

ción de los gobernantes, que, lejos de poder ser la otra parte de un hipotético contrato con el pueblo, son vistos como los que podrían aprovecharse de su posición de autoridad constituida para destacarse del pueblo soberano y poner la ley al servicio de su propia voluntad y de sus intereses particulares. Por esto el gobierno, que por su naturaleza obra «contra la soberanía» y que continuamente está expuesto al riesgo de identificarse con esa voluntad particular que «obra sin tregua contra la voluntad general», debe estar fuertemente limitado; y para esto el pueblo soberano debe conservar siempre la posibilidad de retomar lo que había delegado parcial y temporalmente a los gobernantes, sin que se le puedan oponer «leyes fundamentales» de cualquier especie o contratos originarios que de cualquier forma limiten su originaria y absoluta potestad¹⁹. De aquí, en fin, la célebre crítica de Rousseau a la representación política: los que el pueblo elige, los diputados del pueblo, no son representantes, sino sólo «comisarios: no pueden concluir nada de manera definitiva. Toda ley que no haya sido ratificada directamente por el pueblo es nula, no es una ley»²⁰.

Y, más en general, se confirma con Rousseau la dificultad de oponer límites al poder soberano que ya hemos visto en Hobbes. Cuando se trata explícitamente, incluso en referencia directa a los derechos de los ciudadanos, la conclusión se refiere siempre a la existencia de un único límite, por otro lado incluido en la ley, que consiste en el deber del soberano de mantener íntegro el carácter general de su voluntad y, así, no obrar en sentido discriminatorio, constitutivo de privilegios o beneficios particulares²¹. Cuando por el contrario se pretende individualizar un límite externo capaz de vincular al pueblo soberano, entonces la opinión de Rousseau es resueltamente negativa: «no existe ni puede existir ningún tipo de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni siquiera el contrato social»²².

En vano buscaremos en Rousseau la «constitución» como límite y garantía. Al contrario, la «constitución» está para él totalmente

19. *Ibid.*, II, caps. 1 y 2, sobre la inalienabilidad e indivisibilidad de la soberanía; III, cap. 1, sobre la diferencia entre cuerpo soberano y gobierno; III, cap. 10, sobre el abuso del gobierno y sobre su tendencia a degenerar; III, caps. 13, 14 y 18, sobre los remedios contra tal abuso, consistentes esencialmente en esas asambleas periódicas que tanto habían escandalizado —como hemos visto— al Procurador General de la ciudad de Ginebra; III, cap. 16, sobre la inexistencia de un «contrato» entre pueblo y gobierno.

20. *Ibid.*, III, cap. 15.

21. *Ibid.*, II, cap. 4.

22. *Ibid.*, I, cap. 7.

absorbida por la soberanía, en el sentido de que para Rousseau sigue siendo verdadero lo que Hobbes había afirmado: que la única «ley fundamental» es la que obliga a preservar la integridad del poder soberano, que ahora, en el umbral de la Revolución, de manera todavía más clara y transparente se manifiesta en la forma de la ley general y abstracta, en sí productora de igualdad.

Por lo demás, el concepto mismo de «constitución» ocupa un espacio bien reducido en la obra de Rousseau²³. Opera exclusivamente en el plano —distinto y subordinado respecto al de soberanía— del gobierno, del conjunto de las instituciones que facilitan la exacta ejecución de la ley. Así, cuando Rousseau afirma que el legislador «que constituye la república, no está comprendido en su constitución»²⁴, pretende decir que la constitución se ocupa sólo de los poderes derivados y subordinados al gobierno, que el legislador funda y mantiene en su dominio, a través de la permanente presencia del pueblo soberano. Lo que entonces no puede existir es una constitución que se ocupe del legislador soberano. Éste, en efecto, no es representado como un poder, sino como la voluntad originaria que consiente la existencia de los poderes positivamente instituidos. De estos últimos y sólo de éstos se ocupa la constitución, y siempre sabiendo que el ordenamiento del gobierno que ella dispone puede ser revocado en todo momento por el legislador, por el pueblo soberano, que precede a la constitución y que por su naturaleza está fuera de ella. A fin de cuentas, la constitución no puede ni debe traicionar al soberano, y no al revés.

2. El constitucionalismo

El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía. Obviamente, es cierto que no se puede sostener que el poder soberano que Hobbes y Rousseau habían situado en el centro de la constitución de los modernos

23. Más complejo y articulado debería ser el juicio extendiendo nuestro análisis a otras obras de Rousseau. Véase en particular J.-J. Rousseau, *Considerazioni sul governo della Polonia e sul progetto di riformarlo*, en *Id.*, *Scritti politici III*, Bari-Roma, 1994, pp. 204 ss., con afirmaciones sobre las «leyes fundamentales» en parte distintas de las contenidas en el *Contratto sociale*; trad. cast. *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia*, ed. de Antonio Hermosa, Madrid, 1988.

24. J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale*, II, cap. 7.

fuese por ellos configurado como un poder arbitrario. Al contrario, era entendido por ellos como un poder llamado por los mismos individuos —a través del pacto social— a instituir una ley cierta, a través de la cual fuese posible estabilizar la vida y las posesiones de esos mismos individuos y, entonces, crear las condiciones para que pudiesen comenzar a tomar forma los derechos individuales.

Sin embargo, en la constitución moderna prefigurada y sostenida por Hobbes y Rousseau resultaban absolutamente imposibles, sin lugar a dudas, dos operaciones. La primera consistía en la división del poder soberano, es decir, en la individualización de una pluralidad de poderes públicos contrapesados entre ellos y, por ello, limitados recíprocamente. Como sabemos, la primera característica del poder soberano era precisamente la de su indivisibilidad. La segunda operación consistía en la posibilidad de individualizar un límite legal a la extensión de los poderes del soberano, de poder oponer a esos poderes una *norma fundamental*, quizás para garantía y tutela de los derechos de los individuos. En efecto, esa norma reclamaba de manera incluso demasiado evidente la antigua constitución mixta medieval y, con ella, la dimensión de la pluralidad, de las partes distintas, del intercambio y de la tratación, en suma, todo aquel mundo del que el poder soberano resueltamente intentaba escapar.

Estas son precisamente las dos operaciones que el constitucionalismo intenta sostener y propugnar partiendo de la idea, que nunca Hobbes y Rousseau habrían podido compartir, de que ellas son compatibles con la constitución de los modernos, que es posible arribar a un poder que sea expresión de la soberanía, pero no por ello indivisible e ilimitado en sí, por su naturaleza.

De nuevo otra vez, y también a propósito de las doctrinas constitucionales, el escenario decisivo es el inglés. En los años inmediatamente posteriores a 1649, a la caída de la monarquía y de la constitución mixta medieval, Hobbes no estaba solo en sus reflexiones sobre estos trágicos sucesos y, fundamentalmente, sobre las posibilidades que se abrían para la república desde el punto de vista constitucional. No sólo estaban los que, como Hobbes, pensaban que de la caída de la constitución mixta, que de hecho había producido la guerra civil, se pudiera salir sólo y exclusivamente mediante la solución del poder soberano único e indivisible. También estaban los que pensaban que la nueva república —liberada de la constitución mixta medieval y dedicada, en términos completamente nuevos, a construir la relación necesaria entre los ciudadanos y los poderes públicos, sobre todo los representativos, como el legislati-

vo— tenía necesidad, para ser fuerte y estable, de reconstruir un orden constitucional equilibrado y contrapesado, capaz de representar de manera razonable y duradera al conjunto de ciudadanos ingleses.

En esta línea, James Harrington (1611-1677) puede considerarse el exponente más relevante de los republicanos ingleses. Su mayor obra, *The Commonwealth of Oceana*²⁵, fue publicada hacia el final de 1656. En ella la constitución mixta medieval está ya totalmente superada, ya que lo que se busca es una sociedad civil de individuos independientes y una sociedad política que nace de las elecciones libres, siempre de base individual, del parlamento. No obstante, en el momento decisivo de la construcción del nuevo orden constitucional reaparece el concepto tradicional del *balance*, del equilibrio.

Es un equilibrio que debe dirigirse en primer lugar a la misma sociedad. En efecto, para Harrington no existe ninguna república si no existe una equitativa y razonable distribución de los bienes. La primera *ley fundamental* de la república es por ello la agraria, que crea el equilibrio social del que depende la república limitando el valor de las tierras que cada uno puede poseer, y creando las condiciones para que el mayor número posible de individuos pueda acceder a una propiedad, aunque sea pequeña. La segunda ley fundamental es la electoral, que permite ordenar el vasto pueblo de individuos propietarios, de forma que se construya una república estable y moderada, en la que se tiene un Senado donde se es elector y elegible con una renta superior a las cien libras esterlinas, y una Cámara en la que todos los propietarios son electores y elegibles, y de la que sólo son excluidos los asalariados, los pobres,

25. J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana y A System of Politics*, ed. de J. G. A. Pocock, Cambridge, 1992. No hay espacio para extender nuestra atención a los otros exponentes del republicanismo inglés, como John Milton (1608-1674), Henry Neville (1620-1694) y Algernon Sidney (1622-1683). Sobre ello, véase al menos: A. Fukuda, *Sovereignty and the Sword. Harrington, Hobbes and Mixed Government in the English Civil Wars*, Oxford, 1997; D. Armitage, A. Himy y Q. Skinner (eds.), *Milton and Republicanism*, Cambridge, 1995; y ahora también la síntesis de Q. Skinner, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, 1998. Para el lector italiano, algunos textos de los republicanos ingleses están contenidos en *Antología dei costituzionalisti inglesi*, cit.; e interesan: L. D'Avack, *I nodi del potere. La teoria del governo misto nell'Inghilterra del Seicento*, Milano, 1979; G. Giarrizzo, «Il pensiero inglese nell'età degli Stuart e della Rivoluzione», en *Storia delle idee politiche, economiche e sociali I*, Torino, 1980, y E. Capozzi, *Costituzione, elezione, aristocrazia. La repubblica «naturale» di James Harrington*, Napoli, 1996. De la obra principal de Harrington existe traducción al castellano: *La república de Oceana*, México, 1987.

los mendigos. Según Harrington, al Senado —expresión de la necesaria componente aristocrática de la república— pertenece el monopolio del poder de iniciativa legislativa, constituyendo así un filtro, razonable y eficaz, en relación con las instancias y presiones procedentes del pueblo, y a la Cámara pertenece la deliberación como expresión de la soberana decisión de los representantes de todo el pueblo.

Como se aprecia con claridad, Harrington intenta escapar de aquel dilema que Hobbes había descrito de manera tan rotunda entre la constitución mixta, antesala de la guerra civil, y la soberanía de un poder único e indivisible. Con Harrington tenemos, por el contrario, la búsqueda de un poder soberano, el de los ciudadanos propietarios electores y su parlamento, que se estructura a través de la constitución y, en particular, a través de las dos grandes leyes fundamentales, la agraria y la electoral, de manera mixta y moderada. En pocas palabras, Harrington es capaz, a diferencia de Hobbes, de distinguir entre *constitución mixta* y *gobierno mixto*. Concibe superada la primera, pero necesario el segundo, si se quiere dar a la república una base estable y duradera.

Sin embargo, para un personaje como Harrington —como en general para los republicanos ingleses, que ya habían roto los lazos con el pasado monárquico y medieval— era sin embargo necesario encontrar en la historia un modelo en el que el carácter mixto del gobierno se hubiese aplicado a la república, de manera capaz de producir una forma política fuerte y duradera. Esta república fue para ellos la romana, que conocían a través de la decisiva mediación de Niccolò Machiavelli (1469-1527), y en particular de sus *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, compuestos entre 1513 y 1519²⁶.

La república romana que los ingleses conocieron a través de los *Discursos* de Maquiavelo tenía el mérito de haberse hecho fuerte a

26. *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Madrid, 2000. La otra obra célebre de Maquiavelo es *El príncipe*: N. Maquiavelo, *Opere*, ed. de S. Bertelli y F. Gaeta, Milano, 1960-1969; trad. cast. *El príncipe*, ed. de Ana Martínez, Madrid, 1998. Para la relación con el republicanismo inglés es obligatoria la referencia a la afortunada obra de J. G. A. Pocock *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, 1975; trad. it. *Il momento machiavelliano. Il pensiero politico fiorentino e la tradizione repubblicana anglosassone*, Bologna, 1980. Sobre ello consideramos apropiadas las consideraciones de J. M. Blythe, *Ideal Government and the Mixed Constitution*, cit., pp. 278 ss. Véanse, en fin: G. Bock, Q. Skinner y M. Vilorio (eds.), *Maquiavelli and Republicanism*, Cambridge, 1990, y M. Peltonen, *Classical Humanism and Republicanism in English Political Thought 1570-1640*, Cambridge, 1995.

través de un gobierno mixto, que había impedido el desarrollo de puntos de vista absolutos y unilaterales, limitando el poder de los cónsules, como también el del Senado y las asambleas populares²⁷. Pero sobre todo los ingleses encontraron en las páginas de Maquiavelo excelentes motivos para sostener lo que más les interesaba, es decir, la superioridad de la república como forma de gobierno.

En efecto, no era difícil en esas páginas seguir los pasos de esta gran idea de la república como forma ideal de gobierno, preparada mejor que otras para solucionar el conflicto entre aristocracia y pueblo, que según el mismo Maquiavelo se produce necesariamente dentro de toda forma política²⁸. La propuesta bicameral de Harrington partía de esta posibilidad, representaba en el plano institucional la armonía lograda entre aristocracia y pueblo, que la monarquía no era capaz de garantizar, que sólo la república podía lograr establemente.

Pero todo esto no sucedía de manera casual: la república era el régimen en el que se realizaba el principio de la *civile equalità*, según escribía el mismo Maquiavelo²⁹. La república poseía en sí la tendencia a nivelar, a relacionar, a dar proporción, de manera que armonizaba las diferencias hasta impedir la formación de riquezas exageradas y, así, de aristocracias demasiado distantes —en la cultura y en el estilo de vida— de la mayoría de los ciudadanos. De nuevo, éste es el modelo que piensa Harrington cuando imagina una sociedad de individuos propietarios, distintos entre ellos, pero también semejantes entre ellos. Y sobre esta base, específicamente social, el régimen político republicano funda su superioridad para garantizar una estable y pacífica mediación en el conflicto entre aristocracia y pueblo.

Después, esta mediación se refleja en el plano institucional a través de la elección de una forma de gobierno mixta, en la que están representados los dos componentes, aristocrática y popular, como en el caso del parlamento bicameral de Harrington. La línea,

27. Como se sabe, Maquiavelo se basaba para describir los acontecimientos constitucionales de la república romana en el descubrimiento de la obra de Polibio, de la que hemos hablado en el capítulo primero, dedicado a la constitución de los antiguos.

28. N. Maquiavelo, *El Príncipe*, cap. 9, y *Discorsi*, I, cap. 4. Del entrelazamiento de estos dos lugares de la obra de Maquiavelo se llega a la conclusión formulada en el texto de la menor actitud del principado —la monarquía para los ingleses— para solucionar el conflicto entre aristocracia y pueblo.

29. N. Maquiavelo, *Discorsi*, I, caps. 2 y 55. La *civile equalità* de Maquiavelo recuerda forzosamente, de manera bastante sugestiva, la *aequalitas* de Cicerón, de la que ya hablamos en el capítulo primero, dedicado a la constitución de los antiguos.

indudablemente sólida, que de Maquiavelo conduce al republicano británico produce así un resultado, al mismo tiempo teórico e institucional, de notable relieve para los futuros acontecimientos constitucionales. Se trata, en pocas palabras, de la permanencia —en el ámbito de la constitución de los modernos— de las teorías y de las prácticas del contrapeso de los poderes. En esta constitución —orientada ahora por el doble criterio del poder soberano y de los derechos individuales— está presente la necesidad de dividir y contrapesar: la caída de la constitución mixta no arrastró consigo el ideal del gobierno mixto.

Los acontecimientos sucesivos —que conducen primero a la restauración de la monarquía en 1660 y después, en 1689, a una decisiva limitación de sus poderes con la Revolución Gloriosa y con la adopción del célebre *Bill of Rights*— confirman esta línea, según la cual Inglaterra se caracteriza por una fuerte y cada vez más irreversible primacía del parlamento, que se afirmaba de manera respetuosa con la tradición del gobierno mixto y del contrapeso de los poderes que caracterizaba profundamente la historia del país³⁰.

Ese contrapeso no sólo se refería a las relaciones internas del parlamento —que en el mismo *Bill of Rights* se concebía en su forma tradicional, con la presencia de los *Lords* y de los *Commons*—, sino también a las relaciones del parlamento con la restaurada monarquía y, así, del legislativo con el ejecutivo. De esta manera —precisamente sobre este último plano— la constitución inglesa estaba llamada a resolverse de manera particularmente estable y sólida, a partir de una situación en la que la reafirmación de un ejecutivo de titularidad monárquica se acompañaba —bajo las normas contenidas en el *Bill of Rights*— de una consistente reducción de los poderes del rey, al que se le negaba de manera explícita un poder autónomo de normación, así como el poder de imponer tributos y de llamar a las armas, o de organizar y mantener el ejército en tiempo de paz, sin el consentimiento del parlamento. En pocas palabras, se trataba de comprender qué forma de gobierno se estaba afirmando en Inglaterra tras el retorno de la monarquía.

30. Citamos desde ahora las obras de referencia sobre el «modelo constitucional» inglés: M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the Separation of Powers*, Oxford, 1967, y E. W. Neville, *The Eighteenth-Century Constitution 1688-1815*, Cambridge, 1977. Sobre la Gloriosa Revolución véase: L. G. Schwoerer (ed.), *The Revolution of 1688-1689. Changing Perspectives*, Cambridge, 1992. Sobre la elaboración teórica disponemos ahora del excelente ensayo de J. Varela Suanzes, «La soberanía en la doctrina británica (de Bracton a Dicey)»: *Fundamentos* 1 (1998), pp. 87 ss.

Como se sabe, los ingleses lograron responder a esta cuestión de manera bastante brillante. De su elaboración, que parte de la Revolución Gloriosa y se desarrolla a lo largo de todo el siglo XVIII, emerge con fuerza esa figura de la forma de gobierno *equilibrada y moderada* que representará durante mucho tiempo en Europa el modelo constitucional por excelencia. El primer ideólogo de esta solución fue ciertamente John Locke (1632-1704), sobre todo con sus *Dos tratados sobre el gobierno*, escritos durante los años ochenta y publicados en 1690³¹.

Ciertamente, en esa fundamental obra de Locke no sólo se contenía una doctrina de la forma de gobierno. La postura de Locke, que se fundamenta en una concepción del estado de naturaleza, parecía ser bastante más general. Ella es demasiado conocida como para volverla a repetir aquí otra vez. En síntesis, a diferencia de Hobbes, Locke consideraba a los hombres en el estado de naturaleza ya razonablemente capaces de instituir la *property*, es decir, una condición en la que cada uno de ellos podía ya decirse relativamente seguro de su propia persona y de sus propios bienes. A los hombres les faltaba sin embargo lo que Locke llamaba una *standing rule*, una regla fija y consolidada, capaz de asegurar en el tiempo la *property* ya adquirida en el estado de naturaleza. Por esto, los hombres deciden salir del estado de naturaleza e instituir la sociedad política. En ella esos hombres veían esencialmente un instrumento de *perfeccionamiento* de la condición ya existente, que permitía poner al servicio de la misma *property*, de sus derechos, algunas instituciones políticas que como tales nunca habrían podido establecerse en el estado de naturaleza: un legislador y una ley capaz de representar la «medida común» en la determinación de la sinrazón y de la razón en las controversias entre los individuos, un juez «cierto e imparcial» con el que siempre se pueda contar para la aplicación de la ley, y un poder ulterior, el ejecutivo, que tenga en

31. J. Locke, *Two Treatises of Government*, ed. de W. S. Carpenter, London-Melbourne, 1986; trad. cast. *Segundo tratado sobre el gobierno*, ed. de Pablo López Álvarez, Madrid, 1999. Sobre Locke véase al menos: C. A. Viano, *John Locke. Dal razionalismo all'illuminismo*, Torino, 1960; J. H. Franklin, *John Locke and the Theory of Sovereignty. Mixed Monarchy and the Right of Resistance in the Political Thought of the English Revolution*, Cambridge, 1978; R. Ashcraft, *Revolutionary Politics and Locke's Two Treatises of Government*, Princeton, 1986; J. Dunn, *The Political Thought of John Locke*, Cambridge, 1979; trad. it. *Il pensiero politico di John Locke*, Bologna, 1992; A. J. Simmons, *The Lockean Theory of Rights*, Princeton, 1992; y E. J. Harpham, *John Locke's Two Treatises of Government. New Interpretations*, Lawrence, Kan., 1992.

sí de manera incontestable la fuerza necesaria para hacer cumplir las sentencias³².

De tal concepción del estado de naturaleza y del paso de éste a la sociedad política derivan otras consecuencias bastante precisas. Deriva sobre todo el hecho de que el poder legislativo, aunque llamado «supremo» en varias ocasiones por el mismo Locke, en realidad debe pensarse como un poder en sí mismo limitado, del que puede y debe medirse su extensión concreta. En el célebre capítulo undécimo del segundo libro de su obra, Locke fija a propósito algunos límites precisos, todos ellos dirigidos a reconducirlo a la concepción general arriba esbozada, según la cual el legislador no nace para generar los derechos, sino simplemente para perfeccionar su tutela presuponiendo su esencial preexistencia. Así, el poder legislativo no podrá disponer de manera arbitraria sobre las vidas y sobre los bienes de los individuos, ni «quitar a un hombre una parte de su propiedad sin su consentimiento», ni «gobernar con decretos improvisados», y estará por el contrario obligado a actuar «mediante leyes promulgadas y ciertas, y jueces autorizados y reconocidos»³³.

Pero quizás lo que no se ha señalado tanto es que entre esos límites del poder legislativo no sólo aparecen los que se refieren directamente a los derechos de los individuos. También están los que se refieren a la posición que el poder legislativo asume en el ámbito de la forma de gobierno. A este propósito, Locke considera incompatible con el establecimiento de una sociedad política bien ordenada no sólo la monarquía absoluta, sino también aquella situación en la que se tiene «una sola asamblea que opera establemente»³⁴. En una asamblea de este género Locke ve el mismo peligro de la monarquía absoluta, que es, en pocas palabras, el de la confusión entre legislativo y ejecutivo. En efecto, si esa asamblea pretende operar establemente, es porque ella pretende no agotarse en la tarea ciertamente fundamental de hacer la ley, que por su naturaleza, según Locke, se desarrolla periódicamente, a intervalos más o menos regulares, pero nunca de manera continua. En la pretensión de la asamblea legislativa de no disolverse después de haber hecho la ley está contenida para Locke una amenaza tan seria como la existente en la monarquía absoluta. Está contenida, en po-

32. J. Locke, *Two Treatises*, cit., II, cap. 9, par. 124. Resulta inútil citar los múltiples lugares en los que Locke describe el estado de naturaleza y su paso a la sociedad política: véanse de todas maneras II, cap. 4, par. 22, y II, cap. 7, pars. 89-91.

33. *Ibid.*, II, cap. 11, pars. 134-142.

34. *Ibid.*, II, cap. 11, par. 138.

cas palabras, la pretensión del legislativo de extender su dominio al campo del gobierno, de la ordinaria administración de los recursos públicos, del ordinario gobierno sobre los hombres.

La verdadera relevancia de Locke en la historia del constitucionalismo está en esto: en haber sido el primero en formular de manera clara y firme, en el ámbito de la constitución de los modernos, la fundamental distinción entre poder *absoluto* y poder *moderado*. El primero es aquel en que un único sujeto, sea el rey o la asamblea, tiene el poder legislativo y el ejecutivo, el segundo es aquel en que los dos poderes son distintos y pertenecen a dos sujetos distintos. En suma, la primera y fundamental máxima del constitucionalismo es precisamente ésta, según la cual quien tiene el formidable poder de hacer la ley no puede ni debe disponer de los recursos y de los medios de gobierno, incluido el también formidable poder de coacción sobre los individuos; y quien dispone de todo esto no puede ser a su vez titular del poder legislativo. Ésta es, en definitiva, también para el mismo Locke, la mayor y más concreta garantía de los derechos de los individuos: saber que quien tiene el poder de legislar sobre ellos no tiene ningún poder directo de coacción, y viceversa.

Falta ahora establecer cuál es para Locke la forma de gobierno que realiza en concreto, de manera óptima, una cualidad moderada del poder. Ciertamente resulta demasiado simple, con los textos en la mano, sostener que se trata de la tradicional forma inglesa de *King in Parliament*, que recorre toda la obra de Locke y que presenta todos los caracteres exigidos; se trata de una monarquía ciertamente no absoluta, pero sí titular de un firme poder ejecutivo nunca completamente abarcable por parte del legislativo y, también, de un poder de veto sobre la ley que se ejerce desde dentro del mismo parlamento. Resulta más prudente sostener que para Locke son compatibles con la fórmula del poder moderado todas las formas de gobierno construidas de manera que eviten la confusión entre legislativo y ejecutivo. Tal es *también*, indudablemente, la tradicional forma del gobierno inglés, que tiene el doble valor de oponer la primacía del parlamento a la hipótesis de la monarquía absoluta, y también el valor permanente de la prerrogativa regia como núcleo fundamental del ejecutivo en la hipótesis del desmedido dominio del legislativo, del gobierno de asamblea³⁵.

35. *Ibid.*, II, cap. 14, donde Locke considera no por casualidad extensos poderes de prerrogativa como componente esencial de un equilibrio institucional óptimo.

Lo cierto es que éste, y no otro, es *el espacio de la constitución*. Es el espacio en el que se construye una relación prudente y equilibrada entre legislativo y ejecutivo, de manera que prevenga y evite la formación de una dimensión absoluta del poder que amenace los derechos de los individuos. No por casualidad, cuando este equilibrio se rompe, cuando —en el lenguaje de Locke— se disuelve el *government*, bien porque el legislativo sale fuera de su ámbito menoscabando los derechos de los individuos, o porque el ejecutivo a su vez abusa de sus poderes, en concreto impidiendo el normal funcionamiento del mismo legislativo a través de un ejercicio arbitrario de su fundamental poder de convocar y disolver el parlamento, entonces no existe ninguna constitución, y no queda más que la bien conocida «invocación al cielo», con el que el pueblo retoma directamente el «poder supremo» configurador de la forma política a fin de instituir una nueva, a la que de nuevo se pueda confiar una equilibrada garantía de los derechos³⁶.

Muy difícilmente se puede deducir de todo esto la existencia de una opción de Locke a favor de la soberanía del pueblo. En efecto, este último no aparece representado como la fuerza originaria y nunca apagada que mantiene viva la constitución³⁷, sino como el punto al cual se torna inevitablemente cuando la constitución ya no funciona, ya no consigue garantizar una disposición equilibrada de los poderes y una consecuente garantía apreciable de los derechos. Por los mismos motivos, ciertamente no se puede decir que en la antes recordada «invocación al cielo» esté contenida la afirmación de un verdadero y propio poder constituyente. En efecto, para Locke no se trataba de individuar un punto en el que el pueblo afirmaba su propia soberanía, su propia capacidad de generar la constitución. Se trataba, por el contrario, de indicar un peligro, un punto en el que la constitución aparecía como algo que tendía a morir más que a nacer. Un punto, en definitiva, del que se debía salir cuanto antes, entre otras vías confiando, incluso de manera explícita, en la razonabilidad del pueblo, en su aversión a cambiar de manera repentina sus «constituciones antiguas» propias, e incluso, en lo que respecta específicamente a Inglaterra, en el respeto del pueblo inglés a su «antiguo legislativo compuesto por el rey, los *Lords* y los comunes»³⁸.

36. *Ibid.*, II, cap. 19, donde Locke trata de la disolución del gobierno; II, cap. 14, par. 168, para el apelo al cielo; y también II, cap. 13, par. 149.

37. Como será más tarde con Rousseau, en la línea de las doctrinas de la soberanía: véase el primer epígrafe de este mismo capítulo.

38. J. Locke, *Two Treatises*, cit., II, cap. 19, par. 223.

Después de Locke, no pocos se dedicaron a perfeccionar y desarrollar el discurso constitucionalista que él había inaugurado, defendiendo cada vez más la constitución como espacio dentro del cual se equilibran los poderes y se garantizan los derechos. Mejor dicho, después de Locke, a lo largo de todo el siglo XVIII, toma cada vez más cuerpo la idea de que esa constitución era en realidad la constitución inglesa, que más que otra en el tiempo había sabido equilibrar los poderes, del parlamento y de la monarquía, y garantizar los derechos.

Ya a finales de 1734, en su *Dissertation upon Parties*, Bolingbroke (1678-1751), político conservador de primera línea, definía la constitución en general, pero después en concreto la constitución inglesa, como «aquel conjunto de leyes, instituciones y costumbres, derivadas de ciertos principios inmutables de la razón y dirigidas a ciertos fines inmutables del bien común, que constituyen el conjunto del sistema según el cual la comunidad ha convenido y aceptado ser gobernada»; y ya entonces distinguía firmemente entre la constitución así entendida y el gobierno que de ella derivaba, de manera que sólo puede hablarse de «un buen gobierno» si obra «en estrecha conformidad con los principios y los fines de la constitución»³⁹.

La explícita subordinación del gobierno a la constitución no era, en ese tiempo, una operación ideológicamente neutra. En efecto, al sostener que no toda forma de gobierno era conforme con la gran tradición histórica de la constitución inglesa, Bolingbroke perseguía una finalidad política clara. En pocas palabras, intentaba poner en evidencia el cambio que se estaba produciendo en Inglaterra, que conducía —cada vez más claramente, mediante la estructuración de la opinión pública en dos grandes partidos antagónicos— a la afirmación de la mayoría parlamentaria como único fundamento de legitimación del gobierno, lo que producía una importante reducción de los poderes de la Corona y la presencia cada vez más embarazosa de la figura dominante del primer ministro, al mismo tiempo jefe de gobierno y de la mayoría parlamentaria⁴⁰.

39. Bolingbroke, «A Dissertation upon Parties», en *Íd.*, *Political Writings*, ed. de D. Armitage, Cambridge, 1997, p. 88. Sobre Bolingbroke véase G. Abbattista, «Il Re patriota nel discorso politico-ideologico inglese del Settecento», en Bolingbroke, *L'idea di un Re patriota* (1738), Roma, 1995. También puede ser útil: Bolingbroke, *Fragments, or Minute of Essays* (1754); trad. it. *Sul governo*, ed. de E. Capozzi, Napoli, 1997.

40. Véase a propósito la síntesis de N. Matteucci, *Organizzazione del potere e libertà*, cit., pp. 116 ss.; trad. cast., pp. 151 ss.

Y, desde el punto de vista de Bolingbroke y de la misma tradición constitucional inglesa, el cambio que se estaba produciendo en el gobierno parlamentario era juzgado como contrario a la constitución. La figura del primer ministro y de su gobierno encerraba en sí los poderes que todo gobierno debe tener en el plano ejecutivo y el mismo poder legislativo, en calidad de mayoría parlamentaria. Brevemente, el gobierno parlamentario violaba el principio fundamental, ya considerado por Locke, de la separación entre legislativo y ejecutivo.

Por este mismo motivo, Bolingbroke se preocupó también de rechazar todas las interpretaciones de la *Glorious Revolution* que veían en ella, a causa de la consistente reducción de los poderes del rey, el inicio de una especie de inevitable parlamentarización del sistema, prácticamente irrefrenable. Y, por el contrario, contribuyó no poco a acreditar la otra interpretación de la misma revolución, según la cual en esa ocasión, en esencia, después de muchos esfuerzos, la constitución inglesa se había recompuesto a partir de sus más sobresalientes orígenes, estabilizando para el futuro, en definitiva, la solución del *King in Parliament*: dentro de la cual se comprendía la limitación de la monarquía por parte del parlamento y la necesidad de un ejecutivo de titularidad monárquica que nunca podía ser dominado completamente por el parlamento, y que además era titular de un poder de veto sobre la ley que se ejerce dentro del mismo parlamento⁴¹.

Precisamente a lo largo del siglo XVIII se difunde la idea de que la constitución inglesa representa la constitución por excelencia, en cuanto que era capaz más que cualquier otra constitución de impedir toda absolutización del poder, de distinguir y contrapesar los poderes, según aquella fórmula, tantas veces repetida, de los *checks and balances*, de los pesos y contrapesos: por una parte, en el parlamento se hace la ley, pero teniendo presente la hipótesis de que el rey pueda oponer su veto; por otra, el rey y el gobierno tienen el poder ejecutivo, pero nada pueden sin los recursos que el parlamento, titular del poder presupuestario, decida poner a su disposición. Por una parte, el rey tenderá a no abusar de su poder de veto; por otra, el parlamento tenderá a no provocar con el instrumento financiero aquella parálisis, por el temor a que el rey, desde dentro del

41. Sobre el principio del *King in Parliament* en el contexto de la tradición constitucional inglesa, véase sobre todo el excelente trabajo de W. Nippel, *Mischverfassungstheorie und Verfassungsrealität in Antike und Früher Neuzeit*, Stuttgart, 1980, pp. 258 ss.

mismo parlamento, oponga su veto. El resultado del conjunto es un sistema que funciona, en el que el parlamento legisla y el gobierno actúa, pero sin que el uno piense jamás que puede absorber al otro.

Sin embargo, toda esta admirable construcción hubiera desaparecido fácilmente de nuestro horizonte si no hubiese contado, a partir de la mitad del siglo XVIII, con otros formidables defensores y divulgadores. El primero entre ellos fue, como es sabido, Montesquieu (1689-1755), sobre todo con su célebre *Esprit des Lois*, publicado en 1748. Sobre la misma línea inaugurada por Locke, también la obra de Montesquieu está dominada por la alternativa entre poder absoluto, o despótico, y poder moderado. Tanto la monarquía como la democracia pueden asumir una configuración despótica: la primera olvidando sus conexiones históricas con los «poderes intermedios», con la nobleza y con los autónomos ordenamientos de las ciudades, y recusando además la decisiva función de los «cuerpos políticos», en esencia de los parlamentos; la segunda dejándose dominar por el principio de la «igualdad extrema», que inevitablemente conduce al pueblo a querer «hacerlo todo por sí, deliberar en lugar del Senado, ejecutar en lugar de los magistrados y desautorizar a todos los jueces»⁴².

Ambas situaciones son descritas por Montesquieu como una centralización de todos los poderes en un único sujeto, sea el monárquico o el popular. De lo que resulta que el régimen político moderado es aquel dotado de una constitución capaz de mantener diferenciados y en una posición de equilibrio esos mismos poderes. Tal constitución ideal es la que Montesquieu describe en el célebre libro undécimo de su obra, con explícita referencia a la constitución de Inglaterra⁴³. En efecto, lo que imagina es un legislativo como el inglés, en parte elegido sobre base territorial —con la única exclusión al derecho de voto de «aquellos de tan baja condición que se supone carecen de voluntad propia»— y en parte compuesto sobre base hereditaria de las «personas ilustres por nacimiento, riquezas y honores»; pero también un ejecutivo de necesaria titularidad monárquica, provisto de un poder de veto frente a la ley, lo bastante fuerte como para impedir que el legislativo caiga en la tentación de absorber al mismo poder ejecutivo. Lo que Montesquieu subraya con fuerza, con la célebre frase del poder que «frena

42. Montesquieu, *Esprit des Lois*, II, 4 y VIII, 2; trad. cast. *Del espíritu de las leyes*, Madrid, 2000.

43. Para la constitución inglesa como «tipo ideal», véase L. Landi, *L'Inghilterra e il pensiero politico di Montesquieu*, Padova, 1981.

el poder», es el hecho de que todas estas complejas relaciones entre el legislativo y el ejecutivo se establecen con una finalidad de recíproca limitación y no de coparticipación: el legislativo puede y debe controlar la ejecución de la ley, pero sin entrometerse en los asuntos que competen al ejecutivo; y este segundo puede, como hemos visto, oponer su veto a la ley, pero sólo en sentido negativo, y sin que se configure una verdadera y propia participación del ejecutivo en la formación de la voluntad legislativa⁴⁴.

En fin, con Montesquieu vuelve con fuerza a primer plano lo que ya Locke había puesto en evidencia, es decir, que los derechos de los individuos —los que ellos gozan en el seno de la asociación política gracias a una ley positivamente deliberada— sólo pueden existir dentro de un régimen político moderado, dotado de una constitución igual o semejante a la inglesa. Este es el sentido último de la conocidísima y lapidaria afirmación de Montesquieu: «La libertad política se encuentra en los gobiernos moderados»⁴⁵.

La estrecha unión entre tutela de los derechos y forma moderada de gobierno está también muy presente en la obra del último gran ilustrador y divulgador de la virtud del modelo constitucional inglés que es ciertamente William Blackstone (1723-1780), sobre todo con sus *Commentaries on the Laws of England*, publicados entre 1765 y 1769⁴⁶. Puede resultar sorprendente hablar de forma moderada de gobierno en un autor como Blackstone, conocido por sus afirmaciones sobre la soberanía del parlamento, descrito en esta obra como «autoridad suprema, irresistible, absoluta, no contestada, en la cual residen los poderes soberanos»⁴⁷. En realidad, no es difícil vislumbrar cómo con esas afirmaciones se perseguía una finalidad muy concreta, que era la defensa de la tradicional centralidad del parlamento inglés —tradicionalmente compuesto de las tres ramas: monárquica, aristocrática y popular— ante la tendencia, ya verdaderamente fuerte, a poner todo en discusión partiendo desde la base, desde la función de los partidos del cuerpo electoral y las mayorías parlamentarias, en la investidura del primer ministro y del ejecutivo. Por esto, entre otras cosas, Blackstone se detenía a criticar la tan moderada admisión del derecho de resistencia del pueblo por parte de Locke⁴⁸, temiendo que aquellas argumentaciones pu-

44. Montesquieu, *Esprit des Lois*, XI, 4 y 6.

45. *Ibid.*, XI, 4.

46. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Oxford, 1765-1769, reed. New York, 1966.

47. *Ibid.*, Introducción, sección segunda.

48. *Ibid.*, I, cap. 2.

diesen justificar la entrada en crisis de la centralidad y de la soberanía del parlamento, dentro de la cual se representaba la tradicional forma mixta y equilibrada de la constitución inglesa.

Por ello, Blackstone afirmaba la soberanía del parlamento sobre todo para negar que pudiese existir otra soberanía, que él veía nacer en su presente como una amenaza en la forma de una voluntad popular, que pretendía determinar más o menos directamente —a través de los partidos— el gobierno y su dirección política. Como ya había intuido Bolingbroke, un viraje en esta dirección habría destruido la constitución inglesa fundada sobre la separación entre el legislativo y el ejecutivo, porque habría creado una autoridad política, la del gobierno del primer ministro fundado sobre la mayoría parlamentaria, que resumía en sí los poderes del legislativo y los del ejecutivo. Y por este motivo Blackstone defendía, junto a la soberanía del parlamento, el otro gran pilar de la constitución inglesa, es decir, la titularidad monárquica del gobierno⁴⁹.

Pero, ciertamente, Blackstone no olvidaba el argumento permanente del constitucionalismo inglés, desde Locke en adelante, que era siempre el de la tutela de los derechos. En efecto, la constitución que defendía no puede concebirse como un juego de límites sin contenido, de pesos y contrapesos. Siempre era necesario terminar recordando que la excelencia de la forma de gobierno moderada de los ingleses consiste en el hecho de que es lo mejor que los hombres han inventado para obtener una buena y eficaz tutela de los derechos. Así, con evidente orgullo, Blackstone afirma que «los derechos absolutos que pertenecen a todos los ingleses» —desde la seguridad de la libertad personal y del libre goce de los propios bienes— existen porque los ingleses en realidad nunca se han desviado de su constitución, que es bastante más fuerte que las continentales, bastante más precisa y determinada para impedir la formación de «un poder despótico y arbitrario de inspección sobre las acciones de los individuos»⁵⁰.

En suma, era necesario pensárselo bien antes de abandonar la experimentada vía del *King in Parliament*, del recíproco control entre las tres ramas del parlamento, de la separación y del equilibrio entre legislativo y ejecutivo⁵¹. Por el momento, era aquella, y

49. *Ibid.*, I, cap. 8.

50. *Ibid.*, I, cap. 1.

51. No es necesario recordar los numerosos lugares en que Blackstone reproduce los mecanismos de *checks and balances* que ya conocemos. De todas maneras, puede verse *ibid.*, I, cap. 2.

no sólo en Inglaterra, la única constitución en la que se podía confiar de verdad.

3. Las revoluciones

A mediados del siglo XVIII, e incluso después, el constitucionalismo era capaz de expresarse de manera fuerte y autorizada. Si abrimos el primer volumen de la conocidísima *Encyclopédie*, impreso en 1751, comprendemos que la idea dominante no es la revolucionaria de la soberanía popular, que pronto aparecería expresada en las páginas de Rousseau, sino la del *contrato* entre el pueblo, o la nación, y el príncipe, que tenía su raíz primera —como sabemos— nada menos que en el pasado medieval, y que de todas maneras pertenecía a la gran familia constitucionalista, en el sentido de que se traducía esencialmente en un tipo de argumentación política con la que se apuntaba a limitar la extensión del poder. Así sucedía, en concreto, dentro de ese volumen, con la reflexión de Diderot sobre la autoridad política, toda ella dirigida a demostrar que «el verdadero y legítimo poder tiene necesariamente límites», derivados del hecho de que el príncipe no puede «casar el acto o el contrato» que está en el fundamento de su autoridad. Y enseguida Diderot añadía lo que era consecuente y casi obligado en la lógica inevitablemente bilateral del contrato, es decir, que tampoco el pueblo podía arbitrariamente disponer del contrato, desconociendo la autoridad constituida del príncipe, e invitaba por ello a ese pueblo a usar de la máxima cautela en el ejercicio del derecho de *resistencia*⁵².

El ensayo de Diderot muestra muy bien cómo el constitucionalismo que hasta aquí hemos conocido no sólo produce limitaciones a los poderes públicos constituidos, sino que también opera en sentido profundamente inhibitorio en relación con el posible surgimiento de la gran idea del pueblo soberano, dentro de la cual simplemente se representaba la ruptura unilateral del contrato por parte de uno de los sujetos contratantes, por parte del mismo pueblo. Por ello, Rousseau, para afirmar la soberanía del pueblo, se enfrentó en primer lugar a la misma idea del contrato entre pueblo y gobernantes, y por ello su obra fue condenada en primer lugar por este aspecto, en cuanto destructiva de aquel orden constitucio-

52. D. Diderot, «Autorité politique», en *Encyclopédie*, julio 1751, vol. I; trad. cast. «Autoridad política», en *La Enciclopedia. Selección de artículos políticos*, ed. de Ramón Soriano y Antonio Porras, Madrid, 1986, pp. 6-16.

nal contractualmente definido en el que todos los sujetos, gobernantes y gobernados, encontraban su puesto y su medida⁵³. Por ello, en fin, la gran elaboración teórica del constitucionalismo inglés había encontrado una solución en la afirmada soberanía del parlamento, que en Blackstone tenía el doble valor de producir una imagen limitada del poder —ya que el parlamento inglés estaba estructurado de forma compuesta y comprensiva del poder de veto del que era titular el poder ejecutivo monárquico—, pero también una imagen fuerte del poder constituido, capaz de contrarrestar la combativa aspiración del pueblo a determinar la forma política y, en concreto, la dirección política del gobierno⁵⁴.

Pero precisamente en Inglaterra, y ya en el curso de los años setenta del siglo XVIII, la compacta construcción constitucionalista comenzó a mostrar sus primeras grietas. En un ensayo de 1770 Edmund Burke (1729-1797) planteó con fuerza por primera vez la cuestión política del gobierno, sosteniendo la necesidad de reconducir la elección de los ministros y la orientación política del país en esencia a la voluntad de los electores, organizada y guiada por los partidos⁵⁵. En realidad, en Burke no existía el propósito de afirmar un principio de soberanía popular, se trataba más bien de actuar en sentido correctivo sobre el sistema institucional existente, que a su juicio, en ese preciso momento histórico, se había encerrado demasiado en sí mismo, terminando por producir una práctica personalista nociva, sobre todo por parte del rey en la elección de los ministros.

El problema, sin embargo, estaba planteado, y la voluntad directa del pueblo volvía a observarse más allá de las densas mallas de la constitución histórica inglesa. Así, pocos años después, Jeremy Bentham (1748-1832), con su breve pero denso ensayo, dedicado precisamente al gobierno, atacó finalmente de frente y con decisión esa constitución⁵⁶. El razonamiento de Bentham estaba explícita-

53. Véase a propósito el primer epígrafe de este mismo capítulo.

54. Véase a propósito el segundo epígrafe de este mismo capítulo.

55. E. Burke, «Thoughts on the Cause of the Present Discontents» (1770), en *The Writings and Speeches of Edmund Burke II*, ed. de P. Langford, Oxford, 1981, pp. 241 ss.; trad. cast. «Pensamientos sobre las causas del actual descontento», en *Id.*, *Textos políticos*, México, 1984, pp. 261-293.

56. J. Bentham, *A Fragment on Government* (1776); trad. cast. *Fragmento sobre el gobierno*, Madrid, 1985. Sobre la ubicación de Bentham en los orígenes del filón democrático de la doctrina constitucional inglesa del siglo XIX, véase el excelente ensayo de J. Varela Suanzes, «La Monarquía en la teoría constitucional británica durante el primer tercio del siglo XIX»: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 23 (1994), pp. 9 ss.

mente dirigido contra Blackstone, y contra la apología que éste había hecho de las excelencias de la constitución inglesa y de su gobierno mixto. Según Bentham la verdadera diferencia entre el gobierno libre y el tiránico no venía dada por la mayor posibilidad de oponer límites al primero en nombre de la constitución, sino por el modo de participación en el supremo poder legislativo «de las distintas clases», por los «frecuentes y fáciles cambios de condición entre gobernantes y gobernados», por la «responsabilidad de los gobernantes» frente a los electores y al país, por el modo de organizar las libertades políticas más importantes, como la de prensa y asociación⁵⁷.

En suma, cuando un poder está auténticamente legitimado por el consenso popular, cuando está controlado por el pueblo y es responsable ante él, ya no tiene sentido insistir en el aspecto del límite, tan querido por la tradición constitucionalista. En esa situación, más bien, ni siquiera será posible individualizar «leyes que están más allá de cuanto el poder legislativo pueda jamás hacer», sobre la base del mandato recibido por el pueblo y la búsqueda —según el criterio de utilidad— de la finalidad del interés público⁵⁸. En definitiva, la constitución ya no será necesaria, la cual es incluso calificada por Bentham —en una obra inmediatamente posterior— como una especie de «entidad ficticia», que se había querido reconstruir en el tiempo arbitrariamente a partir de la existencia de una serie de leyes que positivamente disciplinaban la esfera del derecho público⁵⁹.

La situación del último cuarto del siglo XVIII podía representarse así en los siguientes términos: por una parte, la tradición constitucionalista del poder limitado; por otra, la aspiración naciente de poner en discusión la forma política y la misma tradición por el mismo pueblo, que en el caso de Rousseau era sin medias tintas definido como soberano.

Las dos tendencias se presentaban de manera profundamente divergente e incluso opuesta. La primera pertenecía al campo de la constitución, la segunda pertenecía al campo de la soberanía. La tradición constitucionalista condenaba la idea naciente de la soberanía popular, en la que veía la producción de una ruptura del orden constitucional, la disolución del vínculo de obediencia polí-

57. J. Bentham, *A Fragment*, cit., p. 165.

58. *Ibid.*, p. 167.

59. J. Bentham, «Of Laws in General» (1782), ed. de H. L. A. Hart, en *The Collected Works of Jeremy Bentham* I, 7, ed. de J. Burns, London, 1970, p. 12.

tica en relación a los poderes constituidos y, también, la pérdida del valor de la misma constitución, y así de todos los límites y de todos los equilibrios de los poderes y entre los poderes, que al menos en el caso inglés representaban la mejor garantía posible a favor de los mismos derechos de los individuos. Y, por el contrario, quien sostenía la necesidad de refundar las instituciones políticas sobre la base de la voluntad popular terminaba inevitablemente, como en el caso de Bentham, por considerar la constitución como algo embarazoso, o quizás como una ficción construida para mantener vivos unos poderes, como los del rey y las aristocracias parlamentarias inglesas, irresponsables en esencia frente al pueblo. La constitución temía a la soberanía popular, y el pueblo soberano temía a la constitución.

Las revoluciones del fin del siglo XVIII, primero la americana y después la francesa, representan en este sentido un momento decisivo en la historia del constitucionalismo, porque sitúan en primer plano un nuevo concepto y una nueva práctica que están destinados a poner en discusión la oposición entre la tradición constitucionalista y la soberanía popular. Se trata, en pocas palabras, del *poder constituyente* que los colonos americanos ejercieron primero en 1776, con la finalidad de declarar su independencia de la madre patria inglesa y, después, en los años siguientes, con la finalidad de poner en vigor las constituciones de los distintos Estados y la Constitución federal de 1787. Poder constituyente que los mismos revolucionarios franceses ejercitaron a partir de 1789, con la finalidad de destruir las instituciones del antiguo régimen y de generar una nueva forma política⁶⁰.

Ese poder constituyente, ejercitado por los colonos americanos, por los pueblos de los Estados americanos, por el pueblo americano, por la nación y el pueblo francés, pone en discusión la relación entre tradición constitucionalista y soberanía popular por razones que se intuyen con facilidad. En el ejercicio del poder constituyente estaba contenida una indestructible expresión de la soberanía, con la que todo un sujeto colectivo pretendía reconstruir toda una nueva forma política. Era lo que el constitucionalismo siempre había temido. Pero lo realmente extraordinario de lo que estaba sucediendo era que esa misma voluntad soberana tendía a asociarse explícitamente a la constitución, a convertirse en voluntad genera-

60. Por razones de brevedad, nos referimos aquí a un trabajo nuestro, que contiene la bibliografía esencial sobre la materia: M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales* I. *Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, 2000.

dora de orden, de renovada estabilidad. El poder constituyente de las revoluciones puede ser representado como el punto en el que las dos distintas y opuestas tradiciones, la de la soberanía y la de la constitución, tienden a confluir, a relacionarse.

Las formas y los modos de esta relación fueron distintos en las dos orillas del Atlántico, en Francia y en el curso del proceso que condujo a las colonias inglesas a la independencia y a la Constitución federal. En este segundo caso, fue ciertamente decisivo el hecho de que todo ese proceso parte de la bien conocida cuestión de la injusta tasación por parte del parlamento inglés. Contra aquel acto legislativo las colonias, que reconocían ya en sus propias asambleas verdaderas y propias formas legítimas de representación política, y que no se sentían representadas en el parlamento inglés, se alzaron invocando los más sagrados principios de la tradicional constitución inglesa, y en particular aquel encerrado en la conocida máxima —*no taxation without representation*— que imponía la aprobación formal de la imposición de los tributos por las asambleas políticas representativas.

La Revolución americana nace bajo el lema de la oposición de la constitución a la ley del parlamento. Así, en las deliberaciones de la asamblea de Virginia de 30 de mayo de 1765 podemos leer que el acto impositivo de tributos por parte del parlamento inglés debe considerarse «ilegal, inconstitucional e injusto»⁶¹. Es la primera vez que el término-concepto de «constitución» es adoptado contra la ley en sentido plenamente normativo con la explícita intención de considerar esa ley inválida, no generadora de una obligación legítima.

Aún había más. En uno de los escritos más influyentes de ese periodo, de James Otis (1725-1783), publicado precisamente en 1764 y dedicado a *The Rights of the British Colonists*, todo el instrumental de los derechos de los *britishmen* es traído de nuevo a primer plano, con la esperanza todavía viva de que sobre ese plano pudiese solucionarse pacíficamente la controversia con la madre patria; pero incluyendo la referencia a aquella parte de la obra de Locke en la que se afirmaba, para casos extremos, el poder primario del pueblo de abolir el legislativo que hubiese traicionado la confianza en él depositada, o que hubiese atentado contra los dere-

61. Para los documentos de la controversia con Inglaterra véase: *Prologue to Revolution. Sources and Documents on the Stamp Act Crisis, 1764-1766*, ed. de E. S. Morgan, New York, 1973, pp. 44 ss. Para el lector italiano, los principales textos se encuentran en *La formazione degli Stati Uniti d'America I*, ed. de A. Aquarone, G. Negri y C. Scelba, Pisa, 1961, pp. 247 ss.

chos de los individuos⁶². Se inaugura así un tipo de argumentación que después —en el curso de la revolución— será muy popular, con la que se intentaba sostener la superioridad de la constitución a partir de una doble base: la tradicional de la constitución inglesa y de los derechos absolutos de los *britishmen*, y la nueva del poder constituyente y de los derechos naturales de los individuos.

Los dos planos se cortan de manera clarísima incluso en los años inmediatamente anteriores a la Declaración de independencia. Basta leer a propósito el escrito publicado en 1774 por Thomas Jefferson (1743-1826), dedicado también a exponer los derechos de los *britishmen* en tierra americana⁶³, en el que en primer plano aparece la constitución como acto que el pueblo soberano puede y debe imponer con su poder constituyente en todas aquellas situaciones en que sea manifiesta y declarada la condición de tiranía, la degradación de los derechos de los individuos, pero no separada de la llamada permanente al tradicional valor garante de la constitución inglesa. Y, por lo demás, esta misma duplicidad está presente en el mismo texto de la Declaración: de una parte, se afirma casi con orgullo el poder del pueblo soberano de «abolir» el gobierno injusto que no haya salvaguardado los derechos de los individuos; de otra, se reconoce continuamente la revolución como una «necesidad» a la que se había llegado después de haber intentado hasta el final evitar la ruptura, con la voluntad de mantenerse dentro del universo histórico-cultural de los *britishmen*, que evidentemente es todavía asumido como un valor positivo del que difícilmente será posible separarse completamente.

La complejidad de estas alusiones, en parte referidas a la nueva realidad con fundamento iusnaturalista del poder constituyente, y en parte referidas a la tradicional constitución inglesa, es lo que constituye en su conjunto la base intelectual de la Constitución federal de 1787. Se trata, por un lado, de una constitución inequí-

62. J. Otis, «The Rights of the British Colonists Asserted and Proved» (1764), en *Pamphlets of the American Revolution*, ed. de B. Bailyn, Cambridge, Mass., 1965. Trata con acierto la figura de Otis R. H. Webking, *The American Revolution and the Politics of Liberty*, Louisiana, 1988, pp. 16 ss. Sobre la tensión entre el principio de soberanía popular y los tradicionales principios del constitucionalismo inglés véanse: E. S. Morgan, *Inventing the People. The Rise of Popular Sovereignty in England and America*, New York-London, 1988; y J. P. Reid, *The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution*, Chicago-London, 1988.

63. Th. Jefferson, «Summary View of the Right of British America» (1774), en *The Papers of Thomas Jefferson I*, ed. de J. Boyd, Princeton-New York, 1950-1992, pp. 121 ss.; trad. cast. «Visión sucinta de los derechos de la América británica», en *Autobiografía y otros escritos*, Madrid, 1987, pp. 301-320.

vocamente democrática, sólidamente fundada sobre el poder constituyente del pueblo americano, que como tal no puede de ninguna manera considerarse como una especie de fruto póstumo de la tradicional constitución mixta inglesa: para los americanos ya no existen «fuerzas» y «realidades» que componer, sino sólo Estados que unir con el vínculo federal, y poderes federales que legitimar mediante el consenso de los ciudadanos⁶⁴. Y, sin embargo, mirándolo bien, los americanos no hacían sino contraponer su poder constituyente y su Constitución, en sentido de limitación y garantía, al último y perverso producto de la tradición de la constitución mixta, que a sus ojos era la omnipotencia del parlamento inglés, que precisamente derivaba de considerarse expresión necesaria de todas las «fuerzas» y de todas las «realidades», como por encanto compuestas y equilibradas en él. Por ello, el ejercicio democrático del poder constituyente nacía desde el inicio, en esa realidad, en sentido limitativo, con la finalidad de oponer una ley superior a la ley de un poder constituido —el parlamento inglés— que se había salido de los confines de su legítima jurisdicción.

Los americanos quisieron una constitución democrática contra la degeneración en sentido parlamentarista de la tradicional constitución mixta inglesa, en la que reconocieron una nueva forma de absolutismo. Precisamente por esto, en un plano completamente distinto, el de la forma de gobierno, el de la organización constitucional de las relaciones entre los poderes, fueron capaces de recuperar de la misma tradición inglesa las técnicas de los contrapesos, inspiradas en la búsqueda del equilibrio entre los poderes y dirigidas también al objetivo de la limitación de los poderes. Las dos matrices, la democrática y constituyente y la tradicional inglesa, terminaban así por confluír, por concurrir juntas a prefigurar y sostener el ideal constitucional del gobierno limitado. Lo que al fin emerge fue una constitución democrática dirigida a instituir un gobierno limitado, en el sentido específico de un gobierno comprensivo de poderes que resultan ser todos intrínsecamente limitados, precisamente porque no eran originarios, sino derivados del poder constituyente que los había previsto en la constitución con ciertas competencias, de manera que los considera legítimamente

64. Sobre la posición en teoría más cercana a los tradicionales modelos ingleses véase J. Adams, *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America*, London, 1787, que se refiere sin embargo a las constituciones de los Estados singulares, que en ciertos casos habían efectivamente asumido la forma radical de la constitución monista, fundada sobre el poder absoluto de los representantes del pueblo. Véase también J. Adams, *Rivoluzioni e Costituzione*, ed. de F. Mioni, Napoli, 1997.

operantes sólo en un determinado ámbito previamente definido, y además los dispone de manera que puedan y deban frenarse recíprocamente, utilizando la técnica de los contrapesos que la tradición inglesa todavía ponía a su disposición⁶⁵.

La exposición doctrinal de este tipo de constitución se encuentra claramente en las páginas del *Federalist*, escritas y publicadas en 1788 con la finalidad de sostener la causa de la Constitución federal; por obra en primer lugar de Alexander Hamilton (1755-1804) y de James Madison (1751-1836)⁶⁶. Especialmente el primero, sobre todo con la finalidad de sostener la necesidad de un gobierno nacional federal fuerte, recurre varias veces a la figura del poder constituyente del pueblo americano como fundamento de las nuevas instituciones políticas⁶⁷. Pero lo que de verdad domina esta obra en el plano teórico es la distinción elaborada por Madison entre régimen democrático y régimen republicano⁶⁸. El segundo es el régimen que los americanos estaban introduciendo, y es también el que prefería el mismo Madison. En efecto, el régimen republicano contiene en sí la necesaria opción democrática, porque se expresa a través de una constitución que se funda de manera explícita sobre el poder constituyente del pueblo soberano. Lo que el régimen republicano rechaza es la presencia de la opción democrática más allá de la constitución republicana, en la perspectiva de un régimen que al calificarse de democrático termina inevitablemente por producir formas de gobierno «puras», que se reconectan en un único principio inspirador y desembocan necesariamente en constituciones orientadas a concentrar los poderes, en general, en la asamblea de los representantes del pueblo.

Lo que el *Federalist* describía y sostenía era por ello una constitución republicana, democrática en lo que atañía a su fundamento, moderada y equilibrada en lo que atañía a la articulación de los poderes previstos y disciplinados en esa constitución. Este segundo perfil —incompatible con una constitución puramente democrática

65. Sobre la diferencia entre Inglaterra y los Estados Unidos en relación a la tradición de la constitución mixta, véanse las convincentes observaciones de W. Nippel, *Mischverfassungstheorie*, cit., pp. 292 ss. Sobre las fuentes intelectuales y culturales del constitucionalismo americano consideramos esenciales: P. A. Rahe, *Republics Ancient and Modern. Classical Republicanism and the American Revolution*, Chapel Hill-London, 1982.

66. A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *The Federalist*, New York, 1788; trad. cast. *El federalista*, México, 1943.

67. *Ibid.*, n. 22.

68. *Ibid.*, n. 10.

ca— comprendía determinadas decisiones de los constituyentes americanos: el bicameralismo, el poder de veto del presidente, el necesario consenso del Senado para el ejercicio de determinados poderes presidenciales. Son las decisiones que el mismo Madison defiende con vigor de los ataques de los antifederalistas, que acusaban a los constituyentes americanos de haber violado el principio de separación de poderes, previendo un presidente que se entrometía en el ejercicio del poder legislativo mediante el poder de veto y, por otro lado, un Senado que se entrometía en el ejercicio del poder ejecutivo, condicionando con su consenso la actuación del mismo presidente. Madison muestra aquí con gran claridad cómo el objetivo de una auténtica constitución republicana, como la que se quería introducir en América, no debe ser tanto el de una abstracta separación de poderes, sino el de un concreto equilibrio entre los poderes, de forma que se obtenga el resultado de conjunto del gobierno limitado⁶⁹. Y así, lo que para los antifederalistas es una «injerencia» resulta ser en realidad lo que sirve para mantener a cada poder en su ámbito, según la lógica ya enunciada por Montesquieu del poder que frena el poder.

Pero eso no es todo. Es evidente que para Madison, y también para Hamilton, el poder más temible para la constitución republicana es el poder legislativo, porque reúne las prerrogativas más relevantes: la de hacer la ley y la de imponer los tributos. Esa constitución debe enfrentarse por ello con la «tendencia del legislativo a absorber los otros dos poderes», el ejecutivo y el judicial, y propugnar e imponer «la subordinación a las leyes», pero no «la dependencia absoluta a la autoridad legislativa»: especialmente cuando los representantes del pueblo «parecen creerse que son el mismo pueblo» y ya no uno de los poderes constituidos, que deriva como los otros del poder constituyente del pueblo soberano y, por ello, sólo legitimado y autorizado en ciertos casos⁷⁰.

Esta es también la base sobre la que el mismo Hamilton afirma el poder de los jueces a declarar nulos los actos del legislativo contrarios a la constitución, que en seguida se desarrollará en la conocidísima dirección del control difuso de constitucionalidad⁷¹.

69. *Ibid.*, nn. 47, 48, 51 y 63. Las posiciones de los antifederalistas han sido examinadas con claridad por B. Manin, «Checks, Balances and Boundaries: The Separation of Powers in the Constitutional Debate of 1787», en B. Fontana (ed.), *The Invention of the Modern Republic*, Cambridge, 1994, pp. 27 ss.

70. A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *The Federalist*, cit., n. 71.

71. *Ibid.*, n. 78. Sobre estas conocidísimas páginas de Hamilton véase al menos J. R. Stoner, *Common Law and Liberal Theory. Coke, Hobbes and the Origins of the*

Se trata, mirándolo bien, de una elección casi obligada dentro de la constitución republicana, tan unida a la finalidad de evitar que los representantes del pueblo terminen por confundir su voluntad con la ley fundamental, de recordar que esa ley es superior a ellos y a cualquier otro poder constituido. Los jueces —en el momento en que declaran nula una ley contraria a la constitución— no están afirmando su superioridad sobre el legislativo, sino que son instrumentos de la constitución, que se sirve de ellos con la finalidad de reafirmar la superioridad de la ley fundamental sobre las leyes ordinarias, del poder originario del pueblo entero sobre el poder derivado del legislador, de las asambleas políticas, de la mayoría de turno.

En definitiva, el control de constitucionalidad es esencial e indispensable no sólo como instrumento de protección de los derechos de los individuos y de las minorías —como el mismo Hamilton afirmaba— en relación con los posibles actos arbitrarios de los legisladores y de las mayorías políticas, sino también y sobre todo con el fin de impedir que uno de los poderes, el más fuerte, que siempre es el poder legislativo, pueda aspirar a cubrir y representar todo el espacio de la constitución, identificándose con su fundamento primero, con el mismo pueblo. Es como si los jueces, actores e instrumentos de aquel control, recordasen continuamente a los legisladores que ellos están allí para ejercer un poder muy relevante pero siempre derivado, al haber sido recibido del pueblo soberano mediante la constitución.

Si ahora miramos la experiencia constitucional americana en su conjunto, nos damos cuenta de que está sustancialmente dirigida a conciliar la tradición del constitucionalismo con la novedad de la soberanía popular. La primera no podía, en efecto, reproducirse sola. La fase más reciente de la historia constitucional inglesa mostraba con absoluta claridad que sin una constitución escrita —sólidamente fundada sobre el poder constituyente del pueblo soberano que indicase prescriptivamente de manera segura los límites y los ámbitos de cada poder— el constitucionalismo estaba destinado a traducirse en una mera búsqueda de equilibrios dentro de un parlamento ahora ya abiertamente declarado soberano por los mismos ingleses. En pocas palabras, el constitucionalismo sin democracia producía absolutismo parlamentario. Pero también era verdad lo

American Constitutionalism, Lawrence, Kan., 1992, pp. 197 ss. Para el lector italiano, los textos de referencia interesantes para los desarrollos sucesivos están en J. Marshall, «Judicial Review» e *Stato federale*, ed. G. Buttà, Milano, 1998.

contrario, como en todo proyecto de conciliación. Con parecida fuerza, los americanos temían también *la democracia sin constitucionalismo*, que igualmente conducía a la concentración de los poderes en la soberana asamblea de los representantes del pueblo, y también a esta segunda contraponían la supremacía de la constitución como garantía de poderes limitados, en relación de equilibrio entre ellos.

Toda esta construcción encontrará después una sintética y clarísima formulación en un célebre pasaje de la obra de Thomas Paine (1737-1809) dedicada a los derechos del hombre: «Una Constitución no es producto de un gobierno sino del pueblo que constituye un gobierno, y el gobierno sin Constitución es poder sin derecho»⁷². Aquí están contenidos todos los elementos que conocemos, y en concreto la primacía de la constitución querida por el pueblo soberano sobre el gobierno, entendido éste como conjunto de poderes constituidos, derivados de la misma constitución. Paine escribía sin embargo en 1791. Había visto ya el estallido de la revolución en Francia, que había debutado en 1789 con la célebre Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano. Y en el mismo año en el que Paine daba a la imprenta su libro los americanos estaban enmendando su constitución, introduciendo el *Bill of Rights* que Hamilton en el *Federalist* había juzgado innecesario e incluso —en ciertos aspectos— más bien peligroso, como si contuviese implícita la admisión de que de alguna manera los nuevos poderes federales tenían el poder de disciplinar los derechos de los individuos⁷³.

El hecho es que Paine —a caballo entre dos revoluciones, la americana y la francesa, y en nombre de esos derechos naturales que veía expresados, aunque de forma distinta, en las dos orillas del Atlántico— declaró la guerra a la tradición constitucional inglesa, monárquica y aristocrática, con una fuerza y una intensidad que no resultan ciertamente fáciles de hallar en las páginas de Madison o de Hamilton. No por casualidad él saca a la luz, de alguna manera junto al mismo Jefferson, un aspecto de la supremacía de la constitución que había sido cuidadosamente eludido por los autores del *Federalist*: si esa constitución es suprema porque es voluntad del

72. Th. Paine, «Rights of Man I-II» (1779-1792), en *Íd.*, *Rights of Man, Common Sense and Other Political Writings*, Oxford, 1995. Hemos utilizado aquí la traducción italiana más usual; *Íd.*, *I diritti dell'uomo e altri scritti politici*, ed. de T. Magri, Roma, 1978, p. 256; trad. cast. *Derechos del hombre*, ed. de Fernando Santos, Madrid, 1984.

73. A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *The Federalist*, cit., n. 84.

pueblo soberano, no se puede impedir —sostienen Paine y Jefferson— que ese mismo pueblo revise continua y periódicamente, al menos una vez cada generación, la misma constitución⁷⁴.

Con esto, a la imagen de la supremacía de la constitución querida por el pueblo soberano, que ordena y limita los poderes, se sobrepone la imagen, sin duda distinta —más fuerte y más inquietante también— del pueblo soberano que actúa a través de su constitución, de manera casi permanente y en continua renovación, porque tiene un deber fundamental que realizar, que es en esencia el de destruir el antiguo régimen, en el caso de Paine la tradicional constitución inglesa, monárquica y aristocrática. Precisamente el ensayo de Paine mostraba bastante bien cómo la total ruptura de todo ligamen con la tradición constitucionalista del equilibrio de los poderes amenazaba con transformar la supremacía de la constitución democráticamente fundada en otra cosa, en la afirmación, a secas y sin componendas, de la soberanía del pueblo a través de una constitución sometida continuamente a revisión por parte de ese mismo pueblo soberano.

En realidad, los americanos sólo en parte corrieron este riesgo. Una vez agotado el impulso revolucionario, y una vez emanada la Constitución federal, acabaron por utilizar la práctica de la enmienda de manera ordenada y constitucionalmente prescrita, sobre la base del artículo quinto de la misma Constitución. La Constitución federal fue así revisada varias veces, e incluso en aspectos decisivos, pero sin poner en discusión los fundamentos, sin tener ya necesidad de evocar y de poner en movimiento la originaria fuerza generadora del pueblo soberano.

No fue así para los constituyentes franceses, que se encontraban en una situación en esencia distinta. Quien debía asumir la formidable tarea de demoler todo el conjunto de las relaciones políticas y sociales del antiguo régimen no podía permitirse el lujo de concebir el pueblo soberano sólo como origen y fundamento de la constitución. Ese pueblo debía entenderse más bien, en sentido plenamente político, como *el soberano* que a través de la constitución representa y sostiene el proceso revolucionario. Por este motivo, Emmanuel-Joseph Sieyès (1748-1836), ciertamente el más lúcido de los intérpretes de la revolución, en su célebre ensayo sobre el

74. *Ibid.*, n. 49, para la refutación por parte de Madison de la opinión de Jefferson dirigida a propugnar la obligatoria revisión periódica de la constitución. Sobre este aspecto, con referencia a Paine y a Jefferson, véase S. Holmes, «Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia», en *Il futuro della costituzione*, cit., pp. 171 ss.

Tercer Estado publicado precisamente en 1789, saca de la nueva y potente imagen del poder constituyente consecuencias bastante distintas a las de los revolucionarios americanos. También él, como estos últimos, pone de relieve el aspecto del límite a los poderes constituidos que se contiene en la constitución instaurada por el mismo poder constituyente. Pero no se queda ahí. Al menos con igual fuerza sostiene que la constitución que limita los poderes constituidos no puede de ninguna manera limitar el poder constituyente: la nación, que es para Sieyès el sujeto soberano, «no debe encerrarse en las trabas de una forma positiva», y «no debe ni puede someterse a formas constitucionales»⁷⁵. Se trata de páginas bastante claras, en las que aparece con fuerza la cuestión de la soberanía y la necesidad de encender el motor de la revolución, y de dejar que él guíe la revolución a su resultado. La constitución deberá disciplinar los poderes que la misma revolución instituye, pero nunca podrá pretender apagar ese motor.

Esas mismas páginas hacían clara la agotadora discusión dieciochesca sobre la constitución como orden fundamental del reino, como *bon ordre du royaume*, o también como *constitution de l'État*⁷⁶, eventualmente encaminada a perfeccionar, a fijar, o quizás también a regenerar. Los eventos empujaban hacia otro lugar, hacia la creación de una constitución integralmente nueva, fundada sobre la permanente fuerza soberana del pueblo, de la nación. Todo cambiaba de significado en esta situación. También el gran tema iusnaturalista de los derechos de la nación, que había encontrado en la mitad del siglo una limpidísima formulación en el tratado de Emer de Vattel: «Resulta entonces claro que la nación tiene pleno derecho para formar ella misma su constitución, para mantenerla, para perfeccionarla y para regular con su voluntad todo lo que concierne al gobierno»⁷⁷. Es lo que el mismo Sieyès afirmaba, pero

75. E.-J. Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers État?*, s. l., 1789; trad. cast. *¿Qué es el Tercer Estado?*, Madrid, 1989. Sobre Sieyès véase ahora P. Pasquino, *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Paris, 1998.

76. Sobre esta discusión véanse al menos: W. Schmale, «Constitution, Constitutionnel», en *Handbuch politisch-soziale Grundbegriffe in Frankreich*, München, 1992, cuaderno 12, pp. 31 ss.; M. Valensise, «La constitution française», en *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture I. The Political Culture of the Old Regime*, ed. de K. M. Baker, Oxford, 1987, pp. 441 ss.; K. M. Baker, «Costituzione», en F. Furet y M. Ozouf (ed.), *Dictionnaire critique de la Révolution Française*, Paris, 1988; trad. cast. *Diccionario de la Revolución francesa*, Madrid, 1989; y P. Colombo, *Governo e Costituzione. La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milano, 1993.

77. Emer de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle*, Leiden,

que en el contexto concreto de la revolución asumía ahora el ulterior significado de la individuación del sujeto soberano, artífice de la revolución y de la constitución al mismo tiempo.

En la posición indicada por Sieyès la constitución de la revolución no podía ser otra cosa que una constitución del pueblo soberano. De lo que derivaban problemas de no poca importancia, que el mismo Sieyès puso repetidamente en evidencia en las intervenciones y en los escritos pronunciados y publicados durante el año 1789⁷⁸. El primero y más relevante era ciertamente el de la representación política, que los revolucionarios americanos —como sabemos— habían resuelto sin equívocos con la lógica del poder legislativo como poder integralmente constituido, autorizado y limitado por la constitución. No podía ser así en la realidad diferente de la Revolución francesa. En una situación en la que el pueblo soberano no podía ni debía ser simplemente el origen de la constitución, aparecía inevitablemente el problema de transferir a uno de los poderes instituidos por la constitución la fuerza originaria, que se quería permanente, de aquel mismo pueblo. Y este poder no podía ser otro que el legislativo, el poder de los representantes del pueblo, que por ello asumía una configuración que excedía de la dimensión perteneciente a un mero poder constituido.

De aquí el continuo e incierto oscilar, bien presente también en las páginas de Sieyès⁷⁹, entre una concepción de la representación cercana al mandato, basada en el poder de instrucción y de revocación por parte del pueblo, y una concepción que en la misma representación ve incluso la condición necesaria para la existencia —casi en sentido hobbesiano— del mismo pueblo como unidad política. Por una parte, la representación es legítima, ya que el pueblo no aliena en ella su propia soberanía; por otra parte, el pueblo existe políticamente porque se expresa de manera representativa. Se trata

1758, libro I, cap. III, par. 31; existen varias traducciones antiguas al castellano, así: *El derecho de gentes o principios de la ley natural*, 3 vols., Madrid, 1822.

78. E.-J. Sieyès, «Osservazioni sui poteri e sui mezzi di cui i rappresentanti della Francia potranno disporre nel 1789»; «Preliminari della costituzione. Riconoscimento ed esposizione ragionata dei diritti dell'uomo e del cittadino»; «Discorso sulla questione del veto regio»: todos en *Id., Opere e testimonianze politiche*, ed. de G. Troisi Spagnoli, Milano, 1993, pp. 113 ss., 375 ss., 433 ss.; trad. cast. «Consideraciones sobre los medios de ejecución de los cuales los representantes de Francia podrán disponer en 1789»; «Preliminar de la constitución. Reconocimiento y exposición razonada de los derechos del hombre y del ciudadano»; «Palabras del abate Sieyès sobre la cuestión del veto real»: todos en *Escritos políticos de Sieyès*, ed. de David Pantoja Morán, México, 1993, pp. 63-114, 177-189, 207-217.

79. *Ibid.*, pp. 120 ss., 178 ss., 439 ss.

de un teorema casi insoluble, como se aprecia con claridad, del cual sin embargo se sale mediante una firme convicción: que el poder de los representantes del pueblo —que en esencia se traduce en el poder de hacer la ley y de expresar la voluntad general— posee una *naturaleza propia*, distinta de la de los poderes meramente constituidos, y que por ello no puede tener límites constitucionales sino políticos, todos ligados a la fuerza permanente del pueblo soberano y a su poder general de revocación de los propios representantes⁸⁰.

Obviamente, no todo era tan claro y firme en 1789. No se puede olvidar, ciertamente, que ése es también el año de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano⁸¹. En la Declaración siempre era fácil hallar una presencia fuerte de los derechos naturales individuales, en concreto en los artículos primero y segundo, que podían relacionarse con el conocidísimo artículo decimosexto: «Toda sociedad que no asegura la garantía de los derechos, ni determina la separación de los poderes, no tiene Constitución». Y se podría finalmente concluir que al menos en otros dos artículos, el cuarto sobre la reserva de ley en materia de derechos individuales, y el octavo en materia de prohibición de retroactividad de la ley penal, la Declaración tiende si duda a configurarse como una verdadera y auténtica constitución, que aspira a establecer límites legales al ejercicio de la potestad legislativa. Sin embargo, todo esto representaba al máximo la primera vertiente de la Declaración, que contenía también, de manera particular en los artículos tercero y sexto, un verdadero y auténtico *programa político*, que consistía precisamente en individualizar en el legislador el sujeto que, a través de la ley como expresión de la voluntad general, representa la nación soberana y realiza los principios que la revolución precisamente en ese momento estaba estableciendo.

Seguramente, en la Declaración podemos encontrar un vínculo —incluso consistente— con la tradición constitucionalista y, en concreto, con la doctrina de los derechos naturales de raíz lockiana.

80. Una interesante discusión sobre esta problemática está contenida en K. M. Baker, «Representation», en *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture I*, cit., pp. 469 ss.

81. Sobre la Declaración, por razones de síntesis, nos referimos a M. Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, cit., y a la bibliografía allí seleccionada y citada. Añadimos, por su especial relevancia, K. M. Baker, «The Idea of a Declaration of Rights», y J. K. Wright, «National Sovereignty and the General Will. The Political Program of the Declaration of Rights», en *The French Idea of Freedom. The Old Regime and the Declaration of Rights of 1789*, ed. de D. van Kley, Stanford, 1994, pp. 154 ss., y 199 ss.

Pero lo que la Declaración seguramente no decía era que la «garantía de los derechos», de la que hablaba el artículo decimosexto, se debía alcanzar necesariamente a través de la tradicional vía del constitucionalismo seguida por los constituyentes americanos, es decir, separando los poderes de manera que todos estén subordinados, de forma equilibrada entre ellos, a la supremacía de la constitución. Para los constituyentes franceses, la «separación de poderes», de la que hablaba el mismo artículo decimosexto, era más bien una palabra genérica de carácter político, contrapuesta como tal a la fórmula anterior del Estado absoluto, que los eventos sucesivos debían llenar de contenido constitucional. Y, por otra parte, de la misma Declaración surgía con fuerza, esta vez sin posibilidad de equívocos, el papel dominante del legislador y de la voluntad general que ya conocemos. No era difícil prever que la garantía de los derechos se confiaría a ese sujeto y a esa voluntad.

Así sucedió cuando se llegó a la construcción de la forma de gobierno con la Constitución de 3 de septiembre de 1791⁸². Se trataba de una constitución construida completamente en torno a la *primacía del poder legislativo*, privada casi totalmente de verdaderos y auténticos contrapesos, y así de la posibilidad misma de contrarrestar, en el plano legal y constitucional, ese mismo poder. Es cierto que la Constitución atribuía al rey un importante, aunque sólo suspensivo, poder de veto. Pero también es cierto que el rey debía ejercitar ese poder sólo y exclusivamente en su tradicional, y evidentemente no del todo superada, cualidad de representante de la unidad nacional; y no como titular de un verdadero y auténtico poder distinto, que la Constitución intentase contrapesar con el legislativo, como sucedía en el caso —ya conocido— del poder ejecutivo del presidente de los Estados Unidos. También como tal, es decir, como jefe del poder ejecutivo, el rey aparecía en la Constitución en una posición de total subordinación al legislativo. La Constitución partía, en efecto, de la idea de que el gobierno de la nación debía ser llevado adelante por la misma asamblea legislativa, y que el poder ejecutivo se agotaba por ello en la simple administración superior, en la organización de los medios necesarios para la aplicación de la ley. Un poder así entendido, privado —entre otras cosas— casi totalmente de autónoma potestad normativa, podía ser bien guiado por el que ahora era ya sólo el primer funcionario del Estado, es decir, por el mismo rey.

82. Sobre ella véase ahora F. Furet y R. Halévi, *La Monarchie républicaine. La Constitution de 1791*, Paris, 1996.

Lo mismo debe decirse de los jueces y de los tribunales, los cuales, por norma constitucional (Título III, capítulo V, artículo 3), «no pueden injerirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes». Por lo demás, la Constitución ponía en la cúspide del orden judicial al Tribunal de Casación, que en palabras de Maximilien Robespierre (1758-1794), que enseguida aparecerá a la cabeza del movimiento jacobino, está concebido como «complemento de la Asamblea Legislativa», establecido para la defensa de la integridad de la ley, más que de los derechos de los individuos, y así verdadero y auténtico «protector de la ley, y órgano de vigilancia y control de los jueces», pendiente de evitar que estos últimos, con el instrumento de la interpretación, puedan ofuscar y traicionar la soberana voluntad del legislador⁸³.

La Constitución era, sin embargo, particularmente incierta en un aspecto. Siguiendo una indicación de Sieyès⁸⁴, la Constitución individuaba la figura de los «ciudadanos activos», a los que reservaba el ejercicio del derecho de voto. En realidad, se trataba de un límite censitario más bien modesto, pero lo que interesa es que los ciudadanos activos no elegían directamente a los diputados, sino a los electores de los diputados, que a su vez eran determinados sobre la base de un censo bastante más elevado. La Constitución de 1791 mostraba así claramente que temía la fuerza inmediata del pueblo soberano, el sufragio universal y directo. Era claramente una constitución imperfectamente democrática, que conservaba al rey y temía la voz directa del pueblo.

Por ello fue casi inevitable, en la lógica progresiva de la Revolución inspirada por el criterio-base de la constitución del pueblo soberano, que alguno pensase en completar el carácter democrático de la constitución, precisamente eliminando al rey e introduciendo el sufragio universal y directo. Es lo que sucede con la Constitución jacobina de 24 de junio de 1793.

Ciertamente, la nueva Constitución estaba pensada en clave de discontinuidad respecto a la primera experiencia revolucionaria. No por casualidad comenzaba con una nueva Declaración de derechos, que sustituía la soberanía de la nación por la soberanía del pueblo, entendido ahora sin equívocos como la universalidad de los

83. M. Robespierre, «Discurso all'Assemblea Costituente» (25 de mayo de 1790); trad. it. en *Id., I principii della democrazia*, ed. de A. M. Battista, Padova, 1997; trad. cast. en *Id., Discursos e informes en la convención*, Madrid, 1968. Para los textos de las Constituciones francesas véase *Les Constitutions de la France depuis 1789*, Paris, 1979.

84. E.-J. Sieyès, *Opere e testimonianze politiche*, cit., pp. 390 ss.

ciudadanos franceses vivos. En esa Declaración se introducían además los derechos de solidaridad, a la instrucción, a la asistencia y al trabajo, que en la Constitución de 1791 sólo estaban presentes como promesas de futuro, apenas mencionados en el ámbito de las disposiciones fundamentales. Pero sobre todo se ponían las premisas, en el plano de los principios, para una integral demolición de la representación política. Y, en efecto, la Constitución de 1793 preveía un verdadero y auténtico mecanismo normativo de transformación del procedimiento de legislación ordinaria en procedimiento de referendo, y sobre todo diseñaba un procedimiento de revisión constitucional que sólo se podía activar desde abajo, a partir de las asambleas primarias dentro de las cuales estaba reunido el pueblo soberano, contrapuesto de manera clara al procedimiento casi exclusivamente parlamentario previsto en la Constitución de 1791.

Y, sin embargo, existe también un solidísimo hilo de continuidad, que une a las dos primeras Constituciones de la Revolución. Se trata, en pocas palabras, de la estructura *monista* de la constitución, es decir, de la tendencia, ya dominante en la primera fase revolucionaria y confirmada en 1793, de representar el sujeto soberano, la nación o el pueblo, en uno de los poderes previstos por la constitución, que en ese momento no podía ser otro que el legislativo, el poder de los representantes o de los mandatarios del mismo pueblo soberano. Estos últimos estaban ciertamente sometidos continuamente a la presión de aquel pueblo, que en la Constitución de 1793 era imaginado, con sus asambleas primarias, como un sujeto permanentemente presente; pero mientras no fuesen sometidos a la sanción política de la revocación estaban, en la práctica ordinaria del gobierno, prácticamente privados de límites legales y constitucionales. Y esto servía, tanto en 1791 como en 1793, en primer lugar frente a los otros dos poderes, el judicial y el ejecutivo. A los representantes o mandatarios del pueblo quedaba, en efecto, el deber, ya indicado por Rousseau, de mantener bajo control a los otros dos poderes, de tal manera que impidiesen que la voluntad general, contenida en la ley, pudiese ser traicionada, o simplemente enturbiada y confundida, por aquellos, jueces y administradores, que tenían la obligación de aplicarla y de ejecutarla⁸⁵.

85. Sobre el modelo constitucional construido por Rousseau, en el sentido indicado en el texto tan influyente en la Revolución francesa, véase el primer epígrafe de este mismo capítulo. Sobre la primacía del legislativo también en el modelo jacobino, véanse los discursos de Robespierre en la Asamblea Constituyente: M. Robespierre, *I principii della democrazia*, cit., pp. 119 ss. Sobre la desconfianza paralela y conexa

Como es sabido, la Constitución de 1793 nunca entró en vigor. Del enésimo cambio político de la Revolución emergió la solución contenida en la Constitución del año III, de 22 de agosto de 1795⁸⁶. Se trató de una Constitución dominada por la necesidad de reflexionar críticamente sobre el punto que la Revolución había alcanzado en su fase jacobina, y de buscar por ello soluciones más seguras y fiables. Por primera vez, la Revolución intentaba de verdad ponerse un freno a través del instrumento de la constitución, establecer un orden constitucionalmente regulado. Fue así como Sieyès, que en 1789 había entendido la nación como sujeto soberano privado de forma por naturaleza⁸⁷, pero que había disentido de los resultados que tal lógica había producido en la fase jacobina, se ve obligado a pronunciarse de modo claro contra la «permanencia del poder constituyente», vista ahora como verdadera y auténtica amenaza contra «cualquier principio de estabilidad»⁸⁸. Se confía así a la constitución la tarea de organizar la máquina política, es decir, el concurso de los poderes constituidos, estableciendo sus competencias y funciones, de manera que se produzca una soberanía limitada que los mantenga «en sus justos límites»⁸⁹.

Así, la Constitución de 1795 asume una forma más moderada respecto a las precedentes constituciones de la Revolución. Abandonó el sufragio universal y directo reintroduciendo las elecciones de segundo grado y volviendo a vincular el ejercicio del derecho de voto con el pago de impuestos. Por primera vez se establece un legislativo bicameral, compuesto del Consejo de los Quinientos, titular monopolista del poder de iniciativa legislativa, y del Consejo de los Ancianos, llamado a la aprobación final de la ley. Y, en fin, preveía un Directorio nombrado por el Cuerpo legislativo, compuesto de cinco miembros, a los que la Constitución confiaba un

frente al ejecutivo, véase ahora M. Morabito, *Il comando negato. Rivoluzione francese e potere esecutivo*, Manduria-Bari-Roma, 1997.

86. Sobre ella véase ahora *La Constitution de l'an III, ou l'ordre républicain*, Dijon, 1998.

87. Véase *supra* nota 75.

88. E.-J. Sieyès, «Opinione di Sieyès sulle attribuzioni e l'organizzazione del Giuri Costituzionale» (5 de agosto de 1795), en *Íd., Opere e testimonianze politiche*, cit., pp. 823 ss.; trad. cast. «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y la organización de la *jury constitutionnaire* propuesta el 2 del temidor», en *Escritos políticos de Sieyès*, ed. de David Pantoja Morán, México, 1993, pp. 257-272.

89. E.-J. Sieyès, «Opinione di Sieyès su alcuni articoli dei Titoli IV e V del progetto di costituzione» (20 de julio de 1795), en *Íd., Opere e testimonianze politiche*, cit., pp. 792 ss.; trad. cast. «Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los títulos IV y V del proyecto de constitución», en *Escritos políticos de Sieyès*, cit., pp. 240-256.

verdadero y auténtico poder ejecutivo, con sus poderes conexos de nombramiento de ministros y de administradores públicos, unidos al ejercicio, aunque limitado, de un cierto poder reglamentario.

Ciertamente, la propuesta que llevaba a atribuir al poder ejecutivo también el ejercicio de un poder de veto frente al legislador, en la línea de la tradición británica y de la misma Constitución federal americana, fue bastante rápidamente descartada. Por lo demás, la Constitución de 1795 no podía considerarse propiamente construida como contrapeso de los poderes. Eliminaba el modelo monista de la *suprema potestas* legislativa personificada en el pueblo soberano, pero no por esto renunciaba al principio, dominante en toda la Revolución, de la primacía del poder legislativo. Tal primacía, sin embargo, era ahora constitucionalmente disciplinada, en el sentido de que el mismo legislativo venía a formar parte de una maquinaria política que la Constitución pretendía organizar en su conjunto. En este sentido debe interpretarse la célebre afirmación de Sieyès: «Una Constitución, o es un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada»⁹⁰.

Como se advierte con claridad, se trataba de reafirmar, en relación con el proceso político de decisión, el valor normativo y prescriptivo de la Constitución. Tan es así que el mismo Sieyès, precisamente con la finalidad de sostener el esfuerzo tendente a dar fuerza normativa a la Constitución, propuso instituir un jurado constitucional con la obligación de defender la Constitución de las violaciones que recibiera de alguno de los poderes constituidos, de instruir y filtrar las propuestas de revisión de la Constitución, de juzgar —de manera equitativa y a petición de los tribunales— sobre los casos y las controversias que la jurisdicción ordinaria no sepa o pueda resolver por defecto del derecho positivo vigente⁹¹. El jurado constitucional, que en la propuesta de Sieyès debía componerse de ciento ocho miembros nombrados fundamentalmente por el legislativo, fue descartado también por su evidente complicación. Comparar este jurado con un verdadero y auténtico tribunal constitucional, llamado a ejercer un auténtico control de constitucionalidad, parece en realidad bastante arduo. Y, sin embargo, no existe duda de que también este episodio se inserta en un clima de conjunto, dentro del cual la Revolución, después de tanto trabajo, intenta enfrentarse consigo misma y sobre todo busca descubrir su propia vocación constitucional.

90. E. J. Sieyès, «Opinione di Sieyès sulle attribuzioni», en *Íd., Opere e testimonianze politiche*, cit., p. 814.

91. *Ibid.*, pp. 815 ss.

Por muchos motivos, Francia no podía ser el país de los contrapesos entre los poderes, en la línea de la tradición británica. Y respecto a los Estados Unidos permanecerá siempre la diferencia del origen, de una revolución hecha para demoler el antiguo régimen y no simplemente para limitar las pretensiones desorbitantes del legislador. Una revolución que, por este motivo, desde el comienzo tenía necesidad de aparecer como voluntad general, en el sentido de una voluntad fuerte y concentrada, expresada legislativamente. Pero no por esto la Revolución puede describirse en los términos de un puro proceso político dirigido de manera voluntarista. También ella, en el contexto de acontecimientos bastante duros y dramáticos, buscaba su propia vía constitucional. Y también en esa Revolución, como, por otro lado, en toda la Edad Moderna, soberanía y constitución interactuaban, bien enfrentándose, bien buscando puntos de mediación y de equilibrio.

4. Constitución contra soberanía

La historia de las doctrinas políticas y constitucionales de los últimos años del siglo XVIII, y en cierta medida de todo el nuevo siglo, puede interpretarse en gran medida desde la óptica del gran acontecimiento de la Revolución, del que nadie podía escapar. Entre las primeras reacciones a la Revolución sobresale ciertamente la conocida de Edmund Burke, con sus *Reflections on the Revolution in France* de 1790⁹². La crítica de Burke parte en primer lugar del mismo concepto de revolución. Mientras en Francia la Revolución había sido entendida como la posibilidad de hacer una nueva constitución desde la nada, un siglo antes en Inglaterra, por el contrario, con la *Glorious Revolution* de 1688 se había hecho la Revolución «para preservar nuestras antiguas e indiscutibles leyes y libertades, y la antigua constitución (*ancient constitution*) que representa nuestra única garantía, la certeza de nuestras leyes y de nuestras libertades»⁹³. Certeza y garantía son así las palabras-clave de Burke. Ellas

92. E. Burke, *Reflections on the Revolution in France* (1790), en *The Writings and Speeches of Edmund Burke*, ed. de P. Langford, vol. 8, *The French Revolution*, ed. de L. G. Mitchell, Oxford, 1989, pp. 53 ss.; trad. cast. *Reflexiones sobre la Revolución francesa*, Madrid, 1989. Para la fase en la que se inserta la reflexión de Burke, véase *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, vol. 3, *The Transformation of Political Culture 1789-1848*, ed. de F. Furet y M. Ozouf. Véanse también las recientes consideraciones de L. Compagna, *Gli opposti sentieri del costituzionalismo*, Bologna, 1998.

93. E. Burke, *Reflections*, cit., p. 81.

reclaman, a su vez, una concepción general de la constitución como fruto de un empeño y de un verdadero y auténtico pacto o contrato entre individuos, en el sentido de una consolidación progresiva e históricamente dada de una condición de equilibrio entre los intereses sociales, y no en el sentido de un proyecto que se representa políticamente a través de una asamblea constituyente⁹⁴. El primero, en cuanto que está profundamente radicado en la historia de la comunidad política, se encuentra en grado de asegurar y garantizar las libertades. El segundo, el proyecto constituyente, puede también proclamar, como en Francia, los derechos del hombre y del ciudadano, pero en realidad por su naturaleza está expuesto a la inestabilidad de la lucha política, es el camino que peligrosamente conduce la delicadísima materia de la garantía de los derechos al terreno del conflicto político ordinario, de la sucesión de las distintas mayorías.

Burke critica así la Revolución francesa precisamente en nombre de la constitución y de la garantía de los derechos. A sus ojos, la Asamblea constituyente francesa no era más que «una asociación voluntaria de hombres», que en unas concretas circunstancias históricas se había adueñado de todo el espacio del poder público de normación, sin ningún fundamento constitucional, sin estar limitada por «ninguna ley constitucional». De tal manera, esa Asamblea, según Burke, había inaugurado una nueva forma de «despotismo», que consistía precisamente en entender el propio poder de normación como algo indefinido, potencialmente extendible sobre todo el espacio de la sociedad, sobre todo el espacio de las relaciones civiles. En su contra, se evoca de nuevo el valor positivo del ordenamiento inglés, en el que la autoridad legislativa —entendida de manera suprema y soberana— siempre y sin excepción alguna está limitada por la *security* y la *property* de los ciudadanos, de tal manera que sus actos son sentidos no raramente como «arbitrarios» en cuanto que contrastan con un «cierto modo de vida garantizado por las leyes existentes», que esos mismos ciudadanos han establecido duraderamente en su experiencia práctica a través de una progresiva y razonable composición de la pluralidad de intereses agentes en el espacio de la sociedad⁹⁵.

Pero Burke no sólo es un obstinado defensor del tradicional valor de garantía de la constitución inglesa. Es capaz de tomar de la Revolución otro aspecto, que esta vez amenaza, junto a la seguridad

94. *Ibid.*, p. 71, sobre la constitución como «engagement and pact of society».

95. *Ibid.*, pp. 201 ss.