

# Los derechos públicos subjetivos en el constitucionalismo español del siglo XIX

Gonzalo Maestro Buelga

## 1. Introducción: la concepción de los derechos públicos subjetivos en el liberalismo continental

Los derechos públicos subjetivos acaban formulándose como categoría jurídica a finales del siglo pasado, tras un largo periodo de debate doctrinal que ocupó la iuspublicística germana más de la mitad del siglo XIX. Sin embargo, esta construcción supuso la formalización técnica de unos resultados y concepción política de los derechos generalizables al liberalismo continental, que era divergente de la tradición anglosajona de la libertad<sup>1</sup>.

En torno a los rasgos que caracterizan los derechos públicos subjetivos a finales del siglo pasado, se puede unificar la situación del tratamiento de la libertad de la Europa continental, aún siendo conscientes de las distintas tradiciones políticas presentes en la construcción del liberalismo europeo<sup>2</sup>. Lo cierto es que los mecanismos de organización y regulación de los derechos en los casos más representativos (Francia y Alemania) no son opuestos ni siquiera técnicamente, aunque los caminos para llegar a esta solución fuesen distintos<sup>3</sup>.

Lo que caracterizaba a los derechos públicos subjetivos, en su configuración doctrinal del ochocientos, era el constituir un sistema infraconstitucional de regulación de los derechos en el ámbito público. Es decir, expresaban el fracaso de los textos

<sup>1</sup> G. AMATO, *Individuo e autorità nella disciplina della libertà personale*, Milano 1976 (reimpresión), pp. 110-121.

<sup>2</sup> M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà: presupposti culturali e modelli storici*, Torino 1991, pp. 121-122.

<sup>3</sup> G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, Paris 1972<sup>4</sup>, pp. 21-22. También en la misma época, ver M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1929, pp. 624 y 633-637; C. MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, tomo II, Paris 1922, pp. 440-463.

constitucionales como medio de protección de los derechos, condenando a las declaraciones contenidas en las constituciones a un papel simbólico-legitimante en el proceso de construcción del nuevo orden liberal<sup>4</sup>. La revalorización constitucional tendrá lugar ya entrado el siglo XX, en pleno proceso de transformación del liberalismo.

Así concebidos los derechos públicos subjetivos suponen una ruptura con la concepción iusnaturalista de los mismos<sup>5</sup>, presente en la fundamentación teórica del proyecto liberal en su confrontación con el absolutismo, concepción iusnaturalista que inspiró la construcción doctrinal del derecho subjetivo, pero que no resistió el tránsito al ámbito público, especialmente en la confrontación del individuo con la autoridad que significaban los derechos políticos.

Esta quiebra iusnaturalista en la construcción de los derechos públicos subjetivos se produce a través de varias vías, que vienen a expresar la centralidad estatista propia del liberalismo continental, evidenciando el exclusivo fundamento legal de los derechos que devienen, por eso mismo, derechos contingentes.

La tradición iusnaturalista concebía estos derechos como innatos, exigencia de la razón y válidos como principios reguladores del orden jurídico. Constituían un prius que venía dado, al cual necesariamente debía acomodarse el derecho objetivo. El papel reservado a la norma es secundario, puesto que el primario recae en la originalidad natural del derecho subjetivo, del derecho del hombre, que es la fuente del derecho. Derecho subjetivo y derecho objetivo representan conceptos separados de esta relación de dependencia, opuestos y difícilmente conciliables<sup>6</sup>.

La fundación del derecho como sistema de derechos subjetivos<sup>7</sup>, prescindiendo de los ordenamientos positivos permitía consagrar la plena autonomía del sujeto privado y crear una esfera inviolable del individuo recluida en el ámbito del derecho privado. La concepción de los derechos innatos penetró en el discurso sobre el poder del estado y en la relación Estado-individuo. Sin embargo, las bases para una revalorización de la norma, del derecho objetivo, que permitiese pasar de los derechos innatos a

<sup>4</sup> P. BARCELLONA, *Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento*, en *Scritti in onore di S. Pugliatti*, I, Milano 1978, pp. 45 ss.

<sup>5</sup> P. BARCELLONA, *Il problema del rapporto fra soggetto*, cit.

<sup>6</sup> R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, en *Azione, Diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna 1978, pp. 115 ss. También P. BARCELLONA, *Il problema del rapporto fra soggetto*, cit.

<sup>7</sup> R. ORESTANO, *Diritti soggettivi e diritti senza soggetto*, cit.

los otorgados, como sancionará posteriormente la doctrina alemana, estaban ya presentes.

Son las declaraciones americanas las que con mayor fidelidad representan ese momento iusnaturalista y de la concepción de los derechos como innatos. La declaración francesa es deudora de la contribución rousseauiana que funda las bases de la recuperación del estado «Rousseau ha introducido en el pensamiento moderno el punto de partida de una larga 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, teleológicamente estatalista»<sup>8</sup>.

La necesaria alienación en favor de la comunidad de los derechos naturales por parte de los individuos desemboca en el reconocimiento de la sumisión de éstos a la ley expresión de la voluntad popular. Esta concepción de la ley como resultado de un nuevo soberano, distinto del individuo está presente en las declaraciones francesas e inaugura un nuevo camino<sup>9</sup>. La caracterización de la soberanía y su traslado a la ley es el punto en el cual la Revolución Francesa media entre iusnaturalismo y estatalismo, marcando la inflexión a este último como fuente de derechos.

Por otra parte, el proceso de construcción doctrinal de la figura del derecho subjetivo experimenta también una evolución en clave positivista que facilitará el tránsito al reino de la norma en su traslado al ámbito público. Si ya la pandectística había realizado una opción metodológica que permitía un distanciamiento del iusnaturalismo<sup>10</sup>, el tránsito se produce con claridad con la reformulación de Ihering del concepto de derecho subjetivo. Se pasa de la concepción de Savigny, como poder de la voluntad, del sujeto a su caracterización como «interés jurídicamente protegido» descansando el derecho subjetivo en el ordenamiento que reconoce su existencia<sup>11</sup>, tránsito este que Jellinek interioriza en su construcción<sup>12</sup>.

A completar la nueva fundamentación positiva de los derechos viene también el proceso codificador que operó una revaloriza-

<sup>8</sup> W. CESARINI SFORZA, *Diritto soggettivo*, en *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, pp. 659 ss.

<sup>9</sup> M. FIORAVANTI, *Appunti di storia*, cit., p. 55.

<sup>10</sup> W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano 1974, p. 37.

<sup>11</sup> R. ORESTANO, *Persona e persone giuridiche nell'età moderna*, en *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit., pp. 191 ss.; ver también V. FROSINI, *Diritto soggettivo e dovere giuridico*, en *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, IV, Milano 1963, pp. 2007 ss.

<sup>12</sup> G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, Milano 1912, p. 49.

ción de la norma en la cultura jurídica liberal, ello porque las funciones que absolvía la nueva racionalidad en el comportamiento del Estado sólo se podían cumplir aceptando el primado de la ley<sup>13</sup>.

Aunque las bases para el tránsito a la concepción de los derechos públicos subjetivos ya etaban sentadas, éstos asumían una lógica distinta, expresando la necesidad de separar el ámbito público del privado al que correspondía un comportamiento diferenciado.

Sentadas las nuevas relaciones económico-sociales propias del liberalismo, los derechos subjetivos habían cumplido su misión histórica, contribuyendo a configurar la autonomía del espacio privado frente al poder público. Ahora, en las relaciones con la autoridad, se imponía una nueva lógica dominada por la preservación del sistema. Los derechos públicos subjetivos suponían una desiusnaturalización y desconstitucionalización de los derechos<sup>14</sup>. Su regulación y garantía, realizadas con mecanismos conexos con el principio de legalidad permiten discriminar mejor los espacios de la política y la sociedad reforzando la lógica de la autoridad en el primero.

La clave para que pudiera operar esa desconstitucionalización de los derechos era establecer la deconexión entre constitución y el instrumento normativo que creaba y regulaba los derechos, la ley.

El constitucionalismo norteamericano asumió como base de partida la supremacía de la constitución en su sistema de fuentes y esto constituyó el medio de garantía de los derechos en ella declarados<sup>15</sup>. Por el contrario, un rasgo común al liberalismo europeo continental fue la afirmación de la centralidad normativa de la ley frente a la constitución. La constitución, refugio de normas organizativas y procedimentales renunciaba a fundar los espacios de libertad del individuo<sup>16</sup>. Este rasgo común se afirma ya en los comienzos del constitucionalismo francés, a esto no es

<sup>13</sup> G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III: *Ottocento-Novecento*, Bologna 1970, p. 29, también P. BARCELLONA, *Il problema del rapporto fra soggetto*, cit.

<sup>14</sup> P. CRUZ VILLAON, *Formación y evolución de los derechos fundamentales*, en *Introducción a los derechos fundamentales*, Madrid 1993, pp. 155 ss.

<sup>15</sup> E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma jurídica*, en *La constitución española de 1978*, Madrid 1981, pp. 97 ss.; B. CLAVERO, *Del lugar de los derechos y la posición de los jueces entre Constitución y Código (1787-1804)*, en *Introducción a los Derechos Fundamentales*, Madrid 1988, pp. 53 ss.

<sup>16</sup> L.W. LEVY, *Essays on the making of the constitution*, Oxford-New York 1987, pp. 258 ss.; E.S. CORWIN's, *The constitution*, Princeton 1978, pp. 221-223; B. SCHWARTZ, *The great rights of mankind. A history of the American bill of rights*, Oxford U.P.-New York 1977, caps. 1-4.

ajena la concepción citada de la soberanía<sup>17</sup>, aunque el modelo se asienta con el tratamiento revolucionario dado al poder judicial. La estricta sujeción de los jueces a la ley, evitando incluso la interpretación, como forma de participación en el poder legislativo, impedirá al juez cualquier contraste ley-constitución. Todo ello acontece en los comienzos de la revolución<sup>18</sup>.

Durante las constituciones de la primera mitad del ochocientos (cartas de 1814 y 1830), las declaraciones de derechos desaparecen en Francia conteniendo sólo alusiones a garantías de los derechos, pero como dice Hauriou, la garantía no es un instrumento perfecto, sino que precisa para su eficacia la mediación de la ley, sin la cual, el derecho no puede ser ejercido aún estando reconocido constitucionalmente<sup>19</sup>. El resto del constitucionalismo continental asumió esta relación ley-constitución que permitía una ductilidad de los derechos en consonancia con las necesidades de autoprotección del sistema<sup>20</sup>.

La mediación necesaria de la ley, punto de encuentro de la doctrina entre tradiciones político-jurídicas diversas, como son la francesa y la alemana<sup>21</sup>, permite desconectar la declaración del derecho de los términos admitidos para su ejercicio. La mediación de la ley expresa otra coincidencia doctrinal en torno a la imposibilidad de fórmulas generales eficaces para el reconocimiento de los derechos. Jellinek se expresa muy plásticamente cuando dice: «La libertad sancionada incondicionalmente podría tener como consecuencia subvertir todo el Estado ... corresponde al legislador dar un contenido concreto para el cual no es posible encontrar una fórmula que tenga valor general»<sup>22</sup>.

Estas coincidencias expresan también una aproximación en la situación de los derechos en la Europa continental a finales de siglo pasado, caracterizada por una mediatización de los dere-

<sup>17</sup> G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., pp. 131-1114; M. FIORAVANTI, *Appunti di storia*, cit., p. 132.

<sup>18</sup> B. CLAVERO, *Del lugar de los derechos*, cit. También, *Garantie des droits. Emplazamiento histórico del enunciado constitucional*, en «Revista de estudios políticos (REP)», 81, 1993, pp. 7 ss.

<sup>19</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, cit., p. 631.

<sup>20</sup> L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello stato*, Firenze 1950, p. 61; M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, cit., p. 631. Ver C.A. COLLIARD, *Libertés publiques*, Paris 1982, pp. 64-68.

<sup>21</sup> M.J. REDOR, *De l'état legal à l'état de droit. La Évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Aix en Provence 1982, p. 83; G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., pp. 150-151.

<sup>22</sup> G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici*, cit., p. 115.

chos políticos por un liberalismo temeroso de los nuevos enemigos que comprometían al sistema<sup>23</sup>.

De ello nace un distinto tratamiento normativo entre derechos civiles y políticos, distinción no anecdótica<sup>24</sup>, que consagra una lógica distinta en la intervención del poder<sup>25</sup>. Reservando fórmulas de mayor rigor garantista a los derechos patrimoniales<sup>26</sup> y acusando la contingenciación de los derechos políticos.

## 2. Los derechos públicos subjetivos en el constitucionalismo español del siglo XIX: algunos rasgos generales

El constitucionalismo español del XIX está evidentemente marcado por la reconstrucción liberal del moderantismo español, que conecta políticamente con la involución doctrinaria francesa<sup>27</sup>.

En torno a los postulados del moderantismo, hegemónico durante todo el siglo pasado, se puede reconstruir el tratamiento de los derechos durante nuestro constitucionalismo liberal.

Desde los comienzos de nuestra andadura constitucional, el pensamiento liberal conectó la novedad constitucional y la nueva organización política del país con la tradición. Las apelaciones a la constitución histórica posibilitaban la desconexión de nuestras constituciones con los principios y postulados revolucionarios más potencialmente transformadores.

La tradición (constitución histórica) como legitimidad constitucional permite renegar de los revolucionarios franceses. Ya Martínez Marina manifiesta su distancia con los jacobinos y revolucionarios franceses<sup>28</sup>. Y con Argüelles, la fusión opera efectos reductores respecto al alcance de la constitución del 12<sup>29</sup>. Su «Examen histórico de la reforma constitucional...» es ilustrativo

<sup>23</sup> M. HAURIQU, *Précis de droit constitutionnel*, cit., p. 631; F. MARTINEZ MARINA, *Defensa del autor contra las causas dadas por el tribunal de la Inquisición a sus dos obras, Teoría de las Cortes y Ensayo histórico sobre la antigua legislación de España*, en *Obras escogidas de D. Francisco Martínez Marina*, tomo CCII, Madrid 1969.

<sup>24</sup> L. FERRAJOLI, *Cittadinanza e diritti fondamentali*, en «Teoría política», 3, 1993, pp. 63 ss.

<sup>25</sup> P. BARCELONA, *I soggetti e le norme*, Milano 1984, pp. 124-125 y 131.

<sup>26</sup> G. AMATO, *Individuo e autorità*, cit., pp. 150-151.

<sup>27</sup> DIEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, Madrid 1973, cap. xxii-xxv.

<sup>28</sup> F. MARTINEZ MARINA, *Defensa del autor*, cit.

<sup>29</sup> A. GIL NOVALES AGUSTIN ARGÜELLES, *Los orígenes de la historia de la constitución*, en *Pensamiento político en la España contemporánea, 1800-1950*, Barcelona 1992, pp. 78 ss.

en este sentido, limita el ideario transformador a las reformas del poder necesarias para un proyecto liberal disminuido, junto a las modificaciones, en materia de propiedad, necesarias para impulsar el nuevo orden (esencialmente la abolición de los señoríos).

Pero va a ser desde los años 30 hasta la restauración cuando el moderantismo español materialice explícitamente los rasgos definidores del proyecto liberal del XIX, desaparecidas ya, de entre sus representantes más significativos, las conexiones con la constitución de Cádiz.

Empezando por la restauración, donde el concepto de constitución interna aparece de forma expresa, las ideas base giran en torno a las relaciones entre la Corona y las Cortes<sup>30</sup>, ambas instituciones consideradas por Cánovas como verdades madre, corazón de la constitución interna.

Semejante propuesta estaba ya generalizada en la fase previa a la restauración. De hecho, tanto el manifiesto de Sandhurst, como, con más detalle, ya en 1876, el Manifiesto de los Notables establecieron el corpus constitucional en esos términos<sup>31</sup>.

La centralidad absoluta de estos principios institucionales ya dice bastante del papel de los derechos en el proyecto de la restauración, que si se citan en el Manifiesto de los Notables es por la proximidad a la Constitución de 1869 y a la importancia que en ella tuvo el debate sobre los mismos. Alrededor del principio de la monarquía hereditaria y de las Cortes se había tejido una fórmula política, explicitada desde Alcalá Galiano, Donoso Cortés o Pacheco<sup>32</sup> hasta la restauración que incluía:

Una noción de la soberanía caracterizada ante todo por el rechazo de la soberanía nacional, afirmando, a través de distintas argumentaciones, la soberanía compartida del rey y las cortes<sup>33</sup>.

La afirmación de un estado fuerte, concebido sobre la preeminencia del ejecutivo y, por tanto, de la supremacía de la corona.

<sup>30</sup> A. CANOVAS, *Discursos parlamentarios*, Madrid 1984. DS 11 de marzo de 1876. Ver sobre la constitución interna en Cánovas E. ALVAREZ CONDE, *El pensamiento político canovista*, en «REP», 1977, pp. 233 ss.; SANCHEZ AGESTA, *Historia del Constitucionalismo español*, Madrid 1984, pp. 305-308; DIEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, cit., pp. 642-647. También J. VALERA SUANCES-CARPEGNA, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico*, Madrid 1983, pp. 364-370.

<sup>31</sup> E. ALVAREZ CONDE, *La constitución española de 30 de Junio de 1876*, en «REP», 1978, pp. 79 ss. Respecto al Manifiesto de los Notables, ver M. ARFOLA, *Partidos y programas políticos 1808-1936*, II, Madrid, pp. 112-115.

<sup>32</sup> E. TOMAS Y VALIENTE, *Estudio preliminar* a J.F. PACHECO, *Las Lecciones de derecho político*, Madrid 1984.

<sup>33</sup> J. VALERA SUANCES-CARPEGNA, *La Teoría del Estado*, cit., pp. 423-424.

Ejecutivo que no tiene, en muchos casos, definidos los límites de su actuación. Incluso se llega a fundamentar teóricamente el decisionismo y respaldar las soluciones de excepción<sup>34</sup>.

Con semejante concepción del poder, el lugar ocupado por los derechos en el sistema político del liberalismo español del XIX se resentía notablemente en una doble dirección. Por una parte, la precariedad del contenido reconocido, cuando este se producía, y su posterior regulación, por otra, la habitualidad del recurso a la situaciones de hecho para la suspensión de los mismos.

Para la mayoría de los representantes liberales más relevantes de nuestro siglo pasado, los derechos eran materia marginal de tratamiento y este se realizaba en conexión con su propuesta de Estado fuerte<sup>35</sup>.

El tercer rasgo, a afirmar en esta fórmula política, es la especial subordinación en relación al panorama europeo, de los derechos individuales en las relaciones con el poder.

La doctrina hegemónica, en materia de derechos, era sentar la prioridad absoluta del orden público.

La reflexión doctrinal sobre los derechos, en este período, se realizaba en casi todos los casos desde una posición ambivalente, actuaban tanto como juristas, como portavoces políticos. Incluso en los ejemplos académicamente más puros está presente esta doble dimensión<sup>36</sup>. A pesar de ello, pueden establecerse unas referencias doctrinales de carácter general, sin perjuicio de las, en algunos casos, evidentes diferencias existentes entre los diversos autores. Estas coincidencias son, a nuestro juicio, las siguientes.

La ruptura con la tradición iusnaturalista. Desde el comienzo, la relativización de los derechos individuales es una constante que contrasta con la tradición iusnaturalista europea. La concepción de estos derechos como supremos y anteriores a la ley, propia de aquella tradición, viene combatida como momento de partida para su tratamiento posterior. «Al hablar de ciertos derechos abstractos considerados por algunos como naturales o

<sup>34</sup> J. DONOSO CORTÉS, *Discurso sobre la dictadura*, en *Obras completas*, II, Madrid 1970, pp. 305 ss. Ver también L. DIEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, cit., p. 583; J. LLEIXA, *Una teología política para la contrarrevolución*; J. DONOSO CORTÉS, *El Pensamiento político*, en *Obras*, cit., pp. 183 ss.; A. GARRORENA MORALES, *El Ateneo de Madrid y la teoría de la monarquía liberal (1836-1847)*, Madrid 1974, pp. 578-610.

<sup>35</sup> A. GARRORENA MORALES, *El Ateneo de Madrid*, cit., pp. 531-534.

<sup>36</sup> El carácter de jurista ideólogo de V. SANTAMARIA PAREDES ha sido puesto de manifiesto por A. ELORZA en *La ideología liberal ante la restauración: La conservación del orden*, en «REP», nn. 147-148, 1966, pp. 65 ss.

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 nacido de la misma sociedad ya formada y de las leyes, y condené tales máximas abstractas y vagas como pésima base para sentar en ella la fábrica de las constituciones» decía Alcalá Galiano<sup>37</sup>. Igualmente, en los demás autores, sin un alarde positivista tan expreso, su carácter de instituidos se refleja en la dependencia legal para su reconocimiento<sup>38</sup>.

La radical diferenciación en los derechos individuales, entre los patrimoniales y los políticos, confiriendo a estos últimos una posición residual en el sistema español de derechos públicos subjetivos. Si bien esta es una característica común a todo el liberalismo, la encontramos más acentuada entre nosotros

La influencia del doctrinarismo francés es notoria y reconocida<sup>39</sup>, la sensibilidad constitucional de un doctrinario como Constant, se olvida en su adaptación española. La tesis de Constant sobre los derechos<sup>40</sup> aparece desvirtuada, pasándose a predicar la existencia central de los derechos patrimoniales y la única legitimidad del poder para defenderlos.

Si Constant reconocía la relevancia de los derechos políticos de los ciudadanos, en orden a defender a, través de ellos, sus derechos patrimoniales, constituidos en la esencia de la libertad de los modernos. En nuestra doctrina no son los ciudadanos, sino el Estado quien tiene como misión fundamental la defensa del ámbito privado-patrimonial de la liberad, para la defensa del orden social los derechos políticos, más que exigibles, son un impedimento.

Así, los derechos se dividen en civiles, que consisten «en el amparo y la segura fianza que se da a las personas y haciendas particulares»<sup>41</sup>, políticos y mixtos, que son aquellos civiles que tienen incidencia en el ámbito político cuando se ejercen fuera del estricto ámbito privado-patrimonial.

La distinción pretende afirmar la centralidad de lo derechos civiles que, en su dimensión patrimonial, no resultan afectados

<sup>37</sup> A. ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de Derecho político*, Madrid 1984, p. 279.

<sup>38</sup> V. SANTAMARIA PAREDES, *Curso de Derecho político*, Madrid 1913, pp 163-164.

<sup>39</sup> L. DIEZ DEL CORRAL, *El liberalismo doctrinario*, cit., pp. 24-25. A. GARRORENA MORALES, *El Ateneo de Madrid*, cit., pp. 507-520.

<sup>40</sup> B. CONSTANT, *La libertad de los antiguos comparada con la de los modernos*, en *Escritos Políticos*, Madrid 1989, pp. 257 ss.

<sup>41</sup> A. ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de derecho político*, cit., p. 280.

por la coyuntura y necesidades políticas y por tanto, nunca disminuye el amparo político que se les concede<sup>42</sup>.

Igualmente, la distinción establece el ámbito personal del disfrute de los derechos, los civiles otorgados a todos y los políticos, que marcan la frontera del acceso al sistema político.

La distinción, aún no portando ninguna novedad, consagra un núcleo de derechos no contingentes, los patrimoniales y otro, los políticos, sometidos a los imperativos del orden<sup>43</sup>. Así se establece un espacio residual y claramente contingente para estos derechos y otro, alrededor del derecho de propiedad, que constituye el núcleo eficaz de los derechos públicos subjetivos.

A la centralidad de la propiedad correspondía, incluso en la concepción de la doctrina española, la centralidad del código en el conjunto del ordenamiento, más en concreto, del civil refugio de este conjunto de derechos<sup>44</sup>.

En el modelo francés, del que participa España, el código debía ser la plasmación del sistema garantista de la propiedad<sup>45</sup>. La función de la constitución no es definir los derechos patrimoniales y la propiedad que le vienen dados, sino la de garantizar éstos contra el poder público<sup>46</sup>, consagrando el espacio definido en el código. La función del derecho público se concretaba esencialmente, en la protección de las instituciones jurídico privadas<sup>47</sup>.

El código era el refugio de un orden inmutable, no sometido a las incertidumbres políticas, en concordancia con la concepción de la propiedad, derecho absoluto, tanto en su configuración técnica, como en su concepción política.

Junto con esta clara división de ámbitos en la eficacia de los derechos individuales, la doctrina española afirma prontamente las relaciones ley-constitución sobre la base del desconocimiento del concepto constitucional de ley superior. La relación entre poder constituyente-poderes constituídos se resuelve proclamando la superioridad del poder constituído, que en definitiva no es

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 283.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 242.

<sup>44</sup> F. TOMAS Y VALIENTE, *Supuestos ideológicos del código civil: el procedimiento legislativo*, en *La España de la restauración*, Madrid 1985, pp. 369 ss.

<sup>45</sup> V. SANTAMARÍA PAREDES, *Curso de Derecho político*, cit., pp. 175-176.

<sup>46</sup> A. ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de derecho político*, cit., pp. 14 y 297. J.F. PACHECO, *Lecciones de derecho político*, cit., p. 62; J. DONOSO CORTÉS, *Lecciones de derecho político*, Madrid 1984, pp. 3-13.

<sup>47</sup> A. MENÉNDEZ, *Autonomía económica y codificación española*, en *Centenario del código de comercio*, Madrid 1986, pp. 60 ss.

más que la derivación de la concepción de la soberanía compartida del rey y las cortes<sup>48</sup>.

El límite de los derechos viene dado por el derecho del estado que los reconoce en su vigencia y regulación, sólo en medida compatible con las exigencias de la afirmación estatal, trasladando el límite, como elemento constante, a la seguridad<sup>49</sup>.

## 2.2. Los derechos civiles de los ciudadanos

a. *Los derechos patrimoniales*. En la mayoría de los casos, el derecho de propiedad se contempla en las constituciones decimonónicas españolas en una doble dimensión: con un reconocimiento general del derecho y con disposiciones de alcance negativo dirigidas al estado, que indirectamente configuran el mismo. De esta forma, se refuerza el contenido garantista constitucional de la propiedad. Así, junto con la declaración del derecho, se consignan constitucionalmente la prohibición de la expropiación de bienes y de la confiscación como pena, estableciendo un espacio reforzado de protección.

Junto con la propiedad como derecho ocasionalmente se reconocen otros derechos patrimoniales que resultaban necesarios para el funcionamiento del nuevo orden económico, pero esto, en la mayoría de los casos, se remite al código y a la normativa infraconstitucional previa a la codificación.

Casi inmediatamente después de aprobada la Constitución de Cádiz, en 1813, por decretos de las Cortes se establecieron las libertades de comercio e industria, la libertad de precio, la libertad de circulación de bienes por el territorio nacional, así como la apertura de la libertad de comercio e industria a los ciudadanos de todas las clases, incluidos los extranjeros<sup>50</sup>. Estos decretos tuvieron continuidad y desarrollo durante todo el siglo. La tardía codificación civil española y la normalización codificadora en el marco mercantil explica la fragmentaria protección de las libertades económicas, pero expresa la relación reconocimiento constitucional del derecho y la definición normativa de su contenido.

La Constitución de 1812 aún careciendo de una declaración de derechos, entre los pocos reconocidos explícitamente en su largo texto se recoge el derecho de propiedad en los términos antes

<sup>48</sup> V. SANTAMARÍA PAREDES, *Curso de Derecho político*, cit., p. 273.

<sup>49</sup> M. ALONSO MARTÍNEZ, *Memorias de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, tomo III, Madrid 1973, pp. 240-268.

<sup>50</sup> F. TOMAS Y VALIENTE, *Manual de historia del derecho español*, Madrid 1981, pp. 415 y 416.

comentados. El modelo de 1812 permanecerá respetado hasta 1869.

El artículo 4 de la Constitución de 1812 contiene el reconocimiento de la propiedad «la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen».

Los mandatos negativos dirigidos al estado se establecen todavía como mandatos técnicamente poco apropiados «no puede el rey tomar la propiedad de ningún particular ni corporación, ni turbarla en la posesión, uso y aprovechamiento de ella, y si en algún caso fuere necesario para un objeto de conocida utilidad común tomar la propiedad de un particular, no lo podrá hacer sin que al mismo tiempo sea indemnizado y se le dé el buen cambio a bien vista de hombres buenos» (art. 172-10). Repárese en la proximidad de este precepto con el concepto civilista tradicional de propiedad. Los dos preceptos señalados se completan con lo contenido en el artículo 304 prohibiendo, en el ámbito penal, la confiscación de bienes y lo contenido en el artículo 354, que introduce el principio de libertad de circulación de bienes, con la prohibición de aduanas en el territorio nacional.

La Constitución de 1837 reproduce el sistema de 1812 con menos contundencia en su formulación. No se recoge una fórmula general de reconocimiento del derecho, aunque en nuestra primera constitución la alusión era excesivamente genérica. En 1837, se sustituye por una fórmula contenida en el artículo 10, donde con carácter general y dirigida al estado se establecen, otra vez, la interdicción de la confiscación penal de bienes y la prohibición de la expropiación «Ningún español será privado de su propiedad», perfeccionando la restricción impuesta con anterioridad al rey.

En 1845, el tratamiento de este derecho se produce exactamente en los mismos términos que en 1837, ubicando en el mismo precepto la misma fórmula.

La Constitución de 1869 perfila un derecho de propiedad protegido negativamente, siguiendo la tradición constitucional anterior, los artículos 13 y 14 configuran el nuevo sistema. En el primero se prohíbe la privación temporal o perpetua de los bienes o derechos y la perturbación posesoria de los mismos, en una formulación que continúa recordando la definición civilista de la propiedad que se consagra así constitucionalmente. En el segundo, la prohibición de expropiación, que todavía en nuestro código civil complementa la definición de propiedad, completa el reconocimiento constitucional de la concepción privatista de la

propiedad que aparece casi literalmente contemplada<sup>51</sup>. El último episodio constitucional del siglo XIX, en 1876, el artículo 10 de esta constitución reproduce el sistema de 1869, refundiendo en un sólo precepto los dos anteriores.

b. *Los derechos a la seguridad y libertad personal.* Los derechos de libertad personal conforman inicialmente, junto a los patrimoniales, el cúmulo de derechos históricamente protegidos y ostentaban una relación de mutua exigencia recíproca. Articulados como derechos de abstención, afirman la autonomía del sujeto y, por tanto, la libertad, en torno a la cual se articulan las nuevas relaciones económico-sociales.

Varios de los derechos de libertad personal son exigencia directa de la articulación del mercado, se establecen en paralela correspondencia con las facultades derivadas del derecho de propiedad. La libertad personal, como manifestación de la autonomía de la persona, se predica respecto del sujeto, necesariamente libre en unas relaciones intersubjetivas de intercambio.

Incluimos en este grupo los derechos referidos a la inviolabilidad personal como la integridad física, la inviolabilidad del domicilio y correspondencia y el *habeas corpus*.

La entrada de estos derechos en la Constitución de 1812 es todavía limitada e imprecisa. Consagra el artículo 303 la prohibición de tormento como fórmula de obtención de confesiones en el ámbito del proceso. Los artículos 287 y 290 recogen el *habeas corpus* y sólo atenuadamente se esboza el principio de legalidad penal. Junto con estos derechos, se recoge la inviolabilidad del domicilio (art. 306). La salvedad a realizar es la escasa vigencia de esta constitución flanqueada por dos períodos absolutistas.

Las constituciones de 1837 y 45 resultan coincidentes en la formulación de estos derechos. La prohibición del tormento deja de estar constitucionalizada, la inviolabilidad personal se contiene en los arts 7 y 9 en ambos textos. El artículo 9 formula, conforme al canon clásico, el principio de legalidad penal. El art. 7 incorpora, sin las prescripciones procedimentales del art. 290 de la constitución del 12, el fundamento del *habeas corpus* y la inviolabilidad del domicilio, estableciéndose la habitual remisión legal en materia tan delicada.

La Constitución de 1869 marca un punto de ruptura. La regulación de estos derechos introduce prescripciones concretas que

<sup>51</sup> Los artículos 348 y 349 del código civil español de 1889 corresponden a los preceptos constitucionales citados.

constituyen garantías y la remisión legal es menor y más ajustada.

La prohibición de la detención ilegal es taxativa (art. 2). El *habeas corpus* recoge normas procedimentales constitucionalizadas (art. 4 y 12), que permiten su eficacia y limitan el margen de la regulación legal. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia (art. 5 y 7) son suficientemente precisos y sus excepciones se subordinan a la intervención judicial.

Por contra, la Constitución de 1876 recupera la regulación constitucional anterior, con menor precisión y rigor en la protección y una remisión general a las leyes para la materialización del espacio protegido, así se hace respecto a las detenciones y la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia (arts. 4, 6 y 7).

c. *La suspensión de los derechos.* No tendría sentido en un trabajo sobre los derechos en el constitucionalismo del XIX español olvidar la realidad. El dato normativo constitucional, si bien ilustrativo, no es suficiente, ni siquiera la regulación ordinaria, mucho más concluyente, sirve para reflejar la realidad que viene conformada por el reino de lo excepcional.

Todas las constituciones con vigencia real en ese siglo preveían situaciones de excepción, con el efecto de suspender determinados derechos y garantías, sin embargo, como muestra Ballbé, en el estudio más detallado dedicado al tema, la declaración de los mismos raramente se produjo conforme a las previsiones constitucionales.

Cruz Villalón establece con nitidez dos periodos en la historia constitucional española del siglo pasado, de 1812 hasta 1869 y desde esa fecha en adelante<sup>52</sup>, aunque parece inevitable advertir un hilo conductor en todo el siglo XIX<sup>53</sup>.

Desde el punto de vista normativo constitucional, el sistema establecido en la Constitución de Cádiz servirá de referencia hasta el período revolucionario. En su artículo 308, dentro del capítulo dedicado a la administración de justicia en lo criminal, se contempla la posibilidad de suspender algunas garantías en materia penal, precisamente aquellas referidas a la seguridad personal. El órgano habilitado para decretar tal suspensión, cuando en circunstancias extraordinarias la seguridad del Estado lo exigiese, eran las Cortes.

<sup>52</sup> P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid 1984, pp. 36-42.

<sup>53</sup> M. BALLBÉ, *Orden público y militarismo en la España constitucional 1812-1983*, Madrid 1983, pp. 20-22 y 206.

En la Constitución del 1837 y 45, en su artículo 8, prácticamente se reproduce el precepto de 1812, refiriéndose la suspensión a la detención, encarcelamiento e inviolabilidad del domicilio.

El sistema es de suspensión de garantías, que se produce en virtud de una situación excepcional así declarada.

En 1869, se establece un nuevo sistema de mayor rigor garantista y de estricta legalidad. El art. 31 prevé la suspensión de determinados derechos y garantías en circunstancias extraordinarias. El procedimiento articulado es el siguiente: El marco normativo aplicable al territorio sobre el que se declara el estado de excepción está contenido en una ley de orden público, pero para su aplicación es preciso una ley declarando el estado de excepción, esta es la llave para la efectiva operatividad de la ley de orden público.

La restauración introduce modificaciones de cierta relevancia, como la posibilidad de declarar el estado de excepción por el gobierno cuando las cortes no estén reunidas. Pero podría decirse que se mantiene el sistema de 1869. La razón es que esta fórmula y su contenido garantista fueron desnaturalizadas por la pura vía reglamentaria, por lo que no hacía falta alterar el nuevo modelo constitucional, era suficiente con mantener la desnaturalización del mismo.

Hasta aquí la somera descripción de la regulación constitucional, ahora alguna referencia a su funcionamiento.

Hasta 1837, hay que distinguir entre el trienio liberal (1820-3) y los períodos absolutistas de Fernando VII, durante estos últimos es ocioso referirse a la suspensión de garantías. En el trienio liberal, por obra de la legislación ordinaria, determinados delitos conexos con el derecho de asociación y reunión, se someten a la jurisdicción militar y a normas procesales preconstitucionales, por lo que se opera de hecho un estado de excepción restringido. La vulneración directa del art. 308 de la Constitución se dará como reacción a la actividad de los partidos absolutistas, la respuesta es decretar el estado de guerra por decisión gubernamental, desde el año 1922 al fin del trienio liberal este fue un recurso habitual, sin ninguna intervención de las cortes<sup>54</sup>.

Tras la muerte de Fernando VII y durante la vigencia de las constituciones de 1837 y 45, se alternaron declaración de estados de sitio protagonizados por militares, en el marco de la guerra carlista y declaraciones de estados de excepción por el gobierno.

<sup>54</sup> *Ibidem*, introducción, pp. 20-22 y 206.



En cualquier caso, eran decisiones que se situaban fuera de las previsiones constitucionales, produciéndose una completa alegalización de la suspensión de garantías<sup>55</sup>.

Si durante este período se vivía en una situación de hecho, con la constitución de 1869, la legislación ordinaria y decisiones administrativas sobre la cuestión, pervierten el nuevo sistema normativo diseñado desde la Constitución.

Ya hemos definido la regulación constitucional, con posterioridad a esta y siguiendo el mandato establecido en el art. 31, se aprueba una Ley de Orden Público, el 23 de abril de 1870. Con independencia de su contenido, que se inspira en otra de 1867, claramente restrictiva, lo que importa es el mecanismo ideado para su entrada en vigor.

La ley establecía en su artículo 1, de acuerdo con la Constitución, que las disposiciones que contenía únicamente serían aplicadas cuando se haya promulgado la ley de suspensión de garantías, que debían elaborar las Cortes, obviamente. El término de norma de reserva utilizado para calificar a esta ley es elocuente respecto a su posición en el sistema de suspensión diseñado en sede constitucional<sup>56</sup>.

La Ley de Orden Público fue aplicada sin la elaboración de las leyes de suspensión de garantías y al margen del legislativo a través de una norma puramente reglamentaria. Una circular del Ministerio de la Guerra de Julio de 1870, dictada por el general Prim anula, de hecho, el art. 31 de la Constitución, da instrucciones para la aplicación de la Ley de Orden Público. La interpretación grosera, que en esta disposición se hace, es que la ley de suspensión de garantías, que era previa, sólo se precisaba cuando la aplicación de la de orden público implique suspensión de garantías. Entendía la circular, que la constitución de tribunales militares no debía considerarse suspensión de garantías. Luego el estado de guerra, máxima situación de excepción prevista, podía ser declarado sin intervención de las Cortes<sup>57</sup>.

De esta forma, la Constitución de la Restauración podrá suprimir la mediación entre Ley de Orden Público y suspensión de garantías y la utilización del estado de guerra será práctica habitual para resolver los problemas de orden público<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 103-191.

<sup>56</sup> *Ibidem*, pp. 207.

<sup>57</sup> *Ibidem*, pp. 208-20. También P. CRUZ VILLALÓN, *Estados excepcionales*, cit., pp. 40-41.

<sup>58</sup> M. BALLBE, *Orden público*, cit., p. 210.

d. *Libertades de expresión*. Es la libertad de prensa e imprenta la que ha tenido un tratamiento más homogéneo y una presencia más constante en las constituciones del pasado siglo. Los rasgos que definen su tratamiento son: En primer lugar, declaración positiva general del derecho. En segundo, prohibición de la censura previa y por último, la remisión legal, que en este caso funciona como mecanismo que delimita el ejercicio lícito del derecho.

La libertad de imprenta aparece en la Constitución del 12 en dos preceptos, el 131 y en el 371, donde se establece el derecho según la fórmula descrita. En la constitución del 37, este derecho se consagra en el art. 2, en similares términos. En 1845, se reitera en el art. 2 con reproducción literal del anterior. En 1869 se ubica en el 17, la prohibición de la censura se sustituye por el art. 22, que prohíbe toda disposición preventiva que se refiera al ejercicio de los derechos. En este caso, el derecho reconocido es, en general, la libertad de expresión. En la restauración se vuelve a la fórmula anterior, estando contenida la libertad de expresión en el art. 13, y la remisión legal de forma general para los derechos, en el 14. Señalado este tratamiento constitucional, como ha advertido la doctrina la suerte del derecho se juega en la regulación legal<sup>59</sup>.

La libertad de prensa e imprenta sufre a través de la legislación ordinaria una restricción que de hecho contradice la regulación constitucional. Si formalmente desaparece la censura previa se articulan mecanismos que la sustituyen y, en cualquier caso, se produce una reducción del núcleo reconocido del derecho por vía legal notablemente severo<sup>60</sup>.

### 2.3. Los derechos políticos

a. *Los derechos de asociación, reunión y manifestación*. En el constitucionalismo español anterior a 1869, estos derechos estuvieron excluidos de la constitución<sup>61</sup>. El problema se agrava más si se tiene en cuenta que hasta la muerte de Fernando VII, el

<sup>59</sup> J.M. ROMERO, *Proceso y derechos fundamentales en la España del siglo XIX*, Madrid 1983, p. 184.

<sup>60</sup> *Ibidem*, pp. 189-203. Ver también A. COLOMER VIADEL, *Sistema político de la Constitución española de 1837*, Congreso de los diputados, Madrid 1989, p. 171.

<sup>61</sup> J. ASEÑSI SABATER, *Un estudio sobre la aplicación del derecho de reunión en el período constitucional de 1869*, en «XXII Jornadas de estudio. Los derechos fundamentales y libertades públicas», Madrid 1993, tomo I, I, pp. 1581 y ss.

período de vigencia de la Constitución de 1812 es escasísimo, apenas 5 años. La regresión absolutista impedía poder hablar del reconocimiento de estos derechos, durante el trienio liberal (1820-3) ni siquiera fue posible reconocer la existencia de Derechos Públicos Subjetivos con base legislativa. Ya en 1920, después de la reposición constitucional, en noviembre, por decreto se suprimen tanto las sociedades o juntas patrióticas, como la libertad de reunión<sup>62</sup>.

Igualmente, al año siguiente, se promulga la ley de 17.4.1821 «de represión de los delitos contra la constitución o contra la sagrada e inviolable persona del Rey Constitucional», dicha ley se completa con un Decreto de las Cortes de la misma fecha, por el que se somete a la jurisdicción militar a los delitos anteriormente tipificados<sup>63</sup>. A través de este mecanismo, el núcleo reconocido del derecho a asociación y reunión y la propia libertad de expresión aparecen como verdaderamente residuales. Estas disposiciones continuarán en vigor, con algunos intervalos, hasta 1867<sup>64</sup>. De esta forma Ballbé dirá que en este período (trienio liberal), y en base a estas disposiciones, se establece el excepcional modelo liberal español de orden público<sup>65</sup>, dentro del que se contenían estos derechos. Devienen por tanto derechos excepcionalizados, desde su momento de configuración legal mediante el sistema de prohibiciones.

Constitucionalmente, los textos de 1837 y 1845 no aportarán ninguna novedad respecto al ya mencionado modelo conformado en los años 1820-21 y reforzado por el código penal de 1822, que tendrá su continuidad en el de 1848. Este período se cierra, por reseñar la última norma destacable, con la Ley de Orden Público de 1867, que afectará decisivamente a estos derechos.

Una segunda fase se abre en 1868 en los momentos de la revolución, donde por vía reglamentaria se regula el derecho de reunión y por Decreto-Ley de 20.11.1868 el de asociación. La culminación de ese proceso será la Constitución de 1869.

La totalidad de la doctrina coincide en señalar a este momento como la cúspide del proceso democratizador iniciado en 1812, es en este texto donde con mayor claridad aparecen consagrados los principios de libertad y por consiguiente los derechos.

<sup>62</sup> F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, Madrid 1978, pp. 78.

<sup>63</sup> M. BALLBE, *Orden público*, cit., pp. 68, 74, 75.

<sup>64</sup> F. FERNÁNDEZ SEGADO, *El Estado de excepción*, cit., p. 78.

<sup>65</sup> M. BALLBE, *Orden público*, cit., p. 61.

Por primera vez aparece una tabla de derechos encabezando la constitución, entre ellos, los de reunión pacífica y asociación (art. 17). La afirmación constitucional de estos derechos se matiza, limitando el alcance de una declaración general de los mismos, en los artículos 18 y 19, estableciéndose en ambos una remisión legal para su ejercicio.

La alusión del artículo 18 a la sujeción del derecho de reunión a las leyes generales de policía, o la del artículo 19 a la posibilidad de disolución por ley de toda asociación cuyo objeto y medios comprometan la seguridad del estado, responden a la fórmula de protección ya estudiada. La norma de desarrollo de las previsiones contenidas en estos preceptos es el código penal de 1870, que en su art. 189, tipifica los supuestos de reuniones no pacíficas con una amplitud en indeterminación, en especial en sus apartados 1º y 4º, que somete estos derechos al Gobierno<sup>66</sup>. Sin embargo, en la constitución de 1869, el objeto central del debate constituyente respecto a los derechos fue precisamente el carácter «ilegislable» de los mismos, en expresión del constituyente del 69. Dicho carácter se predicaba en oposición a la situación anterior y remitiéndose, ahora, a la tradición constitucional americana. Lo que estaba en discusión, en la concepción de algunos de los constituyentes era que los derechos reconocidos no pudieran resultar disminuidos por las leyes y que en caso de colisión prevaleciera el derecho constitucionalmente declarado en su amplitud. La alusión al ejemplo de Estados Unidos en referencia a la supremacía de la Constitución y a la prevalencia de ésta frente a la ley, en virtud de las competencias de control de constitucionalidad conferidas al poder judicial fue expresa y constante<sup>67</sup>. Estaba claro que en el modelo americano, la supremacía constitucional era, en última instancia garantizada por el poder judicial que podía declarar la no conformidad a la constitución, dejando inaplicada la ley. La clave era el tratamiento constitucional del poder judicial, habida cuenta del sistema de remisiones legales contenido en varios preceptos constitucionales y la genérica de suspensión por ley de los estados excepcionales<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> J. ASENSI SABATER, *Un estudio sobre la aplicación*, cit.

<sup>67</sup> F. TOMAS Y VALIENTE, *Los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español*, en *Introducción a los Derechos Fundamentales*, I, Madrid 1988, pp. 7 ss.

<sup>68</sup> B. CLAVERO, *Por una historia constituyente: 1869, de los derechos a los poderes*, en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 7, 1990, pp. 79 ss.

El tratamiento otorgado al poder judicial (arts. 91 y 92) permanecía en los términos habituales, otorgándoseles la facultad de control de los reglamentos, en aplicación del principio de legalidad.

Será más tarde con la ley orgánica sobre el poder judicial, de septiembre de 1870, cuando se establecen y limitan con claridad las funciones de éste reduciéndolas a la estricta aplicación de las leyes. Una ley infraconstitucional sanciona definitivamente la cuestión recuperando la concordancia con el constitucionalismo continental.

La Restauración Borbónica, después de la frustración de la Constitución de 1869 no va a aportar novedades sustanciales a la tendencia descrita. Con todo, cabe destacar el establecimiento de un sistema de remisión legal puro para el ejercicio de los derechos, contenido en el art. 14 de la Constitución de 1876<sup>69</sup>.

b. *El sufragio*. Desde el punto de vista normativo constitucional el derecho de sufragio no se reconoce como tal hasta 1869, hasta entonces esta concebido como función del Estado destinada a conformar órganos del mismo. Estaríamos frente a una concepción como la de Laband, sufragio como derecho reflejo del contenido de normas constitucionales sobre la formación de las Cámaras<sup>70</sup>.

Por ello las garantías jurisdiccionales para la observancia de las facultades conferidas tienen problemas de legitimación y, en cualquier caso, su alcance es limitado. Aunque en algunos casos, admitido el sufragio como derecho público subjetivo, se ha llegado a similares resultados, en la contingenciación del derecho<sup>71</sup>.

En la Constitución de 1812 se establece un sistema de sufragio indirecto, limitando radicalmente el número de electores en la fase final. En la primera fase, el sufragio es universal masculino. Las impugnaciones se resuelven ante la Junta de Electores (órgano político), que resuelve sin posibilidad de recursos ulteriores.

En el Estatuto Real de 1834, omitido hasta ahora por contener exclusivamente normas sobre la conformación de los órganos del estado, se instaure un estricto sufragio censitario, para la forma-

<sup>69</sup> J.M. ROMERO, *Proceso y derechos*, cit., p. 225. También R. SANCHEZ FERRIS, *La Restauración y su Constitución política*, Valencia 1984, p. 473.

<sup>70</sup> P. LABAND, *Le droit public de L'Empire allemand*, Paris 1901, pp 343-350. Ver el debate clásico producido en Alemania, sintetizado en la obra de G. JELLINEK, *Sistema dei diritti*, cit., y la síntesis de las distintas posiciones recogida por S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbietivi*, en *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di V.E. ORLANDO, Milano 1897, cap. I, pp. 2 ss.

<sup>71</sup> S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici*, cit., en especial pp. 84-85.

ción de unas cortes compuestas por dos estamentos, el de los próceres, designados por el Rey, y el de los procuradores elegidos.

En las Constituciones de 1837 y 45, regulado también en los títulos dedicados a la composición de las cámaras, títulos III y IV en ambas, se configura un parlamento bicameral.

En el senado, los electores no designan directamente al elegido, sino que presentan una terna al Rey que le designa. En el Congreso de los Diputados, la elección es directa. La remisión a la ley es amplia y se regula un régimen censitario estricto.

Semejante concepción del sufragio conllevaba la ausencia de mecanismos jurisdiccionales de garantía. Así, hasta 1846, la normativa electoral no establecía recurso judicial a las decisiones de la administración electoral sobre la inclusión en el censo. Con posterioridad, aún arbitrándose un recurso al efecto, los requisitos procesales exigidos desconectan al sufragio de la noción de derecho público subjetivo

En 1869 se proclama en la tabla de derechos constitucionales de forma solemne «ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles podrá ser privado de votar en las elecciones de senadores y diputados a cortes, diputados provinciales y concejales» (art. 16). El sistema de reconocimiento de derechos de esta constitución ha sido ya comentado, por lo que podemos decir que aquí se conforma un Derecho Público Subjetivo de sufragio<sup>72</sup>. Sistema que desaparece en la Constitución de la Restauración. Será en 1890 cuando, por ley, se instaure el sufragio universal masculino.

<sup>72</sup> Para la regulación constitucional y ordinaria, ver J.M. ROMERO, *Proceso y derechos*, cit., pp. 275-292.