

## **POR UNA HISTORIA CONSTITUYENTE: 1869, DE LOS DERECHOS A LOS PODERES**

**Bartolomé Clavero**

Catedrático de Historia del Derecho  
Universidad de Sevilla

La Constitución española de 1869 es la que más resueltamente ha partido del reconocimiento de una libertad individual; también resulta la que más eficientemente ha producido la implantación de un poder institucional. Lo primero fue, además, un episodio pasajero; lo segundo ha sido un efecto perdurable. Quiero simplemente considerar cómo pudieron ocurrir constitucionalmente las cosas.

No me interesan ahora las cuestiones que suelen ser objeto de consideración. No vamos a ocuparnos de las circunstancias políticas ni de los objetivos sociales que pudieron llevar a unas posiciones constitucionales. Tampoco miraremos la historia anterior del sistema que representan o de los elementos que lo integren. Resultará indiferente para nosotros que fueran de importación o de cosecha propia. Es su composición lo que nos importa. No atenderemos el tracto de unos postulados de libertad y unas resultantes de poder que, desde luego, no arranca de 1869. De todo esto hacemos sencillamente abstracción.

Quiero considerar tan sólo este problema: cómo el presupuesto de libertad pudo constitucionalmente traducirse en la institución de poder. Y subrayo lo de constitucional. Mi cuestión no es la del entendimiento más o menos desviado y la aplicación más o menos pervertida de un orden de tal carácter o una norma de tal rango. Es la de su mismo tenor. Importa su lógica interna. Sólo nos interesarán unas leyes de desarrollo en la medida en que ratifiquen, ilustren y clarifiquen la posición constitucional, no en lo que pudieran desvirtuarla, violentarla o corromperla. No necesitamos con todo esto más aparato que el de los propios textos jurídicos, fundamentalmente el constitucional\*:

Con estas advertencias podemos entrar en materia. Si se quiere, pue-

\* Raquel Rico (ed.), *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, Sevilla, 1989, reproduce el texto constitucional publicado en la *Gaceta de Madrid* y añade un índice de disposiciones de desarrollo.

de también considerarse que la coyuntura española de 1869 se toma aquí como caso de laboratorio para el abordaje de una materia de alcance superior y normalmente descuidada. Me refiero al problema constituyente, cuya consideración histórica suele reducirse a acontecimiento político sin trascendencia para la constitución del sistema. De momento vamos a ocuparnos del caso, que algo podrá ilustrarnos sobre el problema.

## EL CANON JURIDICO

La posición de la libertad individual como base del sistema constitucional no pudo ser más categórica. Ya es el objetivo marcado por el propio preámbulo de la Constitución:

«La Nación española, y en su nombre las Cortes Constituyentes elegidas por sufragio universal, deseando afianzar la justicia, la libertad y la seguridad, y proveer al bien de cuantos viven en España, decretan y sancionan la siguiente Constitución.»

Y no sólo es un objetivo de futuro, sino que también claramente resulta una existencia de presente. La libertad es algo dado para el texto constitucional. No depende de él. Se toma como punto de partida y base de operación. Para la propia Constitución, unos derechos no existen porque ella los reconozca, sino que, muy al contrario, los reconoce porque existen. Como no los concede, no puede encerrarlos. La libertad prima.

En el título primero del texto constitucional, «De los españoles y sus derechos», que supone una declaración de éstos, tales nociones no sólo se traslucen o reflejan, sino que se registran y expresan. El artículo 29 viene a proclamar que los derechos de libertad son, como base y fundamento propios, anteriores e independientes de toda norma, comenzándose por la Constitución misma. Escapan a ella porque están por encima de ella. Su catálogo ha de quedar abierto:

«La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquier otro no consignado expresamente.»

Y la libertad realmente se concibe como previa e independiente, no pudiendo encerrarse ni someterse. El ordenamiento todo sólo puede venir a garantizar la convivencia y composición entre las libertades mediante normas represivas de abusos y atropellos. No resultan admisibles actuaciones preventivas que coarten de antemano unas facultades que, como verdaderos derechos, han de quedar a la determinación y el criterio de sus propios titulares.

El planteamiento constitucional debía ser así el penal de intervención posterior al ejercicio de las libertades, no el de la intervención pre-

via de unos poderes que se constituyesen en sus custodios e intérpretes. Queda así excluida no sólo la prevención administrativa o el arbitraje de las libertades por parte de un poder ejecutivo, sino también la de carácter legislativo o regulación del ejercicio de la libertad por parte de un poder constitucional más directamente representativo. Es la primacía de los derechos.

Taxativamente y con alguna puntualización en principio innecesaria y de hecho ilustrativa, se definen tales postulados en el artículo 22 de este texto constitucional, siempre en su título primero de declaración de derechos:

«No se establecerá ni por las leyes ni por las Autoridades disposición alguna preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos definidos en este título. Tampoco podrán establecerse la censura, el depósito ni editor responsable para los periódicos.»

Ni por ley puede en principio introducirse prevención frente a libertad. Parece ésta verdadera base y auténtico fundamento. La voluntad de una mayoría social constitucionalmente expresada no puede prevalecer sobre la razón de una libertad individual constitucionalmente reconocida. No se podrá facultar a ningún poder por encima del derecho en este preciso sentido subjetivo. Derecho primario o con mayúsculas es así el de libertad; el derecho objetivo o todo el conjunto de las normas, comenzándose por la constitucional misma, pueden venir de este modo a otra ortografía, si no minúscula, al menos secundaria. Derivan de la libertad, y no al contrario.

Algún indicio puede haber comenzado a aparecer de que las cosas para el mismo texto constitucional no estarán tan claras. Las propias reglas de ortografía, con su indudable implicación jurídica, comienzan por vacilar. Hemos visto que se escribe «ley» con minúscula y «Autoridad» con mayúscula cuando el planteamiento constitucional ya está presuponiendo la primacía, tras los derechos individuales, de la norma parlamentaria, a la que se somete, a su vez, todo otro ejercicio de autoridad. Los primeros artículos de la Constitución se dedican a esta concreta sujeción por consideración y en garantía de las libertades personales. Pero estamos todavía con éstas, precisamente como principios.

La declaración de algún derecho concreto resulta también muy expresiva en el terreno de los principios. La libertad es algo no que se conceda y pudiera así condicionarse, sino que se reconoce y debe así respetarse. Obsérvese la entradilla del artículo 17, que se refiere a unas libertades políticas:

«Tampoco podrá ser privado ningún español:

Del derecho de emitir libremente sus ideas y opiniones, ya de palabra, ya por escrito, valiéndose de la imprenta o de otro procedimiento semejante.

Del derecho de reunirse pacíficamente.

Del derecho de asociarse para todos los fines de la vida humana que no sean contrarios a la moral pública; y por último  
Del derecho de dirigir peticiones individual o colectivamente a las Cortes, al Rey y a las Autoridades.»

Tampoco se mire ahora una expresión como la de «moral pública» que podrá realmente introducir un condicionamiento. Ya lo veremos. Estamos todavía tan sólo en los principios. Y como tales están claros: la Constitución no utiliza fórmula de reconocimiento por la que pudiera entenderse alguna dependencia. Las libertades preexisten para la norma constitucional aun en casos como éstos de unas de carácter político que la presuponen. La Constitución debe darlas por existentes, limitándose a asegurarlas, comenzando por prohibir su privación. Otra cosa no puede o al menos no debe hacer. Todo el sistema ya se ha dicho que viene a servirlos.

Las mismas garantías de unas libertades personales más primarias, que la Constitución, en efecto, atiende en su docena inicial de artículos, se plantean y establecen desde dicho presupuesto. Se hace con bastante detalle, afirmándose y reforzándose la competencia judicial en materia de libertades precisamente para asegurarse la supeditación dicha de unas «Autoridades», tipificándose, además, directamente como delitos sus actuaciones contrarias. Se trata no de unas cortapisas para unos poderes preconstituidos, sino de las consecuencias primeras que para todo el conjunto del ordenamiento supone esta concepción de los derechos. Son realmente fundamentales. Es el principio constitucional y es el canon jurídico.

## LA EXCEPCION CONSTITUCIONAL

Hemos visto aparecer indicios de que el propio título primero de declaración de derechos de aquella Constitución pudiera no resultar tan consecuente. Seguimos en él, contrastándolo consigo mismo. De su lectura completa lo siguiente que podrá llamarnos la atención no es que surjan algunos síntomas de condicionamiento preventivo de libertades, como la moral pública, o de habilitación respecto a ellas de poderes, con las autoridades mayúsculas, sino que su misma privación constitucionalmente proscrita pueda estar constitucionalmente prevista. Si hay esto, la misma sustracción de la libertad, debe naturalmente verse antes que la prevención y el condicionamiento.

Se trata del artículo final de este título de derechos, número 31 de este texto constitucional. Es el capítulo de la excepción que se presenta como de suspensión o privación temporal de las libertades. Conviene reproducirlo íntegro para poder progresar en nuestras apreciaciones:

«Las garantías consignadas en los artículos 2.º, 5.º y 6.º, y párrafos primero, segundo y tercero del 17, no podrán suspenderse en toda la monarquía ni en parte de ella sino temporal-

mente y por medio de una ley, cuando así lo exija la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias.

Promulgada aquélla, el territorio al que se aplicare se regirá, durante la suspensión, por la ley de orden público establecida de antemano.

Pero ni en una ni en otra ley se podrán suspender más garantías que las consignadas en el primer párrafo de este título, ni autorizar al Gobierno para extrañar del reino ni deportar a los españoles, ni para desterrarlos a distancia de más de 250 kilómetros de su domicilio.

En ningún caso los Jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley.»

Nos importan ante todo los conceptos: la libertad es sustraible; puede serlo por ley. Decae así para la misma Constitución un par de principios constitucionales: intangibilidad normativa de la libertad individual y primacía de la misma sobre la voluntad mayoritaria supuesta por la ley. Si es por norma de este rango, la libertad puede ser tocada. Importa menos que esto se entienda como garantía y que además se refuerce. Se exige doble ley, una general «de orden público» que contemple y regule la suspensión; otra singular de declaración de la necesidad y establecimiento de la excepción. Lo importante ya es el nuevo principio de que la ley prevalezca sobre la libertad.

Obsérvese bien. No se trata de la admisión de estados de necesidad que requieran y provoquen actuaciones lesivas para los particulares por parte de las autoridades. No es cuestión de exoneración de responsabilidades o de cualquier otro sistema de concepción no preventiva. Se trata precisamente de la adopción de un régimen general de prevención facultándose a la ley para regularlo y a la misma institución legislativa para establecerlo. Un poder político puede proceder a estas decisiones. Otras garantías y precauciones a las que también se extiende el artículo constitucional de la excepción resultan ante esto realmente secundarias. Lo que importa es que la privación cabe y que constitucionalmente lo hace como estado de derecho, de suspensión política, no de hecho, de necesidad natural o social que también resultase.

La libertad política, constitucional, queda por encima de la libertad individual, fundamental. La propia Constitución cambia las tornas. Por esto importa la excepción, porque produce una sustitución de principios. Las libertades ya no priman ni prevalecen. Ya no están constitucionalmente tan reconocidas y garantizadas. Quedan a las resultas del ejercicio de un poder. Están a disposición de unas leyes. No se han concebido constitucionalmente como derechos derivados y dependientes de las normas, pero así realmente resultan unas facultades no aseguradas y precarias. Un derecho no lo es si su eficacia depende no de la voluntad propia, sino de la ajena, la primera individual y la segunda social para el caso constitucional. En materia de libertades, la excepción es la que marca la regla.

Y supone más este artículo textualmente final y realmente primero.

de la declaración de derechos. No me refiero a los pormenores de inspiración también garantista que contiene sobre libertades suspendibles y limitaciones de la suspensión. En estos detalles no hace falta entrar a nuestros efectos. Hay todavía alguna cuestión general que tampoco deja de afectarles reduciendo sus propias posibilidades de garantía. Se trata del párrafo final, última manifestación del título de derechos. Permítaseme repetirlo: «En ningún caso los Jefes militares o civiles podrán establecer otra penalidad que la prescrita previamente por la ley.»

Se formula como garantía, pero sobre unos determinados presupuestos que no son exacta ni completamente los que la Constitución viene definiendo. Los problemas son varios, todos relevantes a nuestros propósitos más generales. Enunciándolos en el orden como aparecen: es problema la expresión de «Jefe»; lo es su mayúscula; no lo son menos sus cualificaciones, anteponiéndose la militar a la civil; lo es finalmente la falta de calificación de la ley. Ninguno de estos extremos fueron descuidos de redacción de un texto. Eran rasgos bien intencionados. La propia «ley de orden público» que la Constitución requiere, y que pronto advino, podrá con creces confirmarlo.

Sólo en esta medida nos interesa tal ley de desarrollo, en el grado en que pudiera venir a aclarar y especificar unas perspectivas y posibilidades ya abiertas y permitidas por la Constitución. Fue la ley de orden público, primera aquí en su género, de 23 de abril de 1870. Recordemos su tenor. Por ella se contemplan más de una especie de estados de suspensión, uno civil y otro militar, según las autoridades que toman el mando de la situación. El segundo estado se califica de guerra, así interior. En él entran en funciones no sólo la fuerza armada, sino también la jurisdicción militar, según su propio ordenamiento procedimental y sustantivo, aun con alguna modificación para el caso. Entra en aplicación otro orden penal.

No se trata, además, de estados estrictamente escalonados. La ley singular de suspensión de garantías da entrada al estado de excepción civil, con mayores novedades de lo que pudiera hacer prever la Constitución, pues se establecen procedimientos sumarios, todavía a cargo de la jurisdicción ordinaria. Su principal efecto es permitir una sistemática intervención preventiva de los derechos que los propios principios constitucionales parecían haber desterrado: redadas, registros, detenciones, deportaciones y censura.

El estado de guerra no viene como un segundo paso mediante nuevo acuerdo de ley, sino como una de las medidas que puede adoptar durante la situación anterior la autoridad civil, que así resigna en la militar. Por mero bando de estas autoridades se entra en tal situación no sólo de mayor restricción o anulación simple de libertades, sino también de supresión del principio de judicialidad más consustancial a los derechos. Pero, además, este estado de guerra puede declararse por las mismas autoridades, sin el requisito de la ley singular, en situaciones de urgencia. Cabe que sea directamente iniciativa de la misma autoridad militar. Es el supuesto extremo más alejado de las previsiones constitucionales.

¿En qué medida todo esto se encontraba supuesto por la Constitución? Este régimen de excepción no está, desde luego, requerido ni determinado por ella, pero se encuentra precisamente permitido. Aun con toda su conculcación virtual y actual de libertades, su posibilidad la ha dejado abierta la norma constitucional. Para estas actuaciones preventivas hace mención de unas autoridades militares, anteponiéndolas además a las civiles, y no ha calificado la ley a la que se sujetan. Puede ser la militar que así se diga, sin especiales requisitos formales de rango efectivo parlamentario, como militares pueden ser los jueces, sin exigencias como tales tampoco. Decae todo el conjunto de garantías legislativas y judiciales, penales y procesales, que el texto constitucional no dejaba de contener. La Constitución misma las ha dejado en suspenso.

Y nos importa ante todo su dimensión constituyente. Hemos visto constituirse los derechos y libertades, pero no los jefes y autoridades. En el texto, en su propio título primero, aparecen antes de ser objeto de constitución. ¿Y en qué medida realmente lo son una vez que así comparecen en el capítulo primero de la libertad individual como poder institucional ya también existente? No hay declaración de que esta otra existencia sea reconocida como tal por la Constitución, pero esto ya se ve que no le estorba. Y entre estas existencias heterogéneas, ¿cuál prevalece?

Unos «Jefes» con mayúscula se están dando por constituidos. Era también el sentido de la ortografía de «Autoridades». Unos y otras, jefes y autoridades, militares o civiles, son los integrantes de un poder ejecutivo. Quizá todavía se trate de un descuido de la Constitución, que lo da por constituido antes de constituirlo. Pero tampoco lo parece. Si se sigue la lectura del texto, podrá observarse que, tras el reconocimiento de las libertades, procede en efecto a la constitución de unos poderes, pero entre ellos, como objeto de esta determinación constituyente, no comparece este poder de jefes y autoridades. La Constitución realmente constituye unos poderes legislativo y judicial, pero no el ejecutivo. Ya se me vendrán perdonando unas necesarias redundancias.

Hay un título, «De los poderes públicos», precisamente el segundo, que se consagra a su definición y distinción, o a su división si quiere decirse: una «potestad de hacer las leyes» que «reside en las Cortes»; «un poder ejecutivo» que «reside en el Rey»; un «poder judicial» que «los Tribunales ejercen». Del segundo, ejecutivo, también se dice que el Monarca «lo ejerce por medio de sus Ministros». Son ministros suyos, con un título propio, el sexto, que nada dice sobre el Gobierno que pudieran conformar ni sobre la Administración que hubieran de dirigir. En estas cuestiones la Constitución ni entra.

Sobre «las fuerzas militares» sí se dice algo en un título posterior, el noveno, que las contempla junto a la materia fiscal. Tiene su sentido el englobamiento porque se establece un común principio constitucional: las Cortes conceden anualmente unas y otras disponibilidades. Pero en lo que toca al asunto militar, otras cosas también se han anticipado tratándose de la Monarquía. Título cuarto, «Del Rey», artículo 73: le corresponde «conferir los empleos civiles y militares con arreglo a las

leyes»; artículo 74: precisa «ley especial» para ciertas actuaciones militares. ¿Cómo casa todo esto? ¿Cómo encaja?

A lo que ahora nos importa, sin entrar en otros ajustes constitucionales ni políticos. Si hay un poder preconstituido, es el ejecutivo encabezado por la institución monárquica. Y si frente a este poder existen unas garantías, se definen por la ley y no de otra forma. La idea operativa en la constitución del sistema no es la de que prima la libertad individual con su corolario de competencia judicial, sino la de que rige la voluntad mayoritaria con su consecuencia de imperio de la ley. Pero conviene con todo esto salir de la excepción y volver a la regla.

## LA SOBERANÍA NACIONAL

La Nación se constituía al servicio de unas libertades. Lo decía el preámbulo de este texto constitucional. Obsérvese ahora: la Constitución, con todos sus principios, ya aparece como producto de una voluntad o determinación colectiva antes que de algún género de razón o libertad individual. El primer artículo del título de poderes, primero tras el de los derechos, extrae la consecuencia. Es el número 32:

«La soberanía reside esencialmente en la Nación, de la cual emanan todos los poderes.»

Antes que una división y contrapeso de poderes que sería requisito de unas libertades individuales, viene un principio de concentración de poder que es predicado de una soberanía no individual. El texto constitucional a partir de aquí ya entra en una lógica menos comprometida de composición entre poderes. Puede primar el legislativo precisamente por dicho supuesto de prevalencia no ya del derecho particular, sino de la norma general. Es el principio de la representación, que expresan los artículos 40 y 41:

«Los Senadores y Diputados representarán a toda la Nación y no exclusivamente a los electores que los nombrasen.

Ningún Senador ni Diputado podrá admitir de sus electores mandato alguno imperativo.»

Es el principio de una suplantación de la existencia de la libertad por la práctica de la representación. El principio inicial era el del ejercicio de los derechos por el criterio de su propio titular. No cabía por ello teóricamente prevención. La resultante ahora es la de que se superpone otro género de voluntad para la propia determinación del ordenamiento o de las reglas de ejercicio de los derechos. La ley era la garantía y la ley se produce de este modo.

No sólo se cancela definitivamente con esto la primacía de la libertad individual. También se le cierra el camino a unas libertades comunitarias que no sean, si lo resultaban, las de nivel nacional. No será de extra-

ñar que esta Constitución no sólo someta a todo poder ejecutivo al imperio así entendido de la ley. Hace más. Supedita las Administraciones directamente representativas a la central monárquica, que es la constitucionalmente nacional. Vendrá en el título octavo, «De las Diputaciones provinciales y Ayuntamientos», artículo 99 y único, que sienta unas bases. Y es la siguiente la cuarta:

«Intervención del Rey, y en su caso de las Cortes, para impedir que las Diputaciones provinciales y los Ayuntamientos se extralimiten de sus atribuciones en perjuicio de los intereses generales y permanentes.»

Los nacionales son «intereses generales y permanentes»; otros son «intereses particulares de la provincia o del pueblo», como también en este artículo se dice. Entrándose en el terreno de los poderes la lógica ya puede ser consecuente. Lo que se ha introducido como garantía de libertad puede traducirse ahora, tras la cancelación del principio, en exponente de poder. No es que la soberanía nacional presente esta doble dimensión. Su entrada se efectúa en este planteamiento constitucional como agente más eficaz de cortocircuito de la libertad. A partir de una base de libertades, una idea colectiva de soberanía no tendría simplemente cabida. Viene a establecer y asegurar la supremacía de la voluntad constitucionalmente mayoritaria sobre el derecho constitucionalmente individual. En el lugar de la facultad subjetiva ya se pone el ordenamiento objetivo.

En la posición de una posible dispersión de poderes mediante libertades comunitarias se sitúa un principio de concentración de poder sin consideración de libertad individual. Sendas leyes de régimen municipal y provincial, de 20 de agosto de 1870, seguirán sacando consecuencias, confirmando lo constitucionalmente previsto. Son las Diputaciones y los Ayuntamientos corporaciones representativas y poderes heterónomos, sujetos no sólo al primado de la ley, sino también a la supremacía de la Administración de composición no representativa que dirige el Gobierno central. Sus competencias se tasan legalmente con un rigor que no se aplica, en cambio, a esta otra administración pública. Su ejercicio queda tutelado, además, por ésta.

Pueden sentarse principios como éste: «El Ministro de la Gobernación es el jefe superior de los Ayuntamientos.» No lo impide la circunstancia de que éstos, y no aquél, sean elegidos por sufragio ciudadano. El propio Alcalde queda legalmente investido de la doble condición de presidente de la corporación, «Jefe de la administración municipal», y delegado del Gobierno, «representante» suyo. No responde exclusiva ni principalmente ante los vecinos que lo eligen, sino ante el poder que lo faculta. O ni siquiera es realmente responsable ante éste, al fin y al cabo el legislativo, sino ante un ejecutivo de carácter también en principio habilitado por ley, pero que por la misma inhibición constitucional ya puede escapar a los cánones institutivos comunes.

El texto constitucional se ha referido a las administraciones públicas

de carácter representativo antes de llegar a su título. Precisamente en el segundo, el de los poderes públicos, no sólo aparecen el legislativo, el ejecutivo y el judicial, sino también este cuarto, innominado. Es el artículo 37:

«La gestión de los intereses peculiares de los pueblos y de las provincias corresponde respectivamente a los Ayuntamientos y Diputaciones provinciales con arreglo a las leyes.»

Parecía un mejor comienzo, pero no deje de observarse todo lo que desde aquí se anuncia y luego se confirma: no aparecen más entidades que las municipales y las provinciales, así también preconstituidas ya para este título de poderes, sin apertura para otras posibles; sus intereses se califican de forma reductiva; la supeditación a norma superior es el principio, sin mencionarse a estos primeros efectos su carácter representativo. Se ha hecho realmente en el título primero, el de las libertades, en su artículo 16, al hablarse del sufragio como derecho constitutivo tanto de las cámaras parlamentarias como de las corporaciones locales, pero esto no tiene ningún efecto en el momento de la definición efectiva de la institución y posible reconocimiento de poder. No lo hay para las entidades constitucionalmente no nacionales.

No son cuestiones secundarias a nuestros efectos constituyentes. Como la Constitución no menciona el asunto, no vamos a entrar en el problema de hasta qué punto todo esto le incapacita frente a un problema como el vasco. Ningún principio de autonomía, ni individual ni social, cabía bajo dicha posición constitucional de una soberanía nacional. Todo depende de ley, de una ley que se define de esta forma general y excluyente. Antes que producir una división y alguna limitación de poder, esta concepción legislativa del ordenamiento supone esta radical concentración. A partir de ella viene el resto. La misma libertad sólo puede ser su resultante.

Las corporaciones representativas las constituye la ley; la institución legislativa, la Constitución; el poder ejecutivo, no se sabe. A nuestro propósito constituyente, el texto constitucional presenta un extenso título tercero, «Del poder legislativo», que efectivamente instituye y organiza unas cámaras representativas con la función principal de acordar las leyes. Son dos asambleas, Senado y Congreso, pero componen una sola institución, las Cortes, único organismo capaz de esta determinación normativa de rango superior y carácter general. Este principio de constitución de poder es el que aquí nos importa, no afectándonos ahora otras particularidades.

O alguna puede todavía ilustrar. ¿A qué viene la duplicación de cámaras? Ambas tienen base electoral, y la misma base además. Ya se establecía esto como expresión de derecho y libertad. No pueden una y otra asamblea representar intereses sociales diferenciados o complementarios. Según el texto constitucional, el Senado se compone «por provincias» y el Congreso «por almas». Parece que éste puede representar intereses indistintamente ciudadanos, y aquél, otros particularizada-

mente territoriales. ¿A qué puede venir una representación de este carácter cuando la propia Constitución ha cerrado la posibilidad de libertades y autonomías comunitarias? La formulación del problema debiera ser más bien la inversa: tal cancelación se producía de una forma tan expresa como precaución frente a las representaciones territoriales, frente tanto a esta forma de institución del Senado como a la constitución de Diputaciones y Ayuntamientos.

La duplicación de cámaras se querría de por sí. Una vez concentrado tal poder en un legislativo único como representante de una soberanía nacional, era la manera de evitar que recayera en un solo órgano o en una sola voluntad mayoritaria. Se trata de «Cuerpos Colegisladores», de iguales y divididas competencias a estos efectos legislativos. Que la concentración interna no pudiera darse, era preocupación patente en el propio texto. Sección primera de dicho título tercero, «De la celebración y facultades de las Cortes», artículos 46, 47 y 49:

«No podrá estar reunido uno de los Cuerpos Colegisladores sin que lo esté también el otro, excepto el caso en que el Senado se constituya en Tribunal.

Los Cuerpos Colegisladores no pueden deliberar juntos, ni en presencia del Rey.

Ningún proyecto podrá llegar a ser ley sin que antes sea votado en los dos Cuerpos Colegisladores. Si no hubiera absoluta conformidad entre ambos, se procederá con arreglo a la ley que fije sus relaciones.»

¿Hay tal concentración de poder en este par de asambleas? ¿No existen otros mecanismos de limitación o contrapeso? Internos al ejercicio del poder legislativo no lo parece. En su ámbito también comparece la figura del Monarca. Este era el tenor completo del artículo 34, que definía este poder:

«La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes.  
El Rey sanciona y promulga las leyes.»

A la «potestad legislativa» como correspondiente en exclusiva a las Cortes hace más referencias al texto. No aparece nunca el Monarca participando en cambio de la misma, sino contribuyendo en otros términos: «Además de las facultades necesarias para la ejecución de las leyes, corresponden al Rey» otras, que enumera tras esta entradilla el artículo 73. Son las suyas, la de sanción y promulgación, facultades ejecutivas y así en este punto obligadas. Cuenta también con un poder normativo propio que se define en unos términos análogos. Estamos en el título cuarto, «Del Rey», artículo ahora 69 y 74:

«La potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el Rey, y su autoridad se extiende a todo lo que conduce a la conservación

del orden público en lo interior y a la seguridad del Estado en lo exterior, conforme a la Constitución y a las leyes.

Al Rey corresponde la facultad de hacer reglamentos para el cumplimiento y aplicación de las leyes, previos los requisitos que las mismas señalen.»

En cuanto que constitución de un poder ejecutivo la fórmula tiende a la expansión, aun con su referencia reiterada a ley, pero en lo que toca al ejercicio de un poder todavía normativo la supeditación a la norma de este rango legislativo es inequívoca: un poder reglamentario queda definido en términos estrechamente vinculados a ley. Y esto tiene una traducción que puede ser bien efectiva. Título séptimo, «Del poder judicial», artículo 92:

«Los Tribunales no aplicarán los reglamentos generales, provinciales y locales sino en cuanto estén conformes con las leyes.»

Si como poder ejecutivo las administraciones provincial y local quedan supeditadas a ley en un grado en el que no lo está la central, como poder normativo a todas ellas se les aplica estrictamente el mismo principio de subordinación. Y algo más: la justicia queda expresamente capacitada para hacer valer esta regla. He aquí otro medio de control, no interno o de poder distinto. Y no es una forma cualquiera. Es la que constitucionalmente sirve y responde al propio amparo de la libertad individual, como ya claramente asumían los primeros artículos del propio texto. Si así se comprueba tan efectiva respecto a un poder normativo de rango segundo, ¿puede también constitucionalmente controlar el ejercicio del legislativo?

Como la Constitución ha partido de la primacía de las libertades, esto no puede descartarse. No debe hacerse por muchos cortocircuitos que ya hayamos visto. La lógica de este sistema como mínimo es doble, de libertades individuales y de soberanía nacional, y algún papel pueden todavía tener las primeras. O vemos que lo tiene. La forma como se capacita a un poder judicial frente a las administraciones públicas no podía ser ajena a la misma concepción de unas libertades que, aun perdiendo su rango, algún amparo encuentran. ¿Cabe entonces, todavía, frente a la ley que es expresión de soberanía?

## LA CAPACIDAD JUDICIAL

He aquí una cuestión que nos conducirá, en efecto, nuevamente al terreno de las libertades. Mas vayamos por partes. Comencemos por considerar la posición constitucional de la función judicial. Algo ya está claro: resulta expresamente facultada frente al poder administrativo en defensa del legislativo. Pero los poderes no eran la razón última de la Constitución; en principio, al menos en principio, primaban los dere-

chos. ¿Se extrae también el corolario de que la justicia quede habilitada frente a ley en amparo de libertad?

El texto guarda silencio. Para estas alturas del sistema, para libertades y leyes, no hay un pronunciamiento como el que hemos visto respecto a los reglamentos. Tampoco se dice frontalmente que los jueces queden obligados de forma incondicional a ley. La definición de su poder en el título de los poderes, artículo 36, no dice nada:

«Los Tribunales ejercen el poder judicial.»

El comienzo de su propio título, el séptimo, como también ya hemos dicho, especifica algo el concepto. Primer párrafo de su primer artículo, que es el 91:

«A los Tribunales corresponde exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales.»

No es una definición que la deje situada irremisiblemente bajo la ley. Es la atribución excluyente de un cometido constitucional para la eficacia de las leyes que no tiene por qué ser ni definitorio ni exclusivo. El artículo 98 declara responsable al juez por «toda infracción de ley», pero tampoco especifica si una sentencia de amparo directo de libertad en detrimento de norma entra o no en el tipo. Queda remitido, a su vez, a ley. Parece un círculo vicioso, pero puede tal vez salirse de él. Comiencese por repasar lo visto.

Vuélvase al comienzo de la Constitución. Se encontrará a los jueces amparando libertades de los ciudadanos sin necesidad de ley y bastándose la Constitución, esto era, bajo el entendimiento de que su competencia a tal efecto ya es requerimiento directo del propio reconocimiento de unas libertades situadas por encima de las normas. En su título primero este texto constitucional confía unos derechos antes a la justicia que a la ley. No los deja pendientes de una determinación de ésta para una intervención de aquélla.

El propio texto se ocupa de constituir el poder judicial. Ni lo descuida como al ejecutivo ni remite su constitución a ley. Ni lo da por preconstituido ni lo considera infraconstitucional. Aunque más sumariamente, procede con él en sustancia como con el poder legislativo, instituyéndole en sus rasgos fundamentales y remitiéndose a legislación de desarrollo, una «ley orgánica de Tribunales» muy en particular, como se reclama en el artículo 94. La expresión tribunalicia es expresiva: la Constitución opta por el establecimiento de una justicia profesional de «carrera judicial», como se dice en dicho artículo y se repite en el 97. El 93, a su vez, ha introducido la justicia ciudadana o «juicio por jurados» como un elemento de garantía adicional en materia obligadamente política y eventualmente penal común. La justicia propiamente dicha la forman los «Magistrados o Jueces», «Jueces o Magistrados», según expresiones que se alternan, de función y carrera.

La Constitución instituye esta justicia y la ley debe organizarla. Dicha

norma pronto también llega, el 15 de septiembre de 1870. Es la referida «ley orgánica del poder judicial» que el texto constitucional reclamaba. Confirma y refuerza el carácter profesional y funcional de la justicia definido por la Constitución. No hará falta entrar en las comprobaciones. Pero una cosa aún estaba pendiente: la posición constitucional de este poder judicial entre las libertades y las leyes. Tal vez sea exagerado decir que la Constitución ha dejado la cuestión abierta, pero alguna incertidumbre y algún resquicio aún quedaba en ella. En definitiva, ¿qué posición de poder que pudiera servir para amparar libertad ocupa finalmente esta justicia?

Con la ley orgánica ya no hay posibilidad de duda. Presenta un título preliminar en el que las incertidumbres se despejan y los resquicios se cierran. Tras repetir en su artículo segundo la fórmula del 91 constitucional, la de atribución a los jueces de «la potestad de aplicar las leyes», esto es lo que ahora su artículo tercero añade:

«Los Jueces y Tribunales no ejercerán más funciones que las expresadas en el artículo anterior y las que esta ley u otras les señalen expresamente.»

El principio estricto de habilitación legal, que no acababa de hacerse valer respecto a un poder ejecutivo, se define así para el judicial. Y ley ya no es aquí la Constitución, sino la propia orgánica y otras de su rango ordinario. El efecto se apreciará. Ni un Código Penal, que se ha revisado por ley de 18 de junio de 1870, ni una ley procesal penal, que sigue el 22 de diciembre de 1872, estarán a la altura de la Constitución en cuanto al amparo de las libertades personales y políticas. Y son las leyes las que prevalecen. Ya no hay otra posibilidad judicial. Todas estas normas no consideran ni la capacitación constitucional de la justicia ordinaria ni la institución de alguna otra extraordinaria de tal capacidad. Si estuvo abierto, este horizonte de la Constitución se ha clausurado por la ley.

Y esto era posible por su propia posición de poder o por la misma afirmación de una constelación de poderes, incluida bajo tal concepto la justicia, como irradiación de una soberanía. Desde este momento una voluntad puede prevalecer sobre una razón; la norma, sobre la libertad. Allí se produjo el cortocircuito en virtud del cual la propia justicia puede quedar finalmente al servicio de la ley general, no del derecho individual. Toda su constitución en la ley orgánica responde a esto. El texto constitucional menciona un «Tribunal Supremo» sin más detalle. La norma legal lo entroniza como una instancia superior de casación o anulación de sentencias contrarias a ley, como una jurisdicción suprema cuya función no es así precisamente la del amparo del derecho o libertad.

Toda la justicia se concibe como mecanismo de imposición de la voluntad constitucionalmente mayoritaria y no de garantía del derecho constitucionalmente individual. Este amparo finalmente de por sí no existe. Sólo opera en cuanto posible efecto reflejo por la norma legal. Al final es ésta, ni siquiera la Constitución, la que concede y hace efectivo

el derecho. La justicia profesional y funcionarial por la que sustancialmente se ha optado tampoco estaría capacitada para mucho más frente a un poder legislativo constitucionalmente, en cambio, de base electiva. Una cosa está, desde luego, vinculada a la otra. Una lógica constitucional había.

Y la justicia es al fin y al cabo el derecho. A los mismos efectos de existencia de unas libertades, no hay Constitución, sino tan sólo leyes. Todo el ordenamiento habría de reducirse a ley. No debía haber ni quedar derecho fuera de ella. Este designio también latía en la Constitución, asomando en el título judicial. Su artículo primero, el 91, también se refería a la necesidad de unos «Códigos», forma de legislación más completa y sistemática, como el Penal, al que ya hemos hecho referencia. La ley era el poder y era la garantía. La misma codificación podía representar un principio de legalidad que, si no partía de la posición constitucional de la libertad, si no servía para ampararla de forma directa, al menos supondría la subordinación efectiva de otros poderes. ¿Dónde quedaba con todo ello la libertad?

Mírese una ley que había de ocuparse de la condición de las personas: el Código Civil. Sólo nos interesa para apreciar el alcance de toda esta composición constitucional. Intentó hacerse bajo esta Constitución y conforme a sus planteamientos. No se logró completo, pero se promulgaron unas partes neurálgicas: las leyes de registro y matrimonio civiles de 17 y 18 de junio de 1870. A lo que ahora nos importa. Primero, son normas que parten de la mayor discriminación entre sexos, supeditándose extremadamente a la mujer, y entre hijos, perjudicándose extremadamente a los de uniones no regulares. Segundo, no había remedio judicial frente a estas verdaderas denegaciones legales de derechos y libertades.

Un problema puede todavía plantear lo primero: ¿cómo podía entenderse que eran leyes de desarrollo de una Constitución de libertades, sin acepciones como las que ahora se aplican? La cuestión se afrontó, argumentándose lo siguiente entre los propios legisladores: las libertades constitucionales son derechos naturales, conforme así a una naturaleza que socialmente requería tal género de distinciones. A lo que nos importa: ¿estaba esto en la Constitución? ¿Había base en ella para este entendimiento finalmente cancelatorio en su propio terreno del principio de libertad?

Un orden social que se reputaba natural venía a sobreordenarse a unos derechos individuales que naturales se predicaban. Pese a su concepción efectiva de éstos como fundamentales, el texto constitucional, su propio título primero, no era ajeno a este entendimiento. Como naturales, las libertades no podían ser objeto de prevención; como tales, unas de carácter político se adoptaban como base intangible de la operación constitucional, limitándose la norma a decir que no podía producirse privación de ellas. Pero respecto a la libertad de asociación aparecía un condicionamiento de «moral pública». Y había más sobre ella, que todavía no hemos visto. Artículo 19:

«A toda asociación cuyos individuos delinquieren por los medios que la misma les proporcione, podrá imponérsele la pena de disolución.

La Autoridad gubernativa podrá suspender la asociación que delinca, sometiendo incontinenti a los reos al Juez competente.

Toda asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado podrá ser disuelta por una ley.»

Obsérvese la progresión de este artículo. Su parágrafo primero todavía responde al planteamiento constitucional de carácter justamente represivo, no preventivo. El segundo comienza a desbordarlo en cuanto que faculta a la Autoridad mayúscula, ejecutiva, para medidas prejudiciales. El tercero constituye abiertamente una excepción del artículo 21, el que excluía la prevención, para el caso concreto de la libertad de asociación. Se ha reconocido como un derecho individual, pero ahora se añade que puede ser anulado por la voluntad constitucionalmente mayoritaria: por ley, el poder y la garantía.

El mismo título de derechos está pasando de una concepción declarativa a otra concesiva de la libertad. La ley la dispensa. No es poco elocuente el procedimiento de concesiones progresivas por el que la propia Constitución llega, si no a un derecho más primario de conciencia individual que pudiera ser fundamento de todas las libertades políticas, al menos a su manifestación exterior de libertad religiosa o de cultos. Es el artículo 21:

«La Nación se obliga a mantener el culto y los ministros de la religión católica.

El ejercicio público o privado de cualquiera otro culto queda garantizado a todos los extranjeros residentes en España, sin más limitaciones que las reglas universales de la moral pública y del derecho.

Si algunos españoles profesasen otra religión que la católica, es aplicable a los mismos todo lo dispuesto en el apartado anterior.»

Y así en este título no sólo, además, se abunda en el condicionamiento de la «moral pública», sino que también se hace en él mismo expresión de un «derecho» que no es principio de libertad, sino de limitación. Son moral y derecho de «reglas universales». La idea de un «derecho natural», objetivo, reductor de los «derechos naturales», subjetivos, no es ajena a estos fundamentos del texto constitucional. Con uno u otro lenguaje, con apariencia más o menos inocente, ya opera en el orden constitucional de forma que puede facultar directamente a un poder ejecutivo, sustrayéndose tanto requerimientos de habilitación legislativa como posibilidades de control judicial. Artículo 24, que realmente parte de un concepto fundamental de derechos de libertad:

«Todo español podrá fundar y mantener establecimientos de instrucción o de educación sin previa licencia, salva la inspección de la Autoridad competente por razones de higiene y moral.»

Nos hemos referido también a que el sufragio aparece en este título primero de la Constitución como un derecho fundamental, pero no se ha reproducido su artículo. No ha sido un olvido. Lo reservaba para este preciso momento. Se trata del artículo 16:

«Ningún español que se halle en el pleno goce de los derechos civiles podrá ser privado del derecho de votar en las elecciones de Senadores, Diputados a Cortes, Diputados provinciales y Concejales.»

Interesa ahora tan sólo la combinación pacífica de excepción y regla: no se podrá ser privado de aquello que se puede ser privado. En esta peculiar lógica ya se encuentra de hecho contenido un desarrollo como el visto. Cuando dije que, en materia de libertades, la excepción marca la regla, no sólo me refería a la amenaza de la suspensión gravitando sobre los derechos. También pensaba en el estado constitucional ordinario, en el desarrollo legislativo de una Constitución que, en su propia posición del principio de las libertades, admite la anulación.

## LA HISTORIA CONSTITUYENTE

Unos poderes se han constituido a partir de una posición de libertades. No se tema que vaya a entrar ahora en ningún género de literatura de denuncia. La historia no juzga, sino que comprende. No descalifica un pasado, sino que califica un presente. Esto es lo que persigo con estas páginas.

Quiero reflexionar finalmente sobre el alcance de una historia constituyente, de una historia contemporánea de tal efecto. Para apreciarse esto, debe comenzar por mirarse no sólo a unos resultados institucionales, sino también a un presupuesto constitucional. Aquí estará lo decisivo. No se trata de que unos poderes aparecieran y actuaran, sino de que se fundasen e integrasen por el propio constitucionalismo o que, en definitiva, se legitimasen y respaldasen por unos predicados de libertad sin quedar en el caso suficientemente comprometidos. O pudiendo incluso mantenerse ajenos al compromiso.

Nada quita que los poderes que hemos visto constituirse ya existieran. Pero se ha tratado de su constitución. La manera como han podido llegar a entenderse en parte preconstituidos ha sido un elemento de la propia fundación constitucional. Esto es lo que ante todo importa. Ahora es cuando se conciben y engendran, ahora es cuando nacen, a los efectos constitucionales. Es lo que interesa: que ahora entren en estas concepciones, legitimaciones y habilitaciones que son precisas para el

propio reconocimiento e implantación del derecho en nuestros tiempos contemporáneos.

Pasa igual con las discriminaciones. No sería nueva la de la mujer, como tampoco la de los hijos no tenidos por legítimos; tampoco lo era la falta de libertad del propio hombre por efecto de un régimen matrimonial impositivo. Pero hay novedad, que es la que nos importa. Ahora estas cancelaciones radicales de libertad personal entran en el constitucionalismo liberal y en uno que expresamente se legitima por libertades. El transcurso que hemos venido contemplando de los derechos a los poderes no lo es entre unos postulados de libertad y unas instituciones que les sirven, sino de la afirmación a la negación de unos principios. Pero éstos siguen presentes y operando: Fundan realmente el sistema en el sentido de que lo legitiman y habilitan, también esto segundo. Los derechos han creado los poderes.

De entonces constitucionalmente arrancan. Han quedado constituidos una Administración, un Gobierno, una Justicia, un Ejército. No es sólo que unas leyes hayan llegado a cumplir el siglo, como de hecho ha ocurrido con la mayoría de las que hemos visto; no siguieron la suerte de su Constitución. Esto si acaso es un síntoma. La cuestión reside en que dichos poderes han podido permanecer en la posición y con la motivación constitucionales que entonces lograron. Y han podido hacerlo precisamente por la fundación e integración que así alcanzaron. No necesitarán ya ni siquiera Constitución para mantenerse. La posibilidad de continuidad entre sistema constitucional y régimen dictatorial también queda así introducida.

Mírese la institución militar. Queda constitucionalmente establecida con una función de «seguridad del Estado» entendida interna, pudiendo entrar en «estado de guerra» con sus propios ciudadanos. Obsérvese la planta judicial. Tenemos una magistratura cuyo cometido es la imposición de la ley con abstracción de derecho no sólo sustantivo de libertad, sino también procedimental de parlamento. El principio constitucional de lo uno como de lo otro, del Ejército como de la Justicia, es la defensa y el amparo de las libertades; el resultado institucional es la cancelación de la libertad como principio. Las leyes podrán conceder y privar, regular y condicionar, prevenir y limitar.

Contéplese un poder ejecutivo: una Administración y su Gobierno. Queda de por sí constitucionalmente capacitado. Podrá identificarse sin más con el Estado. Puede concentrar poderes. El Parlamento no sólo es aleatorio para la Justicia. Frente a este poder potencialmente dictatorial no valdrán los requisitos de habilitación legal que, en cambio, se exigen para otras administraciones públicas. Y tampoco se especifica el calificativo de la dotación de poder. Se entenderá que vale cualquier ley, sin requerimiento sustantivo de libertad ni procedimental de parlamento. Más lejos queda ya la posibilidad de una más directa cualificación representativa y habilitación ciudadana de las Administraciones. Esto también se ha cancelado respecto a las que conservan esta base.

Se fundan constitucionalmente unos poderes y se genera una cultura constitucional no de la libertad, sino del poder mismo. No es ajena así a

Constitución una cultura como la profesional militar debida a nación frente a ciudadanía, como tampoco lo es la funcionarial judicial obligada a ley frente a derechos. Puede comenzar a cultivarse y transmitirse desde entonces este género de culturas como exponentes, además, de un orden constitucional, sin compromiso efectivamente de libertad. Se toma culturalmente el poder de la fuerza y de la ley por su contrario: garantía de libertades. Lo primero, la cobertura del ejército, hoy quizá cede, pero lo segundo, el imperio de la ley, en cambio se reafirma y refuerza.

Unas últimas sugerencias. ¿Qué comprensión cabe del propio sistema constitucional establecido sin la consideración de esta dimensión histórica de su fundación misma? Tiene un alcance constituyente todavía la historia constitucional o simplemente contemporánea por cuanto que en ella también se incluyen los efectos de dictadura. Cada proceso constituyente crea la apariencia de determinación propia. Cada período constitucional se hace esta ilusión. Para cada ordenamiento no suele considerarse más acontecimiento fundacional que el suyo propio. Ya puede escaparse la identificación y comprensión de un constitucionalismo que puede así fácilmente seguir predicando derechos y produciendo poderes. Es su estructura de fondo.

La propia historia constitucional común no cultiva otra imagen. Sus capítulos constituyentes son de factura política: expresión de poder, no de derecho. Como determinación y derivación suyas, no cabe enfrentarse con el problema primario del poder mismo. No se cubre la cuestión de las formas constitucionales de la propia actuación de una soberanía constituyente. Si acaso, se mira la representatividad de este poder, pero no se consideran otras cosas más primarias. Algo previo: la soberanía como principio y la representación como mecanismo de poder. Y algo más: a los mismos efectos constituyentes no sólo de poder se trata.

Se trata también de la existencia de un derecho constituyente sustantivo, no sólo procedimental político. La propia aspiración constitucional nace de esto: del reconocimiento de un principio de libertad para el propio ordenamiento. Constituir no es sólo ni principalmente objeto de decisión de poder, sino también y antes de declaración de derecho. Así, todo el proceso constituyente puede resultar la historia no de unos acontecimientos políticos, sino de unas consecuencias jurídicas. Historia tal, desde luego, todavía no existe.

Y no sólo es cuestión histórica. Lo repito para concluir. La historia constituyente planteada de esta forma, como jurídica y no como política, también puede interesar a la comprensión y al manejo del sistema actual. No ha evolucionado tanto el constitucionalismo como suele presumirse. Ni ha ido en todo a mejor. No ha resuelto todavía ni siguiera algunas de sus primeras aporías, prefiriendo ahora ignorarlas. La historia al menos puede devolverlas a la vista.

