

LA INFLUENCIA DEL LIBERALISMO EN EL MUNDO JURÍDICO

Alberto DORREGO DE CARLOS*

Mi intervención en esta jornada conmemorativa del bicentenario de la Constitución de Cádiz y del irremplazable papel desempeñado por los abogados, y juristas en general, en el alumbramiento del Estado constitucional a ambos lados del Atlántico debe comenzar manifestando mi sincero agradecimiento a sus inspiradores y organizadores, así como a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Muy especialmente quiero dar las gracias a mi admirado, respetado y querido amigo Luis Martí Mingarro, *primus movens* de este encuentro, que lo ha concebido como un vehículo aglutinador de la abogacía iberoamericana, sumándolo a la ingente, tenaz y fructífera tarea desarrollada con este mismo propósito a lo largo de toda su vida; particularmente durante aquellos irrepetibles años en los que lideró, con tanta sabiduría y altura de miras histórica, la abogacía española.

La generalidad del rótulo de esta ponencia, que siempre proporciona confortable cobijo al ponente, y la erudición de quienes me han precedido en el uso de la palabra, hacen difícil introducir aportaciones novedosas o sugerentes en este debate, particularmente cuando se pretende realizar un enfoque de la cuestión, por ser el que es propio de mi especialidad profesional, desde una perspectiva preferentemente constitucional y iuspublicista, que ha sido ya objeto de una ingente literatura científica.

Antes que otra cosa quizá convenga subrayar que la propia expresión *movimiento liberal* o, sencillamente, *liberalismo*, nacida en las calles de Cádiz e incorporada desde entonces al acervo común universal en la ciencia política, carece de un significado unívoco. Como tantos otros conceptos políticos, éste nació también rodeado de una notable carga ideológica y polémica y resulta difícilmente comprensible fuera de su contexto geográfico y de su tiempo histórico.

* Abogado; letrado de las Cortes Generales.

Como gusta recordar mi maestro Benigno Pendás, *la política no es geometría* y los conceptos políticos deben examinarse siempre con suma precaución y sutileza. En el caso que nos ocupa, es sobradamente conocida la gran distancia que separa a los términos *liberal* o *liberalismo* en Europa y América, hasta el punto de llegar a representar en la actualidad posiciones políticas situadas en las antípodas del espectro político-electoral. No significa lo mismo un *político liberal* o una *acción liberal* en Estados Unidos de América, en Colombia o en México, que en España o en Francia.

Partiendo de esta evidencia, y más allá de disquisiciones técnicas, sí podemos aceptar que el *movimiento liberal* es la obra desplegada por la burguesía para derrumbar el antiguo régimen y el Estado absoluto y construir un nuevo orden político fundado, de forma radical e irreductible, sobre los principios de *igualdad, libertad y propiedad*.

El nuevo Estado, el *Estado liberal* nacido en las revoluciones atlánticas a finales del siglo XVIII, se define —precisamente— por tener como fin fundante y elemento axiológico vertebral la preservación de la libertad del ser humano, del individuo, frente al poder político; esto es, frente al propio Estado.

El artículo 2o. de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada en plena efervescencia revolucionaria la noche del 26 de agosto de 1789, lo expresa con belleza difícilmente superable: “La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.

Estos principios políticos, en los que se asienta el nuevo Estado, son proclamados en nombre de una razón natural inmanente, y resultan, por tanto, según proclama la Declaración de Independencia Norteamericana, “*self-evident*”; evidentes por sí mismos.

Para el movimiento liberal, la realización efectiva de los nuevos fines del Estado: la libertad, la igualdad y la defensa de la propiedad, sólo puede garantizarse a través del derecho. Mediante la sustitución de la voluntad discrecional del soberano como fuente de todo poder político por un sistema de dominación objetiva basado en el *imperio de la ley*. En palabras de John Adams, mediante un “government of laws, not of men”, un gobierno de leyes, no de hombres.¹

Este principio, esto es, la vinculación indisoluble de la *libertad y el derecho*, constituye otra de las señas de identidad definitorias de aquellos pioneros.

¹ Adams, John, *Novanglus Essays: Addressed to the Inhabitants of the Colony of Massachusetts Bay*, núm. 7, 6 de marzo de 1775.

El *imperio de la ley*, el *rule of law* en su expresión anglosajona, se encuentra inseparablemente unido al concepto moderno de Constitución. Esto es, a la idea de una norma jurídica, expresión del pacto fundante entre los individuos y el Estado, que impone obligaciones de orden superior (una “*higher obligation*”) a gobernantes y gobernados. En suma, a la feliz distinción entre el *poder constituyente* (el titular del poder soberano) y los *poderes constituidos* (todos los nacidos del pacto constitucional).

Surgen aquí ya los primeros matices importantes. Mientras en el constitucionalismo norteamericano el titular de la soberanía, y, por tanto, del poder constituyente es el pueblo americano (“we, the people...”, afirma el preámbulo de su Constitución), en la Francia revolucionaria se vincula a un concepto algo más evanescente y siempre más polémico: *la nación*.

En el caso de la Constitución de Cádiz la literalidad del artículo 3o. se formula aún en términos más enigmáticos: “La soberanía reside esencialmente en la nación...”. Si bien pronto aclara que “corresponde [a la nación] el derecho a establecer sus leyes fundamentales...”.

La distinción entre poder constituyente y los poderes constituidos conduce inexorablemente al principio de *supremacía constitucional*, esto es, a la suprallegalidad de la norma fundante (denominada por ello *norma normarum*). El pacto constitucional sólo puede ser alterado mediante un *acto contrario* de soberanía y nunca por la actuación de alguno de los poderes constituidos, incluso aunque tal poder sea el Parlamento. Por ello se establecen procedimientos especiales para su reforma, naciendo así el concepto que James Bryce² denominó, en su conocido opúsculo, la *rigidez constitucional*.

Todo ello pronto traerá como consecuencia la posibilidad de someter a control jurídico las leyes aprobadas por los Parlamentos y la expulsión del ordenamiento jurídico de aquéllas que subrepticamente pretendan alterar la Constitución sin contar con el consentimiento del poder soberano.

Esta construcción jurídica, en mi opinión la más trascendental de nuestra historia contemporánea, tuvo una formulación genuinamente norteamericana, y sólo de forma titubeante y con poco convencimiento se fue abriendo camino a lo largo del siglo XIX y principios del XX en Europa.

Sus bases se encuentran en la célebre sentencia de 1803 de la Corte Suprema estadounidense, *Marbury vs. Madison*, en la que el juez John Marshall resolvió la espinosa cuestión del nombramiento de los *midnight judges*, de la cual nacería, con el paso de los años, toda la arquitectura constitucional de la *judicial review*.

² Bryce, Viscount James, “Flexible and Rigid Constitutions”, *Studies in History and Jurisprudence*, 2 vols., Oxford University Press, 1901.

El modelo *austro-kelseniano* de jurisdicción constitucional concentrada, establecido en España en 1931 y en nuestra vigente Constitución, se nutre de aquellos mismos principios liberales. Eso sí, aderezada con ciertas dosis añadidas de desconfianza hacia el Poder Judicial que periódicamente nos pasan la correspondiente factura.

Retornando de nuevo a los orígenes, es obvio afirmar que el concepto de Constitución y su supremacía sobre el conjunto del ordenamiento constituyen la más importante aportación del movimiento liberal al mundo jurídico. Por ello la nueva forma política que irrumpe en aquellos primeros años del siglo XIX se denomina, con toda justeza, el Estado constitucional.

Pero la Constitución no es, ni puede ser, sólo *forma*. La Constitución es una norma jurídica que garantiza el cumplimiento de los fines irrenunciables del Estado y que justifican su existencia misma. Esto es, los principios de *igualdad*, *libertad* y defensa de la *propiedad*. Los principios, evidentes por sí mismos, del liberalismo político.

Mejor que en ninguna formulación doctrinal, esta idea se refleja en el celeberrimo artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano: “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada y la separación de poderes establecida, no tiene Constitución”. Éste es el auténtico concepto *material* de Constitución liberal; aquella que se sustenta sobre estas dos premisas, sin cuya concurrencia, sencillamente, no existe.

En primer lugar el reconocimiento de una esfera jurídica intangible del individuo e inmune frente al poder. Se trata de los *derechos fundamentales*, de los derechos constitucionales del individuo frente al Estado, también denominados *libertades públicas* o, con la precisión dogmática característica de la escuela alemana de derecho público, *derechos públicos subjetivos*.

Al igual que sucede con el resto de las grandes conquistas de la civilización occidental, no estamos ante una categoría jurídica enteramente nueva. Sus raíces se hunden en la baja edad media europea, como ardorosamente afirmaba en sus discursos gaditanos Martínez Marina, y sus manifestaciones en cartas otorgadas, fueros y privilegios, así como en el derecho recopilado son muy numerosas y bien conocidas. Nuestras *Partidas*, las leyes de los castellanos libres, al igual que el *Common Law* inglés, el *Law of the Land*, constituyen el sustrato histórico de los derechos fundamentales de hoy.

Las declaraciones positivas de derechos constitucionales del individuo indudablemente beben de aquella tradición jurídica (excesivamente mitificada en Cádiz) al igual que de la lucha por la libertad religiosa desde mediados del siglo XVI, que tiene menos relevancia en España pero un significado determinante en el constitucionalismo americano y francés.

Sin embargo, sus fundamentos filosófico-políticos, tanto en el terreno epistemológico como axiológico, son muy diferentes: La declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, las Diez Enmiendas de 1791 que integran el *Bill of Rights* en la Constitución norteamericana, y los derechos de los ciudadanos dispersamente positivizados en la Constitución de 1812 no nacen de la historia sino de la razón universal y de una concepción radicalmente antropocéntrica de la realidad. En suma, del iusnaturalismo racionalista surgido en la Ilustración política.

La Constitución de Cádiz no contiene una declaración de derechos, *stricto sensu*, si bien sí existen derechos públicos subjetivos positivizados a lo largo de su extenso texto. Siempre me ha impresionado la lectura de los artículos 286 y siguientes, relativos a “La Administración de justicia en lo criminal”, que constituyen una expresión elocuente del derecho a la libertad personal; además brillantemente regulada desde un punto de vista técnico-jurídico.

Sin embargo, a partir de la Constitución liberal de 1837 todos los textos constitucionales españoles han contenido y contienen una regulación codificada de los derechos fundamentales del individuo frente al Estado. Como clara herencia de aquel primer movimiento liberal e ilustrado, nuestra vigente Constitución proclama hoy en su artículo 10.1 que “...la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes” constituyen el *fundamento* mismo de nuestro “orden político”.

El segundo de los axiomas definitorios del nuevo Estado constitucional era, como hemos visto, la *separación de poderes*.

Este principio, de raíz igualmente ilustrada, no constituye para los liberales un fin en sí mismo, sino un instrumento esencial para garantizar la libertad del individuo y el imperio de la ley.

Partiendo de distintos matices filosóficos en Locke y Montesquieu, la separación de poderes se inserta en los textos constitucionales de forma muy distinta en Europa y en América, naciendo de esta distinción, y del diferente modo de entender las relaciones entre el Legislativo y el Ejecutivo, las dos grandes formas de gobierno que hoy existen en el mundo occidental contemporáneo: el *presidencialismo* y el *parlamentarismo*.

En los Estados Unidos de América primero, y en el resto de la nueva América libre después, la separación de poderes se consagra constitucionalmente en su versión más pura. Existen dos poderes concurrentes, con su propia legitimidad democrática, que actúan con independencia sobre la base de un delicado sistema de *checks and balances*, que garantizan su control recíproco.

En Europa, particularmente en la Europa continental, el panorama era muy distinto a fines del siglo XVIII. Existía ya un Estado, un *Estado absoluto*, con un monarca titular único de la soberanía y unos *instrumenta regna* eficientes y sometidos al mismo: la burocracia estatal y el ejército (la fuerza pública). El Parlamento legislador hubo de abrirse un espacio constitucional sobre las ruinas de aquel *viejo Estado*, y lo hizo bajo la forma política convencionalmente denominada como *monarquía constitucional* o *monarquía limitada*, en virtud de la cual todo el poder Ejecutivo se atribuye al rey (ahora constitucional) y al viejo aparato burocrático y militar del Estado dependiente del mismo.

De forma lenta y evolutiva, casi imperceptible, generalmente a través de simples usos y costumbres parlamentarias, la *monarquía constitucional* fue paulatinamente transformándose en *monarquía parlamentaria*; aquella en la que —en célebres palabras de Adolphe Thiers— *el rey reina pero no gobierna*. Un rey transformado en un *pouvoir neutre*, como lo teorizara Benjamin Constant, concebido como un «*être à part, supérieur aux diversités des opinions*», sin otro interés (muy al gusto de los doctrinarios franceses) que el de mantener el “orden y la libertad”.³ En la Monarquía parlamentaria el rey “arbitra y modera el funcionamiento de las instituciones” (artículo 56.1 CE) y sus facultades *non-written*, como las sintetizara agudamente Walter Bagehot al describir la monarquía británica, no son otras que las siguientes: “...the right to be consulted, the right to encourage, the right to warn”.⁴

En el llamado sistema parlamentario, que es una realidad política en la Inglaterra victoriana y, poco a poco, en la Europa continental a lo largo del siglo XIX, el Poder Ejecutivo se desplaza progresivamente hacia la *mayoría parlamentaria*. El gobierno, el gabinete, no es más que un *comité de la mayoría*, y el primer ministro su líder político. La esencia del sistema parlamentario es la existencia de una relación de confianza política permanente entre la mayoría parlamentaria y el Ejecutivo, que pasan a formar, en palabras de Harold Laski, una suerte de *unión hipostática*. En los sistemas parlamentarios europeos se desdibuja, hasta hacerse prácticamente irreconocible, la sepa-

³ La doctrina del *poder neutro* o del *poder moderador* fue por primera vez expuesta por Benjamin Constant en 1814 al hilo de la Carta otorgada de Luis XVIII, en el opúsculo titulado *Reflexions sur les constitutions, la distribution des pouvoirs et les garanties dans une monarchie constitutionnelle*. De forma más acabada se contienen en su clásico *Principes de politique*, Paris, Eymery, 1815. Un excelente estudio sobre el tema se encuentra en Varela Suances, Joaquín, “La monarquía en el pensamiento de Benjamin Constant”, *Revista CEPC*, núm. 10, 1991, pp. 121-138. Sobre los doctrinarios, la obra clásica e insuperada sobre la materia sigue siendo la de Díez del Corral, Luis, *El liberalismo doctrinario*, Madrid, IEP, 1945.

⁴ Bagehot, Walter, *The English Constitution*, Londres, Virtue & Co., Chapman and Hall, 193, Picadilly, 1867.

ración entre Poder Legislativo y Poder Ejecutivo. Esta *superposición o confusión* de poderes se transforma —lisa y llanamente— en *unidad de poder* cuando los partidos políticos, fuertemente centralizados, jerarquizados y disciplinados irrumpen abiertamente en la escena política y sustituyen a los diputados individuales y a los propios grupos parlamentarios.

Podría decirse que el dogma liberal de la separación de poderes experimenta en Europa durante el siglo XIX una *progresiva mutación*. Legislativo y Ejecutivo no son dos poderes sino, a lo sumo, dos funciones diferenciadas derivadas de una misma fuente de poder político.

Los *checks and balances* cambian y el equilibrio de poderes se desplaza íntegramente hacia el sistema judicial (una justicia plenamente profesional e independiente políticamente) y a la administración pública, en su más amplio sentido. Una administración neutral políticamente atendida por funcionarios independientes e inamovibles que, *sine ira et studio*, gestionan el aparato público. Éste es el modelo político real que se instala en Europa desde finales del siglo XIX, aunque los textos constitucionales no terminan nunca de reflejarlo en su exacta dimensión.⁵

Con todo, la herencia liberal de la separación de poderes en absoluto debe considerarse fenecida en los sistemas parlamentarios contemporáneos. Pervive hoy en Europa y en nuestro sistema político fundamentalmente asociada al principio de independencia del Poder Judicial. “La Justicia —dice el artículo 117.1 de la CE— emana del pueblo y se administra... por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley..”. Una norma no muy distante de los artículos 242 y siguientes de la Constitución de Cádiz.

Más allá de las anteriores pinceladas teóricas, la influencia del movimiento liberal gaditano sobre el constitucionalismo español y americano del siglo XIX se halla fuera de toda duda. Los estudios históricos al respecto son muy numerosos y bien conocidos por todos.

España y la América española nacen al nuevo *Estado constitucional* en Cádiz. Y el Estado constitucional no es otra cosa que el *Estado liberal*. Al menos para quienes seguimos creyendo, con toda convicción, en la plena vigencia del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Sin embargo, la influencia del liberalismo no se limita a los textos constitucionales que se suceden a lo largo de nuestra convulsa historia constitucional. El ideario liberal se irá proyectando progresivamente sobre el

⁵ El más clásico estudio doctrinal español sobre la materia se debe a García Pelayo, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Editorial, 1977. También *El Estado de partidos*, Madrid, Alianza Editorial, 1986.

conjunto de nuestro sistema jurídico, en sus diferentes ramas, y su expresión más notable y definitoria será, sin lugar a ninguna duda, el proceso de codificación.

La codificación del siglo XIX constituye, en efecto, la manifestación más característica del racionalismo liberal e ilustrado, al cual se encuentra indisolublemente unida.

Como señalara Franz Wieacker, el código moderno no es una mera recopilación del derecho vigente, sino una ordenación racional, sistemática, unitaria y completa de todas las instituciones jurídicas relativas a una materia homogénea realizada sobre unas nuevas bases políticas y constitucionales: la libertad, la igualdad y la propiedad. Los códigos son el instrumento técnico del nuevo Estado liberal para romper con la vieja arquitectura jurídica del antiguo régimen y hacer patentes sus nuevos valores. Nacen para sustituir íntegramente un orden jurídico basado en los privilegios territoriales y personales, en los derechos estamentales, en la propiedad vinculada, los impuestos proteccionistas y la organización gremial mercantil por un nuevo *derecho de ciudadanos* libres e iguales.

A pesar de las muchas dificultades políticas existentes en aquella Asamblea, los juristas de Cádiz fueron indudablemente adalides del movimiento codificador, que discurrió en paralelo a la elaboración del texto constitucional desde que el 9 de diciembre de 1810 las Cortes aprobaran la propuesta del diputado catalán José Espiga y Gadea de constituir comisiones *ad-hoc* en su seno para la codificación civil, criminal y comercial.

Aun cuando no llegaron a culminar con éxito su empresa, las bases del proceso quedarían sentadas en el celebre artículo 258 de la Constitución: “El Código Civil y Criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía...”.

Un precepto del que —a partir del trienio— arranca la compleja historia de la codificación española del siglo XIX, siendo su no menos azarosa protagonista la Comisión General de Codificación, instituida por Joaquín María López en 1843.

El liberalismo constituye el nervio político del nuevo derecho penal y de la legislación procesal criminal, cuyas bases se establecen en el siglo XIX. El primer Código Penal español de 1822, redactado en pleno trienio por Calatrava y Martínez Marina y de efímera vigencia, es una derivación directa de los preceptos del texto gaditano aderezado con una notoria influencia utilitarista del singular Jeremy Bentham.

Lo mismo cabría señalar de la codificación procesal penal, más lenta en su gestación definitiva, cuyo alumbramiento se produce en el nuevo escenario revolucionario de 1868, con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870

(vigente, por cierto, 115 años, hasta 1985), en la que se establece con firmeza la separación entre la fase de instrucción y el enjuiciamiento; la Ley Provisional de 1872; la Compilación General de 1879 y, finalmente, la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Norma no superada por ninguna otra de su época desde el punto de vista de las garantías constitucionales del proceso penal y que los abogados españoles de hoy no pocas veces añoramos que estuviera vigente en su redacción originaria.

El movimiento liberal también aporta el fundamento político a la nueva y más temprana codificación mercantil, debida al genio de Pedro Sainz de Andino, que pone fin a la dispersión de ordenanzas y jurisdicciones propias vigentes en los inicios del siglo XIX. Y, por supuesto, forma parte de la esencia misma de la codificación civil, esto es, del derecho común de España, cuyas dificultades serán mucho mayores por confluir frente a ella dos enemigos igualmente antiliberales. Por un lado, los grupos sociales portadores de los intereses subsistentes del antiguo régimen, refractarios hacia la concepción liberal moderna, profundamente individualista, de la propiedad privada y de la autonomía de la voluntad. Por otro, los defensores *ultramontanos* del foralismo y del viejo privilegio territorial, radicalmente opuestos durante todo el siglo, con un terrible coste de sangre entre compatriotas, a la unificación legislativa de España proclamada como seña de identidad del programa liberal gaditano.

Ambas líneas de oposición a la modernidad liberal impidieron la consumación de la gran obra legislativa protagonizada por García Goyena, Luzuriaga y Bravo Murillo en 1851, articulada sobre el espíritu del *Code* napoleónico, y retrasarían la culminación del proceso de codificación hasta la Restauración, en 1889, si bien ya bajo unos postulados mucho más integradores con sus detractores en sus principios vertebrales.

Last but not least, el liberalismo proyectó una influencia fundamental en el nacimiento del derecho administrativo español, concebido éste, en célebre expresión de García de Enterría, como un proceso de "...lucha contra las inmunidades del Poder...".⁶

La administración contemporánea, como estudió magistralmente el maestro de publicistas, nació en la Revolución Francesa. Y en España, bajo su directo influjo, en la Constitución de Cádiz.⁷ La estructura territorial del Estado basada en provincias y municipios, gobernadas por ayuntamien-

⁶ García de Enterría, Eduardo, "La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962.

⁷ García de Enterría, Eduardo, *Revolución francesa y administración contemporánea*, Madrid, Civitas, 1998; también *La lengua de los derechos: la formación del derecho público tras la revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

tos, alcaldes, diputaciones y jefes políticos (posteriormente transformados en gobernadores civiles), está ya presente en el título VI de la Constitución gaditana y quedará definitivamente cerrada con la conocida Instrucción de Javier de Burgos de 1833.

Por otro lado, el sometimiento de la actuación administrativa al principio de legalidad y su progresivo control jurisdiccional, el establecimiento de un procedimiento equitativo y contradictorio de expropiación forzosa de bienes y derechos a los ciudadanos por causa de utilidad pública, o la responsabilidad patrimonial de la administración pública superando la vieja inmunidad absolutista, forman parte del mismo programa liberal enunciado en Cádiz y cuya síntesis no es otra que la plena sumisión a derecho de todos los poderes públicos.