

## PROPIEDAD COMO LIBERTAD: LA DECLARACION DEL DERECHO DE 1812

*La Nación está obligada, dice la Constitución en el artículo 4º del capítulo 1, título I, a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos sus individuos que la componen*

LÓPEZ, 1820

SUMARIO —I La definición de un derecho. 1 El único derecho constitucionalmente declarado —2. Definiciones constitucionales de propiedad y libertad —3 Divergencias efectivas respecto al concepto de propiedad —II La significación de un derecho: 4 Cultura básica, la ley agraria.—5. Cultivo propio, el censor ilustrado —6 Civilización común, la matriz loquiana —III. La constitución de un derecho. 7. La deficiencia de la legislación —8 La necesidad de la jurisprudencia.—9 La inteligencia de la Constitución —IV La posición de un derecho. 10 Dominio social —11 Poder político —12. Materialización final

La primera Constitución de confección española no se sabe muy bien cómo empieza. Es seguro que no llevaba una exposición de motivos o algún discurso preliminar, pero tampoco comenzaba directamente por el articulado. El texto suscrito por los diputados arrancaba con una fórmula religiosa: «En el nombre de Dios Todo-poderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo, Autor y Supremo Legislador de la Sociedad...»; el publicado por la regencia lo hacía de una guisa más política: «Don Fernando VII, por la gracia de Dios y la Constitución de la Monarquía española, Rey de las Españas...» Es, por supuesto, un problema <sup>1</sup>, pero no parece que

---

<sup>1</sup> B. CLAVERO, «Materiales primeros para una historia constitucional de España», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989, pp. 841-857. Cito

lo sea de principios. La propia Constitución se ocupaba después de sentarlos. Cualquiera que fuese su inicio textual, venía jurídicamente a principiar igual que otras: por una declaración de derecho.

## I. LA DEFINICIÓN DE UN DERECHO

Este texto constitucional, tras identificar en sus artículos 1.º a 3.º la nación española como sujeto soberano y constituyente, procede a la declaración, reconociendo unos derechos que entiende de tal forma preconstituídos. Estamos en el título primero, *De la Nación Española y de los Españoles*, que dedica un primer capítulo a la primera y uno segundo a los segundos. El artículo 4.º, del primero de sus capítulos, reza exactamente así en la redacción que suscribieron los diputados: «La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los Individuos que la componen.» Parece resultar el derecho realmente primero, fundamental<sup>2</sup>; parece propiamente *el derecho*. El texto utiliza este término para referirse no al ordenamiento de la Nación, sino a estas facultades de sus individuos.

### 1 *El único derecho constitucionalmente declarado*

Era el derecho propiamente dicho, al que la norma viene expresamente a servir: la *libertad civil*, la *propiedad y demás legítimos de los individuos*. Estamos ante el reconocimiento constitucional de unos derechos subjetivos, de un derecho que así puede resultar constituyente de su ordenamiento objetivo. Antes que *la Nación* es sujeto *el Individuo*. Dicho de otra forma: estamos,

---

la Constitución de Cádiz por el referido texto de los diputados, facsímil en «Constituciones Españolas», *Boletín Oficial del Estado*, 1986, otras españolas por la colección que edita RAQUEL RICO, *Constituciones históricas Ediciones oficiales*, Sevilla, 1989

<sup>2</sup> FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, «Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español», pp 155-156, en sus *Códigos y Constituciones, 1808-1978*, Madrid, 1989, pp 153-173

en efecto, ante la *Declaración de Derechos*. Otra no contenía este texto. A lo largo del mismo se han buscado diversas facultades y garantías para componerse un elenco más cumplido, hallándose<sup>3</sup>, viéndose que no queda en mera postulación<sup>4</sup>, comprobándose suficientemente su eficacia<sup>5</sup>, estudiándose distintamente algunos de sus capítulos<sup>6</sup>. Más derechos parece que existen, pero para la concepción constitucional no es lo mismo el modo de comparecencia. Otras cosas aparecen como efecto de la norma, que por su disposición se establecen, mientras que los derechos dichos constituyen su causa, a la que su misma existencia responde. Es en rigor para ella, para la Constitución, *el Derecho*, su declaración. Otras entonces no hay<sup>7</sup>.

Son palabras importantes para entonces<sup>8</sup>. Escuchemos una voz de la misma época de vigencia del texto de 1812: «He aquí en resumen (en su artículo 4.º) la garantía que la ley fundamental presta a los manantiales de felicidad de todos los estados, a los principios que en toda clase de gobierno son lo que las palancas en la mecánica, o lo que las leyes de la atracción, descubiertas por el gran Newton, en la astronomía; a los principios preciosos y fecundísimos en aplicaciones benéficas para el género humano, que si no se consultan, si no se tienen presentes para la formación de las leyes, ya criminales, ya civiles o económicas, no se harán

<sup>3</sup> ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, «Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812», en *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 1983, pp. 347-365, MIGUEL ARTOLA, *Los derechos del hombre*, Madrid, 1986, pp. 113-114.

<sup>4</sup> JOSÉ M. ROMERO, *Proceso y Derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid, 1983, pp. 64-98.

<sup>5</sup> MARTA LORENTE, *Las infracciones a la Constitución de Cádiz. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid, 1988.

<sup>6</sup> CLARA ALVAREZ, «El derecho de seguridad personal y su protección en las dos primeras etapas liberales», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989, pp. 283-350, ALICIA FIESTAS, «La libertad de imprenta en las dos primeras etapas del liberalismo español», en el mismo *Anuario*, pp. 351-490.

<sup>7</sup> ENRIQUE LA PARRA, «Los derechos del hombre. Aceptación en España de las declaraciones francesas», en *Estudios de Historia Social*, 36-37, 1986, pp. 103-109, JEAN R. AYMES (ed.), *España y la Revolución francesa*, Barcelona, 1989.

<sup>8</sup> M.ª CRUZ SEOANE, *El primer lenguaje constitucional español (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, 1968, cap. V, TELMO VERDELHO, *As palavras e as ideias na Revolução Liberal de 1820*, Coimbra, 1981, parte I.

sino absurdos.» Y era ésta una entrada no al tratamiento general de los derechos, sino al abordaje particular de uno solo, *la propiedad*, el segundo mencionado y único que parece precisado <sup>9</sup>.

Estamos introducidos: he aquí el manantial, la palanca, la ley de la gravedad, los principios generadores de la Constitución y de todas las leyes, su inspiración tan benéfica como lógica, tan conveniente como obligada. Parece una idea consistente. Lo es al menos resistente. Bajo la Constitución de Cádiz, durante su segundo y más importante período de vigencia, que va de 1820 a 1823, en 1821 más concretamente, podrá publicarse: «La propiedad es la base de la sociedad política y de toda la legislación» <sup>10</sup>. Tras su tercera y última etapa, que se sitúa entre 1836 y 1837, en 1840 más en concreto, cuando ya ha sido sustituida, aún se proclama: «El derecho de propiedad es el verdadero derecho por excelencia, el que todos representa, el que los simboliza, el que los comprende a todos» <sup>11</sup>. Son pronunciamientos constitucionalistas característicos de un arranque que nos traerá algo más acá de la Constitución primera.

¿Es esto retórica? Era una forma ante todo de expresar un principio, de advertir lo primero que debe constatarse: la Constitución tiene esta base de Derecho. Y se hace respecto al derecho más identificable del mismo artículo de la declaración, el de la propiedad: manantial, palanca, ley física, principio moral, base social, verdadero derecho, cifra de todos los derechos y de todas las leyes. ¿Era ideología? ¿Tenía un sentido? ¿Cubría una función? ¿Así realmente se identificaba una base jurídica, el fundamento de un nuevo sistema como el constitucional? Es mi asunto actual, el de esta declaración de derechos que parece reducirse a la afirmación de la propiedad.

Su especificación de derechos parece, desde luego, insuficiente. Lo era. *Libertad civil* veremos que, entre libertad personal y libertad económica, no resultaba un concepto inequívoco; *legíti-*

<sup>9</sup> MARCIAL ANTONIO LÓPEZ, «Observaciones a Benjamín Constant», *Curso de Política Constitucional*, Madrid, 1820, II, p. 165

<sup>10</sup> RAMÓN SALAS, *Lecciones de Derecho Público Constitucional*, ed. José Luis Bermejo, Madrid, 1982, p. 79.

<sup>11</sup> JOAQUÍN M.ª LÓPEZ, *Curso político-constitucional*, ed. Antonio Elorza, Madrid, 1987, p. 112.

mos también comprobaremos que, entre capacidades humanas reconocidas y facultades legales concedidas, tampoco constituía una calificación inequívocamente identificativa. Sólo *propiedad* era un concepto suficientemente preciso de *derecho*. Pues se agrega dicha referencia a otros *legítimos*, no cabe descartar de entrada que éstos vengan, en efecto, identificados por las propias disposiciones ulteriores del mismo texto constitucional. Habrá que planteárselo para proceder a la dilucidación. Tendremos que hacerlo. Pero es cuestión exactamente posterior. Conviene comenzar por el principio, esclarecer ante todo lo primero, esto es, el derecho individual antes que el poder nacional, del que menos se ignora <sup>12</sup>.

Voy a ocuparme exclusivamente del sentido y la implicación, de la significación y el alcance, de dicha declaración constitucional de la propiedad como único derecho determinado, de dicho aparente comienzo de toda una historia jurídica. Tendré para ello naturalmente que extenderme a dicha cuestión del concepto y la relevancia, de la categoría y la posición, del *derecho* en sí y sin más. En último término, es ésta la cuestión que interesa. Pero hemos comenzado comprobando su identificación con la propiedad y por ello, dejando aparte cualquier idea que hoy se tenga tanto de ella como del derecho, así debemos centrarnos.

## 2. *Definiciones constitucionales de propiedad y libertad*

Como declaración muy sumaria de derechos ya se preparó el pronunciamiento que condujo al artículo 4.º de la Constitución de 1812, pero no se manejaba en principio una manifestación tan sumamente lacónica. El texto preparado por la Comisión encargada de la elaboración del proyecto constitucional registraba no sólo algún otro derecho, sino también algunas definiciones, incluida la que nos importa, la de un derecho de propiedad. Tampoco son muy expresivas unas actas parlamentarias, que tanto en comisión

<sup>12</sup> JOAQUÍN VARELA, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispano (Las Cortes de Cádiz)*, Madrid, 1983; XAVIER ARBÓS, *La idea de Nación en el primer constitucionalismo español*, Barcelona, 1986.

como en pleno sólo recogen aún resúmenes <sup>13</sup>, pero pueden ponernos en contacto con unas primeras definiciones.

El texto más desglosado de la Comisión de Constitución no sólo relaciona unos derechos, «la seguridad, la libertad y la propiedad», sino que también los define: «La seguridad consiste en ser cada individuo protegido por la fuerza pública contra la ofensa que se haga a su persona o sus derechos»; «la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a la sociedad, ni ofenda los derechos de otro»; «la propiedad es el derecho de gozar y disponer libremente de sus bienes y del fruto de su talento, de su trabajo y de su industria». Respecto a los mismos derechos, además se formula un principio de igualdad, añadiéndose así otro: «En el libre uso y goce de estos derechos todos deben ser iguales, y de este modo la igualdad es también uno de ellos» <sup>14</sup>.

Por lo que toca a la definición de la propiedad como derecho constitucional que aquí nos importa, su procedencia no es ningún secreto. Deriva de otras declaraciones, como las francesas más vecinas; la de 1789 no la ofrecía, pero la presuponía y se le manipuló para asegurarla; la de 1793 ya la había registrado cumplidamente en su artículo 16: «Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie» <sup>15</sup>. De esta concepción constitucional de la propiedad no faltaban ejemplos.

Tampoco el francés era el único. Por no salirnos de textos estrictamente constitucionales, ya el primero, la Constitución de Virginia de 1776, registraba la propiedad en el primer artículo de su parte primera de *Declaración de Derechos*, que así comen-

<sup>13</sup> RAFAEL COMENGE, *Antología de las Cortes de Cádiz*, Madrid, 1911, capítulo V; JOSÉ V. GÓMEZ RIVAS, «Notas sobre el origen y evolución de la Secretaría de las Cortes, 1810-1836», en *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, 1985, II, pp 613-628

<sup>14</sup> FEDERICO SUÁREZ (ed.), *Actas de la Comisión de Constitución, 1811-1813*, Madrid, 1976, pp 78-79

<sup>15</sup> JACQUES GODECHOT (ed.), *Les Constitutions de la France depuis 1789*, París, 1970, pp. 33-35 y 81, MARC SUEL, «La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. L'énigme de l'article 17 sur le droit de propriété. La grammaire et le pouvoir», en *Revue du Droit Public*, 1974, pp 1297-1318, STÉPHANE RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988, pp 266-271

zaban a especificarse como «enjoyment of life and liberty, with the means of acquiring and possessing property, and pursuing and obtaining happiness and safety»; y la misma declaración la reforzaba, a la propiedad, en el undécimo artículo mediante la garantía procesal, dicha al efecto sacra, del jurado. Era un relieve común por estos inicios <sup>16</sup>. Mas no es momento para distracciones <sup>17</sup>. No vamos a introducimos ahora en una filología de derivaciones que disperse y distraiga. La que nos importa es la de unas significaciones que concentre y explique. El mismo problema común podrá mejor emerger del propio caso singular.

Por estos lares, dichas definiciones no desaparecen de la circulación porque no pasen al texto constitucional definitivo. Una catequesis anticipa y propaga. «¿Qué es derecho natural?», se pregunta un catecismo civil para ofrecer una respuesta que ya mira ante todo a la propiedad: «La facultad que el hombre tiene por su naturaleza para adquirir y conservar lo que adquiere por su fuerza e industria.» El interrogante siguiente tampoco la olvida: «¿Cuáles son estos derechos? Son la libertad, la igualdad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.» Como no falta la definición: «¿En qué (consiste) la propiedad? En el derecho de gozar o disponer arbitrariamente de todos sus bienes y derechos.» El *derecho natural* se cifra en la apropiación y la propiedad resulta su disfrute <sup>18</sup>.

En el mismo año constitucional de 1812 otro catecismo puede traer la relación barajada por la Comisión de Constitución («¿cuáles son los derechos? La libertad, la seguridad, la propiedad y la igualdad») y ofrecer un concepto reforzado y refundido: «¿A qué se reduce el derecho de propiedad? A que cada uno pueda gozar

<sup>16</sup> JOHN PHILIPP REID, *Constitutional History of the American Revolution*, I, *The Authority of Rights*, Madison, 1986, cap 3, ELLEN FRANKEL PAUL y HOWARD DICKMAN (eds ), *Liberty, Property and the Foundations of American Constitution*, Albany, 1989

<sup>17</sup> STEFANO RODOTÀ, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata*, Bologna, 1981, cap II 1, JACQUES ATTALI, *Au propre et au figuré Une histoire de la propriété*, París, 1988, pp 305-323, MARCEL GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, París, 1989, caps 6 y 7

<sup>18</sup> ANDRÉS DE MOYA LUZURIAGA, «Catecismo de Doctrina Civil, Cádiz, 1810», en *Catecismos políticos españoles arreglados a las Constituciones del siglo XIX*, Madrid, 1989, pp 49-62 (p 55)

exclusivamente y disponer de sus bienes conforme quiera, y de los frutos de su talento, industria y trabajo, sin que nadie tenga facultad para privarle de ellos ni en el todo, ni en la parte»; en este momento de la definición se antepone, además, la de propiedad a la libertad, como tendiendo siempre a determinar su sentido<sup>19</sup>. Años después, en el segundo período de vigencia de la Constitución, unas mismas definiciones literales aparecen ordenadas conforme al elenco: libertad, seguridad, propiedad e igualdad. Sigue siendo la tercera la única expresiva de un derecho individual preciso y determinado<sup>20</sup>.

Que unas definiciones se repitan no significa que unos conceptos imperen. En la misma catequesis constitucional se refleja una disparidad de concepciones que, por todo lo que habrá de verse, no conviene que pase inadvertida. El problema reside, antes que en la propiedad, en la libertad, en su forma concretamente de sujetarse a las leyes. Los catecismos reiterativos citados definen *la libertad civil* que dice la Constitución como la libertad sometida a ley, pero con una mediación ya también obligada: «hacer todo lo que no perjudique a los derechos de otro y no esté prohibido por las leyes» así formalmente comprometidas, «sin que pueda prohibírsele otro que la ley», de dicha forma sustantivamente condicionada. Siguiendo o precediendo, son definiciones muy inmediatas a la de propiedad<sup>21</sup>.

Pero, afectando a propiedad, otra concepción de confesión igualmente constitucional también circula. Este es otro orden de razonamiento: «¿Cuáles son estos derechos (los naturales)? Son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. ¿Qué es libertad? La libertad —se responde— es poder obrar, hablar y escribir, respetando las leyes, la religión y las costum-

<sup>19</sup> D J C , «Catecismo político arreglado a la Constitución de la Monarquía Española. Para ilustración del pueblo, instrucción de la juventud y uso de las escuelas de primeras letras, Cádiz, 1812», en *Catecismos políticos*, pp 105-137 (p 109)

<sup>20</sup> APOLINAR CONTONI, «Cartilla de explicación de la Constitución política de la Monarquía española, para la instrucción de los niños de la Parroquia de Santiago de la Ciudad de Baza», Sevilla, 1821, en *Catecismos políticos*, pp 203-211 (página 207)

<sup>21</sup> D J C , *Catecismo político*, p 109-110, A CONTONI, *Cartilla política*, p 207.

bres. ¿Qué se entiende por propiedad? Los bienes adquiridos legítimamente, o los que hemos heredado o nos han dado». Hasta aquí nos importa <sup>22</sup>. Adviértase bien la secuencia. La ley no está comprometida con derecho; la libertad queda también sujeta a religión y costumbre; la propiedad resulta materialmente el patrimonio; ni siquiera se representa formalmente como derecho. No es entonces expresión de libertad. La catequesis constitucional que parte de la prevalencia de religión y ley llega a hacer desaparecer la propiedad como derecho <sup>23</sup>. Parece haber una conexión entre todo ello.

Vayamos registrando evidencias: las posiciones que se fundamentan constitucionalmente en la primacía de la libertad coinciden con las afirmativas de un derecho de propiedad privada, de la propiedad como derecho individual. No es que no hubiera por entonces excepciones en el mismo campo constitucional, incluso notables <sup>24</sup>, pero la composición básica y característica era ésta. De momento no parece que debamos extrañarnos de que la propiedad resultara el único derecho en definitiva declarado por la Constitución. La propia *libertad civil* tendía a cifrarse en *la propiedad* misma, o al menos a condicionarse, aunque se contemplasen y definiesen otros derechos constitucionales.

En el segundo período de vigencia de la Constitución se proyectó un desarrollo que confirma la apreciación. Me refiero al anteproyecto parlamentario de Código Civil de 1821, mediante el que quiso precisamente desarrollarse el artículo 4.º constitucional. Estos eran los artículos 34, 40.1 y 42.1 previstos en tal otro texto: «La libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal componen los principales derechos legítimos de los españoles»; «es libertad o propiedad personal: 1.º El derecho de conservar la existencia física y moral, y de aumentar sus goces y comodidades...»; «es propiedad: 1.º El derecho de aprovecharse

---

<sup>22</sup> «Catecismo político, dedicado al inmortal Quiroga», Pamplona, 1820, en *Catecismos políticos*, pp. 185-201 (p. 189)

<sup>23</sup> MANUEL LÓPEZ CEPERO, «Lecciones políticas para el uso de la juventud española», Sevilla, 1813, en *Catecismos políticos*, pp. 139-184, que también es exégesis de la Constitución

<sup>24</sup> RICHARD HERR (ed.), *Memorias del cura liberal don José Antonio Posse con su Discurso sobre la Constitución de Cádiz*, Madrid, 1984

y disponer libremente del producto de trabajo personal...»<sup>25</sup>. Estamos todavía tan sólo con definiciones y son las primeras las que ahora nos interesan. Algo que ya se ha insinuado se confirma: el derecho de propiedad puede resultar más que la propiedad material; comienza por ser *propiedad personal*, integridad física y moral, libertad individual.

Son unas definiciones. Mucho no dicen. Pueden crear incluso la impresión de que se dirigen a encubrir, no a revelar, unas realidades. Con toda su indeterminación, con toda su generalidad, sus mismos términos ya se prestan más al encubrimiento que a la revelación. Ni entonces ni hoy son la propiedad y la libertad cosas tan sencillas de determinar y especificar, tan fáciles de definir con fidelidad y honestidad. Pero una determinación y una especificación tuvieron. La necesitaban para poder cumplir su misma función constitucional, aunque sólo fuera, si lo resulta, ideológica. Se trata de avanzar en la inteligencia de lo primero para la comprensión de lo segundo.

### 3. *Divergencias efectivas respecto al concepto de propiedad*

Las cosas se discutieron y el debate siempre clarifica. Interesa ante todo el parlamentario, el de las mismas Cortes constituyentes. Ya hemos dicho que las actas no son muy expresivas, pero algo registrarán que nos permita algún progreso. Nuestro artículo constitucional, el que será cuarto, se debate en el pleno de carácter público del 30 de agosto de 1811. Viene ya en la versión que será aprobada, pero la aprobación no se produce sin controversia. Es ilustrativo lo que se dice en el poco espacio que el debate ocupa en unas actas<sup>26</sup>. En la sesión secreta del mismo día se plantea el problema de las deficiencias actuariales y publicitarias, pero no se incide en el asunto<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> JUAN F. LASSO (ed.), «Crónica de la Codificación Española», Madrid, tras 1970, 4 II, *Codificación Civil*, pp. 7-71 (pp. 31-32)

<sup>26</sup> *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias*, Madrid, 1870, III, n.º 332, pp. 1728-1731

<sup>27</sup> *Actas de las Sesiones secretas de las Cortes Generales Extraordinarias de*

La primera objeción que se suscita en el debate público, o al menos la que se registra, es ya la relevante: «Donde se dice *proteger la libertad civil*, interpondría yo *la religión, el orden público, la libertad*, etc., porque los individuos de la Nación no deben considerarse solamente con respecto a sí mismos, sino con respecto a la religión que profesa y protege el Estado, y al orden que debe subsistir en la sociedad.» Aparte encabezamientos, que también se alegan, en el proyecto no faltaba el artículo atinente a religión, que será el duodécimo: «La Religión de la Nación Española es y será perpetuamente la Católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra.» Estamos en el artículo único del capítulo segundo, *De la Religión*, del título también segundo, *Del territorio de las Españas, su Religión y Gobierno y de los Ciudadanos Españoles*. Con la pretensión de llevar este principio al mismo artículo 4.º, se trataba de anteponer tal compromiso religioso del ordenamiento al jurídico o de los derechos. Quienes defienden el proyecto arguyen la suficiencia de dicho otro artículo ulterior.

No resulta una mera cuestión de simple confesionalidad. Por una parte, la interposición del compromiso religioso arrastraba un tipo objetivo de derecho: «el orden que debe subsistir en la sociedad», como se ha dicho; por otra parte, y en sentido inverso, la anteposición de los derechos subjetivos marcaba en una dirección que habría de serles favorable la calificación de las propias leyes, sus condiciones expresas de sabiduría y justicia establecidas en el artículo 4.º y repetidas en el duodécimo. Parece que por lo primero, por los derechos, se define la justeza de las leyes, encontrándose lo segundo, la religión, con el condicionamiento y la competencia legislativa para imponerlo.

Algo encerraría el inciso de «leyes sabias y justas» cuando ha merecido improperios como el de «pegadiza cláusula que amañadamente ingirieron» unos constituyentes<sup>28</sup>; algo significaría cuando en la época, en 1820, adoptándose en Nápoles la Consti-

---

*la Nación española*, Madrid, 1874, p. 396, JOAQUÍN LORENZO VILLANUEVA, *Mi viaje a las Cortes*, Madrid, 1860, p. 277

<sup>28</sup> MARCELINO MENÉNDEZ PFLAYO, *Historia de los heterodoxos españoles*, edición de la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1978, II, p. 699

tución de Cádiz, se le acaba suprimiendo del artículo de la religión. Más que comprometer con ella al orden constitucional, parece que la confesionalidad gaditana suponía lo contrario. En el momento de la verdad de un título *De la instrucción pública*, que será el noveno, esto ya podría apreciarse a la vista del propio texto; en Cádiz prevalece Constitución; en Nápoles, Religión <sup>29</sup>.

La cuestión era de fondo. Podría jugarse en ella la suerte de los derechos. Hay unas concepciones entonces encontradas que veíamos exponerse en los catecismos y que vemos confrontarse en las Cortes. La distancia constitucional que media entre una y otra concepción puede ponerla de relieve la última intervención que se registra en el debate. Alega que para las mismas previsiones del proyecto resultaría contraproducente la mención de la religión en este artículo por tratar de la libertad precisamente: «Si se dijera que la Nación estaba obligada a proteger los derechos, etc., poniéndose entre ellos la religión, estableceríamos por dogma la tolerancia. Los Estados Unidos de América tienen establecido y jurado proteger la religión de todos los individuos de aquel Estado, de modo que allí existen todas las religiones libremente, y pueden ser del mismo modo ejercidas.» He aquí la diferencia que se resalta; he ahí la cuestión que se interpone. Esta Constitución reconoce como derechos unas libertades mal determinadas con exclusión bien definida de la religiosa. El problema existe.

Aunque la religión, desde luego, habrá de ocuparnos, es la propiedad como derecho lo que en particular nos interesa. De ella nada se dice en este debate o nada se registra en sus actas, ni en las públicas ni en las secretas. Lo visto, en todo caso, le importa. Hubo el intento de anteponer un orden social al derecho individual, que se saldó en fracaso. La concepción constitucional que podía llevar al desvanecimiento de la propiedad como derecho formal es objeto de rechazo en este proceso constituyente. «Se resolvió que no se hiciera adición alguna al expresado artículo», concluye el acta de su discusión. Ya podía apreciarse que no se trataba de un añadido, de una mera anticipación o simple reiteración de otro principio. Aquí se solventaba *el Derecho* que la

---

<sup>29</sup> A. AQUARONE, M. D'ADDIO y G. NEGRI (eds.), *Le Costituzioni italiane*, Milán, 1958, pp. 467 y 503, JUAN FERRANDO, *La Constitución española de 1812 en los comienzos del «Risorgimento»*, Roma, 1959, pp. 66-70 y 143.

Constitución concebía. Era el de carácter subjetivo, esto es, la libertad.

Tampoco quedaba absolutamente descartada la otra posibilidad, la de derecho objetivo. Gracias al artículo duodécimo, esta otra catequesis también era constitucional. ¿Cómo quedaban entonces las cosas? ¿Dónde la propiedad? Véase la Constitución. Su compromiso con otros principios preconstituidos distintos a los derechos individuales no deja de afectar a la misma propiedad. Su concepción como derecho no vuelve a comparecer en el texto constitucional a pesar de que no deja ulteriormente de contemplarse la garantía de las propiedades. Entra el concepto material, desvaneciéndose el formal. La misma confesionalidad no parece ajena al efecto por tratarse entre otras cosas de asegurar unos dominios eclesiásticos <sup>30</sup>.

Mírese cómo se desarrolla en 1820 el capítulo de la propiedad por parte del constitucionalista que empezaba ponderando el alcance de su presencia en el artículo 4.º como fuente de la entera Constitución de 1812. Tras las encendidas expresiones ya citadas, considera y explica los otros pasajes constitucionales referentes a propiedad sin advertir el mínimo cambio de concepto, concluyendo que se reúnen las previsiones oportunas y suficientes «para que nuestras instituciones no nos dejen cosa alguna que desear de cuanto tenga relación con la guarda del gran derecho de la inviolabilidad de las propiedades» <sup>31</sup>. El concepto formal se resuelve en el material, desactivándose otra potencialidad de la declaración del derecho de propiedad que no fuera la de simple y pura garantía de las propiedades existentes, así también virtualmente comprendidas las de carácter no individual.

Pero ¿existía una potencialidad genuina que así se desvirtuara? ¿Acudía la declaración del derecho de propiedad a una función más constitucional? ¿Qué significaba originariamente el pronunciamiento del artículo 4.º de la Constitución de 1812? Conviene que vayamos distinguiendo. Hagamos abstracción de otras cosas. Olvidemos, por ahora, el modo como el orden constitucional

---

<sup>30</sup> B. CLAVERO, *Origen constitucional de la codificación civil en España*, pp 64-68, en Carlos Petit (ed.), *Derecho privado y Revolución burguesa*, Madrid, 1990, pp 53-85

<sup>31</sup> M. A. LÓPEZ, «Observaciones a B. Constant», *Curso*, II, p 171

tenderá a concebirse bajo la misma vigencia del texto. ¿Qué podía entenderse en dicho artículo cuando las Cortes constituyentes lo aprobaron el 30 de agosto de 1811? ¿Qué podía suponerse y encerrarse en su concreción y atenuamiento a la propiedad?

## II. LA SIGNIFICACIÓN DE UN DERECHO

El debate constituyente nada nos ha dicho sobre este punto en concreto. En el exterior de las Cortes también lo hubo, pero esta Constitución, con toda la controversia que así la rodeara<sup>32</sup>, no nació acompañada de una publicística o un constitucionalismo que iluminara estas cosas. No ha tenido esta suerte<sup>33</sup>. Mas no desesperemos tan pronto. Para la recuperación de una lectura originaria, los mismos constituyentes nos ofrecerán alguna pista. No se trata de pasar a reconstruir la genealogía de unos conceptos o, menos aún, la filología de unos textos. Es cuestión, no sé si más sencilla, de hacernos con un entendimiento.

### 4. *Cultura básica, la ley agraria*

El artículo 4.º de la Constitución de 1812 tiene un trasfondo cultural propio que le da sentido y confiere alcance. No fue efecto de una importación improvisada. Respecto al derecho de propiedad que aquí nos ocupa, son las mismas Cortes constituyentes las que nos ofrecen una orientación decisiva, tampoco nada escondida, pero que conviene precisamente apreciar a este propósito. Nos conduce a algo tan notorio como el *Informe de la Ley agraria* de Jovellanos, de Gaspar Melchor de Jovellanos, por cuyo trámite

<sup>32</sup> ADOLFO DE CASTRO, *Cortes de Cádiz Complementos Extractos de las discusiones, datos, noticias, documentos y discursos publicados en periódicos y folletos de la época*, Madrid, 1913, M. ARTIOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, Madrid, 1959, M.ª C. SEOANE (y M.ª DOLORES SAIZ), *Historia del periodismo en España*, II, Madrid, 1983, cap. 2, MANUEL MORENO, *La generación española de 1808*, Madrid, 1989

<sup>33</sup> MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA, *La Constitución española de 1812 (El constitucionalismo liberal a principios del siglo XIX)*, Valencia, 1978

podremos entrar, efectivamente, en contacto con la cultura que late en nuestra declaración del derecho de propiedad <sup>34</sup>.

En las Cortes de Cádiz hay una Comisión de Premios que se muestra especialmente efusiva al fallecimiento de Jovellanos. Propone declararle «benemérito de la Patria» y aprovecha la ocasión para recomendar la lectura y la enseñanza del susodicho informe, «sistema de ley agraria tan admirable como querido de pobres y ricos», «acrecentamiento de las luces», «descubrimiento de la verdad», «desenvolviendo los principios de la naturaleza» y «los fundamentos de las leyes», «dirigido todo a su adorado objeto, la agricultura», «la madre benéfica de todos, la escuela práctica de la virtud y el manantial inagotable de la verdadera riqueza, del poder y de la felicidad de los Estados» <sup>35</sup>. Y, efectivamente, las Cortes, en momento en el que están elaborando la Constitución, adoptan el acuerdo de reconocer el valor como manual del *Informe sobre el expediente de Ley agraria* <sup>36</sup>. Se le dice también manantial. La fuente es ahora esta obra de Jovellanos. Toca a la propiedad, a su concepción. Lo dicho tampoco constituía solamente retórica.

Se le dice *sistema*. En el *informe* realmente lo hay, un sistema precisamente de propiedad. Procédase a unas comprobaciones al fin y al cabo sabidas <sup>37</sup>, pero que ahora nos interesan por lo que puedan contribuir a la comprensión del alcance de una declaración constitucional de derecho. Ya he advertido que no busco en este momento reconstruir una genealogía, sino hacer emerger una cultura. Pretendo entender los supuestos que les inspiraron a unos constituyentes la proclamación referida, que nos ayuden a nosotros a entender y explicar este comienzo de la historia constitucional, su presente y nuestro pasado.

La propiedad aparece en el informe como un derecho prima-

<sup>34</sup> *Informe de la Sociedad Económica de esta Corte al Real y Supremo Consejo de Castilla en el Expediente de la Ley Agraria, extendido por su individuo de número el Sr D Gaspar Melchor de Jovellanos, a nombre de la Junta encargada de su formación, y con arreglo a sus opiniones*, Madrid, 1795

<sup>35</sup> *Diario de Sesiones*, IV, n.º 462 (8 de enero de 1812), pp 2582-2583

<sup>36</sup> *Colección de los Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias*, Cádiz, 1811-1813, II, p 67, Decreto de 24 de enero de 1812

<sup>37</sup> B CLAVERO, *Mayorazgo*, Madrid, 1989, pp 319-323, «Amortizatio Ilusión de la palabra», pp 352-355, en *Quaderni Fiorentini*, 17, 1988, pp 319-358

rio, mas no exactamente *natural*, sino el primero *civil*. «Reunidos en Sociedades, para asegurar sus derechos naturales, cuidaron (los hombres) de arreglar y fixar el de propiedad, que miraron como el principal de ellos, y como el más identificado con su existencia»<sup>38</sup>. Para el ordenamiento social, para la vida humana en común, para la constitución de la sociedad, puede así resultar exactamente el primer derecho.

La primera exigencia de la naturaleza humana en sociedad es esta disposición libre de los bienes por los individuos que representa el derecho de propiedad. Es un principio tan sencillo como ignorado. El mismo caso del debate de la ley agraria acusa la deficiencia. «Tantos extravíos de la razón y el celo, como presentan los informes y dictámenes que reúne este expediente, no han podido provenir sino de supuestos falsos, que dieron lugar a falsas inducciones, o de hechos ciertos y constantes, a la verdad, pero juzgados siniestra y equivocadamente»<sup>39</sup>. En concreto ha de tratarse no de establecer alguna ley nueva, sino de acabar con las existentes para abrírsele precisamente paso al derecho de propiedad, a esta expresión de libertad.

«Los celosos Ministros, que propusieron a Vuestra Alteza sus ideas y planes de reforma en el expediente de Ley agraria, han conocido también la influencia de las leyes en la agricultura, pero pudieron equivocarse en la aplicación de este principio. No hay alguno que no exija de Vuestra Alteza nuevas leyes, para mejorar la agricultura, sin reflexionar, que las causas de su atraso están por la mayor parte en las leyes mismas, y que, por consiguiente, no se debía tratar de multiplicarlas, sino de disminuirlas; no tanto de establecer leyes nuevas como de derogar las antiguas»<sup>40</sup>. Del diagnóstico deriva la receta. Por sí sola, por el interés individual, la agricultura marcha. Las leyes sobran.

«A poco que se medite sobre esta materia, se conocerá que la agricultura se halla siempre en una natural tendencia a la perfección; que las leyes sólo pueden favorecerla animando esta tendencia; que este favor, no tanto estriva en presentarle estímulos como en remover los estorbos que retardan su progreso; en una

<sup>38</sup> *Informe de la Ley Agraria*, cap. I 6 2 (p 65)

<sup>39</sup> *Informe de la Ley Agraria*, pr (p 1)

<sup>40</sup> *Informe de la Ley Agraria*, pr (pp 6-7)

palabra, que el único fin de las leyes respecto de la agricultura deben ser proteger el interés de sus agentes, separando todos los obstáculos que pueden obstruir o entorpecer su acción y movimiento.» Es un principio «consignado en las leyes eternas de la naturaleza, y señaladamente en la primera, que dictó al hombre su omnipotente misericordioso Criador, quando por decirlo así, le entregó el dominio de la tierra, colocándole en ella, y condeñándole a vivir del producto de su trabajo; al mismo tiempo que le dio el derecho a enseñorearla, le impuso la pensión de cultivarla»<sup>41</sup>. Y tal dominio, con su carga, ya resulta, no el común, sino el civil, el de una propiedad privada. Su origen es el de la sociedad.

«El mismo principio se halla consignado en las leyes primitivas del derecho social; porque quando aquella multiplicación (de la especie humana) forzó los hombres a unirse en sociedad, y a dividir entre sí el dominio de la tierra, legitimó y perfeccionó necesariamente su interés, señalando una esfera determinada al de cada individuo, y llamando hacia ella toda su actividad. Desde entonces el interés individual fue tanto más vivo, quanto se empezó a exercitar en objetos más próximos, más conocidos, más proporcionados a sus fuerzas, y más identificados con la felicidad personal de los individuos»<sup>42</sup>. Ya se ve que hay razones para considerarse que este derecho de propiedad es algo de interés muy superior al concepto material de las mismas propiedades. Es algo que toca directamente al hombre, al género y al individuo.

«Nació la propiedad del trabajo» tras la propiedad de la tierra, por su mismo rendimiento. Dicho derecho más personal, dicha nueva propiedad, «por lo mismo que era más precaria e incierta en sus objetos, fue más vigilante e ingeniosa en su ejercicio. Observando primero las necesidades, y luego los caprichos de los hombres, inventó con las artes los medios de satisfacer unos y otros; presentó cada día nuevos objetos a su comodidad y a su gusto; acostumbró a ellos; formó nuevas necesidades; esclavizó a estas necesidades su deseo, y desde entonces, la esfera de la propiedad del trabajo se hizo más extendida, más varia y menos

---

<sup>41</sup> *Informe de la Ley Agraria*, pr (p 7)

<sup>42</sup> *Informe de la Ley Agraria*, pr (pp 7-8)

dependiente»<sup>43</sup>. Es principio de «libertad personal» aplicable «a todos los objetos de la legislación económica»<sup>44</sup>. La cuestión es de liberación del hombre, de su logro a través de la propiedad. El problema son los estorbos que se han dicho. Por eso el informe se consagra a identificarlos y ponerlos en evidencia.

Unos primeros estorbos, los «políticos o derivados de la legislación», son en sustancia los de otras formas de propiedad. «Si el interés individual es el primer instrumento de la prosperidad de la agricultura, sin duda que ningunas leyes serán más contrarias a los principios de la Sociedad, que aquellas que en vez de multiplicar, han disminuido este interés, disminuyendo la cantidad de propiedad individual, y el número de propietarios particulares»<sup>45</sup>. Bajo este prisma se someten a severa crítica cosas como los baldíos, las tierras concejiles, las servidumbres rústicas y los privilegios ganaderos que impiden los cercamientos, y «la amortización, tanto eclesiástica como civil», ésta la de los mayorazgos o vínculos no corporativos. Es el índice de la parte más sustanciosa.

La conclusión se adivina: «Cortemos, pues, de una vez los lazos, que tan vergonzosamente encadenan nuestra agricultura»<sup>46</sup>. Con la dirección al legislador: «Dígnese, pues, Vuestra Alteza de derogar de un golpe las bárbaras leyes que condenan a perpetua esterilidad tantas tierras comunes; las que exponen la propiedad particular al cebo de la codicia y de la ociosidad; las que prefiriendo las ovejas a los hombres, han cuidado más de las lanas que los visten que de los granos que los alimentan; las que estancando la propiedad privada en las eternas manos de pocos cuerpos y familias poderosas, encarecen la propiedad libre y sus productos, y alejan de ella los capitales y la industria de la nación; las que obran el mismo efecto encadenando la libre contratación de los frutos, y las que gravándolos directamente en su consumo, reúnen todos los grados de funesta influencia de todas las demás»<sup>47</sup>. Ya se ve que el informe, impulsado por su propio aliento,

---

<sup>43</sup> *Informe de la Ley Agraria*, pr (p 8).

<sup>44</sup> *Informe de la Ley Agraria*, pr (p 10)

<sup>45</sup> *Informe de la Ley Agraria*, cap I 1 (pp 12-13)

<sup>46</sup> *Informe de la Ley Agraria*, cap 6 pr (p 58)

<sup>47</sup> *Informe de la Ley Agraria*, conclusión (p 148)

conducido por sus propios conceptos, no se limitaba tampoco a la materia agraria, como ya anunciaba. Es otra parte de su índice. El derecho de propiedad aparecía dotado de vis expansiva hacia todos los ámbitos de la economía social.

Pese a la expresividad de su estilo, el informe de Jovellanos es un escrito bastante contenido. No ofrece nuevas pistas. No escribe el autor en nombre propio y lo hace además en unas circunstancias de censura eclesiástica y política. Por otra parte, el mismo autor manifiesta hasta qué punto su concepción de la propiedad es novedosa respecto a todo lo propuesto en el propio expediente de la Ley agraria. De ir a éste, perderíamos el tiempo<sup>48</sup>. Otra literatura de la materia apenas ilustraría nuestro extremo<sup>49</sup>. Y este autor, Jovellanos, carece de una obra jurídica o económica construida que nos sirviera para enriquecer la visión de una cultura interesante al momento constitucional. Pero tampoco hay que desesperar en esta tesitura. Podremos seguir avanzando o de momento retrocediendo.

##### 5. *Cultivo propio, el censor ilustrado*

En la cercanía de Jovellanos y en la vecindad del *Informe* existe un medio de expresión que podrá ulteriormente ilustrarnos. Sigo sin hacer una genealogía, aunque también pueda resultarlo. No entraré en una historia menuda de textos y discursos. Me importa tan sólo precisamente la ilustración respecto a nuestro exacto punto. Por esto acudo al periódico semanal *El Censor*, que es el medio al que me refiero<sup>50</sup>.

Se publicó como anónimo y como tal lo tratamos, aunque existan evidencias de que en él publicó el propio Jovellanos alguna poesía e incluso prosa ya referente al argumento básico del *Infor-*

---

<sup>48</sup> MARGARITA ORILGA, *La lucha por la tierra en la Corona de Castilla. El Expediente de la Ley Agraria*, Madrid, 1986

<sup>49</sup> LLUÍS ARGEMÍ (ed.), *Agricultura e Ilustración. Antología del pensamiento agrario ilustrado*, Madrid, 1988

<sup>50</sup> JOSÉ M. CASO (ed.), *El Censor, obra periódica. Comenzada a publicar en 1781 y terminada en 1787*, Oviedo, 1989, edición facsímil completa

*me* <sup>51</sup>. Que le interesen, hay una variedad de textos, o *discursos*, como se dicen, sobre cuya autoría lo más seguro que se puede afirmar es que son de manos también varias. Se producen además con una franqueza y un explayamiento mayores, sobrepasando los límites de una censura que llegó a sufrirse. Tampoco es ningún secreto la significación del *Censor* para la formación incipiente y dificultosa en España de una nueva cultura <sup>52</sup>. Falta considerarlo respecto, en general, al constitucionalismo y, en particular, a la declaración de la propiedad como derecho. A esto ahora acudo, para nuestro esclarecimiento. Con ello proseguimos.

La misma composición del *Informe* se había anticipado en *El Censor* unos años, por la mano parece del propio Jovellanos. Aquel se había concluido en 1794; esto otro ocurre en 1787 <sup>53</sup>. El medio ofrecía sus ventajas; en él se venían exponiendo desde 1781 la concepción en la que el concepto en cuestión de la propiedad como derecho quedaba, entonces, comprendido y debe hoy comprenderse. Sigamos todavía con una cosa para ir luego a la otra, para tratar de entender lo primero en el contexto que le es propio de lo segundo.

La naturaleza es el comienzo. Igual que el médico, debe el político respetarla, «dexarla alguna vez obrar libremente». La libertad natural es el punto de partida. Es un dato constante: «Si los hombres en la sociedad civil sacrifican una parte de su libertad, es tan sólo para asegurar más bien la restante», «el dominio de sus acciones», «la facultad de usar de sus fuerzas y talentos en quanto no vulnere un derecho perfecto de otro hombre», una propiedad de sí mismos y de las cosas en suma. «Las riquezas sólo son apreciables en quanto nos hacen menos dependientes y más señores de nosotros mismos» <sup>54</sup>. Ya está concebido el derecho.

«El derecho de propiedad no es más que la facultad de usar,

<sup>51</sup> J. M. CASO, *El Censor, ¿periódico de Carlos III?*, en su edición, pp 776-799

<sup>52</sup> A. ELORZA, *La ideología liberal de la Ilustración española*, Madrid, 1970, cap 6; PAUL J. GUINARD, *La presse espagnole de 1737 à 1791. Formation et signification d'un genre*, París, 1973, cap II 9

<sup>53</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discursos 156 y 157, pp 721-729 (colección original, VII, pp 485-515)

<sup>54</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 156, pp 721-722 (VII, pp 485-489)

y aun de abusar de una cosa en quanto no se oponga a los derechos perfectos de otro hombre.» Las leyes no pueden intervenirla si no es por y para esto. Sus mismos efectos serán en otro caso extremadamente nocivos: «Toda ley que prescriba algún método, o que de qualquiera manera pretenda dar reglas a la agricultura, a la industria, a las artes, o al comercio, o ha de abandonar mil cosas a la decisión de peritos, introduciendo así una arbitrariedad, que es siempre un manantial perenne de vexaciones, o ha de causar directamente mil perjuicios, porque en los casos en que sea provechoso lo que prescribe, todo el mundo lo haría sin que ella lo mandase»<sup>55</sup>. Y no es sólo que la libertad resulte el mejor árbitro del derecho. Es el único legítimo.

Era el punto de partida. Si en la realidad otra cosa ocurre, es porque hay «estorbos», porque no se respeta «el orden» de la naturaleza, esto era, de la libertad. «Estos estorbos que impiden al Ciudadano hacer lo que le sería más ventajoso, y esta perturbación del orden, que causa que lo que es más útil al Público no lo sea al Particular, nunca dimanar de otra causa que de algún vicio de la legislación.» Dejada en libertad, la propiedad conducirá al trabajo y juntos ambos producirán provecho individual y rendimiento común. «España será activa y laboriosa, como qualquiera otra Nación del Universo puede serlo, quando se restablezca enteramente esta natural correspondencia entre el trabajo y su utilidad, y quando se haya acabado de purgar su legislación en todo lo que mira a la agricultura, a la industria, al comercio de quanto no se reduce únicamente a auxiliar a la naturaleza, removiendo los obstáculos que se oponen a las miras de esta buena madre»<sup>56</sup>. El orden no perturbado une el trabajo a la propiedad gracias al mismo reconocimiento expansivo de ésta como derecho.

El orden establecido debe depurarse. Debe incidirse ante todo en materia de propiedades, en los «mayorazgos y la amortización», en «la vinculación», en esta forma de propiedad que no responde al concepto de derecho. «No es tanto lo que perjudica al Estado la riqueza de los Eclesiásticos, como la naturaleza de esta misma riqueza.» Ahí radica el problema, no en la propiedad

<sup>55</sup> J M CASO (ed ), *El Censor*, Discurso 156, pp 722-723 (VII, pp 491-492)

<sup>56</sup> J M CASO (ed ), *El Censor*, Discurso 156, pp 723-724 (VII, pp 493-498)

material, sino exactamente en la forma, en la imposibilidad entonces de que opere la libertad, de que la naturaleza despliegue sus efectos. «¿Cuál otra (alteración) puede imaginarse de un influxo más transcendental, que la libertad de los bienes sugetos ahora a restitución?»<sup>57</sup>. Las propiedades han de liberarse para que sea libre el hombre.

Esta es la exposición que encontramos en *El Censor* a la altura de 1787, pero unos problemas no eran enteramente desconocidos para sus páginas. Manos que parecen distintas lo habían tratado en los años inmediatos. El anterior, en 1786, ya se ha pronunciado el veredicto: «Este estanco (de los bienes) es la única causa de la pobreza, de la debilidad, de la miseria de cada Nación; y el comercio es el único remedio de este mal.» Una situación «en la que no hubiese estanco alguno» se imagina. «Pues ahora, como todos los hombres nacen igualmente aptos para el trabajo y la industria de esta o de la otra especie, y como todos tienen iguales necesidades y apetitos que les obligarían a hacer valer estos fondos, se sigue que siempre que esto no les fuese impedido por alguna causa preternatural, que no puede ser otra que algún estanco, el qual podría fácilmente deshacer la legislación», resultaría bienestar particular y progreso común. «Con las riquezas se repartirían igualmente todas las demás suertes de bienes, porque se repartiría igualmente la libertad»<sup>58</sup>. Aparecían unidos propiedad, trabajo y libertad.

Estaban otras cosas sentenciadas. «En una palabra: deshágase el estanco de los bienes en una Nación, y al punto cesará esta portentosa desigualdad de los hombres, que no tiene otra causa.» El requerimiento especialmente se acentúa para el caso propio, «pues el estanco de bienes es entre nosotros sin comparación mayor» que en cualquier otra latitud<sup>59</sup>. Esta es la receta: «El único remedio de enmendar el mal, que es hacer pasar las riquezas de las clases no productoras y meramente consumidoras a aquellas que producen, o han de producir, no puede conseguirse sino por uno de dos caminos; el primero sencillo, llano, fácil y derecho, que consiste simplemente en abrogar las leyes que mantienen el

<sup>57</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 157, pp. 726-728 (VII, pp. 506-512)

<sup>58</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 114, pp. 510-512 (VI, pp. 874-879)

<sup>59</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 114, p. 512 (VI, pp. 880-882)

estanco»; «el segundo camino viene a dar a este mismo fin, pero por un gran rodeo; y es además de esto en gran manera arduo, escabroso, y lleno de mil peligros»; es «el comercio», tan dificultoso porque choca precisamente con unas causas adversas. Y «estas causas vienen todas a reducirse al estanco de los bienes»<sup>60</sup>. Este es el nudo gordiano<sup>61</sup>. Es el atasco que impide el paso a la libertad.

Se está afirmando fuertemente el derecho de propiedad por encontrarse ante una situación contraria especialmente fortalecida. No sólo se trata de la extensión del estanco, sino también del grado de vinculación que ha podido alcanzarse. «Ellos (nuestros jurisconsultos) han declarado favorable la causa de los mayorazgos; ellos les han dado la preferencia sobre toda clase de acreedores quanto a los desperfectos; ellos les han eximido de restituir los perfectos y aun de compensarlos con aquéllos; ellos a fin de dilatar lo posible la facultad de agregar, han hallado modo para que un padre de familia pueda a despecho de la ley disponer de dos, tres o más tercios de su herencia»<sup>62</sup>.

Es cuestión de vinculación y lo es de división. «Tú sabes que la prosperidad de un Estado está fundada sobre la propiedad, que los Colonos tienen de los bienes, y que esta prosperidad se aumenta, o se disminuye, a proporción que el Colono se acerca, o se aleja, de la propiedad más plena.» El problema es también que aquí se aleja. Por unas regiones «apenas he hallado otros Colonos que unos míseros jornaleros»; por otras, «los dueños feudales o emphitéuticos cobran de los Colonos cánones muy exorbitantes, y los tienen baxo una opresión, que no les permite jamás levantar cabeza»<sup>63</sup>. Unos dominios superiores pesan sobre los inferiores y unas vinculaciones por encima de todos. La postración presente, «¿qué otra (causa) puede tener que la extensión desmedida de las tierras que poseen los Señores, y la falta de propiedad en los Colonos?»<sup>64</sup>.

El principio es general. Con la propiedad venía el trabajo. Y

<sup>60</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 115, pp. 515-516 (VI, pp. 893-895)

<sup>61</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 117, pp. 523-527 (VI, pp. 923-940)

<sup>62</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 165, pp. 643 (VII, pp. 642-643)

<sup>63</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 22, pp. 93-95 (I, pp. 335-342)

<sup>64</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 22, p. 96 (I, pp. 345-346).

en la liberación de las cosas va la de los individuos. Una libertad, la de las personas, necesita de la otra, la de las propiedades. En este nexo se abunda. Y sus conceptos generales quieren precisarse. Hay ante todo un problema de palabras que *El Censor* advierte. Unos mismos términos pueden venir significando otras cosas entre los propios juristas. «Se tenga cuidado», es la advertencia, «de tomar todas las voces no precisamente en el sentido que suelen tener entre los facultativos, sino en el que presentan naturalmente, o en el que les asigna el Autor»<sup>65</sup>. Así se introduce un texto de *Jurisprudencia natural* consagrado a definir unos conceptos fundamentales, el derecho del hombre y el dominio de las cosas entre ellos.

«El hombre ha sido dotado por su Criador de una libertad», que es «poder físico» y «poder moral»: físico a usar las cosas; moral a realizar la acción. Esto define *el derecho*. Es «la facultad» de proceder individualmente conforme al propio arbitrio. El resto podrá ser la legislación, como se nos ha dicho, o la jurisprudencia, como se nos dirá, pero no «el derecho», que sólo significa la libertad del hombre y no el orden de la sociedad. Y es una facultad que incide sobre las cosas con arreglo a sus propias condiciones. «Todos los derechos no son más que facultades a hacer diversos usos de las cosas; pues ahora, tener el dominio o el dominio más pleno de una cosa, es tener el complejo o suma de todos los derechos concedidos sobre esta cosa; esto es, de todas las facultades.» Aunque la misma definición acusa la constancia de otras situaciones, tal es la posición ideal, la que mejor responde a lo que se predica<sup>66</sup>. Es el derecho de propiedad.

## 6. *Civilización, la matriz loquiana*

«¿Pues qué diremos de la Jurisprudencia? Ya no habrá más *videtur quod sic* y *videtur quod non*. Las leyes quedarán claritas como el agua. A Dios Glosas, y Glosadores, Comentadores, y Comentarios. A Dios toda esa infinidad de cuestiones sostenibles por una, y otra parte. El conocimiento de las Leyes no merecerá

<sup>65</sup> J. M. CASO (ed ), *El Censor*, Discurso 36, p. 157 (II, p. 576)

<sup>66</sup> J. M. CASO (ed ), *El Censor*, Discurso 37, pp. 158-160 (II, pp. 577-587)

el nombre de ciencia. Habrá que condenar al fuego un sin número de volúmenes»<sup>67</sup>. Toda una cultura tradicional se repudia. Sin remisión se le condena. Reiteradamente se pronuncia el veredicto. Ya hemos visto que «ellos», los jurisconsultos, están entre los responsables de un estanco que no sólo afecta a la propiedad de las cosas, sino también y sobre todo a la libertad de las personas.

La legislación también se cancelaba. Unas nuevas leyes, dichas *leyes claritas* por reducidas a abrir el juego de la libertad, tampoco es fácil que sobrevengan. No sólo debe lograrse la eliminación de las existentes. También ocurre que no existe procedimiento. Falta el modo para establecerse unas normas de tal carácter y alcance. «En todas ellas (las especies de Gobierno), y en cualquiera es esencial una potestad de hacer leyes, por las cuales hayan de dilucidarse todas las contiendas de los particulares. Y ésta en España ni se halla en el Pueblo, ni en algún Cuerpo que lo represente, ni en los Nobles, ni en el Príncipe; en una palabra, falta absolutamente. Los Españoles se la atribuyen todos unánimemente a su Rey. Mas esto debe, sin duda, entenderse especulativamente hablando. Porque de hecho es evidente que no hay tal cosa.» Se interfiere precisamente la jurisprudencia, con una autoridad que está de hecho por encima de las leyes<sup>68</sup>. Es otro nudo gordiano.

De momento el problema es de cultura, de lograr la superación de una por otra, de la perturbada por la natural. En un terreno más expresamente jurídico, se ha insinuado una jurisprudencia alternativa, *Jurisprudencia natural*, que como tal, bajo este nombre, no avanza aquí más allá de unos conceptos primarios. Pero una nueva cultura no deja por ello de perfilarse algo más. Estará también la *Política* como estará la *Economía*. Y están unas presencias. Nominada o perifrásticamente, de Descartes a Rousseau, unos exponentes comparecen no sólo como signo ni como referencia. Están sus ideas. Sobre todo hay un nombre que puede importar muy particularmente a nuestro concreto capítulo: «Locke, ese portento, ese pasmo del mundo filosófico»<sup>69</sup>. Nos interesará para seguir con nuestro esclarecimiento. Nuestra filología no es genea-

<sup>67</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 18, p. 78 (I, p. 276)

<sup>68</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 65, pp. 274-275 (III, pp. 298-299)

<sup>69</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 67, p. 281 (III, p. 328)

lógica; nuestro asunto no será la recepción española ni de la filosofía moderna en general ni de John Locke en particular. Nuestra cuestión es la propiedad, a cuyo propósito tratamos ahora estas cosas porque estas cosas entonces comparecen.

Ya está «la Política», que resulta otro nombre de la «Jurisprudencia natural», objeto de un mismo abandono tradicional. «No es dable negar que el poco cultivo que se da a esta nobilísima y principalísima parte de la Jurisprudencia, contribuye a ello (el mal general) en gran manera. Son muchos los que ni aun tienen a la Política como verdadera ciencia. Hombres por otra parte instruidos bautizan con este nombre a aquella especie de sagacidad, que sólo sirve para insinuarse en la gracia de un Ministro, o quando más para penetrar los secretos de una corte extranjera, sembrar la discordia entre dos aliados, suscitar una diversión a una Potencia enemiga, ajustar una paz, o negociar un tratado ventajoso»<sup>70</sup>. La política que aquí se dice es otra, verdadera ciencia fundadora de una nueva jurisprudencia.

Como es nueva «la Economía», también fundacional, y lo es la ciencia toda. El principio que se trae es el sabido de naturaleza. «Desengañémonos de una vez, que la mejor física, que la mejor Universidad, el mejor estudio, la mejor economía es, como la mejor medicina, dexar obrar a la naturaleza en cada hombre, y ella misma le enseñará quanto a él y a los demás les convenga. Y la mejor política, y la legislación mejor no es otra que la que se dirige a remover por vía de hecho, y con la fuerza pública los obstáculos que se oponen a su enseñanza»<sup>71</sup>. La ciencia esencialmente consiste en la identificación de estos estorbos. «Yo siempre tendré por un excelente Lógico al que me descubra las causas de ellos (los errores); por un excelente Físico al que descubra los errores que se tienen acerca de los cuerpos; por un excelente Político al que descubra los errores acerca del gobierno de los Estados; por un excelente Médico al que descubra los errores que nos quitan la salud; por un excelente Jurisconsulto natural al que descubra los errores acerca de las leyes naturales; y por un excelente Jurisconsulto civil al que descubre los errores acerca

<sup>70</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 157, p. 726 (VIII, pp. 503-504)

<sup>71</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 110, p. 486 (V, pp. 786-787).

de las leyes civiles, de la administración de justicia, etc.»<sup>72</sup>.

Hay razones de peso para el repudio absoluto de la jurisprudencia tradicional. Es parte de toda una perversión cultural que ha conducido a la situación innatural del estanco de las cosas y la falta de libertad de las personas. Se comprende el reclamo de una nueva jurisprudencia. Pero, lo mismo que Jovellanos, lo mismo que toda la Ilustración jurídica española<sup>73</sup>, *El Censor* sólo ofrece unos principios. No es problema de ignorancia propia ni de censura ajena. Se tiene conocimiento de causa y capacidad de expresión suficientes al efecto. El dato es que la nueva cultura no toma cuerpo en la vertiente que nos interesa.

La «Política» y la «Economía» no pueden sustituirla. Ya se ha visto que se distinguen. Según resulta del propio *Censor*, son una especie de ciencias prospectivas, no preceptivas. Sirven para prefigurar las condiciones apropiadas de un orden social, no para regirlo. Una «policía» que intervenga, una política de este otro tipo, no se quiere<sup>74</sup>. Aquí entran otras disciplinas. Tal vez el abandono de la jurisprudencia práctica que se ha dicho *civil*, correspondiente a la teórica que se dice *natural*, no fuera sólo un descuido. En las páginas de este periódico también se aprecia que hay unos órdenes preceptivos en los que se confía bastante más que en el jurídico. Se trata de la religión y se trata de la educación, de unas disciplinas más interiorizadas. Las leyes ya se ha dicho que iban a servir para poco, para abrir el campo de la libertad que religión y educación, más que jurisprudencia, iban a disciplinar.

Al condenarse el estanco por su efecto de desigualdad social, la religión entraba. Ya citamos lo primero y conviene ahora reparar en lo segundo. «Cesará esta desigualdad tan escandalosa en las Naciones christianas, pues que el espíritu del Christianismo del que hacen profesión, es un espíritu de igualdad, como quiera que no sólo nos manda ser justos para con todos nuestros próxi-

---

<sup>72</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 143, p. 647 (VII, p. 203)

<sup>73</sup> B. CLAVERO, «La idea de Código en la Ilustración jurídica», en *Historia, Instituciones, Documentos*, 6, 1979, pp. 49-88, «La disputa del método en las postrimerías de una sociedad, 1789-1808», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 48, 1978, pp. 307-334

<sup>74</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 156, p. 724 (VIII, p. 496)

mos, sino aún amarlos tanto, o querer para ellos tanto bien como para nosotros mismos queremos»<sup>75</sup>. *El Censor* de hecho se muestra como un alma religiosa y no hay por qué poner en duda su sinceridad. Frente a la misma censura siempre cabía la discreción o el silencio. Pero además en sus páginas tampoco faltan severas críticas de las formas tradicionales de la vida religiosa que más pudieran provocar y provocaron a la censura. La religión entraba en su panorama social de una forma que no lo hacía la jurisprudencia. Se confiaba aquí en una renovación liberal de la primera más que de la segunda<sup>76</sup>. Esta no se recupera del desahucio.

*El Censor* lo es de las costumbres. Confiere una especial importancia a todo lo que pueda conducir al terreno de la libertad que propugna. Confía en el hombre y valora la educación, comenzando por la doméstica. La familia es el ámbito de la inculcación de una disciplina por los métodos persuasivos y no coactivos propios de seres racionales y sujetos libres<sup>77</sup>. «El fundamento de la potestad, que la naturaleza concede a los Padres sobre sus hijos, y del derecho que tienen de dirigir sus acciones, no es otro que la incapacidad en que están éstos en los primeros años de conducirse a sí mismos, y de proveer a sus necesidades», con el consiguiente corolario: «A medida que despejándose su razón, y afirmándose su juicio, se van haciendo capaces de dirigirse con acierto, es preciso que se vaya disminuyendo también aquel poder»<sup>78</sup>. El hombre, educado, pasa a ejercer su libertad. De esta forma se disciplina. La misma religión es más enseñanza doméstica que eclesiástica.

Tenemos, en fin, perspectiva. Propiedad clave, religión liberal, antropología positiva, educación racional... ¿no es en todos sus elementos un panorama loquiano lo que se dibuja?<sup>79</sup> El derecho de la propiedad no se encuentra tan bien situado ni acompañado en otros planteamientos más cercanos, como el de la fisio-

<sup>75</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 114, p. 512 (VI, pp. 880-881).

<sup>76</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discursos 105 y 124, pp. 459-464 y 561-565 (V, pp. 681-700, y VI, pp. 1081-1096)

<sup>77</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 28, pp. 121-124 (II, pp. 429-444)

<sup>78</sup> J. M. CASO (ed.), *El Censor*, Discurso 35, p. 149 (II, p. 552).

<sup>79</sup> PETER LASLETT, «Introduction» a John Locke, en *Two Treatises of Government*, Cambridge, 1988, pp. 1-133, que es edición de 1960, pero introducción actualizada

cracia que el lector igualmente habrá pensado <sup>80</sup>. No es un cauce de tanta capacidad <sup>81</sup>. En otros presuntos orígenes del derecho de propiedad no voy a entretenerme ahora <sup>82</sup>. No vayamos a dispersarnos. Tampoco vamos a descubrir ahora el lugar de John Locke <sup>83</sup>. A lo que nos atañe, la cuestión la ha catalizado C. B. Macpherson, con una lectura no constitucional, sino económica. Estaríamos, entre Hobbes y Locke, ante unas primeras expresiones ya formadas del individualismo posesivo propio de una sociedad capitalista, con lo que esto supone de disociación entre propiedad y trabajo más expropiación de este último <sup>84</sup>.

El editor actual de Locke, Peter Laslett, objeta. La visión loquiana de la propiedad fue nueva y peculiar en su tiempo <sup>85</sup>. Antes que relación del individuo con las cosas y con otros hombres, lo es consigo mismo y con su propio trabajo. En las propias palabras de Locke, el argumento es éste: «Though the Earth, and all inferior Creatures be common to all Men, yet every Man has a Property in his own Person. This no Body has any Right to but himself. The Labour of his Body, and the Work of his Hands, we may say, are properly his» <sup>86</sup>. Es la fundación de la libertad humana.

Es la manera de que, partiéndose de una donación divina de la universalidad de las cosas a la generalidad de los hombres, la propiedad no dependa de la ley social; es el modo también de que el hombre se afirme radicalmente como individuo libre frente tanto a acción divina como a convención humana. La propiedad en Locke es la forma de transcurso, mediante la posición de la

---

<sup>80</sup> GIORGIO REBUFFA, *Origine della ricchezza e diritto di proprietà Quesnay e Turgot*, Milán, 1974

<sup>81</sup> ERNEST LLUCH, L ARGEMÍ y otros, *Agronomía y fisciocracia en España, 1750-1820*, Valencia, 1985

<sup>82</sup> B CLAVERO, «De los dudosos orígenes de los derechos humanos», en *Quaderni Fiorentini*, 17, 1988, pp 499-505

<sup>83</sup> C B MACPHERSON (ed ), *Property Mainstream and Critical Positions*, Oxford, 1978, pp 15-27, ALAN RYAN, *Property and Political Theory*, Oxford, 1984, pp 14-48

<sup>84</sup> C B MACPHERSON, *The Political Theory of Possessive Individualism Hobbes to Locke*, Oxford, 1962 (hay trad )

<sup>85</sup> P LASLETT, *Introduction*, pp. 101-106

<sup>86</sup> J LOCKE, *Treatises of Government*, II, 27 (Ed P Laslett, pp 287-288)

libertad individual, entre un estado natural y un estado civil. El propósito de este tránsito puede así aseverar que es sin más la propiedad, «the Regulating and Preserving of Property»<sup>87</sup>. Va en sentido formal antes que en el material. Es el registro de nacimiento del derecho que, estancos existentes y debate agrario mediante, la Constitución de Cádiz declaraba.

### III. LA CONSTITUCIÓN DE UN DERECHO

Nos hemos entretenido algo, pero creo que era preciso para situarnos y alcanzar una perspectiva que pueda devolvemos la comprensión del planteamiento constitucional de 1812. Los constituyentes que confeccionaron el artículo 4.º de la Constitución de Cádiz venían de dicha cultura, de la matriz loquiana de una Ilustración. La situación a la que se enfrentaban era además la misma de los estorbos que había reforzado aquí la afirmación de la propiedad como derecho. Podía servirles más este protoconstitucionalismo propio que todos los otros constitucionalismos formados en circunstancias diversas, incluido el francés que había comenzado por una revolución cancelatoria de semejantes estorbos<sup>88</sup>. Volvamos a nuestro punto. Ahora contamos con la ventaja de algún conocimiento de causa

#### 7. *La deficiencia de la legislación*

No hará falta que nos extendamos mucho en este capítulo. Es decisivo, pero conocido. Podemos limitarnos a recordar cosas sabidas que interesan a nuestro asunto. Pueden recobrar sentido por sí mismas, sin necesidad de resultar repetitivo. La cuestión primera es que en particular las Cortes de Cádiz y en general las

<sup>87</sup> J. LOCKE, *Treatises of Government*, II, 3 (Ed. P. Laslett, p. 268)

<sup>88</sup> MARCEL GARAUD, *Histoire générale du droit privé français (de 1789 à 1804)*, II, *La Révolution et la propriété foncière*, París, 1959, HARALD STEINDL, *Die Einföhrung der Gewerbefreiheit*, pp. 3533-3537, en HELMUT COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III 3, Munich, 1986, pp. 3527-3628

leyes producidas bajo la Constitución de 1812 no llevaron a término ni la desvinculación ni la desamortización ni la integración de la propiedad. Y era éste un requerimiento constitucional, un requisito de la declaración del derecho especialmente preciso. No sólo era problema de la extensión del estanco, sino también y sobre todo, como se nos ha advertido, de su grado.

La vinculación había llegado, en efecto, a unos extremos desconocidos por otras latitudes <sup>89</sup>. Una Iglesia como la católica, que aquí acumulaba tierras y otros bienes, no se prestaba por sí misma a un cambio de régimen <sup>90</sup>. Unos dominios sobre la misma tierra, desde las jurisdicciones políticas y corporativas a las utilidades familiares y comunitarias, coexistían <sup>91</sup>. La circulación de los bienes tampoco se veía expedita <sup>92</sup>. Las cosas no disponían de sujetos ni los sujetos de cosas. Los titulares se multiplicaban como las utilidades se dividían. Era, como se nos ha dicho, problema de forma antes que de materia.

Para que la declaración constitucional pudiera desplegar su virtualidad de liberación humana había de procederse a liberarse las cosas. Ahora conocemos este nexo. Sabemos que se concibe constitucionalmente la propiedad como la forma de establecimiento de autonomía individual y de desarrollo de trabajo personal tenidos por presupuestos del orden social, por principios que así lo legitiman. Deben ser resultantes suyas. Pero esto no puede darse, aunque el concepto se afirme, si las cosas de hecho no están a la disposición debida de los hombres, si existe un estado social de vinculación y estanco. Entonces no tiene sentido la declaración del derecho o puede que su propia posición se desvirtúe entonces.

---

<sup>89</sup> B CLAVERO, *Mayorazgo*, apéndice de la segunda edición

<sup>90</sup> B CLAVERO, *Fiscus Ecclesiasticus Cuestión del derecho canónico ante la desamortización*, en AA VV, *Desamortización y Hacienda Pública*, Madrid, 1986, II, p 615-628

<sup>91</sup> AA VV, *Historia agraria de la España contemporánea*, I, ANGEL GARCÍA SANZ y RAMÓN GARRABOU (eds), *Cambio social y nuevas formas de propiedad, 1800-1850*, Barcelona, 1985, AA VV., *Estructuras agrarias y reformismo ilustrado en la España del siglo XVIII*, Madrid, 1989

<sup>92</sup> C PETIT, *Derecho mercantil entre corporaciones y códigos*, en AA. VV., *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán, 1990, pp 315-500

Bajo la Constitución de 1812 no faltaron arranques y amagos de todas aquellas medidas <sup>93</sup>, pero el hecho fue que, si se intentó la desvinculación, no se produjo la desamortización o ni siquiera se acabó con la división de dominios <sup>94</sup>. Todo esto se hizo tarde y mal para lo que eran unos requerimientos constitucionales. La misma desamortización ya se sabe que vendría, no por inspiración ni objetivo de dicho tipo, sino por apuros menos formales y aprietos más materiales. Sus consecuencias distarán desde luego de resultar las previstas <sup>95</sup>. La propiedad agraria podrá especialmente acusarlo con el efecto de un predominio de la renta pasiva sobre la disposición activa de los bienes <sup>96</sup>. Mas ahora nos interesa solamente la deficiencia gaditana. Se ha declarado un derecho sobre el vacío más abismal o en las condiciones más adversas.

En el propio cuerpo de la Constitución no juega el concepto del derecho de propiedad proclamado a su inicio. Es un indicio en el que ya reparamos. La obra de las Cortes constituyentes resulta especialmente deficiente en cuanto a la consideración y el establecimiento de la libertad de las cosas que su propia declaración del derecho de las personas precisaba y requería; su escaso empuje y débil aliento tiende además a decrecer y apagarse tras la promulgación del propio texto constitucional <sup>97</sup>. De la doble

<sup>93</sup> SALVADOR DE MOXÓ, *La disolución del régimen señorial en España*, Madrid, 1965, caps 1 y 3, F TOMÁS Y VALIENTE, *El marco político de la desamortización en España*, Barcelona, 1971, cap 4; B CLAVERO, *Muyorazgo*, caps 16 y 17; MARIANO PESET, *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, Madrid, 1982.

<sup>94</sup> B CLAVERO, «Enfiteusis, ¿qué hay en un nombre?», pp 494-505, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56, 1986, pp 467-519, AA VV, *Estudis d'Història Agrària*, 7, 1987, actas de unas jornadas sobre *Emfiteusis i censos agraris*.

<sup>95</sup> F TOMÁS Y VALIENTE, *Reflexiones finales*, en AA VV., *Desamortización y Hacienda*, II, pp 779-798

<sup>96</sup> ANTONIO M BERNAL, *La lucha por la tierra en la crisis del Antiguo Régimen*, Madrid, 1979, caps. 7-9, PEDRO RUIZ TORRES, *Señores y propietarios, 1650-1850*, Valencia, 1981, caps 15-16; B CLAVERO, *El Código y el Fuero*, Madrid, 1982, cap 4, RICARDO ROBLEDO, *La renta de la tierra en Castilla la Vieja y León, 1836-1913*, Madrid, 1984, JOSÉ R DÍEZ ESPINOSA, *Revolución liberal en Castilla Tierra, nobleza y burguesía*, Valladolid, 1987, cap 2

<sup>97</sup> R. GARRABOU, *La política agraria en las Cortes de Cádiz*, en AA VV, *Guerra y Hacienda (1808-1814)*, Alicante, 1986, pp 105-185; B CLAVERO, *Origen constitucional de la codificación civil*, pp. 69-75

vía que nos decía *El Censor*, la más frontal del desestanco de la propiedad y la más gradual de la libertad del comercio, ni la primera se impone con resolución <sup>98</sup>, ni la segunda se adopta con decisión <sup>99</sup>. Si la Constitución ha situado su declaración del derecho sobre un abismo, bajo ella misma la sima se ahonda. El propio reconocimiento de la propiedad que mira a una emancipación podrá entenderse como garantía de propiedades que mantienen una servidumbre <sup>100</sup>. La Constitución daba pie. En ella estaba el nudo.

«Terribile, ma forse necessario diritto» <sup>101</sup>, resulta entonces ciertamente el de propiedad. Eran palabras del ilustrado Beccaria, que conservan su sentido y volverán. La duplicidad de unos tiempos en los que la realidad del dominio como servidumbre ya no impedía la imaginación de la propiedad como derecho, entra en la época constitucional, cuando ya debía estarse sustituyendo una cosa por la otra. Lo estamos viendo. Se afirma y se acentúa el derecho, pero agracia y beneficia a los estorbos. La declaración se hizo sobre el vacío, pero no operaba sobre él. Se encontraba con unos dominios determinados que no respondían a sus presupuestos. Los efectos no se corresponden con las previsiones. En aquellas condiciones mal pueden hacerlo. La declaración constitucional de 1812 resulta literalmente irresponsable. ¿No pudo ser algo más que el éxito maniobrero y temerario de una posición tan avanzada como aislada?

La propiedad no encuentra forma de ser libertad, de desplegar su función constitucionalmente emancipatoria. ¿Puede remediarlo todavía una cultura? Sin aquellas «leyes claritas» que, retirando obstáculos sociales, debieran abrirle camino a la libertad indivi-

<sup>98</sup> M. PESET, «Propiedad y crédito agrario», en el mismo volumen de *Derecho privado y Revolución burguesa* al que remite la nota anterior, pp. 157-185

<sup>99</sup> C. PETIT, *Amos, sirvientes y comerciantes Algo más sobre el primer modelo constitucional*, en dicho mismo volumen por él dirigido, pp. 53-85

<sup>100</sup> FRANCISCO J. HERNÁNDEZ MONTAIBÁN, *La cuestión de los señoríos en el proceso revolucionario burgués: el Trienio Liberal*, en AA. VV., *Estudios sobre la revolución burguesa en España*, Madrid, 1979, pp. 128-158, M. LORENTE, *Las infracciones a la Constitución*, pp. 219-223

<sup>101</sup> CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle Pene*, ed. Luigi Firpo, Turín, 1964, facsímil de la anónima príncipe, Livorno, 1764, p. 49; otras ediciones empobrecen la expresión, como veremos

dual, la cuestión es, ante todo, entonces de cultura social. Y la cultura a nuestros efectos es primordialmente jurisprudencia o también, para la época, todavía religión. La comprobación de que el reconocimiento del derecho de propiedad pudo tener unos efectos perversos no agota el asunto.

#### 8. *La necesidad de la jurisprudencia*

La Constitución de Cádiz todavía confía culturalmente en la religión. Puede extrañar la afirmación si se recuerda el debate constituyente de la declaración del derecho. No podía incluirse la religión, porque se hubiera introducido entonces la tolerancia. El argumento no podía ser más antiloquiano. La Constitución era confesional: «La Religión de la Nación Española es y será perpetuamente la Católica, apostólica, romana, única verdadera», pero tampoco se olvide que inmediatamente seguía la precisión de protegerla por *leyes sabias y justas*, por el mismo tipo de leyes que ha quedado previamente definido por su atención a derechos: «La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los Individuos que la componen.» La perspectiva aún podía resultar, como para Jovellanos y como para *El Censor*, la de signo loquiano.

Se confiaba en una evolución de la religión impulsada ahora por las mismas leyes. Estas seguirían fallando. El caso es que, aun no estando la previsión fuera de lugar para su momento <sup>102</sup>, la transformación no se produciría o ni siquiera se echarían unos cimientos firmes por los tiempos de Cádiz <sup>103</sup>. La cuestión era de

<sup>102</sup> JEAN SARRAILH, *La España Ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII*, México, 1957, caps. III 7 y 8, R. HERR, *España y la revolución del siglo XVIII*, Madrid, 1964, cap. II 15, EMILE APPOLIS, *Les jansénistes espagnols*, Burdeos, 1966, M.<sup>a</sup> GIOVANNA TOMSICH, *El jansenismo en España. Estudio sobre ideas religiosas en la segunda mitad del siglo XVIII*, Madrid, 1972, JOËL SAUGNIEUX, *Le jansénisme espagnol du XVIII<sup>e</sup> siècle. Ses composantes et ses sources*, Oviedo, 1976.

<sup>103</sup> WILLIAM J. CALLAHAN, *Church, Politics, and Society in Spain, 1750-1874*, Cambridge (Massachusetts), 1984, cap. 3, FRANCISCO MARTÍ, *La Iglesia en España durante la Revolución Francesa*, Pamplona, 1971, E. LA PARRA, *El primer liberalismo español y la Iglesia. Las Cortes de Cádiz*, Alicante, 1985.

religión y de toda la cultura histórica viva. Se comenzaba precisando una recomposición bajo inspiración constitucional que algunos seriamente emprendieron <sup>104</sup>, incluso para el capítulo de la propiedad anticipándose a la Constitución <sup>105</sup>, pero que no arraigó. Los catecismos no bastaban. Pese al mismo empeño constitucional por hacerse con la religión y con la historia, por informar así la cultura social, pese a la virtud del título de enseñanza pública <sup>106</sup>, la evolución no advino por este flanco ni este tracto. Y en esto esencialmente la misma Constitución confiaba. Habrá quien se arrepienta: «En el punto de la religión se cometía un error grave, funesto, origen de grandes males, pero inevitable. Se consagraba de nuevo la intolerancia religiosa, y lo peor era que, por decirlo así; a sabiendas de muchos, que aprobaron con el más profundo dolor el artículo 12» <sup>107</sup>.

El tratamiento de la justicia difiere. No se preveía en cambio la acción de una jurisprudencia. Se trataba esencialmente de una supeditación a ley <sup>108</sup>, a cuyo mismo efecto se articulaba una jerarquía <sup>109</sup>. Había razones para no confiarse. Hemos visto el

---

<sup>104</sup> B. CLAVERO, *Cortes tradicionales e invención de la historia de España*, pp 168-178, en AA VV, *Las Cortes de Castilla y León, 1188-1988*, Valladolid, 1990, I, pp 147-195, en lo que respecta a FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, *Teoría de las Cortes o Grandes Juntas Nacionales de los Reinos de León y Castilla. Monumentos de su Constitución Política y de la Soberanía del Pueblo. Con algunas observaciones sobre la Ley Fundamental de la Monarquía Española sancionada por las Cortes Generales y Extraordinarias y promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, Madrid, 1813

<sup>105</sup> B. CLAVERO, *Amortizatio*, pp 355-357, respecto a F. MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua Legislación y principales Cuerpos legales de los Reynos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de don Alfonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas*, Madrid, 1808

<sup>106</sup> ANTONIO VIÑAO, *Política y educación en los orígenes de la España contemporánea. Examen especial de sus relaciones en la enseñanza secundaria*, Madrid, 1982, cap 4, M.<sup>a</sup> ROSA SAURIN, «De la educación popular a la participación política, 1775-1813», en *Estudios de Historia Social*, 20-21, 1982, páginas 401-428, PILAR GARCÍA TROBAT, *Una aspiración liberal. la enseñanza para todos*, en AA VV, *Materiales*, pp 303-311

<sup>107</sup> AGUSTÍN DE ARGUELLES, *Examen histórico de la reforma constitucional que hicieron las Cortes Generales y Extraordinarias*, Londres, 1835, II, p 71

<sup>108</sup> M. LORENTE, *División de poderes e interpretación de la ley*, en AA VV, *Materiales para el estudio de la Constitución de 1812*, Madrid, 1989, pp 401-420

<sup>109</sup> CARMEN MUÑOZ DE BUSTILLO, *La organización de los tribunales españoles*,

desahucio. La jurisprudencia culturalmente se identificaba con el pasado que la Constitución, o al menos su declaración de derecho, venía a superar. No hacía acto de presencia ninguna «Jurisprudencia civil» que respondiese a unos supuestos constitucionales, con su interés que hemos visto señalarse para la «administración de justicia». De todas maneras no existía, pero la Constitución tampoco la consideraba. Había teorías prospectivas, como «la Política», «la Economía» o la misma «Jurisprudencia natural», pero no prácticas preceptivas, una cultura que, cumpliesen o fallasen las leyes, pudiera servir de guía a la justicia <sup>110</sup>. No era nuestro capítulo de propiedad el único que sufría la carencia <sup>111</sup>.

Si hay alguna diferencia primordial con otros inicios constitucionales, seguramente radica en este extremo; puede existir en ellos la cultura social y judicial que aquí falta <sup>112</sup>. Y el caso no es sólo que falte. Es también que la Constitución la confía a unas instancias que fallan, la ley, poder político propio, y la religión, poder social apropiable. Otra cultura social, incluida la jurisprudencial más práctica, aquella que pudiera precisamente garantizar el derecho individual a través de la institución judicial, simplemente no se quería. El mismo jurado que podía ser para la propiedad declaradamente en Virginia garantía sacra, queda aquí lejos. No está en dicha forma ni siquiera previsto; en materia civil no se admite <sup>113</sup>. Y el caso es que a nuestro efecto se necesitaba más este fomento de una jurisprudencia popular que de construcciones teóricas. Era una responsabilidad y resultaba una deficiencia constitucionales.

---

1808-1812, en AA VV, *Materiales*, pp 545-561, CÉSAR HERRERO, *La Justicia Penal española en la crisis del Poder Absoluto*, Madrid, 1989, cap 3, y recensión de Paz Alonso en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989, pp. 907-912, LUIS MORENO, *Los orígenes del Tribunal Supremo, 1808-1838*, Madrid, 1989, y recensión de M. Lorente en el mismo *Anuario*, pp. 936-939

<sup>110</sup> M. y JOSÉ L. PESET, *La Universidad española, siglos XVIII y XIX Despotismo Ilustrado y Revolución Liberal*, Madrid, 1974, cap 12

<sup>111</sup> M. PESET, «Derecho y propiedad en la España liberal», en *Quaderni Fiorentini*, 5-6, 1976-1977, I, pp 463-507

<sup>112</sup> J. P. REID, *The Concept of Liberty in the Age of American Revolution*, Chicago, 1988, también para Inglaterra

<sup>113</sup> JUAN A. ALEJANDRE, *La justicia popular en España. Los Tribunales de Jurados*, Madrid, 1981, pp 82-103

No son cuestiones extemporáneas. La misma Comisión de Constitución que prepara el texto de 1812 se mostraba consciente de todo esto en su propia defensa del proyecto. Definía el fin de la justicia: «asegurar la libertad civil de los individuos que la componen (la Nación)», hacer efectivo el artículo 4.º; se disculpaba por no presentar una propuesta suficientemente innovadora al propósito, y auguraba un futuro mejor en este aspecto: «No duda (la Comisión) que algún día se establezca entre nosotros la saludable y liberal institución de que los españoles puedan terminar sus diferencias por jueces elegidos de entre sus iguales, en quienes no tengan que temer la perpetuidad de sus destinos, el espíritu de cuerpo de tribunales colegiados, y en fin el nombramiento del Gobierno», ello es «el método conocido con el saludable nombre de juicio por jurados», «admirable sistema», «revolución total en el punto más difícil, más transcendental y arriesgado»<sup>114</sup>.

Los medios no se ponían. Y en esto, que hubo conciencia, no hubo arrepentimiento. Hubo reincidencia en el engaño. Seguirá defendiéndose esta justicia de Cádiz como un «sistema» que «apoyado en los principios de una jurisprudencia ilustrada y filosófica, ofrecía un método uniforme, claro y expedito, que no podía menos de preservarle de los abusos y anomalías anteriores»<sup>115</sup>. Al menos acababa reconociéndose la necesidad de una determinada jurisprudencia de ilustración y filosofía o de sabiduría y justicia. ¿Cómo cabía si la Constitución la subordinaba a una legislación que defrauda? ¿Podía pender de la ley si sus calificaciones se merecían por responder a derecho? ¿Dónde además estaba? ¿De dónde vendría? La justicia también fallaba y sin ella no podía haber derecho por mucho que una Declaración lo proclamara.

## 9. *La inteligencia de la Constitución*

Es precisamente en el título de la justicia, *De los Tribunales y de la administración de Justicia en lo civil y criminal*, que es

---

<sup>114</sup> A. ARGÜELLES, *Discurso preliminar a la Constitución de 1812*, ed Luis Sánchez Agesta, Madrid, 1981, pp. 95-113.

<sup>115</sup> A. ARGÜELLES, *Examen de la reforma constitucional*, II, p. 89.

el quinto, donde la Constitución de Cádiz realiza un mayor esfuerzo, no sólo declarativo, sino también asegurativo de garantías individuales. En este título (art. 258) se contiene el mandato codificador cuyo desarrollo se vinculaba directamente a los derechos del artículo 4.º; en él, en el capítulo de la justicia penal, se especifican libertades tan elementales como la personal, con procedimiento de *habeas corpus*. Suele entenderse que aquí sustancialmente se encuentra *la Declaración de Derechos*. Si esto es así, todo este trabajo no tendría mayor relevancia. La Constitución de 1812 conocería otros derechos también fundamentales, por especificación de *los demás legítimos* de su artículo 4.º, y derechos indudablemente más primarios que el de propiedad, estando entre ellos el de disposición física de la propia persona. Para este principio de autonomía no haría falta para nada o no tendría en todo caso tanta significación una parafernalia como la loquiana.

Así se entiende: «Los derechos fundamentales en la Constitución aparecen declarados de modo conciso, en el artículo 4.º, y de modo expreso referidos a diferentes materias en los artículos 247 (juez predeterminado), 280 (derecho a dirimir contiendas por árbitros), 287 en relación con los 290, 293, 300, etc. (*habeas corpus*), 371 (libertad de imprenta), 373 (derecho de petición), 303 (prohibición de tormento), 306 (inviolabilidad del domicilio), 308 (suspensión de garantías)»<sup>116</sup>. Como también se ha escrito, resultaría que «la técnica de positivación empleada conjuga el método de cláusula general utilizado por su artículo 4.º con la formulación casuística de una serie de libertades que aparecen diseminadas» por esta norma constitucional<sup>117</sup>. O como se ha explicado, así tenemos que todas las libertades, no sólo reconocidas, sino también supuestas por este texto, «tienen como cobertura constitucional genérica la libertad civil de que habla el artículo 4.º»<sup>118</sup>. Aquí radica el problema, en relación con el alcance de este primer pronunciamiento más claramente declarativo de un principio de derecho.

Las libertades personales más concretas que la Constitución

<sup>116</sup> J. M. ROMERO, *Proceso y Derechos*, p. 68.

<sup>117</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos fundamentales*, p. 357

<sup>118</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones*, p. 159

de Cádiz conoce podrían ser particularmente efectivas por cuanto que las registra en el título judicial; no fue así enteramente, pues las mismas Cortes tuvieron que suplir a estos efectos las deficiencias de una justicia, pero los artículos constitucionales correspondientes fueron los que en todo caso sirvieron para el funcionamiento de unas garantías <sup>119</sup>. Mas la cuestión primera no es ésta, la de eficacia, sino otra, la de concepto, con su propio alcance práctico. ¿Eran estas libertades expresión o especificación de la *libertad civil*, del derecho fundamental, que la misma Constitución ha reconocido? ¿Gozan de la cobertura del artículo 4.º? ¿Eran sus *derechos legítimos*? ¿Constituyen un derecho básico de este orden constitucional?

En el mismo texto está la respuesta, categóricamente negativa. Me refiero al artículo 308, último del título judicial: «Si en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado exigiese en toda la Monarquía o en parte de ella la suspensión de algunas de las formalidades prescritas en este capítulo para el arresto de los delinquentes, podrán las Cortes decretarla por un tiempo determinado.» Ya es otro lenguaje, con reducción de libertades a *formalidades* y presunción además de *delincuencia*, no de inocencia. En este contexto incluso asoma un sentido objetivo del término *derecho*; ocurre con la forma perifrástica y restrictiva de hacer referencia al jurado: «Si con el tiempo creyeren las Cortes que conviene haya distinción entre los Jueces del hecho y del derecho, la establecerá en la forma que juzguen conducente» (art. 307). Realmente en este capítulo de la justicia penal que concreta libertades es el que peor casa, incluso lingüísticamente, con el concepto subjetivo del derecho como libertad del artículo 4.º

Las libertades personales vienen en este título quinto y no en el artículo 4.º porque no representan derecho fundamental; son dispensas constitucionales que se pueden así sustraer. Ni siquiera para la suspensión se exige forma de ley, porque entonces se requeriría la sanción de la Monarquía. El poder que constituye unas Cortes de una Nación se reserva la facultad de disponer de lo que reconoce, unas libertades de unos individuos. La misma Constitución puede registrar excepciones sin necesidad de la ex-

---

<sup>119</sup> M. LORENTE, *Infracciones a la Constitución*, pp 223-270

cepción <sup>120</sup>. Y ordinariamente, en el mismo terreno más primario de la libertad personal, es la ley la que dispensa y dispone, entendiéndose garantía <sup>121</sup>.

Hay otra ocasión en la que la Constitución se refiere a unos valores básicos, con entrada de derechos. Es la del juramento real cuya fórmula registra; en lo que al punto afecta, el Monarca se compromete a respetar *propiedad y libertad personal de cada individuo* (art. 173). Son términos similares a los del artículo 4.º, *libertad civil y propiedad*, pero añaden algo que la misma Constitución se ha cuidado de puntualizar. El Rey, poder ejecutivo, «si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer sin que al mismo tiempo sea indemnizado, y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos»; «no puede el Rey privar a ningún individuo de su libertad, ni imponerle por sí pena alguna», haciéndose en su caso «reos de atentado contra la libertad individual» quienes refrenden y quienes ejecuten el acto (artículo 172.10 y 11). Esta libertad *individual* sería la personal más tangible; aquellos *hombres buenos* habrían de ser los jueces, pues no pueden ser jurados. En general, por regla de máxima, aun con imprecisiones de planteamiento y dificultades de realización, el Monarca queda sometido para estas actuaciones de *expropiación y detención* a las garantías para los individuos del título judicial <sup>122</sup>.

El juramento del Monarca es más circunstanciado y precavido que el de otros poderes públicos. Los Diputados de Cortes y otros representantes de los ciudadanos no juran expresamente en cambio dicho particular de las libertades, sino más genéricamente *la Constitución* (arts. 117 y 337), cuyos límites vinculan a todos y muy especialmente a los primeros por la misma potencialidad de su poder normativo (art. 100). Pero es la misma Constitución la que hemos visto situar a las Cortes por encima de la *libertad*

<sup>120</sup> PEDRO CRUZ, *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Madrid, 1980, voz *Constitución española de 1812* en índice analítico

<sup>121</sup> C. ALVAREZ, *El derecho de seguridad personal*, pp. 298-319

<sup>122</sup> JUAN A. SANTAMARÍA, *Sobre la génesis del Derecho Administrativo Español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973, cap. I

*personal* que el Monarca debe, en cambio, respetar. Y el compromiso regio se remitía a los términos del título judicial y no a los del artículo 4.º Por esta vía de los juramentos tampoco en definitiva llega una ulterior especificación de un derecho realmente fundamental.

La única Declaración de Derechos es la del artículo 4.º, pero la suya era una declaración abierta. ¿Qué ocurre entonces con el estrambote? ¿De qué manera puede entenderse lo de *demás derechos legítimos*? ¿Cabe todavía salvarse la soledad, como *derecho* más preciso, de *la propiedad*, de una propiedad que ni legislativa ni jurisprudencialmente responde a unas esperanzas constitucionales? Si la misma Constitución comienza por no especificar dichos otros derechos, ¿cómo podría hacerse? Ya conocemos otra posibilidad, la del Código civil, la del proyecto que se emprendió bajo el entendimiento de que podía y debía proceder a dicha especificación. Volvamos a él.

Alguna ampliación parece insinuarse, recuperándose la línea del proyecto de Constitución y añadiéndose algo desde un principio: «La libertad civil, la propiedad, la seguridad individual y la igualdad legal componen los principales derechos legítimos de los españoles. Los derechos políticos de los españoles como ciudadanos se hallan determinados por la Constitución» (art. 34). En esta entrada creo que lo más significativo es el añadido. Sigue sin saberse bien el alcance preciso del calificativo *legítimo* para unas *libertades civiles*, pero el concepto de *derechos políticos* queda en cambio precisado. Son determinaciones de la norma constitucional y no derechos fundamentales reconocidos o declarados por ella. Tampoco pueden conceptualmente entrar en los *demás derechos legítimos* de su artículo 4.º

Pero adviértase también una definición ulterior: «Son en general derechos legítimos todos aquellos que dimanen de autorización de la ley, como el ejercicio de la autoridad patria, de la tutela y otros semejantes; los que habilitan para ejercer cargos públicos o para otros actos civiles, como testar, contratar, comparecer en juicio, adquirir o transmitir bajo las ampliaciones o modificaciones que prescribe la ley» (art. 52). No hay aquí difuminación del concepto, sino precisión máxima. Por fin se define el significado de *legítimo* como calificativo de *derecho* a los

mismos efectos constitucionales que este proyecto de Código quería expresamente desarrollar. Resulta conformidad con la ley, determinación suya. Así puede el mismo derecho transmutarse además en *autoridad*; el principio de libertad individual, en práctica de supeditación personal. Una autoridad viene expresamente de la otra. La primera es la de la ley. Es el punto decisivo.

Es cosa bien experimentada desde entonces y mejor sabida hasta hoy. El primer principio no es de *juridicidad*, de acuerdo con los derechos, sino de *legalidad*, de atenuamiento a las leyes. He aquí cierta y exactamente el principio de legalidad, esto es, la entrega del derecho a voluntad política, la imposición normativa de unas razones colectivas sin contraste judicial de las razones individuales donde las libertades radican. Ya estaba en la Constitución; si en su artículo 4.º se reservaba el término de *derecho* para la libertad subjetiva, es *ley* la palabra que en él sirve para significar derecho objetivo, aun con la salvedad vista. Todavía hay aquí una tensión que bajo la misma Constitución se pierde en cuanto que, a costa de la libertad, ley y derecho se identifican. Sus nociones se confunden.

El principio de legalidad se entenderá real y precisamente como primera expresión y como primer requisito de los derechos mismos <sup>123</sup>. Toda la cultura creada desde entonces y arraigada hasta hoy lo avala y revalida. El *derecho* es la *ley* y no la *libertad* como ingenuamente entendía el artículo 4.º de la Constitución de Cádiz. El propio intento de recuperar la ingenuidad, mi empeño actual por rehacer una historiografía constitucional bajo este otro prisma de derecho y no de ley, podrá consecuente y sorpresivamente tomarse no sólo como perversión de la historia del derecho, sino también como corrupción del ordenamiento jurídico <sup>124</sup>.

No es de extrañar lo que resulta ya entonces, en la época inaugural que estamos contemplando. Gráficamente se ve en los susodichos términos del proyecto de Código de 1821. El derecho resultante no es de libertad, sino de autoridad y potestad, ahora de la civil como antes de la política. El poder doméstico cabe como expresión incluso del derecho que se concebía constitucio-

<sup>123</sup> B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988, epílogo

<sup>124</sup> A. FIESTAS, *recensión a B. CLAVERO, «Manual de Historia Constitucional de España»*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 59, 1989, pp. 898-906

nalmente como libertad. No desentona con el derecho político de análoga concepción. Quien la padece, principalmente la mujer, ya era un sujeto ajeno a una Constitución que no hacía estos distinguos en su declaración de libertad <sup>125</sup>. Con dicho entendimiento se cierra realmente la posibilidad de ampliación del mínimo catálogo de derechos fundamentales del artículo de la Constitución. No queda medio de especificación de los *demás derechos legítimos* como derechos propiamente tales, fundamentales. No hay sin más *derecho*. El género ya no existe.

En la época de vigencia en España de nuestra Constitución de Cádiz, sustancialmente el trienio de 1820 a 1823, el nombre de moda no resulta consecuentemente el de Locke, John Locke, sino el de Bentham, Jeremy Bentham <sup>126</sup>. Tampoco nos ocupará su recepción. Ni vamos a descubrir su lugar <sup>127</sup>. Un constitucionalista de la primera hora, el que se había tomado en serio el imperativo constitucional de recomposición histórica de la cultura religiosa, se consagrará por aquellas alturas, tras el trienio, a la refutación <sup>128</sup>. Si a este crítico la posición de Bentham le parece «increíble» e «inconsiguiente», sumida en «contradicciones», a Locke le asigna «la gloria de hacernos conocer los principios fundamentales de la sociedad» <sup>129</sup>, con expresión que traduce y hace suya <sup>130</sup>. La cuestión era el concepto de *derecho* anterior y superior a ley, que Bentham categóricamente rechazaba. Su sentido parece perderse durante el mismo tiempo de esta primera Constitución.

---

<sup>125</sup> B CLAVERO, «Cara oculta de la Constitución. sexo y trabajo», en *Revista de las Cortes Generales*, 10, 1987, pp. 11-25, C PETIT, *Amos, sirvientes y comerciantes*, pp 110-121.

<sup>126</sup> MANUEL TORRES CAMPOS, *Bibliografía española contemporánea del Derecho y de la Política, 1800-1880*, Madrid, 1883, voz *Bentham* del índice en el segundo volumen, 1897.

<sup>127</sup> C B MACPHERSON (ed ), *Property*, pp 41-58, A RYAN, *Property*, páginas 91-117

<sup>128</sup> F MARTÍNEZ MARINA, *Principios naturales de la Moral, de la Política y de la Legislación*, ed. Adolfo Posada, Madrid, 1933, parte I, caps 2-4 y 9, parte II, caps 1-5

<sup>129</sup> F MARTÍNEZ MARINA, *Principios*, pp 146, 152, 238 y 335

<sup>130</sup> JOSÉ A. MARAVALL, *Estudio preliminar*, p. 12, a F MARTÍNEZ MARINA, *Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del Gobierno español*, Madrid, 1988, pp 5-78

La única Declaración de Derechos era efectivamente, en ella, el artículo 4.º, bloqueándosele además la posibilidad admitida de efectuarse añadidos. La *propiedad* queda sola junto a la *libertad civil* más imprecisa por cuanto que, a tenor de la misma Constitución, no parece que pueda realmente abarcar la *libertad personal* más primaria. ¿Se salvaba todavía, como expresión de la misma libertad, la propiedad? ¿Encerraba aún este derecho la capacidad de representar dichos mismos principios de autonomía individual, de una íntegra libertad personal? ¿Podía aún recuperarse? ¿Guardaba algún sentido en todo este contexto la Declaración de Derechos del artículo 4.º de la Constitución española de 1812? ¿En qué posición integral, civil por constitucional, puede quedar la propiedad? ¿Puede conservar todavía una integridad? ¿Es finalmente un derecho predicado en la Constitución y materializado en el ordenamiento?

#### IV. LA POSICIÓN DE UN DERECHO

Quedan unas conclusiones. Resta ver un desenlace. El punto de partida creo que se encuentra suficientemente al descubierto. Sabemos qué se encierra en el artículo 4.º de la Constitución de 1812. Tenemos el derecho de propiedad. Conocemos qué significa. Nos consta también que supone la única declaración, el único reconocimiento, de un derecho de libertad en el seno de dicho orden constitucional. Hemos comprobado la dificultad consiguiente de su incardinación. Parece una imposibilidad. Pero el derecho de propiedad existe. O al menos se predica. ¿Qué posición ocupa? ¿En qué se concreta? Comenzará por haber una pluralidad, por diversificarse tanto posiciones como positivaciones. No entro en unos regímenes. Tan sólo quiero finalmente identificar en este presunto derecho el lugar o los lugares, el sentido o los sentidos dentro del sistema en el que adquiere existencia; pretendo así precisar dónde y en qué queda su definición, su significación y su constitución. ¿Qué resulta en fin realmente la Declaración del Derecho de Propiedad de la Constitución de Cádiz?

10. *Dominio social*

Prosigamos con la interpretación relativamente auténtica, con el anteproyecto de *Código civil* de 1821, que pretendía desarrollar la misma declaración de derechos. Conforme a ella y no a otras partes de la Constitución, ofrecía según vimos las definiciones más loquianas, con un entendimiento de *libertad civil* que ante todo se sustentaba como *propiedad personal*: «Es libertad o propiedad personal el derecho de conservar la existencia física y moral, y de aumentar sus goces y comodidades» (art. 40.1); «es propiedad el derecho de aprovecharse y disponer libremente del producto del trabajo personal» (art. 42.1), pero a esta segunda definición seguían otras que no he citado antes: «Es propiedad el derecho de aprovechar los servicios que prestan a cada uno las personas o las cosas ajenas con arreglo a la ley» (art. 42.2); «es propiedad el derecho de usar, disfrutar y disponer libremente de las cosas muebles o inmuebles que pertenecen a uno o muchos en virtud de título establecido por la ley» (art. 42.3). Hay dos cuestiones en virtud de las cuales ya puede resultar que la libertad civil no es propiedad personal y la propiedad privada no es libertad individual.

La primera, que la propiedad libere a unos y supedita a otros, que confiera expresamente a quienes emancipa «el derecho a aprovechar los servicios» ajenos, a apropiarse, si no de trabajo, de su producto. Esta era una admisión común en una primera cultura constitucional <sup>131</sup>, ni siquiera Locke exclusive <sup>132</sup>. Nadie escapa totalmente a su tiempo <sup>133</sup>, pero no es el mismo el del siglo xvii que el del xix. En el primero puede tratarse de la dificultad de abstraerse completamente de las condiciones dadas; en el otro, del interés de reproducirlas deliberadamente frente a las posibilidades abiertas. No es la libertad lo que entonces se postula. Siguen entrando poderes, por esta parte sociales como

---

<sup>131</sup> B. CLAVERO, «Amos y sirvientes, ¿primer modelo constitucional?», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 56, 1986, pp 995-1016

<sup>132</sup> J. LOCKE, *Treatises of Government*, II, 28 y 85 (ed. P. Laslett, pp 288-289 y 322-323)

<sup>133</sup> PÉREZ ZAGORIN, *Rebels and Rulers, 1500-1660*, Cambridge, 1982, II, p 165 (hay trad.)

políticos por otras. Y unos predicados constitucionales contradecían esta discriminación civil de la propiedad y el trabajo; encerraban la virtualidad de superarla. El Código puede ahora servir para neutralizarla. Este proyecto lo pone con toda franqueza de manifiesto.

La segunda, que acabe por no haber un principio de derecho. «El título» de la propiedad lo establece finalmente «la ley». Es cuestión ya apreciada que no deja de operar en el capítulo. En él resulta del mayor alcance. El derecho de propiedad está cambiando de naturaleza; puede así hacerlo. Está pasando de derecho de la personalidad a derecho real; está dejando de constituir libertad subjetiva para devenir derecho objetivo. A la misma propiedad que era derecho fundamental se le aplica finalmente el entendimiento de los *demás derechos legítimos* que resultaban dispensa legal. Derecho fundamental no parece en definitiva que lo haya. Todo derecho es legítimo por estar sujeto a ley. La Constitución lo permite. Ni la propiedad escapa. Todo esto hemos visto que se mueve por el debate constituyente, los catecismos constitucionales y otras manifestaciones constitucionalistas. Ahora estamos en el desenlace.

Consiste en un verdadero trastrueque, una auténtica transmutación del punto de partida de la Constitución misma, de la declaración contenida en su artículo 4.º que parecía su comienzo genuino. Como advertimos, y se sabe, los artículos precedentes, 1.º a 3.º, ya se habían ocupado de sentar unos conceptos de nación y de soberanía que tampoco son ajenos a dicha resultante de la anteposición de la ley al derecho. La Nación mayúscula, no el individuo minúsculo, era lo único anterior a Constitución. En su nombre, un poder legislativo, Cortes y Monarca, y un poder constituyente, sólo Cortes, quedaban finalmente por encima de unos principios de libertad. Se sitúan sobre una propiedad con la que, en todo caso, ya comparten su carácter de poder social, que no de libertad individual. Seguirán unos prejuicios tan prosociales como antiliberales, tan incapaces de comprender la posición constitucional de la propiedad personal como de advertir la desvirtuación civil del derecho de propiedad y, en definitiva, de superar el complejo de unos poderes políticos y domésticos antes que económicos y sociales.

Pero no nos salgamos de nuestra época. En el tiempo que contemplamos, en los mismos años de la Constitución de Cádiz, acaba por despejarse la incertidumbre de principios de un planteamiento que se debatía entre el derecho, la religión y la ley, entre la propiedad, el catolicismo y el código. Lo último prevalece. Así se decidirá la misma suerte del resto. De esta forma desaparecerá un derecho constitucional, una propiedad personal, y resistirá una religión tradicional, una cultura heterónoma. Derecho natural no será el de libertad, único que en esta época constitucional como tal estrictamente cabe. La ley y su código, no la religión y su cultura, constituyen el título.

Todo está a disposición de un ordenamiento que se decide políticamente sin mayores compromisos sustantivos. En nuestro capítulo, la ley puede hacer lo que la libertad no podía postular: introducir en el mismo concepto de derecho de propiedad el poder de expropiación privada, la facultad de apropiarse de trabajo ajeno. Esto es el efecto que importa. La franqueza no hace falta. En lo sustancial, el proyecto de 1821 formalizaba una relación desigual entre propiedad y trabajo: «La ley reconoce como superior a aquella persona a quien se presta bajo su mando un servicio diario por otra persona» o «dependiente» (art. 455). Es el planteamiento de poder social que realmente impone. Definirá la posición civil de una propiedad privada constitutivamente no identificada con la libertad personal. Los estorbos que se decían acabaron desde luego retirándose del trayecto de la codificación <sup>134</sup>, pero para abrirse el paso y expedirse así el camino de este otro entendimiento <sup>135</sup>.

De 1836 es otro proyecto de Código no menos elocuente. Equipara *propiedad*, que era expresión de libertad, a *dominio*, que puede serlo de poder, y comprende expresamente, junto a la ley vinculante, los pactos libres en el ordenamiento del caso:

---

<sup>134</sup> CARLOS J. MALUQUER, *La desamortización y la codificación civil*, en AA VV., *Desamortización y Hacienda*, II, pp. 703-714, ANGEL M<sup>a</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, *Sobre el origen y el significado histórico del artículo 388 del Código Civil*, en AA VV., *Materiales*, pp. 387-389.

<sup>135</sup> B. CLAVERO, «La propiedad considerada como capital. En los orígenes doctrinales del derecho actual español», en *Quaderni Fiorentini*, 5-6, 1976-1977, I, pp. 509-548

«Propiedad es el derecho que uno tiene en sus cosas para disponer de ellas a su arbitrio, con tal que no haga un uso prohibido por las leyes o pactos. Este derecho se llama también dominio» (artículo 621). Contiene luego un capítulo *del servicio personal* o del trabajo en el que, bajo la dependencia del *amo* y conforme a *pacto, costumbre y naturaleza del servicio*, se comprenden expresamente *jornaleros* junto a *criados* (Libro III, título IV, cap. 6). Los pactos que ordenan la propiedad entre privados no sólo son de libertad, sino también de servidumbre <sup>136</sup>. Otro proyecto que se sale de nuestro tiempo, pero del que también tendremos que decir algo, el de 1851, ya traerá, para el trabajo como para la propiedad, el planteamiento más conocido, y de fondo similar, de la codificación napoleónica <sup>137</sup>.

Para la posición civil representada por el Código, la propiedad es expresión de dependencia social y no de libertad privada. Los proyectos que siguen al de 1821, incluido el de 1836, pueden adoptar más pacíficamente esta posición por cuanto que no se sienten obligados a principios constitucionales sustantivos ni a Constitución alguna. Al contrario que aquel primero, no se plantean como norma de desarrollo constitucional, de plasmación de los derechos, sino como ley del orden civil junto a la del orden político que puede representar la Constitución, sin compromiso común de derechos. Como se argumenta por el preámbulo del proyecto de Código de 1836, él se contrae a «la libertad individual como derecho civil» mientras que «la libertad política es objeto de la ley fundamental» <sup>138</sup>. *Fundamental* es la Constitución como *ley* porque no hay un *derecho* por encima. Ya no había derecho o *derechos fundamentales*. No los hay que puedan comprometer conjunta y solidariamente a unos órdenes político y civil. Ya no

<sup>136</sup> J F LASSO (ed.), *Crónica de la Codificación*, 4 II, pp 184 y 229

<sup>137</sup> ANDRÉ JEAN ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code Civil Français La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París, 1973, pp 94-117, M PESET, «Acerca de la propiedad en el Code», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 52, 1976, pp. 879-890; MICHEL VIDAL, «La propriété dans l'École de la Exégèse en France», en *Quaderni Fiorentini*, 5-6, 1976-1977, I, pp 7-40, ANDRÉ CASTALDO, «L'histoire juridique de l'article 1781 du Code Civil "Le maître est cru sur son affirmation"», en *Revue Historique du Droit Français et Étranger*, 55, 1977, pp 211-237

<sup>138</sup> J F LASSO (ed ), *Crónica de la Codificación*, 4 II, p 93

existe el compromiso común de un derecho de libertad. La propiedad civil puede ser exactamente poder social.

Hay un punto donde esto se manifiesta de la forma más sangrante. Los proyectos de Código abordan la materia *de personas* sobre el supuesto de que no juega un principio general de libertad; pueden ser así de distintas *condiciones* o estados civiles, con grados diversos de supeditación. En este contexto puede llegarse a una referencia relativamente pacífica a la condición de *esclavitud*, a este estado de privación de libertad, al extremo de que el individuo sea objeto directo y no sujeto potencial de propiedad. Así dice el proyecto de 1836: «Todo esclavo recobrará su libertad en el hecho de pisar territorio de España y pertenecerá a la clase de los demás criados de servicio entrando en el goce de todos los expresados derechos» generales de las personas libres (artículo 20). Es disposición de libertad, pero sobre el supuesto de que para el mismo ordenamiento la esclavitud existe y de que puede guardar una relación de continuidad con otros estados o *clases* de sujeción humana <sup>139</sup>.

Es situación colonial, menos admisible en la metrópoli, pero que así puede encontrar cabida en un ordenamiento con Constitución <sup>140</sup>. Si teníamos la propiedad como medio, no de emancipación individual, sino de servidumbre humana, no podemos dejar de advertir este extremo. Bajo la Constitución de Cádiz cupo. No es una decisión suya, pero tampoco la tuvo contraria <sup>141</sup>. Y lo que es más importante, en los planteamientos normativos del propio desarrollo constitucional la esclavitud podía encontrar su sitio. El mismo proyecto más discreto de Código de 1821 no deja de adoptar como propia del ordenamiento una posición de patriar-

---

<sup>139</sup> J. F. LASSO (ed.), *Crónica de la Codificación*, 4.II, pp. 131.

<sup>140</sup> CONCEPCIÓN NAVARRO, *La abolición de la esclavitud negra en la legislación española, 1870-1886*, Madrid, 1987, cap. 1, y mi recensión en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 58, 1988, pp. 609-611.

<sup>141</sup> JESÚS R. NAVARRO, *Sociedad esclavista e intereses de las grandes potencias en torno al constitucionalismo cubano*; JOSÉ M.<sup>o</sup> ORTEGA y LUIS J. TOUYA, *Cuba. la abolición de la trata de esclavos en los debates de las Cortes*, PABLO TORNERO, *La reacción del poder cubano ante el fenómeno liberal en España y América*, en AA. VV., *Materiales*, pp. 563-576, 609-620 y 733-745, respectivamente.

calismo doméstico y paternalismo social <sup>142</sup>; en ella puede acomodarse; por ella cabe mejor la esclavitud que la misma libertad individual. La Constitución de Cádiz, con alguna referencia a «originarios del Africa», aun potencialmente libres (art. 22), y a un «estado de sirviente», aun no esclavo (art. 25.3), ha aceptado de hecho la situación.

Esclavitud también había con Constituciones y sin Códigos, con un grado inferior de responsabilización del ordenamiento <sup>143</sup>, aun revalidándose y garantizándosele como una especie de propiedad <sup>144</sup>. La diferencia puede hacerla la codificación, este requerimiento constitucional de reducción a la ley del orden jurídico. Así, la dependencia personal mediante el derecho de propiedad podía jurídicamente resultar, más que condición social, condicionamiento económico o condicionante cultural, determinación normativa y responsabilidad efectiva del ordenamiento; había necesariamente de pasar por la decisión política, aun elusiva, de la ley o *Código civil*. Y así, bajo una Constitución que partía de la noción del derecho de propiedad como medio de liberación humana y autonomía personal, podía fijarse una posición civil de la propiedad de carácter diametralmente opuesto.

## 11. Poder político

El proyecto de Código civil de 1821 no quería reducirse a una materia privada, a un orden en nuestro capítulo de propiedad que pudiera suponer poder entre los particulares. También se

<sup>142</sup> M PESET, «La primera codificación liberal en España, 1808-1823», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 48, 1972, pp 125-157, «Análisis y concordancias del proyecto de Código civil de 1821», en *Anuario de Derecho Civil*, 28, 1975, pp 29-100

<sup>143</sup> SYLVIA R FREY, *Liberty, Equality and Slavery. The Paradox of the American Revolution*, en Jack P. GREENE (ed ), *The American Revolution. Its Character and Limits*, Nueva York, 1987, pp. 230-252; J. P REID, *The Concept of Liberty*, cap. 5; EDWARD J. ERLER, *The Great Fence to Liberty The Right to Property in the American Founding*, pp. 47-49, en E F PAUL y H DICKMAN (eds ), *Liberty, Property*, pp 43-63

<sup>144</sup> D E. FEHRENBACHER, *Constitutions and Constitutionalism in the Slaveholding South*, Athens (Georgia), 1989.

planteaba como un *Código administrativo*, con su parte «de la administración general del Estado para hacer efectivos los derechos y las obligaciones», para someter a ley común y justicia ordinaria este otro poder de índole política. Es una parte que no llegó a articularse como proyecto, pero que estaba anunciada y justificada en su preámbulo o exposición de motivos <sup>145</sup>. La Constitución vigente, nuestra Constitución de Cádiz, no excluía a las administraciones públicas del ordenamiento y la jurisdicción generales; en lo que interesaba a la propiedad, en el punto de la expropiación pública, ya vimos que, aun con imprecisiones, remitía al orden normativo y judicial común. Era un planteamiento administrativo de partida que sencillamente se identificaba con una posición constitucional.

Durante el mismo tiempo de esta Constitución el planteamiento no se mantiene. Aparte una práctica vacilante, es en el último período de vigencia de la misma, entre 1836 y 1837, cuando claramente se aprecia la existencia de una posición administrativa ya singularizada y exenta. No todo será Código. Los proyectos que siguen al de 1821 no hacen cuestión de administración. Se plantean sobre el supuesto de que esta materia les es ajena, de que tan sólo deben mirar en nuestro capítulo la propiedad entre los particulares y no entre ellos y los poderes políticos. Irá, además, definiéndose como un derecho sujeto y acomodado a ley, pero no necesariamente parlamentaria y no solamente a ella. La propiedad no sólo se somete a un poder legislativo. Con todo, también así se conforma una posición administrativa y política exenta y distinta. Pueden acabar fijándola unas definiciones civiles <sup>146</sup>.

El proyecto de 1836 todavía daba entrada, tras la ley general, a la libertad particular, a los contratos entre propietarios y entre propietarios y trabajadores, los *pactos* según vimos (art. 621). El de 1851 se referirá en cambio, junto a la ley, a otro tipo adicional de ordenamiento, ya administrativo: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las que previenen las leyes o reglamentos» (art. 391). En los artículos

<sup>145</sup> J. F. LASSO (ed.), *Crónica de la Codificación*, 4.II, pp. 25-28

<sup>146</sup> JOSÉ A. ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, *La propiedad en la formación del Derecho administrativo*, Pamplona, 1983

consecutivos, el primero agrega que sólo podrá producirse expropiación «por causa de utilidad pública y previa indemnización en los casos determinados por la ley»; el segundo se olvida este último requisito de la reserva legal: «Ninguno será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización»<sup>147</sup>.

No nos estamos saliendo realmente de nuestro tiempo al referimos a un proyecto de 1851. Expresa una posición que existía en nuestra época, a la que ya aludimos. Notoriamente se traduce del *Code Napoléon*, del Código civil francés de 1804, de sus artículos 544 y 545: «La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité»<sup>148</sup>. Todo esto encajaba perfectamente en la posición constitucional de la codificación napoleónica, pero aquí inicialmente no se adoptaba. Los proyectos de Código civil de tiempos de la Constitución de Cádiz no habían asumido un planteamiento en virtud del cual la propiedad privada se somete también a *reglamentos* y puede ser expropiada sin necesidad tampoco de previsión por *ley*. No aceptaban una posición conforme a la cual un *derecho administrativo* exento del ordenamiento y la justicia comunes se situara igualmente por encima de la libertad individual que pudiera todavía representar el derecho de propiedad.

Pero al margen de unos proyectos de Código dicha posición administrativa también había empezado a insinuarse en tiempos de la Constitución de Cádiz, instaurándose más decididamente por su último período de vigencia. Lo hace en capítulos como precisamente el de expropiación<sup>149</sup>. La que se llamara *ley relativa*

<sup>147</sup> J. F. LASSO (ed.), *Crónica de la Codificación*, 4 II, pp. 184 y 353

<sup>148</sup> *Les Six Codes, précédés de la Charte Constitutionnelle et de ses Lois Organiques*, París, 1828, p. 111

<sup>149</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Algunos ejemplos de la jurisprudencia civil y administrativa en materia de desamortización*, en AA. VV., *Agricultura, comercio colonial y crecimiento económico en la España contemporánea*, Barcelona, 1972, pp. 67-89, con otros, «Jurisprudencia administrativa sobre bienes sujetos a desamortización», en *Actas del III Symposium de Historia de la Administración*, Madrid, 1974, pp. 25-144; FRANCISCO J. JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Desamortización*

a la enagenación forzosa por motivo de utilidad pública de 17 de julio de 1836 no era en rigor una ley <sup>150</sup>; fue promulgada por decreto regio un mes antes de que se restableciera la Constitución de 1812, pero se mantuvo como norma superior en la materia durante un buen tiempo. Ya podía responder a la concepción administrativa dicha, que sólo hará afianzarse y desenvolverse bajo ella y desde entonces <sup>151</sup>. Sin ley estricta de expropiación y con una norma sucedánea que permite confiar a administración las decisiones del caso, la propiedad privada, cada vez más lejos de un sentido de derecho personal, queda situada por debajo de unos poderes políticos, también del ejecutivo. No hay ni siquiera principio de legalidad que valga.

Pues a esto se unen otros fenómenos de superior alcance, a los que bastará aludir. La ley de la propiedad habría de ser fundamentalmente la civil y ésta debía contenerse en el Código. El proyecto que más directamente se ha preparado bajo la Constitución de Cádiz, el de 1821, era de carácter parlamentario. Fue el último de esta condición. El poder codificador, que es en estos planteamientos expresión eminente del legislativo, también viene a situarse en la órbita administrativa, en la que así puede retenerse el control de la programación legislativa. No hay Código en estos años, pero esto tampoco puede abrirle un camino a la justicia, a esta forma políticamente menos denominable de determinación del ordenamiento, porque su misma administración se encuentra por esta época fuertemente sujeta al propio poder ejecutivo y sin competencia sobre él. Es el escenario de la supeditación administrativa de la propiedad privada. Aquí no hay nota porque falta estudio.

Una posición administrativa también puede particularmente determinarla la materia tributaria en cuanto que no se atenga a planteamiento constitucional de habilitación concreta y temporal, por parte o en nombre de quienes se obligan, de la facultad de

---

y jurisdicción de Hacienda, en AA. VV., *Desamortización y Hacienda*, II, pp. 669-687, y en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 54, 1984, pp. 449-475.

<sup>150</sup> TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, y J. A. SANTAMARÍA, *Legislación administrativa española del siglo XIX*, Madrid, 1977, pp. 435-436.

<sup>151</sup> SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, *Expropiación y jurisdicción*, Madrid, 1976, pp. 41-91.

percepción de impuestos, de esta forma de disposición pública de propiedad particular. Tampoco vamos a extendernos, pero conviene no dejar de registrarlo, dada su especial importancia en estos tiempos fundacionales para la suerte definitiva de este derecho de propiedad. El caso es que la Constitución de Cádiz, ya la misma Constitución, ofrece facilidades para la instauración de un poder administrativo exento a estos efectos fiscales <sup>152</sup>.

La Constitución comienza por establecer un deber fiscal genérico: «Está obligado todo Español sin distinción alguna a contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado» (art. 8.º). Un título, *De las contribuciones*, el séptimo, registra el principio de habilitación con carácter anual por parte de las Cortes añadiendo una importante precaución a favor, no de quienes contribuyen, sino de quien impone: «subsistiendo las antiguas (contribuciones) hasta que se publique su derogación o la imposición de otras». Comienza en realidad admitiendo una facultad del *Estado*, que se ha dicho, a disponer de propiedad particular sin habilitación determinada. Un poder ejecutivo se sentirá facultado por la Constitución misma para percibir impuestos; éste es el terreno donde más fácilmente entonces pudo escapar, no sólo a habilitación legal, sino también a control judicial <sup>153</sup>. Este contexto hace disminuir bastante el valor de otras garantías para la propiedad que hay en la Constitución: prohibición de *confiscaciones* y de *apremios* por vía judicial, única vía que contempla (artículos 294, 303 y 304).

En otras latitudes constitucionales todo esto puede ser justamente considerado como fenómeno anticonstitucional, como negación de libertad, como signo incluso de esclavitud política. El problema no era el de la existencia de la expropiación y de los tributos públicos, sino la ignorancia de los procedimientos que requería un primado, el de la propiedad como libertad. Esta sería la *slavery* o carencia de derecho más estrictamente constitucional, la de unos poderes que se arrogan facultades sobre las propiedades privadas sin contar con habilitación y control por parte de los interesados mediante la institución del parlamento a unos efectos

---

<sup>152</sup> FRANCISCO ESCRIBANO, *Poder legislativo y competencia financiera en la estructura constitucional de 1812*, en AA VV, *Materiales*, pp. 235-251

<sup>153</sup> J. A. SANTAMARÍA, *Génesis del Derecho Administrativo*, cap. 2

generales y por medio de la del jurado a los particulares o individuales <sup>154</sup>.

El jurado aquí no tiene competencia en la materia civil de propiedad y la ley la mantiene muy mediatizada. A su efecto la misma propiedad privada, directamente ella, podrá aparecer también como poder político. En la propia Constitución de Cádiz existe la previsión de fijarse nivel de renta y calidad de patrimonio para poder ser diputado (arts. 92 y 93), pero el requerimiento no se concretó bajo ella. Estaba en juego a la altura de 1836 y se mantuvo tras 1837. Ahora, requiriéndose no sólo para la representación sino también para el voto, podrá conformarse dicha noción directa de la propiedad como un poder en el mismo ámbito de la Constitución. Era algo común por estos tiempos <sup>155</sup>.

La posición se argumenta. El punto de partida es civil: «Todo ciudadano, por humilde que sea su condición social, por escasa que supongamos su importancia, debe tener consignado y garantizado en la ley el ejercicio de los derechos comunes de su persona, de su seguridad, de sus bienes»; la prosecución es distinta: «No sucede lo mismo, señores, con los derechos políticos o prerrogativas; no es lo mismo con esa parte de poder —porque tales derechos lo son plenamente— que la ley otorga para el gobierno de los estados»; para este capítulo de un derecho que directamente se tiene por prerrogativa y poder, «ella (la ley) no tiene obligación de conceder»; debe hacerlo tan sólo «a los que estén preparados para hacer un uso conveniente de tal autoridad». Más lejos cada vez de la noción formal de derecho, la propiedad material es entonces «signo de la inteligencia y de la importancia política», título de participación cívica, mérito de prerrogativa, divisa de poder y razón de autoridad. Y concede la ley. Son pronunciamientos constitucionalistas de 1844 <sup>156</sup>.

Su mismo autor patrocina cosas dichas como la conveniencia de no confiar la confección de los Códigos a la institución parla-

<sup>154</sup> J. P. REID, *The Concept of Liberty*, caps 6 y 7

<sup>155</sup> BENJAMIN CONSTANT, *De la liberté chez les modernes Écrits politiques*, ed M Gauchet, París, 1980, pp 315-324, M A LÓPEZ, «Observaciones a B Constant», *Curso*, I, pp 188-191, respecto a Constitución de Cádiz

<sup>156</sup> JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *Lecciones de Derecho Político*, ed. F Tomás y Valiente, Madrid, 1984, lección 10, pp 177 y 181

mentaria o la inconveniencia de que la justicia controle al poder ejecutivo, así entonces singular <sup>157</sup>. En este diseño constitucional aquí se asienta la posición política de la propiedad. La cuestión en efecto tampoco es nueva; no nos salimos con ella del todo de nuestra época. Desde un primer tiempo constitucional existe realmente este tipo de discriminación social a través precisamente de la propiedad, la cual tenía así entrada no sólo como derecho formal del sujeto individual, sino también como requisito material de la representación colectiva. El propio sistema gaditano de sufragio socialmente generalizado no resultaba en todo ajeno al planteamiento. Pero en su caso era algo realmente secundario, primando el sentido formal y no material de la propiedad. En sus tiempos también existía ya una cultura constitucional, si no de realidad menos discriminatoria, de horizonte no tan lastrado en este mismo capítulo más político de la propiedad <sup>158</sup>. En él se había situado la Constitución de Cádiz. Para ella la propiedad era primordialmente libertad individual y no poder social.

Pero todo ello, de la entronización del poder administrativo del Estado a la consagración de la autoridad política de la propiedad, ha comenzado aquí precisamente a ocurrir, cuando no ha llegado a hacerlo, en tiempos de una Constitución que tenía por fundamental, como derecho de libertad, éste de la propiedad. Va quedando como tal sin sentido. Definitivamente, pese al artículo 4.º, no parece tenerlo idea ninguna de ecuación y equivalencia entre *derecho y libertad*, noción alguna de *derecho de libertad*, tampoco en base y por medio de la propiedad. Dígase o no esclavitud política, olvidándose la social, también era falta de libertad. Era igualmente inexistencia de derecho, privación particularmente del de propiedad.

La posición administrativa muestra su situación desnuda; se encuentra a disposición no sólo de ley, sino también de administración. Está a merced de unos poderes políticos. La posición política insinúa otra cosa, que es el poder el que se pone al servicio de la propiedad. Ella misma puede representarlo; puede

---

<sup>157</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones*, cap 2, que es la introducción de J. F. PACHECO, *Lecciones*, pp. VII-LV

<sup>158</sup> J. P. REID, *The Concept of Representation in the Age of the American Revolution*, Chicago, 1989, cap 3

identificarse con él. ¿En qué queda todo esto? ¿De qué forma se materializa? Todavía deben observarse algunos extremos y procederse a algunas revisiones para que el panorama se complete. Queda un apartado todavía largo, no sé si cansino para quien lee como trabajoso para quien escribe, pero pertinente para el asunto.

## 12. *Materialización final*

Entre 1812 y 1837, fechas de la primera promulgación y de la última derogación de la Constitución de Cádiz en España, ha cambiado profundamente el horizonte jurídico. Con nombres y apellidos, estamos realmente asistiendo a la sustitución de John Locke por Jeremy Bentham. Respecto a nuestro propio capítulo del derecho de propiedad, es el segundo, y no el primero, la autoridad. No puede con ello darse cuenta del sentido genuino de la declaración de 1812, aun no dejándose de sostener y reafirmar la misma propiedad. Su posición ya no es la inicial <sup>159</sup>.

Lo primario resultará la ley, no el derecho; la propiedad quedará ante todo y en principio pendiente de ley, sujeta a ella, o constituirá un *derecho legítimo* en este sentido de dispensa social más que de libertad individual; se verá además subordinada a administración. El otro entendimiento, el constitucionalmente genuino, aquí se perderá. Luego extrañará; no se comprenderá más tarde esta otra acepción propia y rigurosamente constitucional del derecho de propiedad, con su entidad antes de libertad personal que de recurso social, con su consiguiente régimen de judicialidad antes que de legalidad <sup>160</sup>. En la misma época del texto gaditano ha comenzado a generarse una cultura jurídica distinta. Se ha iniciado realmente la producción de otro derecho, de otro derecho de propiedad también dicho.

Entre textos constitucionales de esta época, la Constitución de Portugal de 1822 recoge fielmente el concepto que prevalecerá.

---

<sup>159</sup> *Tratados de legislación civil y penal, obra extractada de los manuscritos del Señor Jeremías Bentham, jurisconsulto inglés, por Esteban Dumont, miembro del Consejo Representativo de Ginebra, trad R. Salas, Madrid, 1821-1822, I, caps 2 8-9*

<sup>160</sup> S. MUÑOZ MACHADO, *Expropiación y jurisdicción*, pp 91-103

No espera al artículo cuarto para registrar un compromiso con la libertad individual; lo hace el primero: «A Constituição política da Nação Portuguesa tem por objecto menter a liberdade, segurança, e propriedade de todos os Portugueses.» Pero en los siguientes se puntualiza; en el segundo: «esta liberdade depende da exacta observância das leis»; en el sexto: «A propriedade é um direito sagrado e inviolável, que tem qualquer Português de dispor à sua vontade de todos os seus bens, segundo as leis» <sup>161</sup>. Las leyes determinan. Era el nombre de moda también aquí Bentham. Las mismas Cortes de Portugal que hicieron esta Constitución se interesaron en su obra, en parte a través de su correspondencia con España; el propio parlamento constituyente ordenó su traducción, su recepción <sup>162</sup>.

En España también privaba Bentham por estas fechas. Hemos visto que tras 1823 un constitucionalista de la primera hora se consagró a refutarlo. Volverá fortalecido también con respaldo oficial. En 1835, una tribuna de sus posiciones se publica «en la Imprenta Real», «de orden del Gobierno», por decisión de su «Comisión encargada de la formación del Código Civil» <sup>163</sup>. Se está reanudando así la obra codificadora como presupuesto, no como desarrollo, que se entiende ahora de un orden constitucional. Estamos en las mismas vísperas del último período de vigencia de la Constitución de Cádiz. Ofrece dicha exposición una «idea clara de la propiedad», la de ser «obra de las leyes», nunca «derecho natural» en sentido alguno, ni de libertad ni de religión. El entendimiento de Locke está lejos porque no hay significado formal de un derecho personal que sólo cabe en un estado civil; se trata tan sólo del sentido material de un derecho real que la ley puede crear <sup>164</sup>. No extrañará que para el mismo preámbulo del proyecto de 1836 la autoridad sea Bentham, «célebre jurisconsulto» <sup>165</sup>. La perspectiva loquiana se cancela.

<sup>161</sup> JORGE MIRANDA (ed ), *As Constituições Portuguesas*, Lisboa, 1984, páginas 11-12 y 19-20.

<sup>162</sup> JEREMY BENTHAM, *Works*, ed John Bowring, Edimburgo, 1843, IV, páginas 570-576

<sup>163</sup> TORIBIO NÚÑEZ, *Ciencia Social según los principios de Bentham*, Madrid, 1835, portadilla y primera página sin numerar.

<sup>164</sup> T. NÚÑEZ, *Ciencia Social*, pp. 353-354

<sup>165</sup> J. F. LASSO, *Crónica de la Codificación*, IV.2, p. 91.

Un viejo constituyente gaditano concluirá ahora tras este tercer tiempo de la Constitución de 1812, en 1838, que la *libertad* individual no puede ser «base para labrar sobre ella el edificio de una sociedad», con lo cual la *propiedad* privada, aun siendo «cosa por demás sagrada» y «verdadero fundamento de los gobiernos», pero también criatura de «la sociedad misma», no cabe que sea en sentido alguno «derecho natural». Su principio es ahora el de que no hay libertad alguna con anterioridad y por encima de la ley. Queda olvidado el artículo 4.º de aquella Constitución de Cádiz <sup>166</sup>. Están, en verdad, abandonándose unos principios constitucionales.

La Constitución de 1837, que sucede a la de 1812, comienza por una aparente declaración de derechos, un título primero *De los españoles*, que no los supone, pues los concibe subordinados a sí misma y a las leyes; la de 1845, que a continuación la sustituye, procede del mismo modo, con alguna alteración que facilitará su supeditación final a un poder administrativo o al poder del Estado así entendido. A este primer término se trae el mandato codificador: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía», con un añadido en 1837 que se hace desaparecer en 1845: «Y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales» (art. 4.º en ambas Constituciones). En ambos casos, dado el contexto, esto no implica que la Constitución acerque la idea de código al concepto de derecho; al contrario, supone que así se prevé más exactamente su sujeción a ley. La especificación de 1837 todavía añade un escrúpulo de justicia que en seguida se abandona. Ya vimos que la Constitución de Cádiz registraba el mandato codificador en el título judicial y que el desarrollo podía vincularse a su artículo de declaración real de derechos.

Estas Constituciones que aquí suceden a la de Cádiz se refieren a propiedad sin idea de derecho como a expropiación sin reserva de ley: «No se impondrá jamás la pena de confiscación de bienes, y ningún español será privado de su propiedad sino por causa justificada de utilidad común, previa la correspondiente indemnización» (art. 10, también de ambas). Sin garantía por

---

<sup>166</sup> ANTONIO ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de Derecho Político*, ed. Angel Gartorena, Madrid, 1984, lección 5, pp. 63 y 67

tanto, ya no está lo decisivo en esta aparente declaración. A los mismos efectos constitucionales la cuestión es otra, aquella ya vista de un régimen electoral de carácter censitario, con la prerrogativa de la propiedad, que ni siquiera las Constituciones ahora se ocupan de determinar, remitiéndose a ley, a un poder más ordinario. A todos los efectos, la primacía es de los poderes políticos y de unos poderes sociales, no de las libertades individuales.

Pero expresivos serán los Códigos, sus proyectos en el caso del civil. El más elocuente resultará el de 1851, por sí y por el autorizado comentario con el que cuenta <sup>167</sup>. No se olvida de apuntar unas relaciones constitucionales que no son desde luego las de 1821. He aquí su doctrina. La propiedad es «sinónima de dominio»; su definición, la del artículo 391 ya citado de este proyecto, sustancialmente responde al modelo marcado por el *Code Napoléon*: «544 Francés, 439 Sardo, 345 de Vaud, 625 Holandés y 354 Austríaco»; y es el propio código el que define el derecho, pues es el que lo produce: «Toda legislación bien ordenada debe arreglar el ejercicio del derecho de propiedad, como arregla el de todos los otros derechos: ella que los protege y, propiamente hablando, los crea.» De esta posición legislativa resultará ahora que derivan las mismas disposiciones constitucionales.

Ahora se invierten las tornas: «De aquí nace la expropiación por utilidad pública», con condiciones que el propio Código establece: «por causa justificada de utilidad común» y «previa la correspondiente indemnización», esto es lo que se encuentra en «el artículo 10 de la Constitución» vigente, la de 1845 que en este punto ya hemos citado, como en otras autoridades: «leyes 2, título 1, Partida 2, y 31, título 18, Partida 3», además de «545 Francés, 441 Sardo, 346 de Vaud, 544 Holandés al fin, y 489 de la Luisiana». En materias sustantivas como ésta de propiedad, por una parte, el *Código* viene a situarse sobre la *Constitución*; por otra parte, esta segunda es una referencia entre varias de

---

<sup>167</sup> FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*, Madrid, 1852, al título *De la propiedad*, particularmente artículos 391 y 392.

autoridad no menor, sobre todo las de ordenamiento histórico propio, como es el caso de *Partidas*.

Vale este referente para el mismo concepto de propiedad: «*Poder que ome ha en su cosa de fazer della o en ella lo que quisiere, según Dios e según fuero*, ley 1, título 28, Partida 3», con un precedente romano: «*Dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur. Unusquisque enim est rerum suarum moderator et arbiter, nisi lex arbitrium tollat*, ley 21, título 35, libro 4 del Código» de Justiniano. La circunstancia fácilmente comprobable de que la definición no se encuentre en esta fuente importa menos que el hecho de que se le pueda tomar por autoridad última <sup>168</sup>. No lo es ya ciertamente la Constitución. Respecto a la referencia de las *Partidas*, tampoco importará mucho que allí defina un *señorío* en el que también entra un *poder* sobre las personas. La misma conexión histórica permite el mantenimiento de las situaciones que el concepto constitucional de la propiedad como derecho de libertad debía venir a superar; expresamente así puede el comentario justificar cosas como la división entre *dominios*, «directo y útil», o facultades limitadas y jerarquizadas de los individuos sobre los bienes.

La concordancia que se registra con el Código de Luisiana arrastra además algo. Allí la propiedad comprendía la esclavitud. La cuestión sigue aquí también presente <sup>169</sup>. El artículo 34 de este proyecto contiene una disposición parecida a la que ya vimos en el de 1836: los esclavos recobran la libertad en la metrópolis, con una limitación ahora a los de dueños españoles, otorgándosele el plazo de un mes a los extranjeros para la exportación o el tránsito. Con toda congruencia ambos proyectos equiparaban la *propiedad* y el *dominio*. Tampoco falta el comentario, con alguna concordancia y también algún contraste: «Algunas naciones han abolido la esclavitud en sus mismas colonias, mas por una monstruosa inconsecuencia el país más libre del mundo, los Estados

<sup>168</sup> A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, París, 1969, pp. 179-195; FERDINANDO PICCINELLI, *Studi e ricerche in torno alla definizione. Dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*, ed. Luigi CAPROGOSSI COLOGNESI, Nápoles, 1980.

<sup>169</sup> F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios*, bajo dicho artículo 34.

Unidos, conserva aún este padrón de infamia y de barbarie; entre los Códigos modernos, sólo el de Luisiana se ocupa de esclavos.» El desahogo no quitaba que, como propiedad civil que era dominación social, aquí todavía se le dejara también cabida a la esclavitud. Por lo demás, como ya indicamos, la relación de trabajo se considera en unos términos cercanos a los serviles, bajo un principio que consigna este comentario: «Los criados y trabajadores asalariados se han confiado a la buena fe del amo»<sup>170</sup>.

Definía la posición desde luego mejor el texto civil que el constitucional, pero, no sólo por acción, sino también por omisión, siguen encerrándose en este último elementos decisivos. Uno que resta es realmente relevante, quizá el que más. Hemos visto abolirse constitucionalmente la pena de confiscación de bienes. Es una garantía para el patrimonio, propiedad material. Conforme al sentido del artículo 4.º de la Constitución de Cádiz, ¿no se requiere algo previo? Si el derecho de propiedad era formalmente un medio de realización de la libertad del individuo, ¿no sería precisa una medida como mínimo similar respecto al sustento de dicha misma posibilidad, esto es, la vida y la integridad física? También, constitucionalmente, desde Cádiz (art. 303), es abolida la tortura, pero no la pena de muerte.

A esto se une el planteamiento del *Código penal*, único código que se promulga bajo la Constitución de Cádiz, en 1822. Prodigia la pena capital y, en el capítulo de la propiedad, prevé ordinariamente la de trabajos forzosos. No son la vida y la integridad física indudablemente aquí unos valores; en el espejo penal, los constituyen claramente superiores el poder político y la religión católica, así como parece quedar también por encima el valor de la propiedad. Dicho Código sólo rigió de forma precaria unos meses en 1823; no se restableció con la Constitución en 1836, pero el que le sigue en 1848 no presenta respecto a lo último novedad. Y los años de Constituciones sin Código penal ni Justicia constitucional no hicieron sino reforzar la concepción<sup>171</sup>.

---

<sup>170</sup> F. GARCÍA GOYENA, *Concordancia, motivos y comentarios*, bajo art. 1.526, R. H. KILBOURNE, *A History of the Louisiana Civil Code The Formative Years, 1803-1839*, Clinton 1987, cap 5

<sup>171</sup> J. F. LASSO, *Crónica de la Codificación*, V 2, *Codificación penal*, páginas 9-133, F. GARCÍA GOYENA, *Código criminal español según las leyes y*

A la luz del planteamiento codificador que aquí definitivamente se impone y que ya no es desde luego el primitivo, cada código puede fijar su posición o establecer sus particulares presupuestos sin compromiso alguno con principio común de derecho. Y no sólo existe el civil. Que interese a la propiedad, tenemos también el *Código mercantil*. Ninguno se promulgó bajo la Constitución de Cádiz, pero bajo ella rigió uno, el de 1829, que se mantiene tras 1836. Por sí mismo y por el tipo de medidas de liberalización de la propiedad que le siguieron <sup>172</sup>, representa ante dicha misma Constitución, en su último período de vigencia, una libertad de las propiedades que no mira ni sirve al objetivo constitucional de su artículo 4.º, sino al civil de la dependencia social y al político del poder censitario. He aquí finalmente una disposición de las cosas que no mira a la liberación de las personas. En esto queda la *libertad civil* del artículo 4.º

Es al fin y al cabo la propiedad cuya función se explicara en el libro primero de *Das Kapital*. Marx, Karl Marx, había leído a Bentham y le había repugnado, pero algo guardaban en común: el rechazo del *derecho*. Su repugnancia es distinta a la de nuestra constitucionalista de la primera hora. Y la época es otra. Pero el tiempo no excusa el error. Comenzaba a cometerlo Marx cuando, frente a Proudhon, a Pierre Joseph Proudhon, dejaba sentenciado en 1847 que la propiedad como derecho sólo era ideología, «eine Illusion der Metaphysik oder der Jurisprudenz». Realidad sólo sería el dominio, propugnándose su erradicación también sin ilusiones, mediante contrapoder social, poder a la postre. Es un Mediterráneo que tampoco vamos a descubrir ahora <sup>173</sup>.

Un rechazo Marx y Proudhon también compartían: el de una economía de dominación social. Todavía hay diferencias con

---

*práctica vigentes comentado y comparado con el penal de 1822, el francés y el inglés*, Madrid, 1843, J. F. PACHECO, *El Código penal concordado y comentado*, Madrid, 1848

<sup>172</sup> JOSEP FONTANA, *La Revolución liberal (Política y Hacienda, 1833-1845)*, Madrid, 1977, pp. 257-329, F. TOMÁS Y VALIENTE, «La obra legislativa y el desmantelamiento del Antiguo Régimen», en *Historia de España Menéndez Pidal*, XXXIV, Madrid, 1981, pp. 141-193, C. PETIT, *Derecho mercantil*, cap. 3

<sup>173</sup> C. B. MACPHERSON, *Property*, pp. 59-74, A. RYAN, *Property*, pp. 159-174

respecto a otros. Y son éstos los que interesan, los benzamistas, pues representan la situación. La realidad de un dominio no constituye tanto problema para ellos: «Admira que un escritor tan juicioso como Beccaria haya expuesto en una obra, dictada casi siempre por la más sana filosofía, una duda subversiva del orden social: *El derecho de propiedad*, dice, *es un derecho terrible y que no es acaso necesario*»<sup>174</sup>. Lo ha dejado dicho por lo visto Beccaria: «The right of property is a terrible right, and may not perhaps be necessary»<sup>175</sup>; «le Droit de la propriété est un Droit terrible, et qui n'est peut-tre pas nécessaire»<sup>176</sup>; «terribile, e forse non necessario diritto»<sup>177</sup>. He aquí desde temprano un inciso que atormenta: «derecho de propiedad (terrible, y acaso no necesario)»<sup>178</sup>. Ahora, cuando precisamente se está traduciendo en dominio el mismo derecho de propiedad, no se comprende. No es problema el poder. Identificado con la ley, ya el derecho de por sí lo es, y cuestión anterior de libertad como tal no cabe.

Es ahora, en este otro contexto, cuando una propiedad que se sigue diciendo derecho deja de ser tanto expresión de libertad individual como aspiración de emancipación social. En el pensamiento protoconstitucional hemos visto que ambas cosas se vinculaban. Ahora es cuando se desconectan. La primera es una posición largamente olvidada, pero que tuvo no sólo significación, sino también beligerencia. Entre los proyectos que en 1789 y en Francia condujeron a la primera *Déclaration des Droits*, el que

<sup>174</sup> T. NÚÑEZ, *Ciencia Social*, p. 355

<sup>175</sup> J. BENTHAM, *Works*, I, p. 309.

<sup>176</sup> JÉRÉMIE BENTHAM, *Traité de Législation Civile et Pénale, précédés de Principes généraux de Législation et d'une Vue d'un Corps complet de Droit, terminés par un Essai sur l'influence des Termes et des Lieux relativement aux Lois*, trad. y ed. Etienne DUMONT, París, 1802, II, p. 37, que era la versión canónica, también entonces en sus *Oeuvres*, mismo albacea en vida, Bruselas, 1829-1830, I, p. 65.

<sup>177</sup> C. BECCARIA, *Dei Delitti e delle Pene*, París, 1766, p. 97, «edizione sesta di nuovo corretta ed accresciuta», todavía anónima, con el índice definitivo y el texto que se seguirá en las traducciones, la primera edición ya hemos visto que afirmaba y no negaba la necesidad

<sup>178</sup> *Tratado de los delitos y de las penas*, también anónimo, trad. Juan Antonio de las Casas, Madrid, 1774, p. 115

más insistía en el derecho de propiedad podía presentar estos rasgos que siguen <sup>179</sup>.

Conectaba estrechamente personalidad, dignidad y propiedad: «La vie de l'homme, son corps, sa liberté, son honneur, et les choses dont il doit disposer exclusivement, composent toutes ses propriétés et tous ses droits» (art. 3.º); negaba que pudiera identificarse con el derecho de propiedad un poder social hasta el extremo de considerar esto último su contrario más flagrante, un auténtico delito, una especie de robo: «Le droit de propriété ne peut exister que sur les choses. Tout pouvoir qu'un homme exerce sur d'autres hommes, au préjudice de leurs droits naturels, est une usurpation de la force, et ne peut être une propriété: ce n'est pas un droit, mais un délit» (art. 18); así, la propiedad podía resultar universal e individualmente *droit*: «La propriété est le droit, qui appartient à chaque homme, d'user et de disposer exclusivement de certaines choses; l'inviolabilité de ce droit est garantie par les Corps politique» (art. 15).

Por la garantía política podían venir problemas. No lo es que se prevean la obligación tributaria (art. 17) y la expropiación por necesidad pública y mediante justo pago (art. 16). Puede serlo que, tras denegarse la *propriété* del poder político justamente a los individuos (art. 2.º), la autoridad del *Corps* representativo se califique exactamente de esta forma, como *propriété* (art. 20), derecho de poder y no sólo de libertad. Pero el primero está al servicio del segundo a unos efectos incluso promocionales y asistenciales. A esto venimos ahora, pues todo lo anterior era sabido. Entre dicha serie de nociones, el proyecto registraba también la siguiente: «Le Corps politique doit, à chaque homme, des moyens de subsistance, soit par la propriété, soit par le travail, soit par les secours de ses semblables» (art. 6.º).

No eran cosas incompatibles, sino que también estas últimas, un derecho al trabajo y una seguridad social, se concebían como medios de aquélla, la libertad individual, de la forma como al fin y al cabo debía serlo el propio poder político que ya se constituye para este género de objetivo; puede tomar e imponer

---

<sup>179</sup> CHRISTINE FAURÉ (ed.), *Les déclarations des droits de 1789*, París, 1988, pp. 123-126, proyecto de Guy Jean Baptiste TARGET

las medidas oportunas no sólo a la retirada de estorbos, sino también a la prestación de facilidades. No ha de esperarse a mediados de siglo para que dichas vindicaciones sociales se manifiesten en el mismo terreno constitucional <sup>180</sup>; no habrá de venir Proudhon para que se asegure que, aunque la propiedad sea actualmente robo, sigue siendo virtualmente libertad: «La propriété, c'est le vol; la propriété, c'est la liberté.» Son, imputación y aspiración, los dos términos de una inecuación en la que sólo querría verse el primero porque tal vez ya podría resultar más revolucionario el segundo <sup>181</sup>.

Comenzaba a prevalecer otra oposición más favorable igualmente a poder que a libertad. No sólo era el caso de Marx. La propiedad como derecho doblemente perderá. Dada la transmutación vista, también le será adversa la reacción contra el dominio; progresará a costa suya y del sentido que encerraba de una emancipación social a través de la liberación individual. Ya se había superpuesto el poder del Estado infundiendo la ilusión de que mediante vías como las expropiatorias y tributarias, sin recuperación y promoción de libertad, sin inspiración liberal y aspiración anarquista, cabría superar dicha situación de poderes políticos y dependencias sociales. Es parte todo de la misma historia, de una historia cuyos componentes esenciales ya los tenemos en unos primeros tiempos constitucionales.

La misma propiedad individual no era originariamente incompatible con la asistencia social. Se daba al inicio una oposición a un concreto régimen tradicional de limosna y caridad, por impeditivo de la economía y corruptor de la libertad, pero esto no significaba que la preocupación no existiera o que la previsión no comenzara a actuarse <sup>182</sup>. Era una *beneficencia* constitucional que usualmente no se aprecia, pues su concepción y su práctica también sufrirían la transmutación y el abandono. La misma

<sup>180</sup> PIERO CRAVERI, *Genesis di una Costituzione Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, Nápoles, 1985, pp 67-83

<sup>181</sup> ANTONIO ZANFARINO, «La proprietà nel pensiero di Proudhon», p 168, en *Quaderni Fiorentini*, 5-6, 1976-1977, I, pp 165-200.

<sup>182</sup> PEDRO CARASA, *Pauperismo y revolución burguesa. Burgos 1750-1900*, Valladolid, 1987

Constitución de Cádiz contiene sus preocupaciones y previsiones <sup>183</sup>. Y el giro sería ciertamente pronunciado.

La carencia de propiedad acabará viéndose no como una insuficiencia que asistir y remediar, sino como una deficiencia de la que defenderse y a la que atacar <sup>184</sup>. La misma beneficencia será, jurídica como médicamente, prevención <sup>185</sup>. El rostro social de la propiedad podrá ser en esencia el penal; no extrañará que los delitos contra ella puedan encontrarse entre los más perseguidos y penados <sup>186</sup>; tampoco, que para su determinación pudiera prevalecer el dato objetivo del daño o sustracción de la cosa sobre el factor humano, individual o social <sup>187</sup>. He aquí la faz descubierta de una posición final, la de confrontación de la propiedad con unos valores elementales de vida, libertad y trabajo.

Finalmente, la propiedad aparecerá disociada del trabajo; éste, enemistado con ella. Queda arrumbada la posición constitucional que implicaba su conexión teórica y su identidad práctica. En una revisión del binomio que implican propiedad y trabajo para la teoría social desde Locke hasta Marx, pasándose por Bentham, parece vencer la primera, aun concluyéndose que «property rights are nowadays important because they are *rights* rather than because they are *property rights*» <sup>188</sup>, que hoy día resulta más importante el derecho de propiedad por *derecho* que por *propiedad*. Pero el problema es, puede ser, que hay casos en los que la distinción cabe mal, pues comienzan por no haber realmente establecido un *derecho* de propiedad o *derecho* en rigor ninguno. Incluso su misma noción ha andado perdida y confundida. Ha

<sup>183</sup> FLORENTINA VIDAL, *De la caridad privada a la beneficencia pública en España La ley general de beneficencia de 1822*, en AA VV, *Materiales*, páginas 765-778

<sup>184</sup> HORACIO ROLDÁN, *Historia de la prisión en España*, Barcelona, 1988, JUSTO SERNA, *Presos y pobres en la España del XIX La determinación social de la marginación*, Barcelona, 1988

<sup>185</sup> M y J L PESET, *Muerte en España. Política y sociedad entre la peste y el cólera*, Madrid, 1972, el segundo, *Ciencia y marginación Sobre negros, locos y criminales*, Barcelona, 1983

<sup>186</sup> PEDRO FRAILE, *Un espacio para castigar. La cárcel y la ciencia penitenciaria en España, siglos XVIII-XIX*, Barcelona, 1987, cap 5

<sup>187</sup> M<sup>a</sup> JOSÉ VIRTO, *El caso fortuito y la construcción del sistema de culpabilidad en el Código Penal de 1848*, Bilbao, 1984, aún sobre el homicidio

<sup>188</sup> A RYAN, *Property*, p 192

podido venir predicándose como *derecho natural* o como *derecho civil* el derecho de propiedad sin poderse significar *derecho de propiedad* y sin advertirse la ausencia.

El concepto podía aún intentar hacerse aquí vivo por aquellos mismos años. Lo estaba en la primera obra de derecho constitucional publicada en España, en 1812 <sup>189</sup>, que nuevamente se traduce y edita en 1847 <sup>190</sup>. Trataba de constitucionalismo inglés y del inglés se vertía. He aquí todavía en castellano, durante todo este arco de tiempo, la *libertad privada o individual* como base de la libertad política misma, «una cosa sin la cual esta libertad general queda frustrada absolutamente en su objeto»; y he aquí su primera concreción: «La libertad privada, según la división de los jurisconsultos ingleses, consiste: 1.º En el derecho de *propiedad*, esto es, en el derecho de gozar exclusivamente de los bienes de fortuna y de los diversos frutos de la industria», *of one's industry* <sup>191</sup>, del trabajo propio; es derecho «inherente a la persona» del que uno «no puede ser privado sino en virtud de sentencia pasada según las leyes del país», con justiciabilidad del caso concreto, incluyendo jurado expresamente, y no sólo legalidad del supuesto genérico. Un tal derecho puede ser «el baluarte que define todos los demás» <sup>192</sup>.

Resulta ahora noticia de un sistema exótico. En 1847, las notas de un traductor ni siquiera saben recordar que esto ha sido también en España el primer intento constitucional endógeno <sup>193</sup>. Pero un eco loquiano cabe que quede. En 1821, bajo la Constitución de Cádiz, frente al peso pesado de Bentham, aún podía

---

<sup>189</sup> JEAN LOUIS DE LOLME, *Constitución de Inglaterra o descripción del Gobierno inglés comparado con el democrático y con las otras Monarquías de Europa*, Oviedo, 1812, traducción del inglés de Juan de la Dehesa; el autor era suizo y la primera edición en francés, de 1771; la inglesa, corregida y ampliada, era del propio De Lolme; el asunto, en libro I, cap 9.

<sup>190</sup> J. L. DE LOLME, *La Constitución inglesa, comparada con los Gobiernos Republicanos y Monárquicos de Europa*, Madrid, 1847, traducción, también del inglés, y notas de J. A., iniciales sin descifrar

<sup>191</sup> J. L. DE LOLME, *The Constitution of England or an Account of the Government, in which it is compared with the Republican Form of Government, and occasionally with the other Monarchies in Europe*, Londres, 1814, p 56

<sup>192</sup> J. L. DE LOLME, *La Constitución inglesa comparada*, pp 65-66

<sup>193</sup> J. L. DE LOLME, *La Constitución inglesa comparada*, pp. 362-363

sentirse el aliento, no exactamente el concepto, de Locke: «Con efecto, el hombre sin la ley sería propietario de su persona, y podría disponer de ella, y esta facultad es una consecuencia necesaria de su organización o de su naturaleza, pues no podría conservarse si no pudiera hacer uso de su persona; ahora bien: si tiene la propiedad de su persona, tiene la propiedad de su trabajo, y si tiene la propiedad de su trabajo, no se le puede negar la de los productos de este trabajo; he aquí, pues, la propiedad anterior a la ley, y que puede muy bien llamarse natural»<sup>194</sup>. Era un correctivo que se aplicaba a Bentham en los mismos círculos benzamistas. Estamos entre constitucionalistas que comenzaban aquí afirmando en los términos más enfáticos el derecho de propiedad.

En 1840 se retoma este mismo discurso, advocándose contra Bentham un espíritu, no un concepto, loquiano. Se ve la propiedad como «efecto inmediato, independiente y necesario del trabajo», con su corolario: «Como éste se desempeña con las facultades físicas y morales que el hombre ha recibido de la naturaleza y no de la sociedad, resulta que este derecho es debido a la primera y de ningún modo a la segunda.» Pero hay a estas alturas un problema: *la cuestión social* según se dice, el hecho de que el trabajo en la realidad no va unido a la propiedad, la circunstancia que hace a ésta *un derecho terrible* según se repite. Es el peso todavía de unos estorbos, de las primogenituras, los patronatos, la amortización, «todo lo que liga la propiedad y encadena su movimiento», pero es también la consecuencia de que las propias medidas en curso de superación de los estorbos repiten la disociación y agravan la escisión entre la propiedad y el trabajo. En este punto, ante esta tesitura, el concepto acaba viniendo al terreno benzamiano de la justificación legal del derecho<sup>195</sup>. Esta es toda la historia: se despega con Locke y se aterriza con Bentham. En las alturas está la naturaleza libre de la humanidad; a ras de tierra, la dura ley de la sociedad.

Mas se conoce y reconoce un riesgo: Bentham, «el águila de la filosofía de la legislación, ha creído que no hay derechos naturales, que todos son hechuras de la ley», lo cual «lleva dere-

---

<sup>194</sup> R. SALAS, *Lecciones*, lección 11, pp. 79-80

<sup>195</sup> J. M.<sup>a</sup> LÓPEZ, *Curso*, lección 10, pp. 113-124

chamente al despotismo». He aquí, frente a esto, la prueba de la existencia del derecho natural: «Antes de hacer las leyes, había propiedad, porque había trabajo.» Es la cifra del sistema: «No se olvide que la propiedad simboliza todos los derechos que hoy conocemos, porque la libertad civil no es más que la propiedad sobre nuestra persona; la libertad de pensamiento no es más que la propiedad que en él tenemos; la libertad de imprenta no es más que la consecuencia de la propiedad en nuestras ideas; la seguridad misma no es más que la propiedad en nosotros y en cuanto nos pertenece»<sup>196</sup>. Todo esto se dice expresamente contra Bentham, el mismo Bentham en cuya posición acaba desembocándose.

¿Qué valor conserva el concepto de propiedad? Su noción como *derecho natural* queda finalmente reducida a predicado constitucional, sin eficacia de por sí jurídica: pero esto no significa que se resuelva en un postulado puramente ideológico. A tanto nunca llega. Nunca se eleva a ilusión metafísica ni jurídica. Ante la misma realidad de un constitucionalismo sin derechos propiamente dichos, la categoría de los *derechos naturales* se sienta como una forma de disciplinamiento cultural de los poderes políticos, que así, si carecen de unas bases y unos principios, se encuentran con unas funciones y unos límites. Esto es un valor netamente constitucional sin necesidad de serlo específicamente jurídico. Una cultura religiosa no renovada podrá aquí especialmente servir para reforzar esta concreta posición. Así, en fin, se materializa el derecho ideal de propiedad. Como de la religión partió, en la religión acaba.

Es el modo de que los mismos poderes legislativo y administrativo que se han superpuesto a derechos de los individuos respondan a los intereses sociales del dominio de la propiedad. Otro procedimiento constitucional no hay para que el poder social prevalezca sobre unos poderes políticos, sobre una ley y una administración ya también capacitadas para actuar en su contra. El *derecho natural*, al final, no es llave de apertura de un sistema de libertades, sino mecanismo de cierre de un régimen de poderes. Vencían la cultura teórica de Bentham y práctica de los Códigos.

El enajenamiento de la cultura jurídica se ha producido y el

---

<sup>196</sup> J. M. LÓPEZ, *Curso*, lección 1ª, pp. 12-13

efecto resulta de una importancia constitucional neurálgica. Lo han promovido elementos que, aunque no primasen, también estaban en el constitucionalismo gaditano. Allí, aunque *derecho* era *libertad*, norma era *ley* y debía ser *código*; allí se confió en una religión que no respondería. El principal nudo gordiano, nudo de nudos, allí no quiso tocarse. Para el efecto contrario, para que hubiera prevalecido la cultura del artículo 4.º del texto de Cádiz, no sólo hubiera debido tratarse de la retirada legislativa de estorbos dominativos, sino también de la práctica social de conductas constitucionales, lo cual no se fomentaba ni con la neutralización de una jurisprudencia ni con la reducción de un ordenamiento.

Se ha pasado con todo de una filosofía a otra. Se ha producido la suplantación del *derecho* por la *ley* y de la *Constitución* por el *Código*. La inspiración constitucional anglosajona, que fuera apreciable para el propio arranque gaditano, desaparece a favor de la continental europea. La misma influencia cambia, a unos efectos teóricos, de Locke a Bentham, a los prácticos de Norteamérica a Francia, porque la opción ha cambiado y no al contrario. Son unas mismas las derrotas y son unos mismos los triunfos. El éxito teórico de Jeremy Bentham es la victoria práctica de Napoleón Bonaparte, de su entendimiento del orden mediante la codificación.

Tenemos, con todo, finalmente la cancelación de una concepción más rigurosamente constitucional, la desaparición de una cultura más propiamente jurídica <sup>197</sup>. No es un mero desplazamiento. La propiedad en concreto ha perdido su identidad de derecho fundamental o derecho sin más. No podrá rehacerse. Hoy se le reivindica como función especial, dicha social, de otros derechos fundamentales para los que el conjunto del ordenamiento no resulta precisamente funcional <sup>198</sup>. Tampoco constituyen fun-

---

<sup>197</sup> B. CLAVERO, «Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio», en *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989, pp. 79-145.

<sup>198</sup> VICENTE MONTES, *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980, A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, cap. 12, que es comentario del artículo 33 de la actual Constitución; JAVIER BARNÉS, *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*, Madrid, 1988, A. M.ª LÓPEZ Y LÓPEZ, *La disciplina constitucional de la propiedad privada*, Madrid, 1988.

damento. La misma expresión sustantiva de derecho ya ha pasado a significar un orden objetivo constitutivamente no comprometido con una base del género. Necesitan ahora calificaciones unas libertades que más difícilmente pueden ser, aunque se digan, derechos fundamentales para unas Constituciones ya así distantes de unos tiempos fundacionales <sup>199</sup>.

La propiedad no recuperará la posición constitucional perdida. Donde el Código existe, la Constitución ha tenido bastante menor incidencia en su configuración positiva <sup>200</sup>. La porfía por un entendimiento no dominativo de la propiedad, derivando hacia los términos de su concepción menos individualista, tampoco ha conducido a la rehabilitación de su virtud como derecho <sup>201</sup>. Peor puede irse hoy en esta dirección cuando la necesidad social y la determinación constitucional de corrección de la propiedad como dominio ha llevado a que ni siquiera se le pueda ahora concebir de forma unitaria como facultad del individuo <sup>202</sup>. Se desborda el Código, pero seguimos en su terreno en lo que toca a la clave de la ausencia del derecho.

No toda la cultura jurídica se encierra en Constitución y Código, pero por la Europa continental es la que representa el segundo, antes y más que la correspondiente a la primera, la que impera y preside, la que rige y arraiga. En ella nos hemos criado y no parecemos capaces ni siquiera de comprender otra distinta, por más constitucional incluso que resulte. El mismo sistema de derecho objetivo lo dificulta. La ley no puede tanto. Para una cosa, para la retirada de unos estorbos, servía un poder; para otra más primaria, para el sostenimiento y promoción de una cultura, se precisaba una libertad, punto de partida y meta de llegada, principio de legitimación y piedra de toque. De otro modo, el poder

---

<sup>199</sup> P. CRUZ, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en AA. VV., *Introducción a los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1988, I, pp. 155-184

<sup>200</sup> PAOLO GROSSI, «La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico», en *Quaderni Fiorentini*, 17, 1988, pp. 359-422

<sup>201</sup> P. GROSSI, *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, 1986, que es traducción parcial de *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milán, 1977.

<sup>202</sup> ENNIO CORTESE (ed.), *La proprietà e le proprietà*, Milán, 1988, con la contribución citada de P. GROSSI, *nell'officina dello storico*, pp. 205-272.

genera y alimenta, encubre y reproduce, poderes, domésticos y sociales, administrativos y políticos.

De sobra lo hemos visto en el terreno de la propiedad, que constitucionalmente había de ser el de la libertad. En su lugar han comparecido la dependencia laboral y aun la misma esclavitud, la competencia expropiatoria y la facultad tributaria, la inhumanidad penal y la inclemencia mercantil, la prerrogativa política y la dominación social. Todo esto lo hemos encontrado en la posición de la propiedad, exactamente en ella. Ahí está el asunto. De la mayoría de estos elementos ya era problema la existencia; de todos, la posición. Dentro de un mismo sistema, hoy se remedia mejor aquello que esto.

Ayer, el mismo debate constituyente del artículo 4.º nos ha mostrado que aquí no se contaba de partida con el acuerdo de base ni con las condiciones de existencia para un constitucionalismo más propio. Debían todavía sembrarse y cultivarse. Y el problema no resultaba tanto que se antepusiera un orden a un derecho como que el orden concretamente antepuesto encerrase una cultura tradicional adversa a libertad. No era de generación constitucional y aún respondía a una realidad popular. Se identificaba con la religión. Era el nudo de los nudos. No podía cortarse. Tenía que deshacerse por sí mismo. Sólo la libertad produce libertad. La declaración del derecho sobre el vacío y la retención en los poderes de las posibilidades de su desenvolvimiento no son medios. Con esto, no es libertad lo que se genera.

Con ello, con todo ello, la Constitución nacía condenada; la Declaración de Derecho, muerta. En el mismo texto de Cádiz comenzaba a extraviarse la libertad; bajo él, y por su tiempo, acabó de perderse el sentido y el alcance de la primera Declaración de Derecho española, de este principio que conscientemente asumía y realmente entrañaba. No sabíamos muy bien cómo empezaba esta Constitución, pero ya se ve cómo acaba.

BARTOLOMÉ CLAVERO