

DERECHOS ILEGISLABLES Y DERECHOS CONTINGENTES EN LA CONSTITUCION DE 1869

Gonzalo Maestro Buelga

Universidad de Pais Vasco

1. Introducción

Es un lugar común afirmar que en la Constitución de 1869 se aborda, por primera vez, el debate sobre los derechos de la persona en términos de recuperación del discurso liberal revolucionario. Configurándose este episodio constitucional como un paréntesis en un siglo dominado por la lectura doctrinaria del liberalismo, que marcó el definitivo alejamiento de los derechos de la concepción iusnaturalista, que fundó filosóficamente el proyecto liberal en sus inicios.

Ni en la Constitución de 1812 se abordaba esta cuestión, más que tangencialmente, ni de su contenido es posible deducir una lectura de éstos en esa clave. En el proceso constitucional de 1812 confluyeron una heterogeneidad de planteamientos doctrinales a la vez que un distanciamiento del modelo americano¹. Durante el resto del siglo, la hegemonía doctrinaria trasladará a la Constitución sus principios políticos en el tratamiento, escaso salvo en la restauración, de los derechos.

Relevantes exponentes doctrinales del moderantismo español expresaron una concepción, en consonancia con lo que será una constante del liberalismo postrevolucionario europeo, que caracteriza a los derechos como contingentes y en clara ruptura con las posiciones del iusnaturalismo racionalista.

¹ J. VARELA SUANCES-CARPEGNA. «La Constitución de Cádiz y el liberalismo español del siglo XIX», en *Revista de las Cortes Generales*, 1987 n.º10 pp. 27 y ss.

Los derechos como fundados por el Estado, existentes en cuanto reconocidos por éste y con el alcance establecidos en las normas infraconstitucionales.

Las taxativas palabras de Alcalá Galiano son representativas de esta concepción contingente de los derechos «Al hablar de ciertos derechos abstractos considerados por algunos como naturales e imprescriptibles en los hombres declaré muchos de ellos falsos a mi entender, impugné otros como mal explicados y peligrosos, insinué que no hay otros derechos políticos que los nacidos de la misma sociedad ya formada y de las leyes, y condené esas máximas abstractas y vagas como pésima base para sentar en ella la fábrica de las constituciones»².

Frente a la historia constitucional anterior, la constitución de 1869 incorpora como novedad en el tratamiento de los derechos de la persona la introducción en el debate constituyente de la tradición constitucional estadounidense, modelo presente en los momentos más relevantes de éste, aunque finalmente no llegara a plasmarse en el texto aprobado. Se simboliza esta tradición en los denominados derechos ilegislables, que fueron el eje de los debates y en torno a los cuales se estableció un aparente consenso, salvo excepciones, que, como se verá no tenía mucha más coincidencia que la terminológica y sí muchas discrepancias respecto al alcance de esta formulación.

En todo caso, la ruptura que parecía aportar el texto surgido de la revolución de 1868 no fue tal, como se verá, también en este caso, prevalecerán las continuidades encarnadas en la visión estatista de los derechos que consolidó el liberalismo doctrinario.

El tenor literal de la declaración de derechos no fue suficiente para resolver los problemas evidenciados en el debate constitucional, que condicionaban la eficacia de esta y que incluyen a esta constitución dentro de la tradición europea, en claro contraste con la americana.

El análisis de los derechos en la constitución de 1869 obliga a realizar un contraste entre la tradición europea y la estadounidense, como base de partida para, a su luz, estudiar el debate constituyente, que es lo que a nuestro juicio permite tomar conciencia del alcance de este término de «ilegislables».

Fioravanti señala tres fundaciones teóricas de la libertad³ presentes en la construcción del liberalismo: la historicista, la individualista y la

² A. ALCALÁ GALIANO. *Lecciones de derecho político*. CEC Madrid, 1984 p. 279.

³ M. FIORAVANTI. *Appunti di storia delle costituzioni moderne*. Giappichelli. Turin 1991, pp. 9.

estatalista, y caracteriza a la experiencia francesa y americana como diferenciadas, esencialmente por su componente estatista, sustancialmente presente en la fundamentación teórica que se refleja en las formulaciones revolucionarias, en claro contraste con la tradición que sostiene la Independencia americana. Esta dimensión estatista para Amato⁴ posibilita una continuidad del liberalismo continental europeo respecto a ciertos principios de raíz absolutista, que se expresan en una prioridad del Estado respecto al individuo.

La inserción del movimiento constitucionalista español durante el XIX, en este liberalismo estatista del que no es excepción la Constitución de 1869, condiciona decisivamente el alcance de los derechos en este texto y configura a los derechos ilegislables como un intento frustrado de romper la imperante concepción contingente de los mismos.

2. La Tradición Americana en la concepción de los derechos

Es sabido que el referente constitucional fundamental en las cortes constituyentes de 1869 fue la constitución federal de los Estados Unidos, que se configuró como modelo, en momentos clave del debate y en especial, en la discusión del artículo 22, respecto al cual, el parámetro de comparación era la primera enmienda constitucional americana, de donde se deriva directamente la condición de ilegislables de ciertos derechos, usando la terminología española de ese momento. Incluso en la formulación de las posiciones expresadas, el referente americano se esgrimía en antítesis a las tesis recogidas en las primeras declaraciones y constituciones revolucionarias francesas. La contraposición que los constituyentes españoles realizan, autoriza a referir brevemente la fundamentación teórica de las dos tradiciones aludidas.

Lo que distingue al constitucionalismo americano, que determinará su tratamiento de los derechos, es la concepción de la constitución (supremacía de la constitución y la articulación de mecanismos que garantizaran la posición de la ley fundamental, puesto que sólo con estos medios podía, en última instancia, afirmarse la virtualidad de los derechos contenidos en la constitución.

El proceso de fundamentación teórica de la supremacía constitucional y de su resultado, el control de constitucionalidad de las leyes como

⁴ G. AMATO. *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*. Giuffrè, Milan 1976. pp. 110-121.

efectivo límite al legislador es lógicamente complejo, pero quizá de una forma excesivamente libre, en nuestra opinión, puede formularse en torno al siguiente círculo argumental.

La base de partida debemos situarla en la construcción iusnaturalista de los derechos de la persona, que en su versión racionalista, incorpora una nueva fundación del poder político. La fundamentación de la libertad se afirma inicialmente en el reconocimiento de la existencia de derechos del hombre que son inherentes a él y, por tanto, preexistentes al Estado e indisponibles por éste.

Lo importante de la previa afirmación iusnaturalista es que, en esta concepción, los derechos naturales son a la vez un *prius* y principios reguladores del orden jurídico positivo⁵, es decir, se colocan en el momento justificante, como parámetro de legitimidad del derecho positivo⁶ Así despliega su influencia frente al ordenamiento.

La fundación iusnaturalista de los derechos es también y a la vez, la de la sociedad política, cuyo objetivo y justificación de su existencia es la tutela y el respeto de los derechos de los individuos. Esta función del iusnaturalismo como fuente de esa doble legitimidad (poder político y orden positivo, como traslación del natural) ha sido señalada⁷, contribuyendo a un reforzamiento de la legitimidad constitucional.

Para el iusnaturalismo racionalista, desde la premisa de la supremacía de la ley natural, emanada de la razón humana, se justifica y se articula el contractualismo como mecanismo creador de la sociedad política. En el iusnaturalismo precursor del liberalismo la sociedad política se constituye para preservar lo esencial de los derechos naturales preexistentes⁸. El *pactum societatis*, a diferencia del *pactum subiectionis*⁹, con origen en el contractualismo medieval, posibilita la salvaguarda de los derechos en la constitución de la Sociedad, donde deben encontrar tutela. Así, la constitución del sujeto político pueblo, resultado del pacto tiene su fundación iusnaturalista.

⁵ W. CESARINI SFORZA. *Voz «Diritto soggettivo» en Enciclopedia del diritto*. Vol. XII Giuffrè. Milán 1964 pp. 659 y ss.

⁶ N. BOBBIO. *Locke e il diritto naturale*. Giappichelli. Turin, 1963, pp. 1-3.

⁷ N. BOBBIO. *Stato, governo, società*. Einaudi, Roma, 1985. p. 50. V. MATTEUCCI. *Alla ricerca dell'ordine politico (da Machiavelli a Tocqueville)*. Il Mulino, Bolonia, 1984. p. 160.

⁸ G. FASSO *Storia della filosofia del diritto*. Vol. II. Il Mulino. Bolonia. 1968, pp. 116-119.

⁹ M. FIORAVANTI. *Appunti ... op. cit.* pp. 31

Sentada la base común tanto de la idea de derechos del individuo, como de la fundación de la sociedad política en el iusnaturalismo, el paso siguiente es conectar la idea de constitución política con el derecho natural del que cobrará legitimidad.

La conexión entre iusnaturalismo y tradición, también ha sido una constante destacada¹⁰, existía, por tanto, una asociación entre derecho natural y derechos predicados para los individuos y consagrados por la tradición. A pesar de la crítica de esta conexión¹¹. Lo cierto es que el iusnaturalismo evidenció una práctica de unión política entre libertades tradicionales y derecho natural. La funcionalidad de Locke y sus propuestas, en sus «dos tratados sobre el gobierno civil» a las soluciones aportadas por la «gloriosa revolución» son unánimemente aceptadas¹². A la hora de señalar parte de esos derechos naturales, coincidentes con los derechos tradicionales en Inglaterra, la alusión se realiza a la constitución inglesa que hunde sus raíces en la Carta Magna y acaba en carta de derechos de 1689. Estas reglas que ya configuraban y acabaron conformando el *common law* se perfilaron, por ósmosis, como el derecho natural. Derechos como el *habeas corpus*, el derecho al juez natural y a las leyes del país, etc. pasaron al patrimonio de los derechos de los individuos por su consideración de derechos naturales, ya consagrados por la tradición política¹³. McIlwain señala así la conformación del concepto de constitución en Inglaterra¹⁴.

Ciertamente, la constitución declara los derechos, no los funda en esta tradición, aunque en el proceso de configuración concreta de éstos, acaban confundiendo ambos planos, *common law* y derechos naturales, y en esta determinación casuística, el papel histórico-político se superpone al filosófico. En cualquier caso, en esta fundamentación teórica, la constitución no hace sino reconocer la existencia de los anteriores, haciéndolo, en los inicios del liberalismo, en especial en la cultura po-

¹⁰ M. FIORAVANTI. *Appunti ...*, op. cit. pag. 13-14. N. BOBBIO. *Locke e il diritto naturale* op. cit. pp. 25-33, 134.

¹¹ N. BOBBIO. *Locke ...*, op. cit. pp. 134-135.

¹² L. RODRÍGUEZ ARANDA. *Introducción a Ensayo sobre el Gobierno civil*. Aguilar. Madrid 1986. P. BRAVO GALA. *Presentación a Carta sobre la tolerancia*. Tecnos. Madrid, 1985. N. MATTEUCCI. *Alla ricerca ...* op. cit. p. 160. G. FASSO. *Storia ...* op. cit. pp. 191 y ss.

¹³ M. FIORAVANTI. *Appunti ...*, op. cit. pp. 18-19.

¹⁴ C.H. MCLLWAIN. «La transición de la época medieval a la Edad Moderna» En *Constitucionalismo antiguo y moderno*. CEC. Madrid 1991., pp. 117 y ss. y «Algunas definiciones modernas de Constitución» pp. 13 y ss.

lítica anglosajona, en la doble consideración de preexistentes y superiores.

La Constitución adquiere su superioridad normativa precisamente por su conexión con la idea de los derechos naturales, es decir, como consecuencia de constituirse en sede normativa de estos derechos superiores. Es el carácter superior de los derechos naturales (iusnaturalismo) el que confiere la supremacía normativa a la constitución.

En la construcción jurisprudencial inglesa de comienzos del siglo XVII, origen del moderno control de constitucionalidad de las leyes y de la *judicial review*¹⁵, se declara la superioridad del *common law* frente a la ley y la nulidad de esta cuando la ley es contraria al derecho y a la razón. La construcción del Juez E. Coke será luego recogida por Locke y Harrinton, que afirmaron la superioridad de la ley fundamental frente al legislador¹⁶, norma superior que no es otra que la Constitución.

El iusnaturalismo, a través de los derechos, afirma la supremacía de la Constitución. Superioridad que adquiere ahora una clara connotación jerárquica.

La otra afirmación de la superioridad constitucional, como hemos dicho antes, tampoco separada de la fundamentación iusnaturalista, está en relación con la idea del pacto social como fundador de la sociedad política. Continuando en la cultura política anglosajona, la construcción de Locke no hace sino sancionar una tradición muy asentada, aunque en la formulación de este autor, el consenso es fuente de un nuevo tipo de gobierno caracterizado por los límites y finalidad del poder político. La génesis de la nación americana tendrá una base estrictamente pactista¹⁷. La Constitución es la formalización del pacto suscrito por el pueblo, primer órgano de la comunidad política, constituido por la asociación de los hombres libres.

El pueblo como *factotum* constitucional manifiesta en esa norma su superioridad. Los límites del poder legislativo para Locke están en el poder conjunto de toda la sociedad, el legislativo no puede ser superior

¹⁵ M. CAPPELLETTI «Alcuni precedenti storici del controllo di costituzionalità delle leggi» en *La Giustizia costituzionale* (Ed. G. Maranini), Vallecchi, Ed. Florencia, 1966, pp. 23.

¹⁶ R.L. BLANCO VALDES. *El valor de la Constitución*. Alianza, Madrid 1984 pp. 118-121.

¹⁷ N. MATTEUCCI. VOZ «Contractualismo» en *Diccionario de Política*. (N. BOBBIO y N. MATTEUCCI). Siglo XXI. Madrid 1982 pp 407 y ss.

al que le otorga el poder¹⁸. Pero naturalmente, esta fuente de afirmación de la superioridad constitucional precisa un reforzamiento que conduce a la fundamentación iusnaturalista del contractualismo, son los objetivos de la Sociedad política y del *pactum societatis* los que confieren la legitimación de la superioridad al instrumento mediante el que se expresa e consenso La sociedad política y, por tanto, la constitución son instrumentales para la conservación de los derechos naturales¹⁹.

El marco teórico está ya conformado, ahora sólo falta cerrarlo con los instrumentos técnicos que ideará el constitucionalismo americano para garantizar la supremacía constitucional, como fórmula eficaz de protección de los derechos. Como se sabe, los mecanismos son dos: la afirmación normativa, en el seno del texto constitucional positivo, de la supremacía constitucional y el control judicial de constitucionalidad de las leyes, con una alusión a ambas cuestiones concluiremos esta reformulación de la tradición americana en la protección de los derechos²⁰.

Locke, como inspirador teórico de la revolución americana²¹, tendrá una directa influencia en las formulaciones de los primeros publicistas y los padres de la patria, en especial, los federalistas, se ha señalado que muchos pasajes de los «derechos del hombre», de T. Paine están tomados directamente de Locke²². Lo cierto es que tanto este autor, como, sólo por citar al más relevante de los federalistas, A. Hamilton, se adhieren a la formulación que hemos realizado, tanto a la fundamentación iusnaturalista de los derechos, como del pacto social y a través de ella a la afirmación de la supremacía de la constitución.

Aunque suficientemente fundada desde el punto de vista teórico y asentada políticamente en una praxis previa, la supremacía constitucional y la *judicial review* no fueron indiscutidas. Si bien acabaron imponiéndose, la confrontación entre federalistas y republicanos amenazó con comprometer las aportaciones fundamentales del constitucionalismo americano.

¹⁸ J. LOCKE. *Ensayo sobre el gobierno civil. op. cit.* pp. 101.

¹⁹ J. LOCKE. *Ensayo sobre el gobierno civil. op. cit.* pp. 100-103 N. BOBBIO, LOCKE ... *op. cit.* pp. 173

²⁰ N. MATTEUCCI. *La rivoluzione americana: una rivoluzione costituzionale*. Il Mulino. Bologna, 1987. cap. 9 pp. 137 y ss.

²¹ N. MATTEUCCI. *La rivolluzione americana: una rivolluzione costituzionale. op. cit.* pp. 162.

²² R. SORIANO y E. BOCARDO. *Estudio preliminar a El sentido común y otros escritos de TPaine*. Tecnos. Madrid, 1990.

Siguiendo la tradición jurisprudencial iniciada por el juez Coke a principios del siglo XVII, los tribunales de algunos Estados federados habían afirmado la supremacía de sus cartas constitucionales y declarado la inconstitucionalidad de algunas leyes, en la década anterior a la aprobación de la Constitución federal²³. Junto con esta base jurisprudencial, positivamente, en las constituciones de algunos estados²⁴ se instituía un Consejo de Censores, con objeto de examinar si la constitución había sido violada en alguna de sus partes y proponer al poder legislativo la abrogación de las leyes contrarias a ésta.

A pesar de estos precedentes, el debate constitucional evidenció posiciones enfrentadas, primero respecto a la inclusión de un consejo de revisión y después, a la consignación de la propia idea de la *judicial review*. La cuestión acabó por ser relegada fuera de la constitución.

La cuestión, fuera ya del marco del debate constitucional, siguió ocupando un lugar central, siendo Hamilton quien de forma más acabada defiende el control de constitucionalidad por los jueces. Su argumentación se funda en la superioridad del poder constituyente, que no puede ser vulnerado por el poder constituido, siendo como es aquel la única fuente de legitimidad. El resto de su argumentación va dirigida a justificar el otorgamiento al poder judicial de esta función, precisando que ello no conduce a la superioridad del poder judicial, sino precisamente de la constitución²⁵.

En las antípodas de estas posiciones se sitúan los republicanos, extremadas quizás por la confrontación que se produjo, precisamente, en el ámbito del poder judicial. No sólo se opusieron los republicanos a conferir a los jueces el control de constitucionalidad de las leyes, sino que, en la articulación de sus posiciones en el conflicto judicial con los federalistas, se opusieron a la *judicial review* argumentando, en base al principio de separación de poderes, que era el parlamento el intérprete constitucional en lo que se refiere a la elaboración de las leyes, sometiendo, sin límites, al poder judicial. Posiciones cercanas a la sobe-

²³ R.L. BLANCO VALDÉS. señala la existencia de 7 u 8 antecedentes, citando a M. EINANDI y a E. CORWIN, ofreciendo el listado de los mismos, en *El valor de la constitución*. op. cit. pp. 124 y 125.

²⁴ Las Constituciones de Pennsylvania y New York. Cita también R.L. BLANCO. op. cit. pp. 123.

²⁵ A. HAMILTON. n.º LXXVIII. «Le departement judiciaire» en *Le Federaliste Librairie Generale de droit et de jurisprudence*. París 1957. pp. 644 y ss.

ranía parlamentaria inglesa, que había truncado la evolución de la jurisprudencia iniciada por el juez Coke²⁶.

La solución final vendrá de la mano jurisprudencial en el famoso caso *MARBURY v. MADISON*, con la sentencia dictada por el juez J. Marshall en 1803. En la sentencia, no se avanzan argumentos novedosos respecto a los ya expresados en el *Federalista* por Hamilton. Sobre la afirmación de la supremacía constitucional se deriva la obligación del juez de inaplicar la norma inconstitucional, obligación consustancial a su función aplicadora del derecho²⁷. Aunque no resultaran decisivas para el establecimiento y consolidación de la *judicial review*, las bases constitucionales se encontraban en el artículo 6 (cláusula de supremacía) y en el 3 (sobre el poder judicial), ambos procuraban soporte normativo para esta construcción²⁸. La sentencia se dictó como consecuencia del conflicto entre los jueces designados por la administración federalista saliente y la republicana entrante, encabezada por Jefferson y, aunque la siguiente sentencia, declarando la inconstitucionalidad de una ley no se produce hasta 1857, puede decirse que Marshall resuelve definitivamente la cuestión.

3. La tradición Francesa

En Europa continental se pueden distinguir dos momentos en la construcción de los derechos individuales: El primero corresponde a la Revolución Francesa y el segundo, donde se produce un proceso de homogeneización continental que permitirá hablar globalmente de una fórmula europea de tratamiento de la libertad²⁹, a la restauración monárquica, en Francia, y, en general, a las monarquías limitadas europeas del XIX, que abarca todo el siglo. Sin embargo, a pesar de las evidentes diferencias, tanto en las bases teóricas que fundan el poder, como en la práctica política, entre estos dos momentos, los fundamentos conceptuales del modelo jurídico en el tratamiento de la libertad se establecieron ya en el período revolucionario.

²⁶ Reproduce con cierta extensión R.L. BLANCO la posición de BRECKENRIDGE en *El valor de la constitución. op. cit.* pp. 152.

²⁷ Ver la sentencia y su comentario en R.F. CUSHMAN *Leading constitutional decisions*. New Jersey. Prentice-Hall, 1982 pp. 1 y ss.

²⁸ E.S. CORWIN's *The constitution*. Princeton U.P. Ed. 1978 (40 ed.) pp. 222.

²⁹ G.A. MATO. *op. cit.* pp. 151.

Forzoso es reconocer la influencia iusnaturalista en las declaraciones de derechos revolucionarias, cuyos preámbulos se refieren expresamente a esta fundamentación filosófica, reproducida luego en los artículos iniciales³⁰. Pero desde la misma declaración de 1789 y, con mayor claridad, en las constituciones de este período revolucionario se advierte una tensión entre iusnaturalismo y la concepción de la institucionalización del poder político, derivada de la necesidad de expresar su ruptura con el absolutismo.

Si en la tradición americana el iusnaturalismo asume ese papel doblemente fundante, tanto de los derechos, como de la sociedad política, que funda su legitimidad en éstos, en la Revolución francesa esta unidad se rompe. Ciertamente, las declaraciones de derechos afirmaron que la meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales de la persona, pero esto no podrá ocultar los efectos que producirá el modelo de legitimación del poder, presente también en las mismas declaraciones. Con la Revolución Francesa, dirá Fioravanti, se asiste a la formación de una cultura de la libertad, que integra dos modelos, el individualista-contractualista y el estatista³¹, combinando la afirmación de los derechos con la necesidad de establecer un nuevo poder político. La tensión se producirá entre derechos y soberanía (nacional) y la solución unificante vendrá de la mano de la ley, éste será el punto de encuentro entre derecho y soberanía (poder político afirmado en la soberanía nacional)³².

La ley será a la vez límite y garantía de los derechos, no sólo significará la protección de éstos, sino que la ley se conformará como la disciplina de los derechos, definirá, o mejor, acabará definiendo su alcance. De ahí podrá pasarse, posteriormente, a la desiusnaturalización de los derechos y su fundación normativa.

Este es el punto de diferenciación entre la construcción de la libertad en el modelo americano y el europeo.

Aunque inicialmente la Constitución americana se configura como *Frame of Government*, en contra de la tradición establecida por las constituciones de los estados³³, la consideración de la ley distaba de ser

³⁰ Ver la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 de 1793 y de 1798. Tanto sus preámbulos, como los artículos 1 y 2 coincidentes en estas declaraciones.

³¹ M. FIORAVANTI. *Appunti ...*, op. cit. pag. 49.

³² M. FIORAVANTI. *Appunti ...*, op. cit. p. 55.

³³ B. CLAVERO. «Del lugar de los derechos y la posición de los jueces entre cons-

la establecida en las declaraciones francesas. Más aún, cuando se aprueban las diez primeras enmiendas (1791), sancionando la tradicional unión constitucional entre *Bill of rights* y *Frame of Government*, el papel de la ley es definido en términos antitéticos respecto a los franceses «el congreso no aprobará ley alguna» dirá la primera enmienda, de donde traerá origen la fórmula de derechos ilegislables.

Algunos han señalado el punto de partida de la concepción estatista, que resultará dominante en la revolución, en la concepción de la soberanía rousseauiana, parcialmente interiorizada en los textos revolucionarios. «Rousseau ha introducido en el pensamiento moderno el punto de partida de una evolución del modo de concebir la relación entre Estado e individuo, que aleja definitivamente la ciencia del derecho del subjetivismo iusnaturalista para llevarla a un objetivismo rígido, así, teleológicamente estatalista»³⁴.

La conexión entre concepción de la soberanía y ley será el medio de ruptura con el iusnaturalismo. Para los revolucionarios franceses, el principal problema era el poder y éste debía articularse en torno a la representación, ésta conecta la soberanía con su articulación (las cámaras legislativas). Así, la ley devendrá la expresión de la voluntad general, es decir, una suerte de manifestación de la soberanía que resultará inatacable, pues es el legislador el único intérprete de la voluntad general.

Mediante esta formulación, se produce una confusión entre poder constituyente y poderes constituidos. La separación del momento fundante del orden político, expresado mediante la constitución, que manifestaba la voz del pueblo titular del poder constituyente, contrasta con la necesidad de dar estabilidad y seguridad a los poderes constituidos postrevolucionarios, con el entronamiento de la representación a través de la concepción de la ley³⁵. Esta construcción posibilita la desconexión entre ley y constitución y la imposibilidad de afirmar la supremacía de ésta.

Clavero ha evidenciado la tensión en la Revolución francesa entre ley y constitución en relación a los derechos. La constitución se ve imposibilitada de cumplir su papel de garantía de los derechos, puesto que ella misma traslada esa garantía al código, es decir, la deja en manos

titución y código (1787-1804) en *Introducción a los derechos fundamentales*. Ministerio de Justicia, Madrid 1988 pp. 53 y ss.

³⁴ W. CESARINI SFORZA. *op. cit.*

³⁵ M. FIORAVANTI. *Appunti ...*, p. 59.

del poder legislativo. La presencia constitucional de los derechos, de este modo, no es fuente de garantía³⁶. Hauriou recoge esa desconexión entre garantía de los derechos y constitución, precisando que la garantía no es un instrumento perfecto, sino que necesita para su eficacia la mediación de la ley, sin la cual, un derecho no puede ser ejercido, aún estando reconocido constitucionalmente³⁷.

La Revolución y su constitucionalismo no pudo resolver aquellas cuestiones que decidían la protección de los derechos en la tradición americana, la supremacía constitucional y el control de constitucionalidad de las leyes. La afirmación de la centralidad de la ley impidió que esto pudiera producirse, condicionando el modelo de protección de los derechos, que luego se extendería al liberalismo continental.

Manifestación de esa centralidad de la ley es la radicalidad del confinamiento del poder judicial a una posición residual. Ya antes de la Constitución de 1791 se había creado una institución, el *référé* legislativo, mediante el cual, se inhabilitaría al poder judicial para cualquier papel de defensa constitucional.

El *référé* facultativo, establecido en agosto de 1790 se verá confirmado, deviniendo obligatorio en diciembre del mismo año. En virtud del mismo, los tribunales, privados de toda capacidad interpretativa de la ley, cuando tuvieran dudas respecto al contenido y alcance de las disposiciones del legislativo, debían dirigirse a éste, que lo determinaría. «Esta concepción hacía materialmente imposible que ningún órgano diferente del propio parlamento pudiese distinguir jurídicamente entre la ley misma y la constitución como norma superior»³⁸. Posteriormente, las constituciones revolucionarias mantendrían la institución que supervivió hasta 1837, cuando el modelo estaba definitivamente conformado.

En relación con lo dicho, tiene especial significación el debate constituyente de 1791 más en concreto, la propuesta de Sieyes respecto a la creación de un tribunal constitucional. La argumentación era doble, por

³⁶ B. CLAVERO SALVADOR. «Garantie des droits: emplazamiento histórico del anunciado constitucional». en R.E.P. 1993 n.º 81 pp. 7 y ss.

³⁷ M. HAURIOU. *Precis de droit constitutionnel*. Recueil Sirey, París, 1929, pp. 631.

³⁸ R. BLANCO VALDES. *El valor de la Constitución*. op. cit. p. 231. También en este sentido, M.A. CATTANEO. «Separazione dei poteri e certezza del diritto nella rivoluzione francese» en *Diritto e Stato nella filosofia della rivoluzione francese*. Giuffré, Milán, 1992 pp. 7 y ss. Del mismo autor, *Iluminismo e legislazione*. Ed. Comunità, Milán 1968, pp. 112-118.

una parte, partiendo de la idea de la superioridad de la constitución, la imposibilidad de dejarla abandonada a sus propias fuerzas. Se evidencia, para Sieyes, la necesidad de establecer mecanismos de garantía, porque, en su opinión, o la constitución es «un cuerpo de leyes obligatorias, o no es nada»³⁹. Por otra, partiendo de la concepción de poder judicial, que los revolucionarios habían ya establecido, y de la imposibilidad de establecer un control confiado a los jueces, en esta lógica de la separación de poderes, no cabría otra solución que otorgar a otro órgano, de carácter más político, una función que asumiera la de vigilar la correspondencia entre constitución y leyes. Entre sus funciones más importantes, este órgano actuaría como tribunal de casación en el orden constitucional y como órgano proponente de posibles reformas constitucionales⁴⁰.

En cualquier caso, esta propuesta resultaba contradictoria con las bases técnicas comentadas y no fue tomada en consideración.

4. El modelo liberal postrevolucionario de tutela de los derechos

La restauración monárquica trajo como resultado en Francia la unión a las bases teóricas ya señaladas, que estuvieron presentes también en este período, de una nueva lectura política que se traducirá en una concepción de los derechos conectada ya claramente con una inspiración positivista, que acaba caracterizando a estos como contingentes.

El doctrinarismo liberal, no sólo aportó novedades significativas en la concepción de la soberanía y en la relación entre poderes, sino que contribuyó a asentar esa nueva concepción de los derechos.

La exacerbación del carácter contingente de los derechos queda reflejado en la tensión entre derechos y orden, expresada por Guizot, reforzando el componente estatista del liberalismo francés, en torno a la idea de la «*Sante politique*», la posición de los derechos deviene subalterna⁴¹. Así, se afirma que los derechos no pueden tener un contenido cierto y reconocido a priori, sino que en cada caso debe graduarse el ámbito de su ejercicio. «Las garantías esenciales de los derechos,

³⁹ E. SIEYES. «Discurso pronunciado en la Convención nacional el 18 de thermidor del año 14 de la República». en *Escritos y discursos sobre la revolución*. CEC Madrid, 1990, pp. 273 y ss.

⁴⁰ E. SIEYES. *op. cit.*

⁴¹ L. DÍEZ DEL CORRAL: *El liberalismo doctrinario*. CEP, Madrid, 1973, pp. 378-9.

siempre atendiendo a las necesidades accidentales y actuales de la sociedad»⁴².

Con un planteamiento que recupera una centralidad de los derechos, Constant, plantea, de una forma, la relación derechos individuales y legislación positiva, que supone la continuidad teórica anterior. Dice en sus «Principios de política»: «Todas las constituciones que se han dado en Francia garantizan la libertad individual y bajo el imperio de estas constituciones, la libertad individual ha sido violada sin cesar»⁴³. Sin embargo, cuando aborda las garantías que puedan salvaguardar los derechos, alude básicamente al poder judicial, pero estableciendo su independencia y a instituciones como el jurado. Sólo en un plano de filosofía política aborda la relación derechos-ley. Aparentemente, combate la ecuación rousseauiana ley (expresión de la voluntad general) y libertad, y asume la necesidad de limitar al poder legislativo⁴⁴, pero esos límites carecen de articulación «restringiendo la intervención legislativa, en los límites de la seguridad pública, se alcanza el objetivo de dar al legislador menos ocasiones de acción y así, de exponerlo al riesgo de equivocarse»⁴⁵. El autocontrol concebido como política legislativa no alcanza nunca la consideración de garantía. La contrapartida es la afirmación del derecho desobediencia que reconoce la imposibilidad de superar los límites teóricos de la tradición francesa, en relación a los derechos. Desobediencia que también está limitada por la lógica política del liberalismo doctrinario «la posibilidad de error en materia legislativa no es un argumento válido contra la posibilidad, sobre todo, la certeza de la disolución de la sociedad consecuenta a la integral falta de leyes»⁴⁶.

La restauración abre un período en el que se conforma y extiende un modelo de tutela de los derechos en el liberalismo continental que puede ser generalizado. El origen está en las bases teóricas de la revolución francesa y luego será corregido políticamente por las nuevas necesidades del proyecto liberal.

⁴² F. GUIZOT: *Memoires*. Ed. París 1959 III, p. 312, citado por L. DÍEZ DEL CORRAL: *El liberalismo doctrinario*, op. cit.

⁴³ B. CONSTANT: «Principes de politique» en *B. Constant Oeuvres*. Gallimard, París, 1957, cap. XVIII, p. 1198.

⁴⁴ A. ZANFARINO: *Introducción a Constant. Antologia di scritti politici*. Il Mulino, Bolonia, pp. 3 y ss.

⁴⁵ B. CONSTANT: «Gli errori nella legislazione» en *Antologia di scritti politici*, op. cit., pp. 134 y ss.

⁴⁶ B. CONSTANT: «Gli errori nella legislazione», op. cit.

Obviamente, los fundamentos son distintos en la construcción autoritaria del Estado liberal. Los derechos, en este caso, encuentran su justificación en la autolimitación del Estado, sin embargo, a través de las consecuencias políticas de un liberalismo excluyente y temeroso del conflicto social se consigue esta unificación del modelo de tutela de la libertad en Europa. Por lo demás, la construcción jurídica no es distinta en los ejemplos políticamente más distantes, Alemania y Francia. Los derechos públicos subjetivos, afirmados doctrinalmente en Alemania a finales del siglo y la concepción de las libertades públicas francesas heredadas de la revolución no presentan discrepancias en su concepción dogmática.

Así, Amato dirá de los derechos públicos subjetivos que coincidían con la legalidad objetiva, que «la conclusión ... venía a ser similar a aquella que había llegado, con menor esfuerzo el ordenamiento francés, en el cual, por lo demás, la supremacía de la ley era el punto de partida, no aquella conquista progresiva ... que por el contrario, fue en Alemania»⁴⁷. El punto de unificación doctrinal viene de la mano de dos autores que reflejan esa convergencia, nos referimos a Carre de Malberg y a Jellinek⁴⁸, a las que se puede añadir a Orlando, en Italia⁴⁹.

La evolución restrictiva de las libertades en Francia durante el XIX ha sido también señalada⁵⁰, coincide con la asunción ya a finales del siglo pasado, por la publicística francesa de la edad de oro, de una concepción restrictiva de la libertad, que se justificaba en la defensa del orden social y los peligros a los que estaba expuesto⁵¹. Es en este modelo donde se inscribe el constitucionalismo del XIX español.

Es este modo de concebir la libertad lo que caracteriza a los derechos contingentes, como no permanentes y sometidos a las necesidades derivadas del mantenimiento del sistema. La idea de un núcleo esencial, indisponible para los poderes constituidos y derivado del propio reconocimiento constitucional de los mismos, es ajena a este modelo. Por el contrario, la disponibilidad de los derechos, en el más amplio sentido,

⁴⁷ G. AMATO: *op. cit.*, pp. 149-150.

⁴⁸ M.J. REDOR: *De L'état legal a l'état de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*. P.U. D'Aix-Marseille. Aix-en-Provence 1992, pp. 82-3.

⁴⁹ M. FIORAVANTI: *Appunti ...*, *op. cit.*, pp. 122.

⁵⁰ P. CRUZ VILLALON: «Formación y evolución de los derechos fundamentales» en *Introducción a los derechos fundamentales*. M. de Justicia. Madrid, 1988, pp. 155 y ss.

⁵¹ M.J. REDOR: *op. cit.*, pp. 99 y 171.

por el legislador y su vulnerabilidad, por su exposición a las exigencias del momento, determinan el carácter contingente de los mismos en el liberalismo continental del XIX.

En la constitución de 1869 confluyen los dos modelos reseñados, la tradición americana y esta del liberalismo continental europeo, que se puede unificar doctrinalmente en torno a la construcción de los derechos públicos subjetivos realizada por la doctrina alemana a finales del pasado siglo.

La concepción americana se coloca como referente inicial que interioriza la teorización iusnaturalista de los derechos. Esta formulación se traduce, en la constitución del sexenio revolucionario, en la caracterización de ilegislables de los derechos individuales, considerados como derechos civiles, únicos que gozaban de esta consideración. Igualmente, la traducción normativa de la ilegislabilidad era la prohibición de la regulación preventiva de los derechos recogidos en el título primero de la constitución. En todo caso, en el debate constituyente estuvo expresamente presente la constitución americana y sus aportaciones principales, entre ellas la de la judicial review.

El modelo continental, aparentemente rechazado por los constituyentes, por el consenso mayoritario respecto a los derechos que se derivaba de los pronunciamientos revolucionarios que precedieron el trabajo de las cortes, resultó finalmente impuesto. Ello porque el concepto de derechos ilegislables no fue adoptado por el texto constitucional, es decir, no traspasó el plano ideológico-político en el debate constituyente, y, además porque las consecuencias que implicaba no fueron recogidas por la constitución, consagrándose implícitamente la fórmula de remisión legal de los derechos (derechos contingentes) frente a los derechos ilegislables.

5. La Constitución Española de 1869. Derechos ilegislables y contingentes en el debate constituyente

5.1. La concepción de los derechos ilegislables

Entre estos dos modelos de tutela de la libertad se debatía el más democrático de nuestros episodios constitucionales. Pasaremos a analizar seguidamente cómo se expresa cada una de estas concepciones en el debate constituyente.

Tres posiciones distintas están claramente expresadas en el debate constituyente en 1869 respecto a los derechos. Una viene representada por la minoría republicana, otra por mayoría, conformada en la comisión constitucional y la tercera, con menos presencia en el debate, la que se formula desde las posiciones doctrinarias.

Aunque la situación real, en lo que respecta a la concepción de los derechos, era más compleja. En apariencia, el debate estuvo polarizado en torno a la oposición republicana y la mayoría (unionistas, demócratas y progresistas)⁵², sin embargo, además de la intervención de Cánovas en el debate inicial sobre la totalidad del texto que no puede ser minimizada, las opiniones, dentro del campo de la mayoría, eran suficientemente diversas y, a menudo, contradictorias. Todo ello evidencia la dificultad de establecer una concepción homogénea y unitaria del término «derechos ilegislables».

No es fácil responder a la pregunta sobre el contenido de esa expresión, que hizo fortuna política y si se nos apura, doctrinal, durante el período revolucionario⁵³, y no lo es, no sólo porque el texto constitucional, sobre todo a la luz del debate constituyente, presente problemas, sino porque la fundamentación argumental era, en muchos casos, suficientemente equívoca.

En la concepción de los derechos pasaba algo parecido a lo acontecido con la monarquía democrática, aparentemente habría un alto grado de consenso (soportado por la mayoría parlamentaria de los constituyentes) y del texto constitucional parecía desprenderse una ruptura con la experiencia constitucional anterior, sin embargo, la fundamentación teórica, dirá Calero, que los constituyentes hicieron de las facultades de la corona se hacía utilizando argumentos propios de la monarquía doctrinaria⁵⁴. También los usos fueron similares al período isabelino, esto ha llevado a calificar en el mismo sentido a la constitución de 1869 de intento frustrado de configuración de una monarquía parlamentaria⁵⁵.

⁵² J.M. DONEZAR: *La constitución de 1869 y la Revolución burguesa*. F. Santa María, Madrid, 1985, p. 22

⁵³ B. CLAVERO SALVADOR: *Manual de historia constitucional española*. Alianza. Madrid, 1989, p. 101.

⁵⁴ A.M. CALERO: *Introducción a Monarquía y democracia en las cortes de 1869*. CEC, Madrid, 1987.

⁵⁵ J. VARELA SUANCES: «La monarquía en la historia constitucional española», en *Revista de las Cortes Generales* 1993, n.º 30, pp. 101 y ss.

En todo caso, señalaremos los más relevantes intentos de definir los derechos individuales, en relación a su calificativo de ilegislables.

5.1.1. *Los derechos ilegislables en la minoría republicana.* Como es unánimemente reconocido, el modelo republicano toma como referencia inmediata la constitución de Estados Unidos⁵⁶ y en concreto, la primera enmienda, tanto en su alusión directa a la no regulación por ley de los derechos en ella contenidos, como a la parca configuración de los mismos. Junto a esa referencia comparada, la base de partida será la afirmación iusnaturalista de los derechos individuales.

La fundamentación iusnaturalista, aunque compartida por un espectro mayor, se expresa con radicalidad en los argumentos republicanos «Estos derechos son la base y límite de toda ley» dirá Figueras⁵⁷. Más expresivo será Castelar cuando alude a la comparación entre derechos individuales y las actividades vitales del hombre «los derechos individuales ... son ilegislables, completamente ilegislables ... Las generaciones venideras no podrán creer nunca, no ya que los derechos individuales se hayan negado, pero ni siquiera que los derechos individuales se hayan escrito. ¿Qué se diría de una constitución donde se escribieran estos principios? El hombre tiene derecho a respirar ... Pues bien, lo mismo que todo el mundo se reiría de esa constitución insensata que decretase el organismo humano, todo el mundo se reirá en los tiempos venideros de las Constituciones de ahora, cuando vean escrito y legislado el derecho de escribir, el derecho de pensar, el derecho de la creencia religiosa, que son derechos naturales, superiores a toda legislación»⁵⁸.

Las consecuencias de esta concepción iusnaturalista eran ese carácter de ilegislables, como indisponibles para el legislador ordinario, los derechos se constituían en límite de éste y, como hemos dicho, a través de éstos, la Constitución, sede normativa de los derechos, es el límite del poder legislativo en esta materia.

⁵⁶ J. OLTRA: *La influencia norteamericana en la Constitución de 1869*. I.E.A. Madrid, 1972, pp. 88-90.

⁵⁷ FIGUERAS intervención en el debate sobre la totalidad del proyecto de Constitución. Sesión 6-4-1869. Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes.

⁵⁸ CASTELAR: Intervención en el debate sobre la totalidad del proyecto de Constitución de 1869. Sesión del día 7-4-1869, en Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes.

«La declaración de derechos debe comprender, en mi concepto, dos clases de principios: los principios propios de la constitución, variables según la forma de gobierno y demás circunstancias, y esos otros principios infalibles que son siempre la fuente de toda Constitución liberal y constituyen lo que llamamos derechos individuales que son ilegislables. Y son ilegislables porque si se legislara sobre ellos, la legislación que se hiciera sería nula y de ningún valor, por oponerse a la Constitución»⁵⁹.

El mismo Orense matiza su concepción de este concepto en respuesta a Cirilo Alvarez, en el debate del artículo 17.

«Nosotros decíamos: Los derechos no tienen otra limitación que los derechos de los demás ciudadanos. Si yo, usando de mis derechos ataco a otro, este me mandará ante los tribunales, sin necesidad de que la legislación se mezcle aquí para nada ... Más claro: se han visto los inconvenientes que hay de legislar, así en materia de imprenta, como de todos los derechos individuales, y se ha dicho: legisladores, no legisleis sobre eso, por aquello de que el mejor de los dados es no jugarlo»⁶⁰.

Así pues, derechos ilegislables como límite e indisponibilidad estricta para el legislador, que se manifiesta en la imposibilidad de regulación legal. La constitución actúa como expresión positiva del derecho natural que despliega su eficacia con su sola declaración-reconocimiento. Por otra parte, el problema de los límites de los derechos derivados de esta concepción absoluta, se resuelve afirmando el veto al legislador, trasladando esta cuestión al poder judicial. Así, el límite no se formula más que como colisión de derechos individuales de varios sujetos.

5.1.2. *Los derechos ilegislables en la mayoría constitucional.* Como hemos dicho aquí, el problema es más complejo, por la heterogeneidad de planteamientos que convivían incluso en el seno de la Comisión constitucional.

Así, un primer problema se presenta en la selección de las posiciones, dentro de este grupo, que permita una cierta claridad respecto al concepto. Una referencia inexcusable es Segismundo Moret, Secretario

⁵⁹ ORENSE: Sesión 15-4-1869. Diario de Sesiones Cortes Constituyentes de 1869.

⁶⁰ ORENSE: Sesión de 22-4-1869. Diario de Sesiones.

de la Comisión Constitucional y uno de los protagonistas indiscutibles del debate, representa la concepción demócrata de los derechos. Junto a este portavoz autorizado de la Comisión, recogeremos las posiciones de Becerra, en la medida en que introduce matices relevantes. Finalizaremos por Cirilo Alvarez, que manifiesta las posiciones más extremas en este grupo, ya fuera de la Comisión Constitucional.

Moret, después de hacer una declaración general respecto a los derechos individuales y su carácter de ilegislables en el debate general sobre la totalidad del proyecto de constitución matiza este concepto de forma relevante «En primer lugar, a vuelta de lo que los señores de la minoría republicana llaman ilegislabilidad de los derechos, esto es, aparte de que dicen que los derechos individuales son ilegislables, hay una cosa que es legible, que es el ejercicio de esos derechos individuales, ¿por qué? Por una sencillísima razón: porque si no se legislan no habrá tales derechos individuales. Por ejemplo, la seguridad individual es un derecho completamente ilegible, convenido, pero es necesario saber como va a ser efectivo este derecho, es preciso decir en la ley como se ha de ejercer y tenemos que fijar en la constitución las garantías que han de asegurarle»⁶¹.

Aparece ya una distinción conceptual de especial relevancia, que diferenciará sustancialmente esta posición de las sostenidas por los republicanos y acercará estos derechos a la fórmula tradicional. La distinción entre derecho y ejercicio del mismo, este ya sometido a las leyes, introduce la quiebra conceptual que acercará 1869 al modelo continental descrito. Es mediante la regulación del ejercicio del derecho como se establece el alcance y contenido del mismo. Esta distinción, a falta de las garantías conexas con la afirmación de la superioridad constitucional, se configura como una suerte de sustitución de la fórmula tradicional «con arreglo a las leyes». Sobre esta base se entenderá el debate de los artículos 17-19 y ss.

Esta distinción conceptual viene confirmada como patrimonio de la Comisión, por la intervención de Becerra. Interesa en este caso señalar la contraposición que se realiza entre la tradición francesa de origen rousseauiano y la concepción iusnaturalista, aceptada también por la minoría republicana. Aunque después de argumentada esta fundamentación filosófica, se incide en la concepción anterior «En cuanto a los derechos hay aquí una confusión de palabras: se dirá si son o no le-

⁶¹ MORET: Sesión de 16-4-1869. Diario de Sesiones.

gislables: no lo son en cuanto que no es la ley la que los dá, sino que parten de la misma naturaleza, pero sí lo son desde el momento en que la ley tiene que determinar el uso, la forma, el temperamento, para el caso en que los derechos de un individuo se ponen en contacto con los derechos de los demás»⁶². Previamente, había distinguido entre derechos del individuo que no tienen ningún roce con los demás, como son la conciencia, el honor y «ciertas apreciaciones íntimas», a las que se les adjudica la condición estricta de ilegislables y los demás derechos del individuo

Esta mayor especificación del contenido del «ejercicio del derecho» clarifica la condición constitucional de los derechos, en opinión de la mayoría constituyente.

La última referencia a la concepción de los derechos ilegislables, realizada desde la mayoría, viene de la mano de Cirilo Alvarez y representa la posición más extrema, tanto es así que durante el debate dió lugar a intervenciones de la Comisión corrigiendo posiciones que podían atribuirse a su ámbito. Con ocasión del debate del artículo 17, define su posición como diferenciada de las tesis doctrinarias, en su argumentación distingue entre derechos ilegislables y derechos naturales «este artículo tiene tal importancia, que es la consagración de los derechos individuales que los señores de enfrente llaman ilegislables, que aquí se llaman naturales»⁶³. Con esta distinción se pretende desvincular los efectos que, en la tradición iusnaturalista se producen en la relación derechos-ley positiva. Esta distinción es la que le permite contrariar la liberal doctrina dominante de la ilegislabilidad. «El hombre vive en esa vida de participación y de comunidad con sus semejantes ... en que empiezan ... los conflictos de todos los intereses; y en el momento en que se cruzan y tropiezan los unos con los otros, el abuso es posible, el crimen puede aparecer y contra este abuso está el amparo de las leyes, el amparo de los poderes públicos: *no hay derechos ilegislables*»⁶⁴. La separación con el doctrinarismo la establecerá con la intervención legal preventiva, aceptada por éstos, frente a la represiva, admisible en la lógica de la mayoría constitucional. Como se sabe, ese fue el debate del artículo 22, uno de los momentos cumbre de la discusión constitucional de los derechos.

⁶² BECERRA: Sesión de 13-4-1869. Diario de Sesiones.

⁶³ C. ÁLVAREZ: Sesión 22-4-1869. Diario de Sesiones.

⁶⁴ C. ÁLVAREZ: Sesión 22-4-1869. Diario de Sesiones.

5.1.3. *El doctrinarismo en el debate constitucional sobre los derechos.* Las tesis doctrinarias respecto a los derechos individuales no suponen ninguna novedad y expresan la continuidad del moderantismo que se articuló en ruptura con la Constitución de Cádiz. La voz más autorizada que recoge la herencia postdoceañista y que formulará en la restauración la constitución material del doctrinarismo español del XIX será la de Cánovas. Sus propuestas se articulan en torno a los siguientes ejes: Una fundamentación positiva de los derechos, frente al iusnaturalismo dominante, «Todos esos derechos, aunque no todos ellos, con sus propuestos límites, sino con otros más claros y más concretos, son aceptables bajo el punto de vista de mis opiniones. Los límites mismos dependen sobre todo del modo con que se construya o se organice a la par el Estado. Es el establecimiento de los derechos individuales inseparable de la manera en que se organice y constituya el Estado, porque éste ha de representar precisamente el derecho absoluto de cada uno delante del derecho absoluto de cada otro; y de la proporción en que se hallan las fuerzas del Estado, agente del derecho de todos en particular, con cada derecho aislado, ha de resultar en último término la verdadera medida de los derechos individuales que encierra cualquier Constitución política»⁶⁵. Como se vé, frente a las tesis iusnaturalistas se contraponen los derechos del Estado a los del individuo que están subordinados a éste, incluso en el ámbito de los derechos individuales.

La ley, como medida del reconocimiento de los derechos, por tanto, en el debate de los constituyentes, la oposición de los derechos legísimos a la concepción ilegísimo de los mismos. «Todo esto depende de un falso principio. Todo esto nace de haber querido evitar una crítica ligera que se había hecho en los periódicos de la fórmula conocida en comisión con arreglo a las leyes. La verdad es que por más que se haya abusado de ello, como puede abusarse de todas las cosas humanas, esa fórmula es la propia, es la única que cabe holgadamente en una Constitución política.

Luego, en las leyes extensas verdaderamente técnicas, establecidas, en especial para cada materia, estas dificultades pueden fácilmente salvarse ... Por eso yo lo que combato ante todo es el sistema: lo que combato es el respeto supersticioso con que se buscan garantías a la seguridad individual de algunos a costa de la seguridad individual de todos»⁶⁶.

⁶⁵ A. CÁNOVAS DEL CASTILLO: Sesión 8-4-1869. Diario de Sesiones.

⁶⁶ A. CÁNOVAS DEL CASTILLO: Sesión 8-4-1869. Diario de Sesiones.

5.2. *Las consecuencias constitucionales de la concepción de los derechos*

De las distintas posiciones aquí esbozadas, se derivaban consecuencias en orden a la configuración del título I de la Constitución.

Para la minoría republicana sus propuestas, algunas de hecho fruto de un excesivo mimetismo respecto al modelo americano, alcanzaban a los siguientes extremos:

La fundamentación iusnaturalista de estos derechos obligaba a distinguirlos del resto del texto constitucional, separándolos del mismo, en la pretensión de que esta separación contribuyera a una sobreprotección. La ubicación de los derechos debía estar en un título preliminar o siguiendo el modelo americano, en un texto separado y distinto. Hace referencia la minoría republicana a las diez primeras enmiendas constitucionales, que constituían la *Bill of Rights*, de la que inicialmente carecía la Constitución de 1787, confundiendo el valor y alcance técnico de esta conformación jurídica. En cualquier caso en la concepción republicana, la diferenciación entre texto constitucional, como *frame of government* de la *Bill of rights* pretendía expresar el carácter previo y superior de los derechos, que condicionaba el orden político⁶⁷.

Por otra parte, derechos ilegislables, como expresión de esa superioridad de los derechos individuales-naturales, debían sólo declararse constitucionalmente, desplegando sus efectos absolutos gracias a la fundamentación iusnaturalista. Los derechos no debían ser legislados ni por la misma constitución, a la que también le estarían vetados el desarrollo y casuismo limitativo de los mismos. Derechos naturales equivalen a derechos ilimitados, únicamente los problemas derivados de su colisión con otros derechos individuales se remitían al poder judicial⁶⁸.

La manifestación más evidente de esta posición se produjo en el debate de los artículos 5, 17 y 18.

Por último, esta concepción de los derechos ilegislables se traduce estrictamente, en correspondencia con la primera enmienda a la Constitución americana, con la prohibición de la remisión legal de los derechos individuales, que no podían ser objeto de ninguna regulación limitativa. Es la consecuencia directa de la condición de ilegislabilidad

⁶⁷ Ver intervenciones de Ruano y Figuras. Sesión de 6 de Abril 1869. Diario de Sesiones

⁶⁸ CASTELAR: Sesión 7-4-1869. Diario de Sesiones.

de estos derechos, cuestión que en principio no era discutida, sin embargo, la plasmación del principio estuvo sometido a dos interpretaciones nítidamente enfrentadas, que se evidenciaron en el debate del artículo 22. En este precepto se pretendía establecer una garantía general a los derechos, mediante la fórmula «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». El debate se centró en la distinción entre disposiciones preventivas y represivas. Para la minoría republicana la restrictiva fórmula «disposición preventiva consagraba la legislatividad de los derechos y su disposición legal, a través de la legislación represiva, que definía, por la posibilidad de actuación a posteriori, el alcance y contenido de los derechos. En definitiva, su posición era que no cabía distinguir entre intervención preventiva y represiva en materia de disposición legal de los derechos individuales, cualquier remisión legal de su contenido desvirtuaba su ilegislabilidad y suponía una ruptura con su carácter iusnaturalista. Por eso, la propuesta republicana consistía en trasladar a la Constitución la fórmula de la primera enmienda a la Constitución norteamericana, que expresaba la ilegislabilidad estricta, que obviamente no fue aceptada.

Para la mayoría constitucional su posición en relación con los derechos ilegislables se manifestaba sencillamente en este mismo precepto y en la configuración de los derechos de reunión y asociación.

El artículo 22 condensaba el contenido de la fórmula «ilegislables», y es aquí, donde se revela el alcance que a esta expresión se pretendió dar en la Constitución de 1869. La lectura restrictiva de esta característica sólo referida a la ilegislabilidad preventiva, pero no represiva «lo que ha hecho la comisión ha sido establecer un sistema general de garantías individuales y ha dicho: contra este derechos no puede hacerse nada; contra este otro no puede dictarse ninguna medida; contra tales garantías no puede legislarse. Pero cuando se trata del ejercicio de estos derechos individuales, cabe el abuso, como cabe en todo lo que abracen las acciones humanas, por más pura y recta que sea la intención que el hombre lleve al ejercerlas...

Entonces, allí está la ley, allí los preceptos del derecho constituido, allí los códigos que mandan que ese abuso, que ese crimen, que ese delito ... se reprima, se castigue, se corrija»⁶⁹.

⁶⁹ ROMERO GIM: Sesión de 7 de Mayo de 1869. Diario de Sesiones.

La intervención represiva se identifica como intervención a posteriori y en base a normas generales, en este caso, en clara conexión con el artículo 23.

La ilegislabilidad se convierte así en un reenvío al Código (penal), que se configura como norma constitucional de referencia en materia de derechos.

Con ocasión del debate del derecho de asociación (artículo 19) y de la cláusula abierta, contenida en el último párrafo del precepto, la Comisión reincide en esta concepción (derecho ilegislable como no sujeto a prevención, remitiendo al código la represión).

En este caso, conviene recordar que el código penal de 1870 supone una ruptura con la concepción constitucional y establece con enorme amplitud las circunstancias que permiten perseguir como ilícita a una asociación obrera⁷⁰, lo que permite la subsistencia del código durante la restauración.

Igualmente, la distinción entre intervención preventiva y represiva, así como la realizada entre el derecho y su ejercicio permite un reenvío a las leyes y normas inferiores o cláusulas abiertas, en otros casos, Véase artículo 19 (referencia a la seguridad del estado), artículo 18 (a las disposiciones generales de policía), artículo 17 (a la moral pública), que comprometen la relación derechos-ley, que parecía desprenderse de su ilegislabilidad.

El problema no es la remisión para el castigo de los delitos al código penal, sino que éste se configure como norma de remisión, en el contenido de los derechos, incondicionada constitucionalmente.

Por otra parte, hay que destacar el carácter especial de determinados derechos, que autoriza un tratamiento más cauteloso, así son considerados los derechos de libertad de expresión, reunión y asociación, pasan a ser derechos mixtos, por su incidencia política. Esta clasificación⁷¹, ya presente en la doctrina moderantista-prerrevolucionaria (Alcalá Galiano)⁷² autoriza a una intervención legal extensiva sobre los derechos, pues recordemos que derechos ilegislables sólo son los derechos civiles que tutelan la esfera privada. Respecto a éstos, la tensión autoridad-

⁷⁰ J.M. ROMERO MORENO: *Procesos y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*. CEC. Madrid, 1983, pp. 247.

⁷¹ Ver SANTAMARÍA PAREDES: *Curso de derecho político*. Ed. española, Madrid, 1913. Cap. IV., pp. 188 y ss.

⁷² ALCALA GALIANO: *Lecciones de derecho político*. CEC, Madrid, 1984. Lec. 17a., pp. 279, en especial 280-1.

derecho se resuelve en favor de la primera. Así dirá Santamaría Paredes que la función del Estado, en estos derechos, será la de ejercer una función tutelar, en las condiciones del desenvolvimiento de estos derechos, en cumplimiento de los fines de la nacionalidad⁷³. Por otra parte, el ámbito preferente de intervención legal era precisamente este tipo de derechos, sobre todo, si consideramos la influencia de la cuestión social en el debate constitucional, que afloró con extrema claridad donde, la unanimidad respecto a esta cuestión.

6. Conclusiones

a) Aunque la concepción de los derechos como ilegislables parecía compartida mayoritariamente en las constituyentes de 1869, lo que se entendía por «ilegislables» distaba de ser unánime. La forma en que la doctrina refleja el cambio constitucional en la concepción de los derechos⁷⁴ aparece como excesivamente homogénea, atribuyendo al liberalismo radical esta caracterización, cuando lo cierto es que entre la minoría republicana, que interiorizaba estrictamente esta concepción y los demócratas, que lideraban la Comisión Constitucional, existían notables diferencias no carentes de significación en torno a la configuración de los derechos.

La influencia de la constitución norteamericana de 1787 no puede predicarse por igual respecto a los constituyentes en 1869, sino que, a menudo, está era esgrimida como argumento de confrontación por la minoría republicana respeto a la mayoría constitucional. En este sentido, como hemos visto, el artículo 22 no es expresión de esta influencia, como ha señalado parte de la doctrina⁷⁵, sino de esa confrontación.

b) La remisión legal, en ocasiones, a disposiciones de muy variada índole y en general (artículo 23) al código, resultado del debate general sobre los derechos ilegislables, que dió lugar a la prohibición de la intervención legal preventiva y pasó a la admisión de la regulación represiva, presentaba dos problemas: el primero es que resulta, dentro de

⁷³ V. SANTAMARÍA PAREDES: *Op. cit.*, p. 205.

⁷⁴ J. TOMÁS VILLARROYA: *Breve historia del constitucionalismo español*. CEC. Madrid, 1992 (10a. Ed.). También L. SÁNCHEZ AGESTA: *Historia del constitucionalismo español (1808-1936)*. CEC, Madrid, 1984, pp. 451-2.

⁷⁵ J. OLTRA: *La influencia norteamericana en la Constitución de 1869*, op. cit., pp. 127.

la concepción dogmática del derecho público subjetivo, inútil semejante distinción. Si lo determinante es la posibilidad de que la norma infraconstitucional acabe definiendo el contenido y alcance del derecho declarado, la remisión al código permite perfectamente este objetivo. El segundo es que el artículo 23 de la Constitución de 1869 y el 22 que lo completa, a la luz del debate constituyente, sin la afirmación explícita de la supremacía constitucional y los medios de garantizarla, no suponen una ruptura del modelo continental de tutela de los derechos imperante en el siglo XIX europeo y descrito al inicio.

c) Particular relevancia tienen al respecto las alusiones realizadas continuamente al control de constitucionalidad de las leyes, propio de la judicial review norteamericana, realizadas por la minoría republicana⁷⁶, donde se conectaban modelo de tutela de derechos y sumisión de la ley a la constitución, mediante mecanismos efectivos⁷⁷, que no fueron incluidos. El debate sobre el poder judicial tuvo escasa importancia en las cortes constituyentes y los artículos del proyecto, en especial, el 92, ni siquiera fueron enmendados. Así, el poder judicial en relación a la constitución y al código quedaba en la posición definida por Clavero respecto al modelo inaugurado por la Revolución Francesa⁷⁸.

d) La Constitución de 1869 supuso por tanto un cambio de sensibilidad política respecto a los derechos individuales en relación con el constitucionalismo precedente, pero no una ruptura del modelo del liberalismo europeo del XIX, que se inauguró con la Revolución Francesa, en sus bases teóricas, y se completó políticamente con el liberalismo postrevolucionario. El problema de la superioridad de la Constitución y de las funciones del poder judicial en el control de constitucionalidad de las leyes queda irresuelto⁷⁹ y estos son los elementos que debían marcar la ruptura con el modelo precedente⁸⁰.

⁷⁶ ORENSE: Sesiones 23-4-1869 y 7-5-1869 entre otras referencias explícitas. Diario de Sesiones.

⁷⁷ Ver F. TOMÁS Y VALIENTE: «Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español» en *Introducción a los derechos fundamentales*, op. cit., pp. 7 y ss.

⁷⁸ B. CLAVERO SALVADOR: «Del lugar de los derechos ...», op. cit.

⁷⁹ B. CLAVERO SALVADOR: «Por una historia constituyente: 1869 de los derechos a los poderes» en *Revista del centro de estudios constitucionales*, 1990, n.º7, pp. 79 y ss.

⁸⁰ E. GARCÍA ENTERRÍA: «La constitución como norma jurídica» en *La Constitución Española de 1978*. Civitas, Madrid, 1981, pp. 97 y ss.