

PODERES, CONSTITUCIÓN Y DERECHO

David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo
y Jesús Ignacio Delgado Rojas
(editores)

David Sánchez Rubio
Pilar Cruz Zúñiga
David Vila-Viñas
Alexandre Bernardino Costa
Jesús Ignacio Delgado Rojas
Hernando León Londoño Berrío
Blanca Rodríguez Ruiz
Luísa Winter Pereira
Alfonso de Julios-Campuzano
Antonio Mesa León
Antonio Carlos Wolkmer



**PODERES,
CONSTITUCIÓN Y DERECHO**

PODERES, CONSTITUCIÓN Y DERECHO

**David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo
y Jesús Ignacio Delgado Rojas**
(editores)

**David Sánchez Rubio
Pilar Cruz Zúñiga
David Vila-Viñas
Alexandre Bernardino Costa
Jesús Ignacio Delgado Rojas
Hernando León Londoño Berrío
Blanca Rodríguez Ruiz
Luísa Winter Pereira
Alfonso de Julios-Campuzano
Antonio Mesa León
Antonio Carlos Wolkmer**



FACULTAD DE DERECHO

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© De la obra: David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo y Jesús Ignacio Delgado Rojas
© De los textos: los autores
Primera edición, 2024

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91544 28 46 – (+34) 91544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1170-985-9
Depósito Legal: M-2655-2024

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

Índice

INTRODUCCIÓN.....	13
--------------------------	-----------

David Sánchez Rubio y Jesús Ignacio Delgado Rojas

CAPÍTULO PRIMERO. SOBRE PARADIGMAS DE CONOCIMIENTO, PODERES Y TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO.....	17
--	-----------

David Sánchez Rubio y Pilar Cruz Zúñiga

1. INTRODUCCIÓN.....	17
2. TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO Y NUEVOS PARADIGMAS	21
3. ALGUNOS DISPOSITIVOS DE PODERES.....	25
BIBLIOGRAFÍA.....	37

CAPÍTULO SEGUNDO. ENTENDER EL PODER PARA INVESTIGAR SOBRE EL DERECHO. CUESTIONES DE MÉTODO Y GUBERNAMENTALIDAD	41
---	-----------

David Vila-Viñas

1. INTRODUCCIÓN.....	41
2. RACIONALIDADES JURÍDICOPOLÍTICAS HEGEMÓNICAS: UN ITINERARIO	42
3. OTROS ENFOQUES. EL DERECHO DE LAS PLANTAS ALTAS Y EL DERECHO A PIE DE CALLE.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	56

CAPÍTULO TERCERO. O DIREITO ACHADO NA RUA E O NEOLIBERALISMO DE AUSTERIDADE 61

Alexandre Bernardino Costa

1.	INTRODUÇÃO	61
2.	UMA IDEIA PERIGOSA	62
3.	A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A NOVA RAZÃO DO MUNDO	64
4.	NEOLIBERALISMO, UMA TEORIA CIENTÍFICA? QUAIS OS SUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS DA AUSTERIDADE?	66
5.	AUSTERIDADE – DEMOCRACIA E AUTORITARISMO	69
6.	O DIREITO ACHADO NA RUA.....	73
7.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
	BIBLIOGRAFÍA.....	79

CAPÍTULO CUARTO. PODER TECNOLÓGICO Y POLÍTICAS PATERNALISTAS. LA GOBERNANZA ALGORÍTMICA A TRAVÉS DE *HYPERNUDGES* 81

Jesús Ignacio Delgado Rojas

1.	INTRODUCCIÓN.....	81
2.	BIG DATA COMO TÉCNICA DE REGULACIÓN EN EL DISEÑO PREVIO DE OPCIONES ELEGIBLES.....	82
3.	LA CRÍTICA A LOS <i>HYPERNUDGES</i>	88
4.	DE LA TOTAL TRANSPARENCIA A LA VIGILANCIA TOTALITARIA	97
5.	CONCLUSIONES	100
	BIBLIOGRAFÍA.....	101

CAPÍTULO QUINTO. PODER PUNITIVO, PENAS ILEGALES Y DEMOCRACIA 105

Hernando León Londoño Berrío

1. INTRODUCCIÓN.....	105
2. LAS PENAS ILEGALES EN EL MARCO DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y DE LA PRISIÓN SIN CONDENA	106
3. AVATARES DE LA “PENA ANTICIPADA” O “PRISIÓN SIN CONDENA”	114
4. CONCLUSIONES	125
BIBLIOGRAFÍA.....	127
JURISPRUDENCIA.....	133

CAPÍTULO SEXTO. LA AUTONOMÍA REIVINDICA SU LUGAR CONSTITUCIONAL: INCURSIONES DEMOCRÁTICAS DESDE LO ÍNTIMO 135

Blanca Rodríguez Ruiz

1. INTRODUCCIÓN.....	135
2. CUATRO SENTENCIAS, UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	136
3. RAMIFICACIONES DE LA AUTONOMÍA: EL SISTEMA GÉNERO-SEXO, LO ÍNTIMO, LOS CUERPOS.....	141
4. REFLEXIONES DE CIERRE: AUTONOMÍA E INTERSUBJETIVIDAD	151
BIBLIOGRAFÍA.....	152

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA RISA DE ROUSSEAU. LÍMITES ONTOLÓGICOS DEL CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA SIN CUERPOS..... 155

Luísa Winter Pereira

1. INTRODUCCIÓN.....	155
----------------------	-----

2.	LA DEMOCRACIA SIN CUERPOS EN LA XIV LEGISLATURA ESPAÑOLA.....	157
3.	LA RISA DE ROUSSEAU EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO/COLONIAL.....	161
4.	UNA PROPUESTA DE DEMOCRACIA CORPORAL COMO PRINCIPIO ANTIOLIGÁRQUICO	171
	BIBLIOGRAFÍA.....	175

CAPÍTULO OCTAVO. DERECHOS Y LIBERTADES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1812 179

Alfonso de Julios-Campuzano

1.	EL TRATAMIENTO DISPERSO DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.....	179
2.	LOS DERECHOS COMO CLAVE INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.....	181
3.	EL CATÁLOGO DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.....	184
4.	LOS DEBERES DEL CIUDADANO	191
5.	LA FELICIDAD DE LA NACIÓN Y EL BIENESTAR DE LOS INDIVIDUOS QUE LA COMPONENTE	193
6.	TRADICIÓN Y MODERNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.....	196
	BIBLIOGRAFÍA	199
	DOCUMENTOS NORMATIVOS	201

CAPÍTULO NOVENO. LA IDEA DE UNA CONSTITUCIÓN GLOBAL EN EL PENSAMIENTO DE ALEXANDRE KOJÈVE..... 203

Antonio Mesa León

1.	INTRODUCCIÓN.....	203
2.	EL CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA.....	206
3.	LA PROPUESTA DE KOJÈVE: EL ESTADO UNIVERSAL Y HOMOGÉNEO	210

4. CONCLUSIONES	220
BIBLIOGRAFÍA.....	221
CAPÍTULO DÉCIMO. PARA ALÉM DO ANTROPOCENO: O DIREITO HUMANO AO FUTURO	225
<i>Antonio Carlos Wolkmer</i>	
1. INTRODUÇÃO	225
2. CENÁRIOS DO ANTROPOCENO E SEUS REFLEXOS NA CONSTITUIÇÃO DE MARCOS NORMATIVOS	226
3. DESCOLONIZAR A TRADIÇÃO UNIVERSALISTA DOS DIREITOS HUMANOS	230
4. RESSIGNIFICAR DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS AO FUTURO: DO ANTROPOCÊNTRICO AO ECOCÊNTRICO	232
5. CONCLUSÃO	236
BIBLIOGRAFÍA.....	237

CAPÍTULO OCTAVO.

Derechos y libertades en la Constitución de 1812

ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO¹

1. EL TRATAMIENTO DISPERSO DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

Posiblemente el más valioso hallazgo de la teoría moderna del derecho y de la política gestada al calor del constitucionalismo, de la teoría democrática y de las revoluciones liberales, sea el reconocimiento de los derechos humanos que inicialmente surgen con una impronta individualista, en un contexto de lucha contra el poder omnímodo del gobernante. Surgen así la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia², de 12 de junio de 1776, y la *Declaration des droit de l'homme et de citoyen*, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789, que gozaron de gran influencia y predicamento y que, a partir de las constituciones norteamericana y francesa, habían de irradiarse hacia el exterior.

La Carta gaditana, que se inscribía en la tradición liberal-democrática y se inspiraba en los principios en los que esta se fundaba, no podía sustraerse a la fascinación que la teoría de los derechos había infundido en el pensamiento revolucionario. Sin embargo, a diferencia de otros textos de la época, la Carta doceañista eludió su tratamiento conjunto, al modo de una declaración de derechos, y en lugar de una inclusión sistemática en el texto constitucional, nucleada en uno o varios capítulos, optó por combinar el método de cláusula general y la dispersión casuística (Pérez Luño, 2009: 249), diseminando los derechos en el conjunto del articulado y diluyendo, de este modo, su apariencia e incorporando como rasgo más característico de su sistema de positivación la fórmula negativa en la enunciación de tres derechos clave: la igualdad formal,

¹ Univeridad de Sevilla.

² No debe desconocerse la influencia que, en la gestación de la Declaración de Virginia, tuvo el *Bill of Rights* inglés, aprobado el 13 de febrero de 1689 en el contexto de la *Revolución Gloriosa* por el parlamento británico, que estableció el elenco de derechos que Guillermo de Orange habría de respetar tras acceder al trono, y que es el antecedente directo de la declaración norteamericana.

la libertad y la propiedad, que aparecen contemplados como restricción de la autoridad del rey y no como categorías innatas, universales y absolutas, lo cual no hace sino confirmar el carácter híbrido del texto doceañista. Junto a las formulaciones abiertas de determinados derechos se detecta el reconocimiento por vía indirecta de otros (catalogados como instrumentos de defensa por la doctrina germana-*Abwehrrechte*).

Esta formulación negativa de los derechos de libertad, igualdad y propiedad, que resulta complementaria de la cláusula recogida en el artículo 4^o, se explicita como limitaciones al poder real en el art. 172 e impide al monarca, sucesivamente, conceder privilegios, tomar la propiedad de ningún particular o corporación y privar a ningún individuo de su libertad. La enumeración de estas limitaciones del poder real culmina con una cláusula suspensiva que habilita al monarca a limitar la libertad personal en el caso de que el bien y la seguridad del Estado lo exijan. La falta de determinación de garantías y límites en el ejercicio de esta facultad hace que ésta devenga una facultad discrecional del monarca (Cruz Villalón, 1980: 259; Pérez Luño, 2009: 252).

Esta configuración híbrida encuentra, sin embargo, en el art. 4^o una cláusula interpretativa básica que vehicula el alcance del sistema de derechos y determina el sentido de la soberanía nacional, consagrada en el artículo anterior: “La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”.

No faltó, sin embargo, el empeño de elaborar un repertorio sistemático de derechos, a la usanza de otras constituciones de la época y, singularmente, la Constitución francesa de 1791. Así, en la Comisión de Constitución se abordó la elaboración de una declaración de los derechos del hombre, que no prosperaría, cuyos artículos quedarían integrados en la Constitución (Suárez, 1982: 95; Brey Blanco, 2012: 101).

Se ha especulado sobre las causas de este tratamiento disperso de los derechos, eludiendo la formulación de un repertorio sistemático. No han faltado las voces que han imputado esta metodología expositiva a un espíritu cicatero en el reconocimiento de los derechos, motivado por el contexto político en el que se gestó la Constitución y por la influencia del liberalismo doctrinario que propició una interpretación restrictiva del liberalismo (Gómez Sánchez, 2011: 106), tesis que es desmentida por el elenco de derechos que, si bien de manera dispersa, contempla la Carta gaditana.

En su lugar, resulta más verosímil atender a otras causas vinculadas a la oportunidad y a la coyuntura política, que pudieron influir sobre el tratamiento constitucional de los derechos fundamentales. Quizás pretendiera el cons-

tituyente evitar la evocación de la Carta constitucional francesa, persuadido de que la inevitable comparación evidenciaría un sospechoso muestrario de semejanzas que habría de provocar repudio. Al fin y al cabo, nuestra tradición política –lo confirma la retórica tradicionalista del *Discurso Preliminar*– estaba trufada de los vicios y de las prácticas del absolutismo que, inoculado durante siglos, se condensaba en una cultura política refractaria a cualquier tentativa modernizadora de procedencia extranjera. Y no en vano los derechos podían ser reputados una incómoda influencia que tenía, a la sazón, el marchamo del invasor, un producto de importación procedente de la potencia ocupante.

Al eludir la presentación sistemática de los derechos el constituyente pretendía emular el tratamiento normativo que habrían recibido en épocas remotas en nuestras leyes fundamentales, tratando con ello de revestirlos de un halo de implícita tradición para presentarlos como libertades oriundas de nuestra constitución histórica. Así se desprende del *Discurso Preliminar*, en el que se apela a las libertades de nuestras viejas leyes, que ahora la Constitución doceañista no haría sino bruñir y avivar, sacando a la luz lo que había quedado velado por el alud del absolutismo.

Se pretendía, con ello, posiblemente, anclar las libertades en la tradición hispánica, pues el *humus* normativo del que procedían no era sino nuestras antiguas leyes, sepultadas por siglos de subyugación absolutista. Ese era, recuérdese, el hilo argumental del *Discurso Preliminar* que, aprobado por las Cortes la historiografía coincide en atribuir a la pluma de Agustín Argüelles. Sobre nuestras antiguas leyes –sostiene el discurso– recayó un doloroso velo que cubrió su importante historia que, por mor del poco celo en la edición y conocimiento de sus instituciones, de la omisión deliberada de algunas de sus leyes más benéficas y liberales y de las prohibiciones de cuanto pudiera recordar los antiguos fueros y libertades, quedaron ocultas por el más fatal de los olvidos, que provocó que el país no conociera su verdadera Constitución ni las ideas de libertad política y civil que la animaban (*Discurso Preliminar*, 2002: 197).

2. LOS DERECHOS COMO CLAVE INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

El *Discurso Preliminar* deplora la “lamentable ignorancia de nuestras cosas” y señala como el más firme ejemplo de nuestra inveterada tradición de libertad cuanto “dispone el Fuero Juzgo sobre los derechos de la Nación, del Rey y de los ciudadanos” (*Discurso Preliminar*, 2002: 198). La Nación, en conse-

cuencia, debe proteger y garantizar los derechos civiles y políticos que corresponden a los individuos como miembros de ella, por medio de leyes justas y equitativas (Discurso Preliminar, 2002: 210).

El hecho, sin embargo, de que no aparezcan recogidos sistemáticamente y de manera conjunta, a semejanza de lo que ocurría en la Constitución norteamericana de 1787 y en la Constitución francesa de 1791, sino que se incorporen diseminados a lo largo de la Carta Magna, no consigue ocultar la inequívoca impronta liberal que desprende Carta gaditana.

Así lo confirma el artículo 4º de la Constitución, al proclamar solemnemente la obligación de la Nación de proteger “por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen”, declaración de evidentes resonancias lockeanas que guarda notables similitudes con el art. 1º de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia y con el art. 2º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, con la que las cortes constituyentes han querido colocar la garantía de los derechos individuales en el frontispicio de la Constitución, consagrando simultáneamente el reconocimiento de la libertad y de la propiedad.

La fórmula del artículo 4º explicita, de este modo, la cabal significación de la soberanía nacional que se contempla en el artículo precedente. Entre la historiografía crítica, empero, se ha resaltado el carácter orgánico de la Nación como una comunidad superior a los propios individuos y sujetos de derecho, ante la cual deben ceder las pretensiones o facultades individuales. Esa prioridad de la nación sobre los derechos individuales es, para algunos, la diferencia fundamental entre la Constitución de Cádiz y la Constitución francesa de 1791 (Portillo Valdés, 2000: 384 y ss.)³. Es preciso recordar, sin embargo, que en el contexto de la Ilustración y de su legado filosófico, la Nación está desprovista de los aditamentos organicistas con que la revestirán, décadas después, las doctrinas románticas. La nación liberal no es más que el mero agregado de los individuos que la integran (Artola Gallego, 1991: 109-110). Desde este punto de vista, puede afirmarse que el patriotismo liberal en el que está envuelto el proceso revolucionario español no merma la impronta liberal individualista que distingue al constitucionalismo moderno, en el cual se inscribe la Constitución gaditana.

La soberanía nacional se supedita, consecuentemente, a la protección efectiva de los derechos legítimos de todos los individuos. El fin de la asocia-

³ Señala Portillo, en este sentido, que la diferencia fundamental en esta materia entre la Constitución de Cádiz y la francesa de 1791 es, precisamente, la prioridad que se da a la Nación, cuyos derechos se establecen con preferencia sobre los derechos individuales (Portillo Valdés, 2000: 384).

ción política, el sentido último de la soberanía, no es otro que la garantía de la libertad. El orden político debe consagrarse a la protección de los derechos, cuyo reconocimiento y disfrute se asegura a todos los individuos que componen la Nación. La soberanía se concibe, por tanto, como *un poder de la Nación para conservar y proteger los derechos mediante leyes justas*. El artículo 4º nos ofrece la auténtica orientación teleológica de la soberanía nacional y nos proporciona, al propio tiempo, la *clave interpretativa fundamental de todo el texto constitucional*: la protección efectiva de los derechos constitucionales. Protección que la Constitución vincula a la *ley justa*. De algún modo –*contrario sensu*–, el constituyente nos está diciendo que no toda ley es justa. Más aún: que existen leyes injustas. Esta alusión a la justicia de las leyes, vinculada aquí a la garantía de los derechos, entraña, *a fortiori*, la negación de la justicia a las leyes que vulneran o cercenan derechos.

De ello parece desprenderse una afirmación genuinamente liberal que podemos rastrear en el pensamiento contractualista: el aserto según el cual el fin de la comunidad política no es otro que proteger los derechos. Y el instrumento mediante el cual esta protección se lleva a término es la ley: que no es un instrumento de opresión, que no puede ser la expresión de una voluntad cualquiera, sino de una voluntad acorde con la justicia.

Porque la ley no es contraria a la libertad, sino que su fin es preservarla y sin ella no hay libertad posible. “El fin de la ley –dice John Locke– no es abolir o restringir, sino preservar y ampliar la libertad”⁴. La declaración del artículo 4º rezuma, así, filosofía lockeana. En ella podemos advertir:

1. Una concepción individualista de la sociedad: que se plasma en la afirmación según la cual la Nación no es un todo orgánico, sino que está compuesta de individuos que, en cuanto tales, son titulares de derechos;
2. Una concepción teleológica de la comunidad política: según la cual la Nación está obligada a proteger y garantizar los derechos, aserto de naturaleza contractualista que radica en la garantía de los derechos el fundamento de la sociedad. Es a ella a quien le incumbe esa obligación, y la soberanía, por tanto, no puede ejercerse legítimamente, si no es para su cabal cumplimiento;
3. Una concepción racionalista del derecho: según la cual las leyes no son expresión sin más de la voluntad de quien gobierna, sino que

⁴ “...the end of law is not to abolish or restraint, but to preserve and enlarge freedom: for in all the states of created beings capable of laws, ‘where there is no law, there is no freedom’” (Locke, 1963: 341).

han de expresar un contenido racional determinado por la protección y garantía de los derechos;

4. Una concepción iusnaturalista del derecho: que se cifra en la invocación de la justicia como elemento teleológico del derecho y en la apelación a los derechos legítimos como orden material de valores que compendia la sociedad justa.

La protección y la garantía de los derechos revisten así trascendental importancia. Por eso, las Cortes sitúan esta declaración crucial cerrando el capítulo I, justo a continuación de la proclamación que cifra la titularidad de la soberanía en la nación, delimitando el sentido y alcance de la *soberanía nacional*, como una forma de ratificar la dimensión material de la Constitución, que no es un mero agregado de normas que otorgan poderes, determinan competencias y establecen procedimientos. La Constitución posee también un contenido material, un armazón de principios y valores que la dota de contenido, conforme a lo estipulado en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano que establece un concepto normativo de Constitución, al sancionar la separación de poderes y la garantía de los derechos como *conditio sine qua non* para la existencia de una Constitución⁵.

3. EL CATÁLOGO DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

A partir de este artículo, la carta constitucional contempla un catálogo de derechos de diversa naturaleza. Destacan, entre los derechos individuales y libertades públicas, la libertad civil y la propiedad (art. 4), la inviolabilidad de domicilio (art. 306) y la prohibición de la detención arbitraria mediante un sistema de *Habeas Corpus* (arts. 288 y 299).

Se consagra, asimismo, la igualdad jurídica, que venía concebida con un carácter distintivamente liberal como el primado de la ley general y abstracta, que pone fin a los privilegios y garantiza que el Estado brinda su protección a todos los ciudadanos *sin exclusiones* arbitrarias. Este principio, que la Constitución no formula explícitamente, se concreta en un revelador trípode (Torres del Moral, 1986: 43):

- a) El principio de la unidad de fuero (art. 248) que garantizaría la unidad jurisdiccional y ya había sido establecido por Decreto de las

⁵ Así lo establece el mencionado artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Francesa el 26 de agosto de 1789: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

Cortes de 6 de agosto de 1811, mediante el que se eliminaban los señoríos jurisdiccionales y se abolían los privilegios (Decreto LXXXII, 1811), medida que se repetirá recurrentemente en el constitucionalismo decimonónico y que sería contemplada en el art. 91 de la Constitución liberal de 1869, con el principio “un solo fuero para todos los españoles” (Fernández García, 2002: 144). Se exceptúan de esta norma, los fueros eclesiástico y militar que continúan existiendo (arts. 248 y 249).

- b) Por otra parte, la unidad de código civil, criminal, y de comercio (art. 258), que garantizaría la unidad legal, estableciendo un marco jurídico común para todos los españoles. Estos dos principios, unidad de fuero y unidad de código, tienen un marcado acento programático que concierne al legislador futuro para el desarrollo de las medidas tendentes a su plasmación normativa, a su protección y garantía. En cualquier caso, debe mencionarse que dicho principio podría ser modulado por las Cortes atendiendo a circunstancias particulares (art. 258).
- c) Por último, la abolición de la prueba de nobleza, que garantiza la supresión de los privilegios en el acceso a las funciones públicas (art. 171.5^a) que, desde ahora, queda franqueado para todos los ciudadanos, medida que va acompañada, asimismo, de la prohibición al poder ejecutivo de conceder privilegio exclusivo a ninguna persona o corporación (art. 172.9^a).

No rehuía la Constitución, por otra parte, el cuidado de ciertas cuestiones sociales, singularmente, en materia educativa y sanitaria. Así, se garantiza la instrucción pública elemental (art. 366 en relación con el art. 25.6), declaración con la que se iniciaba el Título IX dedicado a la *Instrucción Pública*, y que resultaba extraordinariamente reveladora de la importancia que las Cortes confirieron a la educación como medio privilegiado para el progreso social. El tratamiento que la Constitución de Cádiz daba a la educación adquiría especial relieve en un contexto marcado por una incultura generalizada, con grandes masas de población analfabeta (Jiménez Asensio, 1993: 54). Su trascendencia y su dimensión social quedaban reforzadas, además, por el art. 131, que asignaba a las Cortes Generales el establecimiento de un Plan General de Enseñanza Pública (art. 131.22^a), que debía de ser uniforme en todo el reino (art. 368). Se establecía también el deber de las Diputaciones provinciales de promover la educación de la juventud (art. 335.5^o) y se asignaba a los ayuntamientos la obligación de cuidar de las escuelas de primeras letras (321.5^a).

En materia sanitaria, por otra parte, se podía inferir un reconocimiento implícito del derecho a la salud, derivado de las obligaciones que la Constitución imponía en esta materia a las Cortes Generales (art. 131. 23ª) y por la obligación de los ayuntamientos de cuidar de los hospitales, hospicios y demás casas de beneficencia (art. 321. 6º).

Entre las libertades públicas destaca, singularmente, el reconocimiento de la libertad de imprenta, que había sido establecida con anterioridad por las Cortes mediante Decreto de 10 de noviembre de 1810, y que reconocía a todos los ciudadanos la “libertad de escribir, imprimir y publicar sus ideas políticas”. La libertad de imprenta supuso el reconocimiento implícito de una libertad de expresión prácticamente ilimitada en materia política. Su trascendencia había sido ponderada por el Decreto que ensalzaba su valor como “medio para ilustrar a la Nación” y “único camino para llevar al conocimiento de la verdadera opinión pública” (Decreto IX, 1810).

La Constitución la consagra en el art. 371 al establecer que todos los españoles tienen libertad de imprenta sin que exista ningún tipo de licencia o censura previa (Torres del Moral, 1986: 42). El precepto constitucional suprime, por tanto, cualquier forma de control sobre los escritos que hayan de ser publicados, sustituyendo el sistema preventivo o de censura por uno de carácter represivo, centrado en la depuración por vía judicial de las responsabilidades en que se hubiera podido incurrir *a posteriori*.

La libertad de imprenta ocupa en el sistema de derechos y libertades de la Constitución de Cádiz un lugar preeminente como un principio nuclear del nuevo orden político (Fernández Segado, 2004: 52) y se concibe como un medio fundamental para llevar a todos los miembros del cuerpo social *el alimento de la Ilustración*, para difundir el conocimiento y vencer la servidumbre de la ignorancia, para desterrar los arcanos y vencer las falsas ideas. Fernández Segado, glosando el Decreto, se refiere a la triple función que desempeña la libertad de imprenta en el sistema de derechos de la Constitución de Cádiz: a) como freno frente a la arbitrariedad de los que gobiernan; b) como instrumento privilegiado para la difusión de las luces; y c) como medio para forjar una opinión pública favorable a la Constitución (Fernández Segado, 2004: 41-42).

Impregnada del espíritu ilustrado, la proclamación de la libertad de imprenta es una declaración de fe firme en la capacidad de la razón para combatir la ignorancia que hace esclavo al hombre, lo subyuga y lo somete. El adagio *sapere aude*, que se constituyó en el *motto* de la Ilustración, palpita con ímpetu tras esta declaración que el *Discurso Preliminar* celebra como medio fundamental para la ilustración y el progreso general de las naciones y verdadero vehículo de las luces (Discurso Preliminar, 2002: 266).

En relación con el sufragio activo, las Cortes gaditanas se inclinaron por un sistema complejo de elección indirecta que encuentra un inusual y prolijo desarrollo normativo en la Carta Magna. Nuestra Constitución se decanta por un modelo de sufragio universal masculino (arts. 23 y 29) que, en la práctica, encuentra algunas restricciones⁶ que deben ser comprendidas en su adecuado contexto histórico y que no consiguen mermar el aliento universalista y la orientación progresista que subyace al texto constitucional en esta materia. En cuanto al derecho de sufragio pasivo, se incorpora un modelo de sufragio censitario que condiciona la elección a una *renta anual determinada procedente de bienes propios* (arts. 91 y 92).

Como una específica forma del *derecho de petición*, circunscrita en este caso al cumplimiento de lo preceptuado por la Constitución, se habilita a que todo ciudadano pueda reclamar la observancia de lo que por ella se prescribe (art. 373).

La Constitución, por otra parte, se hacía eco de las aportaciones del reformismo ilustrado en el ámbito de la protección de la libertad individual y de la humanización del derecho penal, ámbito en el que había tenido honda influencia la publicación en 1764 de la obra de Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, que supuso un hito decisivo en la humanización del derecho penal y que había penetrado también en España a través del *Reorum absolutioe* del jurista Alonso de Azevedo, replicada con vehemencia por el jerónimo Fernando de Zevallos y por Pedro de Castro, canónigo de Sevilla. Como consecuencia de los duros ataques recibidos, la obra de Beccaria, cuya publicación había sido autorizada en 1774, fue finalmente condenada en 1777. Como quiera que fuese, en el ambiente de la España ilustrada había alcanzado predicamento la premisa central de la obra de Beccaria, desacralizar el derecho penal y acabar con sus dos pilares simbólicos: la pena de muerte y la tortura. Años después, Pedro García del Cañuelo presentará sin éxito a Godoy su discurso por la abolición de la tortura y de toda actuación coercitiva del juez para forzar la confesión del reo (Elorza, 2021: 112-116). La Constitución doceañista acogerá este debate típicamente ilustrado, consagrando garantías procesales y humanizando el derecho penal.

Se contemplan, así, algunas significativas garantías penales y procesales vinculadas a la seguridad y a libertad personal: derecho del detenido a ser informado sobre las causas de la detención (art. 287), derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 247), derecho a dirimir contiendas por medio de jueces árbitros (art. 280), requisitos para la detención e ingreso en prisión

⁶ Se contemplan en la Constitución algunas restricciones que conciernen al ejercicio del derecho para incapacitados, deudores quebrados, sirvientes domésticos, para los que se encuentren procesados criminalmente y los que carezcan de empleo, oficio o modo de vivir conocido (art. 25).

(art. 290) que deberá ser mediante auto motivado (art. 293), derecho a no declarar contra sí mismo (art. 291); se decretaba, asimismo, la comunicación obligatoria de los cargos presentados contra el reo (art. 300), se determinaba que los detenidos tuvieran conocimiento de las actuaciones practicadas (art. 301) y se disponían la publicidad del procedimiento (art. 302) y la garantía de un proceso penal breve y sin vicios (art. 286).

En materia penal se recogían algunas medidas orientadas a la humanización de la pena, como la inembargabilidad de los bienes del reo, salvo cuando proceda responsabilidad pecuniaria (art. 294), la prohibición de la tortura y de los apremios⁷ (art. 303), la proscripción de la confiscación de bienes (art. 304) y el carácter personal de la pena y la no extensión de ésta a la familia del reo (art. 305). Asimismo, se establecían algunos derechos en relación con la humanización del derecho penitenciario: se fijaban garantías en relación con la salubridad de las prisiones y las condiciones de los establecimientos penitenciarios, de manera que sirvan para asegurar y no para molestar a los presos que no podrán estar nunca en calabozos subterráneos ni malsanos (art. 297) y se establecía la visita de las cárceles (art. 298). Incorporaba la Constitución, por otra parte, la previsión de suspensión de las garantías penales cuando así lo requiriese la seguridad del Estado (art. 308), medida que debía ser adoptada mediante acuerdo de las Cortes Generales por tiempo determinado.

Se recogen en la Constitución, asimismo, algunos principios y derechos referentes a la fiscalidad y al comercio, como la eliminación de privilegios y excepciones en la fiscalidad, que será de carácter proporcional (art. 339), artículo que ponía fin a la arbitraria concesión de exenciones en favor de los estamentos privilegiados; y la unidad de comercio y prohibición de las aduanas interiores (art. 354), medida de gran calado para la liberalización del comercio y la creación de un mercado nacional que había sido contemplada ya por el Estatuto de Bayona (art. 116).

Por último, las Cortes de Cádiz llevaron a cabo una intensa actividad legislativa simultáneamente a la elaboración y aprobación de la Constitución. Y esa actividad, que puede considerarse *cuasiconstitucional*, por la trascendencia de las materias objeto de regulación, condicionó el desarrollo de la propia Constitución o complementó su contenido, ampliando el alcance de algunos derechos que no habían sido plenamente explicitados en la Carta Magna.

Así, por decreto de 15 de enero de 1811, se reconoce el secreto de las comunicaciones escritas, estableciéndose la prohibición de la apertura de correspondencia (Decreto XXII, 1811); por decreto de 15 de octubre de 1810,

⁷ Penas que ya habían sido abolidas por Decreto LXI de 22 de abril de 1811 de abolición de la tortura y de los apremios, y prohibición de otras prácticas aflictivas.

se establece la igualdad de derechos entre los españoles europeos y los de ultramar (Decreto V, 1810); por decreto de 9 de febrero de 1811 se declaran algunos de los derechos de los americanos, decreto que se refiere a su representación en Cortes, al derecho de cultivar las tierras, a la libertad de industria y de practicar las artes y al pleno acceso en condición de igualdad a los cargos y funciones públicas (Decreto XXXI, 1811). Y por Decreto de 8 de junio de 1813 se reconocen las libertades de trabajo, de comercio y de industria (Decreto CCLXII, 1813). En relación con la libertad de industria, la Constitución había optado por un implícito reconocimiento al encomendar a las Cortes Generales la labor de “promover y fomentar toda especie de industria, y remover los obstáculos que la entorpezcan” (art. 131.21^a).

No se contempla expresamente la libertad de conciencia, condicionada efectivamente por la existencia de la Inquisición, que sería abolida con posterioridad. Aunque en un plano puramente formal subsistirá la censura en materia religiosa, la desaparición del Santo Oficio constituiría una pieza fundamental para la creación de un clima de tolerancia (Fernández Almagro, 1976: 135) y la desactivación de las trabas que en esta materia obturaban el ejercicio de la libertad.

En materia religiosa, sin embargo, las Cortes se mostraron refractarias al reconocimiento de la libertad de culto, que quedó frontalmente rechazada al consagrarse en el artículo 12 la confesionalidad del Estado mediante una declaración ciertamente ampulosa que proclamaba la religión católica como única verdadera y prohibía el ejercicio de cualquier otra. Es ésta, materia controvertida que ha propiciado acerba crítica contra la Magna Carta doceañista (por todos, Portillo Valdés, 2000: 398 y ss.). No podemos soslayar que el enunciado del art. 12, no exento de un desmedido tono dogmático, cercenaba el alcance emancipatorio de las libertades que el proyecto liberal parecía prometer y defraudaba las esperanzas de aquellos que ambicionaban una nítida separación del orden eclesiástico y el civil y anhelaban la instauración de la libertad de culto; aspiraciones que eran del todo inviables, habida cuenta, en primer lugar, de la significativa presencia de miembros del clero entre los diputados a Cortes y, en segundo lugar, de la amplia implantación de la Iglesia Católica en la España de comienzos del siglo XIX.

Los liberales, movidos en esta materia por una orientación fundamentalmente pragmática, optaron aquí por una postura más condescendiente y ciertamente ingeniosa. Sabían nuestros diputados que cualquier tentativa de acometer un proyecto reformista basado en la redacción de una Constitución, debía contar, para tener éxito, con la Iglesia Católica, profundamente imbricada en la estructura social y política de la España de la época (Brey Blanco,

2012: 104). No en vano, la Guerra de Independencia y el proceso revolucionario que ésta alumbró se habían vertebrado en torno a una enérgica afirmación de la identidad nacional, nucleada en torno al rey y a la religión, auténticos catalizadores de la insurrección popular antifrancesa. Así lo manifestaba con rotundidad el *Preámbulo* que principiaba con una invocación trinitaria que no dejaba lugar a dudas: “En el nombre de Dios Todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, autor y supremo legislador de la sociedad”, declaración que provocó la contrariedad de los grupos más tradicionales y ortodoxos por juzgarla insuficiente (Fernández García, 2002: 87). No debe ignorarse que tan solemne proclamación carecía, en realidad, de virtualidad normativa al situarse en el Discurso Preliminar por lo que no era posible deducir de ella consecuencia normativa alguna en relación con la distribución de poderes y los órganos competentes para ejercerlos.

Paradójicamente, sin embargo, el reconocimiento de la confesionalidad estatal no era, en absoluto, una concesión graciosa. En efecto, al declarar la Constitución a la religión católica como la única verdadera y prohibir el ejercicio de cualquier otra, la Nación asumía la obligación de protegerla *por leyes sabias y justas* y la religión quedaba bajo la protección del Estado, tutela que hacía inviables otros medios que no se compadecieran con los principios y derechos formulados en la Constitución, con la cual resultaban incompatibles (Portillo Valdés, 2000: 16). Los liberales, que habían renunciado a la libertad de culto, ganaban, empero, la superación de una institución que amarraba a la Nación a su historia más sombría, en un ejercicio de renunciaciones y concesiones que tenía como fin lograr la supresión de la Inquisición que sería, finalmente, abolida mediante Decreto de las Cortes de 22 de febrero de 1813 (Decreto CCXXIII, 1813). La libertad religiosa, en cualquier caso, constituyó una de las carencias más palpables de la carta constitucional en materia de derechos fundamentales, ausencia que sólo podía ser comprendida cabalmente en el contexto de un país de profunda tradición católica, en el que la Iglesia tenía destacada notoriedad en el plano social, político y económico y era un catalizador principal de una identidad nacional emergente. Argumentos que debían ponderarse a la vez que se consideraba la procedencia católica de muchos de los liberales, a la sazón, clérigos destacados. Era, pues, una medida prudencial que da cuenta del sentido pragmático que inspiró a los liberales en esta materia, al postular la confesionalidad estatal que, en la práctica, suponía el final implícito de la Inquisición. Esta concesión se revela también como un aspecto principal que confirma el espíritu transaccional, no exento de renunciaciones y sacrificios, que la tendencia liberal mayoritariamente imprimió al proceso. Así lo confirma Agustín Argüelles:

En el punto de la religión se cometía un error grave, funesto, origen de grandes males, pero inevitable. Se consagraba de nuevo la libertad religiosa y lo peor era que, por decirlo así, a sabiendas de muchos, que aprobaron con el más profundo dolor el artículo 12. Para establecer la doctrina contraria hubiera sido necesario luchar frente a frente con toda la violencia y furia teológica del clero, cuyos efectos demasiado experimentados estaban ya, así dentro como fuera de las Cortes. Por eso se creyó conveniente dejar al tiempo, al progreso de las luces, a la ilustrada controversia de los escritores, a las reformas sucesivas y graduales de las Cortes venideras, que se corrigiese sin lucha ni escándalo, el espíritu intolerante que predominaba en una gran parte del estado eclesiástico. Los que se abstuvieron entonces hasta de contradecir los indiscretos términos de aquel artículo, lo hicieron en obsequio de la paz y armonía que sinceramente deseaban conservar (1970: 262-263).

4. LOS DEBERES DEL CIUDADANO

No puede dejar de atraer nuestra atención que, junto al elenco de derechos esparcido por el texto constitucional, la Constitución enfatice las obligaciones que los ciudadanos contraen con la nación, reforzando con ello la dimensión ética del texto constitucional y poniendo de manifiesto que los derechos tienen también como reverso obligaciones correlativas; que, en realidad, todos los derechos comportan obligaciones y que la condición de ciudadano conlleva también deberes cuyo cumplimiento no puede excusarse. En nuestros días, la cultura de los derechos ha diluido el sentido de la obligación, debilitando los vínculos sociales y fomentando formas extremas de individualismo que atacan la base de la cohesión social. En una época de primacía de la individualidad que un célebre tratadista ha denominado *El tiempo de los derechos* (Bobbio, 1991), cobra especial valor el énfasis constitucional en las obligaciones de los ciudadanos, que se presentan como el reverso de los derechos que la Constitución les reconoce, obligaciones de las que da cuenta también el *Discurso Preliminar*.

La Constitución de Cádiz, a pesar de su corte inequívocamente liberal, parece prevenirnos del riesgo atomista que subyace a las interpretaciones radicalmente individualistas de la teoría de los derechos que ponen el acento en éstos, soslayando la dimensión social del individuo y olvidando que los derechos comportan también deberes; que unos y otros son anverso y reverso de la misma moneda y que, en definitiva, la libertad sólo tiene sentido en el seno de la sociedad para con la cual el individuo tiene también ciertas obligaciones que no puede desatender. Debemos advertir, asimismo, que este énfasis en las obligaciones del ciudadano refuerza el vínculo comunitario que liga al indivi-

duo con la nación y posee evidentes connotaciones patrióticas en un contexto de afirmación de la identidad nacional en la lucha por la independencia. Ubicadas sistemáticamente en el capítulo II del Título I (*De la Nación española y de los españoles*), en varios artículos consecutivos, el constituyente formula –ahora no parece que exista propósito de distraer la atención, como sí ocurría con los derechos– una *declaración de deberes fundamentales de los españoles*, en la que se percibe una considerable carga axiológica o valorativa (Ramos Pascua, 2013: 148-149)⁸.

Resulta paradigmática, en este sentido, la enfática proclamación contenida en el artículo 6 que insta como principales obligaciones de los españoles, el amor a la patria y la obligación de *ser justos y benéficos*, exigencias que impregnan de contenido moral la Constitución y que trasminan la demanda de una vida virtuosa, algo cuyos antecedentes, a pesar de revestir características propias que lo revisten de originalidad, podríamos rastrear en el art. 16 de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia que dispone que todos tienen la obligación de “practicar la paciencia, el amor y la caridad cristianos hacia cada uno de los otros”⁹.

No ha estado exenta de crítica esta disposición constitucional, por lo que supone de exigencia carente de virtualidad. Nadie, en realidad, puede asumir la ejecución compulsoria de una obligación de esta naturaleza, pues es evidente que no se puede imponer a otro el amor a la patria o la obligación de ser justo y benéfico. No han faltado quienes apelando a su dimensión estrictamente moral, han concluido la irrelevancia en términos jurídicos de cláusulas de este tenor. Otros autores, con los que nos alineamos, han resaltado la pertinencia de incluir preceptos de contenido moral en la Constitución siempre que respeten el marco normativo plural de las democracias liberales, resaltando tanto la virtualidad pedagógica de estas cláusulas, como su valor directivo, en la medida en que pueden contribuir a modelar la labor legislativa y la acción de los poderes públicos en general.

En estas coordenadas, precisamente, se desenvuelven los textos constitucionales de nuestro tiempo, caracterizados por una inequívoca dimensión moral que ha permitido a la doctrina hablar de rematerialización o remoralización de la Constitución (De Julios-Campuzano, 2009a: 31-34; De Julios-Campuzano, 2009b: 189-194), con la que se alude a la presencia de un elenco de conceptos morales en nuestras normas constitucionales. La Constitución de 1978, permeable a este rasgo del constitucionalismo contemporáneo, ostenta en su frontispicio una norma de inequívoca resonancia moral que no

⁸ Seguimos en este apartado el tratamiento del autor.

⁹ “It is the mutual duty of all to practise Christian forbearance, love, and charity toward each other” (Art. XVI de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia).

debe reputarse muy lejana, en lo sustancial, del art. 6 de la Constitución de Cádiz, al proclamar como valores superiores del ordenamiento jurídico, en el art. 1.1, *la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político* (Ramos Pascua, 2013: 149). No se nos debe ocultar que las diferencias existentes entre ambos preceptos, conciernen fundamentalmente a los mecanismos constitucionales de garantía, los cuales, por tanto, desde el punto de vista de su coherencia normativa, resultan ciertamente irrelevantes.

Importa destacar en esta relación de deberes, un precepto de singular trascendencia, recogido en el artículo 7, cuyo tenor establece que todos los españoles han de ser fieles a la Constitución, obedecer las leyes y respetar la autoridad. Es preciso resaltar que esta disposición no se limita a una formulación genérica del imperio de la ley, sino que alude explícitamente a la Carta Magna, cuya observancia prioritaria constituye un deber de todos los españoles. Enjundiosa declaración que somete a la Constitución, también, al monarca quien, desde ahora, debe guardar fidelidad a la norma fundamental. Con esta fórmula se pone fin al poder absoluto y da comienzo una nueva era bajo el gobierno de una monarquía moderada (art. 14), sometida a la Constitución y a las leyes. Esta idea resulta de particular trascendencia por cuanto expresa la supremacía de la Constitución sobre los todos los ciudadanos sin excepción.

Dos pronunciamientos cierran este capítulo. El primero, reconoce la proporcionalidad tributaria (art. 8), en virtud de la cual todos los españoles están *igualmente obligados* a contribuir al sostenimiento del Estado, principio que implica, consecuentemente, la eliminación de las exenciones en favor de los estamentos privilegiados (art. 339); el segundo, establece la obligación de los españoles a servir en armas a la patria cuando sean llamados para ello.

5. LA FELICIDAD DE LA NACIÓN Y EL BIENESTAR DE LOS INDIVIDUOS QUE LA COMPONEN

No podemos omitir aquí una expresa referencia al tenor del artículo 13 cuyo contenido nos ofrece una clave interpretativa de primer orden sobre los derechos y sobre los fines de la comunidad política que resulta verdaderamente iluminadora: “El objeto del gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen”. El artículo 13 completa así la declaración de la soberanía contemplada en el artículo 4, al identificar el interés nacional con el individual (Artola Gallego, 1991: 110; Seoane, 1968: 29 y ss.).

Constituye la felicidad, ciertamente, un concepto clave del constitucionalismo gaditano, empleado con profusión en la carta doceañista, que permite comprender en su cabal dimensión el sentido y alcance de los derechos como elementos sobre los que descansa el bienestar individual. Al consagrar la felicidad de la Nación como objeto del gobierno y fin de la sociedad política, la Constitución se declara receptora de algunos principios esenciales del constitucionalismo, ligados al racionalismo, al liberalismo y al espíritu de la *Ilustración*, brindándonos de este modo una declaración de honda significación iusfilosófica.

En primer lugar, la felicidad constituye un concepto emblemático de la Ilustración, enraizado en el pensamiento de autores ilustrados como Montesquieu, Voltaire o Rousseau que reflexionan sobre ella. La felicidad es uno de los grandes ideales de la Ilustración, impregnada del optimismo, de la fe en el progreso y de la perfectibilidad humana que caracterizan a las principales corrientes filosóficas del *Siglo de las Luces*, dominadas por la seducción que ejercen sobre ellas vocablos como libertad, razón, virtud o utilidad (Fernández García, 2002: 94). Hizo fortuna la felicidad al ser contemplada en el art. 1 de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia que la proclamó como derecho innato de todos los hombres, junto con la vida, la libertad, la propiedad y la seguridad, declaración que, en cierta medida, puede considerarse precursora de la mención recogida en la Constitución de Cádiz. La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, por su parte, si bien eliminó toda referencia a la felicidad de su articulado, proclamó enfáticamente en su preámbulo la felicidad de todos como fin último de la comunidad política¹⁰.

En segundo lugar, debemos subrayar que, para el constituyente gaditano, la felicidad no es contemplada como un derecho innato, sino como objeto del gobierno y fin de la asociación política que *no es otro que el bienestar de los individuos que la componen*. A ese bienestar de los individuos en el que radica la felicidad de la Nación se orienta la acción de gobierno, el orden constitucional y, consecuentemente también, el reconocimiento y garantía de los derechos. Se desvela, de este modo, la conexión estrecha entre la felicidad y los derechos, de inequívoca raíz ilustrada (Artola, 1991: 108).

En tercer lugar, al anterior aserto subyace una concepción contractualista del orden social que concibe la sociedad política como asociación, esto es, no como una realidad natural y preexistente, sino como la confluencia de las voluntades de los individuos que la integran para cuyo bienestar se cons-

¹⁰ “Afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous” (Preámbulo de la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen de 1789).

tituye el orden político (Ramos Pascua, 2013: 148). La legitimidad reside, en consecuencia, en la soberanía individual y en la determinación de un espacio de inmunidad sustraído al poder político. De lo cual se desprende un individualismo ético que postula la prioridad axiológica del individuo y constituye la base sobre la que descansa la afirmación de sus derechos. La felicidad de la nación, por tanto, está indisolublemente ligada a los derechos del individuo. Ese es el sentido de esta fórmula que nos proporciona una clave explicativa fundamental acerca del alcance de los derechos del individuo en el constitucionalismo gaditano; fórmula que, por evidente, el diputado Borrull propone suprimir, pues un elemental principio de economía en lenguaje sugiere que es innecesario expresar lo obvio. Bastaría con decir que el objeto del gobierno es la felicidad de la nación, pues ésta no puede consistir sino en el bienestar de los individuos que la integran. No existía, ciertamente, el propósito de que la trascendencia del individuo y de sus derechos pudiera pasar, de algún modo, desapercibida. Por eso, para diluir cualquier evocación metafísica de la Nación que pudiera dar lugar al malentendido de concebir una felicidad de la Nación que no se corresponda con el bienestar individual, Espiga precisará: “No hay duda que en diciendo la felicidad de la Nación se ha dicho todo; pero las partes que constituyen este ente moral son las que siendo felices, hacen esta felicidad nacional” (Diario de Sesiones, 332: 1729). Y, taxativamente, concluye su intervención de manera lapidaria: “La felicidad de la nación consiste en el bienestar de los individuos y éste resulta de la conservación de sus derechos” (Diario de Sesiones, 332: 1729). Es el individualismo emancipador de la Ilustración, que vino a ver en cada individuo un sujeto moral, que hizo depender el progreso social del bienestar individual y que penetró, a través de las primeras declaraciones de derechos, en los modernos sistemas constitucionales (De Julios-Campuzano, 2000: 30-31).

Por último, la proclamación de la felicidad como objetivo del gobierno y fin de la sociedad política puede encubrir una implícita alusión a los postulados de la filosofía utilitarista que Jeremy Bentham condensó en la célebre máxima *la mayor felicidad para el mayor número*. Así lo ha puesto de relieve Pérez Luño, al destacar la inspiración rousseauiana de la Constitución francesa de 1791 que en su Preámbulo proclama como fin último “asegurar los derechos naturales, inviolables y sagrados del hombre”, en contraste con la afección utilitarista que desprende el Preámbulo de la Constitución española de 1812 (“promover la gloria, la prosperidad y el bien de la Nación”), lo cual no debe causar extrañeza, teniendo en cuenta la procedencia y los círculos intelectuales en los que se movían algunos conspicuos diputados liberales, entre los que descuella la figura de Muñoz Torrero que fue rector de la Universidad de Salamanca, institución que sirvió de cauce para la penetración de la doctri-

na utilitarista en España a través de la Escuela Iluminista salmantina (Sevilla Andrés, 1949: 219 y ss. cit. por Pérez Luño, 2009: 247).

6. TRADICIÓN Y MODERNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ

La Constitución de Cádiz representa una encrucijada histórica, un trauce decisivo de nuestro devenir colectivo. Las especiales circunstancias en las que se gesta han contribuido a envolverla con el halo mítico que revisten los acontecimientos verdaderamente capitales. En Cádiz, último reducto de tierra libre de una España ocupada, las Cortes se reúnen para elaborar una Constitución, proclamando la soberanía nacional, la separación de poderes y los derechos individuales.

Cádiz está a mitad de camino entre la epopeya revolucionaria y el mito constitucional. Ese es el sentido específico en el que es preciso subrayar la doble direccionalidad de ambos acontecimientos y su interdependencia que es confirmada por el Conde de Toreno: “No fue la ignorancia, no fue la superstición la que resistió a Bonaparte, sino un sentimiento de independencia, un sentimiento de pundonor, acompañados de un sentimiento de libertad” (Toreno, 2008: 5).

Con vigorosa expresividad, el Conde de Toreno denominará a su crónica sobre los acontecimientos revolucionarios que se inician en 1808 *Historia del Levantamiento, Guerra y Revolución de España* (Conde de Toreno, 1835), distinguiendo, en perfecta secuenciación temporal, tres momentos en una unidad de acto. La *grande obra* constitucional de Cádiz es producto de una singular circunstancia histórica que le otorga carácter distintivo, y se inserta, a la par, como un eslabón más del constitucionalismo revolucionario norteamericano y francés, impregnado de un inconfundible aroma liberal, iusnaturalista e ilustrado.

Ahora bien, el constitucionalismo doceañista reviste acentos específicos que perfilan una singular identidad constitucional a partir del mito de la continuidad histórica de las antiguas leyes fundamentales. Este recurso historicista trata de religar tradición y revolución, aunando, de este modo, lo antiguo y lo nuevo.

Sea como fuere, en el propósito de llevar a cabo este empeño pudo mover a nuestros diputados, efectivamente, un bienintencionado y sincero deseo de restaurar, actualizándolas y mejorándolas, las viejas instituciones de nuestro derecho histórico. Pero pudo moverles, quizás más probablemente, la voluntad de conferir a nuestra Carta Magna la autoridad que otorga la inveterada

tradición histórica y pudo ser, también, que esta apelación de cuño historicista pretendiera ocultar la realidad de un diseño de nuestras instituciones, cuyas líneas maestras desprendían un inconfundible aroma revolucionario, estaban impregnadas de una penetrante fragancia ilustrada y guardaban similitudes, en absoluto forzadas, con aquellas que se habían gestado en Francia, en Inglaterra o en Norteamérica. En cualquier caso, dejando a un lado la estrategia razonable de presentar como autóctono un producto que estaba inequívocamente influido por los aires renovadores foráneos, ese empeño historicista revelaba, también, una tradición institucional y doctrinal que no estaba absolutamente ayuna de argumentos, aunque estaba revestido de un evidente sobredimensionamiento del alcance y trascendencia de nuestras leyes e instituciones.

Nuestras *antiguas leyes* eran, sobre todo, *antiguas* y la Constitución rezumaba modernidad: la que trasminaba el perfume ilustrado de un extenso repertorio de derechos que sutilmente se había dispersado por su articulado para diluir su aroma inequívocamente liberal, aunado a principios como la soberanía nacional y la división de poderes. Definitivamente, la Constitución de 1812 era la credencial ilustrada de una nación que deseaba dejar atrás un pasado oscuro para iniciar una nueva era. Las *antiguas leyes* de Castilla, de Aragón y de Navarra fueron ciertamente loables, crearon instituciones preciadas y valiosas pero, para nuestros constituyentes, la Edad Media era una época superada y el contexto de esta España de principios del siglo XIX era radicalmente distinto del de aquellos tiempos remotos (Tomás Villarroya, 1994: 17).

El recurso a nuestras antiguas leyes e instituciones, sin embargo, estaba lejos de constituir una pátina historicista meramente ornamental con que revestir de ancestral solemnidad conceptos, instituciones y normas procedentes de otros lares, cuya trasposición se pretendía disfrazar. Subyacía a ese empeño, el propósito de revalorizar una tradición jurídica meritoria no exenta de recursos contra el absolutismo y de poner el énfasis en un venero jurídico y doctrinal que había resistido la acción devastadora del despotismo, manteniendo la memoria de las prerrogativas de la institución parlamentaria, de las libertades del pueblo y de sus derechos. La apelación a la constitución histórica –que revestía también una dosis de orgullo patrio que era imprescindible para forjar una identidad española–, revelaba también una cierta veneración por nuestras tradiciones y trataba de ensalzar la historia política de unos reinos en los que la institución parlamentaria había ejercido una función no meramente simbólica de limitación del poder y de defensa de las libertades que era preciso revalorizar, incidiendo en los brillantes elementos de nuestra tradición doctrinal y legislativa para entroncarlos con las ideas modernas, para advertir que el fundamento de la soberanía y de los derechos no era ajeno a nuestra

tradición, que su legado constituye un hito decisivo en la conformación del iusnaturalismo democrático moderno y que las aportaciones de los clásicos españoles están en la génesis de la teoría de los derechos humanos pues, como certeramente se ha afirmado, “no puede considerarse infundado o arbitrario el esfuerzo por entroncar el iusnaturalismo racionalista y contractualista en los autores de la Escuela española del Derecho natural, más sensibles a la defensa de las libertades” (Pérez Luño, 2009: 248).

Con todo, las Cortes no pretendían restaurar sin más las *antiguas leyes*, pues eran conscientes de que el avance de la ciencia del gobierno había deparado significativos avances, que entrañaban mejoras sustanciales de nuestras sociedades, de los que no se debía prescindir. Es ésta quizás la única alusión más o menos explícita que se contiene en el *Discurso Preliminar* a las innovaciones jurídico-políticas que nos habían deparado los procesos revolucionarios acaecidos en otros lugares. Del mismo modo que nuestros antiguos legisladores no prescindieron de los avances que se habían producido en su tiempo, los actuales tampoco podían cerrar los ojos ante las mutaciones que se estaban experimentando en el suyo (*Discurso Preliminar*, 2002: 196). Posiblemente, mayores concesiones hubieran debilitado la senda argumental elegida para fundamentar la *Constitución Política de la Monarquía Española*, pero no es menos cierto que tanta parquedad en la referencia a las aportaciones revolucionarias contrasta con la profusión con la que se desarrollan otras ideas.

En este marco, es preciso recordar que los derechos humanos encuentran su origen en un proceso de subjetivación de la ley natural que acentuó, progresivamente, la dimensión subjetiva de la ley natural de la escolástica, derivando de ella facultades de titularidad individual. Los derechos naturales son el antecedente de los modernos derechos del hombre consagrados en las Declaraciones de Derechos y en las Constituciones. Por obra de aportaciones sucesivas, la vieja ley natural de la escolástica adquirió el estatus moderno de los derechos individuales. En efecto, frente a la tesis de quienes preconizan una ruptura con la tradición anterior, la gestación de los derechos humanos es consecuencia de un proceso en el que ostentó un notable protagonismo precursor la *Escuela española de Derecho Natural*. Las aportaciones de los juristas de la *Escuela española* representaron un notable esfuerzo de adaptación del iusnaturalismo escolástico medieval a los problemas de la modernidad. De este modo, en nuestra tradición surgen las destacadas contribuciones doctrinales de Francisco Suárez, Fernando Vázquez de Menchaca, Francisco de Vitoria o Bartolomé de las Casas que desembocarían en el reconocimiento de un conjunto de derechos básicos que, fundados en el derecho natural, corresponderían a todos los hombres por el mero hecho de serlo (Pérez Luño, 2003: 39-40).

No podemos desconocer, por tanto, que en el proceso histórico de afirmación y conquista de los derechos humanos, el pensamiento español había realizado aportaciones que tuvieron un innegable valor precursor. Por eso, no podemos compartir la tesis de quienes consideran la apelación historicista del *Discurso Preliminar* una mera evocación ornamental carente de fundamento. No debe soslayarse, empero, que el reconocimiento de los derechos tenía algún asidero en nuestra doctrina jurídica, principalmente, en los antecedentes de la segunda escolástica o de la *Escuela Española de Derecho Natural*. Debe concederse que la contribución de la Escuela Española resultó determinante en la gestación del iusnaturalismo moderno y que sus obras fueron el venero doctrinal que sentó las bases para la primera fundamentación laica del derecho natural, gestada por Hugo Grocio en *De iure belli ac Pacis* (1621).

Pero, al mismo tiempo, el rastro de las libertades y de los derechos de la Constitución gaditana está impregnado de la lucha moderna por la libertad, de la búsqueda inextinguible de los derechos, de la afirmación de la dignidad y de la sed insaciable de justicia que clama contra la tiranía y la opresión.

Cádiz era, a la par, tradición y revolución fundidas en una amalgama inescindible. Era independencia frente al invasor, pero también libertad frente a la arbitrariedad y el abuso. Estaba impregnada del espíritu liberal y revolucionario que había hecho temblar décadas atrás los cimientos del *Antiguo Régimen*. Era el aire de la libertad que latía en las declaraciones de derechos, la lucha por la igual dignidad que había alumbrado la Revolución Gloriosa, el ardor libertario frente al despotismo y el anhelo de emancipación frente al usurpador.

La Constitución de 1812, en suma, merece un lugar destacado en nuestra historia, como símbolo de la modernidad y receptora de la Ilustración, un producto constitucional autóctono y original que no puede sustraerse a sus concretas determinaciones históricas y que alumbró el nacimiento de la España moderna.

BIBLIOGRAFÍA

- ARGÜELLES, Agustín (1970), *La reforma constitucional de Cádiz*, Longares, L. (ed.), Iter, Madrid.
- ARTOLA GALLEGO, Miguel (1991), "La monarquía parlamentaria", en Íd. (ed.), *Las Cortes de Cádiz* (pp. 105-124), Marcial Pons, Madrid.
- BOBBIO, Norberto (1991), *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid.

- BREY BLANCO, José Luis (2012), “Liberalismo, nación y soberanía en la Constitución española de 1812”, en Álvarez Vélez, M^a.I. (coord.), *Las Cortes de Cádiz y la Constitución de 1812. ¿La primera revolución liberal española?* (pp. 69-108), Cortes Generales, Madrid.
- CONDE DE TORENO (1835), *Historia del Levantamiento, Guerra y Revolución de España*, Imprenta de Tomás Jordán, Madrid.
- CONDE DE TORENO (2008), *Noticia de los principales sucesos ocurridos en el gobierno de España desde el momento de la insurrección en 1808 hasta la disolución de las Cortes ordinarias en 1814*, Urgoiti, Pamplona.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro (1980), *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso (2000), *En las Encrucijadas de la Modernidad. Política, Derecho y Justicia*, Universidad de Sevilla, Sevilla.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso (2009a), *Constitucionalismo em tempos de globalização*, Livraria do Advogado, Porto Alegre.
- DE JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso (2009b), *La transición paradigmática de la teoría jurídica. El derecho ante la globalización*, Dykinson, Madrid.
- ELORZA, Antonio (2021), *Ilustración y liberalismo en España*, Tecnos, Madrid.
- FERNÁNDEZ ALMAGRO, Melchor (1976), *Orígenes del régimen constitucional en España*, Labor, Barcelona.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, Antonio (ed.) (2002), *La Constitución de Cádiz (1812) y discurso preliminar a la Constitución*, Castalia, Madrid.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2004), “La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz”, *Revista de Estudios Políticos*, 124, 29-54.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda (2011), “Las Cortes de Cádiz y los derechos humanos”, en Escudero, J.A. (dir.), *Cortes y Constitución de Cádiz, 200 años*, tomo II (pp. 98-119), Fundación Rafael del Pino, Madrid.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (1993), *Introducción a una historia del constitucionalismo español*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LOCKE, John (1963), *Second Treatise on Civil Government*, en Íd., *The Works of John Locke*, vol. V, Scientia Verlag Aalen, Germany.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2003), *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2009), “Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812”, en Pérez Luño, A.E., *La filosofía del Derecho en perspectiva histórica. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del autor* (pp. 243-256), González-Tablas, R. (coord.), Universidad de Sevilla, Sevilla.
- PORTILLO VALDÉS, José María (2000), *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España 1780-1812*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.

- RAMOS PASCUA, José Antonio (2013), “Principios Jurídico-Políticos de la Constitución de Cádiz”, *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*, 8, 139-152.
- SEOANE, María Cruz (1968), *El primer lenguaje constitucional español (Las Cortes de Cádiz)*, Moneda y Crédito, Madrid.
- SUÁREZ, Federico (1982), *Las Cortes de Cádiz*, Rialp, Madrid.
- TOMÁS VILLARROYA, Joaquín (1994), *Breve historia del constitucionalismo español*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- TORRES DEL MORAL, Antonio (1986), *Constitucionalismo histórico español*, Átomo, Madrid.

DOCUMENTOS NORMATIVOS

- Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz* (1987), Cortes Generales, Madrid.
- La Constitución de Cádiz (1812) y Discurso Preliminar a la Constitución* (2002), Fernández García, A. (ed.), Castalia, Madrid.
- Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia*, 12-6-1776. Disponible en: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>
- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, 26-8-1789. Disponible en: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>
- Decreto V por el que se establece la igualdad de derechos entre los españoles europeos y ultramarinos americanos*, 15-10-1810, en *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, vol. I.
- Decreto IX sobre la Libertad política de la Imprenta*, 10-11-1810, en *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, vol. I.
- Decreto XXII por el que se prohíbe la apertura general de cartas*, 15-1-1811, en *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, vol. I.
- Decreto XXXI por el que se declaran algunos derechos de los Americanos*, 9-2-1811, en *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, vol. I.
- Decreto LXI de abolición de la tortura y de los apremios, y prohibición de otras prácticas aflictivas*, 22-4-1811, en *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, vol. I.
- Decreto LXXXII de incorporación de los señoríos jurisdiccionales a la Nación y de abolición de los privilegios exclusivos, privativos y prohibitivos*, 6-8-1811, en *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, vol. II.

Decreto CCXXIII sobre la abolición de la Inquisición: establecimiento de los tribunales protectores de la Fe, 22-2-1813, en *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, vol. II.

Decreto CCLXII sobre el libre establecimiento de fábricas y ejercicio de cualquier industria útil, 8-6-1813, en *Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, vol. II.

Sesión de las Cortes Generales y Extraordinarias de 30 de agosto de 1811, en *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, tomo II, n°332, 1729-1732. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/diario-de-sesiones-de-las-cortes-generales-y-extraordinarias-9/html/02999950-82b2-11df-acc7-002185ce6064_1345.html