

Nº 35
Tercer trimestre 2023

Gabilex

**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA**



© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**REVISTA DEL GABINETE JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

Número 35. Septiembre 2023

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

**Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO, DULCINEA y
REDALYC**

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gabilex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.



DIRECCIÓN

D^a M^a Belén López Donaire

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Letrada del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Profesor acreditado Derecho Administrativo UDIMA.
Abogado-Consultor especialista en contratación pública.
Funcionario de carrera en excedencia.

D. Leopoldo J. Gómez Zamora

Director adjunto de la Asesoría Jurídica de la Universidad Rey Juan Carlos.

Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.



COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Álvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional.
Secretaria de Gobierno Local.



D. Jordi Gimeno Beviá

Vicedecano de Investigación e Internacionalización.
Facultad de Derecho de la UNED. Prof. Derecho Procesal

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y
Justicia. Gobierno de Cantabria.
Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La
Mancha.

D. José Joaquín Jiménez Vacas

Funcionario de carrera del Cuerpo Técnico Superior
de Administración General de la Comunidad de Madrid

D. Javier Mendoza Jiménez

Doctor en Economía y profesor ayudante doctor de
la Universidad de La Laguna.



SUMARIO

EDITORIAL

| | |
|-------------------------------|----|
| El Consejo de Redacción | 12 |
|-------------------------------|----|

ARTÍCULOS DOCTRINALES

SECCIÓN NACIONAL

LA RESOLUCION DEL CONTRATO EN LA CONTROVERSIA DE LA OBRA PUBLICA

| | |
|--|----|
| D. José Enrique Candela Talavero | 17 |
|--|----|

TRANSPARENCIA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

| | |
|-----------------------------------|----|
| D. Julio Díaz-Maroto Maqueda..... | 62 |
|-----------------------------------|----|

DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA DE FE PÚBLICA.

| | |
|------------------------------------|-----|
| D. José Joaquín Jiménez Vacas..... | 117 |
|------------------------------------|-----|

LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA IRREGULAR EN LAS ENTIDADES LOCALES. LA UTILIZACIÓN INDEBIDA DE LA REVISIÓN DE OFICIO COMO MECANISMO DE REACCIÓN

| | |
|--------------------------------|-----|
| D. Javier Martínez Hellín..... | 170 |
|--------------------------------|-----|

COMPLIANCE AMBIENTAL Y LA PROPUESTA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO SOBRE DILIGENCIA DEBIDA DE LAS EMPRESAS EN MATERIA DE SOSTENIBILIDAD

| | |
|------------------------------------|-----|
| D. Alfonso Arellano Perezagua..... | 260 |
|------------------------------------|-----|



LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA ESPAÑOLA: LAS LEYES
FUNDAMENTALES DE LA MONARQUÍA COMO LÍMITE Y
DELIMITACIÓN DEL PODER
D. Alvaro Vecina Aznar332

RESEÑA DE JURISPRUDENCIA

LA TRIPLE MORALEJA: NO IMPORTA QUE EL ÓRGANO
QUE HA DE VALORAR LAS OFERTAS SEA INCOMPETENTE
Y CARENTE DE CUALIFICACIÓN APROPIADA SI LO QUE
PROCEDE ES UN RECURSO ADMINISTRATIVO
ORDINARIO
D. Jaime Pintos Santiago
D^a. María Dolores Fernández Uceda.....436

DELITOS DE ODIO: CRITERIOS DE APLICACIÓN
D. David Miras Estévez454

BASES DE PUBLICACIÓN..... 462



EDITORIAL

En el número 35 de la Revista Gabilex, se incluyen en la sección nacional seis artículos doctrinales que se suman a dos reseñas de jurisprudencia, todos ellos de máximo interés.

En primer lugar, debe destacarse el excelente trabajo de D. José Enrique Candela Talavero con el artículo que lleva por título “La resolución del contrato en la controversia de la obra pública”.

Analiza minuciosamente cuándo un incumplimiento provoca la resolución del contrato público según quien resulte ser la parte incumplidora: la Administración o el contratista.

El siguiente artículo que podrán disfrutar los lectores corresponde a D. Julio Díaz-Maroto Maqueda que aborda con brillantez una breve caracterización general del principio de transparencia en el ámbito de la contratación pública, desde la perspectiva de los fines propios de los dos bloques normativos que interactúan en este ámbito: el propio de la legislación general en materia de transparencia y buen gobierno y el correspondiente a la legislación específica en materia de contratación del sector público. t



A continuación, D. José Joaquín Jiménez Vacas bajo el título "De la función administrativa de Fe pública" define con maestría la función administrativa de Fe pública como aquella que, conforme a Derecho, compete al Estado, de forma exclusiva, o por entidades públicas e incluso personas físicas por su concesión; y que tiene su objeto en la acreditación de la verdad, real o formal, de hechos, conductas, estados de las cosas o relaciones, por razones de seguridad jurídica e interés general; con soporte en el documento público certificado, en que se asegura, afirma o se da por cierta alguna cosa.

D. Javier Martínez Hellín con el título "La contratación administrativa irregular en las entidades locales" analiza la más reciente línea doctrinal que especialmente desde determinados órganos consultivos viene insistiendo en acudir al procedimiento para la revisión de los actos nulos, postura sobre la que formula un juicio crítico.

A continuación, D. Alfonso Arellano Perezagua aborda un tema de máximo interés como es el "Compliance ambiental y la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad" que hará las delicias de los lectores.

La sección nacional se cierra con el artículo de D. Álvaro Vecina Aznar con el título "La constitución histórica española: las leyes fundamentales de la monarquía como límite y delimitación del poder".

Dentro de la sección de reseña de jurisprudencia, D. Jaime Pintos Santiago y D^a M^a Dolores Fernández Uceda, tratan con claridad y brillantez "La triple moraleja: no importa que el órgano que ha de valorar las ofertas sea



incompetente y carente de cualificación apropiada si lo que procede es un recurso administrativo ordinario”.

Por último, D. David Miras Estévez realiza un análisis de los criterios de aplicación actuales en materia de delitos de odio y discriminación, con especial incidencia en el derecho penal antidiscriminatorio.

El Consejo de Redacción



**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

SECCIÓN NACIONAL

ARTÍCULOS DOCTRINALES



LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA ESPAÑOLA:

LAS LEYES FUNDAMENTALES DE LA MONARQUÍA COMO LÍMITE Y DELIMITACIÓN DEL PODER

D. Alvaro Vecina Aznar

Abogado

Resumen: Historia y Derecho se encuentran indisolublemente unidos, de tal suerte que no se entiende la una sin el otro. Pues, en realidad, ¿qué es la Historia sino la continua pugna por la ostentación del poder y la búsqueda de sus límites? Y ¿quién duda acaso que el mecanismo encargado de tal empresa sea precisamente el Derecho? Este pensamiento encuentra su fiel reflejo en las conocidas como Leyes Fundamentales de la Monarquía, encargadas de la delimitación y limitación del propio poder, y que en su conjunto conforman lo que Jovellanos denominó Constitución histórica de España. En el trabajo que nos ocupará a continuación tendremos la ocasión de comprender la importancia y alcance de estas instituciones, cuáles eran, cómo se articulaban y dividían, cuál fue su sustrato filosófico, jurídico e histórico y, globalmente, atender a su influencia en la



conformación del actual Estado Constitucional de Derecho.

Abstract: History and Law are inextricably so linked that one cannot be understood without the other. For, what is History if not the continuous struggle for power and the search for its limits? And who would challenge the fact that the mechanism in charge of such an undertaking is, precisely, the Law? This thought finds its faithful reflection in the so-called Fundamental Laws of the Monarchy, responsible for delimitating and limiting power itself, and which together make up what Jovellanos called the Historical Constitution of Spain. In this academic study, we will attempt to understand the importance and scope of these institutions, what they were, how they were articulated and divided, what was their philosophical, legal and historical substrate and, globally, bearing in mind their influence in shaping the current Constitutional Rule of Law.

Palabras Clave: Constitución; Constitución histórica; Leyes Fundamentales; Estado de Derecho; limitación del poder; pactismo; monarquía templada; obedézcase pero no se cumpla; poder constituyente; indisponibilidad; gobierno de las leyes; derecho foral; fueros; hechos graves y arduos.

Keywords: Constitution; historical constitution; fundamental laws, Rule of Law; power limitation, practicism; obey but don't comply; constituent power,



unavailability; regional law; charters, arduous and grave facts.

Sumario:

INTRODUCCIÓN

I.- LA CONSTITUCIÓN COMO CONCEPTO HISTÓRICO

1. Del constitucionalismo primigenio al moderno constitucionalismo
- 2.- Antecedentes en la Antigüedad clásica
 - 2.1 El antecedente griego: el ideal del "gobierno de las leyes y no de los hombres" en la antigua Atenas.
 - 2.2 El antecedente romano: el ideal del "gobierno de las leyes y no de los hombres" en la República romana

II.- LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA ESPAÑOLA Y SUS NOTAS CARACTERÍSTICAS

- 1.- El concepto de constitución histórica en España
- 2.- Notas características
 - 2.1 Ordenación y límite del poder político
 - 2.2 Preexistencia y continuidad histórica
 - 2.3 Origen pacticio
 - 2.4 Origen consuetudinario
 - 2.5 Supremacía, indisponibilidad y poder constituyente

III. TIPOLOGÍA DE LAS LEYES FUNDAMENTALES DE LA MONARQUÍA

1. Delimitación
2. Relativas a la organización del poder político
 - 2.1 Monarquía templada
 - 2.2 Religión católica
 - 2.3 Unidad territorial



- 3. Relativas a los derechos colectivos de la Nación
 - 3.1 Derecho de consulta en los hechos graves y arduos
 - 3.2 Derecho a regirse por los fueros propios
 - 4. Relativas a los derechos subjetivos de los individuos
 - 4.1 Derechos frente al poder ejecutivo
 - 4.2. Derechos frente al poder legislativo
- BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

Afirmaba RUSSEL en su magna obra *Historia de la Filosofía Occidental* que si partimos de la base de que "existe unidad en el movimiento histórico...es necesario que los períodos anteriores y posteriores encuentren su síntesis en un solo espíritu"¹. Pues bien, cuando se habla de Constitución, ya sea para hacer referencia a la actual, caracterizada por su naturaleza racional-normativa, ya para aludir a la histórica, que se remonta a la Edad Media, cabe encontrar ese espíritu común, como acertadamente señala NIETO, en una constante histórica milenaria, consistente en "la lucha del individuo (sea ciudadano o siervo) y de las colectividades (sean tribales, estamentales, o cívicas) contra las extralimitaciones de un poder que él mismo ha

¹ RUSSEL, B., *Historia de la filosofía occidental*, t.I, trad. J. Gómez de la Serna y A. Dorta, Ed. Austral, Barcelona, 2010, p. 2



engendrado”². En esa lucha, el Derecho, con la fuerza no solo constitutiva sino también limitativa del poder que la constitución ha tenido siempre, ha servido tradicionalmente a ese noble fin. Si bien, en cada momento histórico lo ha hecho con distinta intensidad, con un grado de eficacia diverso e incluso mediante técnicas diferentes.

El presente trabajo tiene por objeto la realización de un estudio de nuestra Constitución histórica, integrada por las denominadas Leyes fundamentales del Reino, que, como veremos posteriormente, nacen y se desarrollan consuetudinariamente a lo largo de la Edad Media y se materializan en una serie de pactos entre el Rey y el Reino, llamados a disciplinar la organización del poder político y a establecer unos concretos límites a su ejercicio. Se empieza a crear en este temprano momento histórico el germen de lo que más tarde será el constitucionalismo moderno, evidentemente con todas las distancias y reservas que es necesario hacer al respecto para no resultar en un anacronismo nada deseado, pues el contexto cultural, político y filosófico existente en el medievo es totalmente diferente al imperante a partir de finales del siglo XVIII. Incluso la Alta Edad Media es una realidad radicalmente distinta de la Baja.

El trabajo consta de tres capítulos. En el primero de ellos se aborda el estudio de la constitución como concepto histórico, destacando, por tanto, su carácter

² NIETO, A., “El Derecho como límite del poder en la Edad Media”, en *Revista de la Administración Pública*, nº 91/1980, p. 8.



contingente, en tanto que fiduciario de las diferentes concepciones históricas del Derecho, pero subrayando el contenido esencial que identifica dicha institución y que la hace reconocible a lo largo de la historia, como límite al poder político, y que entronca con el antiguo ideal grecorromano del “gobierno de las leyes y no de los hombres”. El segundo capítulo, se dedica a analizar las distintas notas características de las Leyes Fundamentales de la Monarquía que, conjuntamente, conforman lo que hoy –desde nuestra óptica y con la altura de miras que nos otorga la historia– podemos reconocer como la Constitución histórica española. Una legislación fundamental que se gesta y va desarrollando a lo largo de la Edad Media, desde la propia Monarquía visigoda, hasta llegar a los mismos albores del proceso constituyente gaditano donde, como se verá, supuso el centro de acalorados debates, entre los partidarios del continuismo con esa constitución histórica y aquellos otros que, por el contrario, sustentándose en el principio roussoniano de la *voluntad general*, defendían la soberanía del pueblo español para darse, totalmente *ex novo*, una Constitución, dependiente en exclusivo de su sola voluntad y no de la historia. El tercer y último Capítulo se dedica al estudio de la distinta tipología de leyes fundamentales de la Monarquía española, agrupándolas, genéricamente, entre las ordenadoras o delimitadoras del poder político y aquellas otras limitadoras del mismo, en garantía de la libertad y de los derechos individuales y colectivos.



I.- LA CONSTITUCIÓN COMO CONCEPTO HISTÓRICO

1. Del constitucionalismo primigenio al moderno constitucionalismo

La fuerza y consistencia de las estructuras doctrinales y metodológicas sobre una institución dependen en gran medida, como recuerda ALVARADO, del conocimiento de sus orígenes, de su justificación en el pasado. "Porque el pasado -ya lo dijo alguien- no es un lastre sino un pedestal"³. Esa afirmación, válida para cualquier institución jurídica, es especialmente certera respecto al *constitucionalismo*, pues, como afirma con acierto FIORAVANTI⁴, detrás de este término se encuentra toda una corriente de pensamiento que no obstante pertenecer por completo a la Edad Moderna, se remonta en cuanto a su fundamento y a los ideales perseguidos a épocas muy anteriores, de origen antiguo y medieval, cuyo estudio permite dar unidad a todo ese movimiento histórico que se ha dado en llamar constitucionalismo.

Así lo señala también GARCÍA DE ENTERRÍA cuando manifiesta que la idea de Constitución debe ser referida "a una corriente que viene de los siglos medievales, que se concreta a finales del siglo XVIII y en el XIX en el movimiento justamente llamado

³ ALVARADO PLANAS, J., *El pensamiento jurídico primitivo*, Ed. Nueva Acrópolis, Madrid, 1986, p. 245.

⁴ FIORAVANTI, M., *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. Adela Mora y Manuel Martínez, Trotta, Madrid, 2014, p. 17.



constitucional”⁵. Esa corriente que, como veremos después, tiene su antecedente más remoto en la máxima *gobierno de leyes y no de hombres* acuñada en la antigüedad griega y romana, se expresa durante la Edad Media en reglas consuetudinarias, pero también escritas, acordadas entre el Rey y el Reino en orden, precisamente, al ejercicio y a los límites del poder, así como a la consolidación de esferas de autonomía, individuales o colectivas, garantizadas mediante normas⁶.

Este es el constitucionalismo primigenio, que como afirma FIORAVANTI, “ya es constitucionalismo porque se dirige al objetivo fundamental de la limitación del poder con una finalidad de garantía”⁷, pero que todavía, y a diferencia de lo que sucederá después en la Edad Moderna y, posteriormente, en la Edad Contemporánea, no presupone un poder soberano que represente en conjunto a la comunidad política a la que se refiere la constitución, ni esté destinado a garantizar los derechos individuales conforme al principio de igualdad. Como recuerda el citado autor, todos estos

⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985, p. 44.

⁶ “Este es el sentido que tienen todos los instrumentos constitucionales ingleses hasta el *Bill of rights* de 1688, así como los de los demás países europeos, entre los cuales una buena parte de los que invocó Martínez Marina para justificar la raíz nacional de la Constitución de Cádiz, y -señaladamente- el proyecto comunero de «Ley Perpetua», estudiado más recientemente por Maravall”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución...*, *op. cit.*, p. 44.

⁷ FIORAVANTI, M., *Constitucionalismo...*, *op. cit.*, p. 18.



grandes conceptos, como *soberanía* o *igualdad*, son desconocidos por la realidad política y social en la que adquiere firmeza el constitucionalismo primigenio, y por ello los límites no se ponen para la protección de los derechos individuales atribuidos a sujetos considerados iguales entre sí, sino para la tutela de la libertad y de esferas de autonomía de naturaleza fundamentalmente corporativa y ciudadana que tiene su fundamento ante todo en la historia.

Aunque es cierto que el concepto de Constitución “es uno de los que ofrecen mayor pluralidad de formulaciones”⁸, no cabe duda, como señala DE OTTO, de que está cargado de significado político pues “nada más escucharlo o leerlo evoca de inmediato ideas tales como libertad, democracia, garantía de los derechos del ciudadano y limitación del poder”⁹. Desde la filosofía política, por tanto, la Constitución denota no cualquier tipo de ordenamiento y organización política, sino aquellos en los que la libertad de los individuos en sus relaciones con el poder político está protegida mediante adecuadas técnicas, que pueden variar de un período histórico a otro, pero que cuando menos comprenden el reconocimiento de una o varias leyes fundamentales, escritas o consuetudinarias, que limitan el poder político y que garantizan a los individuos determinados derechos frente al poder en garantía de su libertad.

No es casualidad, por ello, que GARCÍA DE ENTERRÍA manifieste con total rotundidad que “el

⁸ GARCIA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977, p. 33.

⁹ DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991, p. 11.



principio limitativo del poder y de definición de zonas exentas o de libertad individual es, en efecto, un principio esencial del constitucionalismo¹⁰; que, por su parte, LOEWENSTEIN señale que la historia del constitucionalismo no es sino la "búsqueda por el hombre político de las limitaciones al poder absoluto ejercido por los detentadores del poder"¹¹; que McILWAIN considere como rasgo más antiguo, constante y duradero del verdadero constitucionalismo la "limitación del gobierno por el derecho"¹²; o que HÜBNER afirme que la Edad Media "fue la cuna de los derechos y libertades de nuestro tiempo"¹³, afirmación que, no obstante, como hemos apuntado en la Introducción, debe ser tomada con ciertas reservas.

Como se comprenderá fácilmente, el constitucionalismo histórico, con sus leyes fundamentales, cartas magnas y fueros limitativos del poder político y generadores de derechos individuales, no es un fenómeno exclusivamente español, sino europeo, que irradiará también sus efectos a América

¹⁰ *La Constitución...*, *op. cit.*, p. 46.

¹¹ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986, p. 150.

¹² McILWAIN, C.H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad. Juan José Solozábal, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, p. 46.

¹³ HÜBNER, J., *Panorama de los derechos humanos*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1977, p. 26, cit. por LIMA TORRADO, J., "Antecedentes normativos de los derechos humanos en la Baja Edad Media", en *Revista DIREITO UFMS*, junio/2015, p. 12.



tras su descubrimiento. Su antecedente más remoto se encuentra en el antiguo ideal del *gobierno de las leyes y no de los hombres* acuñado en la Antigüedad clásica, tanto en Grecia como en Roma.

2.- Antecedentes en la Antigüedad clásica

2.1 El antecedente griego: el ideal del “gobierno de las leyes y no de los hombres” en la antigua Atenas.

El fundamento del constitucionalismo histórico durante la Edad Media, de sus Leyes fundamentales, Cartas Magnas y Fueros, no es otro, como recuerda GARCÍA-TREVIJANO¹⁴, que el antiguo ideal del gobierno de las leyes y no de los hombres, recogido por Eurípides, defendido con total claridad y rotundidad por Aristóteles, y que el historiador Tito Livio situó en la fundación de la República romana.

Esta herencia clásica, recibida sobre todo de Atenas y de la República romana, merece ser examinada de cerca no sólo por la significación que la experiencia de los antiguos conserva en nuestro tiempo, sino también por la influencia que la recuperación en Occidente, varios siglos después, de esas doctrinas clásicas, griegas y romanas ejerció posteriormente en la Escolástica, en la ciencia política del Renacimiento y, sobre todo, en las ideas de los filósofos de la Ilustración que guiaron las revoluciones americana y francesa del último tercio del siglo XVIII. Fundamentalmente, por lo

¹⁴ GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., *Teoría pura de la democracia*, MCRC, Madrid, 2016, pp. 279 y 280.



que aquí más importa, en el pensamiento clásico tuvo origen la idea primera del Estado de Derecho¹⁵.

Como es sabido, el concepto de *Estado de Derecho* nació como tal en Europa a principios del siglo XIX en contraposición al Estado de Policía¹⁶, pero, tal y como señala LÖSING, la idea de Estado de Derecho, esto es, de limitación del poder y de sujeción de éste a la ley, en garantía de la libertad y los derechos de las personas sobre las que dicho poder se ejerce, "es mucho más antigua y...se remonta (al ideal de) un gobierno de las leyes y no de la arbitrariedad humana, (que) ya se vislumbra en Aristóteles"¹⁷, donde, además, la ley no

¹⁵ Sobre la conexión entre el ideal clásico del "gobierno de las leyes" y el "Estado de Derecho" como último paso histórico del sometimiento del poder a las leyes, producido de las ideas de la Ilustración tras la Revolución francesa de 1789, vid., por todos, PECES-BARBA, G., "Sobre el valor de la ley y el gobierno de las leyes", en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 3/2000, en especial p. 4: "Es el Estado de Derecho, como gobierno de las leyes, por las leyes, y bajo las leyes", consultado vía <https://n9.cl/din28>

¹⁶ Aunque, en realidad, el término *Rechtsstaat* fue acuñado y utilizado por vez primera en el año 1813 por Carl Th. WELCKER para separarlo del despotismo y de la teocracia, como señala GARCÍA-TREVIJANO, A., *Teoría pura...*, op. cit., p. 283. Posteriormente, Robert VON MOHL empleó dicho término para contraponer el derecho del Estado, al Estado policía, tal y como explica BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000, p. 19.

¹⁷ LÖSING, N.: *La jurisdicción constitucional como contribución al Estado de Derecho*, recogido en la obra colectiva *La Jurisdicción Constitucional, Democracia y Estado de Derecho*,



aparece como el resultado de la mera voluntad del legislador, sino de una "razón desinteresada". Esa conexión con el actual concepto de Estado de Derecho es advertida magníficamente por el profesor ARAGÓN: "El gobierno de las leyes y no de los hombres supone que el poder no puede actuar fuera del Derecho y, en consecuencia, que el Derecho es aplicable a todos los poderes del Estado"¹⁸.

Como bien recuerda BOBBIO, el ideal que venimos tratando intenta dar respuesta a un interrogante que se formula incesantemente a lo largo de la historia del pensamiento político: "¿Qué gobierno es el mejor, el de las leyes o el de los hombres?"¹⁹, y que se refiere, no tanto a cuál es la mejor forma de gobierno, sino a cuál es el mejor modo de gobernar: si mediante la voluntad de los hombres o mediante el imperio de la ley²⁰. Así, Aristóteles en su *Política* es quien más claramente y con mayor rotundidad se pronunció en la Grecia clásica a

Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 58, accesible vía <https://n9.cl/r30rs>.

¹⁸ ARAGÓN REYES, M., Estado de Derecho y democracia, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 47/1996, p. 362.

¹⁹ BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, trad, F.J. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, p. 120.

²⁰ Un resumen sobre esta importante cuestión de filosofía política, puede verse en HASPERUÉ, H.D., "¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes? vicisitudes de una pregunta". XIV Jornadas de Investigación y Tercer Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2007, *passim*, accesible vía <https://www.aacademica.org/000-073/431.pdf>.



favor de esta máxima al expresarse en estos términos: “¿Qué es más útil, ser gobernado por el mejor de los hombres o por la mejor de las leyes? Concluiría el filósofo griego que la última de éstas, dando lugar a la consustancial idea clásica del gobierno o imperio de la ley, con los distintos nombres y matices con los que resurgirá muchos siglos después, *mutatis mutandi*, tanto en Europa –*Rule of law, État de droit, Rechtsstaat*–²¹ como en los Estados Unidos de América –*government of laws, and not of men*–²². Como decimos, esta tesis es

²¹ Hay una estrecha relación entre la denominación inglesa, francesa y alemana de una misma idea: la sujeción del Estado a la ley y al derecho; si bien, no puede hablarse de una absoluta identidad, pues existen también ciertos matices que han sido expuestos, entre otros autores, por PEREIRA MENAUT, A.C., Estado de derecho y *rule of law*, en *Nueva revista de política, cultura y arte*, febrero/2014, *passim*, accesible vía <https://www.nuevarevista.net/nb-estado-de-derecho-y-rule-law>. Algunos años antes, el mismo autor dio cuenta de ellos en su obra *Rule of Law o Estado de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2003, *passim*. Igualmente, sobre este tema puede consultarse las siempre brillantes enseñanzas sobre el nacimiento del Estado de Derecho ofrecidas por GARCÍA DE ENTERRÍA en sus obras *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Cuadernos Taurus, Madrid, 1972, y *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1974.

²² Sobre la influencia del pensamiento griego, fundamentalmente del filósofo Aristóteles y del historiador Polibio, en los padres de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 y, sobre todo, en los principios de separación de poderes y de representatividad en que se fundamenta la democracia formal instaurada en dicho texto constitucional, vid., recientemente, el magnífico trabajo de



formulada de forma contundente por el propio Aristóteles cuando afirma que “es mejor que todo... se haga legalmente y no según la voluntad de los hombres”, o cuando expresa que “es preferible que mande la ley

SÁNCHEZ ANDRADA, F., Anamnesis del mundo clásico en la configuración política de los Estados Unidos de América, en *Res Pública. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, mayo/2020, accesible vía <https://n9.cl/0li4>. Para la influencia de las ideas clásicas de Polibio sobre el gobierno mixto en el principio de separación de poderes perfilado por Maquiavelo, que posteriormente James Harrington toma de él y da a conocer en Inglaterra con la publicación de su obra *La República de Oceana*, vid. SOLOZÁBAL, J.J., Sobre el principio de la separación de poderes, *Revista de estudios políticos*, Nº 24/1981, p. 219. Por último, destacar cómo la idea clásica de “gobierno de las leyes y no de los hombres” fue llevada literalmente a la Constitución de la Comunidad de Massachusetts de 1780 por John Adams (en este sentido PANI, E., *Historia mínima de Estados Unidos*, Turner, Madrid, 2016, p.71), quien, posteriormente, llegaría a ser el sexto Presidente de los Estados Unidos (1825-1829); concretamente su Art. XXX dicho texto constitucional señala literalmente: “*In the government of this commonwealth, the legislative department shall never exercise the executive and judicial powers, or either of them; the executive shall never exercise the legislative and judicial powers, or either of them; the judicial shall never exercise the legislative and executive powers, or either of them; to the end it may be a government of laws, and not of men*”. (trad. “*En el gobierno de esta Comunidad, el departamento legislativo nunca ejercerá los poderes ejecutivos y judiciales, o alguno de ellos; el ejecutivo nunca ejercerá los poderes legislativos y judiciales, o alguno de ellos; el judicial nunca ejercerá los poderes legislativos y ejecutivos, o alguno de ellos, para que así sea un gobierno de leyes y no de hombres*”). El texto original en inglés puede verse en <http://www.nhinet.org/ccs/docs/ma-1780.htm>.



antes que uno cualquiera de los ciudadanos”²³. De la misma forma, condena la clase de gobierno en que “todo viene determinado por el voto de la mayoría y no por la ley”. Para Aristóteles tal gobierno no es un estado libre “pues cuando el gobierno está fuera de las leyes no existe estado libre, ya que la ley debe ser suprema con respecto a todas las cosas”²⁴.

2.2 El antecedente romano: el ideal del “gobierno de las leyes y no de los hombres” en la República romana

La antigua máxima de origen griego que venimos estudiando fue situada por el historiador latino Tito Livio en la República romana: “La autoridad e imperio de la ley es más fuerte y poderosa que las de los hombres”; “las leyes son un poder sordo e inaccesible a los ruegos, más favorable y propicio para el indigente que para el poderoso; no tiene margen de laxitud ni de indulgencia si uno se pasa de la medida”²⁵.

Que dicha máxima recobrar especial importancia en la República romana no es de extrañar porque, según la tradición, la principal fuente del derecho de ese período histórico, la Ley de las Doce Tabas, el primer código legal romano, nació tras un previo estudio por

²³ ARISTÓTELES, *Política, op. cit.*, Libro III, 1287a pp. 206 y 207.

²⁴ *Ibidem*, Libro III, 1292a., p. 233.

²⁵ GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A., *Teoría pura de la democracia, op. cit.*, p. 279.



parte de la comitiva enviada a Atenas del derecho griego y, especialmente, de las *Leyes de Solon*²⁶. Esta máxima, como señala GARCIA-TEVIJANO FORTE²⁷, se mantuvo en las monarquías posteriores a Alejandro Magno y en el Imperio romano que suplantó la vida de la República.

El también historiador latino Tácito y, sobre todo, el filósofo, gramático y retórico Cicerón, fueron los principales autores a través de los cuales se difundió la tradición clásica. Un elemento fundamental que caracteriza al pensamiento ciceroniano es que una sociedad se pueda considerar auténticamente justa solamente cuando esté constituida conforme al derecho: una *civitas* que carece de ley nunca podrá ser una verdadera ciudad²⁸. Cicerón se convirtió en la principal autoridad y a él se deben muchas de las formulaciones más efectivas de la máxima objeto de comentario. En efecto, a Cicerón pertenece el importante concepto de *leyes superiores*, esto es, las *leges legum* que gobiernan la legislación; también la idea de obediencia a las leyes

²⁶ Un estudio de la Ley de las Doce Tablas y un resumen de la historia de la formación de esta compilación, puede verse en HINOJOSA, E., *Historia del Derecho Romano según las más recientes investigaciones*, Anacleto Ediciones, Pamplona, 2002, pp. 181 y ss., reimpresión facsímil, de la obra editada por Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1880.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ ZEZZA, M., Recensión al libro de Fernando LLANO ALONSO, *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, Aranzadi, Navarra, 2017, en *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, nº 39/2018, p. 348.



como requisito necesario para poder ser libres²⁹; y de que el juez haya de ser tan sólo la boca a través de la cual habla la ley³⁰, expresión esta última que tanto éxito tuvo cuando, en términos muy parecidos, fue formulada en 1748 por MONTESQUIEU en *El espíritu de las leyes*³¹.

En definitiva, como señala LEONI, si Cicerón estaba en lo cierto, podemos deducir que la ley romana estaba limitada por un concepto de legitimidad sorprendentemente similar al expuesto por Dicey en relación con el principio inglés de la rule of law, ya que, de acuerdo con éste, "las normas no son realmente el resultado del ejercicio de la voluntad arbitraria de personas particulares. Son el objeto de la investigación desapasionada de los tribunales judiciales, lo mismo que las normas en Roma eran el objeto de una investigación desapasionada de los jurisconsultos romanos"³².

²⁹ Esta es su famosa sentencia de la *oratio pro Cluentio*: "omnes legum servi sumus ut liberi esse possimus" ("Si queremos seguir siendo libres, debemos obedecer todas las leyes"); de ella se hace eco LEONI, B., *La libertad y la ley*, 3ª edic., trad. por Cosmopolitan Translation Service Ltd., Unión Editorial, Madrid, 2010, p. 92.

³⁰ Cfr. HAYEK, F., *Los fundamentos...op. cit.*, p. 223.

³¹ Para situar el pensamiento del barón de La Brède en el contexto de la filosofía, la ciencia e incluso la medicina de su tiempo, vid. IGLESIAS, C., *El pensamiento de Montesquieu: ciencia y filosofía en el siglo XVIII*, Galaxia Gutenberg- Círculo de Lectores, Barcelona, 2005, en especial pp. 483 y ss.

³² LEONI, B., *La libertad...*, *op. cit.*, p. 105.



Pues bien, ese gobierno de las leyes y no de los hombres que hemos expuesto será, a lo largo de la historia, la máxima que guíe la doctrina de la constitución histórica, y la que recuerde como, sobre el conjunto de voluntades soberanas de cada individuo, incluso sobre el mismo cuerpo político que aúne todas ellas en una única voluntad, se encuentra siempre, o debiera encontrarse, el imperio de la ley –entendida ésta en su vertiente *iusnaturalista* e historicista–; es decir, las Leyes Fundamentales que conforman la constitución histórica.

II.- LA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA ESPAÑOLA Y SUS NOTAS CARACTERÍSTICAS

Aun cuando suele ser habitual entre los autores extranjeros mencionar la *Charta Magna* Inglesa de Juan sin Tierra como primera constitución histórica o elemento suyo, no fue Inglaterra la única, ni tampoco la primera, que empezó a limitar el poder real y a reconocer formalmente una serie de derechos a los súbditos³³. En efecto, entre los textos españoles encontramos, como especialmente interesantes, el Decreto convenido en las *Cortes de León, de 1188*, entre Alfonso IX y su Reino; el

³³ LIMA TORRADO, J., Antecedentes normativos de los derechos humanos en la baja Edad Media, en *Revista Direito UFMS*, junio/2015, p. 12, quien cita, entre otros, a de Truyol Serra. A: *Los derechos humanos. Declaraciones y convenios internacionales. Estudio preliminar*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1977.



Privilegio General de Aragón de 1283, otorgado por el rey Pedro III el Grande; los Privilegios de la Unión Aragonesa, de 1286, el Ordenamiento de las Cortes de Burgos de 1301, el Ordenamiento de las Cortes de Valladolid de 1322; el Fuero de Vizcaya de 1452, Las Partidas, del Rey Alfonso X y un sinfín más de textos que huelga aquí señalar.

Como se puede apreciar de todo lo que hemos venido exponiendo, la doctrina tiene pacíficamente aceptado que, a lo largo de la historia, existió una continua pugna entre aquellos que ostentaban –y detentaban– el poder y el pueblo, o más correctamente la nación –con sus tres brazos nobiliario, eclesiástico y popular–, que procuraban limitarlo para que no atentara contra sus propios derechos; tal limitación del poder es precisamente la piedra angular del constitucionalismo. Pues bien, si ha existido a lo largo de la historia una suerte de constitucionalismo y si éste, *per se*, necesita para ser tal de una constitución, deberá necesariamente concluirse que en el curso de la historia, al menos desde la Edad Media, ha estado presente una constitución histórica, no escrita pero igualmente válida y vigente, de origen consuetudinario y “contractual”, cuya eficacia irá variando dependiendo del momento histórico en que nos encontremos, y cuyos antecedentes más remotos se encuentran ya, como se ha visto, en la antigüedad clásica de Grecia y Roma.

1.- El concepto de constitución histórica en España



Quizás el momento en que mejor pueda apreciarse el concepto de constitución histórica en España sea en el marco del debate suscitado en el proceso constituyente gaditano, pues en contraposición a los diputados progresistas³⁴, quienes partiendo del concepto de soberanía nacional defendían el derecho de la nación a crear, *ex novo*, una constitución, los diputados realistas sostuvieron en todo momento la idea de la innecesariedad de una nueva constitución, puesto que España ya gozaba de la suya propia –la histórica–, entendida ésta como la suma de las Leyes Fundamentales del Reino, la cual no podía ser derogada, ni tan siquiera alterada, por ningún poder constituyente.

Es por ello que, durante el siglo XVIII, destacados exponentes de la Ilustración como Campomanes, Floridablanca, Jovellanos y Martínez Marina, apelaron a la Constitución Histórica, como norma limitadora del poder regio y como criterio básico de actuación y organización del Estado. Este concepto de constitución se utilizaba como “sinónimo del de leyes fundamentales” e iba indisolublemente unido a un “pacto de sujeción

³⁴ “Los liberales doceañistas rechazaron explícitamente los otros dos modelos constitucionales presente entonces: el británico, defendido por JOVELLANOS y por los Diputados realistas, y el de los Estados Unidos, por el que tenían indudables simpatías los Diputados americanos”; vid. VARELA SUANZES, J., La construcción del Estado en la España del siglo XIX. Una perspectiva constitucional, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº6, 1999, p.75. Sobre la Constitución británica ver PEREIRA MENAUT, A. C., La Constitución Británica, ¿es histórica o es historia?, en *Revista chilena de Derecho*, nº 3, 1990, pp. 449-466.



entre el monarca y su pueblo³⁵, que tales leyes fundamentales trataban precisamente de formalizar. De este modo, los autores antes citados entendían por constitución, no la suprema norma del ordenamiento, emanada del poder constituyente de la nación, como sustentaron los revolucionarios franceses y muchos de los diputados en las Cortes de Cádiz, sino el conjunto de las Leyes Fundamentales del Reino. Una legislación tradicional que, en tanto ordenaba y limitaba el poder político, asumía un verdadero valor constitucional.

Leyes fundamentales y constitución histórica van, por tanto, de la mano de manera indisociable, llegando a ser la misma cosa. Buena prueba de ello es el hecho de que en el *Manifiesto de los Persas* (1814) intercambiaran los firmantes las palabras constitución y leyes fundamentales, "usándolas como sinónimas"³⁶. Ambos conceptos entraron formalmente en el vocabulario jurídico español, como bien indica CORONAS GONZÁLEZ³⁷, en 1713 y 1750, respectivamente: el término *ley fundamental* –de origen francés–, mediante el Reglamento de Sucesión 1713, que vino a derogar en

³⁵ VARELA SUANZES, J., La doctrina de la Constitución histórica de España, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 6, 2010, p. 306.

³⁶ WILHELMOSEN, A., El manifiesto de los persas: una alternativa ante el liberalismo español, en *revista de estudios políticos*, nº12, 1979, p.150.

³⁷ CORONAS GONZÁLEZ, S., De las leyes fundamentales a la constitución política de la monarquía española (1713-1812), en *Anuario de Historia del Derecho*, nº81, 2011, pp.14-16.



este punto la antigua tradición jurídica del reino en materia de sucesión, y el término constitución entra en el vocabulario político español hacia 1750. Más concretamente, podemos situar el origen del concepto de constitución en 1766, año en que, tras los sucesos del conocido como *Motín de Esquilache*, reconoció formalmente Carlos III la *Constitución del Estado*, mediante la Real Provisión de 1766. Concretar que nos referimos aquí, únicamente, a la introducción en España de estos concretos términos jurídicos, empero el concepto de unas normas supremas limitadoras y delimitadoras del poder político ya existía en los reinos peninsulares muchos siglos atrás, aunque fuera bajo otra denominación –vgr. *sobreleyes*, *leyes por siempre valederas*, *leyes que valen más que otras leyes* o *leyes perpetuas*, que nos recuerdan enormemente a las *leyes superiores* acuñadas por Cicerón–. Diría CAPMANY: “Asegurar, como dicen algunos, que jamás ha gozado España de una Constitución que contuviese en sus justos límites la autoridad soberana y las pretensiones de los vasallos, es ignorar nuestra historia”³⁸.

2.- Notas características

2.1 Ordenación y límite del poder político

La primera nota que caracteriza a las leyes fundamentales es la relativa a la función que las mismas están llamadas a cumplir, en la medida en que sirven, por un lado, a la ordenación del poder político y, por otro,

³⁸ ÁLVAREZ JUNCO, J., *Capmany y su informe* (nota 78), p. 546, cit. por VALLEJO, J., *Geografía constitucional ilustrada*, en *Historia. Instituciones. Documentos*, nº 25, 1998, p. 713.



actúan como verdaderos límites a éste. A ambas funciones se refiere el *Informe del Ayuntamiento de Cádiz de 21 de septiembre de 1809*³⁹, elaborado en el marco de *La consulta de la Junta Central al país sobre Cortes*⁴⁰: “Conocemos por leyes fundamentales de una nación aquellas que constituyen y determinan la forma y cualidades de su gobierno, las que expresan el pacto social que precedió a su erección o las que se contienen las condiciones con que sus individuos depositaron en muchos, en pocos o en uno solo el todo o parte de sus derechos naturales (...) En nuestra España, si bien no corre en cuaderno o documento separado su constitución de Estado ni se conoce bajo algún nombre particular..., no por eso dejaron de existir en sus códigos aquellas

³⁹ Informe del Ayuntamiento de Cádiz, de 21 de septiembre de 1809, cit. por CORONAS GONZÁLEZ, S., *Las leyes fundamentales del Antiguo régimen (notas sobre la constitución histórica española)*, en *Anuario de Historia del Derecho*, nº 65, 1995, p. 202.

⁴⁰ Fue idea de Jovellanos la de consultar a distintos órganos y personalidades del país sobre distintas cuestiones como los “medios de asegurar la observancia de las leyes fundamentales del Reino, (...), medios de mejorar nuestra legislación, (...), modo, número y clase con que, atendidas las circunstancias del tiempo presente, se ha de verificar la concurrencia de los Diputados a esta augusta Asamblea, etc.”. Así, se ordena que “Para reunir las luces necesarias a tan importantes discusiones, la Junta consultará a los Consejos, Juntas superiores de las provincias, Tribunales, Ayuntamientos, Cabildos, Obispos y Universidades, y oirá a los sabios y personas ilustradas”. *Decreto sobre restablecimiento y convocatoria de Cortes expedido por la Junta Suprema gubernativa del Reino*, de 22 de mayo de 1809. Junta Suprema Central.



leyes que se llaman y son fundamentales pues expresan la naturaleza y cualidades de la monarquía... y, en una palabra, el modo con que el poder soberano debe ejercer sus facultades y dominio que es... su constitución política”.

En cuanto a la primera de las citadas funciones, esto es, la relativa a la delimitación y ordenación del poder político, OLMEDA Y LEÓN se refiere a ella cuando define la constitución como reglamento fundamental que determina el “modo como se debe ejercer la autoridad pública...el orden que una nación se propone seguir en común para conseguir las utilidades en vista de las que se ha establecido la sociedad civil”⁴¹. Magistralmente, enlaza el concepto de constitución histórica con el de legislación fundamental, sosteniendo que cuando “miran al cuerpo mismo y a la esencia de la sociedad, a la forma de gobierno y al modo como debe ser ejercida la autoridad pública, aquello que en una palabra forman la Constitución del Estado, son las Leyes que se llama fundamentales”⁴². E igual de clarificador se muestra JOVELLANOS al cuestionarse: “¿por ventura no tiene España su Constitución? Tiénela, sin duda, porque ¿qué otra cosa es una Constitución que el conjunto de leyes fundamentales que fijan los derechos del soberano y de los súbditos y los medios saludables para preservar unos y otros? ¿Y quién duda que España tiene estas leyes y

⁴¹ OLMEDA Y LEÓN, J., *Elementos del Derecho público de la Paz y de la Guerra ilustrados con noticias históricas, leyes y doctrinas del Derecho español*, Madrid, 1771, p. 32, cit. por CORONAS GONZÁLEZ, S.: *De las leyes fundamentales a la constitución política...*, *op. cit.*, pp. 50-51.

⁴² OLMEDA Y LEÓN, J., *Ibid.* p. 33.



las conoce?"⁴³.

De este modo, las leyes fundamentales, venían a suponer el título a través del cual el monarca ostentaba su potestad regia. Pero, aparte de esta función fundadora de la monarquía, puesto que establecen "la relación del todo con el todo, o del soberano para con el Estado"⁴⁴, las leyes fundamentales tenían también, como ya se anticipaba, una función limitadora, toda vez que contenían las condiciones bajo las cuales el rey y la nación representada en Cortes⁴⁵ debían ejercer el poder. Eran, pues, manifestación de que ambos poderes acordaban ejercer sus competencias únicamente en sus respectivas esferas, sujetándose a las condiciones acordadas. Y es que, una vez celebrado el contrato entre el monarca y la nación, en el que ésta le prescribía a

⁴³ JOVELLANOS. *Memorias en defensa de la Junta Central*, p. 599, cit. por VALERA SUANZES, J.: LA doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845, *Revista de Derecho Político*, nº 397/1995, p. 53.

⁴⁴ ROUSSEAU, *El Contrato Social*, Plutón Ediciones, Barcelona, 2013, p. 71.

⁴⁵ Tenga el lector especial cuidado cuando hablemos genéricamente de Cortes. Nos hacemos aquí eco de las palabras de Alejandro NIETO: "Hablar de las Cortes de los reinos hispánicos en la Baja Edad Media es una abstracción intelectual, inevitable ciertamente, pero que desfigura gravemente la realidad histórica, puesto que en cada lugar y en cada momento tuvieron un significado distinto. Las diferencias que median entre las Cortes aragonesas y castellanas y, dentro de cada una de ellas, entre un reinado y otro (y aun dentro de la vida de un mismo monarca), no son menores que las que se aprecian en la dictadura del general Franco comparadas con la monarquía de Alfonso XIII". NIETO, A., *El derecho como...op. cit.*, p. 63.



aquél ciertos límites y dónde se señalaban determinadas condiciones en el ejercicio del poder, resultará que, si la nación así constituida tiene una "obligación perpetua de reconocer y obedecer aquel poder, mientras obre según los términos del pacto, tendrá también un derecho perpetuo para contenerlos en aquellos términos"⁴⁶. Por ello, la Constitución histórica, como el conjunto de las Leyes Fundamentales, imponía unos límites certeros al monarca, a la vez que expresaba los límites del poder de la Nación y, por tanto, de las atribuciones de las Cortes; y, en este sentido, significaban una garantía del poder del monarca⁴⁷.

Tal vez donde mejor se vea la función delimitadora del poder por parte de constitución histórica sea en la célebre cita de LASALLE, al definirla como la suma de los factores reales de poder que rigen en ese país. "Todo país tiene, y ha tenido siempre, en todos los momentos de su historia, una Constitución real y verdadera"⁴⁸. Estas afirmaciones permiten adentrarnos ya en la siguiente nota característica: la de la preexistencia de las leyes fundamentales y, con ello, su continuidad en la historia.

⁴⁶ JOVELLANOS. *Memorias en defensa de la junta central*, p. 620, cit. por VARELA SUANZES, J.: La doctrina de la Constitución histórica: de Jovellanos a las Cortes de 1845, *Revista de Derecho Político*, nº 397/1995, p. 52.

⁴⁷ VARELA SUANZES, J, La doctrina de la Constitución histórica de España, *cit.*, p. 314.

⁴⁸ LASSALLE, F., *¿Qué es una Constitución?*, trad. por W. Roces, Cénit, Madrid, 1931, pp. 65 y ss., accesible de forma online [vía https://www.filosofia.org/aut/005/1931que.htm#c113](https://www.filosofia.org/aut/005/1931que.htm#c113).



2.2 Preexistencia y continuidad histórica

La nota característica que aquí vamos a tratar podría resumirse con la magistral cita de BALMES, quien asevera que “lo que expresa poderes sociales preexistentes a la ley es verdaderamente fundamental; lo demás es fundamental de nombre, reglamentario de hecho”⁴⁹.

El diputado LLANERA se adhiere a esta corriente de pensamiento cuando afirma que la nación española, “tiene y ha tenido siempre su Constitución o leyes fundamentales (...) y si las leyes fundamentales de la monarquía o su Constitución necesita mejorarse, esto mismo supone su actual existencia”⁵⁰. Por su parte, el diputado BORRULL, muestra serias dudas sobre la necesidad de darse los españoles una nueva constitución, con el siguiente razonamiento: “Hallo también graves dificultades en declarar que al presente le pertenece a la Nación el derecho de establecer sus leyes fundamentales, pues las tiene establecidas, y muy sabias, siglos ha, y no puede por sí sola variar alguna de ellas”⁵¹. De la misma manera, se preguntaba HEGEL acerca de quien debiera hacer la constitución. A esto respondía que se trataba de un asunto carente de sentido, puesto que “esta consideración presupone que

⁴⁹ BALMES, J., *Estudios políticos: el alto cuerpo colegislador*, 1843, en *Obras Completas*, Madrid, 1948-1950, p. 367.

⁵⁰ LLANERA, *Diarios de las Discusiones y Actas de las Cortes* Cádiz, en la Imprenta Real, p. 21.

⁵¹ BORRULL, *Diarios...*, *op. cit.* pp. 54-55.



no existe una Constitución”.⁵² Para este autor es prioritario que una constitución, si bien producida en el tiempo, no sea concebida como algo hecho, puesto que, como decía ARANDA “la Constitución es en y por sí misma, por tanto, debe considerársele como lo divino y permanente, por encima de la esfera de lo que es hecho”⁵³.

Vemos como los defensores de la doctrina de las leyes fundamentales arguyen la existencia continua en la historia de una misma legislación fundamental, que si bien adaptada a las circunstancias de cada época, era, en esencia, la misma, llegando a aseverar que “las leyes fundamentales de España siempre fueran unas en todos sus reinos antes y después de la invasión de los sarracenos”.⁵⁴ Una afirmación un tanto controvertida, puesto que quienes sostenían estas tesis historicistas, lo hacían retrotrayéndose ya fuera a la legislación unitaria de la Monarquía visigoda, ya fuera a la plural de los distintos Reinos hispanos en busca de aquella legislación fundamental. Así, “desde *el Liber Iudicum* gótico, donde Jovellanos veía el depósito y fuente de la tradición constitucional española, a las *condiciones de millones* que en las épocas austríaca y borbónica mantuvieron mal que bien la tradición pacticia del reino, se reclama esa línea de pensamiento que forma parte esencial del orden

⁵² HEGEL, *Filosofía del Derecho*, Claridad, trad. Angélica Mendoza de Montero, 5ª ed., Buenos Aires, 1968, p. 233, accesible vía <https://n9.cl/r5cil>

⁵³ ARANDA FRAGA, F., Origen y cambios de una constitución según la filosofía política de Hegel, en *Invenio*, nº31-32, 2013, p. 18.

⁵⁴ *Informe del Ayuntamiento...*, op. cit.



patrio”⁵⁵. Pero, como adelantábamos, ese orden constitutivo patrio reconocía dos principios territoriales contradictorios: el unitario de la monarquía gótica y el plural y diverso de los reinos medievales que se mantuvieron en la Edad Media. No se negaba, pues, la existencia de una constitución histórica, sino que lo que se debatía era acerca de si esta era unitaria o, por el contrario, plural. Tal es así que el propio Jovellanos tiene posiciones encontradas e incluso contradictorias⁵⁶

Una vez planteada la cuestión foral sólo cabía optar entre una Constitución unitaria, garante de la futura igualdad de derechos y deberes de los ciudadanos, y una Constitución plural, respetuosa con la tradición de privilegio de las diversas constituciones provinciales.

⁵⁵ CORONAS GONZÁLEZ, S., *Leyes fundamentales y constitución de la monarquía española de 1812*, en *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, nº8, 2011, pp. 46-47.

⁵⁶ Jovellanos defiende a ultranza *la constitución particular de Asturias*, pero sin embargo en su *Instrucción a la Junta de Legislación* exhortaba a la “supresión de las constituciones provinciales”. ¿Cómo entender estos pensamientos encontrados? Tal vez la respuesta se encuentre, de nuevo, en el ya mencionado *Informe del Ayuntamiento de Cádiz*: “Las leyes fundamentales de España siempre fueran unas en todos sus reinos antes y después de la invasión de los sarracenos (...) Un rey y una patria piden de justicia una sola Constitución y una sola ley. Nada hacemos si la legislación no se uniforma en todas las provincias del reino. (...) Mas si cada uno de los Reinos, Principados y provincias, como los Señoríos, quiere conservar leyes y fueros separados y aun cierta peculiar constitución, concluyamos que por más que se trabaje y discurra, jamás tendremos ni leyes ni fueros, ni constitución.”.



Como precisa CORONAS GONZÁLEZ, el problema para los reformistas era el de "incorporar esta tradición de privilegio, tan dolorosamente sentida por la población castellana"⁵⁷. Pero finalmente, tal confrontación histórica fue resuelta dramáticamente por los *Decretos de Nueva Planta* (1707-1716) que anularon el orden plural de los reinos de la Corona de Aragón –el de Castilla ya lo era desde la derrota de las *Comunidades* (1522) por Carlos I– haciendo de la unidad una seña de la nueva dinastía borbónica. Perdieron su Derecho público –y en el caso de Valencia, también el privado– que les hacían especiales no sólo en España sino también en Europa. En su lugar entró el orden unitario, y por ello idóneo para la nueva dinastía borbónica de Castilla. Con el tiempo el propio rey Carlos III "llamó *fundamentales* esos Decretos que cambiaron a la fuerza el viejo orden plural de la monarquía, dejando a salvo el reino de Navarra y las Provincias vascas"⁵⁸, aunque en realidad, de fundamentales sólo tenían el nombre, pues no reunían las notas características que venimos enumerando.

Llegados a este punto, debemos hacernos eco del posicionamiento CORONAS GONZÁLEZ: "La nación o era la histórica, esencialmente plural, o era la unitaria moderna nacida de un pacto de voluntad general, en cuyo caso no era una reunión de territorios sino de voluntades, capaz de crear por voluntad general la

⁵⁷ CORONAS GONZÁLEZ, S., De las leyes fundamentales a la..., *op. cit.* p. 74.

⁵⁸ CORONAS GONZÁLEZ, S., Leyes fundamentales y constitución..., *op. cit.* p. 47.



Constitución del Estado”⁵⁹. Y es que, en realidad, resulta verdaderamente inconciliable defender un derecho unitario en España y, a la par, la existencia de una constitución histórica válida para todo el territorio. Es por ello que, quienes pretenden tal cosa se han de remontar al único momento donde pudo ocurrir tal cosa: la Monarquía visigoda. Pero ¿acaso no eran leyes fundamentales todas las posteriores? Las de Castilla, León, Aragón, Valencia, Cataluña..., diferentes unas de otras y con sus respectivas particularidades. Y es que, en realidad, la falta de base histórica de una constitución “pretendidamente española que, de existir, tendría que ser la resultante de la amalgama de constituciones forales con principios no siempre coincidentes, vició de raíz esta construcción doctrinal”.⁶⁰

Aceptando ya el hecho de que existió una legislación plural a lo largo de la historia, cabe sistematizarla como hizo el P. BURRIEL en su *Carta a Juan de Amaya*⁶¹, donde cifraba las etapas evolutivas de la constitución histórica y que procedo aquí a resumir: la gótica, de naturaleza clerical, reflejada en el *Fuero Juzgo*; la foral y señorial, “varia y vacilante”, que muestran el Libro de los Fueros y el Fuero Viejo de

⁵⁹ *Ibidem*, p. 57.

⁶⁰ CORONAS GONZÁLEZ, S., Martínez Marina y el “ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación de León y Castilla (1808)”, en *Glossae: European Journal of Legal History*, nº10, 2013.

⁶¹ BURRIEL, A., *Carta del Padre Burriel a D. Juan Ortiz de] Amaya sobre los Fueros y Leyes del Reyno*, accesible en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/320>.



Castilla; la autocrática presente en las *Partidas* que representan “la revolución legislativa de Alfonso X el Sabio”; y “la administrativa moderna” que impulsan los Reyes Católicos y sus sucesores como se ve en el Ordenamiento de Montalvo y en la Nueva Recopilación. Es, por tanto, “una Constitución histórica, consuetudinaria y legal, que partiendo del tronco gótico sigue por su rama legítima y más frondosa castellano-leonesa”⁶².

2.3 Origen pacticio

La nota característica que aquí se viene a tratar nos permitirá conocer, en efecto, el verdadero origen de la constitución histórica, del que embebe toda su legitimidad. Este no es otro que un pacto entre el monarca y el pueblo.

Para el profesor LALILDE ABADIA⁶³ hay dos visiones fácilmente diferenciables con respecto al pactismo; véanse: la filosófica y la historicista. Con arreglo a esta última, el pacto pertenece al “mundo de los hechos”, pues el pacto se ha dado realmente en un momento y lugar determinados, en tanto que la primera opera en el “mundo de las ideas”. En realidad, no se trata de contraponer el historicismo a la filosofía sino “analizar de qué modo historia, como *res gesta*, y filosofía, como

⁶² CORONAS GONZÁLEZ, S., España: Nación y Constitución (1700-1812), en *Anuario de Historia del Derecho español*, nº75, 2015, p. 198

⁶³ LALILDE ABADÍA, *El pactismo en la Historia de España*, Instituto de España, Madrid, 1978, p. 117.



pensamiento humano, se relacionan y recíprocamente se influyen”⁶⁴.

La ciencia política de la edad moderna trató hasta la saciedad la cuestión del contrato social, ese *pactum societatis* entre individuos libres que, viviendo en un estado de naturaleza, deciden salir de él asociándose y cediendo, *omnes et singuli*, la soberanía ya fuera al rey, a una asamblea compuesta por los representantes de la nación, o a ambos. Toda esta corriente de pensamiento, que se ha venido a denominar *contractualismo*, se separaba de la tradición aristotélico-tomista del hombre como animal político, “partió del individuo aislado... lo abstraigo, como si fuera un ser asocial, de toda comunidad natural y lo trasladó a sus orígenes, a un estado de naturaleza imaginario”⁶⁵.

Dicho de otro modo, no es que el ser humano viviera en un estado previo de naturaleza, sino que, por su propia condición de ser social, vivía ya en sociedad. Y en estas circunstancias es cuando libremente se decide firmar un pacto –conocido como *pactum societatis*– con el que hasta ese entonces era un *inter pares* y que, desde entonces, pasaba a ser rey, cediéndosele el conjunto de soberanías subjetivas –permítasenos el uso de este término aquí– propias de cada individuo. La soberanía

⁶⁴ VALLET DE GOYTISOLO, J., Las diversas clases de pactismos históricos. Su puesta en relación con el concepto bodiniano de soberanía, en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, nº9, 2003, p. 16

⁶⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J., La nueva concepción de la vida social en los pactistas del siglo XVII: Hobbes y Locke, en *Verbo (Madrid)*, nº 119-120, 1973, pp. 911-913.



residirá ahora en la persona del monarca. Pero, y aquí reside la cuestión más importante, a la vez que se le cedía la soberanía se le imponían una serie de límites certeros a su ejercicio: el conocido como *pactum subjectionis*, de tal manera que uno y otro pacto son indisolubles, no pudiendo entenderse el uno sin el otro. Sin este último no tendría el monarca sino una obligación pura de ejercer la soberanía, no sometida a condición alguna, como es la defendida por Hobbes en el *Leviathan*. Sin embargo, no hablamos aquí sino de la tesis pactista, plasmada en una serie de leyes fundamentales que sujetaban el poder regio y contrapuesta a ese *contractualismo* fruto de un pretendido pacto social⁶⁶.

Este *pactismo medieval* encuentra firmes defensores a lo largo de la Edad Moderna. Quizá el más importante de todos sea el P. Juan de Mariana, para el que "el poder le viene al rey de Dios, pero a través del pueblo. Este mediante pacto le cede al rey el poder absoluto en ciertas materias, pero se reserva un poder superior al rey en otras. Estas no pueden ser alteradas

⁶⁶ Esta aseveración tan rotunda merece ser moderada. Para los contractualistas el soberano también tiene límites, en concreto el procurar el bienestar a los individuos, razón por la cual recibió la investidura de tal. Así para Bodin, para quien en principio el soberano no tiene límites, afirma que "en cuanto a las leyes divinas naturales, todos los príncipes de la tierra están sujetos a ellas y no tienen poder para contravenirlas... el poder absoluto de los príncipes y señores soberanos no se extiende, en algún modo, a las leyes de Dios y de la naturaleza" BODIN, J., *Los seis libros de la República*, trad. Pedro Bravo Gala, Tecnos, 4ª ed, 2010, pp. 53-54.



sin el consentimiento del pueblo, que se manifiesta a través de sus representantes en Cortes Generales”⁶⁷.

Como bien opinaba Martínez MARINA, quien también rechaza el estado de naturaleza y su consiguiente pacto social, la soberanía ciertamente tenía unos límites, las llamadas Leyes Fundamentales de la Monarquía, es decir, las que habían constituido el pacto fundacional entre el rey y reino, que en ningún caso debían ser transgredidas. “Porque es el caso que ese pacto político...no constituye una mera elucubración teórica para explicar los orígenes de la convivencia política, sino que tiene categoría de referencia histórica, de remisión a algo realmente acontecido”⁶⁸. Se remonta así este autor a las *juntas nacionales* del Reino visigodo⁶⁹, para mostrar ese *pactum subjectionis*, que a

⁶⁷ CASTELLANO, J. L., *Las Cortes de Castilla y su Diputación (1621-1789). Entre pactismo y absolutismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 26-27.

⁶⁸ ESCUDERO, J. A., Martínez Marina y la teoría de las Cortes, en *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, nº22, 2010, pp. 205-206.

⁶⁹ “El Gótico lejos de olvidar una circunstancia tan esencial y característica de todo gobierno justo (limitar al soberano), cuidó primeramente de dar leyes a los Monarcas, de deslindar sus derechos, y de prescribir sus obligaciones. aun antes que las de los súbditos. y reconoce la necesidad de este orden. Así es que el Rey Recesvinto colocó al frente de su famoso código estas dos memorables sentencias: “el Rey igualmente que todo súbdito está sujeto a las leyes; y para que así suceda lo primero es ordenar las de los Reyes, y después las de los Pueblos.” FLÓREZ ESTRADA, A., *Constitución para la Nación española*, Swinney y Ferrall, Birmingham, 1810, p. 7, accesible vía <https://bit.ly/3jQgStC>



lo largo de la historia tendrá diferentes manifestaciones⁷⁰, no teóricas, propias del campo de la filosofía política, sino fruto de un verdadero pacto, real e histórico. Así lo plasma él mismo cuando expresa que la circunstancia más notable de la constitución del reino visigodo y que siempre se consideró como ley fundamental del gobierno español fue que, “deseando la nación oponer al despotismo una barrera incontrastable..., sujetaron su autoridad con el saludable establecimiento de las grandes juntas nacionales, en que de común acuerdo se debían ventilar y resolver libremente los más arduos y graves negocios del Estado”⁷¹. Es por todo ello que el pacto del que aquí se habla no es, como hemos visto, un constructo propio del

⁷⁰ “1º- Se percibe un primer tipo de pactismo político, el más débil...que deriva del presupuesto pacto callado de que el pueblo debe gobernar con el rey, y esto con el pueblo, y que ninguno puede romper por sí solo. 2º Un segundo grado de pacto político callado o tácito, que presenta diversos matices, en el cual se entiende que el rey debe atender las justas peticiones de las cortes y oír su opinión antes de dictar las leyes. Es el vivido en Castilla durante largos periodos.3º. Un tercer grado de pactismo político, más fuerte, requiere que el rey legisle con las cortes, como pretendieron los sublevados contra don Álvaro de Luna y así proclamaron las *Cortes de Olmedo de 1469*. También, los comuneros, como recogieron las *Cortes de Valladolid en 1518*, ambos frustrados por las derrotas de Olmedo y Villalar respectivamente.4º El grado más fuerte de pactismo es el que corresponde al que Montesquieu denominó gobierno gótico, con las *chartes d’affranchissement* y con las leyes convenidas entre el rey y las tres ramas de las cortes generales, con el *depot* de las leyes en los *parlaments nentis du droitis de remostrances*.” VALLET DE GOYTISOLO, J., *Las diversas clases de...op. cit.* p. 31.

⁷¹ *Ibidem*.



mundo de las ideas, sino un pacto histórico que efectivamente tuvo lugar; “no según las teorías de la filosofía moderna, sino en conformidad a lo que resulta de los monumentos de la historia de España”⁷².

De todo lo hasta aquí expuesto en relación al pactismo podrá surgir una importante duda al respecto, pues si bien es cierto que *pacta sunt servanda*, ¿Qué hay respecto de las generaciones futuras que no han formalizado pacto alguno? Ciertamente, tanto aquellos que hereden la corona como las generaciones populares venideras seguirán obligados. En lo referente al pueblo con sus tres estamentos, cabe plantearse una interesante cuestión. Y es que, ¿en base a qué existe el pretendido derecho de las generaciones pretéritas a obligar a las futuras? Como saca a relucir la famosa *paradoja de la democracia* de ELSTER, “cada generación desea ser libre para obligar a sus sucesoras, sin estar obligada por sus predecesoras”⁷³. Independientemente, quien mejor creemos que trató esta cuestión fue LOCKE. El autor inglés comienza por aceptar el hecho de que “no hay compromiso alguno que obligue a los hijos o descendientes de la persona que lo ha hecho”, empero sostendrá que el *pactum subjectionis* se transmite tácitamente junto con la aceptación de la herencia de las propiedades paternas sitas en el territorio donde opera el pacto. De esta forma, los Estados hacen que el hijo no

⁷² *Ibidem*.

⁷³ HOLMES, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, en *Constitutionalism and Democracy*, Jon Elster & Rune Slagstad, 1988, pp. 210, accessible en idioma español (El precompromiso y la paradoja de la democracia) vía <https://n9.cl/sbkza>.



pueda disfrutar de las posesiones del padre, a menos que lo haga bajo los mismos términos que obligaron a éste cuando devino miembro de la sociedad; de tal modo que “el hijo se pone de hecho bajo el gobierno establecido. (...) Todo hombre que tiene posesiones o disfruta de alguna parte de los dominios de un gobierno, está con ello dando su tácito consentimiento de sumisión”⁷⁴.

Por su parte, en lo que atañe a los herederos del trono, es de aplicación la doctrina escolástica de la *translatio imperii*, por la cual la soberanía fue otorgada por Dios al pueblo y este transmitió, tanto la titularidad como el ejercicio, al monarca. Pero no al *monarca-persona*, sino al monarca como titular de la Corona. Es por ello que tal *imperii* se transmitía al heredero legítimo, puesto que el pacto se entendía realizado, en realidad, con la Corona. Si no había herederos, la nación recobraba por entero su soberanía⁷⁵.

⁷⁴ LOCKE, J., *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, Alianza Editorial, pp.30-31, accesible vía <https://n9.cl/ovq70>.

⁷⁵ Esta teoría cobrará especial importancia en la Guerra de Independencia española, puesto que, con la pérdida de legitimidad de la monarquía después de las renunciaciones de Bayona, solo se podía justificar el alzamiento del rey intruso por medio de la *translatio imperii*, o de las leyes fundamentales, así como el de la soberanía nacional –rechazado por los realistas–. Es decir, la reasunción del ejercicio del poder por parte de la nación mientras durase la cautividad del monarca –*translatio imperii*–, o la ilegitimidad de José I al ser extranjero y no haber realizado el juramento preceptivo de respeto a la legalidad fundamental –ambas leyes fundamentales, como más adelante se verá–. Todo ello permitía ofrecer una solución constitucional no revolucionaria a la acefalia de la monarquía española y establecer a la vez un



La Corona se define por GARCÍA-PELAYO como aquella entidad jurídico pública distinta de la persona física del rey, de modo que la persona del rey es la "portadora transitoria y derivada de un derecho perpetuo y originario indisolublemente unido a la Corona de la que recibe sus poderes. (...) Dado que la Corona...es equiparable a un menor... definen la función del rey como la del tutor" ⁷⁶. Continúa describiéndonosla como una entidad a la que tanto el rey como los estamentos deben lealtad, por lo que, si el rey no actúa razonablemente, sus súbditos están obligados en virtud del juramento a ésta, a "volver al rey a la razón y a enmendar el estado

límite a la acción legisladora de las Cortes. Todo en VARELA SUANZES, J., *La doctrina de la...op. cit.*, p. 312.

A su vez, podríamos destacar el *Compromiso de Caspe*, como ejemplo de efectividad de la doctrina de la *translatio imperii*. Muerto Martín I de Aragón sin descendencia y sin haber nombrado sucesor aceptado, los representantes de los tres estamentos de los distintos reinos de la corona de Aragón conformaron el *Parlamento General de la Corona*, quien entronizaría a Fernando de Antequera como rey de Aragón. También podría hablarse de la entronización de Sancho IV por parte de las *Cortes de Segovia de 1276*, al haber muerto el primogénito de Alfonso X, Fernando de la Cerda, y no saberse si el heredero debía ser su respectivo hijo primogénito, como así lo establecían las *Partidas* –copiando al derecho romano– y el propio testamento de Alfonso X, o el segundogénito del rey Alfonso, Sancho, como se desprendía de la costumbre castellana. Primó, pues, el voto del reino en Cortes frente a la voluntad del difunto monarca.

⁷⁶ GARCÍA-PELAYO, M., *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, pp. 46-53.



de la Corona, incluso por apelación a la violencia⁷⁷. El monarca, sea este el que fuere, y aunque de hecho actuara contra este pacto⁷⁸, de derecho estaba vinculado a él. Reflejado queda este aserto en el *Espéculo de las Leyes* de Alfonso X, 2, 3: "si la ley es paccionada y adquiere naturaleza de contrato, se liga al príncipe y a su sucesor, puesto que tal ley y contrato tiene justicia natural". También así en lo señalado por las *Cortes de Ocaña de 1469*: "Vuestra Alteza si es obligado por contrato callado a los tener y mantener en justicia".

Como expone GARCÍA DE VALDEAVELLANO, conforme a esta idea de *monarquía paccionada o pactista*, la sujeción de los súbditos al poder regio, resultado de un pacto o contrato tácito, quedaba supeditada a la observancia por el monarca de los fueros y costumbres del país y ello llevaba implícito no solamente la subordinación del Monarca a las leyes y su deber de no vulnerar los derechos y libertades de los súbditos, sino también la posibilidad de que el pueblo "resistiese a los mandatos del Príncipe que, incumpliendo el pacto entre el Rey y el pueblo, no respetaba el ordenamiento jurídico"⁷⁹. Vemos, pues, como junto al pacto asoma la costumbre, haciendo ambas que la

⁷⁷ *Ibid*

⁷⁸ Es el caso de Felipe II, quien llegó a afirmar: "si es mi deseo, anularé sin las Cortes las leyes dadas por las Cortes; legislaré por medio de edictos y aboliré las leyes por medio de los edictos", que cuajó en la Real Cédula de promulgación de la Nueva Recopilación de 14 de marzo de 1567" CORONAS GONZÁLEZ, S., *Las leyes fundamentales*, op. cit. p. 160.

⁷⁹ VALDEAVELLANO, L.G.: *Curso de Historia...*, op. cit., pp. 425-426.



constitución "jamás hubiera perdido su validez, debido a su carácter contractualista y, sobre todo, a su naturaleza consuetudinaria. Estas características, son las que le otorgan en verdad su carácter de ley viva del reyno"⁸⁰. Con todo ello, adentrémonos en esta siguiente nota característica.

2.4 Origen consuetudinario

El concepto de constitución que venimos estudiando no es otro sino el histórico, fruto "de la lenta evolución de las instituciones del Estado y de prácticas constantes consagradas por el uso y la tradición histórica", que se contraponen al de constitución escrita, aquella que se concreta en "uno o más textos promulgados por un procedimiento válido y que por su precisión y fijeza constituyen una garantía para gobernantes y gobernados"⁸¹. Vemos pues que se establece una diferencia entre constitución histórica y constitución escrita, más concretamente respecto de la *racional-normativa*, como así fue denominada por GARCÍA-PELAYO, para quien el concepto histórico tradicional surge en su formulación consciente como actitud polémica frente al concepto racional, o, dicho de un modo más preciso, "como ideología del

⁸⁰ ÁLVAREZ ALONSO, C., Un rey, una ley, una religión (goticismo y constitución histórica en el debate constitucional gaditano), en *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº1, 2000, p. 15.

⁸¹ LABRÍN VERDEJO, M.N., Constitución histórica, Constitución escrita y Estado de Eerecho, *Ars Boni et Aequi*, nº2, 2019, p. 99, citando Vivanco Martínez.



conservatismo frente al liberalismo”⁸². Continuaba este mismo autor diciendo que el historicismo constituye el fundamento de la tesis de que la constitución de un pueblo no es un sistema producto de la razón, sino una estructura resultado de una lenta transformación histórica. No es creación de un acto único y total, sino de “actos parciales reflejos de situaciones concretas y, frecuentemente, de usos y costumbres formados lentamente y cuya fecha de nacimiento es imprecisa”⁸³.

Con todas las cosas, la Constitución no se reducía ni se identificaba, como había sostenido el liberalismo revolucionario francés y el liberalismo doceañista español, y bien plasma VARELA SUANZES, con un conjunto normativo sistemática y racionalmente trazado, fruto de la voluntad del cuerpo social. La verdadera Constitución era la histórica, las antiguas leyes fundamentales de la monarquía. “Las leyes escritas y sistematizadas en un código debían limitarse a ser la expresión documental de este cuerpo legal histórico”. La constitución no podía reducirse a un texto jurídico más o menos solemne. Por tal cosa había de entenderse ante todo el “conjunto de principios y costumbres seculares de un país, definitorios de su carácter nacional, así como su entramado social”⁸⁴. Buena prueba de ello es el hecho de que en el *Discurso Preliminar de la Constitución de 1812* atribuido a Argüelles –aunque se piensa que su verdadero autor pudiera ser Espina– se afirme, taxativamente, que nada ofrecía la Constitución gaditana

⁸² GARCÍA-PELAYO, M., Constitución y Derecho constitucional, en *Revista de estudios políticos*, nº 37-38, 1948, p. 66.

⁸³ GARCÍA-PELAYO, M., *Constitución...op. cit.*, p. 68.

⁸⁴ VARELA SUANZES, J., *La doctrina...*, *op. cit.*, p. 336.



que no se “halle consignado...en los diferentes cuerpos de la legislación española y en las leyes fundamentales de Aragón, Navarra y de Castilla”. Así también, por ejemplo, en el *Estatuto Real de 1834*, se ordenaba el “restablecimiento de las antiguas leyes fundamentales”. Es por todo ello que para el Profesor TOMÁS Y VALIENTE, el hecho de que no se dotaran a las constituciones españolas del Siglo XIX de esa Constitución no escrita, “nacida de los usos políticos, de costumbres originadas dentro o fuera del Parlamento o derivadas de la continuidad en el funcionamiento de las instituciones (hizo que no) calaran hondo”⁸⁵.

La Constitución histórica, que reposaba en las dos grandes instituciones, el Rey y las Cortes, presuponía, como se puede apreciar, una legalidad previa y superior a la Constitución formal, que no era más que una “mera ley secundaria”, y debía, por tanto, limitarse a “arreglar las relaciones entre aquellas dos instituciones”⁸⁶. Este posicionamiento que, *a priori*, pudiera parecernos disparatado desde nuestra óptica actual, no es tal cosa. Pártase del hecho, recordemos, de que a los ojos de los defensores de la constitución histórica, cualquier precepto constitucional que fuera contrario a la aquella adolecía de nulidad de pleno derecho, del mismo modo que ocurría con cualquier otra norma; no por estar consignada en el texto constitucional tenía especial garantía. Ello explicaba que la *Constitución de 1876*, al

⁸⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y Constituciones. 1808-1978*, Alianza Editorial, Madrid, 1989, p. 141.

⁸⁶ MARQUÉS DE PIDAL, Diario de sesiones Congreso de los Diputados, 30 de octubre de 1844.



igual que la de 1845, –no así las de 1812 y 1869–, no fuesen rígidas, sino flexibles, esto es, que careciesen de un procedimiento especial de reforma, distinto del legislativo ordinario. Todo esto nos lleva a la siguiente nota característica: la supremacía e inderogabilidad de las leyes fundamentales.

2.5 Supremacía, indisponibilidad y poder constituyente

Como ya se ha anticipado, el problema que se suscitaba en el trasfondo de todo este debate gira en torno al propio concepto de soberanía y su alcance. ¿Podía existir un ente por encima de la propia soberanía, independientemente de sobre quién recayera ésta? Para la ciencia jurídica española, influenciada por la Escolástica y por la propia sociedad de profunda raigambre católica, por encima de la propia soberanía se situaba Dios, de quien emanaban todas las cosas; bajo ningún concepto podía admitirse norma alguna que atentara contra su voluntad.⁸⁷ Pero lo más relevante

⁸⁷ De acuerdo con el pensamiento de San Agustín, la ley humano-positiva o ley temporal es como una derivación de la ley eterna a través de la ley natural. De aquí que la ley temporal, cuando se aparte de la ley eterna, no será verdadera ley y, por tanto, no podrá constituir Derecho. El derecho verdadero siempre ha de derivar de la ley eterna. Por su parte, Santo Tomás de Aquino defendía que la ley humano-positiva tiene que estar en consonancia con la ley natural y en último término con la eterna. Si la ley injusta fuera en contra del bien divino o de la ley divina, entonces no se puede cumplir en ningún caso, porque hay que obedecer antes a Dios que los



para la Historia del Derecho es que la limitación al poder, como bien expresaba GARCÍA GALLO⁸⁸, no se articulaba únicamente desde esta concepción iusnaturalista, muy abstracta y de no tan sencilla concreción, sino que existía, como venimos repitiendo, un verdadero ordenamiento jurídico consuetudinario que, en ciertos extremos –que más adelante estudiaremos–, limitaba inexorablemente el ejercicio de la soberanía, es decir, del poder político⁸⁹. Y es que esta soberanía, residenciada ya fuera en un cuerpo político como el Parlamento, en la persona del rey, o en ambos, era fruto de un pacto previo –del que ya hemos hablado– entre el reino y el monarca, que en la manera en que compelmía a ambas partes, debía respetarse. Tan es así, que ni siquiera el rey y las cortes

hombres. Este pensamiento puede verse en RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., Historia del pensamiento jurídico, 5ª ed., Facultad de Derecho- Universidad Complutense, Madrid, 1984, pp. 73-88.

⁸⁸ El poder real no es nunca absoluto pues “tiene en primer lugar como límites los que imponen la religión y la moral cristiana y, por razón de su fin, el que ha de ejercerse para bien común y no para utilidad privado del rey. Lo limita también el ordenamiento jurídico vigente: las costumbres, leyes y privilegios generales, locales o de clase, constantemente confirmados a petición de los pueblos. El rey está sometido al Derecho, y cualquier cosa que haga contra él constituye una *forcia*. (fuerza o violencia); un *tortum* (entuerto); *greuge* (agravio) o contrafuero. GARCÍA-GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho. El origen y la evolución del Derecho*, Madrid, 1964, p.1151-1158

⁸⁹ Decía PEÑALOSA Y ZÚÑIGA, en *La Monarquía*, Madrid, 1793, p.5, que las leyes fundamentales se encuentran por encima del “mismo legislador, no pudiendo o no debiendo éste tocarlas porque de ellas recibe la investidura de tal”.



de común acuerdo podrían modificar las leyes fundamentales, esencia de la Constitución histórica o tradicional, al ser éstas fundamento del poder de ambas instituciones; tan sólo les era lícito acomodarlas a las nuevas circunstancias. Nos encontramos, por tanto, ante un ordenamiento que no había sido otorgado, sino que siendo "sustancialmente indisponibles por parte de los poderes públicos, se trataba de un ordenamiento jurídico dado"⁹⁰. Ninguno de ellos, en efecto podía disponer de aquella constitución, de tal forma que se convertían en normas supremas e indisponibles, y en tal medida, inderogables.

El autor lucense VARELA SUANZES⁹¹, quien estudia al detalle el debate en las cortes gaditanas en torno a las leyes fundamentales, expresa que "la facultad de crear *ex novo* una Constitución haciendo tabla rasa de la legalidad fundamental existente se rechazaba sin paliativos." No es, por tanto, que el poder constituyente debiese recaer en las dos instituciones tradicionales, las cortes y el rey, que conformaban la *monarquía templada*⁹², pilar de la constitución histórica española,

⁹⁰ FIORAVANTI. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. Manuel Martínez Neira, en Trotta, Madrid, 2011.

⁹¹ VARELA SUANZES, J., *La doctrina...*, op. cit., pp. 316-320.

⁹² La soberanía compartida entre el rey y las Cortes era el pilar sobre el que se asentaba la *monarquía templada*. Todas las constituciones vigentes en el siglo XIX rechazaron la soberanía del Rey, "principio fundamental del Antiguo Régimen, pero también la soberanía del pueblo, principio no menos fundamental de la moderna democracia. La soberanía se hizo recaer en la Nación, como ocurrió en las Constituciones de 1812, 1837 y 1869, o bien en el Rey y las Cortes, consideradas las dos instituciones claves de la llamada constitución histórica



sino que tal poder se desechaba. Es decir, la constitución histórica se debía entender como un cuerpo jurídico preexistente del que emanaba la legitimidad de cualesquiera sujetos políticos y, precisamente por ello, resultaba indisponible. De tal modo que, cualquier nueva norma, por mucho que se la denomine *constitucional*, no gozaría más que de un mero valor de ley ordinaria en aquellos preceptos que no fueran reflejo de la verdadera Constitución de España: la histórica. Por ello, las cortes con el rey podrían modificar en adelante esos preceptos constitucionales *no fundamentales* con las mismas formalidades que las leyes ordinarias, pero no aquellos propios de la Constitución histórica, toda vez que el poder de ambas instituciones “no era suficiente para reformar los preceptos fundamentales o esenciales incluidos en el texto constitucional, sino tan sólo los subalternos o secundarios.”⁹³ Esta tesis fue muy extendida y sostenida incluso por los defensores del poder absoluto del Monarca. Es el caso de BODIN, para quien, “las leyes que atañen al estado y fundación del reino, el príncipe no las puede derogar por ser anejas incorporadas a la Corona”⁹⁴. Acerca de este extremo se pronunciará también TOMÁS Y VALIENTE, sosteniendo que la distinción conceptual entre “leyes del rey y leyes

o interna de España, como hicieron el Estatuto Real de 1834 y las Constituciones de 1845 y 1876. (...) El imputar la soberanía a la Nación o a las Cortes con el Rey supuso excluir tanto la monarquía absoluta como la democracia republicana e instaurar una monarquía constitucional”. VARELA SUANZES, J., La construcción del Estado en... *op. cit.* p.72.

⁹³ VARELA SUANZES, J., La doctrina..., *op. cit.*, p. 320.

⁹⁴ BODIN, J., *Los seis libros de la República*, trad. Pedro Bravo Gala, Tecnos, 4ª ed, 2010, *passim*.



del reino, y la consiguiente indisponibilidad de éstas para el príncipe quedan sin duda establecidas. El príncipe no debe derogar esas leyes sobre las que está apoyada y fundada la monarquía⁹⁵.

El diputado INGUANZO, por su parte, expresaba en las Cortes de Cádiz esta misma idea en los siguientes términos: "Hay leyes, Señor, que son por su naturaleza inalterables en todo evento, y otras, al contrario, que pueden y deben variarse. A la primera clase pertenecen aquellas que se llaman, y son realmente, fundamentales, que constituyen los fundamentos del Estado, y destruidas ellas se destruiría el edificio social (...) Las leyes constitucionales que por su naturaleza y esencia son variables podrán variarse siempre que convenga, por más que el legislador quiera y mande que nunca se varíen (...)"⁹⁶. En el mismo sentido se pronunciaban tres siglos atrás los comuneros, por voz de las *Cortes y Junta de Tordesillas de 20 de octubre de 1520*: "mandamos como leyes perpetuas de los dichos nuestros reinos hechos en Cortes, sean guardados e se guarden perpetuamente e inviolablemente e para siempre jamás"⁹⁷.

Bien conocían de la supremacía de las leyes fundamentales los constituyentes españoles del Siglo

⁹⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F., Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución, en *Anuario de Historia del Derecho español*, nº65, 1995. pp. 28-29.

⁹⁶ INGUANZO, *Diarios de las Discusiones...*, op. cit., pp. 57-58.

⁹⁷ DE SANDOVAL, F., *Historia de la vida y hechos del emperador Carlos V*, Madrid, 1955, pp. 294-317.



XIX. Exponente de ello es, por ejemplo, el ya citado *Discurso Preliminar de la Constitución de 1812*, donde se sentenciaba que nada se ofrecía en el texto constitucional que no estuviera ya estatuido en las Leyes Fundamentales de los distintos Reinos. Y es que, harto sabida es la oposición de los diputados realistas a la Constitución de 1812, quienes alegaban su nulidad e ilegitimidad por romper precisamente con esa legalidad fundamental de la Monarquía o, si se quiere, con la Constitución histórica española⁹⁸. Entonces, si en la *Constitución de 1812* verdaderamente se estaba contradiciendo lo preceptuado por las Leyes Fundamentales ¿cómo es que se afirma con esa rotundidad que el texto gaditano no ofrece nada que “no se halle ya consignado” en la Constitución histórica española? Pues bien, como decíamos, estos ilustres diputados conocían a la perfección lo arraigada que estaba –al menos en parte– la convicción de que toda norma contraria a las Leyes Fundamentales era, o podía entenderse, nula de pleno derecho. De ahí su esfuerzo, aun abrazando el dogma de la omnipotencia de la soberanía nacional, de justificar la adecuación de la Constitución gaditana a la legislación fundamental.

Toda esta corriente de pensamiento llegó al extremo, como ya ha quedado expuesto, de negar la

⁹⁸ Comienza el conocido como *Manifiesto de los Persas*, Madrid, imprenta de Ibarra, 1814, hablando acerca de los “vicios y nulidades de la llamada Constitución política, formada en las Cortes tituladas generales y extraordinarias de la Nación... acerca de la ...ilegitimidad con que se ha eludido la antigua Constitución Española, mérito de esta, nulidad de la nueva”



legitimidad de un poder constituyente al que se llegó a tildar de “bastardo”⁹⁹. Por ejemplificar la materia, cabe señalar que los diputados moderados en 1845, en pleno proceso constituyente, negaron su existencia. Así, DONOSO CORTÉS, Secretario de la *Comisión Constitucional*, señalaba que “las Cortes con el Rey son la fuente de las cosas legítimas; su potestad alcanza a todo, menos a aquellas leyes primordiales contra las cuales nada puede intentarse que no sea nulo de toda nulidad”¹⁰⁰.

Como puede apreciarse, mientras hoy en día la legitimidad del poder constituyente resulta incuestionada, –la cual no entramos a negar en el presente trabajo– los pensadores españoles del siglo XIX detectaron un grave problema jurídico-filosófico, concretamente el relativo a la existencia, o no, de límites al ejercicio de la soberanía radicada en el poder constituyente. Desde la óptica ilustrada, fruto de la Revolución Francesa¹⁰¹, el *soberano* – en este caso el

⁹⁹ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 2 de noviembre de 1844. Diputado Seijas: “no es posible que reconozcamos este poder bastardo”.

¹⁰⁰ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 5 de noviembre de 1844.

¹⁰¹ De la mano del iusracionalismo europeo alemán, inglés y francés, parte de los ilustrados españoles asumieron nuevos principios que evolucionaron hacia el pensamiento liberal, extraídos fundamentalmente de los ideólogos de la Revolución Francesa. El principal es la soberanía nacional, fruto del pactum societatis entre individuos, que trae como consecuencia el desarrollo de la doctrina del poder constituyente y el nuevo concepto de Constitución racional



pueblo- todo lo puede y, con ello, "la soberanía nacional es un principio (compatible con) una idea racional-normativa de Constitución", pero totalmente "incompatible con el reconocimiento de una Constitución histórica o interna"¹⁰². Como decía VALLET DE GOYTISOLO, "para los hombres de la revolución... no hay más que una sola autoridad: la asamblea encargada de legislar, que detenta el poder legislativo de un modo absoluto"¹⁰³. Sirvan de ejemplo también las palabras de ROUSSEAU al respecto: "no hay ni puede haber ninguna especie de ley fundamental obligatoria para el cuerpo del pueblo, ni aun el mismo contrato social"¹⁰⁴.

Pues bien, si asumimos que el poder constituyente tiene como misión la creación de una norma suprema – la constitución– cuyo objeto, como ya se ha dicho, es delimitar los poderes del Estado pero también limitarlos, y, a su vez servir como criterio para juzgar la validez de las distintas normas del ordenamiento, ¿quién controla al poder constituyente?; ¿es omnipotente? Y, ¿si la validez de una norma se enjuicia en relación a la norma superior, ¿qué norma del ordenamiento nos permite juzgar la validez de la Constitución? Todas estas cuestiones se las plantea DE OTTO, y tras su análisis concluye, desde su visión racional-normativa, que "la remisión de una norma a otra en la cadena de

normativa. FRIERA ÁLVAREZ, La evolución del pensamiento liberal a través de Flórez Estrada, Argüelles y Toreno, en *e-Legal History Review*, nº7, 2009, pp. 2-3.

¹⁰² VARELA SUANZES, J., La doctrina..., *op. cit.* p. 351.

¹⁰³ VALLET DE GOYTISOLO, J., *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, 1969, pp.283-284

¹⁰⁴ ROUSSEAU, J.J, *El contrato*, *op. cit.* p. 36.



fundamentación de validez ha de tener algún final, tiene que haber una norma fundamentadora de la validez de las demás, pero no fundamentada por ninguna otra...La validez de esta norma positiva, cúspide del ordenamiento, ya no puede ser evidentemente otra norma del ordenamiento, tiene que ser una norma que se encuentra fuera del ordenamiento”¹⁰⁵. Y dado que, desde tal óptica, la constitución crea un nuevo régimen jurídico, del cual es la norma fundamentadora, debe necesariamente recibir su legitimación desde fuera de ese nuevo ordenamiento por ella estatuido. Se ha de asumir, por ende, la inconsistencia de que la norma suprema, cúspide de todo el sistema, se legitime en otra creada *ex novo* y fuera del propio ordenamiento, algo cuanto ni menos cuestionable. Y más aún: si la constitución surge precisamente para limitar al poder, ¿cómo aceptar que en su creación el legislador constituyente no estaba sujeto a control?

Pues bien, en contraposición a todo lo expuesto, desde la perspectiva historicista de la doctrina de la constitución histórica, no hace falta buscar tal norma fuera del ordenamiento, sino dentro de él, puesto que, recordemos, para los defensores de esta tesis, las leyes fundamentales que conforman la constitución histórica son normas vinculantes que forman parte del ordenamiento¹⁰⁶. Por tanto, no hay con la constitución

¹⁰⁵ DE OTTO, I., *Lecciones de Derecho Constitucional. Introducción*, recogido en *Obras Completas*, Universidad de Oviedo, Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010, p. 604.

¹⁰⁶ Como dice VARELA SUANZES, J., *La doctrina...*, *op. cit.*, p. 319, “las leyes fundamentales o Constitución histórica se



histórica cambio alguno de régimen, no hay un poder desbocado sin sujeción, sino un continuismo legitimador de toda norma en tanto en cuanto no contradiga la legislación fundamental.

Sigue De Otto señalando que esa norma fuera del ordenamiento opera respecto de este como "norma fundamental, como norma que fundamenta la validez del ordenamiento en su conjunto...Para explicar por qué es válida la norma positiva básica tenemos que suponer que existe una norma que dice que es válida esa norma básica"¹⁰⁷. Como decíamos, resulta como poco chocante que, para legitimar una norma del ordenamiento, tengamos que entrar en ficciones o "suposiciones". El sin duda inteligente argumento del académico coloca a la doctrina historicista –sin tan siquiera pretenderlo– en una posición preeminente, demostrando el gran interés que supone el estudio de una legislación fundamental consuetudinaria, que permita que no sea necesario "inventarse" esa norma primera fundamentadora de la validez de las demás, pero no fundamentada por ninguna otra. Precisamente, el carácter consuetudinario de la constitución histórica entendida como la suma del conjunto de leyes fundamentales conlleva, necesariamente, que no pueda existir un momento concreto originario de la misma, como sí ocurre cuando

contraponían al texto constitucional escrito o Constitución formal. Aquéllas se convertían en parámetro de ésta. La Constitución formal debía recoger, "so pena de ilegitimidad, los principios básicos de las leyes fundamentales de la monarquía, adecuándolas a las cambiantes circunstancias históricas, sin alterar en ningún caso su esencia."

¹⁰⁷ DE OTTO, I., *Lecciones...*, op. cit., p. 605.



es creada por la mera voluntad del legislador. Es, por el contrario, fruto de la historia, del consentimiento tácito de las generaciones bajo una misma *opinio iuris*, y no tiene, por tanto, un acto concreto y deliberado de creación; no existe tal norma primera.

La doctrina de la constitución histórica nos permite dotar de legitimidad desde dentro del propio ordenamiento jurídico y sin suposiciones a una constitución escrita, reflejo de aquella. Es más, aun asumiendo la legitimidad de una constitución fruto exclusivo de la voluntad racional del legislador, cabe plantearse una importante cuestión: ¿quién estatuyó la regla de la mayoría en las votaciones de las respectivas cortes constituyentes? Tal criterio, por el cual la minoría ha de acatar lo decidido por la mayoría, nos viene impuesto, algo que, desde luego, no casa bien con el ideario liberal, que es el precisamente incardinable a los defensores de la supremacía del *soberano* y detractores de la constitución histórica. Decía ROUSSEAU¹⁰⁸ que, "si no hubiera una convención anterior ¿en dónde estaría la obligación, a menos que la elección fuese unánime, de los menos a someterse al deseo de los más? ...La ley de las mayorías en los sufragios es ella misma fruto de una convención, y supone la unanimidad por lo menos una vez.". Pues bien, cabe afirmar rotundamente que nunca ha existido en la historia tal convención, ni unanimidad alguna en ella. Frente a esta grave contradicción, la doctrina de la constitución histórica viene a darnos una solución: dado que ésta goza, como hemos adelantado, de un origen consuetudinario, autoría impersonal de las distintas generaciones pretéritas y manifestación

¹⁰⁸ ROUSSEAU, *El contrato...*, *op. cit.* p. 33.



espontánea de ese *Volkgeist*¹⁰⁹, no es necesario someter ninguna constitución a votación. Como bien decía DÍEZ DEL CORRAL, "*también es mayoría —según la expresión de Royer-Collard— la que se cuenta por generaciones*"¹¹⁰.

De la lectura de todo lo que hasta la hora se ha venido exponiendo se puede inferir que la historiografía, y más concretamente la Historia del Derecho, cobra renovada importancia, pues suya es la empresa de descubrir la Constitución histórica de España —si es que sólo hay una, como más adelante enjuiciaremos— y, más concretamente, desgranar qué normas —las llamadas *leyes fundamentales*—, son las que la conforman. Es este y no otro el objeto del próximo capítulo.

III. TIPOLOGÍA DE LAS LEYES FUNDAMENTALES DE LA MONARQUÍA

1. Delimitación

¹⁰⁹ DONOSO CORTÉS, J., *Consideraciones sobre la diplomacia, y su influencia en el estado político y social de Europa, desde la revolución de julio hasta el tratado de la Cuádruple Alianza*, en Miguel de Burgos, Madrid, 1834.

¹¹⁰ DÍEZ DEL CORRAL, L., *El liberalismo doctrinario*. Madrid, 3ª edición, 1973, pp. 314-315.



En primer lugar, al tratar la tipología, deberá tenerse siempre presente la enorme amplitud del Medioevo, fuente de la mayoría, si no todas, las leyes fundamentales, desde la caída del edificio político romano en el siglo V, hasta la aparición de la soberanía estatal de los modernos estados a partir del siglo XV. En el curso de estos diez siglos no existe ciertamente una forma típica del ejercicio del poder. En realidad, todos los poderes –ya sea el imperial, eclesial, concejil, feudal, etc.– independientemente de su radio de acción sobre las personas, sobre las cosas y sobre las tierras, e independientemente de la manera de su legitimación, tienen en común el hecho de no ser poderes soberanos, de “no tener ninguna pretensión totalizadora y omnicomprensiva en relación con los sujetos, los bienes, las fuerzas y los órdenes que existen en concreto durante sus respectivas jurisdicciones. Tanto en la más alta fuente del derecho, como en la más humilde norma local, siempre encontramos la misma característica de fondo: la parte más relevante de la vida de los ciudadanos, sobre todo aquella de relevancia económica y patrimonial, se desarrolla fuera de aquellas escasas previsiones, en la praxis, siguiendo la fuerza normativa autónoma y primaria de la costumbre”¹¹¹.

2. Relativas a la organización del poder político

Las leyes fundamentales relativas a la delimitación del poder político son magistralmente sintetizadas por CORONAS GONZÁLEZ: “Catolicismo, monarquía y unidad

¹¹¹ FIORAVANTI, *Constitución...*, *op. cit.*, p. 34.



serán las bases de la constitución¹¹²; y completadas por CÁNOVAS DEL CASTILLO: "sólo quedan intactos en España dos principios: el principio monárquico, el principio hereditario"¹¹³. Resumiendo: monarquía, catolicismo, unidad territorial y principio hereditario serán las leyes fundamentales que organicen y disciplinen al poder político.

2.1 Monarquía templada

Recordemos cuando decíamos que el pactismo era la fuente de legitimación de las leyes fundamentales. Un pacto certero que, habiendo sido firmado entre el rey y la nación, ligaba indisolublemente la Monarquía a la Constitución histórica, de tal suerte que, en opinión de CÁNOVAS DEL CASTILLO no "se puede llegar por medio de la legalidad a la supresión de la Monarquía; a causa de que no hay legalidad sin la Monarquía"¹¹⁴. Aseverará FRIERA ÁLVAREZ que la Constitución histórica es la norma fundamental de organización estatal, cuyo núcleo sería la "Monarquía pactista, moderada, templada o mixta, en la que la soberanía o, mejor, el poder político supremo es compartido por el rey y el reino, representado en Cortes"¹¹⁵.

¹¹² CORONAS GONZÁLEZ, S., De las Leyes Fundamentales a..., *op. cit.* p.27.

¹¹³ CÁNOVAS DEL CASTILLO, A., *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 11 de marzo de 1876.

¹¹⁴ CÁNOVAS DEL CASTILLO, A., *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 3 de julio de 1886.

¹¹⁵ FRIERA ÁLVAREZ, C., *La evolución del pensamiento...op. cit.* p.2.



Todos estos pensamientos, de fuerte influencia canovista, se ven plasmados en la propia *Constitución de 1876*. Así, el *preámbulo del Real Decreto de 31 de diciembre de 1875*, por el que se convocaban Cortes establecía que “la Constitución interna, sustancial de España, está, a no dudarlo, contenida y cifrada en el principio monárquico constitucional”. Expresaba CÁNOVAS DEL CASTILLO que la monarquía constitucional, “no necesita, no depende ni puede depender, directa ni indirectamente, del voto de estas Cortes, sino que estas Cortes dependen en su existencia del uso de su prerrogativa constitucional”¹¹⁶. Añadiría que las Cortes y el rey, están antes que la Constitución, “pues que la Constitución se hace entre el Rey y las Cortes, están también sobre la Constitución”¹¹⁷. Así lo refleja TOMÁS Y VALIENTE al estudiar esta corriente, plasmando que existe una constitución histórica, donde la Monarquía aparece como una “institución constante, como sujeto titular del poder antes de todo momento constituyente”.¹¹⁸

No se trataba, sin embargo, de un sistema monárquico cualquiera, sino como hemos dicho, de la denominada como *monarquía templada*, copiada, tal vez, de la Monarquía británica, caracterizada por lo que

¹¹⁶ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 8 de abril de 1876.

¹¹⁷ CÁNOVAS DEL CASTILLO, *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados*, 3 de junio de 1886.

¹¹⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y Constituciones... op. cit.* p.141.



Benjamin Constant quiso llamar *poder neutro* del monarca.¹¹⁹ Definían esta forma de gobierno el pensamiento absolutista y liberal más moderado de la época, alegando clarificadamente que “el poder es uno (en oposición al principio de separación de poderes), porque reside exclusivamente en la persona del monarca; es limitado porque encuentra límites en las instituciones populares. Para nosotros el congreso y el Senado no son poderes, porque el poder no tiene plural (...) son instituciones que limitan el poder, porque limitan la acción que ejerce sobre el súbdito el único poder de la sociedad; es decir, el monarca”.¹²⁰

¹¹⁹ “El Rey se situaba entre los demás poderes del Estado, manteniendo su equilibrio y evitando, o en su caso solucionando, los conflictos que pudieran surgir entre ellos, convirtiéndose en una especie de poder moderador y en guardián de todo el sistema constitucional. (...) Si la acción del poder ejecutivo causa peligro, el rey destituye a los Ministros. Si la acción de la Cámara hereditaria llega a ser funesta, el rey le da una tendencia nueva creando pares de nueva planta. Si la acción de la Cámara electiva se anuncia como amenazadora, el rey hace uso de su veto o disuelve la Cámara electiva. Por último, si la acción misma del poder judicial resulta perniciosa, en cuanto aplique a actos individuales penas generales demasiado severas, entonces el rey templará esta acción con su derecho de indulto” VARELA SUANZES, J., La monarquía en el pensamiento de Benjamín Constant (Inglaterra como modelo), en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº10, 1991, p. 125.

¹²⁰ BURDIEL, I., *Isabel II. Una biografía (1830-1904)*, 7ª ed., Taurus, Sabadell (Barcelona), 2016, p. 187.



2.2 Religión católica

El catolicismo era entendido como un pilar básico, no sólo de la sociedad sino también del Estado. Así, la religión adquiere un protagonismo específico *per se*. Se configura como “la base misma del sistema, legitimada por su ininterrumpida presencia oficial desde el III Concilio de Toledo”¹²¹. Decía CÁNOVAS DEL CASTILLO que sin un fuerte sentido religioso no podía haber “ni orden social ni sociedad civil”, llegando a sostener que la religión católica “formaba parte de la Constitución interna de los españoles”¹²².

Nótese que, para los teóricos españoles de la doctrina historicista, influenciados por la escolástica española, el pueblo recibía la soberanía de Dios y era aquel quien se lo transmitía, a través de ese pacto previamente analizado, al rey. Por tanto, negar a Dios suponía negar la propia teoría pacticia de la constitución histórica. Aún más, los preceptos contenidos en la *Sagrada Escritura* actuarían, junto con la Constitución histórica, como un límite, al menos moral –en los términos de la *vis directiva* referida por Santo Tomás– al poder real.

2.3 Unidad territorial

Para MARTÍNEZ MARINA, retrotrayéndose hasta la Monarquía visigoda, había caído en el olvido aquella ley

¹²¹ ÁLVAREZ ALONSO, C., *Un rey, una ley...op. cit.* p. 8.

¹²² CÁNOVAS DEL CASTILLO, A., *Diario de sesiones del Congreso Diputados*, 11 mayo 1876.



fundamental de la monarquía, respecto de la cual el reino debía ser uno e indisoluble, “mas por desgracia sucedió todo lo contrario”¹²³. Del mismo modo, según el parecer de ÁLVAREZ ALONSO, desde la caída del reino visigodo, discurre todo un período en el que aquella monarquía templada se debilitó, cayendo en olvido la “ley fundamental que prescribía la unidad del reino, del poder y la autoridad”¹²⁴. En 1619, DE SALAZAR la contemplaba ya como la base de la propia monarquía y “el principal fundamento que España ha tenido para adquirir los reinos de que goza y la sólida razón de Estado que usa para conservarlos”¹²⁵.

En realidad, creemos que, en lo anteriormente expuesto, se cae en un importante anacronismo, puesto que no cabe hablar de la existencia de una ley fundamental de unidad territorial de España. Lo cierto es que desde la caída de la Monarquía visigoda y hasta tiempos relativamente cercanos ni existió tal unidad – tan sólo política, y partir de 1512, no jurídica– ni existió España como tal. Debemos, por tanto, entender esta ley como la prohibición al monarca de enajenar el patrimonio regio heredado, pensándose específicamente en los territorios de la Corona (*Partidas* 2, 15, 5) –no así el obtenido por los derechos de conquista, que más

¹²³ MARTÍNEZ MARINA, F., *Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del Gobierno español*, consultado en <https://bit.ly/36kQZdC>, pp. 126-127.

¹²⁴ ÁLVAREZ ALONSO, *Un rey, una ley...op. cit.* p.13.

¹²⁵ DE SALAZAR, J., *Política española*. 1619, proposición segunda, IV, edic. de HERRERO GARCIA, M., C.E.P.C., 1997. Extraído de *Ibid.* p. 44.



adelante trataremos– y, con todo ello, la consiguiente indisolubilidad del reino; nótese, reino, no España.

2.4 Principio hereditario

El principio hereditario reposa sobre la base por la cual la sucesión a la Corona ha de estar reglada. No sólo eso: el título por el que se accede al trono debe ser el hereditario, siempre que haya quien lo ostente y, en su defecto, en aplicación de la doctrina de la *translatio imperii*, sería la nación reunida en Cortes quien debiera nombrar un sucesor. La sucesión hereditaria de la monarquía debía estar, por tanto, “señalada por leyes fundamentales en el consentimiento universal y a que ni el monarca mismo puede tocar”.¹²⁶ Era una ley por la que el pueblo intentaba asegurarse la paz tras la muerte del rey, para “*escusar muchos males que acaescieron et podrien aun seer fechos*” (*Partidas* 2, 15, 2). De hecho, así ocurrió mayoritariamente siempre que existió un claro y legítimo heredero. No sería hasta que se sustituyó la ley hereditaria por otra que ocurrió uno de los grandes males de nuestra historia contemporánea: las guerras carlistas que asolaron España. La causa de las guerras carlistas –si bien su detonante fue la *Pragmática de 1830*– se halla en el *Reglamento de 1713*, por el que se modifica el orden sucesorio, conforme al modelo agnaticio de la ley sálica francesa, rompiendo con la larga tradición castellana, toda vez que relegaba a la mujer al último lugar, y al que dotan formalmente con valor de ley fundamental. Digo formalmente puesto que materialmente no era sino una ley ordinaria más al no

¹²⁶ PEÑALOSA Y ZÚÑIGA, C., *Ibid*



reunir las notas que venimos enumerando; aunque ciertamente fuera aprobada en Cortes, ello, como sabemos, no basta.

Esta misma opinión es compartida por el insigne CAMPOMANES, quien en 1789 –año en que se celebraron unas importantes Cortes que modificarían, de nuevo, el orden sucesorio de la monarquía, para volver al originario de *Las Partidas*– propuso a la consideración de las Cortes la conveniencia de restablecer la antigua ley de sucesión, alterada por el auto acordado en 1713; normas que, en su opinión, como arriba hemos ya señalado nosotros, no puede conceptuarse como ley fundamental, “por ser contra las que existían y estaban juradas, no habiéndose pedido ni tratado por el reino una alteración tan notable en la sucesión de la Corona”¹²⁷ Unas Cortes, consideradas por algún autor como las últimas del Antiguo Régimen, que vinieron a restaurar la vieja legalidad fundamental en materia de sucesión real, en el tiempo de la nueva política marcada por los sucesos revolucionarios de Francia, y que condicionaron la no promulgación de esta ley sucesoria¹²⁸.

En realidad, todo sea dicho, la sucesión a la Corona no siempre estuvo reglada por las mismas normas. Así, en un primer momento, ésta era electiva.

¹²⁷ CASTELLANO, J.L., *Las cortes de Castilla...op. cit.* pp. 227-228.

¹²⁸ Es decir, fueron aprobadas, pero Carlos IV no las promulgó; deberemos esperar para ello hasta la ya mencionada *Pragmática Sanción de 29 de marzo de 1830*, promulgada por el rey Fernando VII. CORONAS GONZÁLEZ, S., *De las leyes fundamentales...*, *op. cit.* pp.41-42.



Decían las leyes 5ª y 8ª de los prolegómanos (*Fuero Juzgo*), respectivamente: "*que ninguno aspire al Reyno sin ser elegido*" y "*que el rey sea elegido por los obispos, los magnates y el pueblo*".¹²⁹ Posteriormente nos encontramos ya con el principio hereditario, opuesto a la tradición anterior, en las *Siete Partidas* de Alfonso X (2, 15, 2)¹³⁰, que no hacían sino recoger –si bien cambiando ciertos extremos– un derecho previamente instituido. Y, por último, como hemos visto, contó España, aunque no por mucho tiempo, con la *ley sálica*.

Finalmente, y pese a que no pueda ser incluida en este concreto apartado, permítasenos nombrar aquí otra ley fundamental, que merece ser esbozada, relativa a la organización del poder político. Es la atinente a la obligación de que los cargos públicos, incluyendo la propia Corona, fueran ocupados por naturales de los reinos. Así queda reflejado en el testamento y codicilo de

¹²⁹ Reunión de las Leyes Fundamentales de la Monarquía española clasificadas por el método que prescribe la instrucción formada por la comisión de cortes para arreglar y dirigir los trabajos de la Junta de Legislación, elaborado por Ranz Romanillos. Extraído de TOMÁS Y VALIENTE, Génesis de la...*op. cit.*, pp. 113-114

¹³⁰ "*Posieron que el señorío del regno heredases siempre aquellos que veniesen por liña derecha, et por ende establecieron que si fijo varon hi non hobiese, la fija mayor heredase el regno* (en la ley Sálica la mujer sólo podía heredar si no había varones en la línea principal o lateral), *et aun mandaron que si el fijo mayor moriese ante que heredase, si dexase fijo o fija que hobiese de su mujer legítima, que aquel ò aquella lo hobiese, et non otro ninguno* (esto último rompe con la tradición jurídica anterior, por la cual tenía preferencia el segundogénito)"



Isabel I de Castilla y en los ruegos de las Cortes y Junta de Tordesillas de 1520, a Carlos I y a su madre Doña Juana¹³¹.

3. Relativas a los derechos colectivos de la Nación

3.1 Derecho de consulta en los hechos graves y arduos

En este extremo, existen una multiplicidad de derechos de los que gozaba la nación. Estos son: el de ser consultada para la declaración de guerra y de paz¹³²;

¹³¹ "Y conociendo que cada reino tiene sus leyes, fueros, usos y costumbres y es mejor gobernado por sus naturales: Por ello, queriendo por remedio para que los dichos Príncipe y Princesa, mis hijos, gobiernen estos reinos como deben (...), ordeno y mando que de aquí adelante no se conceda ni alcaldías, ni tenencias, castillos, fortalezas, ni jurisdicciones, oficios de justicia, ni oficios de ciudades ni de villas, ni oficios de hacienda, los de la casa y corte a persona alguna o personas que no sean naturales de estos reinos; y que los oficiales ante los que los naturales de estas tierras tengan que presentarse por cualquier asunto relacionado con estas tierras sean habitantes de estos territorios". Testamento y Codicilo de Isabel I de Castilla, accesible vía <https://n9.cl/07n66>. Por su parte, los comuneros a través de las Cortes y Junta de Tordesillas de 1520 solicitaron que "los gobernadores naturales pot origen destos reinos de Castilla y León, puestos y elegidos a contestamiento del reino" CORONAS GONZÁLEZ, S., Las leyes fundamentales, *op. cit.* p. 154.

¹³² Cortes de Valladolid de 1520, art. 20: "*cada y quando el rey quisiere hacer guerras, llame à Cortes à los procuradores à quienes ha de decir la causa, para que ellos vean si es justa o voluntaria: y si fuere justa, ò contra moros, vean la gente que es menester para que sobre ello provean lo que fuere*



para la elección del monarca cuando no había heredero; para la elección del tutor del heredero cuando nada se había dispuesto en testamento; a la muerte del monarca reinante, para "*poner et asosegar con el rey nuevo los fechos del regno*"¹³³; para nombrar regente o regentes de la monarquía; cuando los reyes acababan su minoridad; cuando se había de hacer la jura del príncipe heredero; siempre que se tratase de pedir algún servicio o tributo extraordinario, y un largo etcétera.

Muchos autores que han estudiado esta cuestión decidieron tratar de manera separada, tal vez sin demasiado ánimo sistematizador, cada uno de estos derechos; pero no dejemos que los árboles nos impidan ver el bosque. En realidad, todos ellos, aun siendo muy distintos unos de otros, pueden refundirse en uno único¹³⁴, tratado y estudiado en muchas obras como un derecho autónomo y distinto, pero que no es tal cosa sino el mismo con distintas concreciones. Hablamos del derecho de la nación a ser consultada el Cortes para tratar aquellos hechos de especial gravedad: los *fechos graves e arduos*. Y es que ¿no son acaso hechos graves los anteriormente enumerados? Veamos pues un supuesto concreto que nos permita ejemplificar la

necesario; y que sin voluntad de dichos procuradores no pueda hacer ni poner guerra ninguna".

Cortes de Madrid de 1607: "así ha suplicado el reino a V.M. no se promulguen nuevas leyes, ni en todo ni en parte las antiguas se alteren sin que sea por Cortes".

¹³³ Partida II, tit. XIII, ley XIX.

¹³⁴ Más adelante trataremos el otro derecho de la nación – además del de ser consultadas en los hechos graves y arduos– : el derecho a regirse por sus propios fueros y por aquel derecho dado en Cortes.



materia: uno de los límites más claros al poder regio era la mencionada prohibición de enajenar el patrimonio regio, declarada ya por Alfonso X en sus *Partidas*¹³⁵. Pues bien, este, aparte de operar como límite al rey, es ciertamente un derecho de la nación a no ver menguados sus territorios por enajenaciones ajenas a su consentimiento. Por ello, la *Constitución de 1876*, que, aunque muy posterior, no deja de ser sino heredera de estas instituciones, dispone en su artículo 55. 1: "*El Rey necesita estar autorizado por una ley especial...para enajenar, ceder o permutar cualquier parte del territorio español*". Es fácil vislumbrar como, por tanto, necesitaba oírse al reino –pues gozaba de tal derecho– o incluso recabar su consentimiento para aquellos supuestos de especial enjundia.

Vemos, así, como todos los derechos de la nación son reconducibles al genérico de ser convocada para tratar los *fechos graves e arduos*, ya reconocidos en las *Cortes de León de 1188*, las primeras de la historia. Es, en opinión de CORONAS GONZÁLEZ, "la verdadera fuente de la constitución española" En un principio, se tenía establecido que "*cuando obiesen de hazer leyes se llamasen Cortes...y por esto se estableció ley que no se ficiesen ni revocasen leyes sino en Cortes...e quando leys se obieren de hazer manden llamar sus reynos e procuradores dellos*"¹³⁶. Sin embargo, ante la creciente complejidad orgánica y material de las tareas de

¹³⁵ "*Fuero e establecimiento fizieron antiguamente en España que el señorío del reino no fuese departido nin enajenado*". *Partidas* 2,15,5.

¹³⁶ CORONAS GONZÁLEZ, S., De las leyes fundamentales...op. cit. p. 64.



gobierno que suscita el desarrollo del aparato institucional de la Monarquía, el reino junto en Cortes se ve obligado a concentrar su atención en los asuntos arduos sin oponer reparo a que los demás sean tratados y resueltos por el Consejo del Rey y sus letrados¹³⁷.

Este derecho de la nación a ser consultada tiene su origen en la clásica fórmula *quod omnes tangit, ab omnibus aprobar debet* –cuya traducción literal es: lo que a todos toca, todos deben aprobarlo–, originaria de una norma romana referida a la tutela a la que los canonistas dotan de eficacia jurídico-pública. Ello para ser reflejo de la pretensión de los estamentos políticos a que toda modificación del ordenamiento jurídico contara con su consentimiento, pues “siendo el derecho un patrimonio de la comunidad y de cada uno de sus miembros, no puede ser modificado sin el asentimiento de los *meliores et majores terrae* –en general clero, nobleza y estado llano– en los que se hace presente la comunidad del país”¹³⁸.

En opinión de Martínez Marina, la Nación representada en Cortes siempre se creyó con facultades para intervenir en todos los negocios del reino, y para resolver los casos arduos y las dificultades que no se pudiesen resolver por las leyes establecidas. Facultades estas “emanadas del derecho del hombre en sociedad, de los principios esenciales de nuestra constitución, que se extendía en su origen hasta elegir, y con gravísimas

¹³⁷ CORONAS GONZÁLEZ, S., *Las leyes fundamentales del...*, *op. cit.* pp. 144-145.

¹³⁸ GARCÍA-PELAYO, M., *Del mito...op.cit.*, pp. 123-125.



causas deponer los soberanos, y de un pacto tácito”.¹³⁹ Si bien es cierto que los derechos de la nación reunida en Cortes se expresaban con los humildes términos *títulos de consejo, súplica o petición*, no lo es menos que los monarcas debían responder por escrito – y así lo hacían– aquellas peticiones, allanándose muchas veces a las pretensiones en ellas manifestadas¹⁴⁰. Por su parte, el rey prometía y juraba guardar y cumplir las resoluciones, así como las respuestas dadas a las peticiones, con la garantía de que, “si en algún tiempo despachase a los pueblos órdenes, cartas o *alvalães* contra lo establecido y otorgado en Cortes, semejantes cartas fuesen obedecidas y no cumplidas”¹⁴¹. La historia avala, con numerosos ejemplos¹⁴², la confirmada eficacia

¹³⁹ *Ibid.* pp. 4-6.

¹⁴⁰ A partir del siglo XVI con la llegada de los Austrias, eran desatendidas las “proposiciones de aquellos congresos, no contestándose a ellas más que con las ceremoniosas fórmulas, *lo platicaremos con los del nuestro consejo: sobre esto está provehido lo que cumple: no conviene que por ahora se haga novedad: ora por no executarse lo que con tanta solemnidad se acordaba*”. MARTÍNEZ MARINA, *Carta sobre...*p. 57.

¹⁴¹ MARTÍNEZ MARINA, *Carta sobre...op. cit.* p.8

¹⁴² Así por ejemplo todo lo ejecutado en el Tratado de los Toros de Guisando no podía tener firmeza mientras no lo confirmase el reino en Cortes. De tal forma que las partes contratantes, – Isabel I y Enrique IV–, carecían de suficiente autoridad para tratar este asunto, claramente *grave e arduo*, como era el de nombrar heredero al trono. Lo acordado tuvo, por tanto, que ser confirmado por las *Cortes de Ocaña*. Otro ejemplo claro es el sucedido en las *Cortes de Valladolid de 1506* donde, pese a que Fernando el Católico había renunciado, en confederación firmada y jurada en Benavente a sus derechos sobre la Corona de Castilla en beneficio de su yerno el Archiduque Don Felipe,



de este derecho de consulta en los hechos de gravedad, que llegó hasta épocas muy tempranas, como queda reflejado en el *Preámbulo de la Constitución de 1845*¹⁴³.

Este derecho de consulta “se practicó constantemente por espacio de cuatro siglos”¹⁴⁴, hasta la retirada del cuerpo de la *Novísima Recopilación de las leyes de España* en 1805. En realidad, si bien siempre vigente, tan sólo fue eficaz hasta la llegada de los Austrias, hecho denunciado precisamente por MARTÍNEZ MARINA, quien afirmaba que las cortes de los siglos de la dominación austriaca, no fueron más que una “lánguida imagen de las antiguas”¹⁴⁵, o por CÁNOVAS

conocido como “el hermoso”, puesto que su esposa la Reina Juana, conocida como “la loca” había sido declarada inhábil e incapaz de gobernar. Pues pese a todo ello, los procuradores de estas Cortes y “a pesar de lo mucho que se había negociado para ganarlos, sostuvieron con energía los derechos de la reina, no consintieron en su reclusión ni en que se le despojase del gobierno: y acordaron confirmar lo que ya antes habían determinado en las *Cortes de Toro*, que fue reconocer a Doña Juana por reina propietaria de Castilla, por rey al archiduque como su legítimo marido, y por príncipe y sucesor al príncipe Don Carlos”. *Ibid.*

¹⁴³ “Siendo nuestra voluntad y la de las Cortes del Reino regularizar y poner en consonancia con las necesidades actuales del Estado los antiguos fueros y libertades de estos Reinos, y la intervención que sus Cortes han tenido en todos los tiempos en los negocios graves de la Monarquía”. (in fine)

¹⁴⁴ MARTÍNEZ MARINA, *Carta sobre la antigua costumbre de convocar las Cortes de Castilla para resolver los negocios graves del Reino*, accesible vía <https://cutt.ly/Jmz6S7g> pp. 3-4.

¹⁴⁵ “No satisfecho el gobierno arbitrario con haber violado tan descaradamente la ley fundamental de la Monarquía que



DEL CASTILLO al expresar que “no bastó la decadencia de las Cortes durante tres siglos para borrar de nuestros códigos...el dogma político de que... sólo en su conjunta potestad (Rey y Cortes) cabía el derecho de resolver los asuntos arduos”¹⁴⁶.

3.2 Derecho a regirse por los fueros propios

Finalmente, es perentorio hablar de un último derecho no incluido en el genérico deber de consulta. Se trata del que podríamos denominar como el derecho de la nación a regirse por sus propios fueros y por las leyes hechas en Cortes.¹⁴⁷ Definen las *Partidas* (1, 2, 7) el

dictaba imperiosamente la celebración de Cortes en los casos en ella indicados, se mandó que suprimiesen en la novísima edición aquella y otras leyes constitucionales y sagradas; acto políticamente sacrílego”. MARTÍNEZ MARINA *Teoría de las Cortes*, Madrid, 1813 (reedición de la edición de 1820 con estudio preliminar de J. A. Escudero, Oviedo, Colección Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, 1996, pp. 34-35. Por su parte, también precisó que “en esa época y en las que siguieron hasta hoy, los asuntos políticos de mayor gravedad, los casos arduos y que propiamente eran casos de cortes, se resolvieron por los ministros sin contar con ellas. Así se practicaron la renuncia de Carlos I y Felipe II: así extendió Carlos II su testamento” MARTÍNEZ MARINA, *Carta sobre...op. cit.* p. 58.

¹⁴⁶ Preámbulo del Real Decreto de 31 de diciembre de 1875, que convocaba elecciones a Cortes.

¹⁴⁷ “Que los fueros y leyes y ordenamientos que non fueron revocados por otros, que non pueden ser perjudicados ni derogados salvo por ordenamientos hechos en Cortes” Alfonso XI en las *Cortes de Valladolid de 1325*. “Los Fueros valederos



fueros como la conjunción de “uso y costumbre, que cada una de ellas ha de entrar en el fuero para ser firme”. Así pues, el fuero reúne el valor del uso –hacer continuado en asuntos jurídicos– y costumbre –derecho no escrito–, y ambas notas lo hacen “equivalente a la ley”¹⁴⁸. Y es que, en realidad, todo derecho positivo es una “síntesis de normatividad y de normalidad, pues todo derecho, por ser norma, es un deber ser y, por consiguiente, encierra la posibilidad de su incumplimiento, es decir, de no ser; pero, por otra parte, ningún derecho es vigente sin su cumplimiento regular”¹⁴⁹.

De la mano de SARDINA PÁRAMO podemos conocer mejor de qué se tratan verdaderamente los fueros. Según él, el fuero adquiere valor de ley, y no de cualquier ley, sino de una que reviste los caracteres de ser “general –para una comunidad y no sólo privilegio para determinadas personas–, normal –y no excepcional o transitoria–, primaria –y no supletoria–, popular –al surgir de la iniciativa de un pueblo–, vigente –con particular fuerza, pues es acatada incluso antes de haber nacido formalmente– y coactiva –no sólo frente a los súbditos sino también frente a la autoridad–”¹⁵⁰.

Es comúnmente aceptado por la historiografía que

e Leyes e Ordenamientos que non fueron revocados por otros, non sean perjudicados sino por Ordenamientos fechos en Cortes” Cortes de Briviesca de 1387. Ambas citas sacadas de NIETO, A., *El derecho...op. cit.* pp. 34 y 51.

¹⁴⁸ AYUSO, M. *Derecho y derechos...op. cit.* p.250.

¹⁴⁹ GARCÍA-PELAYO, M., *Del mito..., op. cit.*, p.83.

¹⁵⁰ SARDINA PÁRAMO, J. A., *El concepto de fuero. Un análisis filosófico de la experiencia jurídica*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1979, p. 271.



los fueros forman parte de la constitución histórica que venimos estudiando. Así, CORONAS GONZÁLEZ expresaba que los fueros pasarían a integrar esa “constitución esencial de la monarquía milenaria” y que eran “depósito de los principios fundamentales de la constitución española o, simplemente, ...leyes fundamentales de la Corona”¹⁵¹. Por su parte, el P. BURRIEL sostuvo la idea de “comprender la fuerza del *ius regale* a partir del viejo orden foral equiparando sin más los fueros a las leyes fundamentales”¹⁵². A su vez, el insigne constitucionalista GARCÍA-PELAYO afirma que, en la Edad Media, se llega incluso a pensar que “todo el derecho positivo generado por los usos y costumbres de la comunidad que no se oponga a los preceptos naturales y divinos, es un derecho de Dios”, quedando así estigmatizada toda norma nueva o de fuente foránea a la comunidad, tanto si toma la forma de una decisión del rey como la de un derecho extraño, introducido por los juristas.¹⁵³ Para no extender en demasía esta exposición, dado que ya ha quedado suficientemente acreditado este extremo, citaremos por último a CAPMANY, el cual sostenía que “eran las regiones de fueros en las que vivía la Constitución de España”¹⁵⁴ y donde, tras las drásticas políticas unificadoras borbónicas, cuyo máximo exponente fueron los *Decretos de Nueva Planta*, se mantuvo la constitución histórica.

¹⁵¹ CORONAS GONZÁLEZ, S., De las leyes fundamentales a...*op. cit.* pp. 32-35

¹⁵² CORONAS GONZÁLEZ, S., Leyes fundamentales y constitución...*op. cit.* p. 49.

¹⁵³ GARCÍA-PELAYO, M., *Del mito...**op. cit.* pp. 67 y 90.

¹⁵⁴ CORONAS GONZÁLEZ, S., De las Leyes fundamentales a...*op. cit.* p. 72.



Pero entonces, ¿aquella costumbre que fuera contrarias a la razón y a la justicia se vería por siempre perpetuada? En absoluto, puesto que una norma de esas características no podía, bajo ningún concepto, provenir de Dios, quien era la razón y justicia mismas, debiendo entenderse que aquella, por antigua que fuera, no era derecho, sino un mal uso, una *prava consuetudo* que, como tal, debiera ser abolida, siendo uno de los deberes del rey corregir las malas costumbres. “Lo que valía, pues, no era simplemente el derecho viejo, sino el buen derecho viejo”¹⁵⁵. De hecho, el establecimiento de normas jurídicas por el rey en la Edad Media y, más concretamente, en la Alta Edad Media, no se consideraba como un acto legislativo, como una invención del derecho, sino como un “acto de jurisdicción (*iuris dictio*) consistente en el descubrimiento, dentro del orden jurídico de la comunidad o de sus principios básicos, de las normas exigidas por el caso planteado, de modo que la nueva norma surgía como un incidente del *ius dicere*.”¹⁵⁶ El derecho de la Alta Edad Media no era un derecho estatuido ni dictado por el poder político, no era inventado ni creado, o, al menos, no era concebido como tal, sino que “por estar ya dado lo único que procedía era descubrirlo y aplicarlo”¹⁵⁷.

Pero si, como ha quedado acreditado, las leyes fundamentales compartían el estar dotadas de una naturaleza política –como ordenadoras y delimitadoras

¹⁵⁵ *Ibid.* p. 89-90.

¹⁵⁶ GARCÍA PELAYO, M, *Del mito...op.cit.* p. 86

¹⁵⁷ *Ibid.*



del poder-, ¿cómo es que los fueros, normas principalmente de derecho privado y no político, eran calificados como leyes fundamentales? Pues es que cierta y concretamente, como ya hemos adelantado y como bien versa en el título de este subapartado, la verdadera ley fundamental era, no cada uno de los fueros concretos en sí mismos, sino el derecho a regirse por los fueros propios del lugar donde se viviera y no por una legislación otorgada y extraña. Será por ello que se diga que fueron las provincias vascas y Navarra donde pervivió, desde comienzos del Siglo XVIII, la Constitución histórica española, siendo las únicas que mantuvieron su legislación foral.

4. Relativas a los derechos subjetivos de los individuos

Como con tanta perspicacia precisaba GARCÍA-PELAYO, todo derecho es a la vez "norma y pretensión, es decir, derecho objetivo y subjetivo (...) Cabe que los derechos subjetivos sean una simple subjetivación del derecho objetivo ... o cabe que el orden jurídico objetivo sea la resultante de la concurrencia o de la coordinación de una pluralidad de derechos subjetivos"¹⁵⁸ Como precisa el autor, consecuencia de cada uno de los sistemas será que, en el primer caso, una nueva norma pueda anular los derechos adquiridos, mientras que en el segundo, un derecho adquirido paralice la validez de una norma objetiva. Es en esta última donde la doctrina de la constitución histórica se subsume, con instrumentos jurídicos como la fórmula *obedézcase pero*

¹⁵⁸ *Ibid.* 90-91.



no se cumpla –que será objeto de estudio más adelante–, entre otros.

En efecto –siguiendo el argumento anteriormente expuesto –, durante la Edad Media, época donde surgen y se consolidan, como hemos visto, las Leyes Fundamentales, la expresión más fidedigna del derecho no era la inexistente ley general, sino el privilegio particular. A este respecto diría TELLENBACH que “el derecho medieval no es más que la totalidad de los derechos de los individuos”¹⁵⁹. Ciertamente, la concepción que se tenía del derecho desconocía la distinción que hoy día hacemos entre derecho objetivo y subjetivo. El contenido de estos derechos individuales lo constituía la *libertas*, la cual se trataba del status jurídico subjetivo, mientras que el derecho objetivo era el resultante de la coordinación del conjunto de las libertades o derechos subjetivos particulares. El privilegio no significaba excepción a un derecho general, sino la formulación precisa de una “situación jurídica subjetiva, real y concreta, es decir, de una *libertas*”¹⁶⁰. Función del poder público era guardar ese orden jurídico compuesto por un mosaico de derechos subjetivos y, por eso, la figura del rey no era configurada como legislador sino como juez. Vemos, de este modo, como todo el marco jurídico de la época giraba en torno a los privilegios particulares, también llamados derechos individuales.

Es importante tener especial cautela en no confundir estos derechos de origen medieval con los

¹⁵⁹ Cit. en *Ibid.* p. 92

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 93.



modernos derechos fundamentales, como en su día hizo KELLER¹⁶¹, quien pretendió ver en los derechos de libertad y propiedad reconocidos en la Edad Media el origen de la configuración moderna de los derechos fundamentales. Apreciación ésta que, tal y como señala VALDEAVELLANO¹⁶², solo puede ser aceptada con muchas reservas, ya que los derechos reconocidos a los súbditos en el Estado medieval nunca tuvieron –como sí ocurre con los modernos derechos individuales– el carácter de derechos absolutos e intangibles frente al poder del Estado. Además, carecen de la nota de universalidad que caracteriza a los modernos derechos fundamentales, pues el poder político medieval, parafraseando a PEREZ PRENDES, “ni se planteó la igualdad en dignidad de todos los seres humanos, ni concibió a estos como portadores de derechos que ella no podía conceder, ni administrar, ni legislar, sino sólo

¹⁶¹ KELLER, R., *Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter. Eine Studie zur Vorgeschichte moderner Verfassungsgrundrechte*, Heidelberg, Winter, 1933. Una extensa recensión en nuestro idioma a dicho trabajo se efectuó por Román RIAZA en *el Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 10/1933, pp. 435-458, donde da cuenta de cómo nuestros eruditos y políticos también se plantearon dicha cuestión, y a tal efecto cita el Discurso Preliminar de la Constitución de 1812 y, en general, la obra de los liberales del siglo XIX, con Martínez Marina al frente, quienes recabaron para nuestro Derecho de la Edad Media el origen de las libertades políticas, “y defendieron la libertad era entre nosotros nacional y antigua, mientras el despotismo era producto reciente y de importación” (p. 436).

¹⁶² VALDEAVELLANO, L.G., *Curso de Historia de las Instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 415.



debía reconocer”¹⁶³. Es más, ni tan siquiera existía esa unidad de poder político que permitiera universalizar los derechos subjetivos; eran derechos distintos unos de otros dependiendo del territorio, el estrato social o incluso el gremio al que perteneciera el sujeto a analizar.

4.1 Derechos frente al poder ejecutivo

En este apartado trataremos los derechos de los individuos frente a actos de un poder –ya fuera feudal, señorial, regio o imperial– que podríamos, con la terminología constitucional actual, denominar ejecutivo. Ciertamente, el poder real se encontraba limitado por el de sus vasallos, más concretamente por la soberanía de sus derechos, consecuencia necesaria de esa idea de Derecho entendida como “un tejido de microorganismos que son los derechos individuales, cuya conservación corresponde al príncipe, hasta tal punto que esta función es la que cabalmente justifica, en última instancia, su poder”¹⁶⁴. El derecho altomedieval era un producto inmediato de la comunidad, algo exterior y anterior al monarca, al que sólo correspondía reconocerlo y defenderlo –recordemos que era entendido como juez–. Todo ello nos permite no caer en el error de creer que las Cartas regias suponían un otorgamiento de derechos, cuando en realidad, si bien útiles y necesarias, no eran sino un reconocimiento explícito de los mismos. Sirva de

¹⁶³ PÉREZ-PRENDES, J.M., Derechos y libertades en la Edad Media, *Interpretatio. Revista de Historia del Derecho*, nº 10/2004, p. 284.

¹⁶⁴ NIETO, A., *El derecho...op. cit.* p. 14.



ejemplo Inglaterra, cuna por antonomasia de la doctrina de la constitución histórica, donde destacan la Carta Magna (1215), la *Petition of Rights*, la *Habeas Corpus Amendment Act* (1679), el *Bill of Rights* (1688) o el *Act of Settlement* (1701). Y es que de esta última se dirá que, si hasta entonces la *Petition* y el *Bill of Rights* colocaban los "derechos sobre el gobernante alegando que eran históricos, ahora se alega que son innatos"¹⁶⁵.

Se lamentaría FLÓREZ ESTRADA¹⁶⁶, a la postre defensor de la plasmación de los derechos subjetivos de los individuos en una carta escrita –al estilo de las contemporáneas *Déclaration des Droits* francesa o la *Bill of Rights* americana, sin olvidar la más antigua inglesa de mismo nombre–, diciendo: "Si los hombres no hubieran ignorado sus derechos, ¿cómo los Príncipes a quienes los pueblos habían confiado la autoridad, para que hiciesen su felicidad, hubieran osado faltar a las condiciones más sagradas del contrato de la nación?" De la lectura de esta sucinta cita podemos inferir que existían, dejando de lado el problema de su efectiva garantía, una serie de derechos subjetivos, muchos de los cuales, como derechos adquiridos que eran– *iura quaesita*–, se encontraban vedados a la autoridad real. Respecto de ellos se pronunciará NIETO, afirmando que constituyen "la espina dorsal de todas las instituciones que representan un límite al poder del soberano"¹⁶⁷.

¹⁶⁵ PEREIRA MENAUT, A. C., La Constitución Británica, ¿es histórica o es historia?, en *Revista chilena de Derecho*, nº 3, 1990, p. 459.

¹⁶⁶ FLÓREZ ESTRADA, *Constitución para...*, op. cit., p. 5.

¹⁶⁷ NIETO, A., *El derecho...* op. cit. p. 47.



Veamos pues, cuáles eran estos derechos, que siguiendo la precisa clasificación que a tal efecto realizó GARCÍA GALLO pueden clasificarse en derechos personales, derechos políticos y derechos económicos.

Los derechos personales estaban articulados en torno a la libertad, entendida jurídicamente como la facultad de obrar al propio arbitrio. Dentro de ésta pueden distinguirse los siguientes derechos: libertad de residencia, libertad de seguridad personal, inviolabilidad del domicilio y libertad de asociación¹⁶⁸.

Por su parte, los derechos económicos giraban en torno a la defensa de la propiedad privada, incluso en caso de conflicto con el interés público, caso en que se articulaba la técnica indemnizatoria de la expropiación,

¹⁶⁸ "a) La libertad de residencia, limitada en un principio para la población campesina, se reconoce a ésta a lo largo de la Baja Edad Media, salvo en Aragón. Para la población no señorial la libertad de residencia y circulación se reconoce desde el primer momento y se proclama abiertamente por los Reyes Católicos en 1480. b) La libertad de seguridad personal queda garantizada no poder ser mantenido en prisión el acusado queda fianza o firma de derecho, es decir, de comparecer en juicio. En Aragón puede exigirse que el preso, que se teme vaya a sufrir malos tratos, sea "manifestado", es decir, puesto a disposición del Justicia Mayor del Reino para ser retenido en la *cárcel de manifestados*. c) La inviolabilidad del domicilio se mantiene incluso respecto de los moros. d) La libertad de asociación se ejercita constantemente, aunque en ocasiones se requiere la autorización de los funcionarios reales. (...) La asociación con fines políticos bajo la forma de uniones, juntas o hermandades es frecuente durante los siglos XIII y XIV". GARCÍA GALLO, A., *Manual...*, op. cit., pp. 731-736.



como bien recogen *Las Partidas*¹⁶⁹. Un derecho de propiedad privada que para el propio LOCKE era la única ley fundamental¹⁷⁰, hecho entendible puesto que, el concepto que el autor tiene, difiere bastante del que hoy podemos obtener del derecho civil: "...sus vidas, sus libertades y sus posesiones, es decir, todo a eso que doy el nombre genérico de propiedad"¹⁷¹. Tal es la importancia que el derecho de propiedad tiene para los pensadores ilustrados, que el propio Martínez Marina innova respecto a la teoría clásica de la división de poderes para añadir un cuarto, el *subventivo*, encargado únicamente de la aprobación de los impuestos, los cuales suponen, obviamente, uno de los límites –o si se quiere, injerencia– más claros al derecho de propiedad.

¹⁶⁹ *Non puede tomar a ninguno (el rey) lo suyo sin su placer, si non fiziesse tal cosa, porque lo deviesse perder segund ley. E si por aventura gelo ouiesse a tomar por razón que el Emperador ouiesse menester de fazer alguna cosa en ello, que se tornasse a pro comunal de la tierra, tenuto es por derecho de le dar antes buen cambio.* (Partida 1, 1, 2)

¹⁷⁰ "El poder supremo no puede apoderarse de parte alguna de la propiedad de un hombre, sin el consentimiento de éste; pues como el fin del gobierno es la preservación de la propiedad, y esa es la razón por la que los hombres entran en sociedad, implica necesariamente que el pueblo ha de permitírsele tener propiedades. (...) todo aquel que reclame el poder descargar impuestos al pueblo y de recaudarlos por propia autoridad, sin el consentimiento del pueblo mismo, estará violando la ley fundamental de la propiedad, y estará también subvirtiendo los fines de gobierno" LOCKE, J., *Segundo tratado...op. cit.* p. 137 y 140.

¹⁷¹ *Ibid.* p. 32.



Otro importante derecho que García Gallo no menciona, pero que es preceptivo apuntar, es el *derecho a ser vencido en juicio*, íntimamente relacionado con los dos anteriormente expuestos. Y es que, de hecho, los derechos individuales de libertad y los económicos no eran, como puede uno figurarse, absolutos, sino que, en realidad, encontraban sus justos límites en la resolución judicial que así lo estableciera. El ordenamiento medieval contaba con este derecho como garantía del respeto a las demás libertades subjetivas, las cuales no podrían verse conculcadas sino a través de lo que, con la terminología actual, podríamos concebir como un proceso debido. Por tanto, sólo debían limitarse los derechos de la esfera jurídica del individuo mediante una resolución de una autoridad *supra partes*, –que hoy podríamos denominar juez, pero que a lo largo de la historia recibió distintos nombres y contó con diferentes atribuciones– que debía gozar, aunque a veces fuera sólo en apariencia, de la nota de imparcialidad.

De hecho, aun admitiendo que fuera cierto el que en determinados momentos el monarca se sintiera políticamente por encima de las leyes, el hecho de “su sumisión real a unos tribunales demuestra su vinculación efectiva a los mismos, pues en otro caso carecería de sentido todo el aparato jurisdiccional y el correspondiente sistema de recursos montado al efecto”¹⁷². Es más, que el rey podía ser demandado y condenado era una realidad de cada día. Los vasallos pleitean contra el rey, afirmando sus derechos frente a la voluntad de éste. “La expresión *contra el rey* no suena

¹⁷² NIETO, A., *El derecho...op. cit.* p. 48.



sacrílega...en los oídos de la época”¹⁷³. El particular que veía lesionado su derecho –sea quien fuere el causante– tenía a su alcance dos líneas de impugnación perfectamente diferenciadas: la gubernativa y la jurisdiccional¹⁷⁴.

¹⁷³ *Ibid.* p. 59.

¹⁷⁴ “Las defensas judiciales de derecho se separaron y distanciaron de las gubernativas en dos aspectos; en la garantía de precisos y minuciosos trámites procesales y en la necesaria presencia de un órgano dotado de jurisdicción ordinaria. La esfera gubernativa se caracterizaría, por su parte, por la ausencia de las garantías y de los trámites del proceso y por el carácter de la potestad, extraordinaria o delegada, como dicen las *Partidas*, del órgano que resuelve el recurso. (...)”

El *recurso de gobierno* se caracteriza por: 1. Ser una acción contra un acto lesivo, planteado por quien ha sido agraviado en un derecho o en un interés legítimo. 2. La utilización de la vía jerárquica o la *vía de poderío real* en lugar de acudir a las instancias judiciales. 3. Tiene un procedimiento específico y simplificado, que se extiende a los supuestos de: a) los actos contra derecho del rey, los señores o las corporaciones; b) los conflictos de poder y jurisdicción; c) la deducción de responsabilidad patrimonial. 4. Salvo en casos específicos y aislados en que no cupo *apelación nin suplicación, agravio, nulidad nin otro recurso alguno*, el acudir a la vía de gobierno o a la judicial, fue opcional e incluso alternativo, pudiendo acudirse a una y otra o a ambas a la vez. Nunca, salvo en el caso extremo del proceso contra el propio rey, es imprescindible acudir antes a la vía de gobierno. En este último supuesto, la vía gubernativa si es en cambio un auténtico privilegio del rey y del Fisco, y se configura desde el Fuero Real



Por último, nos encontramos con los derechos políticos. Si bien la intervención en la vida política se reservaba únicamente a los *naturales* –lo que recordemos que en sí mismo ya supone una ley fundamental–, y la división estamental del órgano de representación suponía que los miembros de los tres brazos gozaban de tales derechos políticos, éstos eran ciertamente privilegiados, en la medida que estaban reservados en exclusiva a las *clases propietarias* o *inteligentes*¹⁷⁵, término acuñado por Benjamin Constant

como un trámite indispensable que el particular ha de cubrir para acudir *en la vía de pleito*". (GONZALO VILLAPALOS, *Los recursos contra los actos de gobierno en la Baja Edad Media. su evolución histórica en el reino castellano: (1252-1504)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 125. "Muy distinto del anterior es el *recurso judicial* propiamente dicho. La posibilidad de acudir a los tribunales de justicia impugnando actos de gobierno ha sido pasada por alto durante mucho tiempo por los historiadores. (...) Al menos desde el siglo XIV, pudieron impugnarse procesalmente los agravios extrajudiciales ocasionados por los actos de gobierno. *Ibid.* pp. 224-225.

¹⁷⁵ "Solo los integrantes de ese bloque dominante (clases medias y núcleo aristocrático) les corresponde tener derechos políticos, porque solo ellos –como había escrito Benjamin Costant– tienen intereses que defender y ocio para poder pensar: porque solo ellos son propietarios". Dirá textualmente: "Se requiere, pues, otra condición además del nacimiento o la mayoría de edad. Dicha condición es el ocio, indispensable a la adquisición de la cultura y recto criterio. Solo la propiedad privada puede procurar este ocio, sólo la propiedad hace a los hombres capacitados para el ejercicio de



y del que hicieron acopio los teóricos españoles del moderantismo, entre los que destacan Cánovas del Castillo y Donoso Cortés, quien denominó a este fenómeno como *soberanía de la inteligencia*¹⁷⁶.

4.2. Derechos frente al poder legislativo

Llegados a este punto, es obligado tratar la dimensión protectora de los derechos subjetivos individuales frente al poder legislativo del rey, pues recordemos que la división de poderes, hoy base de nuestro ordenamiento, no era tal tiempo ha, o si lo era

los derechos políticos. (...) en todas partes en que haya una asamblea representativa es indispensable que estas asambleas, sea cual fuere su organización posterior, se hallen constituidas por propietarios." Cit. por TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos...op. cit.*, p.140. Por su parte, Cánovas se opone en 1868 al sufragio universal con estas palabras: "cuando las minorías inteligentes, que serán siempre las minorías propietarias, encuentran que es imposible mantener en igualdad derechos con ellos a la muchedumbre; cuando vean que la muchedumbre se prevale de los derechos políticos que se le han dado para ejercer tiránicamente la soberanía, buscarán donde quiera la dictadura y la encontrarán" *Ibid.* p. 174.

¹⁷⁶ "Solo a estas clases (las propietarias) pertenece el ejercicio de la soberanía, porque solo estas clases son inteligentes; solo estas clases pertenecen los derechos políticos, porque solo estas clases pueden ejercer legítimamente la soberanía; su gobierno es el de las aristocracias legítimas, es decir, inteligentes, porque sólo la inteligencia da la legitimidad; se diferencia del Gobierno de la democracia porque el Gobierno de la democracia es el gobierno de la fuerza" ¹⁷⁶,. *Ibid.* p. 141.



no puede, ni tan de cerca, ser comparada con la actual sin caer en un inevitable anacronismo. Así bien, las transgresiones de las leyes fundamentales –incluyendo aquí también al conjunto de derechos individuales– por parte de un acto del rey, quien también ejercía el poder legislativo, se traducen en el *desaforamiento*: la carta real es *carta desaforada* y no debe, por tanto, producir efectos; debe ser obedecida pero no cumplida. Las *Partidas* (3, 18, 29) sistematizan esta figura –recogida también en la *Novísima Recopilación*¹⁷⁷– distinguiendo

¹⁷⁷ *“Porque acaesce, que por importunidad de algunos o en otra manera nos otorgaremos y libraremos algunas cartas o albaláes contra Derecho, o contra ley, o fuero usado; por ende, mandamos, que las tales cartas o albaláes que no valan ni sean cumplidas, aunque contengan que se cumplan non embargante cualquier fuero o ley, o ordenamiento, o otras qualesquiera clausulas derogatorias”* Enrique II en Toro año 1369, ley 24 y año 1371, ley 24; y Juan I en Burgos año 1379, pet. 37; ley segunda del título 4 del libro III de la *Novísima Recopilación*.

“Nos pidieron por merced, que porque algunos ornes de nuestros sennorios ganan cartas para desatar los Ordenamientos que nos fezimos en las Cortes e Ayuntamientos por servicio de Dios e nuestro, e que mandásemos que las tales cartas que sean obedecidas e non cumplidas, e lo que es fecho por Cortes o por Ayuntamientos que non se pueda desfazer por las tales cartas, salvo por Cortes. A esto respondemos, que nos avernos ordenado que las cartas que fueren ganadas contra Derecho que sean obedecidas e non cumplidas fasta que” (Cortes de Burgos 1379, pet. 37).

“Mandamos, que si alguna carta emanare desaforada... non sean cumplidas hasta que nos las envien a mostrar, y proveamos como la nuestra merced fuere... Si otras cartas algunas fueren dadas desaforadas contra fueros, y leyes y



según que la carta vaya “contra derecho de nuestra fe”, “contra los derechos del rey”, “contra derecho del pueblo comunalmente” o “contra derecho de algún *ome* señalado”.

La institución que de aquí se extrae es la conocida fórmula *obedézcase pero no se cumpla*. Ésta, que apriorísticamente pudiera pensarse que pertenece a los derechos de la nación, como manifestación de la potestad de inaplicar una norma regia contraria a la legislación fundamental, es, indubitadamente, un derecho individual. Y ello dado que, si bien tal deber de obediencia recogido en la fórmula era, en abstracto, incardinable a todo el reino y no requería de ningún acto concreto para su respeto, ese incumplimiento normativo prescrito por la fórmula sí que precisaba, necesariamente, de la conducta activa de un sujeto; no puede desobedecerse nada sino por alguien en concreto y en una situación también concreta. Este derecho se ejercitaba, por tanto, *ad casum*, por el sujeto activo del mismo, razón por la cual debemos concluir que pertenece a la esfera del individuo.

Es, además, un derecho garante de los demás, sin el cual la población se encontraría indefensa ante la promulgación de una norma que violara sus derechos subjetivos, los cuales no serían en tal caso sino “papel

privilegios, y usos y costumbres, que nos lo envien a mostrar, y entre tanto que esté sobreseída la ejecución, hasta que Nos mandemos proveer sobre ello fuere” (Alfonso XI en Valladolid año 1325, pet. 3 y en Madrid año 1329, pet. 77). Todo cit. en NIETO, A., *El derecho...op. cit.* pp. 56-57.



mojado”.

Aún más, ahondando en esta idea, cabe añadir que existía la conocida como *restitución en Cortes*, por la cual debía el rey reparar todos los agravios cometidos, ya fuera por su persona o por sus oficiales¹⁷⁸, figura bien estudiada LALINDE ABADÍA¹⁷⁹. De su satisfacción se

¹⁷⁸ A tal efecto se “generaliza la práctica de juicios de residencia en Castilla y purgas de taula en Aragón, que no persiguen tanto la disciplina del oficial incumplidor como la reparación del daño producido al perjudicado”. La vigilancia real especializada empieza a extenderse en Castilla y León mediante pesquisidores o veedores, que visitaban lugares concretos—ordinariamente previa denuncia—para indagar hasta qué punto había sido correcta la conducta de los oficiales permanentes en- cargados de la justicia territorial. NIETO, A., *El derecho...op. cit.* p. 64.

¹⁷⁹ “Corresponde a las Cortes la reparación de la cesión de derechos subjetivos, que en latín recibe el nombre de 'gravamen' y en las lenguas romances el de 'agravios', 'greujes' y similares. El 'agravio' aparece caracterizado, en general: a) por haber sido cometido por un oficial dentro del ejercicio de su función; b) por haber lesionado una situación individual protegida por una norma general o particular; c) por no poder ser reparado por otra vía. Los recibidos en cada territorio o reino van siendo anotados y especificados en unos 'memoriales', que son los presentados en las Cortes al rey para que disponga su reparación. De ésta suele depender en gran parte el que los estamentos accedan a las pretensiones reales, sobre todo en materia fiscal” Es curioso como las cortes intentaban que tales reparaciones precedieran a la deliberación en materia tributaria, para de este modo poder presionar al monarca. LALINDE, *Iniciación histórica al Derecho español*, 6ª Ed., EUB, Barcelona, 1998, p. 503.



hacía depender que los estamentos accedieran a las pretensiones reales, especialmente a las de carácter tributario, pues recordemos que a ellos correspondía la aprobación de nuevos impuestos. Por ello, interesaba a las Cortes que la aceptación regia de sus súplicas tuviera lugar con antelación, pues de lo contrario perderían su poder de negociación. Es un hecho en que insisten especialmente "en la Corona de Aragón y en Navarra, declarándose en este último reino en 1558 la necesidad de hacerlo como requisito previo para la convocatoria de las Cortes".¹⁸⁰

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO PLANAS, J., *El pensamiento jurídico primitivo*, Ed. Nueva Acrópolis, Madrid, 1986.

ÁLVAREZ ALONSO, C., Un rey, una ley, una religión (goticismo y constitución histórica en el debate constitucional gaditano), en *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional*, nº1, 2000.

ARAGÓN REYES, M., Estado de Derecho y democracia, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 47/1996.

ARANDA FRAGA, F., Origen y cambios de una constitución según la filosofía política de Hegel, en *Invenio*, nº31-32, 2013.

¹⁸⁰ *Ibid.*



ARISTÓTELES, *Política*, trad. Manuela García Valdés, Editorial Gredos, Madrid, 1988.

BALMES, J., *Estudios políticos: el alto cuerpo colegislador*, 1843, en *Obras Completas*, Madrid, 1948-1950.

BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, trad. J.F. Fernández Santillán, Fondo de cultura económica, México, 1986.

BÖCKENFÖRDE, E.W., *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, trad. Rafael de Agapito Serrano, Trotta, Madrid, 2000.

BODIN, J., *Los seis libros de la República*, trad. Pedro Bravo Gala, Tecnos, 4ª ed, 2010

BURDIEL, I., *Isabel II. Una biografía (1830-1904)*, 7ª ed., Taurus, Sabadell (Barcelona), 2016

BURRIEL, A., *Carta del Padre Burriel a D. Juan Ortiz de] Amaya sobre los Fueros y Leyes del Reyno*, en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/320>.

CASTELLANO, J. L., *Las Cortes de Castilla y su Diputación (1621-1789). Entre pactismo y absolutismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

CORONAS GONZÁLEZ, S., *De las leyes fundamentales a la constitución política de la monarquía española (1713-1812)*, en *Anuario de Historia del Derecho*, nº81, 2011.



- Las leyes fundamentales del Antiguo régimen (notas sobre la constitución histórica española), en *Anuario de Historia del Derecho*, nº 65, 1995.

- Leyes fundamentales y constitución de la monarquía española de 1812, en *Iura vasconiae: revista de derecho histórico y autonómico de Vasconia*, nº8, 2011.

- Martínez Marina y el "ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación de León y Castilla (1808), en *Glossae: European Journal of Legal History*, nº10, 2013.

- España: Nación y Constitución en *Anuario de Historia del Derecho español*, nº 75, 2015.

- En torno al concepto de Constitución Histórica Española, en *Notitia Vasconiae. Revista de Derecho Histórico de Vasconia*, nº2, 2003.

DE OTTO, I.: *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 1991.

- DE OTTO, *Lecciones de Derecho Constitucional. Introducción*, recogido en *Obras Completas*, Universidad de Oviedo, Oviedo-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Oviedo, 2010.

DE SALAZAR, J., *Política española*. 1619, edic. de HERRERO GARCIA, M., C.E.P.C., 1997.

DE SANDOVAL, F., *Historia de la vida y hechos del emperador Carlos V*, Madrid, 1955.



DÍEZ DEL CORRAL. *El liberalismo doctrinario*. Madrid, 3ª edición, 1973.

DONOSO CORTÉS., *Consideraciones sobre la diplomacia, y su influencia en el estado político y social de Europa, desde la revolución de julio hasta el tratado de la Cuádruple Alianza*, en Miguel de Burgos, Madrid, 1834.

ESCUADERO, J. A., Martínez Marina y la teoría de las Cortes, en *Anuario mexicano de Historia del Derecho*, nº22, 2010.

FIORAVANTI, M., *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, trad. Adela Mora y Manuel Martínez, Trotta, Madrid, 2014.

FLÓREZ ESTRADA, A., *Constitución para la Nación española*, Swinney y Ferrall, Birmingham, 1810, accesible vía <https://bit.ly/3jQgStC> .

FROSINI, T.E., Il Costituzionalismo di Bruno Leoni, recogido en la *Rivista telemática giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, nº 1/2014, p. 1, accesible vía <https://n9.cl/2lr0n>.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1985.

- *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Taurus, Madrid, 1972.



-*La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1974.

GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho. El origen y la evolución del Derecho*, Madrid, 1964

GARCÍA-PELAYO, M., *Constitución y Derecho constitucional*, en *Revista de estudios políticos*, nº 37-38, 1948.

- *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968.

- *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1977.

GARCÍA-TREVIJANO FORTE, A.: *Teoría pura de la democracia*, MCRC, Madrid, 2016.

HASPERUÉ, H.D., *¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes? vicisitudes de una pregunta*, recogido en la obra colectiva *XIV Jornadas de Investigación y Tercer Encuentro de Investigadores en Psicología del Mercosur. Facultad de Psicología - Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 2007, accesible vía <https://www.academica.org/000-073/431.pdf>.

HAYEK, F.: *Los fundamentos de la libertad*, trad. José Vicente Torrente, 6ª ed., Unión Editorial, Madrid, 1998.

HEGEL, *Filosofía del Derecho*, Claridad, trad. Angélica Mendoza de Montero, 5ª ed., Buenos Aires, 1968, accesible vía <http://n9.cl/r5cil>.



HINOJOSA, E., *Historia del Derecho Romano según las más recientes investigaciones*, Anacleta Ediciones, Pamplona, 2002.

HOLMES, S., Precommitment and the Paradox of Democracy, en *Constitutionalism and Democracy*, Jon Elster & Rune Slagstad, 1988, pp. 210, accessible vía <https://n9.cl/sbkza>.

IGLESIAS, C., *El pensamiento de Montesquieu: ciencia y filosofía en el siglo XVIII*, Galaxia Gutenberg- Círculo de Lectores, Barcelona, 2005.

LEONI, B., *La libertad y la ley*, 3ª edic., trad. por Cosmopolitan Translation Service Ltd., Unión Editorial, Madrid, 2010.

LALINDE ABADÍA, *El pactismo en la Historia de España*, Instituto de España, Madrid, 1978.

- *Iniciación histórica al Derecho español*, 6ª Ed., EUB, Barcelona, 1998.

LIMA TORRADO, J.: Antecedentes normativos de los derechos humanos en la Baja Edad Media, en *Revista DIREITO UFMS*, junio/2015.

LOEWESTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1986.

LÖSING, N., *La jurisdicción constitucional como contribución al Estado de Derecho*, recogido en la obra colectiva *La Jurisdicción Constitucional, Democracia y*



Estado de Derecho, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2005, p. 58, accesible vía <https://n9.cl/r30rs>.

MARTÍNEZ MARINA, *Carta sobre la antigua costumbre de convocar las Cortes de Castilla para resolver los negocios graves del Reino*, accesible vía <https://cutt.ly/Jmz6S7g>

- *Teoría de las Cortes*, Madrid, 1813 (reedición de la edición de 1820 con estudio preliminar de J. A. Escudero, Oviedo, Colección Clásicos Asturianos del Pensamiento Político, 1996

McILWAIN, C.H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*, trad. Juan José Solozábal, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016.

MEJÍA PÉREZ, A., *Autoridad y verdad: Schmitt, Kelsen y Strauss, lectores de Hobbes*, Guillermo Escolar Editor, Madrid, 2018.

PANI, E., *Historia mínima de Estados Unidos*, Turner, Madrid, 2016.

PECES-BARBA, G., Sobre el valor de la ley y el gobierno de las leyes, en *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, nº 3/2000, consultado vía <https://n9.cl/din28>

- *Historia de los derechos fundamentales*, vol.1 *Tránsito a la modernidad. Siglos XVI y XVII*, Dykinson, Madrid, 1998.



PEREIRA MENAUT, A.C., Estado de derecho y *rule of law*, en *Nueva revista de política, cultura y arte*, febrero/2014, accesible vía <https://cutt.ly/8F1bK3k>

- La Constitución Británica, ¿es histórica o es historia?, en *Revista chilena de Derecho*, nº3, 1990.

PÉREZ-PRENDES, J.M., Derechos y libertades en la Edad Media, *Interpretatio. Revista de Historia del Derecho*, nº 10/2004.

RIAZA, R., Recensión de la obra de v. KELLER, R.: *Freiheitsgarantien für Person und Eigentum im Mittelalter. Eine Studie zur Vorgeschichte moderner Verfassungsgrundrechte*, Heidelberg, Winter, 1933, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. 10/1933.

RODRÍGUEZ PANIAGUA, J.M., *Historia del pensamiento jurídico*, 5ª ed., Facultad de Derecho- Universidad Complutense, Madrid

ROUSSEAU, *El Contrato Social*, Plutón Ediciones, Barcelona, 2013.

SÁNCHEZ ANDRADA, F., Anamnesis del mundo clásico en la configuración política de los Estados Unidos de América, en *Res Pública. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, mayo/2020, accesible vía <https://n9.cl/0li4>.

SOLOZÁBAL, J.J., Sobre el principio de la separación de poderes, *Revista de estudios políticos*, nº 24/1981.

TOMÁS Y VALIENTE, F., Génesis de la Constitución de 1812. De muchas leyes fundamentales a una sola



Constitución, en *Anuario de Historia del Derecho español*, nº65, 1995.

- *Códigos y Constituciones. 1808-1978*, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

-
VALDEAVELLANO, L.G., *Curso de Historia de las Instituciones españolas. De los orígenes al final de la Edad Media*, Alianza Editorial, Madrid, 1998.

VALLEJO, J., Geografía constitucional ilustrada, en *Historia. Instituciones. Documentos*, nº 25, 1998.

VALLET DE GOYTISOLO, J., *Sociedad de masas y Derecho*, Madrid, 1969.

- La nueva concepción de la vida social en los pactistas del siglo XVII: Hobbes y Locke, en *Verbo (Madrid)*, nº 119-120, 1973, pp. 911-913.

- Las diversas clases de pactismos históricos. Su puesta en relación con el concepto bodiniano de soberanía, en *Anales de la Fundación Francisco Elías de Tejada*, nº9, 2003.

VARELA SUANZES, J., La construcción del Estado en la España del siglo XIX. Una perspectiva constitucional, en *Cuadernos de Derecho Público*, nº6, 1999.

- La doctrina de la Constitución histórica de España, en *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 6/2010.



- La monarquía en el pensamiento de Benjamín Constant (Inglaterra como modelo), en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº10, 1991.

WILHELMOSEN, A., El manifiesto de los persas: una alternativa ante el liberalismo español, en *revista de estudios políticos*, nº12, 1979.

ZEZZA, M.: Recensión al libro de Fernando LLANO ALONSO, *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, Aranzadi, Navarra, 2017, en *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, nº 39/2018.