

## ORDEN, LIBERTAD, JUSTICIA. FIGURACIÓN CONSTITUCIONAL REPUBLICANA (1873) \*

«Orden, Libertad, Justicia: tal es el lema de la República. Se contrariaría sus fines si no se respetara é hiciera respetar el derecho de todos los ciudadanos, no se corrigiera con mano firme todos los abusos y no se doblegara al saludable yugo de la ley todas las frentes.»

(Francisco PI y MARGALL, ministro de la Gobernación en el primer Ejecutivo republicano, circulando instrucciones a los gobernadores un 14 de febrero de discreta memoria.)

SUMARIO: 1. El punto de partida: la doble lógica constitucional.— 2. Declaración de derechos en 1873. Primer examen —3. Trinidad jurídica del poder judicial.—4. Pluralidad de soberanías.— 5. Leyes de 1870 —6 Peripetia republicana de la ley de orden público — 7. Declaración de derechos en 1873. Segundo examen —8. Recapitulación.—9. Referencias

### 1. EL PUNTO DE PARTIDA: LA DOBLE LÓGICA CONSTITUCIONAL

El limitado objetivo de esta exposición es reexaminar el planteamiento de Bartolomé Clavero para un muy concreto punto de la historia constitucional en la España del siglo XIX. En esa historia y desde la perspectiva de Clavero, al Pro-

---

\* Ofrezco en memoria de don Francisco Tomás y Valiente la que fue mi primera incursión en historia constitucional. De este trabajo, concebido en principio como ejercicio para un concurso de acceso de titularidad universitaria, fue secuela otro que el homenajado maestro de historia del constitucionalismo acogió con generosidad en el primer *Anuario* que dirigía. Preservando su originario carácter de «lección» y atendiendo a la necesaria limitación de espacio, he preferido dejar sin notas estas páginas, así además formalmente coherentes con aquéllas con las que de modo más directo discuten. Se detalla al final la procedencia de los argumentos en discusión y se ofrece sucinta noticia de las fuentes citadas.

yecto de Constitución Federal de la República Española de 1873 le corresponde una posición que podría haber sido fundamental de haberse llevado a la práctica sus previsiones. Y ello no precisamente (o no sólo) en la materia tal vez más evidente de organización territorial del Estado –el previsto es un Estado federal–, con sus correspondientes entramado orgánico y sistema de distribución de poderes –hay notables novedades al tratarse de una República–, sino en lo que afecta a la consideración de los derechos individuales, materia cuya regulación en una Constitución no ha de depender necesariamente de que ésta sea federal o republicana.

Las consideraciones del autor citado que aquí nos afectan están en el capítulo tercero de un libro editado, con expresas y varias razones, en 1991. Se centran esas páginas en el paradójico efecto fundamental de la Constitución de 1869, en la constitución ya irreversible de un sólido sistema de poderes donde parecía que habrían de consolidarse los efectos de una victoria, a la postre sólo aparente, de las libertades individuales. Es el relato de una derrota, la de la lógica constitucional de los derechos frente a la lógica constitucional de la autoridad y de la ley, juego de lógicas contrapuestas que no sólo en el constitucionalismo del Sexenio habría de manifestarse. De esa victoria, que se nos muestra espectral y ficticia, y de esa derrota, que se nos enseña real y dolorosa, nos hablan las páginas de Clavero. Sigamos fielmente, para empezar, su parte de guerra.

El campo en el que, en primera instancia y con el resultado dicho, la batalla se libra es el propio texto constitucional, y en tres frentes: el primero se abre en el mismo título primero, «De los españoles y sus derechos», de la Constitución de 1869; el segundo lo constituye su concepción de la soberanía; el tercero, el modo de instituir el poder judicial.

La declaración de derechos es en 1869 precisamente eso, declaración y no concesión. La Constitución, al enumerarlos, no los limita, pues es su catálogo expresamente abierto. Lo dice su artículo 29:

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

Que así los derechos y libertades se estimen previos a la norma constitucional y por tanto por encima de ella, implica que los poderes públicos, éstos sí constituidos, no puedan disponer preventivamente en lo que afecta a su ejercicio; y es consecuencia que la Constitución expresamente acepta en su artículo 22:

«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 el editor responsable para los periódicos.»

Tal es, en breves palabras, lo que Clavero llama «canon jurídico» de esta Constitución. Es un canon que sin embargo se vulnera en el mismo texto constitucional, introduciéndose una excepción (la «excepción constitucional», de nuevo en palabras de Clavero) que no viene a confirmar una regla, sino en realidad a establecer otra de signo contrario. Esto sucede en el artículo 31, último del título primero. Su primer párrafo declara, aun en negativo, la posibilidad de suspensión en casos de especial gravedad de determinadas garantías reconocidas en el título primero de la Constitución, concretamente las de necesidad de causa de delito para la detención o prisión, inviolabilidad de domicilio y necesidad de sentencia ejecutoria para obligar a alguien a mudar de domicilio o residencia, pudiendo también ser objeto de suspensión los derechos de expresión, reunión y asociación. El tenor literal del párrafo es el siguiente:

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

Pero la ley especial de suspensión requiere la preexistencia de una ley general, pues el efecto de la primera, la especial, será la vigencia, en el ámbito determinado por ella, de las previsiones de la segunda, de la general, de la llamada ley de orden público; es el párrafo segundo del artículo:

«Promulgada aquella, el territorio á que se aplicare se regirá, durante la suspension, por la ley de órden público establecida de antemano.»

Todavía el tercer párrafo del artículo sigue, con una norma redundante y otra insuficiente, en un tono de limitación, como queriendo reducir al mínimo los efectos del mal necesario:

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

Independientemente de estas garantías, e independientemente sobre todo de la garantía que la exigencia de doble ley puede suponer, lo relevante es —cito literalmente al autor a quien seguimos— «la adopción de un régimen general de prevención facultándose a la ley para regularlo y a la misma institución legislativa para establecerlo». En realidad el canon jurídico se desvirtúa. Aquí es donde vence la lógica de la autoridad y de la ley sobre la de los derechos. No se trata de que este artículo no encaje bien en el título en el que aparece; lo que ocurre es

que propicia otra lectura del mismo. Su último párrafo será, además, objeto de un desarrollo legislativo posterior que actuará sus potencialidades más ajenas al canon jurídico y más propias de la excepción constitucional; todavía nos falta leerlo:

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

Jefes militares. La ley de orden público de 1870 dará un papel decisivo y decisivo a las autoridades («Jefes») militares y permitirá interpretar que el ordenamiento militar, sustantivo y adjetivo, sea esa «ley» previa que determina la penalidad en el citado último párrafo.

Es tal vez el que acaba de verse el desarrollo más perverso de la excepción, mas nos interesa volver a la transgresión propiamente constitucional del canon, sin que tengamos todavía que acudir a la legislación de desarrollo de la Constitución. Ésta determina, según venimos viendo, la supremacía de la norma surgida de la voluntad general, la supremacía de la ley, sobre el derecho individual, lo que alcanza confirmación en la concepción del principio de soberanía. Es soberanía nacional, residente en una «Nación, de la que emanan todos los poderes» (artículo 32), y representada por entero, sin mandato imperativo, por «Senadores y Diputados» (artículos 40 y 41). La expresión de soberanía es la ley, surgida de una voluntad mayoritaria que se superpondría así a la individual del titular de derechos cuando éste pretendiera ejercerlos haciendo caso omiso de la previsible definición legislativa, potencialmente vulneradora de libertad individual.

En este caso aún quedaría una salida: el amparo judicial directo de derechos, incluso frente a ley, que la Constitución de 1869 parece posibilitar no sólo en los artículos iniciales de su título primero, sino también en el artículo que encabeza el título séptimo, «Del poder judicial»:

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

La justicia se administra en nombre del Rey.»

El primer párrafo de este artículo 91 no tiene como resultado necesario la subordinación incondicional del poder judicial al legislativo; puede de él hacerse una lectura equivalente a la menos equívoca que resultaría de colocar el «exclusivamente» en posición inicial. Los tribunales tienen la potestad señalada. No se excluye que tengan otras. No se excluye que, como resulta del planteamiento primero del título que inaugura esta Constitución, las libertades individuales se confíen a la protección de la justicia y no a ser perfiladas y eventualmente limitadas por la ley. Frente a ésta, y en su caso, también tendrían potestad los tribunales,

habilitados para ello por la misma norma constitucional. No parece en principio que a esta interpretación abierta hubiese de afectar la previsión de una «ley orgánica de Tribunales» que se hace en el artículo 94.

Mas es precisamente esa ley la que cierra el círculo que aún podía considerarse abierto en el texto constitucional. La ley provisional sobre organización del poder judicial, de 15 de septiembre de 1870, tuvo el efecto de restringir los límites en los que la interpretación del párrafo primero del artículo 91 de la Constitución podía hasta entonces moverse. El modo de lograrlo no pudo ser más directo: reproduciéndose en su artículo segundo el planteamiento del 91 de la Constitución, el tercero precisaba que los órganos de la administración de justicia «no ejercerán más funciones que las expresadas en el artículo anterior, y las que esta ley ú otras les señalen expresamente». Aquel «exclusivamente» con cuya posición antes jugábamos no se presta ya a la anfibología del hipérbaton: no es que exista una función que se atribuya con exclusividad a los tribunales, no pudiendo otros órganos estatales desarrollarla y permitiéndose a los de la administración de justicia ejercer también otras; es que los tribunales pueden ejercer sola y exclusivamente esa función. La exclusividad queda en este punto de sumisión a la ley, y no en el de intervención en materia de derechos.

El efecto de constitución definitiva de poderes con legitimación mediante ley en nuestra historia contemporánea, así constituyente, no deja espacio a un desarrollo de derechos que abriese una experiencia y una cultura, ambas jurídicas, de significación diversa. Es la conclusión de Clavero. Y es conclusión a cuya virtualidad no obsta la «experiencia fallida» (que así la califica y como tal brevemente la analiza) de 1873. Es esa experiencia la que aquí especialmente interesa, sin que tengamos en principio que calificarla, y sin que hayamos de seguir ya necesariamente en nuestro análisis ningún otro anterior.

## 2. DECLARACIÓN DE DERECHOS EN 1873. PRIMER EXAMEN

Bajo la vigencia todavía de la Constitución de 1869 se reúnen Cortes constituyentes en 1873. Una nueva Constitución se impone por haberse proclamado una República y por haberse definido federal. Con ser sustanciales, no sólo el reflejo de esas reformas se pretende en la nueva Constitución, sino al parecer el de algunas otras que afectan a nuestra materia. Veamos cómo en 1873 se consideran constitucionalmente los tres elementos que nos interesaron en 1869: declaración de derechos, soberanía y justicia.

Sólo conocemos el texto en fase de proyecto. Esto significa que el contenido de uno o muchos de sus artículos pudo al final haber sido distinto, y significa también que su estructura, su división en títulos, pudo no haber prevalecido. Pero son éstas, sin duda, consideraciones ociosas, pues el lector ya las tiene presentes

desde el encabezamiento de estas páginas. Nos atendremos al Proyecto, y como tal proyecto. Es nuestro texto.

La estructura a la que acaba de aludirse es punto de interés primario en lo que afecta a la consideración de los derechos individuales por parte de los constituyentes de 1873, si es que verdaderamente la comisión (o, mejor, su mayoría) encargada de redactar el Dictamen, a la postre obra casi personal, según suele admitirse, de Emilio Castelar, representaba fielmente la voluntad de la mayoría de los diputados en aquellas Cortes. Tras el preámbulo se abre un «Título preliminar» a cuyo contenido no se da numeración en la serie que estructura el articulado: con poco discutible lógica, el artículo primero de la futura Constitución habrá de serlo el primero del título primero, «De la Nación española». Aquel título preliminar, sin más epígrafe que el indicado, presupone «derechos naturales» en «toda persona», declara que la República los asegura, niega que algún «poder tenga facultades para cohibirlos, ni ley ninguna autoridad para mermarlos», los reconoce «anteriores y superiores á toda legislación positiva», y los enumera –no se deduce con claridad si de manera exhaustiva o meramente indicativa– en ocho breves párrafos. Que la alusión a toda legislación positiva haya de incluir a la propia Constitución es algo que puede inferirse no únicamente de lo absoluto de la formulación, sino también, y muy gráficamente, del hecho de que a estos derechos naturales se haga referencia antes de desplegarse la estructura normal (título primero, artículo primero...) del texto. Mejor podrá verse que estos derechos son anteriores y están por tanto por encima de lo establecido en el articulado de la Constitución, si antes de dicho articulado se sitúan.

Después del breve título primero, es el segundo, bajo la rúbrica «De los españoles y sus derechos», el que más conecta con la lógica constitucional relativa a derechos de 1869, dependiendo manifiestamente el Proyecto, desde la misma idéntica rúbrica del título, de la Constitución vigente. El mismo Dictamen ya destacaba la semejanza, haciendo incluso constar que el título primero de la Constitución de 1869 venía siendo «bandera del partido republicano». Menudean, en efecto, los artículos que son simple traslado literal de la Constitución aprobada cuatro años antes, y a ellos, a estos efectos de valoración de influencias, han de añadirse los que en el paso de uno a otro texto sólo sufren las lógicas alteraciones producidas por el cambio del contexto monárquico al republicano.

Interesan entonces, sobre todo, las diferencias. Y la primera tiene que ver con la religión. El artículo 21 de la Constitución de 1869, sin duda uno de los de más rica historia parlamentaria de nuestro constitucionalismo decimonónico, que consagraba la libertad de cultos obligando a la vez a la Nación al mantenimiento del católico y de sus ministros, se ve sustituido en el Proyecto de 1873 por una serie de artículos que, breve y terminantemente, reiteran dicha libertad (artículo 34), separan la Iglesia del Estado (artículo 35), prohíben la subvención de todo culto, aun del católico (artículo 36), y constitucionalizan la obligación del regis-

tro civil de nacimiento, matrimonio y muerte. Con tan decisivas declaraciones, puede prescindir el Proyecto de alguna otra alusión a la religión que ocupaba su lugar en la Constitución (el artículo 29 del Proyecto es el 27 de la Constitución amputado de su párrafo central). Primera diferencia, por tanto, en el sentido esperado de profundización en las libertades.

La segunda diferencia es del mismo signo. En el artículo 38 del Proyecto, y con la misma contundencia, «se declaran abolidos los títulos de nobleza, y con esto se perfecciona el carácter liberal y democrático de esta primera parte de la Constitución», según expresión literal del Dictamen.

Tercera diferencia, de sentido igual: no hay rastro en el Proyecto de 1873 del artículo 19 de la Constitución de 1869, específicamente dirigido a limitar el alcance del derecho de asociación; la norma preventiva del artículo 18 de la Constitución con respecto al derecho de reunión también desaparece en el Proyecto, y por si estas supresiones supieran aún a poco, un nuevo artículo, el 25, recorta las posibilidades de intervención gubernativa sobre las asociaciones. No en vano al «derecho de reunión y de asociación pacíficas» se aludía en el título preliminar del Proyecto.

Y una cuarta diferencia, esta ya casi definitiva en la misma vía de profundización en las libertades y derechos individuales. Utilicemos para enunciarla los términos de Clavero: reiterándose en el Proyecto el «canon jurídico» (los artículos 22 y 29 de la Constitución pasan a ser 21 y 31 del Proyecto), la «excepción constitucional» desaparece. El artículo 31 de la Constitución de 1869 no pasa al Proyecto de 1873. El único artículo que en éste nos podría recordar el tenor de aquel artículo 31 de 1869 es el 33 de 1873:

«Cuando el poder legislativo declare un territorio en estado de guerra civil ó extranjera, regirán allí las leyes militares.

En ningún caso podrá establecerse otra penalidad que la prescrita previamente por la ley.»

El tenor de este artículo no permite de él una interpretación parecida a la que antes se ofreció del artículo 31 de la Constitución de 1869. Hay posibilidad de declaración por ley de un estado de guerra que lógicamente habría de llevar consigo suspensión de garantías. Pero no hay alusión al régimen general de prevención determinado por ley que preveía la Constitución aún vigente, régimen dispuesto por la ley de orden público de 1870. Ese era el punto fundamental, según veíamos.

Es más. El tenor del artículo 33 hay que entenderlo precisamente en relación con esa ley de orden público, a la que clarísimamente está aludiendo. El artículo adicional 3.º de esta ley declaraba que

«La presente ley no abraza los casos de guerra extranjera, ni de guerra civil formalmente declarada.»

precisamente los dos casos que se señalaban en el Proyecto de Constitución. Efectivamente no habría espacio en el orden jurídico que había de abrir este Proyecto para una ley como la de orden público de 1870. No habría estado de prevención, ni se contemplaría el estado de guerra consecuente a la resignación del mando por la autoridad civil en la militar sin intervención parlamentaria, tal y como lo concibe la ley del 70. No habiendo estado de sitio, no tiene sentido la ley que puede regularlo. Concibiéndose sólo como excepcional el estado de guerra formalmente declarada, es la legislación militar la única aludida.

Con la sustitución del artículo 31 de la Constitución del 69 se colmaba una ya entonces añosa aspiración del partido republicano, que desde los primeros compases de la discusión constituyente mostró su disconformidad radical con su regulación. Removido así el obstáculo en el Proyecto de Constitución de 1873, la coherencia entre su título II y el preliminar parecía quedar plenamente asegurada, así como la asunción en el Proyecto del canon jurídico de los derechos ilegales sin la excepción constitucional de la legislación preventiva.

### 3. TRINIDAD JURÍDICA DEL PODER JUDICIAL

El corolario habría de ser, según veíamos, el amparo judicial directo de derechos. Era éste un desarrollo frustrado en 1869 por el modo en que acabó concibiéndose el poder judicial, asunto que nos interesa examinar con respecto al texto republicano.

Ningún análisis, incluso los realizados por historiadores no juristas, del Proyecto constitucional de 1873 deja de resaltar los cambios apreciables que se observan en la conceptualización e institución del poder judicial, comenzando por la insistencia del articulado en dejar bien patente la independencia del judicial frente a los otros poderes, punto concreto este en cuyo detalle no entraremos.

Y son verdaderamente sustanciales esos cambios, desde el primero que aquí en esta exposición nos interesa: se dice quién ejerce el poder judicial, pero no se entra en definir en qué consiste tal ejercicio, con lo cual en principio no se establece limitación. La opción no debe considerarse inocente a la vista del efecto combinado, que ya vimos hasta qué punto resultaba restrictivo, de la Constitución de 1869 y la ley orgánica de tribunales de 1870. Y un segundo cambio sustancial radica en la atribución de tal ejercicio, pues ya no se habla de «jueces y tribunales», sino de «jurados y jueces». Es el artículo 48 del Proyecto:

«El Poder judicial será ejercido por jurados y jueces, cuyo nombramiento no dependerá jamás de los otros Poderes públicos.»

La inclusión del jurado en este punto de la atribución del ejercicio del poder judicial otorgaba especial coherencia al Proyecto, integrando partes diversas del

mismo: se trataba de una expresión directa de esa soberanía residente en todos los ciudadanos reconocida en el artículo 42 y en cuyo análisis luego entraremos, que encajaba además perfectamente con el reconocimiento a toda persona en el título preliminar del derecho, natural y superior a toda legislación positiva, «á ser jurado y á ser juzgado por los jurados». El párrafo 4.º del artículo inicial del título X declaraba, con toda contundencia, establecido el jurado por imperativo constitucional, sin que hubiera que esperar ninguna ley especial que lo regulara, previéndolo en toda la extensión, sin exclusiones, de la justicia criminal.

Con estas breves disposiciones, el Proyecto asumía una posición propia no ya sólo frente a la Constitución aún vigente, sino frente a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, y también frente a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1872, que contenía la regulación, bastante más restrictiva, de lo que en principio se pensó como ley independiente de desarrollo del jurado como institución prevista en la Constitución de 1869.

Y en el punto que más nos interesa, esa posición propia podía efectivamente tender a la tutela directa de derechos por parte de un poder judicial que, ejercido por jurados y jueces, no había de ser exclusivamente aplicador de leyes. La no subordinación a ley del poder judicial se advierte también, y más claramente si cabe aunque la facultad se atribuya sólo a una jurisdicción superior, en la facultad de suspensión de leyes contrarias a la Constitución que se atribuye en el artículo 77 al Tribunal Supremo.

Con ser todo ello cierto, la ordenación del poder judicial en el Proyecto tiene también su revés, de alcance desde luego menor pero no despreciable. El problema fundamental es la imprecisión con la que se resuelve —prácticamente podría decirse que una tal resolución ni siquiera parece buscarse en el texto del Proyecto— la articulación entre los poderes judiciales de cada uno de los organismos políticos reconocidos en el Proyecto como soberanos, a saber, la Federación, el Estado y el Municipio. Es este último, según establece el artículo 106.4 del Proyecto, cuyo tenor se repite también en un párrafo del artículo inicial del título X, el que se beneficia de una definición más clara: el municipal es poder judicial electivo por sufragio con un ámbito competencial determinado. El artículo citado señalaba literalmente que los Municipios

«Nombrarán por sufragio universal sus jueces, que entenderán en las faltas y en los juicios verbales y actos de conciliación.»

Cómo haya de concretarse el poder judicial de los Estados, reconocido en el último párrafo del artículo 101, y cómo haya de articularse con el poder judicial de la Federación es algo que no puede establecerse con claridad. A estos niveles cesa el carácter electivo de los jueces, reclutados, aun sin interferencia gubernamental, con criterios profesionales a tenor del artículo inicial del título X del Pro-

yecto, pese a que el artículo 41 (título III) había establecido el carácter electivo de todos los poderes. Con la previsión diferenciada de jueces de distrito y magistrados de Audiencia, como doble grado tal vez instituido dentro de la circunscripción estatal, y tal vez también entendidos como órganos de justicia propios del Estado regional, parece romperse con la terminología que había consagrado la ley de tribunales de 1870. Pero se conserva la ordenación jerárquica de los tribunales, más propia de una concepción de la justicia como la que dicha ley de 1870 podía representar, que de una concepción federal que al menos compromete, si es que no la vulnera del todo, la estratificación definida de organismos políticos soberanos mediante el establecimiento de un poder judicial jerarquizado y por tanto único que atraviesa, de arriba a abajo y sin atenderlos, los límites que habían de consagrar esa división horizontal de poderes que supone el reconocimiento dicho de organismos políticos soberanos.

#### 4. PLURALIDAD DE SOBERANÍAS

Porque la soberanía es plural en 1873. Los artículos pertinentes para la definición y atribución constitucionales del principio de soberanía son dos del título III, «De los poderes públicos»:

«Art. 42. La soberanía reside en todos los ciudadanos, y se ejerce en representación suya por los organismos políticos de la República constituida por medio del sufragio universal.

Art. 43. Estos organismos son:

El Municipio.

El Estado regional.

El Estado federal ó Nación.

La soberanía de cada organismo reconoce por límites los derechos de la personalidad humana. Además, el Municipio reconoce los derechos del Estado, y el Estado los derechos de la Federación.»

La formulación es bien diferente de la de 1869, con esta atribución plural de soberanía en la que a Clavero le parece decisiva la identificación en última instancia de soberanía y derechos, en tanto que en ambos elementos hay una última remisión individual al ciudadano.

Pero en ambos artículos no puede dejar de verse el reflejo de una vivísima discusión entonces desarrollada en el seno del partido republicano entre dos modos de entender la federación, o, por mejor decir, dos modos distintos de construir un Estado federal. Se trata de la conocida polémica que enfrentaba a los partidarios de «federar desde arriba» con los que favorecían una «federación desde abajo». La primera opción significaba que, si no la decisión para establecer la

federal como forma de organización del Estado, sí al menos el conjunto de decisiones tendentes a conformar de modo determinante, con más o menos precisiones o detalles, la configuración territorial y orgánica de los Estados y de la Federación, habían de ser tomadas por instancias de poder centrales y representativas, de ámbito nacional. La segunda opción, «federar desde abajo», suponía la construcción del Estado desde un primer impulso establecido por la autonomía y la libertad individuales; mediante pactos, y en un movimiento «hacia arriba», podían irse progresivamente estableciendo organismos políticos de ámbito cada vez mayor, llegándose a la configuración de un Estado de Estados, de un Estado federal.

Esta última opción era la más genuina y propia del federalismo, incluso en las formulaciones primeras de Pi y Margall, y siguió siendo defendida por la fracción más radical del partido republicano, hasta llegarse a la misma retirada de las Cortes de esta minoría intransigente y al desencadenamiento en el verano del 73 de la insurrección cantonal. La otra vía, la del federalismo «desde arriba», era la determinada por las circunstancias, y, abrazada incluso por Pi y Margall, a ella en realidad responde el contenido del Proyecto, lo que puede apreciarse desde sus pasajes más iniciales al ser «la Nación española» el sujeto de la frase que le sirve de preámbulo.

Y no es sólo el preámbulo, sino todo el procedimiento constituyente el que refleja esta concepción, a la postre también visible en el par de artículos que acaban de transcribirse. Si bien el 42 sigue manteniendo los ecos de la primitiva concepción de los federalistas en esa soberanía residenciada en todos los ciudadanos, el sistema de reconocimiento escalonado de los «derechos» de los distintos organismos políticos que define el artículo 43 es buena prueba de la concepción triunfante de la federación desde arriba. Así, el Municipio reconoce los derechos del Estado, y el Estado los de la Federación, actuando los del organismo superior como límite de los del organismo inferior; el planteamiento inverso sería el lógico si, partiéndose del derecho individual como límite de la soberanía de los organismos políticos, cosa que en todo caso se reconoce, cada uno de esos organismos tuviera como límites los derechos del inferior. Frente a este posible planteamiento más abierto, el elegido supedita la autonomía propia de los organismos políticos inferiores a los superiores.

Y esto es especialmente visible en las funciones de control que ejerce el Estado regional sobre el Municipio, sobre el organismo político con mayor grado de representatividad de los que el Proyecto prevé. Que éstos, los Municipios, hubiesen acabado supeditándose a una administración, ésta no representativa, dependiente del ejecutivo del Estado regional es algo que no puede con seguridad decirse, pero no faltaba, como venimos viendo, cierta base para que se hubiese producido un fenómeno similar al que detecta Clavero como efecto combinado

de la Constitución de 1869 y de la Ley Municipal de 1870, su desarrollo para esta concreta materia.

En el artículo 106 del Proyecto hay un reconocimiento de división de poderes en la esfera municipal, reconocimiento equivalente al de los poderes divididos que se ejercen también dentro de los otros organismos políticos reconocidos en la Constitución. Pero sólo hay en realidad un reconocimiento claro y preciso, y con su designación propia, del Poder ejecutivo municipal:

«Art. 106.2. Los Municipios nombrarán por sufragio universal sus gobiernos ó sus alcaldes que ejercerán el Poder ejecutivo municipal.»

El que habría de ser poder legislativo no se dice tal, como si se quisiera ocultar su naturaleza:

«Art. 106.3. Nombrarán también por sufragio universal sus Ayuntamientos, que darán reglas sobre los asuntos municipales.»

El reconocimiento del judicial, según ya vimos, es mucho más problemático de lo que en este artículo 106 aparece, pues se instaura en realidad como grado inferior de una organización judicial única.

Tal vez todo ello esté indicando que el Proyecto no pueda desprenderse de concepciones sobre la posición constitucional de los Municipios que aún pueden estar pesando, y que se manifestarían en este tratamiento distinto respecto a Estado y Nación, los otros organismos políticos. De los tres, todos con su soberanía según sabemos, el Municipio es el único que no tiene Constitución propia.

Y no se crea que las dichas fueron carencias inadvertidas. Basta leer el artículo 95 del Proyecto de Constitución de la minoría de la Comisión, elaborado por los diputados Cala, Benot y Díaz Quintero y retirado antes de que pudiera comenzar la discusión. En él no se advierten las reticencias vistas en el Proyecto que venimos examinando. Su párrafo segundo formulaba abiertamente que

«Los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de cada Municipio resuelven cuanto concierne a los ciudadanos y a sus mutuas relaciones,»

refiriéndose su párrafo final, del mismo modo abierto y franco, a la Constitución municipal.

Recapitulemos ahora un momento recordando dos de nuestros argumentos fundamentales: primero, que en el marco de soberanía plural del Proyecto, es la soberanía de los organismos políticos, y no la de los ciudadanos, la que mejor encarna la lógica de la federación desde arriba que está en la misma esencia del Proyecto; segundo, que la posición relativa de esos organismos políticos (y tam-

bién, como consecuencia, el modo de relación entre las respectivas soberanías que se les reconoce) es en el Proyecto la más funcional a esa lógica triunfante de federación desde arriba. Que estos datos constituyan indicios de que la concepción de la soberanía no fuese tan radicalmente diversa en los textos de 1869 y 1873 es, de nuevo, discutible, pero puede darse algún indicio adicional.

El 7 de agosto de 1873 el diputado Canalejas (Francisco de Paula) presenta al título III del Proyecto una enmienda que, conservando la pluralidad en el reconocimiento de la soberanía, es más coherente que el propio Proyecto al asumir con todas sus consecuencias nuestra ya bien conocida lógica de la federación desde arriba. Esa enmienda reconoce primero una soberanía nacional, sin rehuir sus términos propios, y sólo en segundo lugar una «soberanía de los ciudadanos de cada Estado ó municipio» que es la que ha de dar origen al «gobierno» de estos organismos. Leamos los textos:

«Art. 41. El gobierno de la República federal española se origina de la soberanía de la Nación, declarada por el sufragio universal y se ejerce exclusivamente por los poderes públicos en representación de todos los españoles.

Art. 42. El gobierno de los municipios y de los Estados provinciales se origina de la soberanía de los ciudadanos de cada Estado ó municipio y se ejerce en representación suya por los poderes que elijan y constituyan.»

Si es ya difícil valorar un Proyecto que nunca fue ley, valorar una enmienda a un Proyecto que no llegó prácticamente a discutirse entra ya casi dentro del terreno de lo imposible. Cabe desde luego lamentar que el Proyecto no se llegara a discutir en este punto concreto, pues tal vez nos hubieran dado las páginas del *Diario de Sesiones* todo un muestrario de las concepciones que en ese momento circulaban en los ambientes políticos más relevantes acerca del principio de soberanía, obligando presumiblemente la discusión a profundizar en la reflexión. Tenemos, en cualquier caso, una enmienda que documenta una historia de la que el historiador puede y debe ofrecer su lectura propia. Y lo que documenta es hasta qué punto la soberanía nacional no sólo no había salido del marco de la discusión política de la época, cosa desde luego esperable, sino que ni siquiera había salido del horizonte de discusión propiamente republicano. Y muestra también, creo que con especial claridad, qué soberanía hubiera a la postre prevalecido asumiéndose un sistema de soberanía plural siendo una de ellas la nacional, se le diese o no este nombre.

## 5. LEYES DE 1870

El Proyecto de 1873 no sólo nació y se discutía bajo la vigencia de una Constitución ajena a la República y anterior a ella, la de 1869, sino también bajo una

legislación de singular importancia (a pesar de su carácter expresamente provisional en muchos casos) que se promulga entre ambas fechas (1869 y 1873), en los primeros años setenta del siglo pasado: hay leyes ordinarias pero de trascendencia singularísima en el conjunto del ordenamiento, como la del Registro civil, la de matrimonio civil, la de reforma del Código Penal, la de casación y la de gracia de indulto, todas de 1870, o la de Enjuiciamiento Criminal de 1872, ya citada; hay otras llamadas orgánicas, esto es, de desarrollo primario de los principios fundamentales regulados en la Constitución, ya sean orgánico-administrativas (como entonces se consideraban la de relaciones entre los Cuerpos colegisladores, la de orden público que ya en parte conocemos, la electoral, la de incompatibilidad, la municipal y la provincial, todas de 1870), o simplemente orgánicas, como la de organización del poder judicial, también de 1870 y a la que nos hemos referido más de una vez; hay, por último, alguna ley directamente constitucional, como la de elección de rey de 1870.

Como en el caso de la misma Constitución de 1869, no es fácil determinar el grado de vigencia, muy condicionada en algunos casos, de algunas de esas leyes durante la República. El hecho mismo de haberse declarado una República rompía el marco constitucional más profundamente de lo que suele recordarse, al afectar no sólo al texto constitucional, *sensu stricto*, de 1869, cuyas previsiones en relación con la institución monárquica no tendrían ya sentido alguno, sino muy fundamentalmente a la ley de elección de rey de 1870, también Constitución. Las consecuencias en el plano de la publicación y difusión oficiales de la norma son bien significativas: la tercera edición oficial de la obra *Constitucion y Leyes orgánico-administrativas de España, con la division de las provincias en distritos electorales*, publicada en Madrid por la Imprenta Nacional en 1873, podía prescindir ya de dicha ley.

Y no sólo estrictamente la Constitución se resentía, sino el marco legislativo más inmediato, el de las leyes llamadas orgánicas: la ley de relaciones entre los Cuerpos colegisladores de 19 de julio de 1837, declarada subsistente por ley promulgada el mismo día que la de elección de rey, el 10 de junio de 1870, sólo tenía también sentido en una Monarquía, y seguramente por ello desaparece también de la edición dicha. No se trataba de que las Cortes en una República hubieran de ser unicamerales. Aunque las circunstancias hicieron que lo fueran —la Asamblea Nacional soberana funcionaba sin distinción de cámaras desde febrero de 1873, y las constituyentes que se convocaron en marzo para elegirse en mayo y reunirse en junio eran también unicamerales—, sólo voces aisladas o pasajeras se habían alzado dentro del partido republicano en defensa de un legislativo monocameral. De hecho la misma convocatoria de Cortes Constituyentes decía que las Cortes se compondrían «de sólo el Congreso de los Diputados», lo que parece presuponer la existencia de un Senado, y el mismo Proyecto de Constitu-

ción federal previó efectivamente una segunda cámara. Ni siquiera se trataba de que el Senado republicano no pudiese equipararse, por su composición y por sus funciones, al que habían regulado otras Constituciones anteriores. La razón a mi parecer fundamental para que la ley dicha no se reeditase en colecciones oficiales es, sin más, la desaparición de la Monarquía: por ella en su mayor parte estaba condicionado el contenido de esta ley, pues el funcionamiento conjunto de ambos Cuerpos colegisladores tenía sobre todo que ver con aspectos diversos de la vida institucional de la Monarquía (juramento del rey, elección de la Regencia, nombramiento de tutor del rey menor...).

Pero lo que ante todo nos interesa es que, según hemos visto, no parece haber necesidad de derogación expresa de las leyes discordantes con el nuevo orden republicano, que, como ha podido apreciarse, desaparecen del panorama legislativo del momento de forma discretísima, por vía estrictamente editorial, si no por decisión sí por acto a fin de cuentas de una imprenta, por muy nacional y oficial que fuese; la abolición, expresa y por ley, de la gracia de indulto en agosto de 1873 es así la excepción, y no la regla.

Y si esto ocurría con leyes profundamente determinadas por la anterior forma de gobierno, ¿qué habría de suceder con leyes profundamente determinadas por la anterior forma de entender los derechos y libertades individuales? ¿Qué habría de entenderse con respecto a su vigencia? Claro que podría marcarse una diferencia entre ambas cosas, entre leyes que dependen de la forma de gobierno y leyes que dependen de la concepción de los derechos, puesto que cabría afirmar que la forma de gobierno republicana era decisión ya tomada, y que sin embargo la opción sobre derechos habría de ser aún fijada en el texto de la Constitución. En efecto, la forma de gobierno no iba a depender de la Constitución: como la Monarquía en las Constituciones monárquicas, la República era forma de gobierno preconstituida, determinada por una decisión no formalmente constituyente; pero, ¿no se concebían también preconstituidos los derechos? ¿Cabe pensar que se entendiese, tras la revolución de 1868, tras los pronunciamientos de las Juntas, tras el propio «canon jurídico» de la Constitución del 69, y a la vista de la coherente opción del Proyecto, que la Constitución podía realmente disponer sobre derechos y libertades? ¿Había que esperar acaso a la aprobación de la Constitución para saber hasta qué punto sus disposiciones sobre derechos y libertades individuales podían condicionar el conjunto de la legislación? Creo sinceramente que no. No están entonces ambas cosas, forma de gobierno y derechos, tan alejadas en nuestro análisis. Y si tan anteriores a la Constitución son los derechos como la misma República, son las mismas acciones y omisiones de los poderes públicos en 1873 las que nos pueden dar la medida de la continuidad o discontinuidad que, dentro del Sexenio, representa este primer episodio republicano de nuestra historia contemporánea.

Un primer dato, que nos sirve de primera aproximación y que resulta bien significativo por proceder de la ley en virtud de cuyas prescripciones pudieron materialmente reunirse las Cortes constituyentes republicanas. Me refiero a la Ley Electoral de 1870, a cuyo articulado remitía, con alguna que otra corrección, la de convocatoria de Cortes constituyentes de 1873. La referencia constitucional de la ley de elecciones de 1870 era el artículo 16 de la Constitución de 1869, norma que se adopta sin apenas variaciones en el 18 del Proyecto de 1873. El artículo disponía que

«Ningun español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles podrá ser privado del derecho de votar en las elecciones.»

Con esta base, el artículo primero de la ley electoral establecía quiénes habían de considerarse electores:

«Son electores todos los españoles que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles, y los hijos de estos que sean mayores de edad con arreglo á la legislación de Castilla.»

El solo tenor literal de este artículo resulta chocante, y no por la referencia final a la legislación de Castilla. En realidad no nos interesa la cuestión de la determinación de la mayoría de edad. La remisión a la legislación histórica es lógica cuenta habida de la indeterminación constitucional de la mayoría de edad (salvo para el caso del rey en el artículo 82) y de la carencia, que podría suplir tal silencio, de código civil. El fracasado intento de 1869 (un proyectado Libro I del Código Civil publicado en el *Diario de Sesiones* de 21 de mayo de 1869, apéndice quinto al número 79) preveía ya fijar la mayoría de edad en los 21 años (artículos 176 y 208), lo que a efectos precisamente electorales se consagra en el artículo 3.º de la ley de convocatoria de Cortes constituyentes de 1873:

«Las elecciones se verificarán con arreglo á las leyes vigentes; debiendo considerarse para los efectos de esta ley como mayores de edad á todos los españoles de más de 21 años (...).»

En virtud de ello, el artículo primero de la Ley Electoral de 1870 habría de leerse en 1873 como sigue:

«Son electores todos los españoles que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles, y los hijos de estos que sean mayores de edad con arreglo a la ley de 11 de marzo de 1873 de convocatoria de Cortes constituyentes.»

O más concisamente:

«Son electores todos los españoles que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles, y los hijos de estos que sean mayores de 21 años.»

El tenor literal del artículo sigue chocando, y ahora se ve con claridad que no es por la referencia a las leyes de Castilla, sino porque deja perfectamente traslucir que el español que se halla en el pleno goce de sus derechos civiles no es (abstracción hecha, claro está, de la posible concurrencia de causa legítima de privación de derechos) sin más el mayor de edad, sino el padre de familia. Para que un derecho que se ha definido como personal o individual en la Constitución no sea entendido como de titularidad familiar y ejercicio paterno la ley tiene que decirlo expresamente. Pero lo hace sin deshacer en realidad el equívoco, manteniendo la unidad familiar (o cuando menos al padre de familia si no se quiere entender que éste representa a aquélla) como sujeto, único en cuanto a su atribución plena, de derechos, y admitiendo para el caso específico del derecho de sufragio activo al hijo mayor de edad, que no puede en rigor ser reconocido como «español que se halla en el pleno goce de sus derechos civiles».

Y adviértase la consecuencia, en el terreno todavía electoral: de admitirse como válida la interpretación que precede, habría sido la Ley Electoral de 1870 la introductora en el Sexenio del sufragio universal masculino, ampliando las posibilidades a las que en principio pudiera haber dado lugar el mero tenor literal del artículo pertinente de la Constitución de 1869. Y en el 73 no parecen haber cambiado las concepciones.

Y si la atribución del pleno goce de los derechos civiles depende de ser cabeza de familia, siendo el matrimonio vía de acceso a tal condición, habremos de considerar en nuestro análisis el derecho matrimonial, cuya pieza clave es la Ley de Matrimonio Civil de 1870. Y en ella encontramos disposiciones coherentes con lo que venimos diciendo: a la vez que se le considera de derecho emancipado, y por tanto no sometido a patria potestad (artículo 64), el hijo mayor de edad habrá de pedir licencia o consejo para contraer matrimonio; la ausencia de este requisito se considera impedimento (artículo 5.3); y es impedimento que pueden denunciar aquellas personas llamadas por la ley a dar tales licencia o consejo (artículo 21), y que surte en cualquier caso efectos por la imposibilidad de autorizar el juez el matrimonio si «los documentos que demuestren haber obtenido la licencia ó solicitado el consejo» no obran en la Secretaría del juzgado con anterioridad a su celebración (artículo 31.4), incurriendo de lo contrario el juez en la responsabilidad marcada en el artículo 493 del Código Penal de 1870.

Nada de esto se modifica, en un sentido de mayor apertura, en 1873. Las revistas de la época, en concreto *La Reforma Legislativa*, informan además de que los juzgados, al menos los de Madrid, aplican estas prescripciones de la ley en su sentido más restrictivo, el más acorde con el tenor de una ley no sólo prerrepública, sino prerrevolucionaria, la llamada ley del disenso paterno de 20 de junio de 1862.

## 6. PERIPECIA REPUBLICANA DE LA LEY DE ORDEN PÚBLICO

Más pistas podríamos seguir de las vicisitudes de la legislación de desarrollo de la Constitución de 1869 durante la República, pero centrémonos en la que ha de resultar más significativa a los efectos de esta exposición, la Ley de Orden Público de 1870.

Ya hemos visto que, teniendo su razón en un artículo de la Constitución vigente que se reputaba contrario al ideario republicano, no había lugar para el régimen que establecía de prevención de derechos en la nueva organización política de España.

Sin embargo, en una primera fase del régimen republicano no parecen cambiar mucho las cosas. En febrero de 1873 se expiden circulares a los Presidentes de las Audiencias comunicando los principios que deben regir la actuación de los jueces, insistiendo sobre todo en su función exclusiva de aplicación de leyes, «ya que al fin la razón de nuestro tiempo ha logrado recabar privativamente para los Tribunales la plenitud de la interpretación como elemento esencial á la integridad de sus funciones». Y entre esas leyes no ha de entenderse que no esté la de orden público, cuya persistencia dentro del conjunto del ordenamiento jurídico vigente ya estaría justificada con el primer lema que adopta la República, y que el mismo Pi y Margall, como Ministro de la Gobernación, comunica mediante circular a los gobernadores encareciéndoles que obren en consecuencia; el lema es *Orden, Libertad, Justicia*. Y de hecho, en un volumen que antes nos ocupaba, la tercera edición oficial, publicada por la Imprenta Nacional, de la *Constitucion y leyes orgánico-administrativas de España*, que se imprime como muy pronto a mediados de marzo de 1873, sigue incluyéndose esta ley, habiendo ya desaparecido de la edición otras no acordes con la nueva situación política, según ya sabemos.

Pero también se sabe que la Asamblea Nacional soberana no puede compararse, en cuanto a republicanismo se refiere, a las Constituyentes reunidas desde fines de la primavera de 1873. No nos metamos ahora en el asunto de su representatividad (baja, según suele repetirse, en virtud de la altísima abstención registrada en las elecciones), y hagamos también caso omiso a las divisiones internas, bien graves por lo demás, entre republicanos. Centrémonos sólo en los pronunciamientos que con respecto a nuestra materia realizan esas Cortes o los gobernantes que actúan con su confianza.

Y el primero con el que nos encontramos es una ley de 6 de agosto que declara vigente en Puerto Rico el título I de la Constitución de 1869. Esta preveía, en efecto, en su artículo 108 la no inmediata vigencia de sus prescripciones en las provincias de Ultramar, y es ahora en 1873, y ante la situación continuada de guerra en Cuba, cuando se estima posible «hacer extensivos» sólo a Puerto Rico «los derechos consignados en la Constitución». La estructura misma de la ley

nos interesa: son cinco artículos, escuetos el primero y el último como corresponde a una simple declaración y a una cláusula derogatoria, que eso son respectivamente los artículos 1.º y 5.º. Los prolijos y comparativamente extensos artículos 2.º y 3.º se refieren al régimen de orden público, previendo soluciones para la previsible dificultad de comunicaciones con la metrópoli al efecto del dictado de la ley de suspensión de garantías. El artículo 4.º es el que ahora nos resulta más interesante:

«Para los efectos del art. 31 de la Constitución, se entenderá vigente en la provincia de Puerto-Rico la ley de orden público de 23 de Abril de 1870.»

Si el artículo no era innecesario, es que se entendía que la ley ya no se consideraba vigente en la Península e islas adyacentes. Desde luego no había habido derogación expresa, y la situación en suelo peninsular no venía siendo propicia, con los carlistas guerreando en el norte y la insurrección cantonal ensangrentando diversos puntos de la geografía española, para que la República hubiera podido prescindir de cualquier arma que el ordenamiento le proporcionase para hacer frente a la situación. El artículo podía ser redundante, efectivamente, pero lo cierto es que, salvo en este caso relativo a Puerto Rico, no puede hallarse mención a la ley de orden público en las leyes, decretos, órdenes y circulares que se iban dictando ya desde hacía algunos meses. De estas últimas, las circulares, las había habido bien significativas sobre todo en febrero y marzo, del Ministerio de Gracia y Justicia y de la Fiscalía del Tribunal Supremo, relativas al entendimiento del delito de rebelión, pero no alcanzaban exactamente a nuestro punto.

Y más recientemente, una circular del ministro de la Gobernación de 25 de julio, dirigida a los gobernadores civiles recomendándoles la represión enérgica de carlistas y cantonales, no pasaba de hacer genéricas menciones a «la ley» que no pueden entenderse referidas a ninguna en concreto, sino a su conjunto, a la legalidad vigente. Otra circular, reiterativa, de 10 de agosto, con iguales remitente y destinatarios, descendía a mayores detalles, referidos sin embargo no a la ley de orden público, sino a la posibilidad de suspensión de las autoridades locales que ofrecía la ley municipal.

Y oportunidades por supuesto sigue habiendo, también en las semanas siguientes, para que apareciesen menciones a la ley de orden público que despejasen nuestras dudas sobre su vigencia. Una ley de 16 de agosto «autoriza al Poder Ejecutivo para nombrar, cuando lo estime conveniente, Delegados que le representen en las provincias, con las mismas atribuciones que por la ley le competen», según reza su artículo 1.º La medida, provisional, tiene un sentido inequívoco en el contexto de aquel verano violento, pero no nos aclara nada.

Y aparte de las menciones siquiera ocasionales que buscamos, lo realmente significativo es que no se dicte ninguna ley de suspensión de garantías conforme

al artículo 31 de la Constitución de 1869 que pudiera dar entrada al régimen efectivo de la ley de orden público. Esta parece, en efecto, haber desaparecido del panorama legislativo, habiéndose optado al parecer por el régimen sólo represivo y no preventivo que parece inspirar al propio Proyecto de Constitución de 1873. No obstan a ello, sino que más bien lo confirman al ser coherentes con las previsiones del Proyecto para el caso de guerra civil formalmente declarada, tanto una ley de 16 de septiembre que manda aplicar, con modificaciones pero «en todo su rigor», las Ordenanzas del Ejército, como otra algo anterior, de 13 de septiembre y también sobre medidas de guerra, de mucha mayor trascendencia. Las Cortes constituyentes disponían, en el artículo 1.º de esta última:

«Se autoriza al Gobierno para adoptar las medidas extraordinarias de guerra que estime necesarias en las provincias castigadas actualmente por ella, en las que fueren invadidas ó amenazadas en lo sucesivo, y en todas las demás en que se ayudare directa ó indirectamente al mantenimiento de la guerra civil.»

Ya a principios de julio habían concedido las Cortes por ley una autorización parecida, pero sin resultados tan significativos en nuestro caso. Las consecuencias de la autorización no se hacen esperar mucho. Eleuterio Maisonnave, ministro de la Gobernación de un gabinete presidido por Castelar, dicta el 20 de septiembre una serie de decretos con medidas restrictivas de libertades y derechos, siendo directamente uno de ellos de suspensión de garantías en todo el territorio de la República, ordenándose que rija la Ley de Orden público de 1870 cuyo texto se circula a los Gobernadores civiles el mismo día 20. Una circular posterior, emitida el 29 de septiembre por la Fiscalía del Tribunal Supremo, instando a los fiscales de las Audiencias al mejor y más eficaz cumplimiento de las medidas tomadas por el Gobierno, cierra el círculo de la colaboración entre poderes: el trabajo de los fiscales ha de procurar «con la más exquisita solicitud no embarazar la acción preventiva de la Autoridad civil, no poner obstáculos á la militar, proclamado el estado de guerra, y no entorpecer de modo alguno el ejercicio expedito de los Tribunales militares en las atribuciones que la ley les concede». Se trataba, efectivamente, de «la cooperación de la Autoridad civil, de la judicial y de la militar con un solo propósito»: «la conservación del orden público y la enseñanza saludable con la imposición de la pena que corrige á los unos y contiene á los otros».

Puede decirse que la situación era efectivamente excepcional, que no se hacía más que actuar conforme a la legalidad vigente, al marco constitucional de 1869, pero las preguntas básicas siguen en pie: ¿no respondían entonces estas actuaciones a lo que en todo caso cabría esperar de la puesta a prueba de las convicciones republicanas en su tarea de gobierno? Y si no, ¿tan grave hay que considerar la

traición de los gobiernos republicanos? O, en mejores términos a nuestros efectos: ¿respondía en realidad el ideario republicano, tal cual se había plasmado en el Proyecto de Constitución Federal de la República Española de 1873, a un modelo radicalmente distinto al que tuvo reflejo y práctica en la Constitución de 1869?

## 7. DECLARACIÓN DE DERECHOS EN 1873. SEGUNDO EXAMEN

Para intentar una respuesta hay que volver, siquiera brevemente, al Proyecto, principalmente a su título II, al que nos atendremos.

Recordemos que en virtud del análisis inicial del artículo 33 del Proyecto deducíamos la imposibilidad de que bajo esta Constitución, de llegar a estar vigente, siguiera en vigor la ley de orden público. Tengamos también presentes las medidas tomadas por el gobierno republicano que hemos venido en los últimos párrafos analizando. Rechazo ideológico a la política de prevención, pero aceptación real de la misma parece ser el resultado, o al menos la conclusión más lógica, de la combinación de ambos elementos de nuestra exposición. Pero que el partido republicano no hubiera sido capaz de salir de esa contradicción no lo muestra sólo lo que acaba de indicarse, que parece cifrar conclusiones en el argumento siempre débil de distinción entre teoría y práctica políticas al que podría además oponerse siempre, y con justicia, la situación de excepción con la que se enfrentaron las autoridades republicanas. Creo que puede apreciarse también en el mismo texto del Proyecto.

Éste, en efecto, parece situarse a veces en una posición de ambigüedad que puede verdaderamente achacarse, según creo, al temor de hacer ineficaz la acción de la autoridad en un sistema real de derechos ilegislables con intervención sólo represiva por abuso y con amparo judicial reconocido incluso frente a los posibles efectos lesivos de las leyes.

Obsérvese, como primer indicio, el añadido del artículo 22 del Proyecto con relación al 23 de la Constitución, que destaco en cursiva:

«Art. 22. Los delitos que se cometan con ocasion del ejercicio de los derechos expresados en este titulo serán penados por los tribunales, con arreglo á las leyes comunes y *deberán ser denunciados por las autoridades gubernativas, sin perjuicio de los que procedan de oficio ó en virtud de la accion pública o fiscal.*»

Hay que reconocer al menos que se pretende acentuar la vigilancia por parte de la autoridad gubernativa. Las medidas que se van tomando ese año de 1873 tienden a reforzar y facilitar esa labor de vigilancia. Aparte de que se recuerde con frecuencia a los gobernadores que las fuerzas de la Guardia civil estaban a

sus órdenes para estas finalidades, no hay que olvidar a los cuerpos armados de Voluntarios de la República, aunque al cabo fracasase su en principio querida implantación, ni la reorganización de la policía gubernativa y judicial que se emprende ese mismo año.

El artículo inmediato del Proyecto, el 23, sin precedentes en el texto constitucional de 1869, habilitaba además a «las autoridades municipales» para «prohibir los espectáculos que ofendan al decoro, á las costumbres, y á la decencia pública». Desde luego se trata de autoridades electivas y representativas, y aunque no parece el Proyecto compatible con la subordinación administrativa de los ayuntamientos que resultaba de la legislación vigente, ya los vimos también supeditados a poderes superiores, los estatales (artículo 108.2), en una relación que podía evolucionar en un sentido parecido.

Aún cabe, sin embargo, entender que en la lógica del artículo 23 del Proyecto esa «autoridad municipal» sea la judicial. Esto daría mayor coherencia al artículo en el seno del Proyecto, atendido sobre todo el tenor del artículo inicial del título X, que prohíbe tajantemente «al Poder ejecutivo, en todos sus grados, imponer penas, ni personales ni pecuniarias, por mínimas que sean». «Todo castigo –sigue diciendo el artículo– se impondrá por el Poder judicial». La cuestión estaba especialmente viva en el plano municipal, por compartir los alcaldes antes de la revolución, y según se entendía y criticaba en el Sexenio, la doble atribución de autoridad gubernativa y jurisdiccional. El caso es, sin embargo, que en plena República y con aplicación de la legislación posterior a la Gloriosa, se sigue legitimando esa doble atribución prerrevolucionaria de los alcaldes: hay una Orden de 10 de mayo de 1873 interesantísima al efecto, y aún otra de 16 de noviembre, ésta más coherente, que indican que los conflictos en este campo eran frecuentes y que para su resolución se utilizaban criterios diversos.

Pero el dato fundamental lo tenemos en el artículo 7 del Proyecto. Como tantos otros del título II, procede de un artículo de la Constitución de 1869, concretamente el 5, del que es copia casi literal. Y ese «casi» es aquí lo que cuenta.

El artículo 5 de la Constitución de 1869 era de los que establecía garantías susceptibles de suspensión en circunstancias extraordinarias según el artículo 31, en concreto las derivadas de la inviolabilidad del domicilio. En circunstancias normales, se garantizaba que «la entrada en el domicilio de un español ó extranjero residente en España, y el registro de sus papeles ó efectos, sólo podrán decretarse por Juez competente y ejecutarse de día». La primera garantía, la del mandamiento judicial, se mantenía en 1873, pero no la segunda, la de la necesaria ejecución en las horas diurnas. Que el asunto no era baladí lo muestra una consulta formulada en 1870 a *La Gaceta de Registradores y Notarios*; la pregunta no es sobre el registro domiciliario, sino sobre la prisión, pero la respuesta nos afecta al interpretar el artículo 8 de la Constitución (el 10 en el Proyecto republicano)

precisamente a la luz del que nos interesa: ante quien afirma que se puede de noche, «fundándose en que sería en otro caso proteger al criminal, y la Constitución se ha hecho para amparar y proteger al hombre honrado y pacífico», la revista contesta que «la prision no puede verificarse mas que de dia. En este sentido está ya fijada en esta capital y en otras la inteligencia de los referidos artículos del Código político vigente».

La entrada en domicilio de español o extranjero residente en España podía también legítimamente verificarse sin requisito alguno previo en otros supuestos. Tanto en 1869 como en 1873 se hace referencia a «los casos urgentes de incendio, inundacion ú otro peligro análogo». En esto coinciden ambas regulaciones, pero vienen a continuación las diferencias, que son tres. La primera: en 1869 es también excusa para entrar en el domicilio de un ciudadano la «agresion ilegítima procedente de adentro»; en 1873 no se califica la agresión, desapareciendo el término «ilegítima», y sea cual sea la trascendencia que quiera darse a tal supresión, lo objetivamente cierto es que con ella se amplían las posibilidades de invasión domiciliaria.

Segunda diferencia: en 1869 podía entrarse en el domicilio de un ciudadano para «auxiliar a persona que desde alli pida socorro»; en 1873 se suprime el «desde alli», y se sustituye «pida» por «necesite». La primera alteración implica de nuevo una ampliación de posibilidades para la autoridad, ya que puede también invadirse un domicilio distinto de aquel en el que se haya planteado la situación de necesidad alegándose, pongamos por caso, dificultades de acceso. La segunda de las alteraciones supone un cambio radical en la determinación de la persona que aprecia la situación de necesidad: en 1869 la iniciativa era del que intentaba obtener el auxilio, y en 1873 de quien pretendía prestarlo, pudiendo el segundo actuar de modo en absoluto condicionado por la voluntad del primero.

Y tercera diferencia, que acabará con las reticencias de quien se mantenga escéptico sobre el alcance real de las dos ya dichas. En 1873 se añade una causa para justificar la violación del domicilio que no se previó en 1869: podrá entrarse «para ocupar militarmente el edificio cuando lo exija la defensa del orden público».

No estableciéndose en el sistema del Proyecto de 1873 ningún mecanismo de suspensión de garantías, ninguna posibilidad de disposición preventiva sobre derechos individuales, lo que se hace es limitar directamente el derecho. En 1869, como en 1873, el derecho es preexistente, y la Constitución lo reconoce, lo declara simplemente, no lo crea. Hay que entender entonces que cuando lo declara con limitaciones y excepciones es porque naturalmente el derecho se concibe así preexistente. No es que exista una inviolabilidad absoluta de domicilio, imponiéndose constitucionalmente la excepción para los «casos urgentes de incendio o inundación»; por el contrario, si la concepción es la que se ha expues-

to, lo que sucede es que tales casos urgentes limitan naturalmente, o preconstitucionalmente si se quiere, el derecho: el domicilio no es inviolable si concurren tales casos. En 1873, por tanto, la Constitución declarararía un derecho natural distinto al reconocido en 1869, con mayores limitaciones naturales, pues en la misma esencia, en la misma naturaleza de la inviolabilidad de domicilio estaría la anulación absoluta del derecho del ciudadano si la defensa del orden público exige la ocupación militar del edificio.

## 8. RECAPITULACIÓN

Creo que no hay otro elemento que defina mejor la filosofía real del Proyecto que ese añadido referido al orden público. Precisamente en su virtud es coherente el texto del Proyecto con la política real republicana en su período democrático, hasta el golpe de Pavía. Y en su virtud también resulta coherente el Proyecto de 1873 con la Constitución de 1869. Realmente había que reformarla porque se había proclamado una república y se había definido federal, pero lo que afecta a derechos de la persona las distancias entre ambos textos no son tan grandes. Ni uno ni otro parece de verdad creer en la ilegislabilidad de los derechos, aunque uno y otro aparenten disimularlo por vías distintas. No extraña que fuese esta materia de derechos decisiva para la escisión de la Comisión de Constitución y para la presentación por la minoría de un voto particular, de un Proyecto alternativo.

Tal vez haya que examinar éste para encontrar, sin excepciones que lo desvirtúen y si es que alguna vez existió sin ellas, el canon jurídico que buscaba Clavero en la Constitución de 1869.

## 9. REFERENCIAS

El punto de partida, expuesto en el epígrafe primero, es el capítulo III («Prototipo constituyente: de los derechos a los poderes») de Bartolomé CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (Historia de la sociedad política), 1991, capítulo publicado, en versión aquí menos interesante por carecer del añadido republicano, en la *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 7 (Madrid, septiembre-diciembre de 1990). Se ha aludido también a su más específica exposición sobre la «doble lógica» constitucional, de doble publicación: «La gran innovación: Justicia de Estado y derecho de Constitución», en *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, 14/3 (Madrid, 1991), y en Johannes-Michael SCHOLZ (ed.) *El tercer poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1992.

Los artículos de la Constitución de 1869 los he reproducido de la *Gaceta de Madrid* de 7 de junio de 1869. El Proyecto de 1873 se cita según lo publica el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes de la República Española*, Madrid, Imprenta de J. A. García, 1874, vol. II, apéndice segundo al número 42, 17 de julio de 1873; en el apéndice cuarto al número 63 puede leerse la enmienda citada de Francisco de Paula Canalejas. El Proyecto de Cala, Benot y Díaz Quintero se reproduce en Rafael TORRENT ORRI, *Dos federalismos y su pugna en España desde los orígenes de la Primera República*, Madrid, Dopesa, 1974.

Los artículos de la leyes electoral, de orden público, provisional sobre organización del poder judicial y de matrimonio civil, todas de 1870, y los procedentes de las de convocatoria de Cortes constituyentes, de declaración de la vigencia en Puerto Rico del título primero de la Constitución de 1869, sobre Delegados de provincias y sobre medidas de guerra, todas de 1873, los transcribo de *Constitución y Leyes orgánico-administrativas de España (Edición oficial)*, Madrid, Imprenta Nacional, 1870 (con tercera edición de 1873), de la *Colección legislativa de España*, tomos CIII y CIV (Primer y Segundo semestres de 1870), Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia, 1870, y del *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 42 (1873).

La Circular a los fiscales de 29 de septiembre (*Gaceta de Madrid* de 17 de octubre) la publica el *Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 42 (1873), pp. 482-485. Las Circulares de febrero de 1873, de Gracia y Justicia y Gobernación, también en el *Boletín*, 40 (1873), pp. 283-285 y 298-299, procediendo de esta segunda nuestra cita inicial. Del mismo *Boletín* proceden los datos que se dan de otras revistas de la época.

JESÚS VALLEJO