des magistrats Outre-mer*, en *Revue Historique de Droit Français et Étranger*, 2004, pp. 241-262, que es el modo como viene ahora comúnmente a contemplarse en la historiografía constitucional no sólo francesa.

³⁹ Robin BLACKBURN, *The Overthrow of Colonial Slavery, 1776-1848*, Verso, 1988, Mark E. BRANDON, *Free in the World: American Slavery and Constitutional Failure*, Princeton University Press, 1998.

⁴⁰ Puede verse el debate planteado, a propósito de mi *La Grâce du Don. Anthropologie catholique de l'économie moderne*, Albin Michel, 1996, en *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 59-6, 2001, 1109-1175: *Les économies anciennes*, escenario histórico ignorado por la historiografía constitucional al uso.

suyas, lo mismo al fin y a la postre, aun de diverso modo, que el resto de la humanidad⁴¹.

34. La exclusión en rigor no existe. La minoría se hace con derechos para sí misma y con poderes respecto a la mayoría, la propia como la ajena. Así es como incluye. El constitucionalismo abraza un proyecto de transformación que alcanza en primer término a la misma sociedad a la que pertenece la propia minoría. Todo un mundo rural y laboral podía ser considerado tan carente de *civilización* y tan precario en derechos mientras que no la alcanzase, casi tan expuesto entonces a poderes, como las sociedades no europeas⁴². ¿El éxito condona? Diga quien lea. Quede la respuesta a la inteligencia de la lectura. Sea cual fuere, adviértase que compromete a la Constitución Europea⁴³.

V. Reglas venatorias

35. Si la ciencia, al menos la que se dice del derecho, no parece muy fiable, recurramos a la ficción por alcanzar alguna conclusión naturalmente provisional aunque sólo sea porque ha de quedar al veredicto de la lectura, lo que comienza por no entender la doctrina de tal género, la jurídica. Sea *Moby-Dick or the Whale*, "Moby-Dick o el Cetáceo", de Herman Melville, una caudalosa narración que resulta, aparte otros méritos, de interés metodológico para la historia del derecho y sustantivo para la doctrina jurídica, inclusive para sus especialidades constitucionales. No nos lleva exactamente de vuelta a América, sino a los océanos de la tierra, un espacio en común⁴⁴.
36. De poderes trata la antología de pasajes a lo largo de la historia sobre las grandes y poderosas criaturas con la que se encabeza *Moby-Dick*. En compañías tales como la Biblia, el *Leviathan* de Hobbes y los *Comentarios*

⁴¹ Bruce ACKERMAN, *We the People*, vols. I, *Foundations*, y, hasta el momento, II, *Transformations*, HUP, 1991-1998, registrando la ausencia de género, esclavitud y pueblo indígena en el momento constituyente y considerando rectificaciones o, como entiende, regeneraciones, con olvido entonces significativo del caso último o más bien el primero tratándose de América.

⁴² Eugen J. WEBER, *Peasants into Frenchmen: The Modernization of Rural France, 1870-1914*, SUP, 1976, pp. 3-22, capítulo que resultaría más elocuente de no prejuizarse resultados en términos además que se entienden positivos de *nacionalización* del campesinado. ¿Por qué el punto de vista de la historiografía en general, no sólo de la marcada por la visión constitucional, no es el de la mayoría, cuando no se pertenece a ella y aún también con la procedencia, ni siquiera por venir a contemplársele? ¿Qué paradigma rige unas profesiones académicas cuando impone así perspectivas?

⁴³ Si quiere suspenderse el propio juicio y seguirse de la mano otro tramo algo más largo, puedo remitirme a *Europa hoy entre la historia y el derecho o bien entre postcolonial y preconstitucional*, en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 35, 2004, que es número monográfico sobre colonialismo.

⁴⁴ Herman MELVILLE, *Moby-Dick, or the Whale*, 1851, con numerosas ediciones y traducciones, a veces abreviadas perdiéndose buena parte de lo que aquí interesa. El capítulo al que haré referencia es el LXXXIX, *Fast-Fish and Loose-Fish*. El epígrafe de la antología que enseguida digo reza *Extracts Supplied by a Sub-Sub-Librarian*, lo cual, a la vista de lo que hoy abunda, cumple con más que sobrada suficiencia el requisito académico del registro de fuentes.

de Blackstone, surge la expresión de un principio, tomado de una canción de balleneros: *Might makes Right*, “el poder hace el derecho”. Poder es derecho y derecho es poder. Poder y derecho equivalen. Son si acaso vertientes de una misma cosa. Al argumento acude Melville en un capítulo bajo el epígrafe de *Fast-Fish and Loose-Fish* que aparentemente versa sobre derecho venatorio en mar abierto, mas que diserta en el fondo sobre poder colonial y orden jurídico⁴⁵.

37. Justificando el singular epígrafe, que no anuncia ni derecho ni colonialismo, Melville explica la distinción marinera entre *fast-fish*, la pieza que ya anda marcada por tentativa de apresamiento, y *loose-fish*, la que todavía corre mostrenca y así resulta *fair game for anybody*, caza al alcance de cualquiera pues no se aprecia desgarrar de rejón ni de anzuelo, hendidura de pendón ni de bandera. Con este principio colonial, “¿qué son los Derechos del Hombre sino *Loose-Fish*?”, pieza destinada a convertirse antes o después, como *fair game*, en *fast-fish*. El razonamiento se remata: “¿Y qué eres tú, lector, sino *Loose-Fish* y *Fast-Fish* a un tiempo?”, sujeto de derechos y objeto de poderes simultáneamente, agente de historia y paciente de dogma cuando se trata de derecho, lector o lectora.
38. Además de una conclusión sustantiva, ¿se quiere otra metodológica? Fiémonos también de la literatura no jurídica. Un simple cuento nos habla de una investigación conducida en toda regla sin resultado ninguno por un exceso de método precisamente. La pieza de convicción se encuentra tan a la vista que la pericia más avezada no tiene modo humano de descubrirla. “Sólo toman en cuenta su *propia* inteligencia artificial” por instruida. La profesión superpone su cultivada formación a la desnuda evidencia. Es historia que narra y conclusión a la que llega Edgar Allan Poe en *The Purloined Letter*, la carta sustraída⁴⁶. Conviene ante todo mirarse lo evidente y sobre todo atenerse a la evidencia misma. He aquí la lección más sensata de método que pueda impartirse a una historiografía tan ciega por dogma o al menos tan estrábica por doctrina como la constitucional. Para el mundo del derecho en general y del constitucionalismo en particular, ¿no consiste la especialidad científica en la asunción personal de los prejuicios que caracterizan a la profesión, esa inteligencia artificial de caza y captura?

⁴⁵ Edward W. SAID, *Culture and Imperialism*, Alfred A. Knopf, 1993, con traducciones, interesa al punto, aun no incidiendo en particular sobre *Moby-Dick*. Se tiene ahora también la reposición de C.L.R. JAMES, *Mariners, Renegades, and Castaways: The Story of Herman Melville and the World We Live In*, ed. ampliada, University Press of New England, 2001, sobre quien puede aprovecharse, interesando desde luego igualmente a colonialismo, Anna CRIMSHAW (ed.), *The C.L.R. James Reader*, Blackwell, 1992.

⁴⁶ Edgar Allan POE, *Tales*, 1845, pp. 200-218, *The Purloined Letter*, p. 210, aparecido en 1844 e incluido en sus *Works* ya póstumas, 1850, pp. 262-280: “They consider only their *own* ideas of ingenuity”. En castellano hay traducción de Julio CORTÁZAR (E.A. POE, *Obras en Prosa*, I, *Cuentos*, 1956, *La carta robada*, con reediciones), pero no muy atinada para la frase que nos interesa: “Sólo tienen en cuenta sus *propias* ideas ingeniosas”, en vez de “sus *propias* nociones de lo que sea lo inteligente” o, forzando casi nada, eso de “su *propia* inteligencia artificial”.

DIRECTORIO EN INTERNET
(Supplied by a Sub-Sub-Internauta)

Biblia (Vulgata):

<http://www.vatican.va/archive/bible>.

Thomas Hobbes, *Leviathan*:

<http://oll.libertyfund.org/ToC/0051.php>.

Robert Filmer, *Patriarcha*:

<http://www.constitution.org/eng/patriarcha.htm>.

John Locke, *Treatises of Government*:

<http://www.lonang.com/exlibris/locke>.

William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*:

<http://www.lonang.com/exlibris/blackstone>.

Journals of the Continental Congress, 1774-1789:

<http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwjc.html>.

Documentación del Primer Congreso Continental (1774):

<http://www.lexrex.com/functions/table.htm>.

Constituciones de los Estados miembros de los Estados Unidos (en construcción):

<http://129.2.168.174/Constitution/Thorpe/Samples.aspx>.

The Federalist Papers:

<http://www.constitution.org/fed/federa00.htm>.

Joseph-Emmanuel Sieyes, *Vues sur les Moyens d'Exécution dont les Représentants de la France pourront disposer en 1789*:

<http://gallica.bnf.fr/scripts/catalog.php?MA=Sieyes>.

Constituciones de Francia:

<http://www.elysee.fr/instit/text4.htm>.

Constituciones de España:

<http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones/pais.formato?pais=Espanya&indice=constituciones>.

Edgar Allan POE, *The Purloined Letter*:

<http://www.eapoe.org/works/tales/index.htm>.

Walter Bagehot, *Constitución de Inglaterra* (trad. Adolfo Posada):

<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=291>.

Herman Melville, *Moby-Dick, or the Whale*:

<http://www.americanliterature.com/MD/MDINDEX.HTML>.

Onésime RECLUS, *France, Algérie et Colonies*:

<http://visualiseur.bnf.fr/Visualiseur?Destination=Gallica&O=NUMM-75061>.

M.J.C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*:

http://oll.libertyfund.org/Texts/ToC/0024_ToC.html.

Caso de constitucionalidad, el de Abu Ghraib:

<http://www.aclu.org/International/International.cfm?ID=13962&c=36%0D%0D>.

Tratado-Constitución de Europa:

<http://europa.eu.int/eur-lex/lex/JOHtml.do?uri=OJ:C:2004:310:SOM:ES:HTML>.

ENTRE DROIT DE L'ÉTAT ET DROITS DE LA SOCIÉTÉ: LE CHOIX DE TOCQUEVILLE¹

Lucien Jaume

- I. Au sortir de l'Empire: les rapports entre la société et l'Etat
- II. Tocqueville: un autre choix du mode de gouvernement
- III. Conclusion: le droit chez Tocqueville

- 1) Droit de l'Etat et droits de la société : la question ainsi formulée revient à analyser la situation de Tocqueville par rapport à un débat essentiel de son temps. Sur le plan de la méthode d'approche, il s'agit ici d'écartier un danger dans le fond et dans la forme : traiter cet auteur et cet acteur politique comme de plain-pied avec notre temps, pratiquer une lecture de « familiarité », en réalité propice aux contresens et aussi aux manœuvres de « recrutement idéologique ». Je ne propose pas non plus de lire Tocqueville comme s'il était un philosophe, prenant place dans la galerie des philosophes du politique, mais comme un théoricien de la démocratie qui se tient en alerte sur les enjeux importants de son époque et qui, pour cela, pratique la comparaison entre la République américaine et la monarchie constitutionnelle française. Mais, insister sur l'historicité de la pensée de Tocqueville n'implique pas de lui attribuer un caractère « périmé ». Il s'agit seulement de comprendre à quelles questions, à quelles options de ses contemporains, sur le terrain des droits individuels et des libertés publiques, il entendait répondre, même si, généralement, il ne nous présente pas ce débat comme tel et de façon explicite dans *De la démocratie en Amérique*.
2. En ce qui concerne le contexte à considérer, il faut ajouter qu'il n'y a pas une *doctrine* libérale en France, au XIXe siècle, mais seulement une culture libérale. La démarche d'investigation que j'ai défendue ailleurs consiste à étudier en priorité les enjeux *institutionnels* (presse, justice, enseignement, etc.) autour desquels se forment des courants libéraux différenciés et vis-à-vis desquels il pratiquent un débat, parfois très animé. En effet, plus encore que la question de la Révolution et la phase dramatique de la Terreur, la grande préoccupation à laquelle doivent répondre les libéraux français est : *que faire des institutions de l'Empire ?*². Or, cette question se pose à eux dans un contexte complexe :

¹ Texte issu d'une communication au colloque « L'œuvre juridique de Tocqueville » (Douai, 13 novembre 2003), à paraître aux Presses Universitaires d'Artois. Cette version est remaniée sur plusieurs points. Mes remerciements vont au professeur et doyen Charles Coutel, organisateur du colloque avec Manuel Carius et Tanguy Le Marc'Hadour.

² Voir par exemple Rudolf Von Thadden, *La centralisation contestée*, Arles, Actes Sud, 1989. J'ai étudié cette perspective de la formation des libéralismes en France dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997. Pour la méthode développée, voir, publiée en espagnol, la communication du colloque de Naples « Per una storia dei concetti

le sentiment de débâcle (la chute de l'Empire, puis les Cent Jours), l'invasion par les puissances étrangères qui pèse sur les débuts de la Restauration, l'énigme créée par l'autorité de Napoléon, une énigme qui ne va cesser d'interpeller la réflexion de Tocqueville car elle est remise en scène de façon spectaculaire par l'établissement du Second Empire, et enfin une grande richesse mais aussi une grande confusion dans le climat intellectuel entre 1814 et 1830. En somme, les Français, quelles que soient leurs préférences politiques, sont amenés à se poser la question : qui sommes-nous et que voulons-nous après dix années de Révolution, quinze années de pouvoir « despotique » mais stabilisateur - du moins en apparence - des conquêtes de la Révolution, et, au total, six ou sept textes constitutionnels ?

3. Formant sa pensée de jeunesse vers les années 1825-1830, partant aux Etats-Unis en 1830, juste après la révolution de Juillet, Tocqueville hérite des interrogations qui habitent la période de la Restauration. Il ne le montre cependant pas de façon directe, puisqu'il ne publie rien, à ce moment, qui soit de type « conjoncturel » ; pourtant, dans la distance prise avec la France, c'est bien de son pays qu'il traite dans son ouvrage sur la démocratie américaine, c'est bien à la France qu'il songe en s'embarquant pour l'Amérique avec Gustave de Beaumont³.
4. Dans un premier temps, on essaiera donc d'évaluer la question principale ou les données du problème qui se présentaient au sortir de l'Empire, c'est-à-dire, pour schématiser, un régime prétendant assurer l'ordre post-révolutionnaire, sans accorder de confiance à la liberté. On étudiera ensuite la position adoptée par Tocqueville, qui consiste, à la différence de certains libéraux de son temps (Guizot, l'orléanisme), à défendre avec constance les droits de l'individu, mais aussi les « droits de la société » que l'orléanisme, à la fois, s'approprie et assimile au pouvoir étatique. En d'autres termes, Tocqueville retrouve dans l'interpénétration société/Etat défendue par Guizot un héritage de Napoléon.
5. Pour conclure, on s'interrogera sur la place et la portée du *droit* au sein de la pensée de Tocqueville qui se veut en prise sur les enjeux de l'époque : l'importance mais aussi la relativisation du droit vont de pair chez lui.

I. Au sortir de l'Empire: les rapports entre la société et l'Etat

6. La Révolution française ne met pas fin à une certaine conception de l'Etat mais au contraire la revivifie : parce qu'il est celui qui définit *l'intérêt général*, en est le gardien et en surveille les réalisations, l'Etat est conçu

giuridici e politici europei » (février 2003) : « El pensamiento en acción : por otra historia de las ideas políticas », *Ayer*, n° 53, Madrid, Marcial Pons, 2004 (1), pp. 109-130.

³ Dans les deux cas, la correspondance en fait foi : à sa famille et à des proches, Tocqueville livre certains éléments de son interrogation personnelle, et, à divers correspondants, après la publication de *Démocratie en Amérique*, il confiera qu'il n'a cessé de songer à la France, pour une comparaison permanente quoique souvent implicite. On lira de Françoise Mélonio, « Tocqueville entre révolution et démocratie », introduction à Tocqueville, *Lettres choisies. Souvenirs*, éd. par F. Mélonio et L. Guellec, Paris, Quarto/Gallimard, 2003.

comme apte à surmonter toutes les divisions. Il s'agit aussi bien des divisions religieuses (souvenons-nous de l'Edit de Nantes), des conflits entre « factions » (comme on dit sous la Révolution française) et des divergences d'intérêt entre les citoyens et l'administration. D'où l'importance en France de l'Etat *administratif* et de ce que Napoléon appellera les « masses de granit », destinées à organiser une société qu'il décrit comme sortant « en poussière » de la tourmente révolutionnaire. L'Etat administratif, par différence avec l'Etat du constitutionnalisme⁴ recherche avant tout l'obéissance et l'uniformité ; il peut promouvoir l'égalité, comme ce fut le cas en France, mais entend définir en dehors de l'avis des citoyens ce qui est bon pour eux. Tandis que l'Etat libéral et constitutionnel s'appuie sur l'initiative individuelle et s'en remet à la *répression* pour les cas de violation envers la loi, l'Etat administratif préfère les mesures de *prévention*, indiquant à l'avance, aux individus, ce qu'ils ont à faire. Remplacer la prévention par la répression fut un combat incessant du courant de Constant, Tocqueville et Laboulaye.

7. En outre, dès la rédaction, en 1789, de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, on voit qu'il existe dans la perspective du légicentrisme français, une forte tension entre l'émancipation de l'individu et l'autorité de l'Etat, et c'est par rapport à cette tension que le libéralisme doit opérer ses choix : jusqu'à quel point convient-il de fortifier les droits individuels en matière d'opinion, de presse, d'associations, de liberté de l'enseignement - mais aussi, au titre des grandes libertés publiques ou garanties du citoyen, la décentralisation, le jury en matière criminelle et la justice administrative ? Le choix fait par les gouvernements de Louis XVIII, dans le cadre de la Charte de 1814, est de garder les institutions de l'Empire, tout en tentant de les assouplir ; c'est aussi le choix des doctrinaires, dont Guizot est le principal théoricien. Ce tournant essentiel pèse sur tout le devenir du libéralisme français, dans ses composantes diverses.
8. La tension entre droit de la société et droits de l'Etat peut aussi être considérée sous l'angle du *droit de juger*, dans l'individu et chez le citoyen ; par l'exercice de son jugement, le citoyen contrôlera la façon dont il est gouverné : soit de façon directe, à travers le vote, la presse, la liberté électorale de réunion (dont l'Angleterre offre des exemples très poussés à l'époque), soit de façon médiate, par une responsabilité des ministres effective (grande pierre d'achoppement depuis la Révolution)⁵. Les gouvernements issus de la Charte se montrent avant tout désireux d'assurer un *contrôle* par l'Etat, au moyen des préfets et de l'ensemble du

⁴ Il faut entendre ici par constitutionnalisme une technique assurant la limitation des pouvoirs et la suprématie de la constitution sur les lois ordinaires, par exemple à travers le contrôle de constitutionnalité de la loi.

⁵ Voir mon étude sur la façon dont Benjamin Constant traite la question au début du régime de la Restauration, puis au moment de l'Acte additionnel : Introduction et notes à *De la responsabilité des ministres*, in Benjamin Constant, *Œuvres complètes*, Tübingen, Max Niemeyer, t. IX-1, 2001, pp. 415-496.

système administratif, qui pèse sur les formes politiques et sur la société civile⁶.

9. Par exemple, le jury criminel, y compris en matière de presse, est une revendication des libéraux, mais la tentation est forte de soumettre la désignation des jurés au choix libre du préfet et du parquet. De même pour la liberté de presse: les trois grandes lois doctrinaires de 1819 abandonnent le système de la *censure* des journaux, c'est-à-dire l'examen préalable des articles (mesure de prévention), mais, par ailleurs, elles établissent un filtrage sévère parmi ceux qui souhaitent ouvrir un journal, en obligeant à déposer un « cautionnement », en d'autres termes une réserve en capital⁷. Cette disposition subsistera jusqu'à la fin du XIXe siècle, la loi de 1881 sur la presse y mettant un point final. Or, il faut bien voir que c'est au nom des droits de la société que le groupe doctrinaire introduit le cautionnement dans la législation des journaux : des garanties de solvabilité financière (en prévision de poursuites judiciaires), mais aussi de respectabilité sociale sont par là requises. Le cautionnement en matière de presse est le corrélat du cens en matière électorale.

10. Il me semble que le grand partage qui s'établit sous la Restauration est entre le courant fondé par Mme de Staël et Benjamin Constant, d'un côté, c'est-à-dire le libéralisme de Coppel, et, par ailleurs, le courant de Guizot, des doctrinaires, ensuite de l'orléanisme. Le concept proposé dans *L'individu effacé*⁸, le « droit de juger de son droit », reconnu ou refusé à l'individu, apparaît comme la clef des divergences majeures entre ces deux courants⁹. Le libéralisme de Coppel est un libéralisme de l'individu, mais aussi du sujet politique et moral, et des droits de la conscience (source protestante), avec, pour complément, un ordre constitutionnel modérateur¹⁰. Le libéralisme des doctrinaires conçoit une société organisée grâce à des groupes, des corps et des notables, et selon une structure hiérarchisée où « l'élite » de l'Université, de la presse, de la magistrature et de l'administration (bien plus, en réalité, que la bourgeoisie d'affaires) doit contrôler le pouvoir dans l'Etat central et, localement, développer ses réseaux d'influence. Il est caractéristique qu'en mai 1819, lorsqu'il défend le projet de loi du gouvernement sur le cautionnement des journaux, Guizot désigne la situation de la société française par le terme

⁶ Il faut rappeler que le maire n'est pas une personnalité élue mais désignée par le pouvoir central.

⁷ Sur les lois de 1819, voir L. Jaume, « Heurs et malheurs de la liberté de presse », in *Liberté, libéraux et constitutions*, sous dir. J.-P. Clément, L. Jaume et M. Verpeaux, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997, pp. 43-59.

⁸ On peut trouver la formulation de ce concept chez Locke et chez Kant, du fait de leur intérêt en philosophie pour le rapport entre le sujet individuel et la loi.

⁹ Mais aussi le troisième courant, celui du catholicisme libéral (Lamennais, Lacordaire, Montalembert) qui ne peut être traité ici. Voir les éléments donnés dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, éd. cit.

¹⁰ La théorie du « pouvoir neutre » chez Constant est un exemple de la réflexion de Coppel sur le constitutionnalisme. Il existe en fait tout un ensemble de réflexions allant dans ce sens : l'examen des constitutions chez Mme de Staël, chez Sismondi ou chez Constant occupe une grande part de leur vie et de leurs œuvres, à la suite du grand inspirateur du groupe, Jacques Necker. Voir L. Jaume (sous dir.), *Coppel, creuset de l'esprit libéral*, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

de « susceptibilité sociale ». La susceptibilité, terme médical, signifiait la « disposition à ressentir les influences, à contracter les maladies » (Littré). Pour Guizot, la presse est une « influence » qui peut servir les adversaires ultras, ou les partis radicaux, et qu'il importe donc de remettre aux mains du groupe des modérés. A Benjamin Constant, qui lui apporte la contradiction, le même jour, et conçoit la presse comme un moyen de contrôle exercé sur le pouvoir ainsi qu'un instrument de transmission des doléances, en tout cas au service de l'individu, Guizot répond, sur un ton professoral :

11. « (...) il n'y a plus aujourd'hui en France que le gouvernement et des citoyens ou des individus. La puissance publique est la seule qui soit réelle et forte. Il n'existe presque plus aucune de ces puissances intermédiaires ou locales qui créent ailleurs soit le patronage aristocratique soit les liens des corporations soit les privilèges particuliers, et qui, exerçant dans leur ressort des droits avoués et une force positive, dispensent le pouvoir central d'une partie des soins nécessaires pour que l'ordre soit maintenu partout »¹¹.
12. L'autre modèle, auquel Guizot fait allusion (par l'emploi du terme « ailleurs »), un modèle dans lequel il existe des « puissances intermédiaires », au lieu du face à face entre l'individu « atomique » et le pouvoir, c'est, bien entendu, l'Angleterre. Fascinant souvent les libéraux français, l'Angleterre est le pays d'une aristocratie de fonction (et non pas, purement et simplement, de naissance), qui, localement, exerce le patronage, assure la promotion sociale des individus de talent et mène à bien les tâches administratives à titre gratuit¹². Tocqueville va s'abstraire de cette comparaison permanente que les libéraux font avec l'Angleterre, pour mener l'examen à la lumière de l'expérience américaine. En observant cette « société d'individus », lieu d'une forte « susceptibilité » aggravée par une centralisation administrative telle que tout conflit de la société avec l'administration, sur un point du territoire, retentit sur le gouvernement, Guizot tire la conclusion que la presse doit être un élément d'ordre. Au service de la centralisation politique et administrative, la presse devra elle-même être centralisée : dirigée par quelques grands partis (deux ou trois), gérée financièrement et intellectuellement par les couches les plus aisées¹³.
13. Il est remarquable que, dans ces années 1820, le jeune Guizot parle comme Auguste Comte : il faut, au sein de l'« anarchie intellectuelle » qui

¹¹ Guizot, projet de loi sur le cautionnement des journaux, 3 mai 1819, *Archives parlementaires*, 2^{ème} série, t. XXIV, p. 166.

¹² Voir la comparaison que j'ai esquissée dans *Historia constitucional*, juin 2003, n° 4: «Le libéralisme français après la Révolution, comparé au libéralisme anglais».

¹³ Voir le discours de Royer-Collard, du même jour : il y a des « entrepreneurs » de presse. Tout journal doit donner des « garanties » à la société : « Cette entreprise, est-ce une opinion ? non, c'est une profession. (...) Etablir un journal et publier une opinion (...), ce n'est pas la même chose. L'établissement d'un journal diffère de la simple publication en ce qu'il implique nécessairement une spéculation à la fois politique et commerciale » (dans Barante, *La vie politique de M. Royer-Collard*, Paris, Didier, 1861, t. 1, p. 483).

est le fait de la société française, un « pouvoir social »¹⁴, et, comme disent aussi les deux auteurs, un gouvernement qui soit « chef de la société ». Comte ajoutera, il est vrai, les concepts de « phase critique » et de « phase organique » ; c'est, en tout cas, la préoccupation de l'ordre ainsi que la crainte d'une expansion sans frein de *l'individualisme* qui unit dans cette période le philosophe et le futur homme d'Etat.

II. Tocqueville: un autre choix du mode de gouvernement

14. On ne comprendra pas pleinement la pensée de Tocqueville, si l'on ne mesure pas à quel point il hérite des données de ce débat. Il est clairement du côté de Constant répondant à Guizot en mai 1819, à la Chambre des députés ; par exemple, lorsqu'il écrit à la fin de la seconde *Démocratie* que le projet urgent est de « conserver à l'individu le peu d'indépendance, de force, d'originalité, qui lui restent ; le relever à côté de la société et le soutenir en face d'elle »¹⁵. Il énonce, dans le même passage, les moyens indispensables pour parvenir à cette fin, et qui avaient déjà été ceux que formulait Constant : la presse, le jury, l'indépendance judiciaire, la liberté d'association¹⁶. Tocqueville prend soin de préciser que le pouvoir judiciaire est une ressource pour l'individu, au service de l'individu en société, et cela doit être notamment le cas vis-à-vis de l'administration, conçue comme détentrice de l'intérêt général¹⁷.
15. Cependant, si Tocqueville hérite de ce débat et opère un tel choix, son originalité personnelle est de reprendre la question par une voie plus indirecte (si bien que les commentateurs ne perçoivent pas toujours le contexte) ou plus médiatisée : la comparaison se mène, de façon souvent implicite et parfois explicite, par rapport à la République américaine. Du coup, et parce que la référence n'est plus l'Angleterre - alors qu'elle est obsessionnelle depuis Montesquieu et Delolme -, Tocqueville n'adopte pas la problématique de la « nouvelle aristocratie », l'introuvable classe gouvernante, que d'innombrables écrits invoquent durant la Restauration, sous Juillet, puis après le second Empire¹⁸. S'il redoute lui aussi ce que les publicistes de la Restauration ont appelé la « dissolution sociale », et s'il reprend, à ce titre, la mise en question de l'individualisme

¹⁴ Tocqueville va reprendre l'expression car elle est adéquate à sa vision de la démocratie comme forme de société.

¹⁵ *De la démocratie en Amérique*, éd. par F. Furet, Paris, GF, 1981, t. 2, p. 396. Désormais on désignera l'ouvrage de 1835 par *Démocratie en Amérique I* et celui de 1840 par *Démocratie en Amérique II*.

¹⁶ Pour la place de Constant dans le grand débat sur la liberté d'association, voir notre étude : « Une liberté en souffrance : l'association au XIXe siècle », in *Associations et champ politique*, sous dir. C. Andrieu, G. Le Béguec, D. Tartakowsky, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, pp. 77-100.

¹⁷ « Il est de l'essence du pouvoir judiciaire de s'occuper d'intérêts particuliers et d'attacher volontiers ses regards sur de petits objets qu'on expose à sa vue. (...) La force des tribunaux a été de tout temps la plus grande garantie qui se puisse offrir à l'indépendance individuelle, mais cela est surtout vrai dans les siècles démocratiques ; les droits et les intérêts particuliers y sont toujours en péril, si le pouvoir judiciaire ne grandit et ne s'étend à mesure que les conditions s'égalisent » (*Démocratie en Amérique II*, éd. cit., pp. 392-393).

¹⁸ Sur l'idée de l'aristocratie indispensable voir le chapitre, pp. 288-319, dans *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, éd. cit.

démocratique, néanmoins, il ne croit pas au « gouvernement des classes moyennes »¹⁹, en tant qu'expression d'une aristocratie nouvelle. Citons, sur ce thème, un grand représentant de l'orléanisme (qui a d'abord été défenseur de la branche aînée des Bourbons), plusieurs fois ministre, homme de talent, Salvandy :

16. « Plus la société française est démocratique par ses mœurs et par ses lois, plus il faut lui demander que son gouvernement ne le soit pas, pour résister à ce flux et reflux de trente-deux millions d'hommes égaux et libres »²⁰.
17. A ce titre, Salvandy se plaint que le gouvernement de Juillet renonce, en 1831, à l'hérédité de la pairie, car c'était l'une des expressions de la « nouvelle aristocratie ». Guizot s'y était d'ailleurs lui aussi opposé, sans trop de convictions en fait mais avec des arguments caractéristiques²¹.
18. Il est vrai cependant que Tocqueville a conçu un apport « aristocratique » qui pourrait pondérer les emportements d'une démocratie où les différences de rang ont disparu : il s'agit des « légistes », tels qu'il les observe aux Etats-Unis. Les légistes forment un véritable corps, explique Tocqueville, ils ont un secret mépris du gouvernement populaire, ils possèdent le sens des traditions, ce qui est décisif en Amérique puisque le droit repose sur la pratique du *précédent*, à la différence du droit romain continental et européen²².
19. Mais surtout, chez Tocqueville, la réponse aux problèmes de la société post-révolutionnaire passe par l'acceptation du suffrage universel - il refuse, en cela, l'attachement orléaniste au vote censitaire - et, de façon plus générale, par le primat des « droits de la société » face au législateur et, surtout, face à la puissance administrative. La défense d'une nécessité inhérente à la société ne suppose pas, comme chez les doctrinaires, l'assimilation avec le pouvoir d'Etat, bien au contraire.

¹⁹ Sur ce point, dans ses manuscrits, il critique explicitement Guizot : « Je ne crois pas à l'organisation définitive du gouvernement pour les classes moyennes, et si je la croyais possible, je m'y opposerais » (dans *Œuvres*, La Pléiade, t. 2, sous la dir. A. Jardin, Paris, Gallimard, 1992, p. 1179, manuscrit de *Démocratie en Amérique* ; également et nommément contre Guizot, pp. 1122-1123, « l'impossibilité et le péril du gouvernement des classes moyennes »).

²⁰ Salvandy, *Vingt mois ou la révolution de 1830 et les révolutionnaires*, Paris, G. Barba, 1832, p. 44. Ce livre a connu plusieurs éditions depuis 1831 jusqu'en 1855, avec des ajouts et quelques variations dans le titre.

²¹ Sur ce débat, on peut consulter P. Rosanvallon, *La monarchie impossible*, Paris, Fayard, 1994 et notre étude « La conception sismondienne du gouvernement libre comparée à la vision française », in *Sismondi e la civiltà toscana*, sous dir. Francesca Sofia, Florence, Leo Olschki, 2001, pp. 213-230. Voir particulièrement, pour les arguments de Guizot, pp. 220-221.

²² Cf. le chapitre 8 de la deuxième partie dans *Démocratie en Amérique I* : « De ce qui tempère, aux Etats-Unis, la tyrannie de la majorité. (...) De l'esprit légiste aux Etats-Unis et comment il sert de contrepoids à la démocratie ». C'est donc en ce sens, fonctionnel, de contrepoids à la logique démocratique (tyrannie de la majorité) que Tocqueville qualifie les légistes de corps aristocratique. C'est l'un des passages les plus intéressants sur le rôle futur du droit dans le monde démocratique à venir, comme le montre bien Charles Coutel dans sa communication au colloque (« L'esprit légiste selon Tocqueville »).

20. Par ailleurs, le primat des droits de la société n'est pas non plus d'ordre purement juridique et normatif, il ne conduit pas à prôner une Déclaration des droits prolongeant ou transformant celle de 1789 ; rien, à vrai dire, de l'ordre du volontarisme juridique. Pour Tocqueville, il existe une réalité de type sociologique, donnée historiquement, qui est déjà à l'œuvre et qu'il convient d'appuyer. C'est en ce sens que Tocqueville désigne la démocratie comme un « état social », qu'il faut bien distinguer de « l'état politique », c'est-à-dire de la démocratie comme forme de gouvernement.
21. Tocqueville prend pour objet l'état social démocratique (mœurs, manières et opinion publique) en Amérique, non pour pousser à imiter les données américaines²³, mais afin d'y puiser une inspiration, des ressources prudentielles dans la réforme de la situation française.
22. On remarquera que Tocqueville abandonne cette distinction entre « état social démocratique » et « état politique » dans *L'Ancien Régime et la Révolution*, comme François Furet l'avait montré²⁴, car chez lui les concepts ne sont jamais absolus mais seulement différentiels, en même temps que liés à un moment historique. Dans son dernier ouvrage, il définit la démocratie comme une forme politique, et uniquement comme telle. Pourquoi ce changement spectaculaire? ²⁵ La raison probable est qu'il ne s'agissait plus, cette fois, de comparer l'Amérique à la France, mais, en quelque sorte, de comparer la France à elle-même, à travers le gouffre de la Révolution, gouffre cependant traversé par un « fleuve » souterrain, qui permet au préfet de donner la main à l'intendant d'Ancien Régime, selon les expressions de l'auteur²⁶.
23. On pourrait dire que le choix effectué par Tocqueville - le primat du droit de la société - est fondé sur l'observation, comme chez les doctrinaires. Mais ce n'est pas la même observation, ni la même analyse : les amis de Guizot (comme Barante, Victor de Broglie ou Rémusat)²⁷ tentent de gérer une « démocratie » des classes moyennes à partir de sa « tête » ; d'où l'idée du « gouvernement des esprits » (formule de Victor Cousin, que reprend Guizot), l'importance attachée à l'instruction publique et au contrôle des associations. Tocqueville propose (mais sans pouvoir appliquer ces idées lorsqu'il est député ou ensuite ministre de Louis-

²³ « Ceux qui, après avoir lu ce livre, jugeraient qu'en l'écrivant j'ai voulu proposer les lois et les mœurs anglo-américaines à l'imitation de tous les peuples qui ont un état social démocratique, ceux-là auraient commis une grande erreur ; ils se seraient attachés à la forme, abandonnant la substance même de ma pensée » (*Démocratie en Amérique I*, éd. cit., pp. 424-425).

²⁴ F. Furet, « Tocqueville et le problème de la Révolution française », dans *Penser la Révolution française*, Paris, Gallimard, 1978.

²⁵ En ajoutant que dans *Démocratie en Amérique*, comme l'a montré J. Schleifer (*The making of Tocqueville's « Democracy in America »*, Chapel Hill, The University of North Carolina, 1980, pp. 263-274), le terme démocratie n'est nullement stabilisé (huit usages distincts).

²⁶ Voir *L'Ancien Régime et la Révolution*, livre II, chap. 6 : « Ils semblent se donner la main à travers le gouffre de la révolution qui les sépare », *Œuvres*, La Pléiade, éd. par F. Furet et F. Mélonio, t. 3, Paris, Gallimard, 2004, p. 104.

²⁷ Voir D. Roldan, *Charles de Rémusat. Certitudes et impasses du libéralisme doctrinaire*, Paris, L'Harmattan, 1999 et, du même auteur, *La pensée politique doctrinaire sous la Restauration. Charles de Rémusat. Textes choisis*, Paris, L'Harmattan, 2003.

Napoléon) des moyens plus individualisés, plus différenciés. En réalité, Tocqueville ne croit pas à l'efficacité du volontarisme : la démocratie sera libre si les mœurs acquises s'y prêtent. En fait, les doctrinaires, qui prétendent « constater » la souveraineté de la raison²⁸ au sein de la société, l'extraire par la représentation et la traduire dans sa « vérité », sont infiniment plus portés à l'artifice législatif : ils cherchent le « seuil de capacité » ou, plus précisément, la limite qui permet de présumer une incapacité dans la conduite des choix électoraux. Or, c'est visiblement à cette option, qui fait fi de l'initiative individuelle et construit un pouvoir très artificiel, que pense Tocqueville, dans l'une des pages les plus âpres de *Démocratie en Amérique II* :

24. « On ne doit pas oublier que c'est surtout dans le détail qu'il est dangereux d'asservir les hommes. (...) La sujétion dans les petites affaires se manifeste tous les jours, et se fait sentir indistinctement à tous les citoyens.. Elle ne les désespère point ; mais elle les contrarie sans cesse, et elle les porte à renoncer à l'usage de leur volonté. (...) En vain chargerez-vous ces mêmes citoyens, que vous avez rendus si dépendants du pouvoir central, de choisir, de temps à autre, les représentants de ce pouvoir, cet usage si important, mais si court et si rare de leur libre arbitre n'empêchera pas qu'ils ne perdent peu à peu la faculté de penser, de sentir et d'agir par eux-mêmes »²⁹.
25. La divergence avec ce « libéralisme d'Etat » qu'est la vision doctrinaire, et en fait orléaniste, se montre particulièrement sur deux questions : la justice administrative, la liberté de presse. Disons quelques mots sur le point de vue de Tocqueville en la matière.
26. 1) On ne s'étendra pas outre mesure sur la naissance du droit administratif et son lien avec le rôle du Conseil d'Etat³⁰. Il faut seulement rappeler que le contentieux administratif était devenu sous la Restauration, puis sous la monarchie de Juillet, le thermomètre du respect des libertés, et, avant tout, du droit de propriété. Les conflits entre les particuliers et l'administration pouvaient-ils être remis au juge ordinaire ou devaient-ils faire l'objet d'une juridiction spéciale (le Conseil d'Etat) et d'un droit exorbitant, non créé par le législateur représentant de la société (ou de la nation) ? Les partisans de cette dernière conception, qui l'emportèrent sous Juillet³¹, faisaient état d'un axiome devenu célèbre, créé par une personnalité très respectée, le président Henrion de Pansey : « Juger l'administration, c'est encore administrer ». En vertu de ce principe, ainsi que de la prétention étatique à être le gardien de l'intérêt

²⁸ Voir, par exemple, de P. Rosanvallon, *Le moment Guizot*, Paris, Gallimard, 1985.

²⁹ *Démocratie en Amérique II*, éd. cit., pp. 387-388.

³⁰ Dans le colloque où cette communication a été donnée, la question est traitée par Claude Courvoisier : « Tocqueville et la formation du droit administratif ».

³¹ Voir L. Jaume, « Les libéraux et la justice administrative sous Juillet : craintes et ambiguïtés », *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, sous dir. O. Cayla et M.-F. Renoux-Zagamé, Paris, LGDJ et Publications de l'Université de Rouen, 2001, pp. 137-149.

général, le contentieux de l'administration fut réservé au Conseil d'Etat³². A cela s'ajoutait le fameux privilège de juridiction des fonctionnaires, créé par la Constitution de Bonaparte (article 75 de la Constitution de l'an VIII) : eux aussi bénéficiaient de la protection vigilante du Conseil d'Etat³³.

27. D'un point de vue de publiciste et de penseur libéral, Tocqueville s'est maintes fois exprimé contre ces dispositions qui semblaient conférer à l'Etat une justice de type léonin : « Le droit de poursuivre les agents du pouvoir devant la justice, ce n'est pas une partie de la liberté ; c'est la liberté même, la liberté dans ce qu'elle a de plus clair et de plus tangible »³⁴.
28. Et, cette fois, du point de vue de l'historien, Tocqueville écrira dans *L'Ancien Régime et la Révolution* que « la justice administrative et la garantie des fonctionnaires sont des institutions de l'ancien régime »³⁵. La puissance royale, en effet, avait soin de soustraire aux juridictions ordinaires les affaires où, comme l'on disait, « l'intérêt de l'Etat est engagé ».
29. Au total, Tocqueville considère donc que la prétention à garantir l'intérêt général contre les attaques égoïstes de l'intérêt particulier n'est souvent qu'une rhétorique cachant les intérêts de pouvoir de ceux qui gouvernent : l'Etat affirmait un droit spécifique qui tournait davantage à son bénéfice, et à ceux de son personnel administratif ou politique, qu'à celui de la société dont il se voulait le défenseur³⁶.
30. 2) De même que la société américaine ne connaissait pas le contentieux administratif à la française, Tocqueville souligne en matière de droits de la presse l'étrangeté des lois françaises, depuis les textes de 1819 évoqués plus haut, relayés ensuite par un abondant dispositif répressif, qui gonflera encore sous la monarchie de Juillet. Comme l'explique un chapitre de *Démocratie en Amérique II*³⁷, la vie de la presse est étroitement liée à la présence ou à l'absence de la centralisation. Les journaux se multiplient là où « les pouvoirs locaux sont nombreux », comme en Amérique, avec « le fractionnement extraordinaire du pouvoir administratif ». Le journal est donc un moyen de réunir des individus égaux, séparés par de grandes

³² Lequel en théorie n'était pas le juge effectif mais le simple conseiller du pouvoir exécutif. Nous simplifions la question de la « justice retenue ».

³³ Pour un bilan sur cette question : Jean-Louis Mestre, « La garantie des fonctionnaires », dans *Liberté, libéraux et constitutions*, sous dir. J.-P. Clément, L. Jaume et M. Verpeaux, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1997.

³⁴ Article anonyme du *Commerce*, 16 février 1845, reproduit dans Tocqueville, *Œuvres complètes*, III-2, Paris, Gallimard, 1985, p. 156.

³⁵ C'est le titre du chapitre 4, livre II. Dans l'édition de la Pléiade, *Œuvres*, t. 3, 2004, p. 96.

³⁶ Dans les faits, le droit administratif, marque de l'originalité française, et le Conseil d'Etat (doté de la justice déléguée, par les républicains, en 1872) l'ont emporté. Bien que les controverses ne soient pas éteintes aujourd'hui, il est généralement reconnu que le Conseil d'Etat, créateur du droit administratif à travers sa jurisprudence, a fait preuve de sagesse et d'équité. Une technique comme le recours pour abus de pouvoir a fait la preuve de sa fécondité auprès des justiciables. Il n'est pas sûr que, devant les nouvelles garanties apportées et la création ensuite de véritables tribunaux administratifs, Tocqueville aurait maintenu ses critiques.

³⁷ *Démocratie en Amérique II*, éd. cit., pp. 144-145.

distances, qui ont besoin pour se former un jugement de trouver une information commune et de ressentir la présence du tout national dans les diverses parties. En France, les discussions sans fin sur la liberté de la presse (40 lois entre 1814 et 1881 !) montrent que les équipes gouvernantes ont une conception à la fois centraliste, hiérarchique et élitiste du journal : ce dernier doit venir d'en haut, si l'on peut dire, communiquer aux provinces le « la » émis par le diapason politique (les Chambres et le pouvoir exécutif).

31. Le journaliste, personnage qui se sait important, n'hésite pas, en France, à traiter de grands sujets « philosophiques ». D'où des moyens de contrôle sur les organes de presse que tous les pouvoirs, même libéraux, cherchent à se procurer. Dans un passage de *Démocratie en Amérique I*, Tocqueville souligne toute la différence entre les deux pays : « Aux Etats-Unis, il n'y a pas de patentes pour les imprimeurs, de timbre ni d'enregistrement pour les journaux ; enfin la règle des cautionnements est inconnue. Il résulte de là que la création d'un journal est une entreprise simple et facile »³⁸.
32. En effet, le journal, note Tocqueville, n'est pas considéré en Amérique comme un produit rare et de haute valeur : la concurrence, la vie locale, la qualité médiocre des articles, la recherche des petits faits plutôt que des grandes idées sont autant de facteurs qui empêchent de surévaluer le rôle du journaliste. Toute la description de Tocqueville mérite d'être lue³⁹. Mais la conséquence n'est pas, selon l'auteur, que la presse américaine serait dénuée d'influence : « Réduite à ces seules ressources, la presse exerce encore un immense pouvoir en Amérique. Elle fait circuler la vie politique dans toutes les portions de ce vaste territoire »⁴⁰. Finalement, par le moyen des journaux, il existe bien chez les Américains un « tribunal de l'opinion ». On peut même dire que la *souveraineté du peuple* n'a de réalité que par la liberté et la concurrence entre les journaux : Tocqueville exprime cette idée dans les deux passages de *Démocratie en Amérique* cités ci-dessus et dans bien d'autres. Il instruit en cela le procès des élites françaises, qui, du premier Empire jusqu'à celui de Napoléon III, chercheront à contrôler un « pouvoir » (un « quatrième pouvoir ») qu'ils redoutent. L'imprimerie, et notamment la presse périodique, est un véritable *droit de la société* que le pouvoir supporte avec impatience, mais qu'il ne peut restreindre qu'en invoquant encore ce droit de la société : on le voit bien en étudiant les débats parlementaires sur les divers projets de lois restrictifs. On invoque la tranquillité publique, les bonnes mœurs, la vie privée, la dignité du chef de l'Etat français, les opinions conservatrices de la paix sociale, etc.

III. Conclusion: le droit chez Tocqueville

33. En quel sens peut-on parler d'une pensée juridique chez Tocqueville ? Plus qu'un théoricien du droit, il est un observateur des institutions, et,

³⁸ *Ibid.*, p. 269.

³⁹ *Ibid.*, pp. 270-271.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 271.

pourrait-on dire, du jeu institutionnel-juridique : on le voit bien dans son analyse du pouvoir judiciaire aux Etats-Unis, et notamment de la capacité donnée à tout juge américain, à tout degré, de suspendre l'application de la loi ; on le voit aussi dans l'étude du fédéralisme, ou encore du jury - questions qui passionnent Tocqueville parce que, là aussi, la comparaison avec la France est riche de contrastes⁴¹. Cet intérêt se confirme également dans les comptes rendus ou les rapports académiques que l'on trouve rassemblés au tome XVI des *Œuvres complètes* ⁴².

34. En fait, comme chez Montesquieu, Tocqueville ne sépare pas la question du droit de celle des mœurs, des coutumes et de l'« état social » dans lequel ce droit prend vie. Il est sociologue tout autant que théoricien du droit. Dans sa pratique de député, il a été amené à s'exprimer sur le droit constitutionnel, lorsque, en 1848, il est élu membre de la commission chargée de préparer le projet de constitution⁴³. Il devra s'exprimer aussi sur le projet de révision, par suite des projets inquiétants de Louis-Napoléon. Mais, dans ces deux circonstances, Tocqueville commet des erreurs d'appréciation spectaculaires, et qui auront de graves conséquences : nous renvoyons à notre étude sur ces questions où l'opportunité politique et l'appréciation juridique ne cessent d'interférer⁴⁴.
35. Comme il le montre dans sa discussion à la fin de *Démocratie en Amérique I* (comparaison des lois, des mœurs et des causes physiques au titre de facteurs explicatifs)⁴⁵, Tocqueville est, en matière de pensée du droit, tout autant sociologue que juriste parce que, avant tout, il est un analyste des *mœurs*, au sens des grands essayistes du XVIIe et du XVIIIe siècle⁴⁶.

⁴¹ Voir mon étude : « Tocqueville et la perspective libérale sur le jury », in *La cour d'assises. Bilan d'un héritage démocratique*, Association française pour l'histoire de la Justice, Paris, La Documentation Française, 2001, pp. 111-124.

⁴² *Mélanges*, éd. établie, présentée et annotée par F. Mélonio, t. XVI des *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1989. Voir un article concernant le livre de Lebastard-Delisle sur le droit romain, un rapport sur le même auteur, également sur la question du jury traitée par J.-L. Couppey, un rapport sur L.-A. Macarel, *Cours de droit administratif*, et surtout le rapport sur l'ouvrage de son ami Théodore Sedgwick, où Tocqueville insiste sur les pouvoirs du juge américain.

⁴³ Voir ses interventions et la reproduction (partielle) des débats : *Œuvres complètes*, III-3, Paris, Gallimard, 1990, éd. par A. Jardin, p. 55 et suiv.

⁴⁴ « Tocqueville et le problème du pouvoir exécutif en 1848 », *Revue française de science politique*, 41(6), décembre 1991, pp.739-755. A paraître en espagnol, dans *Pensamiento de Tocqueville*, sous dir. D. Roldàn .

⁴⁵ Deuxième partie, chap. 9 : « Les lois et les mœurs suffiraient-elles pour maintenir les institutions démocratiques autre part qu'en Amérique ? ». Voir l'ensemble : éd. cit., t. 1, pp. 413-420.

⁴⁶ Voir l'ouvrage récent de Jean-Louis Benoît, *Tocqueville moraliste*, Paris, Honoré Champion, 2004. Il est amusant de noter qu'à l'âge de 22 ans, lorsqu'il vient d'être nommé juge auditeur à Versailles, Tocqueville exprimait à son ami Kergorlay ses réserves envers la tournure d'esprit juridique : je crains, explique-t-il, « de devenir avec le temps une machine à droit, comme la plupart de mes semblables [du tribunal], gens spéciaux, s'il en fut jamais, aussi incapables de juger un grand mouvement et de conduire une grande opération qu'ils sont propres à déduire une suite d'axiomes et à trouver des analogies et des antinomies » (*Œuvres complètes*, XIII-1, Paris, Gallimard, 1977, p. 108, lettre à Kergorlay du 23 juillet 1827).

36. Moins constitutionnaliste que Benjamin Constant, au sens où il a moins de foi dans l'autonomie des formes juridiques, Tocqueville relève cependant du même courant : les droits présents dans la société ne requièrent pas un Etat faible, mais un Etat qui, proprement constitutionnel, est fort dans son domaine et seulement dans son domaine⁴⁷. C'est à cette condition que l'individu des sociétés modernes garde liberté et dignité.

⁴⁷ Pour comparaison, rappelons la critique adressée par Constant à Godwin : « Le gouvernement n'étant selon lui qu'un mal nécessaire, il a conclu qu'il n'en fallait que le moins possible. C'est une seconde erreur. Il n'en faut point hors de sa sphère ; mais, dans cette sphère, il ne saurait en exister trop. La liberté gagne tout à ce qu'il soit sévèrement circonscrit dans l'enceinte légitime ; mais elle ne gagne rien, elle perd au contraire à ce que, dans cette enceinte, il soit faible ; il doit toujours y être tout-puissant » (B. Constant, *De la liberté chez les modernes*, passage des *Mélanges de littérature et de politique*, éd. M. Gauchet, Pluriel, Le Livre de Poche, LGF, 1980, p. 567). Tocqueville a parfois exprimé la même idée.

HISTORIA Y MONARQUÍA. SITUACIÓN HISTORIOGRÁFICA ACTUAL

Ángeles Lario

1. En Europa, la Monarquía fue un elemento crucial para el diseño del sistema parlamentario. De hecho, El parlamentarismo fue el modo como finalmente se adaptó la Monarquía a la revolución liberal. Hoy día las Monarquías no tienen otra alternativa constitucional. En este contexto, estudiar el proceso de adaptación de la Monarquía al sistema político liberal, es decir, el constitucionalismo, es contribuir a explicar el presente, así como abrir el camino futuro con más datos, especialmente en lo que afecta a las reformas políticas que se llevan a cabo en las Repúblicas actualmente.
2. La razón de esta aseveración es la constatación de que el sistema de gobierno parlamentario surgió específicamente para adaptar la Monarquía a la Constitución, pero que, cuando se cambiaron las Monarquías por las Repúblicas, no se buscó el ejemplo “republicano” por excelencia, el que primero se había diseñado y funcionaba correctamente, el de los Estados Unidos de Norteamérica, sino que se siguió la tradición interna, la heredada de la Monarquía, el gobierno parlamentario.
3. En España, la Monarquía apenas convivió con el modelo revolucionario de Asamblea diseñado por la Constitución de 1812; solamente en el Trienio, y forzado por el primer pronunciamiento triunfante que obligó a Fernando a seguir la senda constitucional, al menos hasta que pudiera decidir otra cosa. Fue en el reinado de Isabel II cuando se inició, en las Regencias, la práctica del modelo parlamentario. No se puede exagerar, por ello, la necesidad de estudiar en profundidad este reinado y, particularmente, el uso político del poder monárquico, tanto por el propio monarca como por los políticos encargados de diseñar y poner en práctica el liberalismo constitucional. La biografía de Isabel II, que llevó a cabo Isabel Burdiel¹, incompleta en el tiempo –porque acaba en 1854, con la salida definitiva de España de su madre, María Cristina-, es una reciente y esclarecedora aportación sobre cómo se fue diseñando en aquellos momentos cruciales el gobierno parlamentario en la práctica. Se suma a la importante atribución hecha en su día por Ignacio Marcuello², con la peculiaridad del uso de fuentes de gran interés para analizar las decisiones de la Monarquía y sus inspiradores directos –el archivo de María Cristina que guarda el Archivo Histórico Nacional-. Destaca entre ellos la figura de Donoso, a cuya facción moderada, y al hilo de estos datos, entendí que podía calificarse de inconstitucional³; pero se ilumina con directa luz la influencia de la familia “burguesa” que dominaba el Palacio. Dicho esto con el cariz negativo que

¹ BURDIEL, I., *Isabel II. No se puede reinar inocentemente*. Espasa-Calpe, Madrid 2004

² MARCUELLO, J.I., *La práctica parlamentaria en el reinado de Isabel II*. Congreso de los Diputados, Madrid 1986.

³ “La Monarquía de Isabel II y el Liberalismo post-revolucionario. Una necesaria renovación historiográfica”, *Ayer*, en prensa.

implica aludir al predominio de intereses económicos muy concretos y activos en las más altas decisiones de lo que debería haber sido un Poder Moderador. Esa familia, claro está, es la que formó M. Cristina con su segundo marido, Muñoz. Con ella prevaleció el interés particular sobre cualquier concepto de defensa y sostenimiento de la Monarquía por parte de M. Cristina que tanto y tan decisivamente influyó en la reina niña.

4. María Cristina parece representar en sí misma la política monopartidista e interesada de la Monarquía. No tuvo un alto sentido institucional. Fue, quizá, su cómoda posición burguesa, proporcionada por su segundo matrimonio, dedicada a los negocios familiares, lo que la llevó a ver el poder de su hija como algo útil, sustituyendo así el sentido de perpetuación de la Monarquía. Y si ella era una persona madura, capaz e inteligente para llevar a cabo sus propósitos, cuando actuó a través de Isabel II, débil de carácter, carente de información y de formación, manejada penosamente hasta en sus necesidades más íntimas, se convirtió en una denuncia abierta de lo erróneo de ese camino para la propia Monarquía.
5. Pero hablar de María Cristina es hablar paralelamente de su segundo marido, Muñoz, que canalizaba todos los contactos políticos, las gestiones económico-políticas –control de periódicos- y, en fin, la vía de acceso a María Cristina. Parece que se consideró, y fue considerado –véase Donoso-jefe del partido Moderado. Este dato nos ayuda a comprender mejor el porqué de que en la “camarilla”, la política estuviera supeditada a los negocios. Claro que, al lado de esa camarilla “burguesa”, se encontraba la “reaccionaria y clerical” del Rey consorte - Nos dice la autora que hasta 1854-56, al menos, la reina no tuvo camarilla propia, cuando llegaron el Padre Claret y Marfori-. Ambas entraban en competencia para controlar las decisiones de Isabel, presentándonos así una situación lamentable y casi la tentación de dolernos las circunstancias en que tuvo que desenvolver su reinado, violentado incluso el secreto de su vida privada constantemente utilizado por sus ministros para presionarla. Sobre todo porque esta férrea tutela sólo pareció servir a intereses particulares, de poder de las fracciones, y no, desde luego, para enderezar el proceso político constitucional ni llevar a la Corona hacia el correcto uso parlamentario de sus poderes, como sirvió años más tarde a Cánovas y Sagasta el control político del Rey.
6. La autora invierte la posición tradicional de partida en sus hipótesis. Tradicionalmente se partía de la hipótesis, lógica en el proceso de revolución liberal, de que los partidos políticos, los Gobiernos o las Cortes se sintieran imposibilitados de independizarse de la Corona, en una perenne continuación de la lucha revolucionaria frente al poder absoluto de la Monarquía. Esto parecía dejar ya concluida la explicación del proceso; sin embargo, permanecían las preguntas fundamentales: ¿cuál fue realmente la ideología y prácticas de los partidos políticos? ¿qué hicieron para fortalecerse frente a la Monarquía? ¿cómo se relacionaron entre ellos?, sobre todo si consideramos que a la Corona nunca le faltó un ministro responsable que avalara sus decisiones. En este caso, sin duda al ser el objeto de estudio la titular de la institución Monárquica, Burdiel plantea la

posibilidad de que la Corona se sintiera imposibilitada de independizarse de los intereses particulares de los partidos y sus fracciones; en concreto del Partido Moderado, o de la fracción que bien podríamos llamar inconstitucional, representada por el grupo liderado por la Regente y Muñoz, con Donoso como cabeza visible en Palacio. En sus hipótesis de partida y principales conclusiones, plantea, pues, un radical cambio de punto de vista, lo que le posibilita el rompimiento de la barrera que parecía estar establecida para los estudios del XIX. Lo que afecta tanto a la visión de la Monarquía como a la de los partidos políticos, especialmente el Moderado.

7. Este cambio de punto de vista permite poner en cuestión la teórica función de esos partidos –en este caso el Moderado– como constructores del liberalismo a la vez que defensores de la Monarquía. Además exige un estudio sobre lo que sabían o no respecto al funcionamiento de una Monarquía constitucional de Gobierno parlamentario y si lucharon o no por conseguirlo. Al fin toda construcción liberal fue obra de los que estuvieron dispuestos a limitar el poder del Rey, lo que en Inglaterra y en Francia llevó a la muerte a los titulares de la Corona, con la diferencia de casi un siglo y medio.
8. En el caso de los partidos políticos isabelinos, concretamente el Moderado, parece que la satisfacción de los intereses partidistas resultaba mucho más fácil e inmediato conseguirla utilizando el control sobre la reina adolescente y caprichosa, sin ninguna educación política constitucional, ni parece que de otro tipo, que concurrir políticamente en las elecciones. Nadie se ocupó de formar a Isabel II como reina constitucional; unos porque no querían que lo fuera de hecho, y otros porque no confiaban en que pudiera serlo en la práctica, dado el poder de su madre y su camarilla. Por ello resulta significativa la mención que hace la autora de “perpetua situación de minoría de edad” de la reina⁴, en lo que influye decisivamente su condición de mujer y la mentalidad de la época al respecto. En Isabel II, por lo tanto, permanecía una visión tradicionalista de su papel político.
9. Esta visión tradicionalista de la Monarquía en Isabel II queda patente en diversas aportaciones de otra obra reciente sobre la época⁵. En ella, Carasa nos muestra cómo en los viajes de la reina se desarrolla esta visión tradicionalista por los propios historiadores que participan. La misma cultura que se observa en las actitudes sociales de Isabel, según analiza este autor, que desmiente la tradicional visión de reina benéfica, al contrastar los extraordinarios regalos suntuarios con lo que daba a los pobres⁶. Por otra parte no llegó a los libros que ella estudiaba la reescritura de la historia de la que nos habla Beramendi, en los que, simplemente, no existía la revolución liberal y menos aún la transformación de la Monarquía y su papel político. Eso explica que, todavía más en el campo religioso, Isabel II participara de una visión tradicionalista de su propio papel, oponiéndose a la tolerancia religiosa, como explica Laparra. Villacorta Baños vuelve a aportar

⁴ BURDIEL, ob. Cit., p. 369

⁵ PÉREZ GARZÓN, J.S. (ed.), *Isabel II. Los espejos de la reina*. Marcial Pons Historia, Madrid 2004

⁶ id. Pp. 116 y ss.

datos, al hablar de la representación de la Corte y los cortesanos, para concluir con una imagen de monarquía tradicional, avalada en todos estos campos y completada con el análisis de su mentalidad y comportamientos en el espacio cortesano. Parece que lo único que hizo mella en Palacio de la nueva mentalidad burguesa, fue la privatización de las fiestas en los palacios de los aristócratas y la presencia de la reina en ellas: es decir, la salida desde la Corte hacia los espacios privados de representación (así como en su madre las posibilidades de la economía liberal).

10. Burdiel deja constancia de un proceso involucionista de la Regencia al final de la primera guerra civil, lo que nos permite tantear las razones por las que los políticos y teóricos más eminentes no perseveraron en un pacto político alcanzado ya en 1837 y que fue roto con funestas consecuencias en 1840, culminando este proceso en 1844-45. Otra explicación a ese cambio entre 1837 y 1843 puede encontrarse en Pérez Garzón, al fijarse en el fin de las expectativas de muchos tras la Ley de Señoríos y, sobre todo, su aplicación (ver reciente biografía de Bernat y Baldoví)⁷ y el temor a las crecientes protestas, además de la restricción del sufragio, entre otras cosas.
11. A partir de esas fechas, lo que habría podido generar una vida política ordenada entre puritanos y progresistas, fue perseguido abiertamente por los Moderados ¿de Donoso? y la propia Monarquía diseñada fundamentalmente por María Cristina y Muñoz. Eso a pesar de que parece evidente que ambos partidos poseen una amplia base teórica común: la defensa de la propiedad privada bajo un sistema constitucional de gobierno parlamentario, moderador de la revolución. Es decir, coincidían ampliamente en el modelo político, y se diferenciaban en detalles que no tenían por qué afectar a la convivencia pacífica. La pregunta es, ¿por qué entonces la lucha antipolítica del siglo XIX? El libro de Burdiel parece apuntar hacia una política ciega por la pasión del poder inmediato, y no, desde luego, por la imposición a la Corona de un modelo político. Esto, sin embargo queda aminorado con lecturas como las de las lecciones del Ateneo de Garrorena⁸, o del propio Marcuello, que nos hacen atender más a la preocupación y el miedo por el poder de las “masas” que se diría a finales del XIX, pero, en definitiva, por el miedo al dominio de las Cortes que asocian al dominio del número y, por lo tanto, al preludio del tan temido “socialismo”. Esto llevaría a los Moderados al objetivo primordial de un poder Ejecutivo fuerte que, de momento, sólo podían legitimar constitucionalmente mediante el aumento del poder del Rey, en cuyo espacio de poder se desenvolvía el Gobierno.
12. Quizá fue decisivo este temor al avance del liberalismo y el poder parlamentario, representado por unos progresistas que oponían el poder local al poder regio en la tradición histórica, con una “retórica populista” que

⁷ Id. Pp. 329-330. BORDERÍA ORTIZ, E., *Política, cultura y sátira en la España Isabelina. Bernat y Baldoví*. Alfons el Magnanim, Valencia, 2004

⁸ GARRORENA MORALES, A., *El Ateneo de Madrid y la teoría de la Monarquía Liberal. 1836-1847*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1974

necesariamente les alarmaba⁹, incluso con una exigencia de lo que los constituyentes norteamericanos denominaron la “virtud republicana”, que parecía ir asociada al gobierno democrático y que podía parecer excluyente de los beneficios del nuevo régimen. Ese temor, en fin, por la posible pérdida de poder en todos los terrenos, habría llevado a una agudización de la batalla diaria por el poder en Palacio por parte de los Moderados mejor vistos por María Cristina –precisamente aquellos menos o nada constitucionales-, imposibilitando así la estabilización política. De hecho, Donoso decía que la diferencia entre Moderados y Progresistas se hallaba en el mayor o menor poder concedido a la libre prerrogativa regia –lo que nosotros deberíamos traducir por poder Ejecutivo, y más concretamente del Gobierno... Moderado.

13. Y es que el Gobierno durante el XIX vive de la sabia de la Corona, forma parte del Poder Ejecutivo, y cuando se habla de fortalecer la Corona, se está queriendo decir, realmente, fortalecer el Gobierno, el predominio del Ejecutivo en su parte “efectiva”, que diría Bagehot, y no “dignificada” en referencia a las prerrogativas regias. Ese es el sentido de la Constitución del 45, como ya se denunció entonces: Albaida en 1844 decía que lo que se quería fortalecer era al Gobierno, no al Rey, y ese es todo el afán de los liberales Moderados, en cuya lucha por el poder, así fortalecido, no reparaban en criterios constitucionales ni parlamentarios (lo dejó escrito Miraflores y lo reconocía Valera)¹⁰. Pero esto no basta con intuirlo, hay que decirlo abiertamente para diferenciar con claridad lo que es principio monárquico y defensa de un sentido tradicional de la Monarquía, de lo que es, simplemente, un instrumento de poder para el partido Moderado. En el siglo constituyente que es el XIX es fundamental no dejar escapar estos matices que son decisivos para el análisis correcto del mismo -evitaría también el olvido frecuente de 1837 como verdadero y principal diseño del liberalismo post-revolucionario.

14. Me parece discutible decir, como hace Burdiel, que no se conociera entonces la diferencia entre reinar y gobernar. El debate abierto sobre la Corona en mayo del 47 dio pie a que demostrara el diario puritano, El Español, que sí diferenciaba perfectamente ambas funciones; pero ya en El Estatuto se habla en el Preámbulo de “Suprema Moderadora”, y Joaquín María López introdujo en España el lema del “Rey reina pero no gobierna”. Es más, por Marcuello sabemos que los Moderados también lo sabían, pero estaban dispuestos a sortear incluso las prácticas constitucionales en el caso en que esa prerrogativa que querían exclusivamente para sí, no les fuera favorable; en este sentido hay que recordar el antecedente de 1839 con el Gobierno Pérez de Castro, que decidió saltarse la norma básica del constitucionalismo, es decir, la obligatoriedad constitucional de que las Cortes aprobaran anualmente el presupuesto antes de imponer tributos, para no coartar la regia prerrogativa –luego seguiría por ese camino Bravo Murillo-; con ello se estaba saliendo abiertamente de toda interpretación

⁹ ROMEO MATEO, M.C., “La tradición progresista: historia revolucionaria, historia nacional”. Véase también: Id., Joaquín María López, un tribuno republicano en el liberalismo”. Ambas de próxima aparición.

¹⁰ BURDIEL, ob. Cit. Pp. 342-344.

constitucional y volvía por los fueros de la Monarquía absoluta, tal y como se denunció por los progresistas¹¹. En este sentido bien podríamos excluir de los partidos constitucionales al Moderado, o a esa facción del mismo, desde el momento en que se atrevía a defender semejante doctrina –ya en la época se hablaba de los “absolutistas de Isabel II”, según nos informa Villena¹². Máxime si además observamos a un Donoso dispuesto en 1843 a un golpe de Estado para reforzar claramente el poder personal del Rey, que sin duda creía con seguridad que sería igual al poder de los Moderados; o leemos el ambiente violento en el que se mueven los Moderados, por boca de González Bravo, que necesitaba un “pretexto para degollar gente” en enero de 1844¹³. La aportación de Martínez Gallego sobre “los políticos en camisa” en “Los Espejos de la Reina” nos hace ver también el acoso de Bravo Murillo a los constitucionalistas moderados¹⁴.

15. Desgraciadamente, Isabel II, ni como mujer ni como reina cumplió con las expectativas de la nueva época. Pero hasta en el fracaso de su vida íntima tuvieron todo que ver los políticos –y M. Cristina- que organizaron su desastrosa boda. Quizá los liberales españoles fueron excesivamente poco monárquicos por tener de la Monarquía un aprecio únicamente utilitario. Ciertamente, una vez que la Monarquía sale de sus límites, bien vistos y definidos por el gobierno parlamentario, que le reserva un papel ajeno a la lucha política y a la responsabilidad de gobierno, todos le exigen y la pretenden utilizar para su predominio: puesto que no es fiable como árbitro, apropiémonos de su poder por los medios que sean necesarios, parecen pensar. Así pues, todos se quisieron amparar en la Corona (en lugar de preservarla), los Moderados especialmente por ser conscientes, dice Burdiel, de su incapacidad de competir con progresistas y radicales en el libre juego político.

16. La lectura atenta de la monografía, nos hace convincente la conclusión de que la reina no pudo imponerse como árbitro, tanto por falta de todo conocimiento por su parte sobre esa posible función -desconoció totalmente su papel político, que, por lo tanto, no pudo ejercer, ni hoy saber nosotros si de conocerlo lo habría intentado-, como por el cerco estrecho en el que quedó encerrada entre los políticos Moderados y la Corte. Burdiel habla de secuestro del poder de la Corona, y una vez más hay que destacar el funesto papel que parece representar Donoso al lado de Isabel II, como directo representante de Muñoz, incluso más que de María Cristina. De hecho en 1847, la presión para demostrar la incapacidad de la reina, lo que originó la “cuestión de Palacio”, demostró que tampoco el poder de la reina interesaba si no estaba al servicio del Partido Moderado. No queda otro camino, en este caso, que la deslegitimación de la Monarquía, incluso de una forma brutal. En esa deslegitimación, nos dice la autora, tuvieron papel principal los Moderados, así como la propia familia real.

¹¹ MARCUELLO ob.cit., pp. 151 y 307-308.

¹² En “Los Espejos...”, cit. P. 164.

¹³ BURDIEL, ob. Cit., pp. 223-224, 241.

¹⁴ Véase la p. 55

17. Es ejemplar el caso de Isabel II, con todos los inconvenientes que sufre, al compararlo con el de sus sucesores. Si empezamos por el Rey del Sexenio, Amadeo I, con sólo leer su acta de abdicación quedamos avisados de que no servía únicamente la voluntad del Rey de ser plenamente constitucional para salvar las carencias del resto de instituciones, lo que queda confirmado con el repaso de las diferentes crisis políticas –no digamos nada si además no hay voluntad propia de serlo. Esperemos que pronto se complete el estudio de esta Monarquía hasta llegar al 68 y de ahí en adelante se profundice en el breve pero verdaderamente significativo reinado de Amadeo, que no pudo ser constitucional como quería y debía, y decidió tras muchos inconvenientes personales y políticos abandonar el Trono y los españoles a su suerte.
18. A Alfonso XII, , tampoco le fue fácil, ni ejercer su voluntad, por muy inteligente y benéfica que pudiera ser, ni dejar de cometer errores o ejercer un papel superior a lo que demandaba la teoría del gobierno parlamentario. Mi propia contribución a la época de Alfonso XII y M. Cristina de Habsburgo¹⁵ creo que es de interés asimismo para dibujar la práctica política y la teoría admitida en esos reinados. Alfonso XII, con una educación teórica y práctica inconmensurablemente distante de la de su madre, tuvo voluntad decidida de ser un Rey constitucional, e incluso echó en falta una formación específica para ello (al contrario que su hijo Alfonso XIII, que ya pudo disfrutar de las enseñanzas del catedrático especialista en Derecho Político y defensor del “Poder armónico” del Rey, Santamaría de Paredes); a pesar de que poco antes de su restauración había establecido como objetivo “matar la palabra partido” y cambiarla por la de “regeneración” de la patria para colocar a España a la altura de los demás países europeos. Alfonso XII es el primer Rey español (salvando Amadeo) que es consciente plenamente de la nueva posición de la Monarquía y de la necesidad de conocerla a fondo para actuar en consecuencia. La extensa petición de información al embajador inglés es una consecuencia de esa carencia que percibe con perfecta claridad. Igualmente la carta a su madre haciéndose conocer su interés por una formación histórica y constitucional, también¹⁶. En ese mismo artículo queda constancia, ampliamente, de que Alfonso XII tuvo que actuar más de lo previsto, incluso tuvo que hacerlo frente a sus ministros, como en la primera llamada a Sagasta en 1881, lo que dio ocasión para observar en toda su plenitud, desde el Parlamento, las posibilidades y limitaciones del poder regio. Cánovas se lo advirtió por activa y por pasiva; Sagasta, más veladamente, también: el Rey se podía quedar sólo con sus responsabilidades políticas si tomaba al pie de la letra el artículo constitucional que le daba plena libertad para nombrar a sus ministros.
19. La segunda llamada de Sagasta, en 1885, tras la muerte del Rey y el desenvolvimiento de su gobierno largo, dio la ocasión para ir diseñando a golpe de disgustos de Cánovas, las normas no escritas para los dos

¹⁵ LARIO, A., *El Rey, piloto sin brújula. La Corona y el sistema político de la Restauración (1875-1902)*. Biblioteca Nueva, Madrid 1999.

¹⁶ Recogido en LARIO, A., “Alfonso XII. El Rey que quiso ser constitucional”, en *La política en el reinado de Alfonso XII*, nº 52 de *Ayer*, C. DARDÉ (ed.), Madrid 2003.

partidos, adaptadas a las exigencias del gobierno parlamentario, y al papel del Rey que si bien se mantenía fuerte en la teoría, para las posibles contingencias, debía estar perfectamente limitado en la práctica por los partidos políticos, sus jefes incuestionables y las Cortes.

20. Igualmente, María Cristina de Habsburgo, en el contrapunto de Isabel II en cuanto a conocimientos, moralidad y carácter, tuvo que ejercer un importante papel político, a pesar de que entonces ya los partidos decidieron controlar a la Corona a través del pacto político y el mutuo acuerdo en las prácticas admitidas. M. Cristina vivió circunstancias difíciles, a la par que se benefició de la calma producida por el pacto a la muerte del Rey: cambios acordados y rítmicos, jefaturas estables y relación armónica entre el Gobierno y la Oposición, nunca conocida hasta entonces, materializada en las notas informativas para informar a la Oposición de los asuntos más relevantes. Pero su tendencia clerical, y parece que también su seguimiento de la doctrina social de la Iglesia, le hizo favorecer, esta vez, a las nuevas corrientes dentro del partido conservador, a Silvela frente a Cánovas. Cánovas estuvo dispuesto al retraimiento e incluso a dejar la política; se quejó amargamente de la Regente; ésta dejó de resultarle fiable, con sus condescendencias, dijo, “podría perder al país”.
21. Y es que seguía faltando la brújula de una representación veraz, y un monarca sin la brújula de elecciones sinceras, sólo debía atenerse al acuerdo de los jefes de los partidos y las normas establecidas, actuando más o menos mecánicamente; de lo contrario, no se podía salvar su responsabilidad. Más tarde, en la crisis del 98, dio voz a todos los grupos disidentes, saliéndose definitivamente de una norma básica del turno: la no beligerancia (no conceder existencia política) a los grupos que surgieran dentro de los grandes partidos, en beneficio de éstos y sus jefaturas indiscutibles. Quiso dejar a su hijo una situación arreglada, trabajó para conseguir nuevos partidos para su reinado, considerando ya el fracaso de Sagasta y la imposibilidad de Silvela para una nueva política “por sus muchos y antiguos compromisos”, estuvo esperando un “nuevo Bismarck” capaz de llevar a cabo una política social conservadora, y la Corona pasó a ser protagonista de todos los afanes de renovación, intentando ya gobiernos de concentración. Paralelamente a la desconfianza en los Gobiernos del turno creció la necesidad de buscar amparo y refugio en la institución monárquica, contrastando la juventud del nuevo portador de la Corona con el acrecentamiento de sus responsabilidades¹⁷.
22. La crisis de fin de siglo, el ambiente internacional de crecimiento de potencias coloniales, etc., potenciaron aún más la necesidad de un Ejecutivo fuerte, un Ejecutivo teóricamente en manos de la Corona, y que en la práctica representaba todavía una esperanza y un referente para todo lo que se podría hacer frente a unos partidos enredados de nuevo en luchas de facciones e intereses personales –el polo opuesto de la “virtud republicana”. Alfonso XIII en esa coyuntura, pudo, por su carácter, por las

¹⁷ Véase el apartado de Conclusiones “Restaurar la política: el nuevo papel de la Corona”, pp. 469- en LARIO, A., *El Rey, piloto sin brújula*, cit.

circunstancias del tiempo en que le tocó reinar, y por la debilidad de las Cortes y los partidos, seguir siendo protagonista excesivo del proceso histórico, con las consecuencias siempre negativas para la Monarquía y la propia estabilidad política.

23. Así es que el joven Alfonso XIII se encontró teniendo que aparentar, en primer lugar, una fortaleza de carácter (la decisión de Silvela de mostrarle fumando) acorde con lo que entonces ya se exigía: un Ejecutivo fuerte, y en el contexto de la crítica feroz a la política turnista tras lo que se consideró la muestra final de su inoperancia y corrupción: las pérdidas de las colonias y el embarque en una guerra en la que quedó demostrado la debilidad del Ejército español que no parecía beneficiarse de los presupuestos elevados –al menos tanto o más que en Italia con una Armada moderna, se denunciaba– en Guerra y Marina. En el cambio de siglo parecía que sólo existía una esperanza: el Rey¹⁸, y éste era un jovencito perfectamente manejable, se suponía, por esos políticos que, se denunciaba, estaban interesados únicamente en su propio poder. Canals decía en mayo de 1902 que había “dos hechos de singular fuerza: el descrédito de los partidos monárquicos y los recelos que infunde el próximo reinado de un niño”¹⁹. Ante esta situación, Silvela creyó oportuno, ya en 1900 ir dejando caer entre sus oyentes las capacidades del futuro Rey, “con apariencias de indiscreción... le cuento a todo el mundo... su perspicacia, su resolución de mandar cuando llegue su mayor edad, ... y así se va desvaneciendo la idea”, dándole las ideas adecuadas a un periodista para hacer el correspondiente artículo²⁰
24. Y es que a finales del siglo se mezclaron en España la crítica a un parlamentarismo falseado por unos Gobiernos omnipotentes, alejados de la sociedad, con el anhelo de un Ejecutivo más fuerte. Se habló de la crisis del Estado Moderno, y la mayoría de las soluciones, tanto conservadoras como liberales pasaban por el corporativismo; también la redefinición del Liberalismo que, conjugado con la democracia del número, se veía como la forma más prudente de acercar la sociedad al Estado²¹.
25. Fue el momento en que prácticamente en la primera crisis que tuvo que resolver se habló de “crisis a la oriental”, con un sentido mucho más fuerte del que nos ha explicado tradicionalmente Seco Serrano y siguen recogiendo miméticamente las últimas publicaciones. Efectivamente, no se dijo “oriental” por estar resuelta en el Palacio real (que no se denominaba todavía tan impropriadamente), sino porque se contraponían las Monarquía

¹⁸ “La política de la Restauración y la restauración de la política”, en H. DE LA TORRE y J.C. JIMÉNEZ REDONDO (eds.), *Portugal y España en la crisis de entresiglos (1890-1918)*. C.A.UNED. Mérida 2000.

¹⁹ En *El Rey, piloto sin brújula*, cit. P. 470

²⁰ En id. , p. 450.

²¹ Sobre el “Nuevo Liberalismo” puede verse, LARIO, A., “La crisis ideológica de la Restauración: El Nuevo Liberalismo en el Diario Independiente “El Sol”. 1917-1923”, nº 1-2, Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS). Pau (Francia), 1985. También SUÁREZ CORTINA, M., *El reformismo en España: republicanos y reformistas bajo la monarquía de Alfonso XIII*, Siglo Veintiuno de España, 1986. FORNER, S., *Canalejas y el Partido Liberal Democrático (1900-1910)*, Cátedra 1993.

limitadas, constitucionales, a los despotismos orientales²². Esa crisis de 1903 se calificó directamente de despótica, es decir, impropia de una Monarquía siquiera limitada, originada por el capricho personal del Rey.

26. Es la ideología político-constitucional y el contexto en que se producen los acontecimientos, lo que da la medida para la interpretación de lo que se pide a un Rey y lo que éste se cree obligado a dar.
27. La biografía de Tusell y Genoveva G^a Queipo de LLano, viene a demostrar que un presidente de Gobierno fuerte, como Maura, siempre se imponía al Rey, y éste no se atrevía a oponérsele; es el caso igualmente de Canalejas, como muestra Moreno en el libro que edita sobre Alfonso XIII²³; y eso a pesar de que la idea de Monarquía que tenía Canalejas era más activa que la de Maura, como nos muestran M. Jesús González y Morgan Hall²⁴. Frente a ellos dos sólo quedaba la inexistencia de modelo que no fuera el statu quo del resto de los políticos de la época²⁵. No creo que sea exagerar concluir, por ello, que los políticos débiles o cortesanos, al menos sin otra expectativa que la consecución y conservación del poder, más bien vinieron a perjudicar la imagen del Rey, adulándolo y dándole un más amplio campo de acción. Esta misma idea la confirma por un lado Niño, cuando ratifica que con Romanones el Rey se extralimitaba en su poder personal; en otro sentido lo constata Gómez Navarro al analizar la actitud del Rey con Primo de Rivera: la voluntad decidida de éste frena al Rey. Hay que tener en cuenta, además, que la excesiva deferencia de los políticos y su servidumbre hacia el monarca se avenía mal con las prácticas establecidas en su momento por Cánovas y Sagasta, las más cercanas posibles, dadas las viciosas prácticas electorales, a las admitidas para el gobierno parlamentario. Pero es que esas actitudes tienen más relación con el nuevo clima político y las exigencias al Rey tras el desastre; con la extensión de la idea de urgente regeneración. La coyuntura crítica del cambio de siglo, de Regeneracionismo, de crisis del parlamentarismo, de crítica feroz en muchos casos a la vieja política, parece que hubiera inhibido a muchos de ser protagonistas y prefirieron dejar la batuta al Rey pues así, de paso, no tenían que recurrir a la siempre incierta correcta representación –en este sentido es acertada la observación de Tusell respecto a las reformas que pedía el Gobierno de Concentración, cuando lo más eficaz habría sido una adecuada reforma electoral. Por eso Tusell y G^a Queipo de Llano creen que hay razones suficientes para criticar la clase dirigente “en su conjunto”²⁶. Clase dirigente que quizá no supo solucionar la crisis del parlamentarismo y sólo observaron el afán de fortalecer el Ejecutivo, como compensación a las debilidades del sistema que había que ir corrigiendo. En esta época se observaba con interés el modelo presidencialista norteamericano; el

²² LARIO, *El Rey, piloto sin brújula*, cit., pp. 177, 480

²³ TUSELL, J., G. QUEIPO DE LLANO, G., *Alfonso XIII. El Rey polémico*. Taurus, Madrid 2001. MORENO LUZÓN, J. (ed.), *Alfonso XIII, un político en el trono*. Marcial Pons, Madrid 2003; p. 169. Las referencias siguientes a distintos autores que no aparezcan con referencia propia, se refieren a su colaboración en este libro colectivo.

²⁴ Ob. Cit., p. 64.

²⁵ Ob. Cit., pp. 117-120

²⁶ TUSELL, J., G^o QUEIPO DE LLANO, G., ob. Cit., pp. 408, 301.

problema es que no se puede plantear una Monarquía presidencialista sin riesgo mortal para la institución. Es sintomática la solución que en sus últimos días aporta Maura: un sistema presidencialista con el Rey como moderador: evidencia la necesidad y la tendencia, a la vez que su confianza en el papel de la institución monárquica como moderadora no tanto de la política como de las tendencias sociales. Ese fue, quizá, el principal error de planteamiento en el reinado de Alfonso XIII, incluso por parte de algunos eminentes políticos liberales.

28. Tampoco durante el reinado de Alfonso XIII se respetó la práctica iniciada tras el asesinato de Cánovas de no decidir desde el Gobierno la jefatura vacante. Por el contrario, tanto tras el asesinato de Canalejas como tras el de Dato, continuaron gobernando sus partidos al otorgarle el decreto de disolución a un nuevo presidente, con lo que eso significaba de decisión sobre la jefatura. En cualquier caso es cierto que la política pactada implicaba el asentimiento del jefe del otro partido a la nueva jefatura; M. Cristina había contactado con los liberales para conocer su actitud al respecto; el propio Silvela entonces lo había requerido. Lo que no había hecho en su momento M. Cristina, y no dejó de ser criticado, y tampoco se hizo con Alfonso XIII, fue respetar la práctica política de llamar al presidente del Congreso para cubrir las interinidades necesarias hasta la formación del nuevo Gobierno.

29. Se puede seguir el rastro de la pervivencia de los elementos que conformaron el pacto entre los partidos a la muerte de Alfonso XII; así sucede en el caso del intercambio de información entre el Gobierno y la Oposición, que Niño constata al menos en 1906; ya no lo observa, significativamente, en 1917 en asuntos de política exterior –y en el contexto de la primera Guerra Mundial-. En comparación también con la época anterior se observa que, a tenor de la información de Boyd, Alfonso XIII viste con mucha más frecuencia el uniforme militar, a lo que se resistía Alfonso XII para disgusto de su esposa y madre de Alfonso XIII, María Cristina. Pero en el peso creciente de lo militar tiene mucho que ver el proceso iniciado en los 90 de crítica a los políticos por parte de los militares, en buena parte debido a la política colonial; el deseo del Ejército de independizarse del poder civil, al que consideraban corrupto e ineficaz, se puede observar al menos desde el asunto Dabán, y se agudizó decididamente tras la pérdida de las colonias; se materializó por primera vez en la crisis por la que Silvela abandonó la presidencia del Gobierno en 1900, lo que ayuda a entender las necesarias dudas del Rey entre el poder civil, desprestigiado en el cambio de siglo, y el militar, cada vez más alterado²⁷. Habría sido de gran interés haber hecho un análisis comparativo entre los reinados de Alfonso XIII y los de la Regencia y Alfonso XII; existe ese planteamiento en el libro de Tusell y G^a Queipo de LLano, pero no se continúa a lo largo del reinado.

30. Hay que destacar, por ejemplo, que en 1914 se consiguió lo que se había intentado desde el “Desastre del 98”, y que había provocado la citada salida

²⁷ LARIO, *El Rey, piloto sin brújula*, pp. 234-235, 391-403.

de Silvela del primer Gobierno regeneracionista, y el fracaso de éste: la relación directa del Rey y los oficiales del Ejército sin intermediación alguna, ni siquiera del Gobierno. El resurgir del pretorianismo tuvo su primera gran demostración en 1895, cuando se asaltó en Madrid los diarios que acusaban a los oficiales recién salidos de la Academia de falta de espíritu militar, incluso de cobardía, por la eximente conseguida por algunos de ellos para no acudir a sofocar el nuevo levantamiento cubano; llegaron incluso a la presidencia del Gobierno, cuando éste estaba reunido, a entrevistarse con el ministro, del que conocieron directamente la crisis del gabinete y el nombramiento para nuevo ministro del General que los amparaba: Martínez Campos; entonces se pidió por primera vez que los delitos de prensa que afectaran al Ejército pasaran a jurisdicción militar. La cuestión provocó un cambio de Gobierno y se criticó severamente a Cánovas por aceptar en esas circunstancias el poder, y apoyar la sustracción al Jurado de estas cuestiones. A partir de entonces surgió el movimiento para proteger a los militares de la prensa, aunque parece que la presión de los liberales garantizó por el momento la permanencia legal. Los republicanos hablaron de la bota militar que expulsaría mercedamente a los monárquicos del poder²⁸; y, sintomáticamente, sería un liberal, Moret –que ya desde 1887, al menos, manifestaba esa tendencia-, el que pasados diez años aprobara la ley de jurisdicciones en ese sentido, y tras un nuevo asalto de oficiales a periódicos.

31. Ciertamente, al contrario que Alfonso XII con Cánovas y Martínez Campos, Alfonso XIII no dio claramente apoyo al poder civil –a Romanones- frente al militar –Milans del Bosch en la situación difícil de la Cataluña de 1919, como refleja Moreno²⁹, claro que en este caso había fuerzas sociales que apoyaban claramente al militar³⁰ durante el llamado “trienio bolchevique”, además de la ya mencionada tendencia desde mediados los 90 de los militares a desprenderse del poder civil que consideraban ineficaz y viciado. Tampoco Romanones era Cánovas, ni siquiera Maura o Canalejas. Él siempre se había servido del Rey para llegar al poder, y, por lo tanto, trasladado a sus manos la responsabilidad; además siempre sobrepuso su interés particular en sus decisiones políticas, incluso en las tan importantes como las de aconsejar Gobiernos de Concentración, y, en definitiva, el final del turno, frente al triunfo de su oponente en el partido, García Prieto. Cánovas, por el contrario, era muy celoso de su poder y como alternativa a su decisión sólo colocaba ante el Rey su propia dimisión, cuando era el constructor del régimen³¹, y como después hizo constantemente Maura.

32. Alfonso XIII, siguiendo la tendencia surgida en los 90, socavó la autoridad civil al apoyar las reivindicaciones militares, incluso las Juntas de Defensa. El Rey siguió esa vía que seguramente consideraba más segura para la Monarquía, ante un Ejército cada vez más descaradamente belicoso en la política interna. En las responsabilidades de Annual, demostró que estaba en la línea de los Generales que desde finales de siglo criticaban la política

²⁸ LARIO, A., *El Rey, piloto sin brújula*, cit. Pp. 300-313.

²⁹ Ob. Cit., p. 178.

³⁰ TUSELL, G. GARCÍA, pp. 365-369.

³¹ LARIO, *El Rey, piloto sin brújula*, pp. 107-114

civil en Cuba y Filipinas: Martínez Campos, Polavieja, creían firmemente que se colocaban los asuntos políticos por encima de los intereses nacionales y de la propia eficacia. Alfonso XIII parece que llegó a creer lo mismo, lo cual no era privativo del Rey, por otra parte, sino que llegó a estar extraordinariamente extendido –y la opinión pública era una variable principal a tener en cuenta en las decisiones del Rey constitucional-. Sin duda, si el poder civil quería imponerse al militar sólo lo podría hacer por la vía de su preponderancia en todos los ámbitos, y no por el de dejar hacer para permanecer, sobre todo porque le quitaba argumentos al que tenía que decidir finalmente entre una política militar y una civil, faltándole a ésta el apoyo social –no se habían conseguido unas Cortes verdaderamente representativas- e incluso una unidad política que lo supliera, como había sucedido durante la Regencia.

33. Sí que existen en este reinado intentos de reforma constitucional, pero hace falta mayor profundización en el sentido último de la misma. Cuando se pide reforma constitucional, de un modo evidente en la Asamblea de Parlamentarios de 1917, se puede interpretar que, o los reformistas tenían el proyecto de hacer lo que no se había hecho en el resto de Monarquías: una reforma radical del modelo político que lo lleva hacia la separación estricta de poderes; o lo que proponen es un mero expediente político que por sí mismo nada podía resolver. Ciertamente, declarar que la soberanía es nacional y no compartida, volviendo a la eterna cuestión del XIX, por sí mismo, como la historia ha demostrado, no implicaba gran cosa si no era una satisfacción política sin más consecuencias. Decir los reformistas, sin embargo, que los gobiernos debían nacer y morir en las Cortes³², o no tenía nada que ver con la reforma constitucional –pues era una premisa que iba implícita en el gobierno parlamentario diseñado desde la muerte de Fernando VII- sino con la práctica política, o estaban apuntando a la susodicha separación estricta de poderes, es decir a un cambio radical de modelo que no se había producido desde la época revolucionaria. Quizá haya que seguir pensando que todavía en el XX se confiaba más en el cambio constitucional que en el cambio de prácticas viciadas, a pesar de que todo el siglo XIX había demostrado que los cambios en la letra, por sí mismos, no reformaban la cultura política.

34. Otra cosa es el avance social que se pretende con la reforma del Senado, en un intento de reflejar en él los distintos cuerpos sociales, a tono con las corrientes organicistas tan en boga en la época, válidas tanto para los nuevos idearios liberales como más adelante totalitarios, como ya se mencionó. Pero eso sería una “enmienda” propia del avance histórico, que afectaba a la mejor representación y no a la corrección del funcionamiento del sufragio para la Cámara de Diputados. Es decir, no se plantea para solucionar los problemas viejos, de la “vieja política”, sino para enfrentarse a los nuevos, al problema social.

35. Siguiendo el hilo de las continuidades entre reinados, hay que señalar asimismo que el gobierno de amplia concentración y con ministro de

³² CABRERA, M., en ob. Cit., p. 97.

Gobernación independiente que convocara elecciones, como se concibió tras la crisis de 1917, el gobierno de García Prieto, ya lo había procurado Alfonso XII en el “Gobierno electoral, de amplia conciliación, encaminado a llevar a cabo de modo más limpio las elecciones” de 1879, que entonces fracasó por la oposición de los jefes de los partidos³³.

36. En definitiva, como estamos hablando de un sistema constitucional, en el que los partidos políticos debieron haber hecho su camino durante su ya larga vida, de más de un siglo en España, y haber decidido qué apoyo se requería para sostener este sistema, hoy parece algo simplista personalizar las responsabilidades del fracaso en una única persona, aunque ésta sea el Rey. Tanto Cabrera como Hall nos dejan entrever la poca preocupación por la constitucionalidad de los actos del Rey cuando son beneficiosos y, sobre todo, cuando, como en el caso de 1909 y el “Maura no”, se le considera más capacitado que a las propias Cortes para interpretar correctamente la opinión pública³⁴. Lo que no puede extrañarnos cuando el propio Canalejas lo quería decidido a intervenir a favor de la democratización³⁵ o cuando los mismos reformistas se deshacían en alabanzas al Rey por decisiones que, a pesar de ser criticadas por Maura, mostraban su independencia del político conservador. Cuando, en fin, la necesaria regeneración que domina el cambio de siglo exige al Rey un compromiso político. Eso no es óbice para que más adelante se le critique duramente ante expresiones que se entienden como desprecio al Parlamento; es el caso de la reacción de los parlamentarios socialistas ante el discurso de Córdoba de 1921. Claro que, a la vez, el republicano Lerroux en 1923 denunciaba la merma de talla política de los consejeros del Rey que lo utilizaban como escudo detrás del que resguardarse; mientras que los propios ministros recurrían a “todos los tratadistas políticos” para justificar la intervención regia, haciendo buena así la acusación³⁶. Pero fue precisamente ese protagonismo político que “la élite política dinástica permitió, con escaso cuidado por la Constitución”, e incapaces de articular las reformas necesarias que exigía la sociedad en transformación, el que cobró la factura a la Monarquía en 1931, como señala Hall³⁷. Este autor compendia muy bien la complicada situación de la monarquía en el inicio del reinado y la falta de una política monárquica definida. Hay que añadir que, para entonces, se deseaba más que se temía la presencia de un Rey fuerte que no se dejara gobernar por sus políticos como el propio monarca escribe en su diario y Silvela se preocupó de mostrar ante las dudas que planteaba el reinado de un adolescente.

37. Puede verse el contraste entre las visiones tradicionales sobre Alfonso XIII que recoge Moreno en el capítulo I, y la ajustada presentación que hace Hall sobre lo que se esperaba del Rey. Respecto al mayor “enemigo” del Rey en el exilio, Blasco Ibáñez conviene resaltar lo que recuerdan los observadores extranjeros de la época. El gran escritor húngaro Márai lo califica como “contrincante del Rey Alfonso y panfletista apasionado”,

³³ LARIO, *El Rey, piloto sin brújula*, 137.

³⁴ Ob. Cit., p. 92

³⁵ HALL, M., en ob. Cit., p. 64

³⁶ CABRERA, M., en ob. Cit., p. 105

³⁷ HALL, M., en ob. Cit., p. 62

incluso le denomina el “Mór Jókai de los españoles”; pero resulta más interesante su observación de que “en el exilio algunas personas llegan a desempeñar un papel principal, aunque no estén destinadas a ello ni por sus capacidades intelectuales o espirituales ni por sus aptitudes para el liderazgo”, en referencia a “Blasco Ibáñez, escritor de novelas decorativas y mediocres”; y, a pesar de que “Unamuno era más inteligente” o que “el comandante Ramón Franco... era considerado una persona más revolucionaria que Blasco Ibáñez... éste era el líder: todos, incluso los espíritus más destacados, lo reconocían como tal, se sometían a él y lo obedecían”³⁸. No hay que olvidar, paralelamente, que hacía ya mucho tiempo, antes del imperio del “regeneracionismo” finisecular, que se venía hablando de la falta de moral en la vida pública, especialmente por parte de los krausistas desde Giner y que Castillejo retoma con su abstención de la política activa en 1931 –a pesar de que no fue tan crítico como otros liberales con el régimen de la Restauración-³⁹

38. Hay que señalar, además, que los datos que aportan los diferentes autores dejan planteadas muchas cuestiones sin resolver; ya es extraño que fuera precisamente la aristocracia madrileña y palatina, el entorno del Rey, el que peor viera la llegada de la dictadura. A eso hay que sumar la enemiga y preocupación por lo mismo de María Cristina, como destaca González Cuevas⁴⁰, a la que siempre se ha visto como la primera consejera de Alfonso XIII, pero que ahora no pareció influir. Parece que en ese campo hay alguna materia donde se puede entrar más a fondo para entender mejor ese momento. También hay que tomar como dato relevante el que cuando se deshizo el sistema de turno y los grandes partidos, y cuando las elecciones ya no arrojaban las necesarias mayorías parlamentarias “Nadie interpretó esas transformaciones como síntoma de un cambio...sino ... como prueba evidente de una crisis sin salida”⁴¹, seguramente porque lo que predominaba no era lo poco nuevo sino lo mucho antiguo.

39. En este sentido, el cómo y cuando los intelectuales derivan hacia la República, como claro síntoma de la conciencia de estancamiento de la Monarquía, lo estudia con abundantes referencias Santos Juliá. El papel del Rey en la dictadura está estupendamente analizado en un aspecto muy importante y muy poco tratado como es su mentalidad política, en Gómez Navarro, tratándolo también desde el punto de vista de su relación con los políticos, Martorell. Su actitud posterior a su exilio lo analiza González Calleja. González Cuevas concluye que no sería lo más significativo el apoyo del Rey a la dictadura, como muchos más en España, sino su deriva hacia el nacional-catolicismo; lo que tiene su contexto en la alternativa de

³⁸ Sándor MÁRAI, *Confesiones de un burgués*. (ed. or. 1934-1935, 2 v.). Salamandra, Barcelona 2004, pp. 386-387. Mór Jókai fue novelista húngaro del XIX muy popular y con gran número de publicaciones, muchas de ellas traducidas a varios idiomas.

³⁹ A.C. GUERRERO LATORRE, “José Castillejo (1877-1945). Un gineriano ante la crisis del liberalismo”, Ponencia en el V International Congress of the “Mediterranean Studies Association” (Univ. Kansas, Arizona, Massachusetts Darmouth y Granada). Granada, 29 de mayo- 1 de junio 2002

⁴⁰ Ob. Cit., p. 210.

⁴¹ CABRERA, M., ob. Cit., p. 96

catolicismo-socialismo desde finales del XIX en la propia Regencia. Sin embargo durante el reinado habría habido un equilibrio entre sus posturas católicas y liberales.

40. Dentro del eterno contencioso sobre Alfonso XIII y el fracaso de la transición hacia la democracia, surgen ya conclusiones coincidentes. Las últimas publicaciones, ya coinciden en destacar el hecho, evidente por otra parte pero no tenido en cuenta suficientemente hasta ahora, de que no sólo el Rey debía ser juzgado en sus resoluciones, sino, y primeramente, la razón por la cual, todavía a principios del XX, después de un siglo de práctica de Monarquía Constitucional, cuando se juzga la transición fallida, se pone al Rey como principal actor político. Hay que preguntarse por el papel de los partidos políticos y su evolución tras un siglo de liberalismo; preguntarse igualmente por el fracaso del papel controlador de las Cortes, que en todo sistema parlamentario son las encargadas de dar fuerza a los Gobiernos y desplazar así a la Monarquía del Ejecutivo, del poder efectivo hacia un papel moderador –poderes eficiente y dignificado en palabras de Bagehot-. Queda patente que algo había fallado cuando los partidos políticos no acertaron a confluir tras el lapso del turno pacífico, en una política común tendente a situar al Rey en su posición constitucional correcta. Solamente Maura plenamente tenía la pretensión de alejar al Rey del Ejecutivo, incluso pensando en alejarlo de Madrid. Canalejas, con un sentido moderno y democrático desde luego, también estaba dispuesto a involucrar al Rey. Claro que, para entonces, había surgido la necesidad de un Ejecutivo fuerte, a la par que la feroz crítica a los excesos parlamentarios y, sobre todo, se había falsificado de tal manera la práctica política que no pudo ser ejemplo ninguno para la ciudadanía que hubiera podido sentirse unida y beneficiada por el sistema constitucional parlamentario. Por el contrario, en 1923, una gran mayoría aplaudió o aceptó con mayor o menor esperanza, la llegada de Primo de Rivera. Faltó escuela política.
41. Efectivamente, a pesar de ser juzgados usualmente, el libro de Tusell y G. Queipo de Llano como favorable al Rey y el editado por Moreno como crítico al mismo, los dos libros más recientes sobre Alfonso XIII, ya no son dos posturas contrapuestas sobre el papel del Rey, sino que los análisis vienen a coincidir en lo complejo del momento histórico en que tocó reinar a Alfonso XIII, en el poco sentido de lealtad monárquica de la mayoría de los políticos de la época, como ya había destacado Carr, que veían en el Rey más un instrumento para su beneficio que un sostén para el régimen liberal y moderación de la inevitable democracia, y que tiene el antecedente en el reinado de Isabel II. Con menos acuerdo, pero sin grandes discrepancias, hay que señalar también el cambio obrado en el monarca tras el crucial año de 1917 por su desconfianza hacia los políticos y su mayor dependencia del Ejército y la Iglesia. No en vano se nos recuerda que desde 1913, muerto Canalejas y alejado Maura, y especialmente desde el final de la primera Guerra Mundial ya no existían reglas o protocolo monárquico que siguieran los políticos respecto al Rey, pasando a depender complacientemente de sus decisiones personales –aunque con escaso fervor monárquico como muestra su propia dejadez-, volviendo, pues, al papel desempeñado en los orígenes del liberalismo, cuando todavía se denominaban secretarios del

Rey. Sigue funcionando, más que nunca, lo de “Rey, piloto sin brújula”, y, por lo tanto, el complejo papel que correspondía desempeñar al monarca constitucional, si es que se quería seguir siéndolo.

42. En todo caso, y pendiente el mayor o menor peso del Rey en la llegada de Primo de Rivera, a esas alturas lo malo fue que dependiera más del Rey que del apoyo social el éxito de la dictadura. Alguna vez escribí que en el liberalismo español no sobraba Corona sino que faltaba el resto de los elementos que debían acompañarla en el gobierno parlamentario y cuyo correcto funcionamiento y evolución iba a hacer que la Corona fuera desapareciendo del protagonismo político –lo que ilustra una vez más la reciente edición de una biografía de la reina inglesa que define el periodo liberal por excelencia, Victoria⁴². Ese análisis, el de la razón del poco cuerpo de los partidos políticos y del papel de las Cortes siempre supeditado al Gobierno, creo que es el que mejor nos puede hacer entender los fracasos que se hicieron evidentes en los años 20 y 30. A la vez, nos va a dar los elementos de juicio necesarios para situar al Rey y su función política en su justo lugar: ver hasta dónde tuvo responsabilidad efectiva, cuando no debía tenerla, y ver hasta dónde se vio inmerso en la responsabilidad que debía corresponder a otros, que la sorteaban amparándose en la sombra regia. Debería ser un análisis lo más ajustado posible –partiendo del uso preciso de cada concepto- enmarcado en la función que se quiso establecer para un monarca constitucional y los medios que tuvo para ejercerla.
43. En un sistema de equilibrios, cuando una institución funciona en exceso lo hace a costa de las demás y cargando la responsabilidad sobre sí misma. Cuando es el caso de la institución permanente la que funciona “a costa de sí misma” -todos conocen en la época que sólo puede sobrevivir evitando cualquier responsabilidad política-, exige un análisis paralelo de las demás instituciones políticas y del papel que los políticos están dispuestos a ofrecer al Rey. Es éste un campo que todavía ofrece posibilidades de investigación.

⁴² *La Monarquía Constitucional: Teoría y práctica política*. En J.TUSELL, A. LARIO, F. PORTERO (eds.), *La Corona en la historia de España*, Biblioteca Nueva. Madrid 2003. La expresión en p. 134; con el mismo sentido, en p.132. Sobre la reina inglesa: *Reina Victoria: símbolo de una era*. Editorial El Ateneo, 2004.

LA DIFUSIÓN DEL PENSAMIENTO MODERNO EN LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA A FINES DEL SIGLO XVIII*

Ricardo Robledo

- I. La reivindicación de los Liberales
- II. Cambios de una institución, en una “Tierra árida y miserable”
- III. Historicidad y utilidad de las leyes frente a la enseñanza tradicional
- IV. Observaciones finales. Los Ilustrados, un siglo después

I. LA REIVINDICACIÓN DE LOS LIBERALES

1. En la historia del liberalismo español no es el estudio de la Universidad uno de los capítulos principales; si hay que marcar contrastes con el Antiguo Régimen, se recurre a la abolición de los mayorazgos, a la destrucción de los gremios o a la implantación del marco constitucional, pero rara vez a la ruptura que supuso la universidad liberal. ¿Se debe esto al desencuentro habitual entre historiadores de la universidad e historiadores contemporáneos o es que la Universidad era tan anodina si no beligerante con las ideas modernas o liberales como para prestarle una atención especial? Los liberales, sin duda, desconfiaban de la universidad del Antiguo Régimen, aquí, en Francia y en otros lugares, convirtiéndose la reforma universitaria en una de esas medidas que como la desamortización o las Cortes acababa sometida a los vaivenes de la implantación del liberalismo o del retorno del absolutismo; al igual que se suprimía la venta de bienes nacionales en España se instauraba el Plan de 1771 (ni siquiera el Plan Caballero de 1807).
2. Ramón de Salas, a quien nos referiremos más adelante, opinaba en 1821 que “nada se hace en las universidades por los adelantamientos de las ciencias, sino que se trabaja todo lo posible por estorbar los progresos de ellas”; al haber nacido en “tiempo de ignorancia”, mantenía el severo juicio de que no tenían que considerarse necesarias para el estudio de las letras y de las ciencias y propugnaba extender a la universidad el modelo de Smith, es decir, los principios de la economía política, que se habían aplicado

* Amplió en estas páginas diversos aspectos que no pudieron incluirse en R. Robledo, "Tradición e ilustración en la Universidad de Salamanca: sobre los orígenes intelectuales de los primeros liberales", R. Robledo, I. Castells, M^a C. Romeo (eds.), *Orígenes del liberalismo. Universidad, política, economía*, Universidad de Salamanca-Junta de Castilla y León, 2003, pág. 49-80. Se repite el Cuadro 1, donde se han corregido erratas y ampliado con otros nombres, singularmente con el de Diego González Alonso, de tanta importancia en el liberalismo español. Una versión bastante diferente a ésta se presentó al III Encuentro Ibérico de Historia del Pensamiento Económico, celebrado en Granada en diciembre de 2003.

contra gremios y monopolios; esto suponía, por decirlo en términos actuales, la privatización de la instrucción pública¹.

3. Sería desacertado de todos modos plantear un único juicio de la universidad del Antiguo Régimen. En la de Salamanca, donde se estrelló la reforma del plan de estudios en 1771, no pudo evitarse el abrir “la puerta á la luz que brillaba á la sazón en toda Europa”. De entre los testimonios que pueden resumir bien lo que significó aquel movimiento reformador, conviene traer aquí el de un liberal ilustre como Quintana, antiguo alumno del estudio salmantino, quien coincidió hacia 1787-1790 con Muñoz Torrero, Marchena, Urquijo, Sánchez Barbero, etc. Al trazar la biografía intelectual de Meléndez Valdés, Quintana, después de señalar la influencia de Cadalso, se detiene en detallar “el ejemplo y los consejos de otros hombres distinguidos, que residían y estudiaban entonces en Salamanca”:

Empezaba ya a formarse aquella escuela de literatura, filosofía y buen gusto que desarrugó de pronto el ceño desabrido y gótico de los estudios escolásticos, y abrió la puerta á la luz que brillaba á la sazón en toda Europa. La aplicación á las lenguas sabias, así antiguas como modernas; el adelantamiento en las matemáticas y verdadera física; el conocimiento y gusto á las doctrinas políticas y demás buenas bases de una y otra jurisprudencia; el uso de los grandes de la antigüedad, y la observación de la naturaleza para todas las artes de imaginación; los buenos libros que salían en todas partes, y que iban a Salamanca como á un centro de aplicación y de saber; en fin *el ejercicio de una razón fuerte y vigorosa, independiente de los caprichos y tradiciones abusivas de la autoridad*, y de las redes caprichosas de la sofistería y charlatanismo: todo esto se debió á aquella escuela que ha producido desde entonces hasta ahora tan distinguidos jurisconsultos filósofos y humanistas².

4. Este reconocimiento de Quintana de la labor renovadora de fines del siglo XVIII no permaneció olvidada en una nota erudita, sino que sirvió de referente para el liberalismo progresista cuando más arreciaba la intolerancia del neocatolicismo. Para lo que ahora interesa, sólo cabe recordar la circular de 27 de octubre de 1864 de Alcalá Galiano cuando era Ministro de Fomento, donde estaba integrada la Instrucción Pública, por la que se prohibía a los catedráticos cualquier ataque a las “doctrinas con título incontestable [que son] consideradas como basas en que estriba el edificio de nuestra sociedad”. Tales eran la Religión católica (y el

¹ R. de Salas, *Lecciones de Derecho Público Constitucional para las Escuelas de España*. Madrid, Imp. de F. Villapando, 1821, pág. 266-286. Salas llegaba a escribir que “un joven de gran talento está obligado a seguir el paso de un imbécil; a estudiar un mal libro; a escuchar las lecciones de un maestro ignorante...”, frases que se entienden mejor al conocer su trayectoria en Salamanca cinco lustros atrás ... Cfr. Sandalio Rodríguez Domínguez, *Renacimiento universitario salmantino. Ideología liberal del Dr. Ramón de Salas y Cortés*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979, pág. 230.

² Quintana, “Noticia Histórica de Meléndez Valdés” en *Obras*, Atlas, Madrid 1946, p. 110. Claro que lo que para unos era motivo de orgullo, para otros constituía “semilla de impiedad”. Meléndez Pelayo utilizó en tal sentido una parte de la cita de Quintana que he reproducido; la cursiva que pongo es suya, *Historia de los heterodoxos españoles*. Madrid, BAC, 1987, Tomo II, p. 527.

Concordato), la Monarquía hereditaria y el Gobierno monárquico constitucional³. Había dos aspectos que hacían intolerante la Real orden, uno que implicaba a las autoridades eclesiásticas (junto a las civiles) en la tarea de “invigilar”, y otro que el respeto a esos principios debía hacerse tanto en la cátedra como fuera de ella, lo que siempre se ha interpretado como una reacción a los artículos publicados por Castelar en *La Democracia*, críticos ante la actitud de la Corona y el rasgo de sus donaciones económicas⁴.

5. En Salamanca Álvaro Gil, un político liberal que llegaría a ocupar importantes cargos en el Sexenio⁵, reaccionó ante aquella confusión de la vida política y religiosa que se desprendía de la circular citada; la mejor forma de hacerlo le pareció recurrir a la historia, sacando a la luz los enfrentamientos del claustro salmantino entre novatores y tradicionalistas a fines del siglo XVIII.
6. Recordemos el contexto de aquellas disputas: lo que se trataba entonces era de defender la independencia y estatus de la filosofía, facultad menor, sobre todo frente a la teología, facultad mayor junto con las de Leyes, Cánones y Medicina⁶. El logro de este objetivo desde el punto de vista institucional se concretaba en la creación del Colegio de Filosofía, pero lo conseguido en el claustro por los renovadores se recurría ante el Consejo de Castilla por el bando contrario. En septiembre de 1788 los catedráticos más conservadores del Claustro se dirigieron al Consejo de Castilla solicitando se impidiera la creación del Colegio de Filosofía, argumentando que, frente al incomparable Santo Tomás de Aquino, poco podía hacer Cartesio, según ellos una figura ya en declive, algo que pronto le pasaría a “la famosa atracción newtoniana”. Entre los firmantes del escrito figuraba Fr. Gerardo Vázquez, que años más tarde sucedería al jansenista Tavira en la silla episcopal de Salamanca y que en 1814 estamparía su nombre en el Manifiesto de los Persas. Juan Pablo Forner, antiguo alumno de la universidad, fue el encargado de visitarla en 1796 como fiscal. Álvaro Gil rescató el Informe inédito de Forner y lo publicó en una revista de la ciudad:

³ *Colección Legislativa de España*. Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1864, Tomo XCII, pág. 589-595.

⁴ Cfr. P. Rupérez, *La cuestión universitaria y la noche de San Daniel*. Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1975.

⁵ En octubre de 1868 fue nombrado subsecretario de Gobernación y presidente de la Audiencia de Madrid en enero de 1873, ocupando otros cargos importantes que podrían justificar la acusación de empleomanía, R. Serrano, “Del liberalismo censitario al ensayo democrático del sexenio: lucha política y conflictividad social en Salamanca, 1833-1874”, R. Robledo, coord., *Historia de Salamanca. Siglo Diecinueve*, Tomo IV. Salamanca, CES, 2001.

⁶ G.M. Addy, *The Enlightenment in the University of Salamanca*. Durham, Duke U.P. 1966; J.L. y M. Peset, *La universidad española (siglos XVIII y XIX). Despotismo ilustrado y revolución liberal*. Madrid, Taurus, 1974, *Carlos IV y la universidad de Salamanca*, Madrid, CSIC, 1983; cfr. A. Heredia, “Reivindicación de la filosofía en la Universidad de Salamanca (1787-1788)”. *La Ciudad de Dios*, vol. 207, (1994) nº 3, pp. 797-824; “El Colegio de Filosofía de la Universidad de Salamanca: el Plan de estudios de 1788”. *Estudios. Revista trimestral publicada por los frailes de la orden de la Merced* (Homenaje a Vicente Muñoz), nº 51, (1995), pp. 57-80. S. Rodríguez, *Renacimiento universitario salmantino. Ideología liberal del Dr. Ramón de Salas y Cortés*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979.

7. El informe que á continuación publicamos es obra poco conocida del ilustre literato y sabio magistrado D. Juan Pablo Forner. Por la belleza de la forma y por el valor de las ideas, no puede menos de ser grata su lectura, y sobre todo hoy que al cabo de mas de sesenta años vemos reproducirse con desesperada audacia la lucha contra la razón y la filosofía, que provocaron á fines del pasado siglo unos cuantos teólogos en el claustro de la Universidad de Salamanca.(...) Hoy no puede encontrarse disculpa á la guerra encarnizada que, so pretextos (sic) religiosos, pero con miras mundanales se hace á toda enseñanza que no quepa bajo el mezquino nivel del sistema neo – católico.⁷
8. El *Informe* de Forner se fue publicando sin anotaciones, salvo en la última entrega del 15 de febrero de 1865. Decía Forner en 1797: “*por un laudable acto de cristiana moderación, se contentan dichos acusadores con pedir se les declare impíos, corruptores de la juventud, perturbadores de la seguridad pública, enemigos de la constitución nacional, propagadores de máximas perversas; que se les prive de sus cátedras y de sus sueldos, y que se aniquile el colegio por los cimientos*”. La nota de Álvaro Gil fue la siguiente:

Al leer las precedentes líneas acuden involuntariamente a la memoria las famosas esposiciones (sic) que hace poco se fraguaron contra la actual enseñanza Universitaria y los violentos y nada caritativas acusaciones causadas por gente que hace alarde de religiosa, con más jactancia que humildad, entre los profesores a quienes se quiso destruir con el nombre de testos vivos. Y tampoco está fuera de lugar la alusión al doctor Cazalla, cuando esa misma gente se regocija al pensar en el *quemadero*⁸.

9. No acaba aquí el reconocimiento de las deudas con la universidad salmantina por parte de los liberales. El testimonio corresponde al joven rector Unamuno que hizo propaganda de aquel movimiento por primera vez delante de Alfonso XIII con motivo de la ascensión al trono en mayo de 1902: “*El reflejo del movimiento filosófico francés provocó cierto esplendor de nuestra Escuela a fines del siglo XVIII. De nuestros claustros salieron, señor buena parte de los nobles patricios que asentaron en las Cortes de Cádiz los fundamentos de la España moderna*”. Puesto que presentó la universidad como foco del liberalismo y del enciclopedismo afrancesado, cabe sospechar que leyó en positivo la *Historia de los heterodoxos*,

⁷ Este valioso documento sería objeto de publicación en la *Revista Contemporánea Salmantina* en los cuatro primeros números que van de diciembre de 1864 a mediados de febrero del año siguiente es decir, se exhuma en un momento en que se está produciendo el enfrentamiento entre el liberalismo progresista y los católicos más conservadores por el tema de la enseñanza universitaria. *Revista Contemporánea Salmantina*, nº 1, pp. 49-64 (24-XII-1864); nº 2, pp. 49-64 (15-I-1865); nº 3, pp. 49-64 (31-I-1865); nº 4, pp. 33-42 (15-II-1865). Años más tarde se volvió a publicar tal informe por A. Vidal (*Memoria histórica de la Universidad de Salamanca*) a partir del texto de la citada revista. Una reproducción parcial en R. Robledo, “Reformadores y reaccionarios en la Universidad de Salamanca a finales del siglo XVIII, algunos testimonios”, *Estudi General*, 21, Miscel.lània d’Homenatge a Modest Prats, Tomo I. Universidad de Girona (2001), pp. 283-305. Se encuentra íntegro en J.P. Forner, *Discurso sobre el modo de escribir y mejorar la Historia de España*. Edición, prólogo y notas de F. López, Barcelona, Labor, 1973.

⁸ Citado en R. Robledo, “La Universidad de Salamanca en la crisis del Antiguo Régimen: textos olvidados de Álvaro Gil”, *Miscelania Alfonso IX*, Centro de Historia Universitaria, Universidad de Salamanca 2000, p. 96.

haciendo de esta nueva ortodoxia unas señas de identidad del Estudio salmantino; tal reivindicación la repetiría en varios momentos de su vida,

a fines del siglo XVIII y principios del XIX, cuando se educó aquí el general Belgrano, era esta Universidad un foco de enciclopedistas y afrancesados. Aquí profesaba entonces un don Toribio Núñez, asiduo corresponsal de Bentham, que en alguna de sus cartas deseaba para Oxford la libertad de espíritu que aquí entonces reinaba⁹.

10. En suma, la universidad salmantina en el cruce de los siglos XVIII-XIX significaba para liberales ilustres un eslabón en su historia ideológica lo suficientemente importante como para recurrir a él en defensa de una enseñanza laica contra el acoso de los neocatólicos o para reafirmar el compromiso con la libertad política y la promoción de la enseñanza pública como hizo Unamuno en Madrid delante del monarca.

II. CAMBIOS DE UNA INSTITUCIÓN, EN UNA “TIERRA ÁRIDA Y MISERABLE”¹⁰

11. La reivindicación de los liberales se basaba en gran medida en el papel desempeñado por la universidad salmantina en la difusión de los nuevos saberes que configuran lo que genéricamente entendemos como pensamiento moderno, tales como la independencia de la filosofía respecto a la teología, la difusión del derecho natural, las preferencias por la economía política frente al derecho romano o la extensión de las matemáticas en perjuicio de los almanaques. Tampoco conviene despreciar los viejos estudios clásicos, pues en torno a la docencia del P. Zamora (o de la influencia de Cadalso) se articuló una minoría prestigiosa de humanistas (Flórez Canseco, Meléndez, Tavira, Estala, Marchena, Forner...) que por su trayectoria biográfica demostrarían la falsedad de la tesis de que los humanistas fueran complacientes con el absolutismo y se opusieran a la implantación de las reformas¹¹; los nombres citados, más bien justifican lo contrario.
12. El Cuadro 1 da cuenta de la intervención de un grupo de hombres excepcional, que fue capaz de superar, con éxito desigual, los obstáculos que entorpecían la implantación de estos nuevos saberes.
13. El camino tuvo de todo menos de ascenso lineal, como testimonia la denuncia y condena inquisitorial contra Ramón de Salas (y otras condenas y retrocesos), hechos que plantean la duda de si no estaremos

⁹ El texto que cito es de abril de 1914, y como el anterior proceden de L. Egido, *Salamanca la gran metáfora de Unamuno*. Salamanca, Ediciones Universidad, p. 67-68.

¹⁰ “Yo estoy condenado a una tierra árida y miserable, donde no se ven sino campos, llanadas y lugares casi destruidos, y paisanos abatidos y necesitados (...). Casi todas nuestras provincias han adelantado; esta sola yace en un letargo profundo sin dar un paso hacia su felicidad”, Meléndez Valdés, Carta a Jovellanos, 6 de abril de 1782, en *Obras Completas*, Madrid, Cátedra, 2004, pág. 1211. (Edición, introducción, glosario y notas de A. Astorgano).

¹¹ La tesis es criticada en A. Mestre, *Humanismo, políticos e ilustrados*, Universidad de Alicante, 2002, pág. 210, 218, 278-279.

sobrevalorando con algunas citas interesadas lo ocurrido a fines del XVIII. No obstante, como demuestran los historiadores de la universidad, es difícil menoscabar los progresos que desde la década de 1780 se estaban produciendo en la universidad de Salamanca, especialmente a partir del rectorado de Muñoz Torrero. Por otra parte, no creo que el *tempo* político sea el único indicador para medir avances o retrocesos como si la caída de un ministro llámese Aranda o Jovellanos, o el ascenso de otro (Caballero) constituya suficiente motivo para clasificar ideológicamente determinado periodo. Puede avanzarse que resulta más fácil constatar las realizaciones al final de un trayecto situado en torno a 1808 ó 1820 que explicar los mecanismos del cambio. ¿Puede ayudarnos recurrir sin más a los análisis de R. Chartier valorando la función desempeñada por los libros, la cultura, los clubs en la generación de una nueva realidad conceptual y social?¹².

14. El caso que nos ocupa es forzosamente distinto. Dos o tres pinceladas nos situarán en el contexto de Salamanca y su universidad a fines del siglo XVIII. Para empezar, la ciudad que visitaron A. Ponz o Jovellanos hacia 1790 estaría en torno a los 19.000 habitantes con una tendencia a la baja de modo que el nivel conseguido en el Censo de Floridablanca no se recuperaría hasta un siglo después en el Censo de 1887. En segundo lugar, era la ciudad de las veinticinco parroquias, los veinticinco conventos de frailes y doce de monjas, aparte de otras instituciones como los colegios mayores y menores, los cuatro militares, etc. Debe destacarse la representación que alcanzaba la población de las comunidades religiosas, unas 1.350 personas, incluyendo legos y criados. Si a esa cifra que ya iba en descenso, añadimos la de los eclesiásticos seculares y la relacionamos con la población mayor de 16 años, nos da una representación de la Iglesia, en la capital, del 13% hacia 1787 ¹³. En tercer lugar, a diferencia de lo conseguido en Ciudad Rodrigo, en Salamanca no existía ninguna Sociedad Económica de Amigos del País, ni centros culturales distintos a los tutelados por la Universidad tales como las Escuelas de la Junta de Comercio o las Academias de Barcelona, o de algún otro lugar. Podría añadirse, como le había escrito Meléndez a Jovellanos, que Salamanca era “una tierra árida y miserable” y esto “debilita el ingenio [y] resfría el talento de las invenciones”.

15. Se podrá discutir si la Salamanca de la segunda mitad del siglo XIX o de principios del siglo XX era o no ciudad levítica, pero qué duda cabe de que respondía cabalmente a tal denominación en el periodo al que nos estamos refiriendo. Eso quiere decir que el tejido social para la disidencia era tan limitado que la posibilidad de culturas alternativas dependía sólo de los espacios de libertad que se pudieran conseguir en una Universidad que no ocultaba su título de Pontificia. De ahí que la contestación a la pregunta de

¹² R. Chartier, *Espacio público, crítica y desacralización en el siglo XVIII. Los orígenes culturales de la Revolución francesa*. Barcelona, Gedisa, 1985. El concepto de “sociabilidad democrática” y otros aspectos son puestos en cuestión, aunque sea de pasada, por C. Morange, “Opinión pública: cara y cruz del concepto en el primer liberalismo español”, en J. F. Fuentes y Ll. Roura (eds.), *Sociabilidad y liberalismo en la España del siglo XIX. Homenaje a Alberto Gil Novales*, Lleida, Milenio 2001, pág. 123.

¹³ Para un mayor detalle, R. Robledo, “La crisis del Antiguo Régimen”, R. Robledo coord. *Historia de Salamanca. Siglo Diecinueve*. Salamanca, Centro de Estudios Salmantinos.

cómo pudieron generarse las condiciones para el cambio resulte extremadamente difícil. En principio, como es sabido, el aliento reformista de Campomanes favoreció que se removieran cimientos seculares, aunque sólo fuera porque la política regalista cuestionó la permanencia de los Colegios Mayores que controlaban el acceso a las cátedras. La decadencia de la enseñanza de las distintas materias ayudó también a que se plantearan reformas en los planes de estudio.

16. En efecto, el grado de desprestigio, y de inadecuación de la enseñanza universitaria a la realidad de la época había llegado a tales niveles que no resultaba difícil ver con buenos ojos la reforma de la institución. Se han convertido en relatos famosos de la literatura española las descripciones, casi parodias, de Torres Villarroel o de Cadalso¹⁴, pero incluso Pérez Bayer rozó la sátira cuando escribió “Yo ... puedo asegurar que a ninguno [de los Catedráticos que tuve en dichos años] oí jamás palabra alguna de facultad ni que oliese a Magisterio o enseñanza Memorial ..., ni aun citar en la conversación un texto de derecho civil o canónico y que todos, a lo que parecía, tenían aprendida una misma canción para despedirse a sus oyentes, esto es: *Vuelvan Vds. por acá, o ya se juntarán vds. más, como dando a entender que cuando hubiese mayor número explicarían sus lecciones* ¹⁵. Ni que decir tiene que los autores que acabo de nombrar, como otros que se pudieran citar, lo que censuraban no era un ente abstracto, era la universidad de Salamanca. Desde la misma institución surgieron las voces reformistas, como se advierte en el plan Tavira de 1767¹⁶, y en la *Representación* dirigida a Campomanes al año siguiente, firmada también por Tavira y otros dos profesores, en la que se concluía: “suplicamos que para nuestra reforma olvide V.S.I. su innata benignidad, tratándonos con sumo rigor, pues está ya tan apoderado el mal, que se burlará de toda suave providencia”¹⁷.

17. Es comprensible, pues, que los ilustrados se sintieran respaldados por una amplia corriente de opinión para acometer reformas en la universidad igual que lo pretendían con las leyes agrarias. De hecho, hay autores, como Jovellanos, que expusieron en el mismo escrito ambos males¹⁸. Realizada

¹⁴ J. Cadalso, *Cartas marruecas*. Ed. e intr. de Joaquín Marco, Barcelona, Planeta, 1992, sobre todo, carta VI, pp. 20-23, y carta LXXVIII, pp. 160-164.

¹⁵ *Por la libertad de la literatura española. Memorial* ...citado en D. Simón Rey, *Las facultades de Artes y Teología de la Universidad de Salamanca en el s iglo XVIII*. Salamanca, Ed. Universidad, 1981, p. 109.

¹⁶ “Plan que para la reforma de la Universidad de Salamanca escribió el doctor Tavira...” en J. Saugnieux, *La ilustración cristiana española. Escritos de Antonio Tavira (1737-1807)*. Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca-Centro de Estudios del siglo XVIII (Universidad de Oviedo), 1986, pág. 109-122. Se detallan treinta causas que han provocado la corrupción de la enseñanza universitaria, por ejemplo, “No es la filosofía de Aristóteles la que tiraniza la universidad sino la de los que se llaman comentadores suyos sin haber leído alguna de sus obras” (pág. 120); echa en falta la cátedra de derecho natural, duda de la oportunidad del latín y aconseja seguir a Newton, entre otras cosas.

¹⁷ Representación del 29 de marzo de 1768, en Saugnieux, *La ilustración cristiana española...*, pág. 122.

¹⁸ Así, después de referirse en el *Informe sobre la Ley Agraria* a los abusos de la Mesta y de las manos muertas, el asturiano enfocó con ojo crítico los institutos superiores en la enumeración de obstáculos morales o derivados de la opinión: “Mientras [las universidades]

la expulsión de los jesuitas, Campomanes –con la colaboración de Roda– estaba decidido a acometer una reforma de la enseñanza que comprendía eliminar el poder de los colegiales y la reforma de los planes de estudio¹⁹. Contaba, aparte del Plan Tavira, con los informes, de Olavide o Mayans. Las líneas generales de la reforma de 1771 han sido expuestas varias veces igual que las resistencias encontradas en el Estudio salmantino para apartarse del sistema de Peripato: Descartes, Hobbes o Locke no eran de fiar²⁰. Una manifestación más de “la extravagancia de la primera Universidad del Reyno”, como apuntó Sempere.

18. Nada de filosofía moderna, nada de derecho natural (pues a diferencia de otras universidades no lo integró en sus estudios...) y ausencia de experimentalidad en las enseñanzas científicas; aunque se reconocieran algunos avances²¹, el estudio salmantino simbolizaba en 1771 la resistencia a la reforma, en la línea de uno de su más ilustres “teologos”, el P. Ribera encargado de dictaminar en contra de cualquier novedad que planteara cualquier institución educativa²². Éste es un punto de partida a tener en cuenta: si Tavira recomendaba a Newton, el plan de 1771 seguía aconsejando manuales aristotélicos del siglo XVII como el libro de Goudin, “[por]que es conciso y tiene buen latín”.

19. Transcurridas tres décadas, el panorama había cambiado de forma notable, hasta el punto de ser la Universidad de Salamanca referente de la renovación en España; el movimiento reformador en los estudios de medicina se concretó en el Plan de 1804 donde se concedía gran importancia a las ciencias básicas (matemáticas, química, física...), se establecía un método científico docente (la práctica clínica) y se introducía

sean lo que son y lo que han sido hasta aquí; mientras estén dominadas por el espíritu escolástico, jamás padecerán en ellas las ciencias experimentales”. Y no escatimará críticas a la promoción de enseñanzas “inútiles” o “dañosas” mientras se olvidaban las “ciencias útiles”, reproches del mismo estilo que por cierto pueden encontrarse en A. Smith.

¹⁹ La bibliografía es muy amplia, como puede apreciarse en los libros citados en las notas 6, 20, 23 y otras; consúltese no obstante, Mariano y José Luis Peset, “Poder y reformas de la Universidad de Salamanca en tiempos de Carlos III”. *Historia y Universidad. Homenaje a Lorenzo Mario Luna*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pág. 457-480.

²⁰ Addy, *The Enlightenment*, pp. 76-83, la cita del Plan en p. 252. Se daba noticia de Hobbes que “es muy conciso “ y de Locke que “sobre ser es muy oscuro, se debe leer con mucha cautela; y es justo que no demos este trabajo a los Jóvenes y los libertemos de los daños que podían padecer en su Doctrina”, (pág. 255). Cuando llegan Puchocio, Malebranche... “son muy cartesianos, por cuyo sólo título los excluimos como no útiles para estas Aulas”. Se hace eco Sempere en *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del Reinado de Carlos III*. Madrid, Imprenta Real, Tomo III, p. 209. Cfr. también Concepción de Castro, Campomanes, *Estado y reformismo ilustrado*. Madrid, Alianza, 1996, pág. 323-348.

²¹ En física, a la hora de hacer elección, se señala a Musschenbroek, si bien advierte “que no se puede entender sin estudiar antes la Geometría”. Addy, *The Enlightenment* ...pág. 255,319. Moreno González, “La física moderna”, J.L., Peset, Dir. *Historia de la ciencia y de la técnica en la Corona de Castilla. Siglo XVIII*, Tomo IV. Junta de Castilla y León 2002. pp. 347-401.

²² El justo temor de los reaccionarios por “la arrogancia de los filósofos”, lo anticipa el P. Ribera antes de 1760; los sucesivos Dictámenes de este fraile trinitario, siempre a favor del latín, y opuesto a la fundación de la Academia de Matemáticas o la Academia del Buen Gusto en Zaragoza...en Sempere, *Ensayo de una biblioteca española...*

la enseñanza práctica (laboratorio, teatro anatómico, jardín botánico...)²³. Estos avances se trasladaban al Plan Caballero de 1807 -primer plan impuesto a todas las universidades desde la de Salamanca- donde se daba cuenta de la renovación epistemológica en otras materias (que en parte sancionaba la nueva reenumeración de las cátedras): la filosofía, la metafísica y lógica tradicionales desaparecían y eran sustituidas por una gramática y una lógica moderna, al modo como lo pretendían en sus obras Condillac y Destutt de Tracy, el derecho romano retrocedía en favor del derecho patrio y por primera vez en los planes de la Jurisprudencia se establece una cátedra de Economía Política, para cuyo estudio se recomienda a Adam Smith y J. B. Say²⁴. Pocos años después, en el Informe de 1814 presentado a las Cortes, los reformadores salmantinos, entre los que se encuentran Martel y T. Núñez, proclamaron

*Desde que Locke, Newton y Kant guiados por el análisis, la analogía, y la experiencia, han abierto un camino tan seguro, y dirigido con tanto acierto la marcha de las ciencias, sería una temeridad apartarse de sus guías, y salir de aquel sendero que el adelantamiento ulterior de los acontecimientos ha acreditado*²⁵.

20. Estos contrastes entre 1771-1807 necesitan matizarse para hacer comprensible la evolución producida en el seno de aquella venerable institución, “que no pasó de repente del más absoluto oscurantismo al más atrevido liberalismo”²⁶. Es indudable que abundaron las dosis de compromiso y no faltaron retrocesos, pero, por matizado que resulte, es innegable el predominio de las nuevas ideas a principios del siglo XIX, no sin graves conflictos, como los que acogieron todas las universidades europeas y que Kant expuso en su conocida publicación sobre la pugna de las facultades. En la imposición de tales ideas tuvo mucho que ver la enseñanza informal: tertulias y academias, libros y panfletos deben de haber tenido una importancia singular en la difusión de las nuevas ideas²⁷.

21. En el cuadro que viene a continuación figuran los protagonistas del cambio en la universidad salmantina a fines del siglo XVIII, distribuyendo su estancia por quinquenios. Sólo cuando he tenido certeza, he puesto entre paréntesis el año en el que el estudiante o el profesor llega a la Universidad o la abandona, por ejemplo, León de Arroyal 1773-1777, Quintana 1787-1790, Tavira 1798 hasta 1807, cuando muere; lo que indica que no necesariamente el estudiante o profesor permaneciera todo el quinquenio. Este cuadro se diferencia del publicado en 2003, por incluir a Munárriz como estudiante y rector (con lo cual acentuamos la importancia de este

²³ J. L. y M. Peset, *Carlos IV y la universidad de Salamanca*, Madrid, CSIC, 1983, pág. 246-257; 298. A. Álvarez de Morales, *La ilustración y la reforma de la Universidad en la España del siglo XVIII*. Madrid, Pegaso, 1985.

²⁴ El Plan se reproduce en Addy, *The Enlightenment*, pág. 233.

²⁵ *Informe de la Universidad de Salamanca sobre Plan de Estudios o sobre su Fundación, altura y decadencia, y sobre las mejoras de que es susceptible: con cuyo motivo presenta un proyecto de Ley sobre la Instrucción Pública*. Salamanca, Imp. D. Vicente Blanco, 1820, p. XXIII.

²⁶ Domínguez Ortiz, *Carlos III y la España de la Ilustración*, Alianza, 1989, pág. 201.

²⁷ R. Robledo, “Tradición e ilustración en la Universidad de Salamanca...”

liberal navarro), a Toribio Núñez, como profesor sustituto de Meléndez en la cátedra de Prima de Humanidades en 1788-89, seguramente por su condición de bachiller de artes, al mismo tiempo que era estudiante en Cánones y Leyes²⁸, y por incorporar a Diego González Alonso matriculado en 1797²⁹.

22. Se puede hacer una lectura en horizontal para comprobar el efecto multiplicador de la influencia de un grupo importante de estudiantes, algunos de los cuales en el transcurso del mismo quinquenio pasan de estudiantes a profesores o incluso a rector, en el periodo en que este cargo era ocupado por un estudiante, y cómo se complementa con la influencia de otras instancias como el Convento de San Agustín, Seminario de San Carlos u obispado, donde se sitúan los focos de la corriente jansenista. Cabe también efectuar una lectura vertical para intuir cómo se fueron acumulando las capas de una corriente renovadora de 1770 en adelante.

²⁸ Información que debo a A. Astorgano.

²⁹ Una amplia reseña de este personaje la efectuó M. González de Molina en A. Gil Novales, *Diccionario biográfico del trienio Liberal*. Madrid, El Museo Universal, 2001, pág. 294-297. Habría que añadir, según su testimonio, que fue regidor del ayuntamiento de Salamanca y encarcelado por Marmont. Fue juez de Toro en 1820-21.

Cuadro 1. Renovadores en Salamanca, 1770-1804

Periodo	Estudiantes	Profesores	Rectores	Otros
1770-1774	J.P. Forner (1771), Ramón de Caseda (1772), Meléndez Valdés (1772), Iglesias de la Casa, León Arroyal (1773), J.A. Melón (1772), R. Salas (1773), J. J. García, Mintegui, M. Martel (1772), López Altamirano (1771), Munárriz	Fr. Diego González ("Delio"), Lector Teología Fr. B. A. Zamora, Tavira	Munárriz (1771-1772)	Bertrán, obispo, visitador Colegios Mayores. Estancia de Cadalso en Salamanca (1773-74). P. Centeno, Fdez. Rojas, A. Corral en el convento de san Agustín Bibliotecario Universidad, Ortiz de la Peña (1772)
1775-1779	J.P. Forner (1777), Ramón de Caseda (1777), Meléndez Valdés, León Arroyal (1777), J. A. Melón, J. Picornell, R. Salas, Muñoz Torrero (1776), J. J. García, Mintegui, M. Martel, López Altamirano	Fr. B. A. Zamora, Fr. A. Alba, Meléndez Valdés (1778), R. Salas	R. de Salas (1778-79)	Bertrán, obispo. León Arroyal, presenta <i>Diario Literario de Salamanca</i> Fr. D. T. González "Delio", prior del Convento San Agustín Bibliotecario Universidad, Ortiz de la Peña (1777)
1780-1784	M. Torrero, Sánchez Barbero (1783), N. Alvarez Cienfuegos, J.A. Melón, M.L. Urquijo, J. Mintegui, T. Núñez (1780), M. Martel, J.L. Munárriz, Manuel M. Luján, Juan M ^a Herrera	Fr. B. A. Zamora, Fr. A. Alba, Meléndez Valdés, R. Salas, J. M. Recacho, Glez. Candamo	López Altamirano (1779-82)	Bertrán, obispo (1783), J. A. Melón, vicerrector Seminario San Carlos, Lorenzo Villanueva, P. Estala, catedrático del Seminario San Carlos
1785-1789	T. Núñez, Sánchez Barbero, M.J. Urquijo, Belgrano (1786), J. Marchena (1787), Quintana (1787), J. Mintegui, J.L. Munárriz, Manuel M. Luján, Juan M ^a Herrera	Fr. A. Alba, Muñoz Torrero, Meléndez Valdés, R. Salas, J. M. Recacho, Glez. Candamo, J.L. Munárriz, T. Núñez (1788-89)	Muñoz Torrero (1787-89)	
1790-1794	T. Núñez, J.N. Gallego (1790), B.J. Gallardo (1791), Quintana (1790), Somoza, S. Miñano (1794), Juan M ^a Herrera	Fr. A. Alba, J.J. García, T. Núñez, R. Salas, J. Mintegui, J. M. Recacho, Glez. Candamo, M. Martel, Munárriz	Gorodogoicoa (1792-94)	Librería de J. Alegría, especializada en fondos franceses; Visitas de Jovellanos (1790- 91); Fdez. Rojas, prior de San Agustín; se publica el <i>Semanario Curioso y Erudito de Salamanca</i> (S.E.C.S.)
1795-1799	J. Somoza (1795), J.N. Gallego, B.J. Gallardo (1797); D. González Alonso (1797)	Fr. A. Alba, J.J. García, T. Núñez, M. Martel, J. Mintegui, J. M. Recacho, Glez. Candamo, F. Cantero, Munárriz	Gorodogoicoa (1796-98)	Cátedra de R. Salas, vacante(1797) Se publica el S.E.C.S. Tavira, obispo (1798) Juan M. de Herrera, bibliotecario Colegio Mayor
1800-1804	B.J. Gallardo (1800); D. González Alonso	Fr. A. Alba, J.J. García, M.	Ortiz Ruifranco	Tavira, obispo (1807); B.J. Gallardo, empleado

		Martel, J. F. Cantero, Mintegui G. Cándamo? Recacho	s (1802-3)	Ayuntamiento, publica el "Soplón"; P. Centeno en Convento San Agustín, Juan M. de Herrera, bibliotecario
--	--	---	------------	---

III. HISTORICIDAD Y UTILIDAD DE LAS LEYES FRENTE A LA ENSEÑANZA TRADICIONAL.

23. Si hubiera que destacar las principales aportaciones que fueron construyendo el pensamiento moderno, además de los avances citados en el plan de medicina, habría que referirse al derecho natural, la economía política, la filosofía moderna y a las matemáticas.

24. La implantación del derecho natural en las universidades españolas se convirtió en prueba de la fortaleza del racionalismo ilustrado al situar éste la razón como fundamento de las normas jurídicas y de las concepciones del Estado. No es de extrañar por eso la alegría de los reaccionarios cuando por Real Carta Orden del Consejo de 12 de agosto de 1794 se mandó suprimir su enseñanza lo mismo en universidades que en seminarios³⁰. Todavía en 1812 se esperaba que el Rey diera órdenes para el "asalto general a las Bibliotecas públicas y privadas y arrancar de allí a los Grocio, los Puffendor..."³¹.

25. No estaba la Universidad de Salamanca entre las que habían implantado las enseñanzas de derecho natural, si bien su defensa la venía haciendo Meléndez Valdés desde 1783 "para el conocimiento verdaderamente científico de las Leyes Civiles"³², siendo precisamente encargado por el Consejo de Castilla de elaborar el Informe a principios de 1789. Oficialmente estaba prohibido desde el verano de 1794, pero eso no excluye que sus principios pudieran seguir explicándose en otras asignaturas, por ejemplo, en Filosofía Moral, como se deduce de la defensa que tuvo que hacer M. Martel cuando le acusaron de explicar en su cátedra los *Elementos de Filosofía Racional* de Heinecio. De hecho, se puede demostrar, que en la preparación del Plan de 1807, para evitar problemas con la Inquisición no se dice nada de algo que se está explicando con otro nombre³³.

³⁰ Cuando se prohibió el derecho natural, la reacción del Obispo Menéndez de Luarca, fue: "¡Las cátedras de pestilencia se abolieron; Los estudios en que se corrompían y hacían abominables los jóvenes y los viejos...", cita en M. Peset, Pilar García, *Cuadernos del Instituto A. de Nebrija*, nº 1 (1998). Para este asunto, Antonio Álvarez de Morales, "La difusión del derecho natural y de gentes europeo". *Doctores y Escolares*, Vol. I. y M Martínez Neira, "¿Una supresión ficticia? Notas sobre la enseñanza del derecho en el reinado de Carlos IV?". *Anuario de Historia del Derecho Español*, (1998), Tomo LXVIII, pp. 523-544.

³¹ Citado en S. M. Coronas, "Jovellanos ente el plan de estudios ovetense", *Doctores y Escolares*, Vol. I. Universidad de Valencia, p. 95.

³² E. Alarcos, "Meléndez Valdés en la Universidad de Salamanca", *Boletín de la Real Academia Española*, (1926) pp. 49-75; 144-177; 364-370. G. Demerson, *Meléndez Valdés y su tiempo (1754-1817)*. Madrid, Taurus, 1971.

³³ "Que no se trate acerca de la enseñanza de derecho natural, y que den las nociones necesarias para la Jurisprudencia en el curso de Filosofía Moral, poniendo un autor acomodado

26. Cuesta presentar como avance las reticencias de los juristas por una disciplina que no llegó a implantarse. Lo que se debe valorar muy positivamente es el esfuerzo en la adquisición y difusión de los libros más representativos del iusnaturalismo (cuya lectura devoró en Salamanca, por ejemplo, Marchena³⁴) y el clima de opinión creado con los debates provocados por la insatisfacción de las enseñanzas de derecho³⁵. Como expuso Meléndez Valdés
27. *Un teólogo, un legista, un canonista de nuestras escuelas puesto repentinamente en medio de la sociedad, es hoy un hombre nuevo y casi inútil, porque ha empleado el tiempo en estudiar especulaciones o cosas generales, que o nada o muy poco le pueden ya servir, y se halla vacío de todo aquello que a cada paso le piden y que tal vez ni aun sabe donde debe buscarlo*³⁶.
28. Aún fue más contundente Ramón de Salas cuando tuvo que defenderse de los ataques del catedrático de Prima y censor regio Fernández Ocampo por su planteamiento de la Academia Práctica de Derecho
29. *¿No es un objeto digno de la maior lastima un Joven, que há gastado lo mejor de su vida en las Escuelas solo en averiguar, que quisieron decir Ulpiano, y Pomponio en un fragmento mutilado de sus libros? ¿No es forzoso tener del todo trastornado el juicio para juzgar sabio a un Doctor, solamente porque há podido depositar en su memoria quatro textos, ó porque tiene valor, y pulmones para gritar sobre qualquiera cosa dos horas de seguido en forma silogistica. Yo no lo puedo remediar: jamas merecerán mi respeto otros hombres, que aquellos de cuios estudios, y desvelos pueda seguirse algun bien a sus semejantes*³⁷.
30. En términos económicos, podría decirse por tanto que lo que plantearon estos personajes, fue el argumento del coste creciente de oportunidad. Dados los cambios socio-económicos que estaban teniendo lugar a fines del siglo XVIII, cada vez era más costoso dedicarse a estudiar el derecho tradicional: ocupaba tanto tiempo el derecho romano o resultaban tan inútiles los cánones que no quedaba tiempo para el estudio de las leyes naturales o la economía civil, convirtiendo al estudiante en un depósito de saberes inútiles. Era preciso abrir la facultad de leyes a otros conocimientos, como expuso Meléndez cuando la Universidad de Valladolid reclamó la enseñanza del derecho natural; entonces planteó un programa de reforma que hoy se ve reflejado en más de un plan de estudios

(...) insinuando a S. M. que por la prohibición del estudio del derecho natural, no se habla de él". Junta Facultad Leyes, Archivo Universitario de Salamanca (AUS), Leg. 258, fol 21.

³⁴ Grotius, Puffendor y Heineccius... autores que luego desdeñaría, J.F. Fuentes, *José Marchena. Biografía política e intelectual*. Barcelona, Crítica, 1998, p.45.

³⁵ Además del libro de S. Rodríguez, diversos aspectos relacionados con la compra de libros y otras actuaciones del grupo reformador se comentan en M. A. Perfecto García, y J. García Martín, "Los reformadores de la Universidad de Salamanca en la transición al liberalismo", *Salamanca Revista de Estudios*, (1992) nº 39. También, Santos M. Coronas, "Jovellanos y el grupo de legistas-poetas de la Universidad de Salamanca". S. De Dios, J. Infante, y E. Torijano, eds. *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX)*. En memoria de Francisco Tomás y Valiente. Salamanca, Ed. Universidad, 2004, pág. 596.

³⁶ Alarcos, *Meléndez Valdés*, p. 175.

³⁷ AUS, Libro de Claustros, 22 de junio de 1787.

La Facultad de Leyes debiera ordenarse dando mucho al Derecho natural y de gentes, como fuente y raíz de toda buena legislación; algo a las Leyes Romanas, siquiera sea por su venerable antigüedad; mucho más a las nuestras, como norma y pauta de nuestras actuaciones y juicios, y mucho también a nuestro Derecho Público y a las ciencias económicas, que tanto contribuyen a fomentar y promover la Felicidad común”³⁸.

31. Para estas fechas, la economía política ocupaba un lugar relevante, si no en las cátedras, sí en la *Real Academia de leyes y de la de Economía Política de la Universidad de Salamanca*. Lograr esto había sido todo menos fácil, y a la postre el éxito fue de escasa duración. En efecto, si el 24 octubre de 1784 tenía lugar la primera experiencia de difusión de los conocimientos económicos de España, con la inauguración de la Cátedra de Economía Civil y Comercio³⁹, un año después se proponía en el claustro salmantino la creación de una Academia que daría cobijo a la enseñanza de la economía por parte de Ramón de Salas. Resulta fácil suponer que Salas, natural de Belchite, estuviera al tanto de la creación de aquella cátedra en la Sociedad Económica Aragonesa⁴⁰.

32. La oposición desatada por Fernández Ocampo, un contencioso en el que se mezclaron enemistades personales y discrepancias ideológicas⁴¹ retrasó el inicio de la Academia hasta el curso de 1788-89. El reto no dejaba de tener algo de provocativo para la enseñanza tradicional,

33. *Desengañémonos, Señores, este no es el camino para llegar a merecer el agradecimiento, y aplauso de nuestra Nación y la estimacion de las estrañas: mientras miremos con desprecio todo lo que no es Jurisprudencia, ó Theologia, y creamos envilecernos si nos acercamos al mostrador del Comerciante, a los obradores del industrioso Artesano, y a las oficinas rusticas del aplicado Labrador no sacudiremos de nosotros el oprobio de que estamos cubiertos por nuestra desgracia: seremos siempre, como hoy lo somos el juguete, y entretenimiento de nuestros Satyricos, y haremos un papel el mas vergonzoso, y ridiculo en la España literaria. ¿No nos quejamos, acaso con justicia, de los que nos han tomado por motivo de su risa?*⁴².

34. Cuando se presentaron en febrero de 1786 los *Planes y Constituciones de*

³⁸ AUS, Libro de Claustros, Informe a la Universidad de Salamanca que leyó Meléndez Valdés en el claustro del 16 de enero de 1789.

³⁹ A. Sánchez Hormigo, J. L. Malo Guillén, y L. Blanco Domingo, *La cátedra de Economía Civil y Comercio de la Real Sociedad Aragonesa de Amigos del País (1784-1846)*. Zaragoza, Ibercaja - R.S. Aragonesa de Amigos del País, 2003.

⁴⁰ La bibliografía sobre Ramón de Salas es relativamente amplia; a veces se han colado diversos errores y erratas y apenas se sabe algo después de 1821-22. Para el tema de la economía, el estudio de referencia es el de D. Mateo del Peral, “Sobre Ramón de Salas y la incorporación de la ‘Economía civil’ a la enseñanza universitaria”, *Investigaciones Económicas* (1978). nº 6. De forma más general, Sandalio Rodríguez Domínguez, *Renacimiento universitario salmantino. Ideología liberal del Dr. Ramón de Salas y Cortés*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1979. Preparo una pequeña monografía sobre la Academia de Economía Política.

⁴¹ La nueva edición de las *Obras Completas* de Meléndez Valdés (Madrid, Cátedra, 2004) aporta en la introducción y en notas de A. Astorgano diversas referencias.

⁴² El texto pertenece a la defensa que hace Ramón de Salas ante los ataques recibidos de F. de Ocampo, AUS, Libros de Claustros, 22 de junio 1787. El texto que transcribo, manteniendo la grafía original, no coincide con el de S. Rodríguez, *Renacimiento*, p. 134.

una Academia de Derecho español y Práctica forense, Salas planteó que “todo lo perteneciente á Policía, Industria, Agricultura y Comercio en una palabra todos los Tratados de Economía Política, son acreedores a nuestra atención”, precisando que los conocimientos, que los Jueces y Políticos necesitaban en estos ramos, no se podían adquirir por la sola lectura de la recopilación. La orientación que proponía en los ejercicios de la Academia seguía los dictados del “mercantilismo liberal”, como ha definido Llombart el programa político-económico de Campomanes. En este sentido aconsejaba Salas

35. *puede tratarse en una disertación la causa porque hoy están en tan deplorable estado, en Sevilla y Granada, las manufacturas de seda, que en otro tiempo florecieron tanto, y por qué medios podrían restablecerse; si el sistema de agricultura en el campo de Salamanca está errado, y cómo podría rectificarse; si en la América convendría entablar comercio con los Yndios Brabos y Provincias Asiáticas, de qué géneros, y de qué modo debería hacerse*⁴³

36. Por los Libros de Actas de la Academia sabemos que las *Lecciones de Comercio* de Genovesi constituían el libro de texto. Las ventajas de la difusión de las enseñanzas de Genovesi (Genuense) es que se adecuaban mejor que las de los fisiócratas al programa ilustrado español; por si fuera poco, sus traductores españoles además de pulir las aristas más puntiagudas de Genovesi sobre cuestiones políticas y religiosas, realizaron un concienzudo trabajo para acomodar su trabajo a la realidad española para hacerla compatible con la España de Carlos III y Campomanes⁴⁴, lo que no evitó la delación ante la Inquisición en 1788, por aspectos relacionados con la usura⁴⁵.

37. Peor suerte le correspondió a Ramón de Salas, que desde hacía dos o tres años estaba siendo vigilado por la Inquisición; en febrero de 1793 fue criticado duramente en el Claustro por enseñar una materia que se juzgaba poco conveniente para la instrucción de los jóvenes españoles; era preferible "otra enseñanza que no tenga este riesgo y de que se pueda esperar alguna utilidad". Las *Lecciones de Genovesi* que se enseñaban en aquella Academia se consideraban no sólo inconvenientes sino también poco novedosas frente al "sublime monumento" del Derecho Romano según expuso su contrincante José de Pando.

38. Como es comprensible, estas prevenciones respecto a la economía política no permiten exagerar el carácter revolucionario de su enseñanza en la sociedad de fines del Antiguo Régimen, y de ello dan fe las invitaciones a la Nobleza y Clero efectuadas por el titular de la primera Cátedra de Economía

⁴³ AUS, Libro de Claustros, 25 de febrero 1786.

⁴⁴ Para todo esto me baso en Jesús Astigarraga, "The Light and Shade of Italian Economic Thought in Spain (1750-1850)", P.F. Asso (ed) *The International Spread of Italian Economic Thought, 1750-1950*. Firenze, Polistampa, 2001; "Diálogo económico en la 'otra' Europa. Las traducciones españolas de los economistas de la Ilustración napolitana (A. Genovesi, F. Galiani y G. Filangieri)". *Cromohs*, Vol. 9, p. 239 (2004), pp. 14-15.

⁴⁵ Paz y Méliá, *Papeles de Inquisición. Catálogo y extractos*. Madrid, Patronato A.H.N. (2ª ed.). Madrid, 1947, p. 372.

en España⁴⁶. Sin embargo, la fuerza que seguían teniendo teólogos y canonistas y el cambio de coyuntura política hicieron de la enseñanza de la economía un argumento más para forzar la prisión inquisitorial de Salas. Son suficientemente conocidos los acontecimientos que llevaron al procesamiento de Salas como a la ocupación de su cátedra de Instituciones Civiles a principios de 1798 por uno de sus delatores, José de Pando. Es menos conocido el detalle de que este sujeto, cuando tuvo que opositar a la Cátedra de Volumen en 1806, alegó como mérito haber impedido las enseñanzas de Genovesi, que había ocupado la cátedra de economía política, la primera del mundo, en Nápoles⁴⁷.

39. En lo relativo a la filosofía, pese a la hostilidad de los reaccionarios, consiguió salir del estatus de inferioridad al que estaba obligado por su condición de facultad menor (y no hay nada que mejor refleje la inferioridad en el reconocimiento social que la remuneración)⁴⁸; esta situación de inferioridad no era exclusiva de España. Hay más de un paralelismo entre los argumentos y las circunstancias de la situación prusiana y la española.

40. La reacción antiilustrada ocurrida a la muerte de Federico el Grande, acentuada por el pánico con motivo de la Revolución francesa facilitó el que libros como *La Religión en los límites de la razón* fuera juzgado severamente como impropio para un maestro de la juventud; en octubre de 1794 se le exigió una justificación por el abuso de su filosofía. Cuatro años después respondería con la publicación del *Conflicto de facultades*. Por encima de la filosofía, estaban las facultades superiores con fines como la bienaventuranza después de la muerte, garantizar la convivencia mediante leyes civiles y buscar la salud y longevidad. Pero los profesionales de las facultades superiores serían magos, argumentaba Kant, si no permitieran a la filosofía oponerse públicamente a ellos, no para destruir sus doctrinas

⁴⁶ “Ya no es pequeño el número de los Nobles que han instruido al pueblo de sus verdaderos intereses. Ya puede formarse un catálogo apreciable de los que han mejorado las máquinas agrarias, los prados artificiales (...) y se han ocupado en proporcionar salida ventajosa a los frutos de sus pueblos (...) Oh qué época tan feliz para España si toda su Noble Clase se aplicase a la meditación y ejercicio de las máximas político económicas (...) Entonces sí que levantarían los fundamentos sólidos de su propia Grandeza; pues como los Grandes tienen relación inevitable con los pequeños o con sus súbditos, era preciso que se aumentasen los intereses de aquellos al paso que floreciesen estos...”, Lorenzo Normante, *Proposiciones de Economía Civil y Comercio*, Ed. de A. Peiró, Zaragoza, Diput. General de Aragón, 1984, p. 19 (1ª edic. 1784).

⁴⁷ “Habiendo notado la distracción que acusaba en los Jóvenes el Estudio de Antonio Genovesi, y otros perjuicios, compuso un discurso que presentó al Claustro sobre los Estudios a que debían dedicarse los concursantes de dicha Academia (...) y mereció la aprobación del Claustro”. A.U.S. Proceso de Cátedras, Leg. 1.021, fol. 56.

⁴⁸ “La escala de valores retributiva premiaba la tradicional opción jurídica y el escolasticismo teológico”, pese a que la Facultad de Artes atraía al 35 % del alumnado frente al 54 % de Teología, Cánones y Leyes hacia 1750, casi el 70 % de las remuneraciones de las cátedras de propiedad iban para Cánones, Leyes y Teología, J.L. Polo, *La universidad salmantina del Antiguo Régimen, 1700-1750*. Salamanca, Universidad, 1995, 153. En la facultad de Artes, las cátedras eran de regencia y por tanto peor remuneradas; en la jerarquía social, -p. e. el indicador del arriendo de las casas- los de Artes eran los últimos, según Heredia. Las facultades de Medicina y Filosofía se convertirían en las más beneficiadas en la remuneración de los catedráticos propietarios en el plan de 1807.

sino para negar la fuerza mágica que el público les atribuye⁴⁹.

41. Un Kant septuagenario defendía otra organización de la Universidad que reparara el menoscabo de la facultad de filosofía: *“Hay que conceder a la comunidad científica otra Facultad, que sea independiente de los mandatos del gobierno con respecto a sus doctrinas y tenga la libertad, no de dar orden alguna, pero sí de juzgar todo cuanto tenga que ver con los intereses científicos, es decir con la verdad, terreno en el que la razón debe tener el derecho de expresarse públicamente, ya que sin ello la verdad nunca llegaría a manifestarse (en perjuicio del propio gobierno), dado que la razón es libre conforme a su naturaleza”*⁵⁰.
42. Argumentos por el estilo se habían escuchado en boca de Muñoz Torrero y otros profesores que lucharon por la igualdad de las ciencias a fines de la década de 1780⁵¹. En uno de tantos ataques dirigidos contra los “filósofos” se les acusó de haber propagado nada menos que cuatro males: no estudiar las lecciones de memoria, no hablar latín, aborrecer el silogismo y leer a Condillac⁵². La acusación, vista en plan positivo, quería decir dos cosas, una de índole metodológica y la otra epistemológica: la filosofía había cambiado radicalmente el método de análisis y se había abierto a las influencias del principal representante del sensualismo.
43. En lo que atañe a los métodos y concretamente al latín, recuérdese la multiplicidad de papeles implícitos en su enseñanza, como huella del Antiguo Régimen que era, y el divorcio ante las nuevas realidades sociales y científicas⁵³. La exigencia de la lengua castellana aparecía en el Plan de

⁴⁹ “¿Cómo podría, aún cuando hubiese vivido como un *desalmado*, procurarme a última hora un billete de ingreso al reino de los cielos?, cómo podría, aunque *no tuviese razón*, ganar mi proceso?; y ¿cómo podría aun cuando hubiese usado y abusado a mi antojo de mis fuerzas físicas, seguir estando sano y tener una larga vida?, I. Kant, *El conflicto de las Facultades*. Madrid, Alianza, 2003. p. 80. Edición e introducción de R. Aramayo, quien propone leer al mismo tiempo esta obra junto con *¿Qué es la ilustración?* (pág. 19).

⁵⁰ I. Kant, *El conflicto...* pág. 66.

⁵¹ Voto particular en Heredia, “Reivindicación de la filosofía en la Universidad de Salamanca...”, p. 823.

⁵² N. Cuesta, *El Maestro Juan Justo García* Salamanca, Universidad, 1974, pág. 411.

⁵³ El latín desempeñaba el papel de instrumento práctico para las profesiones cultas y la Iglesia, era parte distinguida pero subsidiaria de la cultura superior y funcionaba también como filtro a través del cual se permitía pasar a una pequeña minoría (incluido un pequeño número de pobres) a las universidades, R. Kagan, *Universidad y sociedad en la España Moderna*. Tecnos, Madrid 1981, p. 93. Ahora bien “cuando el latín y la latinidad son antes símbolos vacíos que instrumentos útiles para acceder al saber, cuando éste va por un lado y el latín y lo que significa van por otro”, entonces los cambios sociales acaban repercutiendo sobre la organización y la articulación del latín que no tiene más remedio que retroceder como lengua de cultura, mucho más cuando aparezca la idea de estado nación. José Carlos Fernández Corte, “La invención de la Historia de la Literatura Latina en España (y una breve reflexión sobre Europa). *Cuadernos de Filología Clásica. Estudios Latinos*, nº 1, (2004) pág. 99. Para el tema de los ilustrados y los estudios clásicos, A. Mestre, *Humanismo, políticos e ilustrados*, Universidad de Alicante, 2002, especialmente, pág. 177-204. Lo relacionado con la enseñanza de la física y castellanización en Moreno González, “Un obstáculo a remover: la Física en la Universidad”, M. Sellés, J.L. Peset, A. Lafuente, compiladores *Carlos III y la ciencia de la Ilustración*. Madrid, Alianza 1988, p. 167.

Tavira de 1767⁵⁴, y fue una constante preocupación de Meléndez, expuesta alguna vez vehementemente⁵⁵. En los argumentos que expuso Salas para la creación de la Academia práctica se muestra bien cómo iba corrigiéndose la asimetría entre el castellano y la lengua de los romanos

44. *No es menester advertir que todos los ejercicios Académicos se han de hacer en Castellano; ya (gracias a Dios) hemos vencido en Salamanca a la preocupación que en otros tiempos más infelices hacían creer que nadie podía ser sabio sino en latín; los Literatos de toda Europa nos han desengañado tratando en los idiomas vulgares de sus respectivos países todas las ciencias porque han pensado con razón que assi se hazen más comunes y familiares los conocimientos científicos á todo el cuerpo de una nación y porque éste es el mejor y acaso el único medio de adelantar y enriquecer la Lengua propia. Por querer temerariamente los españoles á fines del siglo diez y ocho con perfección la lengua que los Romanos usaron en el famoso tiempo de Augusto, nos solemos descuidar de la nuestra y sucede frecuentemente que ninguna de las dos manejamos bien. Procuremos pues inclinar á nuestros Académicos al estudio del Castellano, que es el que ha de servirles en sus Oraciones y escritos forenses; piezas q^º aunque contengan mil bellezas dan asco sino están trabajadas con un lenguaje puro á lo menos y correcto. Los desvelos de algunos sabios de nuestra nación nos han dado ya gramáticas y Diccionarios castellanos que pueden sernos mui útiles para aprender a hablar, si los leemos con un poco de cuidado y discernimiento*⁵⁶.

45. En cuanto al sensismo o sensualismo, personificado en Condillac, bien lo testimonian las peticiones de libros que hacía el claustro⁵⁷ y la orientación epistemológica de Miguel Martel (representante distinguido del reformismo en el claustro salmantino) en su manual de filosofía moral, que no es una simple traducción del manual de Jacquier, dada la influencia que reconoce de Condillac -junto a la de Locke- por el hecho de defender la sensación como fuente del conocimiento y de los *Elementos de Ideología* de Destutt de Tracy⁵⁸.

⁵⁴ Uno de los males de la Universidad era “el desterrar de todo punto el uso de la lengua vulgar, queriendo más hablar en todo un latín bárbaro y horrible que una lengua que les es natural y propia”, “Plan que para la reforma de la universidad...”, Saugnieux, *La ilustración cristiana...* p. 113.

⁵⁵ “(...) que era indispensable nos llegásemos a persuadir que necesitábamos estudiar mucho para desengañarnos, y dixo también que necesitábamos saber y aprender la lengua castellana en que estábamos atrasados y se enardeció lleno de celo sobre estos puntos(...)”, Voto escrito de Meléndez Valdés en AUS, Libro de Claustros, (245) 25 de febrero de 1786.

⁵⁶ *Planes y Constitución...*AUS, Libro de Claustros 245, 25 de febrero de 1786, ff. 385 v-407 v. En el *Semanario Erudito y Curioso de Salamanca* se escribirá sobre el fomento de la lengua española con seudónimos tras los que se esconden Salas o Meléndez, S. Rodríguez, *Renacimiento universitario...* pág. 128-131,

⁵⁷ Por ejemplo, en la lista de libros encargados en 1780 y 1789 que recoge S. Rodríguez, *Renacimiento universitario...* pág. 88-92; reflejo de esto es que la biblioteca universitaria conserve cuatro ejemplares de *Cours d'études pour l'instruction du Prince de Parme*, (1776-1780), *Le Commerce et le gouvernement*, dos ejemplares de *La Logique* (1792-1801), más tres de la traducción de 1784 en la Imp. Ibarra, y un ejemplar de la edición de Valencia en 1806, dos ejemplares *Traité des sensations* (1787-88)., *Traité des systèmes*, *Oeuvres philosophiques*, tres colecciones (1787, 1797). En la biblioteca de Meléndez constaba el *Cours d'études pour l'instruction...* y *Oeuvres philosophiques*, G. Demerson, *Meléndez Valdés y su tiempo (1754-1817)*. Madrid, Taurus, 1971, p. 123, “He logrado el *Curso de Estudios* del abate Condillac (...) que me parece excelente”, Carta a Jovellanos en julio de 1780 en *Obras Completas*. Madrid, Cátedra, 2004, pág. 1208.

⁵⁸ Arcadio García Pérez, “Miguel Martel, un filósofo reformador y liberal”. *Congreso Internacional. Orígenes del liberalismo*, Comunicaciones CD, Salamanca, 2002.

46. Una vez que Meléndez Valdés se fue del Estudio salmantino en 1789 y después del encarcelamiento de Ramón de Salas, Miguel Martel y su amigo Juan Justo García quedarían como principales portavoces del Colegio de Filosofía. Este último se haría cargo de la traducción de parte de los *Elementos de Ideología* de Destutt de Tracy⁵⁹, autor que acentuaba la naturaleza fisiológica de las sensaciones de Condillac: el pensamiento humano, llegó a decir, no era más que una elaboración de sensaciones, una actividad del sistema nervioso. Para evitar ser acusado de materialismo, Juan Justo García se defenderá afirmando que no es la materia la que tiene capacidad de sentir, de pensar o de querer...

47. Las circunstancias de esta traducción recuerdan lo ocurrido entre Bentham y T. Núñez y parece que los profesores salmantinos se identificaron perfectamente con los principales autores del sensualismo y del utilitarismo. Como es sabido, Bentham reconoció que nadie como Núñez había sabido captar la esencia de su pensamiento. Destutt de Tracy escribió una carta el 25 de agosto de 1821 (desde una casa de campo a 80 leguas de París) a J. J. García

(...) V. ha hecho un curso de lógica que no puede menos de ser muy bueno; y en el que yo no he tenido más parte que haberle suministrado algunas ideas que V. Pudiera muy bien haber encontrado sin mí. En efecto, la obra de V. es enteramente diferente de la mía; yo he indagado, y V. ha enseñado, y en esto logra un fin mucho más útil. Porque ¿qué es una verdad cuando no está asegurada de modo que pueda esparcirse y hacerse vulgar?(...)⁶⁰.

48. Juan Justo García sirve bien de enlace para valorar adecuadamente la aportación en Matemáticas; previamente se tiene que partir de la situación de la enseñanza de las matemáticas en la Universidad de Salamanca, cuando su responsable era un personaje tan atrabiliario como Diego Torres de Villarroel, que no ha pasado a la historia por sus logros académicos en esta materia. La “desgracia matemática” de Torres Villarroel era haber sido contemporáneo del nacimiento y desarrollo del análisis infinitesimal y no haberse enterado de nada⁶¹. El escándalo debía de ser tal que, cuando salió su cátedra a oposición por haberse jubilado, los firmantes de la *Representación* dirigida a Campomanes en 1768 (Tavira entre otros), hicieron constar un argumento demoledor: “La Universidad no se halla en estado de poder juzgar sobre opositores a esta cátedra, porque hay pocos graduados que entiendan lo que son matemáticas, cosa que V.S.I tendrá presente para lo que ocurra”. Y del candidato a ocupar la plaza, sobrino de

⁵⁹ *Elementos de verdadera lógica / compendio ó sea extracto de los Elementos de ideología del senador Destutt-Tracy; formado por el presbítero don Juan Justo García, catedrático jubilado de Matemáticas de la Universidad de Salamanca*, Madrid, Imprenta de don Mateo Repullés, 1821.

⁶⁰ *Elementos de verdadera lógica...*p. XVIII-XIX. Destutt de Tracy reconoce antes sus problemas con el español, y se despide alabando a la “Asamblea que hace la admiración del Universo”, ante la condición de diputado de Extremadura que tenía J.J. García en 1821.

⁶¹ Cuesta, *El maestro Juan Justo García*, Tomo I, p. 46. Aunque la figura de Torres Villarroel está sujeta a revisión (J. L. Peset, *Historia de la ciencia y de la técnica en la Corona de Castilla. Siglo XVIII*, Tomo IV. Junta de Castilla y León., 2002, p. 98), parece que Torres se dedicó más a los almanaques que a difundir los avances de las matemáticas.

don Diego, se dijo que “lleva[ba] de estudio en la astronomía como cosa de tres meses sin haber saludado la aritmética, álgebra, geometría ni trigonometría...”.

49. El vacío lo cubrió Juan Justo García con sus *Elementos de Aritmética, Geografía y Álgebra*; las vicisitudes de este libro, han sido contadas con todo detalle (no sin desorden) por N. Cuesta para corregir la opinión de su maestro Julio Rey Pastor quien había asegurado en 1911 la ausencia de una cultura matemática moderna en España. Además de considerar toda una hazaña la publicación de este libro, dado el ambiente salmantino de la época⁶², Cuesta demuestra el aceptable conocimiento que se tenía del pensamiento matemático, aunque no puede por menos de reconocer que el cálculo infinitesimal se introdujo con un retraso de 98 años en la Universidad de Salamanca⁶³. Es algo más que una anécdota que cuando hay que rendir pleitesía a José Bonaparte por parte de la Universidad de Salamanca se escoge como presente el libro de los *Elementos de Aritmética* de Juan Justo García.
50. Por último debe precisarse que no sólo fue la corriente del empirismo la que alimentó el flujo de renovación filosófica, igual que el derecho natural no constituyó la única línea innovadora en la enseñanza del derecho. La difusión, entusiasta o crítica, de la obra de Bentham a cargo de los profesores salmantinos ayuda a explicar ambos aspectos. Hace años que R. Sidney Smith advirtió que si nos fijamos en el número de obras traducidas, ningún científico social británico fue más conocido en España que Bentham. Si bien es cierto que ya en 1803 aparecen referencias en el *Semanario de Agricultura y de las Artes*⁶⁴ –redactado por el salmantino el abate Melón-, hay que esperar unos años para la traducción y divulgación de su obra, tarea en la que destacarán Salas y Núñez, maestro y discípulo, que no dejarán de mantener sus diferencias.
51. Como es sabido, en la recepción del pensamiento de Bentham en España predominó más su orientación antirrevolucionaria, aunque de signo ilustrado y reformista, que su radicalismo democrático⁶⁵. Pero, al margen de interpretaciones sobre uno u otro Bentham, es indudable que el utilitarismo hacía del derecho natural tan sólo una metáfora que ponía en peligro el ideal de la felicidad del mayor número de personas: “En la multitud de ideas sobre la ley natural ¿no encontrará cada cual una razón para resistir a todas las leyes humanas?” se preguntaba Toribio Núñez, el mejor intérprete del

⁶² Leonardo Herrero, el fraile que representaba la facción más conservadora del claustro, se quejaba de que los *Elementos* del Maestro don Juan Justo García “están escritos en castellano, lo que no se debe sufrir”, Cuesta, *El Maestro...* p. 411.

⁶³ Cfr. el artículo de S. Garma en J. L. Peset, *Historia de la ciencia y de la técnica...*

⁶⁴ R. S. Smith, 'El pensamiento económico inglés en España (1776-1848)', 2 ed., en Enrique Fuentes Quintana (ed.), *Economía y economistas españoles*, Barcelona, 2000, Vol. 4, pp. 305-338. La primera edición es de 1968.

⁶⁵ Varela Suanzes comenta las críticas de Martínez Marina a Bentham como “enemigo declarado de toda innovación”. J. Varela Suanzes, “Introducción” a F. Martínez Marina, *Principios Naturales de la Moral, de la Política y de la Legislación*, Oviedo, Junta General del Principado, 1993. p. XXXII-XXXIV A. E. Pérez Luño., “Ilustración y utilitarismo en la Universidad de Salamanca”. *Salamanca. Revista de Estudios*, nº 47 (2002), pp. 313-339.

maestro; y para conciliar sus ideas con los autores del derecho natural sugería que no hacía falta más que dar las razones de la *utilidad* de cada ley natural ⁶⁶.

52. Junto a la difusión del utilitarismo conviene citar otra aportación menos conocida, pero no por eso digna de relieve como es la de difundir el pensamiento de Kant en España lo que obliga a corregir la idea de que su recepción en el siglo XIX fuera tardía o débil⁶⁷. De hecho, Meléndez y Pelayo ya había advertido de la aportación de Toribio Núñez al dar cuenta de que en su libro de 1820, *Sistema de la ciencia social*, había expuesto que la ideología sensualista, soporte del utilitarismo, resultaba anticuada frente a las excelencias de la crítica de Kant. En el fondo, la pretensión de Núñez consistía en completar y sintetizar la filosofía social y moral de Bentham con la filosofía kantiana de la naturaleza, aprovechando los principales logros de ambos pensadores, ya que para Núñez, Bentham había descubierto las leyes de la conciencia, de la psicología y del mundo moral, y Kant había descubierto los elementos y leyes de nuestro conocimiento del mundo físico ⁶⁸. Cabe imaginar la evolución de la universidad si frente al elogio de la fe del carbonero y la muralla inquisitorial contra cualquier novedad, los mismos católicos hubieran aconsejado, como se hizo en varias universidades alemanas, la lectura de Kant...⁶⁹.

IV. OBSERVACIONES FINALES. LOS ILUSTRADOS, UN SIGLO DESPUÉS.

53. En resumen, a pesar de las derrotas y tropiezos, el camino recorrido a principios del siglo XIX era apreciable y la imagen de la universidad poco

⁶⁶ *Ciencia social según los principios de Jeremías Bentham por el Doctor Don Toribio Núñez, bibliotecario de la Universidad de Salamanca, Diputado a Cortes en las de 1822. Obra impresa de orden del Gobierno.* Madrid, en la Imprenta Real, 1835 pág. 557-558. R. Robledo, "La Universidad de Salamanca en la restauración del absolutismo. Notas sobre Toribio Núñez "apóstol" de Bentham". *Josep Fontana. Història i projecte social. Reconeixement a una trajectòria*, Crítica, Barcelona, 2004. Los discípulos salmantinos no separaron la renovación de la enseñanza del derecho de las convicciones políticas de signo liberal y así Salas se atreverá a criticar a Bentham por creer que basta que un pueblo tenga buenas leyes –independientes del gobierno– para alcanzar la felicidad; Pérez Luño "Ilustración y utilitarismo"...; Para otras discrepancias, respecto a Bentham "un talento que se anunciaba como el criador de la ciencia de las leyes", conviene ver Eugenia Torijano "Variaciones salmantinas sobre un tema inglés: la codificación civil según Ramón de Salas a propósito de Jeremy Bentham, en De Dios, Infante, Torijano, eds., *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX)*...pág. 613-653, cita en pág. 638.

⁶⁷ A diferencia de lo ocurrido en Francia, Inglaterra o Italia, Palacios constata una importancia menor del pensamiento kantiano, diferencia que resulta difícil de explicar.... J. M. Palacios, «La filosofía de Kant en la España del siglo XIX», en J. Muguerza y R. Rodríguez Aramayo (eds.), *Kant después de Kant. En el bicentenario de la Crítica de la Razón Práctica*, Instituto de Filosofía del CSIC / Tecnos, Madrid 1989, p. 707. Cuesta hizo notar que en la importante compra de libros extranjeros que hizo la universidad de Salamanca en agosto de 1787 se notaba la grave omisión de Kant, *El Maestro Juan Justo García*..., pág. 96.

⁶⁸ Resumen lo expuesto por R. Albares, "Los primeros momentos de la recepción de Kant en España: Toribio Núñez Sesse (1766-1834)" *El Basilisco* (Oviedo), nº 21, 1996, pp. 31-33.

⁶⁹ S. Red-Gombeaud, "L' Université de Wurtzbourg: de la tradition jésuite à l'*Aufklärung* catolique" en F. Cadilhon, F. Mondot J. Verger, *Universités et institutions universitaires européennes au XVIII^e siècle. Entre modernisation et tradition*. Tálence, Presses Univversitaires de Bordeaux, 1999, pp. 162-177, y las conclusiones de Dominique Julia, pág. 275.

tenía que ver con los juicios inmisericordes de Cadalso o Sempere sobre su situación hacia 1770. La consolidación de nuevos métodos y la difusión de nuevos saberes eran precisamente los contrarios a los propuestos por el P. Herrero para quien había que nivelar “sistemas e hipótesis por el infalible cartabón de las verdades reveladas”⁷⁰. Las visitas de A. Ponz o de Jovellanos reflejaron el cambio en el “gusto de los buenos estudios”⁷¹ y lo mismo puede percibirse en el *Ensayo sobre los mejores escritores* de Sempere, si bien no se excluye que hubiera visiones más o menos halagadoras, lo mismo que ocurre hoy cuando los historiadores se ponen a enjuiciar, por ejemplo, la obra de Carlos III.

54. La valoración de las reformas de fines del siglo XVIII, por muy positiva que parezca, no puede sobrepasar el techo que marcaba el sistema del Antiguo Régimen; esto ocurre, como es sabido, al examinar el reformismo agrario, y con las universidades pasa algo similar, si se acepta, como proclamaba el trinitario P. Ribera, que su destino “era afianzar y defender el cristianismo”⁷². Con este lema bien se podía oponer en 1760 a la creación de la Academia del Buen Gusto de Zaragoza porque le parecía un vulgar calco de las *Reflexiones sobre el buen gusto en las ciencias* de Muratori, traducción que por cierto prologaría años después Sempere y Guarinos. Los que conocen bien la historia de la universidad tienen muy claro los límites del reformismo⁷³; está por explorar si la autonomía financiera de que gozaban las universidades del Antiguo Régimen les dejaba algún margen adicional del que carecían otras instituciones, aunque sólo fuera por disponer de liquidez para estar al tanto de lo que se publicaba en el extranjero. El claustro de la Universidad de Salamanca, liderado por los *novatores*, supo utilizar a menudo estos recursos; también se han resumido los avances conseguidos en distintos campos del pensamiento moderno, presentando textos que no siempre se han transcrito bien. Como la situación de partida hacia 1760-70 era de atraso y gran inflexibilidad, el grado de

⁷⁰ N. Cuesta, *El Maestro Juan Justo García*, pág. 408.

⁷¹ A. Ponz, *Viage de España en que se da noticia de las cosas más apreciables y dignas de saberse, que hay en ella*. Madrid, Imp. Vda. Ibarra, (ed. facsímil), 1788, Tomo XII, p. 211. Santos M. Coronas, “Jovellanos y el grupo de letrados-poetas de la Universidad de Salamanca”. S. De Dios, J. Infante, y E. Torijano, eds. *El Derecho y los juristas en Salamanca (siglos XVI-XX)*. En memoria de Francisco Tomás y Valiente. Salamanca, Ed. Universidad 2004, pág. 603.

⁷² G. Zamora, *Universidad y filosofía moderna en la España ilustrada. Labor reformista de Francisco de Villalpando (1740-1797)*. Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, 1989, pág. 264; un resumen laudatorio de su biografía en Simón del Rey, *Las facultades de artes...*pág. 300-306.

⁷³ “La Iglesia era más fuerte que la Corona en los claustros y el Estado no era lo bastante poderoso como para lograr la laicización y actualización de profesores y enseñanzas, A. Lafuente y J. L. Peset, “Las actividades e instituciones científicas en la España Ilustrada”, M. Sellés, J. L. Peset, A. Lafuente, compiladores *Carlos III y la ciencia de la Ilustración*. Madrid, Alianza 1988, p. 57. En este mismo libro Antonio Moreno acaba su estudio sobre la física afirmando que “remover obstáculos’ cuando de hábitos docente se trata, es una empresa casi rayana en la quimera”, p. 170. Por su parte M. Peset precisa, que las universidades del Antiguo Régimen, eran «instituciones eclesiales poderosas y complejas», difícil de reformarlas a todas a través del mecanismo de cambios en los planes de estudios”, “Las reformas ilustradas del siglo XVIII”, L-E. Rodríguez San Pedro, coord. *Historia de la Universidad de Salamanca. Vol. I: Trayectoria e instituciones vinculadas*. Salamanca, Ed. Universidad de Salamanca, 2002, pág. 178.

avance y ruptura se percibe con mayor intensidad que en otros lugares menos retardatarios.

55. Dado el declive de la universidad y la relativa estabilidad de la estructura social del campo salmantino en el siglo XIX, los efectos a medio plazo del reformismo de fines del XVIII tenían que percibirse más fuera que dentro de Salamanca. Si se echa un vistazo a los integrantes del Cuadro 1, y se tiene en cuenta las obras importantes de la literatura, derecho, economía... y la propia opción del liberalismo político que son producto de aquellos hombres, es fácil argumentar que la Universidad desempeñó la función de lo que etimológicamente significa *Alma Mater*: los orígenes intelectuales del pensamiento moderno se *nutrieron* del viejo Estudio salmantino⁷⁴. Pero no se trata sólo de obras, por citar algunas, como los *Discursos Forenses* de Meléndez o el *Diccionario crítico-burlesco* de Gallardo. Hay que referirse al importante papel de las traducciones. Como acaba de recordar V. Llombart, la función de la traducción no es meramente pasiva; con la traducción se genera un texto adicional y se traspasan unas fronteras que no son sólo lingüísticas, sino también culturales políticas e ideológicas⁷⁵. Representantes conspicuos del utilitarismo como Bentham, del sensualismo como Destutt de Tracy se traducen en Salamanca; habría que añadir la corriente de la fisiocracia⁷⁶, o incluso del iusnaturalismo, pues el primer intento de traducción del *Derecho de gentes* de Vattel, frustrado por la Inquisición, fue obra del bibliotecario Ortiz de la Peña.

56. Las conquistas logradas a fines del XVIII, por limitadas que fueran, sustentaron la memoria histórica del liberalismo de Salamanca y la comparación con el final del XIX lo deja en mejor lugar si cabe. En la década de 1780 un grupo renovador de profesores, encabezados por Meléndez Valdés, Muñoz Torrero o Ramón de Salas, lograron emplear importantes sumas en la adquisición de libros extranjeros relativos a filosofía no escolástica, economía política, derecho natural, etc. y, pese al entorno conservador, lograron sacar adelante reformas en la enseñanza tradicional. Un siglo después, el gasto en la biblioteca salmantina se había contraído a cifras casi simbólicas, como ocurría en otros lugares⁷⁷; al mismo tiempo, la ideología conservadora (por no referirnos a la tradicionalista de Enrique Gil Robles) gozaba de gran predicamento en la Universidad, de modo que en 1891 un sector mayoritario del claustro apoyó al obispo de la ciudad, el agustino P. Cámara, en su condena a quienes asistieron al

⁷⁴ R. Robledo, "Tradición e ilustración en la Universidad de Salamanca: sobre los orígenes intelectuales de los primeros liberales..."; M^a P. Alonso, "La Universidad de Salamanca ante la Constitución de Cádiz: actitudes políticas y académicas" en *Aulas y Saberes, VI Congreso Internacional de Historia de las Universidades Hispánicas*, Universidad de Valencia, 2003, (Valencia, diciembre 1999). pág. 123-139.

⁷⁵ "Traducciones españolas de economía política (1700-1812): catálogo bibliográfico y una nueva perspectiva", *Cromos* (Cyber Review of Modern Historiography. Firenze University Press), nº 9 (2004), p. 9.

⁷⁶ El profesor Astigarraga en un trabajo en curso de publicación ha explicado cómo Salas tradujo los *Principes* de Schmid d'Avestein en 1790, lo que le sirve para corregir la idea extendida de que la penetración de la fisiocracia en España fue tardía.

⁷⁷ En la universidad de Oviedo ocurría lo mismo; Posada comparaba con estupor los 125.000 francos de cualquier universidad escocesa frente a las 1.000 pesetas de la Universidad de Oviedo, A. Posada, *Política y enseñanza*. Madrid, Daniel Jorro editor (1904), p. 146.

entierro civil del catedrático krausista Mariano Arés, (cuya sepultura eclesiástica le había sido negada) "por estar completamente conforme con el artículo 11 de la Constitución vigente" que "no permite otras ceremonias ni manifestaciones públicas que las de la religión del Estado"⁷⁸. Se había producido la inversión del modelo que se ha demostrado exitoso en la universidad europea para el desarrollo del espíritu científico: combinación de la autonomía corporativa de la universidad tradicional con la libertad de sus miembros en la enseñanza y en la investigación⁷⁹. En Salamanca – como en Alcalá, Cervera y demás universidades del Antiguo Régimen- la autonomía corporativa había sido eliminada por el centralismo liberal sin la compensación, en el caso del Estudio salmantino, de una independencia significativa respecto al universo tradicional.

⁷⁸ *El Criterio*, 6 de abril de 1891; autoridades académicas y catedráticos de las cuatro facultades dejaron en minoría a los Unamuno y Dorado Montero. Referencia que debo a M. Esteban de Vega.

⁷⁹ W. Ruëgg, 'L' essor de l'université moderne au dix-neuvième siècle". En *Aulas y saberes. VI Congreso Internacional de Historia de las Universidades hispánicas ...*Vol. I, p. 82.

RECENSIONES

NACIÓN Y ESTADO EN IBEROAMÉRICA. EL LENGUAJE POLÍTICO EN TIEMPOS DE LAS INDEPENDENCIAS, por José Carlos Chiaramonte

Mario Gluck

I. INTRODUCCIÓN: Una historia conceptual de lo político

“La historia no consiste solamente en apreciar el peso de las herencias, en “esclarecer” simplemente el presente a partir del pasado, sino que intenta hacer revivir la sucesión de presentes tomándolos como otras experiencias que informan sobre la nuestra. Se trata de reconstruir la manera de cómo los individuos y los grupos han elaborado su comprensión de las situaciones, de enfrentar los rechazos y las adhesiones a partir de los cuales han formulado sus objetivos, de volver a trazar de algún modo la manera como su visión del mundo ha acotado y organizado el campo de sus acciones...”¹

- 1- La propuesta de Pierre Rosanvallon de una “historia conceptual de lo político”, sintetizada en el epígrafe, da sustento teórico a una reformulación de la historia política, después de décadas en las que, por influencia de la escuela de Annales y el marxismo inglés, se había despreciado ese campo de investigación, bajo la hegemonía de la historia social. El desprestigio de la disciplina, tenía que ver con la supervivencia de una historia política de inspiración rankeana, limitada en sus alcances cognitivos y plena de anacronismos. Por otro lado permite reflexionar sobre dos conceptos centrales de la historia política como son el de Estado y, particularmente el de Nación.
- 2- En las últimas décadas diversos autores se ocuparon de las naciones y los nacionalismos como Ernest Gellner², Eric Hobsbawn³ y Benedict Anderson⁴, entre otros, vemos que, en mayor o menor medida todos hacen referencia a la elusividad, la complejidad, y la polisemia del concepto. Sin embargo, dentro de esa aparente indefinición hay cierto consenso en entender a la nación como una construcción político – cultural que varió en sus contenidos de acuerdo al momento histórico del que hablemos. Hobsbawn especialmente, desde el ámbito académico europeo, estudió la historicidad del concepto y sus variaciones desde 1789 hasta la contemporaneidad.
- 3- El libro de José Carlos Chiaramonte⁵ se propone reconstruir que significó la Nación y el Estado en el lenguaje político de las élites que lideraron las independencias iberoamericanas. Desde la introducción el autor nos advierte del riesgo del anacronismo, de proyectar lo que entendemos actualmente por nación un pasado que no lo entendía de la misma manera. Así toma distancia de una retórica política y ensayística, que entiende el problema nacional iberoamericano como un relato de precursores que no

lograron plasmar la verdadera Nación; o fueron traicionados en sus proyectos a posteriori.

- 4- Dicha retórica se expresó en la Argentina en el llamado “Revisionismo Histórico”, corriente historiográfica, que en décadas anteriores tuvo cierta repercusión en ámbitos políticos y de público masivo. El revisionismo partía de un concepto esencialista de nación, frecuentemente combinado con un discurso antiimperialista. En el resto de Latinoamérica hubo también corrientes de pensamiento historiográfico similares, y aún podemos encontrar resignificaciones políticas del mismo en retóricas como el “bolivarianismo” del presidente Venezolano Hugo Chávez.
- 5- Las investigaciones académicas actuales sobre el siglo XIX iberoamericano, de François Xavier Guerra, Antonio Annino, Murilho de Carvalho, y del propio Chiaramonte, entre otros, no discuten directamente con esta retórica, pero la desarman de cualquier fundamento científico, al estudiar las distintas formas de identidades colectivas, que existieron durante ese período.
- 6- Así, los trabajos reunidos en este libro, van descomponiendo los distintos elementos que forman el concepto de nación, en la búsqueda de restituir los significados que tuvo para elites dirigentes de las independencias. La introducción está dedicada a revisar lo que el autor llama prejuicios ideológicos y metodológicos, que el nacionalismo ha creado y dificultan el trabajo historiográfico. Uno de ellos es el de que, en el período independentista, ya estaban prefiguradas las actuales naciones iberoamericanas, cuando había muy pocos indicios al principio, de que una entidad llamada Argentina tendría las fronteras que tiene actualmente, que Uruguay sería un país independiente, al igual que Paraguay y Bolivia, y que se iba a desmembrar el Río de la Plata.

II. EL CONCEPTO DE NACIÓN

- 7- El capítulo II del libro, titulado “Mutaciones del Concepto de Nación”, el autor historiza las distintas acepciones que tuvo el término, durante el siglo XVIII y la primera mitad del siglo XIX. Así, nación aparece en un primer momento en su acepción étnica y cultural, desvinculada del concepto de Estado, entendido como comunidad política. Progresivamente se estableció una sinonimia entre los dos conceptos, prevaleciendo el de Estado. Finalmente, a mediados del siglo XIX, en el se planteó el “principio de las nacionalidades”, que suponía una homogeneidad cultural de los Estados – Naciones, un origen y una comunidad de destino. De este examen surge la constatación de que en el momento de las Independencias, el *principio de nacionalidad*, era aún desconocido.
- 8- ¿Por qué entonces, existiendo distintas concepciones históricas del término, está tan arraigado tanto en el sentido común como en la propia historiografía el último sentido?. Quizás la respuesta esté en que el nacionalismo del siglo XX, como creencia social, piensa la continuidad de “su” nación desde el fondo de los tiempos, por lo tanto tiende a ver cualquier

identidad colectiva en el pasado, como el preanuncio de la futura identidad nacional. En el caso latinoamericano ese preanuncio fue encontrado en las Independencias.

III. ESTADO Y NACIÓN EN IBEROAMERICA

- 9- Precisamente en el capítulo III el autor analiza la evolución de los dos términos (Estado y Nación) en el lenguaje político e intelectual latinoamericano. En este sentido, verifica que los propios actores, entendían a la Nación como una forma de organización política, sinónimo prácticamente de Estado. Esos Estados – Naciones se definieron en sus fronteras y legalidad sobre la base de pactos y acuerdos entre formaciones políticas preexistentes, de las cuáles las más importantes eran las de las ciudades y provincias.
- 10- Las ciudades o provincias tenían su soberanía desde el momento mismo de la caída de la corona española, en virtud del derecho natural y de gentes, que ya había empezado a reemplazar a la idea del origen divino de la autoridad política. Estas soberanías explican las luchas y discusiones decimonónicas entre federales, confederales y centralistas.
- 11-¿Cuál o cuáles serían los fundamentos de las nuevas naciones iberoamericanas?. Este punto es analizado por el autor en los dos capítulos siguientes con una refinada y minuciosa erudición en la que cruza, la filosofía política dominante del período, con textos de los actores políticos iberoamericanos. El resultado al que arriba es que el fundamento es el iusnaturalismo y el derecho de gentes. Ahora bien el derecho natural y de gentes es tomado aquí en un sentido más complejo que una doctrina jurídica, ya que constituía la ciencia política de la época, y funcionaba como creencia o sentimiento de legitimación incuestionable de la acción.

IV. EL IUSNATURALISMO COMO CREENCIA Y FUNDAMENTO

- 12- Los capítulos IV y V analizan la historia de las ideas políticas entendidas como “creencias” se separa de los historiadores de las ideas políticas en sentido estricto como Norberto Bobbio. Al historiador de la política no le interesa tanto la evolución de las ideas por su valor intrínseco de conocimiento, a diferencia del historiador de las ideas políticas, en palabras de Chiaramonte:

“Así, podríamos considerar que nuestro déficit al hacer la historia de las ideas políticas es no haber distinguido suficientemente la diversa naturaleza de los criterios que movieron a los agentes históricos de una época dada: el conjunto de nociones, de ideas, de creencias, en que un grupo humano, una sociedad, cimienta consensuadamente su existencia, por una parte, y por otra, el flujo de nuevas ideas surgidas de los grandes pensadores, que por más prestigio que tengan no poseen aquella funcionalidad. Y, coincidentemente, el habernos ocupado casi con exclusividad de las grandes figuras (Hobbes, Locke, Kant, Rousseau, Constant,

etc.), y haber olvidado a las “figuras menores” que solían ser más frecuentadas, entre otros motivos por su papel de divulgadores.”⁶

- 13- En esta cita está sintetizado uno de los núcleos centrales de la propuesta del autor, hacer una historia de la acción política y de sus fundamentos imaginarios y conceptuales. Para ello es necesario, como el mismo lo señala, estudiar a los autores “menores” como Emer de Vattel, al que le dedica gran parte de estos capítulos, por su importancia en la formación y en la fundamentación discursiva de los grupos dirigentes de la época.
- 14- De esta manera el derecho natural se constituye en una creencia básica compartida, de la que cabría destacar tres aspectos básicos, que circulan en la discusión política del período. El primero de ellos es la “retroversión de la soberanía”, que dio fundamento al movimiento independentista, ya que por incapacidad o tiranía del monarca, la soberanía de este vuelve hacia los “pueblos”. El segundo es el contractualismo, es decir, entender la nación como un contrato entre entidades en principio libres e iguales. El tercero de ellos es la indivisibilidad de la soberanía, que dio fundamentos tanto a las tendencias centralizadoras como federalistas en los proyectos de organización estatal post – independencias.

V. LA DISCUSIÓN CONTEMPORÁNEA Y LOS ANACRONISMOS

- 15-El último capítulo del libro (“Notas sobre el federalismo y la formación de los Estados Nacionales”), según lo admite el propio autor, no es integrable al resto. Se trata de dos Reseñas críticas, una sobre un libro de Halperín Donghi y otro sobre Benedict Anderson, y un texto sobre Bolívar. Sin embargo, estos textos sirven para insertar el libro en discusiones contemporáneas que involucran tanto a la historia, como a la antropología y a la politología.
- 16-La crítica a “Comunidades Imaginadas” de B. Anderson, es propia de un historiador a quien no convencen las generalizaciones extremas, como las que hace el sociólogo inglés. Particularmente la crítica está centrada en su interpretación de las independencias latinoamericanas, a las que toma curiosamente como excepción de un temprano “principio de las nacionalidades.
- 17-En el texto sobre Bolívar el autor arremete nuevamente contra los anacronismos. Y precisamente uno de los más extendidos es considerar a Bolívar como un “precursor” de la unidad latinoamericana. El error básico es considerar esa “unidad” como la suma de naciones preexistentes. Chiaramonte ubica aquí el proyecto bolivariano es una de las variantes de organizaciones nacionales sobre la base de las soberanías preexistentes locales y provinciales.
- 18-Por último realiza una reseña crítica de el libro “Reforma y disolución de los Imperios Ibéricos” de Tulio Halperín. Aquí también la crítica se centra en los posibles anacronismos, pero esta vez, a diferencia de Anderson, son atribuibles a cierta displicencia teórica propia de muchos historiadores. De

esta manera no tener en claro ciertos conceptos, y el significado que pudo tener para sus contemporáneos, pueden hacer caer al historiador empirista, en el error de atribuir por ejemplo el carácter de “sociedad”, a un agrupamiento humano que ni siquiera se reconoce como tal.

19-El resultado es un libro provocador que se inserta –más allá de la reiterada intención exclusivamente historiográfica del autor- en la discusión política y científica contemporánea acerca de la Nación y los nacionalismos. Es provocador, en tanto choca con creencias sociales muy arraigadas, y que fueron trabajadas por el sistema educativo y los medios de comunicación por generaciones, al mismo tiempo que polemiza con especialistas reconocidos en el tema. Finalmente se inserta en una discusión contemporánea, acerca de los fundamentos del Estado – Nación y de su vigencia o no como forma de organización de la sociedad, nacida al calor de acontecimientos como el colapso del “socialismo real”, la globalización y la emergencia de nuevos nacionalismos, regionalismos y otras identidades colectivas con pretensiones soberanas.

¹ ROSANVALLON, Pierre, *Para una historia conceptual de lo político*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2003. pp. 25 – 26.

² GELLNER, Ernest, *Naciones y nacionalismo*, Alianza, Buenos Aires, 1991.

³ HOBBSBAWN, Eric, *Naciones y Nacionalismos desde 1789*, Ed. Crítica, Barcelona, 1994.

⁴ ANDERSON, Benedicto, *Comunidades Imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*, Fondo de Cultura Económica. México, 1993.

⁵ CHIARAMONTE, José Carlos, *NACIÓN Y ESTADO EN IBEROAMERICA. EL LENGUAJE POLÍTICO EN TIEMPOS DE LAS IDEPENDENCIAS*, Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 2004.

⁶ CHIARAMONTE, José Carlos, *NACIÓN Y ESTADO EN IBEROAMERICA. EL LENGUAJE POLÍTICO EN TIEMPOS DE LAS IDEPENDENCIAS*, Ed. Sudamericana. Buenos Aires, 2004, p. 108.



Los dos Hespanhas

(Recensión de A.M. HESPANHA, *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedina, 2004, 588 pp.)

Fernando Martínez Pérez

1. Se cuenta de un famoso filósofo alemán de principios de siglo XX, de quien se dice que gastaba el producto de su exitoso tratado de ética en meretrices, que, un día que estaba reunido con sus discípulos, recibió la visita de una mujer que le reclamaba agríamente una impagada deuda carnal, mientras afeaba su conducta como impropia de un caballero. Abochornado, el maestro volvió a la sala donde seguían sus más apreciados discípulos y allí percibió la sorpresa y estupor de quienes no esperaban esto del eminente profesor. Así que el sabio les dijo, por toda explicación: "miren ustedes, la ética es como un poste con una dirección clara arriba que, en el cruce de varios caminos, dice cual es el correcto, pero ¿han visto ustedes alguna vez que un poste eche a andar en esa dirección?".
2. Salvando todas las distancias con la anécdota, *Guiando la mão invisível* puede provocar al lector habitual del maestro portugués una sensación de estupor parecida. Y el estupor no viene dado porque el tiempo del que ahora se ocupa sea contemporáneo sino por la proyección con la que aborda la reconstrucción de una historia constitucional portuguesa decimonónica. Pues, en efecto, los lectores del maestro ya conocíamos de sus incursiones en el ochocientos ibérico. En la que ahora llega a nuestras manos, el objeto puede ser uno mismo, la perspectiva tan distante que causa estupor a los que, virtualmente, podríamos considerarnos sus discípulos. Y es a partir de esta constatación y de la consecuente perplejidad que ocasiona, desde donde no parece ya, y si se quiere en todos los sentidos, tan impertinente la colación de la anécdota con la que principia este comentario. Hespanha se aparta en esta ocasión, y conscientemente, de los presupuestos que han animado su más reciente y, para el que esto escribe, más sugerente producción científica: el Hespanha constitucionalista sigue, no un camino distinto, sino contrario, al marcado por el poste del Hespanha historiador. Y el lector resulta sorprendido pero no traicionado, pues es incongruencia que desde el primer momento el autor anuncia.
3. Pero tratando de extraer la lección del filósofo, no creo que tenga sentido en esta sede comenzar el examen de los méritos de la obra achacando en el debe del autor la falta de congruencia entre esta publicación y sus anteriores sobre el mismo objeto. A evitar esto obliga el respeto (y hasta la admiración) que se debe a quien es capaz después de larga trayectoria de dar un golpe de timón en sus presupuestos metodológicos, y el que merecen unos lectores que puedan reparar en este libro por ser aportación

a la Historia constitucional y no por serlo a la biografía intelectual del maestro portugués. Pero si el que escribe se ve peligrosamente tentado a mirar, en este caso, más el dedo que señala la luna que la luna misma es porque en el mismo libro pueden llegar a comparecer simultáneamente los propósitos de un Hespánha constitucionalista, y los desarrollos de un Hespánha historiador.

4. Precisamente para tratar de conciliar los respetos debidos con la satisfacción de la tentación que provoca el último libro de quien considero como uno de los más relevantes historiadores de las instituciones y de la cultura juridico-política de la edad moderna, y no sólo en Portugal, es por lo que en esta recensión se dará en primer lugar cuenta del contenido de esta síntesis de la Historia constitucional portuguesa del XIX, y sólo en segundo lugar se procederá a valorar esta aportación desde la óptica y los intereses de quien no tiene más competencia que ser un historiador del derecho español.
5. El libro puede ser considerado como una Historia de las doctrinas constitucionales que informa sobre el surgimiento y las contradicciones del Estado liberal en Portugal, considerado además como productor de lo social. El autor consigna además una cronología para ese nacimiento, identificada con el régimen de la Carta de 1826, y un procedimiento de construcción cuyos cimientos radican en la formación y transformación de un discurso jurídico-constitucional que operaría como el principal factor generativo de la experiencia constitucional portuguesa del XIX. La estructura de esta monografía responde congruentemente a dicho propósito y contenido. Así pues, se construye el libro en torno a un capítulo y núcleo central, dedicado al examen de régimen constitucional de la carta de 1826, que es con mucho el más extenso de la obra (pp. 161-350) y que viene precedido por unos antecedentes, y proseguido por el examen de la evolución del liberalismo portugués a lo largo de la centuria.
6. En detalle, los capítulos que hemos apellidado de antecedentes son de diversa naturaleza. Tras prefacio e introducción que contienen propósitos y propuestas historiográficas (caps. 1 y 2, pp. 5-26) siguen tres capítulos que aún podemos considerar ya como instrumentales, ya como parte sustantiva del relato histórico-constitucional: son capítulos dedicados (i) a recordarnos el carácter artificial e imaginario del Estado (cap. 3,); (ii) a informar sobre la configuración -y resistencias- a la dieciochesca idea de código -constitucional- (cap. 4); y, en fin, (iii) a dar cuenta de los orígenes tardo ilustrados de la cultura política liberal portuguesa (cap.5).
7. A este bloque de antecedentes de carácter instrumental, siguen otros en los que se aborda, desde la súplica de 1808 (cap. 6) hasta los proyectos de constituciones moderadas anteriores a 1826 (cap. 9), el análisis de la experiencia constitucional, que gira en torno al texto de 1822, tocando dimensión política y cultural. Son capítulos que pueden operar como genéticos en la formación de ese discurso constitucional estructurante, sobre todo el cap. 7 dedicado a la Revolución constitucionalista de 1820, que contiene en resumidas cuentas el catálogo de las novedades y continuidades conceptuales de unos orígenes del constitucionalismo

- portugués. Estas novedades y continuidades se rastrearán en el cap. 8 que alberga un exhaustivo análisis (pegado al texto, a materiales parlamentarios y a contextos doctrinales) de la Constitución de 1822.
8. Precedido de un capítulo dedicado, desde un punto de vista de historia política, a la Restauración (cap. 10) aparece el que puede considerarse, ya se ha anticipado, como buque insignia de este libro. El capítulo dedicado al examen del régimen cartista de 1826 merece aquí, por su importancia y extensión, que se desentrañe en su estructura interna. Es capítulo que principia con la aportación de un marco doctrinal de radio mucho más amplio que el luso. Constant es el primer cicerone de este marco que incorpora también doctrinarismo francés y publicística alemana (pp. 161-198). Tras el marco doctrinal vendrá ya la exposición del régimen de la carta. Aquí se seguirá un guión pegado al texto constitucional y por tanto preocupado por derechos y poderes. Y justo en medio, prácticamente también en el ecuador de la obra (pp. 240-248), un alto y un epígrafe nos indican un natalicio: "A emergencia do Estado". A partir de ahí, podrá construirse un largo epígrafe de poderes que es algo más que análisis de texto constitucional y de doctrinas contextuales, pues se pronuncia sobre los procesos de estatalización de la sociedad política portuguesa.
 9. A partir del cap. 12 dedicado a la constitución de 1838 (pp. 350-364), asistimos al examen de un nuevo ciclo de historia constitucional portuguesa que pasa por acentuación doctrinaria del cartismo. A sus transformaciones precisamente se dedica el cap. 14 (pp. 365-401). Concluye esta síntesis de historia constitucional portuguesa dando cuenta de las actas adicionales (cap. 14) y llevando al lector hasta la reforma de 1907 (pp. 402-430).
 10. Concluye la historia pero no el libro. Resta un extenso capítulo dedicado a la economía en la cultura constitucional portuguesa del XIX que, en principio, puede parecer extravagante porque no obedece a la cronología de una evolución de constitucionalismo, pero que, sin embargo, responde a esa consideración de lo social como producción estatal: es la mano guiada (pp. 433-524). Si hemos dado cuenta ya del natalicio del Estado liberal en Portugal, ahora por él, constitución mediante, alumbrará la sociedad civil (437-502).
 11. Hasta aquí la descripción del contenido de la obra. Permítaseme ahora caer en la tentación -y el pecado- de la valoración. El autor que enseñó a una generación de historiadores a ver bajo el manto de la Revolución la inercia de antiguos mecanismos de poder, ahora dice no preocuparse por seguir desnudando tales dispositivos y nos confiesa que su presente voluntad de saber se refiere al género del que está confeccionado aquel manto. Y la preocupación entonces deriva hacia la comprensión de los elementos estructurantes de disciplina social en el liberalismo portugués que tienen que ver con la emergencia de un sujeto estatal como conformador de la sociedad política contemporánea. Ahora bien, para enfrentar el historiador la interpretación de la construcción del Estado en el liberalismo portugués, ya se hace en sede de prefacio una apuesta de género historiográfico que se desarrolla más tarde (cap. 2). Hespanha aprovecha esta ocasión para anticiparnos las coordenadas metodológicas de su lectura que consiste en

desconfianza en la historia social; la insatisfacción hacia las respuestas de una historia política; la necesidad de una historia de las ideas, que contextualizada deviene entonces historia de los imaginarios; y, en fin, en la esperanza para con una historia jurídica aplicada a este objeto y por tanto entendida como historia del campo o de la dogmática jurídico-constitucional asumida como el factor entonces más estructurante del espacio político liberal. La dimensión entonces jurídico-constitucional por la que apuesta Hespánha para la reconstrucción del imaginario, y por tanto, artificio Estatal del liberalismo portugués constituye entonces una urdimbre básica que preordena el lugar que han de ocupar las tramas de otras historias que informan, bien sobre imaginarios políticos, bien sobre mecanismos y complejos institucionales que abrazan dispositivos no meramente oficiales o coactivos.

12. Así pues, el historiador que ha comprendido su labor referida a las Instituciones de la Edad Moderna como el de una Penélope que sólo puede tejer historia destejiendo historiografía, es el mismo que formula una también textil propuesta y reto de reconstrucción del liberalismo portugués del que este libro sólo sería un primer paso

13. “/.../o que se pretenderia era tecer uma narrativa em que, sob a hegemonia da história da dogmática jurídico constitucional –aquí simplemente como discurso estruturante do espaço público especializado dos políticos, (i) a história dos imaginários sociais (ou seja, a história da opinião pública- com as suas longínquas raízes na história das ideias políticas), (ii) a história das instituições e, como pano do fundo, a (iii) história social, tivessem os seus lugares devidos. Por isso, este livro, que assenta basicamente sobre o primeiro aspecto, deveria constituir a primeira peça –dedicada à razão jurídica- de um tríptico. De que a segunda peça seria uma história dos imaginários políticos –a razão política. E a terceira, uma história do Estado e do direito –a razão governativa.” (p.18).

14. No deja de ser atractivo el propósito recuperar constitucionalismo considerando su historia como croce vie de especialidades y disciplinas. Pero es un propósito que, sin embargo, parece lastrado por la identificación de la dogmática jurídico constitucional no ya como el discurso estructurante del espacio político de entonces, sino además como la clave de lectura del historiador de ahora. Un Hespánha constitucionalista empieza a disociarse del, e imponerse al, Hespánha historiador. Y entonces la dogmática jurídico constitucional no sólo estructura el espacio político portugués del s. XIX sino también la reconstrucción que del mismo se hace en el dos mil. Una Historia del Estado y del Derecho es pieza ancilar y tercera respecto de una dogmática constitucional hegemónica. La ordenación de las piezas del tríptico narrativo condiciona y predetermina la narración. Y las consecuencias que ello desencadena en el relato se consignarán aquí oportunamente. Baste ahora apuntar que suponen la desautorización de otra forma de hacer historia constitucional por parte de unos historiadores del derecho, que sobre el recado del Hespánha historiador, y no sobre la propuesta del constitucionalista que ahora se nos presenta, hemos tratado de construir un constitucionalismo vecino.

15. Ahora, sin embargo, urge concentrar la atención en otro tríptico, que ya se ha presentado, y que sirve para calificar precisamente esa doctrina jurídico-constitucional doblemente estructurante en el que quiere sintetizarse el contenido de toda la obra. Este otro tríptico se halla en sede tan privilegiada como su título que habla de Direitos, Estado e Lei. En la disposición de los términos bien pudiera haber residido una opción que otros, también en constitucionalismo vecino, han ejercido para estructurar el relato histórico de forma diferente a como se estructuró el objeto. Pues así dispuestos los términos en los que se encierra el sentido del libro, parecen invitar a una Historia constitucional de prelación de las técnicas de limitación de los poderes en función de garantía, respecto de la organización de poderes constitucionales. Invita, en otros términos, el título a confiar en que nos encontramos más ante una historia constitucional de los sujetos y sus derechos antes que la más tradicional de los poderes. Y políticamente bien pudiera incluso parecernos más amable una dogmática jurídico constitucional como discurso hegemónico estructurante de una historiografía constitucional si fuese la de derechos y no la de poderes. Pero es ahora la estructura de los capítulos sustantivos del libro, y particularmente del primero, la que nos indica que el tríptico del título está mal plegado.
16. Porque sustantivamente la obra comienza por Estado y concluye, so veste de constitución estatal de economía, con Propiedad y Libertad. Y entre estos dos cuerpos se extiende la ley. Ya resulta significativo que la pregunta: "Mas, afinal, o que é isso de "Estado"?" no se presente como conclusiva sino como la primera con la que se inicia esta historia, y significativo también resulta que la conclusión sea "A constituição da sociedade civil" (p. 437) cuando bien podría presentarse como inicio. Y en esta ocasión aunque en el título de este capítulo tercero se reconozca su naturaleza de artificio, el Estado como "ente imaginario" de Hespanha es mucho más que construcción de publicística germánica finisecular. Es en este libro realidad preconstituida a finales del XVIII con vocación de sumisión a Derecho a lo largo del XIX. Adviértase que es perspectiva la de la preconstitución dieciochesca del Estado que condicionará los inicios y ulteriores desarrollos de la obra, alejándola cada vez más de una opción historiográfica a cuyo nacimiento ha contribuido no poco el Hespanha historiador. Pero Estado no es la única innovación del XVIII que sirve al Hespanha constitucionalista para habilitarle a producir una historia del constitucionalismo fundada sobre dogmática jurídico constitucional. También dieciochesca es la innovación portuguesa del la idea de Código (cap. 4). Y en este punto, resulta congruente con el relato que, aunque el autor registre, por un lado, en la ilustración jurídica portuguesa el triunfo de resistencias feudo-corporativas que cortocircuitaron la formulación de una idea contemporánea de código, no deje, por otro lado, de registrar la semilla ilustrada de una cultura política que porta ya todo el material genético de la futura experiencia constitucional portuguesa: "Esta cultura continua já, desde Pombal, todos os ingredientes que permitiam o desenvolvimento do constitucionalismo moderno".

17. Pero a este arranque sustantivo del libro, donde se nos presenta la urdimbre sobre la que tejer la historia constitucional portuguesa que Hespanha nos propone, le faltaba su más relevante fibra, que no tarda en comparecer. Lo hace en un capítulo dedicado a la "Revolución constitucionalista de 1820". Es allí al hilo de la explicación de un término como el de Regeneración tan recurrente en aquellos tiempos y no sólo en la experiencia constitucional portuguesa, donde se enuncia un juicio sobre la sinceridad del historicismo de este constitucionalismo, que al tiempo supone una declaración metodológica en la reconstrucción de la historia del constitucionalismo luso y que se repetirá a lo largo de la obra: "o argumento da continuidade traduz uma releitura da tradição, induzida pela preocupação de legitimar a mudança, mas que mal oculta as novidades" p. (63). Al estudioso de la Historia del constitucionalismo español esta declaración le ha de parecer mucho más significativa que el recuerdo de la coincidencia temporal de los procesos revolucionarios con el que comienza el capítulo. Pues en efecto, con tal enunciado se hace una apuesta sobre una calificación de una determinada experiencia constitucional que rebasa fronteras. Y aquí, como en el caso hispano, pretende cerrarse la cuestión con una explicación que habla del enmascaramiento de las novedades constitucionales en un discurso de respeto a la tradición. Desde la historia del constitucionalismo vecino se convendrá seguramente en la impostación de la tradición que hay tras el "Nada contiene..." con el que Argüelles da principio al Discurso preliminar al texto gaditano pero, quizás y sólo para algunos, no al precio de eclipsar de paso lo que de sincero historicismo o, si se quiere, de inercia institucional tuvieron no sólo muchas de las prácticas sino también las declaraciones de un primer constitucionalismo que podemos calificar, gracias a la descripción de Hespanha, pero también a pesar de su calificación, como de peninsular.
18. Y esto último merece mayor explicación pues tiene que ver con el que junto a la comprensión de la Historia del Constitucionalismo como nexo disciplinar, viene a ser considerado como elemento que perfila el estatuto de esta especial historia. Me refiero, obviamente, a la comparación entre experiencias constitucionales y a la inclusión de las mismas en un determinado modelo. Es cuestión que ha emergido ya a estas alturas en el trabajo. Concretamente en sede de "cultura política do periodo de transição" (cap. 5). Allí ya se vislumbraba que para salir de misma férula francesa que ha condicionado, y sigue condicionando, una forma de hacer historia del constitucionalismo en España (y Portugal), se recurre a situar la cultura jurídico constitucional portuguesa en la órbita alemana pero queriendo ser inglesa. A partir de ahí, aun cuando el caso hispano sirve para proporcionar identidades temporales (las de los procesos revolucionarios), identidades textuales (las de las constituciones del 12 y 22), e identidades doctrinales (contrástese, p.e., en esta obra la autoridad que se concede a la traducción de las lecciones de Ramón Salas en la formación del hegemónico y estructurante discurso jurídico-constitucional), todas ellas no sirven a los efectos de suscitar la comparación con la experiencia española. Entiéndaseme bien, no hay pan-iberismo en la reclamación de una comparación o inserción gaditana del proceso que detalladamente se nos describe. Si el caso gaditano se trae aquí a colación es porque a algunos

nos puede parecer que con el mismo se puede hacer, se está haciendo, otra historia del constitucionalismo que hace de la trama urdimbre, que procede porque ha aprendido del primer Hespánha, a tejer historia destejiendo historiografía, a construir historia cancelando tradiciones y no presumiendo innovaciones.

19. Y la incomunicación produce que toda una historia crítica del constitucionalismo español que no deja de reflexionar sobre el modelo y la experiencia gaditana no pueda aprovechar a la lectura portuguesa. Una vez diseñado el bastidor de una historia constitucional que presume y proyecta innovaciones constitucionales, lo textual se impondrá a lo textual. El capítulo dedicado al texto de 1822 puede ser rico en ejemplos. Aquí sólo se traerán tres de ellos a colación. El primero tiene que ver con la entrada de "Igualdad" que figura en una sede sistemáticamente correspondiente a los derechos. Allí quiere verse enunciado un principio de igualdad entre individuos portugueses que, sin embargo, como se reconoce inmediatamente, no tiene más alcance que la abolición de privilegios jurisdiccionales, la de jueces comisarios y el acceso a los cargos públicos. Una comparación aquí con las soluciones del primer constitucionalismo español podría aprovechar para aportar una explicación al corto alcance del principio enunciado quizás más plausible que la referencia al estadio inicial del constitucionalismo portugués. Pues como se ha hecho respecto del concepto de Nación que se viene formulando recientemente para España, la razón de que el principio no desarrolle todas sus consecuencias ¿no tendrá que ver con la persistencia de lógicas corporativas en la misma definición del concepto de Nación portuguesa? El segundo ejemplo, tiene que ver con lo que se intitulan en el libro como "Os limites da soberania: os défices do primado da lei no quadro constituicional das fontes de direito" y de entre ellos con lo que acierta a describir como "una constituição fora da constituição". Aquí el Hespánha constitucionalista no puede sino callar y ceder el paso al Hespánha historiador que respecto del antiguo régimen nos ha advertido repetidamente que huyamos de la identificación del Derecho con la Ley en la comprensión del orden jurídico ¿Acaso, no son todos los límites que Hespánha reconoce aquí indicio suficiente para poder contemplar la posibilidad de predicar de esta cultura constitucional la presencia de un paradigma jurisdiccional en la gestión del poder político? El tercer ejemplo, finalmente, tiene que ver con lo que en este mismo capítulo se denomina "O "controlo da constitucionalidade" e a responsabilidade ministerial". Aquí, del Hespánha historiador, que claudica ante el constitucionalista, sólo quedan las comillas con las que quiere advertirse la inercia premoderna de un procedimiento de depuración de las infracciones que, en la historia del constitucionalismo vecino, ha merecido ya una valoración en el sentido de la constitucionalización de antiguos dispositivos.
20. En resumen, pareciera como si la trama en que consiste el análisis del texto del 22 contradijera la urdimbre de novedades mayoritarias y continuidades marginales. Son tantas las excepciones que parecen que no confirman la regla sino que pueden, en conjunto, elevarse a ella: una lectura invertida de los capítulos comienza a ser más convincente que la ordinaria. Esta intuición queda demostrada en estudio del análisis del régimen cartista de

1826. Este extenso capítulo undécimo es un libro dentro del libro, pero por más motivos que el formal de su extensión. Como Rayuela permite este capítulo una doble lectura, la ordinaria y que empieza por su final. La primera lectura pone de manifiesto al nuevo Hespánha constitucionalista, la segunda al Hespánha historiador. Pero para reconocer a este último no sólo hace falta empezar por los últimos epígrafes, sino también no tomar muy en serio sus títulos. Recomiendo empezar por el 11.4.8 formalmente intitulado como "os poderes". Son preciosas páginas porque recogen las inercias efectivas de un modo de gestionar y de ser el poder en el antiguo régimen que ha permeado el tiempo constitucional, y que no soportan ni merecen el título bajo el que aparecen.

21. Es allí, y no en los primeros epígrafes dedicados al marco doctrinal donde, a mi modo de ver, se encuentran las razones de la aparente esquizofrenia con la que se resume la tesis central del libro: "o liberalismo -neste sentido de uma constituição de liberdades individuais- foi, em Portugal, mai ou menos o mesmo que parece ter sido em toda a Europa Ocidental/.../: um projecto constitucional que, além de algo teoricamente algo inconsistente, para realizar os seus pressupostos de realização prática, tinha que començar por desmentir alguns dos seus postulados teóricos" (p.6)
22. Es precisamente el magisterio del historiador portugués el que nos permite desconfiar de las interpretaciones de quienes resuelven las contradicciones de una experiencia constitucional mediante el recurso a la diferencia entre la teoría y la práctica. Y es precisamente ese magisterio el que nos habilita para enfrentar los dos discursos, las dos lecturas, al constitucionalista con el historiador para reducirlos a uno. Y, particularmente, me quedo con el segundo, me parece el más convincente por lo que logra decir en este libro y por lo que confío que dirá en las otras piezas del tríptico que están por ver la luz. El constitucionalista podrá replicar que mis preferencias obedecen a precomprensiones o apriorismos forjados en la lectura de unas Vísperas. Podrá argüir que, a fuerza de intentar comprender el orden jurídico-constitucional del Estado liberal conforme a los moldes y claves paradigmáticas diseñadas para el antiguo régimen, veo antiguos gigantes donde hay nuevos molinos. Probablemente tenga razón, pero, y permítaseme que rememore una anécdota querida para el propio maestro: el historiador, como el sastre chino al que se le proporciona un retal de seda listada, seguirá haciendo camisas, para estupor del occidental, con las listas en sentido horizontal.

Una farsa trágica o la imposible monarquía constitucional

María Cruz Romeo Mateo

1. Con ocasión de la muerte de Isabel II en 1904, Benito Pérez Galdós puso en labios de la reina un inquietante interrogante: “yo quiero, he querido siempre el bien del pueblo español. El querer lo tiene una en el corazón; pero ¿el poder dónde está?... El no poder, ¿ha consistido en mí o en los demás? Esta es mi duda” (p. 15). En verdad, ésta no sólo ha sido una duda real, ni siquiera galdosiana, aunque sea la de un Galdós profundamente conmovido por la mujer, ya anciana, que conoció en la capital de la modernidad europea. Y no lo es porque condensa el problema central de la España decimonónica y, en consecuencia, el enigma que ha ocupado a la historiografía del pasado y del presente. Es también la pregunta esencial que ordena la biografía publicada por Isabel Burdiel sobre esa reina cuyos destinos estuvieron tan marcados por los conflictos políticos, sociales y culturales de la época (*Isabel II. No se puede reinar inocentemente*, Madrid, 2004).
2. El estudio de Isabel Burdiel supone, en este sentido, una profunda y densa revisión de muchas de las interpretaciones asumidas acerca de la consolidación de la monarquía constitucional. Una revisión que toma como objeto de análisis una institución, la Corona, y una mujer, la reina Isabel II, cuya trascendencia a la hora de definir las peculiaridades del sistema político liberal resulta a todas luces innegable. Desde que los liberales, mucho antes de la última revolución que expulsó a Isabel II de España, elaboraran el discurso de “los obstáculos tradicionales”, la personalidad humana y política de la reina encontró su cómodo espacio descriptivo en las tesis historiográficas más significativas sobre el fracaso de una política plenamente constitucional. Sin embargo, y hasta el trabajo de Burdiel, el carácter de la real persona, las camarillas o la cultura de la corte eran, todos ellos, factores que no requerían explicación, como tampoco era necesario analizar cómo pudieron adquirir tal importancia en la evolución política de un Estado que se decía liberal, es decir, sometido a unas reglas públicas y no arbitrarias.
3. El reto asumido por la autora es doble. Por un lado, replantear las relaciones entre monarquía y liberalismo en una época, la que transcurre entre 1832 y 1854, de la que creíamos conocer sus dinámicas esenciales. Por otro, optar por una perspectiva metodológica aún teñida de suspicacias o relegada a la intrascendencia, la biografía de una reina. De este modo, la propuesta analítica se despliega en torno a tres problemas históricamente imbricados: el tránsito de una corte absolutista a una monarquía liberal postrevolucionaria; la adecuación o no de la institución monárquica a los valores privados y públicos de la sociedad burguesa y, por último, las consecuencias político culturales del hecho de que el monarca fuese una mujer. El ponderado análisis que Isabel Burdiel realiza de estas cuestiones

y, en particular, de sus vínculos no sólo puede considerarse modélico en el ámbito de la historia social y cultural, sino que constituye un referente historiográfico que obliga a releer muchos de los supuestos que hasta ahora pensábamos bien establecidos. Ello es así, entre otras razones, porque la investigación se ha basado en un estudio minucioso de la publicística de la época y, ante todo, de una prolija y desconocida documentación archivística, procedente del archivo de la regente María Cristina. Junto a las sorpresas que en este sentido encontramos –no me resisto a recomendar al lector las páginas dedicadas a la estrategia de control de la joven reina, casi una niña, por parte de un inefable Donoso Cortés, después de la revuelta antiesparterista-, no hay duda de que la solidez investigadora se fundamenta en el dominio de los grandes debates nacionales e internacionales sobre los comportamientos políticos de las monarquías en la era liberal, los mecanismos de género y, a la vez, de legitimación que operaban en la cultura burguesa o la articulación de los liberalismos tras las experiencias revolucionarias.

4. El libro se engarza como una “tragedia clásica” por varios motivos. El primero, porque, como la propia autora reconoce, la personalidad de la reina “resulta muy opaca por comparación con la de las personas que la rodeaban” y, por ello, “lo que tenemos es un coro de voces [...] que no hace sino hablar de ella, definirla, dirigirla, interpretarla y, en muchos casos, denostarla [...] Es el coro el que dice lo que está en juego” (p. 37). De ahí que, bajo ciertos presupuestos, la obra sea más que una biografía de Isabel II. Es una biografía de la Monarquía: de las mujeres que la encarnaron, de los círculos cortesanos que la animaron, de las formas y límites del poder real efectivo, de la ilusión del principio monárquico en manos de los políticos de la época, de las concepciones patrimoniales e instrumentales que secuestraron finalmente el destino político y personal de la reina. El segundo, porque la suerte de Isabel II tuvo mucho de tragedia, y no me refiero al desenlace último, funesto para ella, de 1868, sino al conflicto, no necesariamente insoluble aunque sí complejo, entre las teóricas exigencias políticas y simbólicas a las que el liberalismo había emplazado a la Corona y la más que desastrosa educación de la reina, recibida, además, en una corte de cultura inequívocamente absolutista y aristocrática; entre el poder que la Constitución de 1845 consagraba a la institución y la impotencia política y personal de una mujer cuya *natural esencia* femenina le impedía gobernar, cuya comprensión de los asuntos que estaban en juego fue sin lugar a dudas deficiente, cuyo carácter, superficial y voluble, fue un problema para los políticos del reinado y cuya vida privada animaba el chantaje de todos, comenzando por el de su clerical y carlista esposo, eficientemente ducho en los rumores de abdicación, conspiración o intentos fallidos de asesinato de la reina. No se entienda mal este segundo acto de la tragedia: el lector no encontrará exculpaciones o empáticas identificaciones con la débil voz de Isabel II. La autora no hace concesiones al personaje; lo que pretende es hacer bien visibles cuáles fueron las condiciones efectivas del poder real desde la contingencia de la experiencia individual. Este es el gran logro teórico y metodológico de Isabel Burdiel.

5. El último ámbito de la tragedia, y al que me referiré con más extensión, tiene como trasfondo la propia creación de una monarquía constitucional en un sistema liberal impuesto a la Corona mediante un proceso revolucionario. Ciertamente, las dos cartas fundamentales que definieron el marco político del Estado liberal, la progresista de 1837 y la moderada de 1845, fijaron esa fórmula como la mejor manera de lograr la estabilización política del liberalismo y, en consecuencia, como freno de la revolución y del absolutismo. Sin embargo, ¿qué significaba ser un monarca constitucional?, ¿cuál debía ser su comportamiento concreto? ¿Cómo pensar un poder como inamovible al tiempo que se le dotaba de unas prerrogativas y atribuciones que afectaban al gobierno efectivo? De las dificultades de estos problemas que, por supuesto, no eran exclusivos de la política española, pueden dar idea la diversidad de argumentos que se esgrimieron al respecto y la idiosincrasia de experiencias monárquicas en la Europa de los siglos XVIII y XIX. En cualquier caso, un rey constitucional que compartiera soberanía con la nación representada en el Parlamento, como se estipulaba en España en 1845, era un órgano de representación que disponía de un poder moderador, arbitral, neutro, superior o, en la distinción de Bagehot, dignificado. El sentido en que se ejerciera ese poder, hacia la relativa inhibición o hacia la intervención, dependió de las prácticas y convenciones políticas configuradas en cada caso. En España, la soberanía compartida implicó de hecho que la Corona se convirtiera en el factor decisivo del proceso político, estudiado por Marcuello Benedicto. Esta supremacía, incluso omnipotencia, de la Corona ha sido interpretada como consecuencia de la debilidad de la cultura política liberal en su conjunto, de la ausencia de unos partidos políticos fuertes o de la influencia determinante de esos círculos informales de poder que fueron las camarillas palatinas. A la larga, esa dinámica redundaría en el descrédito de la monarquía constitucional, cuya causa última sería la propia reina.
6. La aportación historiográfica de Isabel Burdiel es esencial para discutir con rigor científico tales argumentos, precisamente porque su perspectiva sitúa en el centro de la interrogación el espacio de poder efectivo que tuvo la persona real, primero la regente María Cristina para conjurar la revolución y, después, Isabel II para ejercer las prerrogativas constitucionales. El solvente análisis que la autora lleva a cabo de la política de la regente -de su concepción de la política como un juego de intrigas de salón y de astucias personales, del significado de su matrimonio con Fernando Muñoz, menos secreto de lo que ella pensaba y que debilitaba su posición negociadora, de las relaciones con los moderados y con Espartero, entre otros aspectos- abre nuevos campos de reflexión en torno a la dinámica histórica que contempló el triunfo del régimen representativo. En efecto, la lucha entre la Corona y el liberalismo no finalizó en La Granja en 1836 y entre los obstáculos que éste tuvo que vencer no fue el menor la vía autoritaria que María Cristina y su círculo quisieron protagonizar. Parece claro, a tenor de la investigación, que la derrota de 1836 no impidió que la regente mantuviera vivas las esperanzas, y el control, de un proyecto involucionista que pretendía situar a la Monarquía por encima de los partidos y revertir el proceso a 1832, como mínimo: en 1838-1840, en la intentona conspirativa de 1841 o en la intervención en la lucha

antiesparterista en 1843. El margen de maniobra de la regente, no obstante, estuvo condicionado por los objetivos de los moderados que, aunque pudieran coincidir con los suyos, no eran idénticos y por la efervescencia social, desde abajo, del proceso revolucionario español.

7. Ese espacio propio de actuación y de autoridad personal fue precisamente del que careció Isabel II, como se explicita en dos momentos brillantemente estudiados por la autora: el incidente Olózaga en 1843, conocido, y la instrumentalización del adulterio real entre las facciones moderadas en 1847, que hasta ahora no había sido objeto de atención. La crisis se originó cuando, en estricta práctica constitucional, la reina hizo uso de su prerrogativa para intervenir en el proceso político mediante el nombramiento de un gobierno de puritanos, al tiempo que su vida privada se animaba con la presencia del general Serrano, próximo al mundo progresista. El resultado de la crisis no pudo ser más revelador de lo que en realidad los moderados entendían por reforzamiento del poder de la Corona: las prerrogativas monárquicas tenían sentido mientras estuvieran subordinadas a sus intereses, es decir, fueran meramente instrumentales. “El poder de la Corona pasó en definitiva de ser un poder secuestrable [a raíz de lo acaecido con Olózaga] a ser un poder efectivamente secuestrado. Un poder que, a lo largo de los años siguientes, perdería cualquier posibilidad de legitimación por lo que respecta a su capacidad para ser una instancia arbitral y reguladora del juego político entre las distintas familias del liberalismo posrevolucionario” (p. 333). Confrontado con la radical contingencia individual, la estrategia moderada consistió en dominar a la Corona a costa de destruir la imagen pública de la reina, desvelando su vida privada. El más conspicuo de sus estrategias, Donoso Cortés, lo dejó escrito sin ambages: “Los progresistas no necesitan del Monarca para ser fuertes porque se apoyan en las turbas. ¿Qué fuerza no tendrán cuando se apoyen a un mismo tiempo en las turbas y en el Monarca? Los moderados no necesitan de las turbas para ser fuertes porque se apoyan en el trono: pero ¿dónde estará su fuerza cuando no se apoyen en el trono ni en las turbas?” (p. 316). La Corona, *su Corona*, era un puro instrumento del poder de los moderados, tanto más cuanto entre sus previsiones no se contemplaba la posibilidad de formar un partido de orden enraizado en la opinión burguesa, al estilo de otros conservadores europeos. Al menos en el caso de Donoso Cortés, habría que preguntarse hasta qué punto su dirigismo tan personalista no rompía en realidad con el concepto de sistema representativo.
8. En estas circunstancias concretas, ¿qué significaba la monarquía constitucional? De la lectura de la obra extraigo una conclusión inquietante por sus consecuencias: esa fórmula fue una farsa interesada e interesadamente mantenida por todos los actores del juego político. Una farsa no predeterminada por el estadio social del país, fraguada entre finales de los años treinta y mediados de los cuarenta. Señala la autora que, abandonada la vía de “el rey reina, pero no gobierna”, nunca se definió la función de reinar y los límites de gobernar atribuidos al monarca. Tampoco en otros países se perfiló ese cuarto poder moderador del que hablaba Benjamin Constant y, sin embargo, la Monarquía no cayó en el

descrédito. En España, nadie creyó en “la ilusión monárquica”, ni política ni simbólicamente; ni como poder arbitral más allá de la política ni como elemento de cohesión entre las elites. No creyeron María Cristina y su camarilla, instituidos en codiciosos y celosos guardianes de una monarquía que se quería patrimonial; Isabel II, cuyo comportamiento estaba lejos de simbolizar la moralidad privada y pública y la identidad de la nación; y tampoco los políticos del liberalismo. No funcionó la doctrina de la doble confianza, y no por razones estructurales. María Cristina y los moderados la desvirtuaron tras el triunfo progresista en las elecciones del verano de 1839 y, en otro orden, con el asunto Olózaga, al hacer de la reina “un poder secuestrable”, y con el chantaje político al que la sometieron en 1847. Con estas prácticas, el moderantismo renunciaba a implantarse socialmente como “partido”. Por su parte, los progresistas poco hicieron en un principio por encauzar las convenciones de ese régimen. En lugar de centrarse en el juego parlamentario, forzaron el rechazo de la ley de Ayuntamientos en la calle en 1840, mediante la estrategia insurreccional, y en 1847 aprovecharon las relaciones privadas de la reina para influir en la dinámica de gobierno. No impulsaron, al menos entonces, un proceso de aprendizaje de la política, es decir, de aceptación de las reglas del juegos de los sistemas representativos. Luego, cuando reclamaron “juego limpio”, sus bases eran ya más radicales y el fantasma del republicanismo crecía. ¿Qué cultura política se impulsaba con estos mimbres tan poco generosos y desprendidos, es decir, tan poco liberales?

9. Sin lugar a dudas, *Isabel II. No se puede reinar inocentemente* obliga a modificar radicalmente las interpretaciones sobre el poder de la reina en los asuntos políticos, a replantear las tesis estrechamente social-estructurales sobre el fracaso del reinado y, en fin, a analizar la trayectoria de las culturas políticas del liberalismo español, su paso del mito de la soberanía nacional al difícil desarrollo del liberalismo de partidos. Los estudiosos del siglo XIX estamos, pues, de enhorabuena.

INFORMES

Il Centro ITC-isig (Centro per gli studi storici italo-germanici – Italienisch-Deutsches Historisches Institut) di Trento

Anna Gianna Manca

- I. Cenni storici
- II. Le linee di ricerca e la storia costituzionale
- III. Attività convegnistica ed editoriale
- IV. Biblioteca

1. I. Il Centro per gli studi storici italo-germanici nasce, sotto la denominazione di Istituto Storico Italo-Germanico in Trento / Italienisch-deutsches Historisches Institut in Trient, per iniziativa dell'Istituto trentino di cultura (ITC) nell'ormai lontano 3 novembre 1973. "Scopo dell'Istituto – aveva detto rivolgendosi al Consiglio della Provincia autonoma di Trento l'allora Presidente della Giunta, avv. Bruno Kessler, nel presentare il bilancio di previsione per l'esercizio finanziario 1973 - è la promozione degli studi relativi ai legami che uniscono il mondo germanico a quello italiano nella realtà storica europea, mediante la creazione di una biblioteca di ricerca specializzata e con la promozione di incontri-seminari di studio tra giovani ricercatori italiani e tedeschi"¹.
2. L'Istituto di ricerca extrauniversitario, che si proponeva come un istituto per "la ricerca storica al più alto livello"² e avrebbe dovuto operare "in contatto con strutture universitarie ed accademiche dell'intera area della civiltà germanica e italiana"³, fu fondato dopo essersi rivelato vano lo sforzo di istituire, in collaborazione con la Provincia di Bolzano, una università bilingue a carattere regionale⁴.
3. L'Istituto storico italo-germanico, che dal 1997 ha assunto l'attuale denominazione di Centro per gli Studi Storici Italo-Germanici per superare le difficoltà comunicative derivanti dall'uso plurimo del termine Istituto mentre la denominazione originaria è rimasta solo sotto forma di acronimo (ITC-isig), è oggi il più 'anziano' dei centri di ricerca dell'ITC e come questi gode di piena autonomia scientifica. La sua rappresentanza legale e la sua gestione finanziaria ed amministrativa è invece nelle mani dell'ITC, che, in quanto ente funzionale (o strumentale) della Provincia, gode di personalità giuridica ed è stato anche riconosciuto, nell'ambito delle norme d'attuazione dello Statuto della Regione Trentino – Alto Adige quale modificato nel 1972,

¹ Cit. da *Notizie dell'Istituto*, in "Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento / Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient " (da qui in poi "Annali"), I, 1975, pp. 11-16, qui p. 11.

² Cfr. Bruno Kessler, *Discorso inaugurale*, del 3 novembre 1973 tenuto a Villa Tambosi, sede originaria dell'Istituto situata a Villazzano di Trento, in "Annali", I, 1975, pp.17-21, qui p. 20.

³ Cfr. *Notizie dell'Istituto*, in "Annali", I, 1975, cit. p. 11.

⁴ Cfr. Bruno Kessler, *Discorso inaugurale*, cit., p. 19.

ente di ricerca regionale, e quindi ente pubblico di ricerca, dal DPR n. 513 del 19 novembre 1987.

4. Sino al marzo 2005, quando a dirigere il Centro ITC-isig è stato chiamato dal Consiglio di Amministrazione (CdA) dell'ITC Gian Enrico Rusconi, ordinario di Scienza politica presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Torino, nella vita scientifico-culturale dell'Istituto si possono distinguere chiaramente due fasi (*a* e *b*), rispettivamente corrispondenti al periodo precedente e successivo all'entrata in vigore del secondo Statuto dell'ITC nel gennaio 1994. Di queste due fasi fu indubbiamente la prima quella in cui l'Istituto storico italo-germanico concentrò i suoi sforzi maggiori nel tentativo di agganciare la ripresa conosciuta in Germania in quegli anni dagli studi di storia costituzionale per rilanciarli anche in Italia, mettendone a frutto l'alto livello di maturazione metodologica raggiunta.
5. a) Dal momento della sua fondazione (1973) fino al 1995, quando ormai anche l'Istituto si era adeguato al nuovo Statuto dell'ITC entrato in vigore nel gennaio 1994 dandosi un nuovo Regolamento che prevedeva un più elevato ed articolato livello di strutturazione interna, esso mantenne un livello relativamente basso di formalizzazione della sua organizzazione.
6. Conformemente al disposto del suo primo Regolamento del 1978⁵, che peraltro riconosceva all'Istituto quella "piena autonomia scientifica" che non è mai stata messa in discussione, tra gli organi dell'Istituto era previsto anzitutto un Comitato scientifico, che avrebbe dovuto "rappresentare in modo equilibrato, tendenzialmente paritetico, le due aree culturali" italiana e tedesca (art. 4) e "programmare" l'attività scientifica dell'istituto all'inizio di ciascun anno accademico (art. 5).
7. A questo Comitato scientifico sarebbe spettata, sempre secondo il Regolamento, la designazione del Segretario, di fatto il Direttore, con la duplice funzione di "responsabile della gestione effettiva di ogni attività dell'Istituto" (art. 4) e di tramite costante di collegamento tra Comitato scientifico e ITC. Il Segretario era chiamato dal Regolamento a dare attuazione ai programmi deliberati dal Comitato scientifico, e in questa funzione presiedeva le sedute della Giunta esecutiva, un organo collegiale assai ristretto (4 membri compreso il Segretario) previsto dal Regolamento (art. 6), che si componeva dei soli membri del Comitato scientifico residenti nella Regione Trentino Alto-Adige; sempre al Segretario spettava, secondo l'art. 7 del Regolamento, di attribuire gli incarichi interni.
8. Al vertice del Comitato scientifico avrebbe dovuto essere inoltre eletto dal suo stesso seno un Presidente, chiamato a presiedere le sedute del Comitato nonché a rappresentare l'Istituto storico verso l'esterno.
9. La carica di Segretario, di fatto la carica esecutiva più importante, fu tuttavia posta dal presidente Kessler sin dall'inizio nelle mani dello storico

⁵ Per il Regolamento dell'ISIG del 1° aprile 1978, che si componeva di soli 9 articoli, ivi comprese le Disposizioni finali e transitorie, vd. "Annali", IV, 1978, pp. 11-14.

bolognese Paolo Prodi. Nella sua qualità di responsabile sia della programmazione scientifica dell'attività dell'Istituto, sia del consolidamento ed ampliamento della sua biblioteca, Prodi fu affiancato all'epoca della sua direzione da un Comitato scientifico, i cui membri erano stati scelti tra i più validi rappresentanti della storiografia tedesca e italiana. Del Comitato scientifico, presieduto sino al 1979 da Hubert Jedin (+ 1980), dal 1979 al 1993 da Adam Wandruszka, e quindi da Reinhard Elze sino al 1998, facevano parte originariamente U. Corsini, R. Manselli, C.G. Mor, K. Repgen, I. Rogger, H. Schmidinger, F. Valsecchi, R. Elze⁶. Successivamente entrarono a farne parte per cooptazione anche Pierangelo Schiera, Rudolf Lill e Joseph Riedmann nel 1978, Cinzio Violante e Angelo Ara nel 1989, Giorgio Chittolini e Eberhard Weis nel 1990, Fritz Fellner nel 1991, Arnold Esch e Carlo Ghisalberti nel 1993.

10. A dividere però anche quotidianamente con il Segretario le ansie oltre che le soddisfazioni di lavorare all'ambiziosissimo progetto di costruire e consolidare giorno dopo giorno la realtà di un istituto di ricerca extra- e postuniversitario unico in Italia nel suo genere era però soprattutto un più ristretto e selezionato gruppo di storici dell'Università di Trento e di giovani dottorandi.
11. Sin dal 1976 infatti Paolo Prodi aveva chiamato a Trento Pierangelo Schiera, esperto di storia costituzionale tedesca, per coadiuvarlo nel suo compito. A fianco di Prodi e di Schiera, che hanno assicurato insieme la direzione della rivista dell'Istituto, gli "Annali", prestavano la loro collaborazione a titolo più o meno volontario e gratuito, in modo alquanto informale ma non per questo meno partecipato ed entusiasta, nella vecchia ma prestigiosa sede originaria dell'Istituto, Villa Tambosi di Villazzano, un grazioso sobborgo di Trento, anche numerosi altri amici studiosi e collaboratori, i cui nomi si ricavano facilmente dal progressivamente sempre più largo Comitato di redazione che sovrintendeva alle collane di pubblicazioni dell'Istituto, ma poi anche dagli elenchi dei partecipanti alle iniziative convegnistiche e seminariali dell'Istituto di cui si dava regolarmente conto nella sezione "Bollettino" degli "Annali".
12. Sin dai suoi primi anni l'Istituto si è concentrato nel perseguimento di tutti gli scopi nominati nel suo primo Regolamento del 1978: "fondazione di una biblioteca specializzata, promozione della ricerca, organizzazione di seminari, incontri e corsi, pubblicazione di periodici e opere monografiche, interventi per facilitare scambi e soggiorni di studio per i ricercatori delle due aree" (art. 2), senza trascurarne alcuno.
13. Nel 1986 l'Istituto intanto si trasferiva dalla sua sede originaria di Villa Tambosi per trovare la sua ubicazione definitiva, che è poi anche quella attuale, nel centro della città di Trento, ed in particolare nell'ex convento di Santa Croce. Contemporaneamente si chiude anche la fase fondativa dell'Istituto e si apre un nuovo ciclo nelle attività e nella collocazione dell'Istituto in rapporto alla città ma anche al territorio circostante in genere.

⁶ Cfr. *Notizie dall'Istituto*, in "Annali" I, 1975, p. 11.

14. A questa nuova fase corrisponde anche la preoccupazione dell'istituto di aprire nuove linee di ricerca nonché di precisare ulteriormente quelle esistenti, assicurando anche possibilità di impiego stabile al cosiddetto *Nachwuchs* (nuova generazione) al suo interno. Nel 1986 vengono assegnate le prime due borse di studio, una nel settore di ricerca dello "sviluppo dello Stato moderno e formazione dei modelli di comportamento collettivo (disciplinamento sociale)" e l'altra nel settore della "storia costituzionale in Italia e in Germania", e già nel 1989 viene bandito il primo posto a tempo indeterminato di ricercatore, a cui se ne aggiungeranno però, nel corso degli anni successivi sino al 1993, solo altri due; da quel momento in poi non sarà cioè mai superato il limite dei tre posti di ricercatore in organico. Continueranno invece ad essere attribuite borse di studio a giovani ricercatori, preferibilmente dottorandi e dottori di ricerca, con sempre maggiore frequenza particolarmente nella cosiddetta seconda fase della vita dell'Istituto.
15. Già a partire dal 1993 cominciano a farsi sentire distintamente anche all'ISIG gli effetti del processo di razionalizzazione dell'attività interna che interessava da qualche tempo l'Istituto per la ricerca scientifica e tecnologica (IRST) dell'ITC, razionalizzazione dettata inizialmente da esigenze eminentemente organizzative; il processo porta a organizzare e convogliare tutta l'attività dell'Istituto in cosiddetti "progetti di ricerca", laddove tuttavia assumono la denominazione di progetti anche le attività non propriamente scientifiche ma invece più propriamente di supporto alla ricerca come quella della biblioteca o del servizio editoriale. Il processo di razionalizzazione sfocerà, come si è già accennato, nella adozione a partire dal 1° gennaio 1994 di un nuovo Statuto per tutto l'ITC. Il mandato di Direttore dell'ISIG, scaduto nel 1993, viene tuttavia riconfermato per il triennio successivo a Paolo Prodi, il quale però alla sua scadenza deciderà di rimetterlo nelle mani del CdA dell'ITC ponendo così lo spinoso problema della successione al fondatore.
16. b) In seguito alla introduzione per tutto l'ITC del nuovo Statuto del gennaio 1994, anche l'Istituto Storico Italo Germanico riceve, secondo il dettato del 2° comma del suo art. 10 relativo ai "Centri di ricerca", un nuovo Regolamento, regolamento approvato dal CdA dell'ITC in data 2 febbraio 1995.
17. In seguito all'introduzione di questo nuovo Regolamento comincerà una nuova fase nella storia organizzativa dell'Istituto Storico, cui tuttavia corrisponderà ancora per qualche anno una certa continuità di direzione e quindi anche di linee di sviluppo dell'attività scientifica, perlomeno sino al periodo immediatamente successivo alle dimissioni di Paolo Prodi, il 30 settembre 1997.
18. Con il nuovo Statuto ITC fu normata diversamente anzitutto la procedura di nomina del Direttore dell'Istituto Storico : mentre prima il Direttore (o, meglio, il Segretario) doveva essere indicato dal Comitato scientifico, con il nuovo Statuto il Direttore doveva essere nominato dal CdA dell'ITC su una

rosa di nomi predisposta dal Presidente di quest'ultimo (art. 13 Statuto ITC). Con il nuovo Regolamento del 2 febbraio 1995, con cui si ribadisce nuovamente la "autonomia culturale e scientifica" dell'Istituto Storico, si stabilisce però anche espressamente la temporalità della carica del suo Direttore, designato per tre anni anche se con mandato rinnovabile (art. 4). Il Direttore sarà da ora in poi tenuto ad informare della sua attività un nuovo organo, il Consiglio scientifico (art. 4, comma 5), organo di consulenza del CdA dell'ITC e del suo Presidente; con la istituzione di questo nuovo organo si introduce un primo momento di controllo sull'attività dell'Istituto storico, interno all'ITC ma pur sempre esterno ad esso. Sempre secondo il nuovo Regolamento il Direttore sarà inoltre coadiuvato nell'attuazione dei progetti di ricerca da un cosiddetto Comitato direttivo, che Paolo Prodi nel 1995, dopo essere stato riconfermato Direttore dell'Istituto sulla base del nuovo Regolamento e in particolare secondo le sue disposizioni finali e transitorie, volle far corrispondere ai membri del vecchio Comitato scientifico, nominando come suoi membri tutti i membri di quest'ultimo.

19. Intanto nel 1994 era partito alla volta di Berlino, con l'incarico di Direttore dell'Istituto Italiano di Cultura, Pierangelo Schiera, lasciando di fatto l'Istituto trentino. Nel corso degli anni successivi la attività di ricerca dell'Istituto storico attinente o più contigua alla storia costituzionale comincia ad arroccarsi/rifugiarsi preferibilmente all'interno di singoli progetti di ricerca interni, oppure si ritrova in singole iniziative convegnistiche, seminari, o editoriali, cessando gradualmente in ogni caso di fatto di rappresentare il fiore all'occhiello e soprattutto un sicuro punto di orientamento scientifico-metodologico nella complessiva attività dell'Istituto.
20. Con la fine della direzione Prodi, durata quasi 25 anni, nel settembre 1997, e l'inizio della successiva, che si è protratta dal 1998 al marzo 2005, inizia per contro, anche se con una certa gradualità, uno slittamento dell'orientamento dell'Istituto verso una maggiore attenzione alla radice territoriale (se vogliamo 'trentina') dell'Istituto, insomma verso la storia regionale e locale, da un lato, e verso la storia medievale e moderna dall'altro, incentrandosi poi soprattutto su linee di ricerca come la storia del profetismo, della direzione spirituale e degli spazi sacri, come modi per saggiare il tema del ruolo della masse nella vita degli Stati e della Chiesa, sin qui alquanto estranei al profilo scientifico-programmatico del Centro di ricerca. Per quanto riguarda quest'ultimo infatti ancora nel 1996 Prodi aveva parlato nella sua "Relazione" sulla "Attività dell'Istituto nell'anno 1995" dei suoi due "filoni d'indagine" principali ravvisandoli nella "storia politico-costituzionale d'Europa" e nella "storia delle istituzioni ecclesiastiche e culturali"⁷. A fare da mediazione tra i due orientamenti e le due fasi dell'Istituto resterà solo il progetto di ricerca su "Istituzioni ecclesiastiche e vita religiosa" di cui inizialmente sarà responsabile lo stesso Paolo Prodi.

⁷ Cfr. *Attività dell'Istituto nell'anno 1995. Relazione del Direttore*, in "Annali", XXI, 1995, pp. 611-635, qui p. 612.

II. Le linee di ricerca e la storia costituzionale

21. L'Istituto trentino, pur estendendo l'ambito cronologico dei propri interessi storiografici dal primo medioevo all'età contemporanea (fino alla Seconda guerra mondiale), scelse sin dai suoi primi anni di vita di non cedere a comode tentazioni generalistiche. Le linee di ricerca storica da esso privilegiate si ricavano facilmente non solo dalle sue pubblicazioni e dalle sue iniziative convegnistiche e seminari, ma anche, più immediatamente, dai Bollettini sull'attività dell'istituto regolarmente pubblicati negli "Annali".
22. Sin dai primi tempi di vita dell'Istituto storico si trova formulato chiaramente il suo interesse, oltre che per la storia delle istituzioni politiche ed ecclesiastiche, per la storia costituzionale quale si andava in quegli anni affermando rinnovata nel suo statuto scientifico proprio nei paesi di lingua tedesca, Germania e Austria, individuati come *Gesprächspartner* privilegiati dell'Istituto. Già nel febbraio 1980 ad esempio fu organizzato dall'Istituto un convegno sulla storia costituzionale austriaca del XVIII e XIX secolo, da cui si ricaverà peraltro un volume molto fortunato⁸. Nello stesso anno cominciarono inoltre a Villa Tambosi tutta una serie di incontri, inizialmente piuttosto informali, coordinati da Pierangelo Schiera, di studiosi italiani più e meno affermati, su temi di *Verfassungsgeschichte* tedesca⁹. Questo gruppo di cosiddetti 'germanisti', di cui facevano parte tra gli altri studiosi come Innocenzo Cervelli, Gustavo Corni, Maurizio Fioravanti, Raffaella Gherardi, Gustavo Gozzi, Marisa Mangoni, Aldo Mazzacane, Renato Mazzolini, Marco Meriggi, Ilaria Porciani, si riunirà regolarmente a partire dal 1984 e sino al 1987 attorno ad un progetto di ricerca, coordinato da Pierangelo Schiera e finanziato dal Centro Nazionale delle Ricerche (CNR), dal titolo "Costituzioni sociali, teorie dello Stato, ideologie in Germania. Secoli XVII-XX"¹⁰. Tali incontri proseguiranno però ben oltre l'arco temporale di questo progetto CNR, sotto progetti di differente denominazione: il riferimento è qui al gruppo di ricerca finanziato sempre dal CNR e coordinato da Aldo Mazzacane a partire dal 1988 su "Cultura giuridica e scienze sociali in Italia e in Germania nel secolo XIX", nonché, a partire dal 1990, al Gruppo di ricerca CNR su "I concetti fondamentali delle scienze sociali e dello Stato fra Otto e Novecento, in relazione all'organizzazione del sistema politico in Italia e Germania". Nell'ambito del particolare interesse portato dall'Istituto alla storia costituzionale tedesca rientra anche l'incontro organizzato nel marzo 1987 sulla storiografia (social-) costituzionale, ancora intrisa di elementi spiccatamente *völkisch*, di Otto Brunner, i cui Atti, sotto il titolo *Incontro su Otto Brunner/Otto Brunner- Tagung. L'opera di di Otto Brunner: condizionamenti del tempo, prestazioni metodologiche, influenze storiografiche*, saranno pubblicati nel volume XIII (1987) degli "Annali"

⁸ P. Schiera (a cura di), *La dinamica statale austriaca nel XVIII e XIX secolo. Strutture e tendenze di storia costituzionale prima e dopo Maria Teresa* (Quaderni dell'Istituto Storico italo-germanico in Trento, 7), Bologna 1981.

⁹ Cfr. *Notizie sull'attività dell'Istituto*, in "Annali", VI, 1980, pp. 11-21, qui pp. 19-20.

¹⁰ Cfr. *Attività dell'Istituto nell'anno 1987*, in "Annali", XIII, 1987, pp. 479-493 e inoltre il volume a cura dell'Istituto Storico Italo-germanico in Trento/Italienisch-Deutsches Historisches Institut in Trient, *A vent'anni dalla fondazione / Bilanz nach zwanzig Jahren Strukturen di ricerca, attività , iniziative/Forschungsstrukturen, Tätigkeit, Initiativen. 1973-1993*, Trento 1993, pp. 57-67.

dell'Istituto. Nello stesso ambito della storia costituzionale della società di antico regime si muoveva però anche il saggio, uscito nello stesso volume XIII degli "Annali", di Luigi Blanco, *La storiografia "corporativa" e "costituzionale" di Émile Lousse: osservazioni e linee di verifica*¹¹, richiamando l'attenzione sullo studioso belga che più si era adoperato per mettere in comunicazione la storiografia costituzionale francese e quella tedesca.

23. Il primo vero e proprio manifesto programmatico degli orientamenti scientifici dell'Istituto di Trento si trova nel numero VIII (1982) degli "Annali": qui si esprime infatti la esigenza di andare verso il superamento della tradizionale separazione tra "una storia delle istituzioni intesa come storia di realtà oggettive (amministrazione, esercito, diplomazia, gerarchia ecclesiastica ecc. ...) da un lato e una storia sociale intesa come crescita dal basso... di sistemi mentali, culturali e di produzione..."¹² dall'altro, come pure la necessità di "mettere e tenere in tensione fra loro storia materiale e storia delle idee, individuando anche e mettendo in luce le occasioni non infrequenti in cui ciascuna di esse interferisce con l'altra, o addirittura la surroga"¹³. Si torna a nominare in questo modo il carattere necessariamente interdisciplinare che è proprio della storia costituzionale, costantemente volta al superamento della dicotomia struttura-sovrastuttura, e si coglie il dato politico-istituzionale sia nel momento statico in cui è definita normativamente la sua organizzazione, che in quello dinamico in cui questa organizzazione istituzionale entra quindi concretamente in funzione, interagendo con la complessa realtà circostante, fatta anch'essa di istituzioni e di idee, ma avente al centro sempre e comunque l'uomo, con la sua tensione alla conservazione o alla trasformazione della realtà data, mosso da interessi più o meno materiali.
24. Già nel 1982 uno dei concetti-chiave individuati, in grado di fungere da leva per comprendere ma anche per agire ed eventualmente rimuovere tutta la serie di dicotomie che l'uomo e lo storico si trovano quotidianamente davanti, è quello di "disciplinamento sociale", un concetto allora assai poco usato nella storiografia italiana a differenza che in Germania, con cui si intendeva "l'insieme dei complessi processi di interazione tra istituzioni e società, ...[il] tessuto connettivo in cui si formano i modelli di comportamento individuali e collettivi destinati a trasformarsi a loro volta – in un continuo intreccio di elaborazioni e imposizioni, di filtri e controlli – in strutture"¹⁴.
25. Il ricorso alla parola-chiave di disciplinamento sociale, lungi dal rinviare ad un campo d'indagine o a un filone di ricerca dai confini disciplinari ben definiti, voleva essere ad ogni modo, esattamente all'opposto, un invito alla "interdisciplinar[ità] nel metodo"¹⁵. Di quella del disciplinamento come di

¹¹ *Ibidem*, pp. 271-326.

¹² Cfr. la *Presentazione* non firmata, e quindi da attribuirsi alla Direzione duale (Prodi-Schiera) della rivista, alla "Sezione I" degli "Annali", VIII, 1982", pp. 9-11, qui p. 10.

¹³ *Ibidem*, p. 11.

¹⁴ Cfr. *ibidem*, pp. 9-10.

¹⁵ *Ibidem*, p. 10.

una “proposta di modell[o] interpretativo” si parlerà quindi nel 1989 all’atto di ricordare le ormai tradizionali linee di ricerca principali dell’Istituto nel resoconto sulla *Attività dell’Istituto nell’anno 1989*¹⁶: “Nel campo della ricerca, che coinvolge più direttamente l’immagine dell’Istituto, oltre alle ricerche personali di tutti quelli che vi lavorano, c’è sempre al fondo anche un progetto complessivo legato a proposte culturali ben caratterizzate: recupero della storia politica nel senso della *Verfassungsgeschichte*, attenzione particolare alle istituzioni, da quelle più strettamente politiche e sociali a quelle ecclesiastiche, a quelle culturali e scientifiche, proposta di modelli interpretativi come quello del disciplinamento sociale e della confessionalizzazione”.

26. Di un complesso tentativo di inserire il tema della disciplina e del disciplinamento nella discussione storiografica di tipo politico-costituzionale, prendendo le mosse dall’ipotesi dell’“esistenza di un forte legame genetico fra politica e disciplina” si farà promotore Pierangelo Schiera, del quale, nella “Sezione II, Problemi storiografici”, del volume XVIII (1992) degli “Annali” apparirà il saggio su *Disciplina, disciplinamento*¹⁷. Il 7-9 ottobre 1993 l’Istituto collaborerà intanto con tutte le sue forze migliori e sotto il coordinamento scientifico di Paolo Prodi al convegno internazionale organizzato a Bologna presso l’Accademia delle scienze dal Dipartimento di Discipline storiche della locale Università e recante il titolo “Disciplina dell’anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna”, i cui atti saranno pubblicati, sempre a cura di Paolo Prodi, per la collana dei Quaderni dell’Istituto nel 1994.

27. Sin dai primi anni di attività dell’Istituto non mancano tuttavia nemmeno chiari segni di un interesse particolare dell’Istituto per metodo e contenuti verso la *Landesverfassungsgeschichte* tedesca¹⁸: un chiaro segno dell’intenzione di recuperare a vantaggio della storiografia della realtà regionale in cui l’Istituto si colloca le acquisizioni recenti della storia ‘regionale’ d’Oltralpe, per vivificare e rinnovare la storia locale trentino-tirolese, da tempo arroccata sulla più tradizionale storia politica e sensibile tutt’al più solo nei confronti della storia sociale in quegli anni in ascesa. Del resto, delle difficoltà incontrate dalla giovane istituzione di ricerca storica nel suo tentativo di dialogare con la comunità degli storici locali, parlerà già Prodi a soli dieci anni dalla fondazione dell’istituto¹⁹, anche se proprio queste difficoltà porteranno l’Istituto a prestare la massima attenzione a tutto ciò che di potenzialmente innovativo si muoveva nell’interessante e complessa realtà storico-culturale circostante. Non è così certo un caso se nel dicembre 1992 anche all’Istituto viene presentata la rivista “Storia & Regione / Geschichte & Region” che nasce per la ferma volontà di un gruppo di giovani storici sudtirolesi.

¹⁶Vd. “Annali”, XV, 1989, pp. 413-424, in part. p. 414.

¹⁷ Cfr. “Annali” XVIII (1982), pp. 315-349.

¹⁸ Alla *Landesgeschichte*, soprattutto tedesca, è dedicata la “Sezione II – Studi” degli “Annali” del 1981, cit., pp. 19-226.

¹⁹ Cfr. Paolo Prodi, *I dieci anni dell’Istituto storico italo-germanico: 3 novembre 1973-3 novembre 1983. Bilancio e prospettive*, in “Annali”, IX, 1983, pp. 529-536.

28. Si è già accennato a come intorno alla metà degli anni Novanta la tensione dell'Istituto storico verso il metodo interdisciplinare e dinamico-strutturale della nuova storia costituzionale tedesca cominci gradualmente in un certo senso a istituzionalizzarsi ma al medesimo tempo ad essere circoscritto a singoli Progetti di ricerca dell'ISIG che si muovono coerentemente ma in solitudine sulle tematiche della storia politico-costituzionale. Il primo riferimento è qui anzitutto al Progetto ISIG del 1995, coordinato da Pierangelo Schiera, *L'Italia e il mondo tedesco: aspetti storico-istituzionali e identità collettive in età moderna e contemporanea*, al cui interno compariva anche un sottoprogetto, avente per responsabile Anna Gianna Manca, dal titolo "Il costituzionalismo europeo ottocentesco. Modelli e codificazioni tra Italia, Germania e Austria".
29. Nel solco degli interessi convogliati da questo progetto rientrava l'attività di ricerca da cui scaturì nel 1995 il volume di Anna Gianna Manca, *La sfida delle riforme. Costituzione politica nel liberalismo prussiano (1850-1866)*, Bologna 1995, ma all'interno di questo progetto si diede anche vita, oltre che alla costituzione di un Gruppo di lavoro 'a distanza' su "Il costituzionalismo europeo ottocentesco"²⁰, a una serie di seminari e convegni che indubbiamente hanno contribuito fortemente a far perdurare nel tempo l'immagine del Centro ITC-isig come di un centro particolarmente attento agli studi di storia costituzionale.
30. Il primo seminario della serie, di cui purtroppo non furono pubblicati gli Atti, era intitolato *Dalle costituzioni giacobine allo Statuto Albertino. Modelli e influssi europei*, e si svolse a Trento, il 10 novembre 1995, sotto il coordinamento da Pierangelo Schiera e di Anna Gianna Manca, mentre il secondo, organizzato in collaborazione con Andrea Romano dell'Università di Messina, diede infine vita al corposo volume *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea tra la fine del 700 e la prima metà dell'800 : atti del seminario internazionale di studi in memoria di Francisco Tomas y Valiente : (Messina, 14-16 novembre 1996)*, a cura di Andrea Romano, pubblicato a Milano per i tipi della Giuffrè nel 1998.
31. Dal convegno su *L'istituzione parlamentare nel XIX secolo. Una prospettiva comparata / Die parlamentarische Institution im 19. Jahrhundert. Eine Perspektive im Vergleich*, svoltosi invece a Trento nel 1998 scaturì invece un volume dei "Contributi/Beiträge" a cura di/hrsg. von Anna Gianna Manca - Wilhelm Brauneder, Bologna - Berlin 2000; dall'ultimo dei convegni trentini organizzati all'interno del Progetto su "Il costituzionalismo europeo ottocentesco" derivò infine nel 2003 un altro volume, sempre dei "Contributi/Beiträge", dedicato a *Parlamento e Costituzione nei sistemi costituzionali europei ottocenteschi / Parlament und Verfassung in den konstitutionellen Verfassungssystemen Europas*, a cura di/hrsg. von Anna Gianna Manca - Luigi Lacchè. L'interesse per la storia del costituzionalismo non è qui solo interesse per la storia delle dottrine costituzionali o dei movimenti costituzionali ma è anche interesse per la organizzazione ed il

²⁰ Vd. Anna Gianna Manca, *Il gruppo di ricerca ISIG sul costituzionalismo europeo ottocentesco*, in «Storia, Amministrazione, Costituzione. Annale dell'Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica», 5, 1997, pp. 329-335.

funzionamento concreto delle strutture e delle istituzioni politico-statali. Il movimento storico tra diritto-istituzioni-società è circolare e non trova composizione definitiva all'interno di nessuno dei tre elementi, la cui stessa identità non può essere colta isolatamente dagli altri due termini della triade.

32. Parallelamente a queste iniziative di ricerca interne, si svolgevano anche altre iniziative di storia costituzionale come il convegno su *Democrazia, diritti, costituzione: i fondamenti costituzionali delle democrazie contemporanee* (Trento 13-14 ottobre 1995), di cui però gli Atti vennero pubblicati nel 1997 a cura di Gustavo Gozzi fuori dalle collane dell'Istituto, o anche il convegno *Centralismo e federalismo nel XIX e XX secolo. Italia e Germania a confronto* (7-9 dicembre 1995), organizzato in collaborazione con altre istituzioni (Arbeitsstelle für Vergleichende Gesellschaftsgeschichte an der Freien Universität Berlin, Istituto Italiano di Cultura di Berlino, Verein für Italienisch-Deutsche Geschichtsforschung e.V., Berlino), i cui Atti, a cura di Oliver Janz - Pierangelo Schiera - Hannes Siegrist furono invece accolti, come già il volume *Strukturen und Wandlungen der ländlichen Herrschaftsformen vom 10. zum 13. Jahrhundert. Deutschland und Italien im Vergleich*²¹, nella serie degli „Schriften“ sotto il titolo *Zentralismus und Föderalismus im 19. und 20. Jahrhundert. Deutschland und Italien im Vergleich* (Berlino 2000).
33. Il mutamento di rotta avviato dapprima timidamente nella seconda metà degli anni Novanta diventa subito evidente se si guarda anche solo alla programmazione convegnoistica per il 1999; in particolare il brusco slittamento nell'arco temporale preferibilmente coperto dalle iniziative del Centro ITC-isig si nota sia nel programma editoriale del 1999, eccezion fatta per alcune pubblicazioni che chiaramente risultano programmate in tempo precedente, sia nelle borse di studio attribuite a partire dalla stessa data, come pure, evidentemente, nei progetti di ricerca condotti all'interno dell'ISIG, sia quelli da esso interamente finanziati che quelli cofinanziati da enti o fondazioni di carattere locale.
34. Nel 2001, come si evince dal *Bollettino – Attività dell'istituto nell'anno 2000*, incluso nel volume XXVI (2000) degli „Annali“, l'interesse dell'Istituto trentino per i temi della storia costituzionale e delle istituzioni politico-statali non può nemmeno più essere detto soltanto nominale, se è vero che i settori di ricerca di interesse dell'Istituto sono ormai indicati come “le istituzioni civili ed ecclesiastiche; la società in tutte le sue rappresentanze e i suoi meccanismi di funzionamento; le espressioni della cultura (ivi comprese le istituzioni di cultura) e delle scienze”²², laddove istituzioni e società tornano a rinviare a campi di indagine separati, sembrerebbe anche disciplinarmente, e soprattutto se è vero che quasi sparisce qualsiasi riferimento alla storia costituzionale. Essa appare alquanto trascurata nella attività convegnoistica, seminariale interna nonché editoriale dell'Istituto, che da qui in poi solo sporadicamente si confronterà con i temi ed i nodi chiave della storia politico-costituzionale e dell'organizzazione politico-statale in

²¹ Il volume uscì, a cura di Gerhard Dilcher e Cinzio Violante a Berlino nel 2000.

²² Vd. «Annali», XXVI, 2000 [2001], pp. 807-841.

genere. Anche il tema del disciplinamento sociale non viene più affrontato come strumento euristico per comprendere cosa tiene insieme governati e governanti, ma come atteggiamento della coscienza individuale senza però una valutazione adeguata delle valenze politico-statali del momento e del fattore del disciplinamento. Altamente privilegiate sono state, perlomeno sino a qualche mese fa, oltre alla storia locale e regionale, tematiche di storia sociale e religiosa indagate peraltro prevalentemente in epoca medievale e moderna; a ben vedere si può parlare certo di una “varietà di approcci tematici”²³ che però non hanno più in comune quella tensione alla costruzione di un rigoroso metodo storiografico di scuola che invece era stata caratteristica della vita dell’Istituto.

III. Attività convegnoistica ed editoriale

35. Come si è detto, già nel primo Regolamento (art. 2) dell’Istituto storico trentino si affermava che tra i suoi scopi avrebbero dovuto rientrare la “...organizzazione di seminari e incontri ...”. La attività convegnoistica dell’Istituto si realizza per tre vie: a) la *Settimana di settembre*, che normalmente alterna un tema medievale, un tema di storia moderna, e un tema di storia contemporanea; b) *Convegni e seminari* relativi ai progetti di ricerca interni dell’ITC-isig; c) *Seminari o incontri* di diversa estensione e impegno e di carattere più occasionale, come può essere ad esempio la presentazione di volumi. Tradizionalmente l’attività convegnoistica ha lo scopo di mobilitare studiosi in gran prevalenza italiani e tedeschi attorno a un tema di comune interesse per le due storiografie. Il frutto dell’attività convegnoistica e seminariale dell’Istituto confluisce generalmente, salvo rarissime eccezioni quali quelle rappresentate dalla presentazione di volumi nati o meno all’interno dell’ISIG, nelle collane dell’Istituto.
36. Le pubblicazioni ISIG comprendono cinque collane: 2 bilingui (“Annali/Jahrbuch” e Contributi/Beiträge), 2 in lingua italiana (Quaderni e Monografie), 1 in lingua tedesca (Schriften). Le collane in lingua italiana e bilingui sono pubblicate presso la casa editrice Il Mulino di Bologna, quella in tedesco presso la casa editrice Duncker & Humblot di Berlino.
37. La maggior parte delle proposte di pubblicazione provengono dall’interno dell’Istituto, sono cioè avanzate e vagliate all’interno del Comitato di redazione degli “Annali” e, ovviamente, il discrimine generale è rappresentato dalla congruità delle pubblicazioni con gli scopi istituzionali dell’Istituto e con le linee di ricerca dell’Istituto.
38. Sino al 1998 gli “Annali”, che sono frutto della ricerca sia di studiosi interni al Centro, sia di storici esterni che si occupano di tematiche attinenti alle linee di ricerca dell’ISIG, constavano di quattro sezioni. Nella *Sezione I – Studi* i saggi erano ordinati secondo un criterio meramente cronologico, perché si voleva dare spazio ai vari autori di esporre i risultati – talora ancora parziali, in altri casi ormai consolidati – delle rispettive ricerche. Nella *Sezione II - Problemi storiografici* erano quindi raccolti i contributi

²³ Cfr. *Attività dell’Istituto nell’anno 2001*, «Annali», XXVII, 2001 [2002], pp.729-752, qui p. 729.

attinenti a questa tematica, nella *Sezione III – Materiali* erano di solito accolte pubblicazioni di fonti o trascrizioni di esse, ed infine nella *Sezione IV* era sempre ospitato il *Bollettino*, da cui hanno preso spunto molte delle considerazioni qui fatte.

39. A partire dal numero del 1998 uscito nel 1999, sono state tuttavia apportate rilevanti modifiche sulla struttura stessa, interna, degli "Annali". A partire da questo numero la rivista si presenta infatti con una ripartizione interna delle sezioni differente rispetto alla precedente struttura quadripartita; da qui in poi la rivista sarà suddivisa in: Ricerche, Temi, Proposte, Discussioni, Materiali, Bollettino. La nuova ripartizione è illustrata nella breve Introduzione al volume XXIV degli "Annali" e motivata non solo con la necessità di "offrire una struttura più 'aperta' e adattabile al materiale che di volta in volta si pubblica" da un lato, ma anche con la necessità di un "nesso più organico... con le fonti"²⁴. La rivista intendeva così essere "il luogo in cui si depositano le ricerche vive, frutto di un contatto diretto con le fonti; non tutte le ricerche ma quelle più capaci di scavare dentro l'*Erinnerungskultur*"²⁵, e questo doveva valere anzitutto per la nuova sezione delle "Ricerche".

IV. Biblioteca

40. L'opzione per alcune linee di ricerca nella attività generale dell'Istituto portava evidentemente con sé anche un certo grado di specializzazione della biblioteca dell'Istituto: in occasione del suo discorso su *I dieci anni dell'Istituto storico italo-germanico: 3 novembre 1973-3 novembre 1983. Bilancio e prospettive*, Paolo Prodi esplicitò tra l'altro come anche la biblioteca, "pur nella organicità del quadro generale [abbia] privilegiato sin dai primi anni alcuni filoni di specializzazione su cui puntare in modo particolare: la storia dello Stato e della amministrazione..., la storia delle strutture ecclesiastiche..., la storia delle istituzioni..."²⁶.

41. La Biblioteca possiede un patrimonio di 110.217 volumi e di 992 periodici, di cui 473 in corso. La biblioteca, organizzata sin dall'inizio secondo due registri, quello temporale e quello tematico, peraltro spesso felicemente intersecantisi, è suddivisa in 21 sezioni²⁷. Degno di particolare interesse

²⁴ Cfr. Giorgio Cracco, *Ripresentazione*, in «Annali», XXIV, 1998 [1999], pp. 9-13, qui p. 12.

²⁵ Ibidem, p. 12.

²⁶ Cfr. Paolo Prodi, *I dieci anni dell'Istituto storico italo-germanico: 3 novembre 1973-3 novembre 1983. Bilancio e prospettive*, cit., p. 534.

²⁷ Lo *Schema della biblioteca dell'Istituto*, è ancora oggi quello pensato originariamente da Paolo Prodi e dai suoi collaboratori (vd. "Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento", I, 1975, cit., pp. 223-231); essa è infatti organizzata in 21 settori principali: 0 Consultazione; 1: Autori e classici del pensiero; 2: Teoria, Storia della storiografia, scienze ausiliarie; 3: Storia generale; 4: Antichità; 5: Medioevo; 6: Epoca moderna; 7: Epoca contemporanea; 8: Epoca contemporanea – Italia; 9: Epoca contemporanea – Paesi germanici; 10: Epoca contemporanea – Altri paesi; 11: Storia della Regione Alpina Trentino-Tirolese; 12: Storia della Chiesa (Opere generali – Diritto e istituzioni); 13: Storia del pensiero religioso e della pietà; 14: Storia delle religioni non cristiane; 15: Storia del comportamento umano e del costume; 16: Storia del pensiero filosofico e politico e delle istituzioni culturali; 17: Storia del diritto; 18: Storia economica e sociale; 19: Storia della scienza e della tecnica; 20: Storia delle letterature e sussidi filologici; 21: Storia dell'arte

per chiunque si occupi di storia costituzionale e delle discipline affini è il fatto che i suoi fondi si siano arricchiti nel 1979 dell'intera Biblioteca, specializzata nella storia dell'Amministrazione Pubblica, della FISA (Fondazione italiana per la storia amministrativa) di Milano che nello stesso anno aveva chiuso i battenti e che constava di circa 10.813 pezzi tra volumi e periodici. Essa era stata raccolta proprio nel decennio precedente alla fondazione dell'Istituto Storico italo-germanico e cioè tra il 1962 ed il 1972 ed essendo una biblioteca altamente specializzata anche nella storia delle istituzioni civili ed ecclesiastiche si adattava perfettamente con il privilegio accordato sin dall'inizio dall'Istituto a questo settore di studi.

42. Oltre al fondo FISA la Biblioteca del Centro ITC-isig possiede anche il Fondo Jedin, 10.144 documenti che costituivano la biblioteca personale del prof. Hubert Jedin, primo presidente dell'Istituto, specializzata nella storia del Concilio di Trento, e il Fondo Zieger, 4185 volumi che costituivano la biblioteca personale dello storico locale Antonio Zieger, lasciato dei parenti all'Istituto, specializzata nella storia locale trentina.
43. Il catalogo della biblioteca dell'ITC-isig è consultabile all'interno del Catalogo Bibliografico Trentino (CBT) al sito <http://www.itc.it> . Alla consultazione di questo sito si rinvia anche per l'elenco, ordinato per collane, di tutte le pubblicazioni dell'Istituto, come pure, evidentemente, per informazioni aggiornate sull'attività in corso dell'Istituto.

Trento 13 maggio 2005