

**«GARANTÍA MORAL VS. GARANTÍA
NORMATIVA DE LOS DERECHOS
EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ
Y SU PROTECCIÓN MEDIANTE
LEYES SABIAS Y JUSTAS»**

JUAN JOSÉ RUIZ RUIZ

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA VINCULACIÓN DE LA LEY A LOS DERECHOS. 3. LA GARANTÍA NORMATIVA DE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS MEDIANTE LEY. 4. LA OBLIGACIÓN DE LEYES SABIAS Y JUSTAS. 5. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR Y LEYES INCONSTITUCIONALES. 6. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 26.04.2011
Fecha aceptación: 24.06.2011

«GARANTÍA MORAL VS. GARANTÍA NORMATIVA DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y SU PROTECCIÓN MEDIANTE LEYES SABIAS Y JUSTAS»

POR

JUAN JOSÉ RUIZ RUIZ

Universidad de Jaén

1. INTRODUCCIÓN

La tantas veces negada normatividad de la Constitución de Cádiz tiene seguramente en la protección de los derechos uno de sus argumentos más sólidos. Generalmente se acepta la idea de que en el constitucionalismo revolucionario, los derechos contenidos en su articulado constitucional, de acuerdo con la doctrina iusracionalista que recorre el proceso constituyente, eran *ante positas legis*, preexistentes a la intervención delimitadora y configuradora del legislador, resultando de ello que ninguna ley podría desfigurar los derechos sin incurrir en inconstitucionalidad. Del mismo modo, si todo derecho constitucional precede a la ley, en el sentido de no depender de ella para reconocer al titular del mismo la protección de una situación jurídica, el disfrute de tales derechos debiera poder llevarse a cabo con inmediatez, sin necesidad de que una ley lo disponga o, lo que es lo mismo, ni la ausencia de ley ni tampoco una disposición arbitraria del legislador pueden privar o de ese derecho a sus titulares, cuyo disfrute les garantiza la propia Constitución.

Sin embargo, lo que se acaba de exponer está formulado desde la dogmática de los derechos fundamentales y desde el entendimiento de éstos como derechos

públicos subjetivos, pero no es la que subyace al texto doceañista, pues donde hoy razonamos con la lógica de la categoría de derechos fundamentales, en el texto gaditano solo cabe hablar de derechos constitucionales, del mismo modo que donde entendemos que existe una superior normatividad de la Constitución, en la obra de los constituyentes gaditanos solo cabe observar una normatividad no precisamente de carácter supremo.

Es cierto que la garantía de los derechos según el ideario liberal residía en la propia Constitución, cuya misma esencia y naturaleza se hacía depender de la precedencia de los derechos respecto a los poderes, así como de su separación¹. De esta manera los derechos, a cuya cabeza está la libertad civil, quedaban separados del Estado, que no debía injerirse en las relaciones sociales, quedando limitado su cometido a garantizar que el ejercicio de los mismos no perjudique el derecho de los demás, adoptando así un criterio de justicia que debemos sobre todo a Pufendorf². Ahora bien, la inclusión de los derechos en el texto constitucional respondía a una garantía de tipo formal, pues es la ley la que ocupa el lugar de la garantía material ya que, en tanto que emanada por los representantes de la comunidad, tiene el mismo valor que la Constitución, siendo ambas obra del mismo sujeto soberano, solo que actuando bajo forma distinta, de forma que la legalidad reemplaza a la legitimidad, como acertadamente ha observado Carlos de Cabo³.

Así pues, lo que garantiza entonces la Constitución son unos derechos iguales cuyo disfrute no puede verse perturbado de manera arbitraria, si no es mediante ley, que es la norma a la que por mandato constitucional se encomienda el monopolio en defensa de la libertad. Así se desprende del art. 4 del texto doceañista, en el que se establece la obligación de «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». Y por si quedaba duda, el Proyecto de Código Civil de 1821 aclaraba en su preámbulo que «En el orden social no existen derechos ni obligaciones sino por disposición de ley. Con ella nacen, y mueren con ella»⁴.

¹ Cfr. FERNANDO SANTAOLALLA, «Consideraciones sobre la normatividad y superioridad de la Constitución», *Teoría y realidad constitucional*, nº 7, 1º semestre de 2001, pág. 195.

² «Entre los deberes absolutos o de cada uno hacia los demás tiene el primer lugar el de no perjudicar a nadie». Vid. *De los deberes del hombre y del ciudadano según la ley natural en dos libros (1673)*, libro I, cap. VI.2, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Madrid, 2002, pág. 54.

³ Vid. CARLOS DE CABO MARTÍN, *Sobre el concepto de ley*, Trotta, Madrid, 2000, pág. 33.

⁴ Cfr. J. FRANCISCO LASSO GAITE, *Crónica de la codificación española*. Vol. 4. «Codificación Civil (Génesis e historia del Código)», Madrid, 1970, p. 8. Para profundizar en este punto, vid. CARLOS GARRIGA y MARTA LORENTE, «El modelo constitucional gaditano», en ID. *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, 2007, en especial pág. 377.

Ahora bien, no puede dejar de señalarse lo que de contradictorio tiene pretender garantizar derechos frente al Estado y también derechos frente a la mayoría si, al mismo tiempo, su carácter obligatorio y vinculante procede solo de los mandatos legales, de modo que, como señala Ruipérez refiriéndose al constitucionalismo liberal, «la existencia real de la libertad individual quedaba, a la postre, en manos del poder político, que era, justamente, frente a quien se alzaban las Declaraciones de derechos para defender a los ciudadanos»⁵. La ausencia de un control jurídico de la constitucionalidad de la ley se convertiría de este modo, para los defensores de esta tesis, en una carencia —si no en un defecto—, de la Constitución gaditana que impediría sustentar la indisponibilidad por parte del legislador del contenido de los derechos constitucionalizados. Frente a esta visión cabe oponer sin embargo aquellas opiniones doctrinales que cifran la supremacía de la Constitución a partir de un entendimiento lógico-material y no basado estrictamente en garantías de tipo formal. Pero sea cual sea la concepción que sobre la supremacía y normatividad de la Constitución del doce merezca acogida, resulta incontrovertible que el ejercicio de los derechos precisaba del oportuno desarrollo legislativo, de tal modo «que lo que el ciudadano podía oponer a los poderes públicos no era la norma constitucional declarativa de derechos, sino las prescripciones del Derecho técnico especial que la desarrollaba»⁶.

No existiendo derechos fundamentales frente al legislador, el deber de su protección que recoge el art. 4 de la Constitución de 1812 (en adelante, CE), no formulaba en realidad un mandato traducible en una obligación jurídica exigible, sino que expresaba el compromiso político de protegerlos⁷. El cometido del legislador gaditano sería así el de crear unos cuerpos legales en forma de códigos⁸, coherentes, sistemáticos y completos, que no se limitasen a regular las condiciones

⁵ Vid. JAVIER RUIPÉREZ ALAMILLO, «El trasfondo-ideológico de la 'libertad civil' y su eficacia», *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 20, 2º semestre 2007, pág. 220 y del mismo autor, «Sobre la eficacia de los derechos fundamentales: de la 'libertad natural' a la *Drittwirkung der Grundrechte*», *Anuario da Faculdade de Direito*, núm. 8, 2004, pág. 1166.

⁶ *Ibidem*, pág. 1166.

⁷ Vid. en este sentido, y para los regímenes constitucionales del siglo XIX, FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «La ley como garantía de los derechos del ciudadano», en *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 337.

⁸ El fenómeno de la codificación moderna no puede entenderse sin Constitución (que en sí es un código) y sin declaración de derechos, pues es la primera la que confiere autoridad normativa al código, mientras que es la segunda la que configura al sujeto de derecho como sujeto unitario. Vid. BARTOLOMÉ CLAVERO, «Codificación y Constitución. Paradigmas de un binomio», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 18, 1989, págs. 81 y 82.

de ejercicio de los derechos como sistema⁹, estableciendo el límite de los mismos y el respeto de sus titulares a los derechos de los demás, sino que resultaba necesaria su intervención también para que su ejercicio fuera posible. Tan solo las prohibiciones constitucionales expresas podían servir como límite efectivo para el legislador, más por lo que tenían de restricción material, que por la posibilidad de invalidar una ley que ignorase las mismas, que no se contemplaba.

Considerados de este modo, los rasgos apuntados serían los de un modelo de *Estado legal de Derecho* o *Estado legislativo*¹⁰, en el que derecho, la justicia y la libertad se subsumen en la ley y en el procedimiento para legislar. En este modelo de Estado se tiene una concepción exclusivamente formal de la ley, en el sentido de que todo acto formal del Parlamento tiene valencia de ley prescindiendo totalmente de su contenido, lo cual impide reconocer la existencia de una reserva de ley. La ley además, siendo voluntad de la Nación es voluntad soberana, lo que no puede sino en realidad hacer desaparecer o al menos difuminar la línea de separación entre poder constituyente y poder constituido¹¹. En realidad, en este modelo legicentrista toma su base un nuevo despotismo, el de la ley, por la transmisión que hace la Nación de su soberanía a sus representantes. Sabido es que esta concepción de nuestro primer liberalismo sobre la omnipotencia del poder legislativo es de profunda inspiración francesa, y que se encontraba ya, a la altura de 1812, en trance de ser revisada y criticada por un «nuevo liberalismo»¹².

Incluso el indistinto uso que la Constitución hace de la nación como poder constituyente y como legislador tiene su manifestación más clara en el art. 4 CE, que recoge el mandato de protección de los derechos mediante ley¹³. Diputados

⁹ Vid. sobre esta función que cumple la ley como garantía del sistema de derechos, MANUEL ARAGÓN REYES, «Constitución y derechos fundamentales», en ID. *Estudios de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 158.

¹⁰ Vid. CARL SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, Comares, Granada, 2006, *passim*.

¹¹ Vid. CARLOS DE CABO MARTÍN, *Sobre el concepto...*, *op. cit.*, pág. 31.

¹² El exponente de esta reacción es sin duda Constant. Vid. BENJAMIN CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*, Bruxelles, 1851, I, cap. IV, págs. 90-91.

¹³ En palabras del diputado Gallego en los debates constituyentes: «Una Nación, antes de establecer sus leyes constitucionales, y adoptar una forma de Gobierno, es ya una Nación...». *Diario de Sesiones (en adelante DS)*, núm. 331, de 29 de Agosto de 1811, pág. 1717. Todas las referencias al Diario anteriores a 1820 se entienden hechas a la edición de la Imprenta de J.A. García, Madrid, 1870, *Diario de las sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Dieron principio el 24 de septiembre de 1810 y terminaron el 20 de septiembre de 1813*, 9 vols. Las posteriores a 1813 se entienden hechas a la edición de la misma imprenta: *Diario de las Sesiones de Cortes. Legislatura de 1820*, Madrid 1871, 3 vols; *Legislatura de 1821*, Madrid, 1871, 3 vols., *Legislatura de los años 1821-1822*, Madrid 1871, 3 vols y *Legislatura de 1822*, Madrid, 1872, 3 vols.

como Llamas advirtieron sobre el uso impropio del término Nación cuando se está haciendo referencia a los poderes constituidos, atribuyéndole el mismo sentido que acabamos de explicar, el de Cortes: «...el Sr. Terrero ha confundido las Còrtes con la Nacion, que es la que establece la Constitucion; la Nacion todo lo puede, y la Còrtes solamente lo que les permite la Constitucion que forma la Nacion ò una representacion suya con poderes a ese fin»¹⁴.

A pesar de tales advertencias, la dicción original del art. 4 CE permaneció inalterada en este punto. En cambio se adicionó al texto del borrador la expresión «por leyes sabias y justas» a este precepto cuya numeración era art. 5¹⁵. Pero lo que interesa subrayar ahora es que no es una idea corporativa de la nación como protectora de los derechos la que inspira este art. 4 CE, a pesar de que no falta quien sostiene que se trata de un vestigio de la cultura jurídica corporativa¹⁶, sino que a mi juicio lo que se desprende de su enunciado es la afirmación de identidad de intereses de los representantes de la nación con sus representados. En concreto, el legislador sería el depositario de las leyes reduciéndose su tarea a transformarlas en leyes positivas (como explicará años más tarde Destutt de Tracy), de manera que el legislador sería «una especie de amigo sabio del que emanan consejos»¹⁷ arrancando la adhesión espontánea a leyes que son las de la naturaleza humana. A resultas de ello, en virtud precisamente de la concordancia entre la ley y la voluntad de sus destinatarios, serán «leyes sabias [las] conciliadoras de los

¹⁴ DS núm. 330, de 28 de Agosto de 1811, pág. 1715.

¹⁵ «La nación debe conservar la libertad civil, la propiedad y todos los demas derechos legítimos de sus individuos». Vid. FEDERICO SUÁREZ, *Actas de la Comisión de Constitución (1811-1813)*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1976, pág. 78. De hecho, la introducción de la obligación de adoptar leyes sabias y justas parece se debió a cierto sector eclesiástico de los diputados, como constataba *El Redactor General*: «Los venerables eclesiásticos, llenos de un celo digno de la santidad de su estado, han querido que la constitucion fuese solamente un tratado piadoso; porque esto significan esas advertencias sobre la introducción y el art. 5». *El Redactor General*, núm. 80, 2 de septiembre de 1811, pág. 306.

¹⁶ Vid. FERNANDO MARTÍNEZ PÉREZ, «Juzgar sin ser juzgado. El constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional», en MANUEL CHUST (coord.), *Doceañismos, constituciones e independencias*, Fundación Mapfre, Madrid, 2006, pág. 80. Vid. también del mismo autor, «Ley clara, expresa y terminante. Orden normativo y paradigma constitucional en el primer constitucionalismo español», *Historia Constitucional*, núm. 3, 2002; CARLOS GARRIGA, «Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen», *Istor, revista de Historia internacional*, núm. 16, 2004, págs. 20-21; BARTOLOMÉ CLAVERO, *El orden de los poderes*, Trotta, Madrid, 2007, pág. 127.

¹⁷ Vid. MAURO BARBERIS, «L'ideologie e il liberalismo rivoluzionario. Destutt de Tracy critico de Montesquieu», en ID. *Sette studi sul liberalismo rivoluzionario*, Torino, Giappichelli, 1989, pág. 117.

intereses de los que obedecen y de los que tienen en sus manos el timon del gobierno»¹⁸.

Así las cosas, si el Parlamento estaba compuesto de los representantes de los titulares de los derechos, los límites legalmente impuestos a los mismos nunca irían más allá de lo consentido por los ciudadanos mediante la ley, por lo que no existía necesidad de vincular ésta a norma alguna, sino tan solo a un genérico deber moral de rectitud de los representantes. Una parecida lectura se hacía en Inglaterra desde el Bill of Rights de 1689. Por tanto siendo el poder legislativo el garante de la libertad, no existía necesidad alguna de asegurarla contra él¹⁹. Con este entendimiento, bien se comprende la negación de la Constitución como norma vinculante para el poder legislativo, su cuestionada fuerza normativa y su degradación a simple documento político.

Pero al mismo tiempo la ley era garantía de los derechos porque su primacía impedía que el poder ejecutivo interviniese con sus actos en el ámbito de los derechos al margen de la ley. De ahí que el art. 4 CE indique la obligación no solo de conservar los derechos sino de protegerlos, presumiblemente frente a las actuaciones arbitrarias del ejecutivo que, en virtud del principio de legalidad, y que aquí no cabe confundir con la reserva de ley, tenían un freno en la ley. Ocurre empero que el art. 4 CE dispone que la protección y conservación de los derechos a que está obligada la nación se llevará a cabo mediante «leyes sabias y justas». Esta expresión no parece que tenga un mero carácter retórico o filosófico, sino que más bien debe de interpretarse como una fórmula al uso con la que se trataba de expresar cuál es el cometido del legislador respecto a los derechos de libertad y de propiedad, ya que aparecían enunciados como derechos abstractos y generales y en consecuencia potencialmente ilimitados para una razón —la individual—, que está dañada por un interés egoísta y no genera sino un contraste entre opiniones contrapuestas²⁰.

Ahora bien, el pensamiento iusracionalista en el que se basa el reconocimiento de los derechos constitucionales entraba en conflicto con ese concepto rousseauiano de la ley, que es el que alberga el art. 4 CE. En efecto, la ley en cuanto tal no puede ser injusta desde el punto de vista de su legitimidad, ya que

¹⁸ Vid. *Semanario Patriótico*, núm. LVIII, 16 de mayo de 1811, pág. 174.

¹⁹ Vid. DIETER GRIMM, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2006, pág. 88.

²⁰ En efecto, «el genio del error todo lo trastorna y varía, y confundiendo nuestros individuales y cercanos intereses con el bien público, nada vemos sino es un recíproco choque y contraste entre las opiniones, sentimientos y procederes de los ciudadanos». Vid. *El Fanal*, núm. 4, 26 de noviembre de 1812, pág. 3.

ni en cuanto a su origen —al proceder de un consentimiento pactado²¹—, ni en cuanto a su naturaleza —porque es todo el pueblo quien decreta sobre sí mismo—, puede decirse que una ley sea injusta, «puesto que nadie es injusto con respecto a sí mismo»²².

Así pues, conforme al art. 4 CE —y con terminología más propia del pensamiento ilustrado—, el legislador debía ser justo y benéfico en la elaboración de las leyes. Tomando prestadas las palabras de Calvo Rozas en su *Proposición de convocatoria a Cortes*, al legislador «le encaminan la buena fe, el deseo del acierto y una conciencia ilustrada»²³. Bien pudiera por tanto entenderse la obligación del art. 4 CE como la prohibición al legislador de guiarse por motivos egoístas y como imposición del deber de tener como último fin la felicidad de la nación. El sentido del art. 4 CE, sería así el de que el legislador se guíe y actúe con buena fe en la elaboración de las leyes, cuya naturaleza para la dogmática liberal es estrictamente jurídica, en absoluto política, pues no expresan intereses de parte, sino el resultado de haber ejercido la razón pública²⁴.

Lo que le impone la Constitución al legislador es llevar a cabo una conciliación de los intereses individuales en las distintas situaciones jurídicas, siendo los atributos de la ley ya una garantía de justicia, en cuanto única fuente de producción normativa de carácter general y abstracto que produce certeza, igualdad y expresión de la voluntad general. En consecuencia, si la ley se presenta como norma cuyos mandatos y prohibiciones son justos, dados sus atributos formales (al ser expresión de la voluntad general), procedimentales (al ser producto de la razón) y materiales (por su contenido de abstracción y generalidad), ¿qué sentido pudo tener exigir además que las leyes habían de ser sabias y justas? La respuesta podemos hallarla en lo que escribía un articulista en *El Procurador general*: «La ley, nos dicen ahora, es la expresión de la voluntad general. No explican si esta voluntad ha de ser justa ó injusta, racional o irracional, sin duda porque,

²¹ Así, por ejemplo, en el *Semanario Patriótico* se recogía esta definición de ley tomada a su vez de un Catecismo político: «ninguna ley puede ser otra cosa que una de las cláusulas del primitivo pacto social, y de consiguiente debe, como este ser, resultado de la voluntad general, dirigida esencialmente al bien comun, y por consiguiente á remover los obstáculos que las pasiones é intereses particulares puedan oponer al logro de aquel fin principal de la asociacion». Vid. *Semanario Patriótico*, núm. LVI, 2 de mayo de 1811, pág. 142.

²² JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *El Contrato social o Principios de derecho político*, Libro II, Capítulo VI, Tecnos, Madrid, 5º ed., 2007, pág. 42.

²³ La proposición es reproducida por MANUEL FERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho parlamentario español*, Tomo I, Imprenta de los Hijos de J.A. García, Madrid, 1885, la cita es de la pág. 438.

²⁴ En este sentido, vid. GEORGES BURDEAU, «Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français», *Archives de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, núm. 1-2, 1939, pág. 24.

como afirma uno de los nuevos maestros, bueno ó malo, virtud ó vicio y, de consiguiente, justo e injusto, depende de la opinion y en el mismo hecho de ser la voluntad general tiene a su favor la opinion y esto basta para que sea racional y justa»²⁵.

En efecto, desde una óptica iusracionalista como la que venía inspirando al pensamiento ilustrado, pero también a la corriente de diputados liberales, a las leyes que debieran «conservar» los derechos individuales parece que no se les debía aplicar, como al resto de leyes, el mero criterio de conveniencia o utilidad para el bien público en función de cuál sea la voluntad general, sino que se anteponía al legislador el contenido irreductible e indisponible de cada derecho²⁶. Dicha contradicción se salvaba en el caso de la dogmática liberal como ya hemos visto con el principio de concordancia entre la ley y sus destinatarios. La justicia se identifica aquí con el intercambio de luces que debía producir la deliberación discursiva y mediante la cual se alcanza una verdad que debe de producir la aceptación recíproca de todos sobre el alcance y extensión de los derechos²⁷. De modo que para este último planteamiento, el criterio legitimador de las leyes sería entonces su conveniencia, utilidad o su *rationabilitas*, su razonabilidad, a diferencia del punto de vista del iusracionalismo según el cual, teniendo que garantizar los derechos individuales, a la ley se le impone un contenido mucho más específico que un genérico principio de justicia o razonabilidad²⁸.

Ambas interpretaciones conducen a resultados muy distintos en la concepción dogmática de los derechos, como supo ver Constant, ya que una ley puede ser más o menos conveniente o útil, pero sin embargo o es justa o es injusta. De esta manera, una ley que violara derechos puede ser interpretada como útil, cuando es manifiesto que es injusta, por lo que es evidente —dirá Constant—,

²⁵ *El Procurador general*, núm. 90, 29 de diciembre de 1812, pág. 721.

²⁶ En efecto el componente iusracionalista se encontraba en oposición a las tesis de Rousseau, para el que el legislador tendría competencia ilimitada, ya que la voluntad general era soberana y justa. Sobre los «incalculables riesgos» de esta doctrina y haciendo una defensa de los derechos como contenido indisponible para cualquier legislador, incluso si es la Nación entera, se manifestaba Constant. Vid. BENJAMIN CONSTANT, *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*, Imprimerie de P. Didot l'ainé, Paris, 1822, pág. 52.

²⁷ J. J. ROUSSEAU, *Oeuvres complètes*, B. GAGNEBIN y M. RAYMOND (dirs.), Bibliothèque de la Pléiade, Paris, Gallimard, 1964, Vol. III, pág. 329. Sin embargo es equivocado deducir de la obra rousseauiana que el bien común fuese algo procedimentalmente establecido. Vid. JOSÉ RUBIO CARRACEDO, «Rousseau y la democracia republicana», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 108, Abril-junio, 2000, pág. 250.

²⁸ Vid. en este sentido, VÍCTOR FERRERES COMELLA, «Una defensa de la rigidez constitucional», *Doxa*, núm. 23, 2000, pág. 29.

que el principio de utilidad es «mucho más vago que el del derecho natural»²⁹. Así pues, es la contraposición entre lo debido según la justicia moral y lo provechoso según lo conveniente o útil, lo que trataba de ventilar el art. 4 CE. Se trata de dos principios opuestos que nuestro primer liberalismo tratará no obstante conciliar, ya que la utilidad, como confesaba Alcalá Galiano, «en la política constitucional no tiene peligro tomarle por principio ó á lo menos por la piedra de toque á que mejor pueden ensayarse las leyes», de manera «que bien pueden fundirse en una la doctrina utilitaria con la de la justicia y obligación [...]; pues [...] el triunfo de nuestros verdaderos derechos, ó el cumplimiento de nuestras principales obligaciones, sobre ganarnos la eterna felicidad, nos proporcionan una, por lo pura, verdadera en este mundo, siéndonos útil en el mas alto grado»³⁰.

¿Cuál de estos dos sentidos de la justicia es el que encuentra acogida en la Constitución de Cádiz? ¿El de la moral teológica y metanormativa o el utilitarista-voluntarista? Si bien es cierto que la doctrina sobre las leyes sabias y justas está muy presente en la neoescolástica —a la que no debe darse ni mucho menos por desaparecida en el momento preconstituyente—, para el pensamiento ilustrado iusracionalista en cambio la justicia no es solo un criterio de validez de las leyes, sino que pasa a designar el límite de la libertad y por tanto el límite al ejercicio de los derechos, recogiendo una línea de pensamiento que va desde Grocio y Pufendorf y que llega hasta Adam Smith³¹ o Chastelloux³². Así, autores como Jovellanos, con gran ascendiente en los diputados de las Cortes y asiduo lector de Smith, vinculaba la bondad de la ley a su conveniencia, pues «ninguna ley puede ser buena si no fuere conveniente»³³, y su justicia a la abstención de intervenir en los derechos individuales ya que «el interés público es inseparable de este interés individual», que es merecedor de una «protección vigilante, pero pasiva» y solo estará justificada una intervención «para refrenar las irrupciones del

²⁹ BENJAMIN CONSTANT, *Principios de política aplicables a todos los gobiernos*, (Étienne Hofmann, ed.), traducido por Víctor Goldstein, Katz editores, Madrid, 2010, pág. 63.

³⁰ Vid. ANTONIO ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de Derecho Político Constitucional*, Imprenta de D. I. Boix, Madrid, 1844, pág. 59.

³¹ En este pasaje se resume la solución que da Smith al problema de la conciliación del interés individual con el bien general: «Todo hombre, mientras no viole las leyes de justicia, está en perfecta libertad de perseguir su propio interés a su propio modo, y de poner su capital y su trabajo en competencia con los de cualquier otro hombre o clase de hombre». ADAM SMITH, *Riqueza de las naciones*, IV.

³² *De la félicité publique*, Amsterdam, 1772.

³³ Vid. *Exposición sobre la organización de las Cortes* en su, *Memoria en defensa de la Junta Central (1811)*, Bilbao, Junta General del Principado de Asturias, tomo II, 2002, pág. 143.

mismo interés personal sobre los límites de la justicia»³⁴. Del mismo modo, la sabiduría de la legislación fue tema recurrente en autores bien conocidos en España como Filangieri. En los años precedentes a la convocatoria de Cortes, tenemos reflejo de esa preocupación ilustrada por la necesidad de leyes sabias y justas en obras españolas de autores próximos al iusracionalismo, en las que se vincula la justicia y bondad de la legislación a la procura de la felicidad de la sociedad, que solo podía venir del respeto y garantía a los derechos naturales individuales. Vicente Alcalá Galiano lo expresa diciendo que «el bien de la Patria está tan unido al particular de cada Individuo que no es posible dividirlo»³⁵. León de Arroyal publica un proyecto de Constitución en cuyo art. 2 se establece que «El fin de toda sociedad es la felicidad de los hombres; todo lo que no sea encaminado a ese fin no puede ser garantizado por el pacto social»³⁶. También Valentín de Foronda explica que el principal objeto de una Constitución es «establecer las bases de la felicidad»³⁷, definiendo el contenido de los derechos de seguridad, propiedad y libertad como base de una Constitución³⁸.

No sería del todo exacto sin embargo pretender entender la problemática en torno a la felicidad pública como una actualización del debate aristotélico en torno al bien común como criterio de justicia del Derecho. La definición tomística para la cual la ley «no es otra cosa que un mandato de la razón ordenado al bien común, promulgado por quien tiene el encargo de una colectividad»³⁹, había sido matizado o reinterpretado por el pensamiento ilustrado, pues el bien común depende de la felicidad individual y se basa en la experiencia empírica a partir de aportaciones como la de Hume. En los diputados doceañistas parece que debe admitirse que pervive ese sustrato de la definición neoescolástica, especialmente en-

³⁴ Vid. *Correspondencia con D. Manuel Godoy*, en *Obras publicadas e inéditas de Don Gaspar Melchor de Jovellanos*, Tomo LXXXVI (IV), Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, 1956, pág. 198.

³⁵ «De la industria en general», Actas y Memorias de la Sociedad Económica de Segovia, citado por JOSÉ ANTONIO MARAVALL, *Estudios de la historia del pensamiento español. Siglo XVIII*, Mondadori, Madrid, 1991, pág. 172.

³⁶ Vid. *Cartas económico-políticas*, Carta V (1794), edición de Caso González, Madrid, 1971, pág. 227.

³⁷ Vid. *Apuntes ligeros sobre la nueva Constitución, proyectada por la Majestad de la Junta Suprema Española, y reformas que intenta hacer en las leyes*. Cito por la edición de Ignacio Fernández Sarasola, VALENTÍN DE FORONDA, *Escritos políticos y constitucionales*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2002, pág. 135.

³⁸ *Ibidem*, pág. 135.

³⁹ Tal definición es reproducida textualmente por ejemplo en *El Procurador general*, núm. 90, pág. 721. La cita original se encuentra en la *Summa teologica*, I-II, q. 90, a. 4: «Nihil est aliud quam quaedam rationis ordinario ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata».

tre la corriente de diputados realistas, opuesta a la existencia de un poder constituyente y a la soberanía de la nación⁴⁰. La justicia y sabiduría de las leyes estaría expresando de una parte la finalidad clásica, por así decir, de la ley y de otra la *qualitas moralis* del legislador. Pero ahora la justicia se la vincula a la protección de los intereses del mayor número posible de individuos libres en forma de derechos, y la sabiduría, a la probidad e ilustración de los representantes de la nación⁴¹. La necesidad de incluir tales criterios en la Constitución se justificaría, en palabras de Flórez Estrada en que «las leyes que deberían ser pactos de hombres libres dictadas únicamente por la razón, las más de las veces, o fueron dictadas por las pasiones de los gobernantes, o tal vez el que hubiesen sido justas, no pro vino sino de una feliz y casual necesidad»⁴². De modo que la justicia no es «otra cosa que la aplicación de la razón a los intereses del mayor número posible de los hombres»⁴³. En definitiva, se trataba de trasladar en cierto modo el ideal del legislador como primer magistrado político, pero también moral, de la nación⁴⁴, que hasta el momento había encarnado el rey, cuya etimología ya había establecido San Isidoro como «reges a recte agendo vocati sunt» y que Martínez Marina recogía en su *Ensayo histórico crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales*⁴⁵.

La inclusión de la cláusula de «leyes sabias y justas» en la Constitución de Cádiz puede parecer ciertamente como una especificidad hispana, pues en ninguno de los modelos que los diputados tenían a su alcance se hallaba algo similar. Aun así, justo es reconocer que dicha cláusula no supone al fin y al cabo la

⁴⁰ Es el caso de Lorenzo Villanueva para quien «no le basta á la lei civil, ser expresión de la voluntad del legislador, sea quien fuere, sino que además debe ser justa y ordenada al bien común de la sociedad para quien se sanciona». Vid. J. LORENZO VILLANUEVA, *Las angélicas fuentes o el Tomista en las Cortes*, Imprenta de la Junta de Provincia en la Casa de Misericordia, Cádiz, 1811, pág. 32.

⁴¹ Así, por ejemplo, Espiga en el debate del art. 22 identificaba la «constitución sabia» y «leyes justas» con aquello que la nación estimase más conveniente o necesario. Vid. DS, núm. 360, 27 de septiembre de 1811, pág. 1936.

⁴² Vid. *Examen imparcial de las disensiones de América con España, de los medios de su reconciliación y de la prosperidad de todas las naciones*, Biblioteca de Autores españoles, Tomo CXIII, Madrid, 1958, pág. 14.

⁴³ *Ibidem*, pág. 15.

⁴⁴ Vid. IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA, *Poder y Libertad: Los orígenes de la responsabilidad del Ejecutivo en España (1808-1823)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 177.

⁴⁵ Vid. *Ensayo histórico crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales, especialmente sobre el Código de D. Alfonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas*, Imprenta de la hija de D. Joaquín Ibarra, Madrid, 1808, pág. 19 *in nota*.

utilización de materiales extraños al primer liberalismo europeo. Baste recordar lo que escribía Madame de Staël a este propósito: «... el primero entre los legisladores es aquel que, fiel al prototipo regular de los principios elementales, los instaure mediante sus instrumentos naturales, las *lucres* y la *justicia*, y de ellos hace surgir todas las leyes que protegen a los individuos y a sus posesiones»⁴⁶.

Así las cosas, en la vinculación y eficacia de los derechos de la Constitución de Cádiz está implícita la vinculatoriedad y eficacia de la propia norma constitucional, siendo ésta la cuestión en torno a la que gira buena parte de la problemática de los derechos, no ya en la Constitución gaditana, sino también en el constitucionalismo liberal hispano. En lo que sigue trataré de abordar dicha cuestión ahondando en la interpretación doctrinal y normativa del art. 4 CE. Para ello me ocuparé en primer lugar si se puede hablar de una vinculación negativa del legislador a los derechos que proclama la Constitución, analizaré la ley como garantía normativa, el sentido de la expresión leyes sabias y justas, los posibles remedios a un poder legislativo vulnerador de los derechos y si era concebible la existencia de leyes inconstitucionales, para esbozar finalmente una conclusión.

2. LA VINCULACIÓN DE LA LEY A LOS DERECHOS

El tenor literal del art. 4 CE no parece dejar del todo claro si la Constitución es fuente de los derechos o si por el contrario requiere el concurso del legislador para dotarles de contenido además de para que fueran efectivos.⁴⁷ No es además el único artículo que exige leyes sabias y justas, pues la fórmula se repite en el art. 12, apareciendo en ambos casos la ley como la garantía normativa de los derechos, individuales en el primer caso, y colectivos o de la Nación española en el segundo, teniendo por objeto la religión⁴⁸.

⁴⁶ «Sobre las circunstancias actuales que pueden poner término a la Revolución y sobre los principios que han de servir de base a la República en Francia», en *Escritos políticos* (traducción de Ana Portuondo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pág. 92 (cursivas mías).

⁴⁷ El empleo del término «conservación» muestra claramente la inspiración iusracionalista dominante entre los diputados liberales. La prensa liberal se adscribió por entero a esta teoría fundamentadora de los derechos precisando. Vid. *Semanario Patriótico*, 5 de Septiembre de 1811, núm. LXXIV, pág. 153.

⁴⁸ La inclusión de la religión en el texto constitucional se debió a las presiones de los diputados realistas. Fue excluida del art. 4, dedicado a los derechos individuales, para reconocerlo como derecho de la Nación, pues para el sector realista la religión es el «mas sagrado derecho de la sociedad». Vid. *El Censor*, núm. 25, p. 56. Por otra parte el desarrollo legislativo de este artículo se mostraba en plena coherencia con ese carácter corporativo de la religión católica, ya que solo los ca-

En este sentido la Constitución, al menos en su art. 4, se limita a enunciar sin más los derechos de libertad y de propiedad, de los que no se recoge ni el objeto, ni limitaciones a su contenido. A partir de aquí o bien se entiende que la Constitución era autorreferencial y por tanto el contenido de los derechos debía ser el contenido positivado en su articulado, o bien se considera que el sistema constitucional era heterorreferencial y que el deber de conservar los derechos hace mención al contenido de éstos previamente deducible del Derecho natural, como pudiera dar a entender la enumeración «abierta» y sin duda incompleta del art. 4 CE que, sin constituir un catálogo cerrado⁴⁹, se refiere a «los demás derechos legítimos» de los componentes de la nación⁵⁰. En efecto, la falta de especificación de cuáles podrían ser esos otros derechos legítimos significaba o bien desconstitucionalizar parte de los derechos dejando en manos del legislador la interpretación de cuáles serían los derechos legítimos, o bien estos derechos eran los que de manera dispersa se encontraban recogidos a lo largo del articulado constitucional. La ambigua redacción del art. 4 CE anunciaba por tanto una fuente de disputa en cuanto a qué derechos quedaban comprendidos dentro de la garantía constitucional, tal y como advirtió Ramón de Salas⁵¹. Aun así existen razones más

tóricos podían adquirir la nacionalidad española, hasta el punto que el delito de apostasía llevaba aparejada la pérdida de la nacionalidad como parte de la pena de indignidad establecida en el Código Penal de 1822. Vid. IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA, *Los primeros parlamentos modernos de España (1780-1823)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, pág. 149, *in nota*.

⁴⁹ Es conocido el tacticismo que al parecer impulsó a los redactores del art. 4 renunciar a un capítulo específico dedicado a los derechos y obligaciones de los españoles, como ya se apuntaba desde el primer momento desde la prensa más liberal: «Es de creer que la comision se haya propuesto en el proyecto separarse, en quanto fuese posible, de las constituciones francesas, aun con el riesgo de que el proyecto quede menos bien desenvuelto. Á esto atribuimos el que no hayan puesto un capítulo de los *derechos* y de las *obligaciones* de los ciudadanos españoles». Cfr. *Semanario Patriótico*, núm. LXXVI, 19 de Septiembre de 1811, pág. 207 (cursiva original). Esa misma explicación fue compartida por *El Redactor*: «Sin duda la comision ha querido desviarse todo lo posible de la constitucion francesa. A esto atribuimos que no se haya puesto un capítulo de los derechos y de las obligaciones de los ciudadanos españoles». Cfr. *El Redactor General*, núm. 103, 25 de septiembre de 1811, pág. 399.

⁵⁰ La afirmación de que los derechos constitucionales eran una positivación de los derechos naturales fue asumida en las Cortes por los diputados realistas para quienes los derechos constitucionalizados eran irreformables, pudiendo estar en cambio sujeto a variaciones su contenido no esencial, como era el que afectaba a los derechos de la personalidad y de los derechos reales, que eran materia reservada a los códigos. Inguanzo, *DS*, núm. 369, 30 de septiembre de 1811, pág. 1960.

⁵¹ Vid. RAMÓN SALAS, *Lecciones de Derecho público constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, pág. 168.

que fundadas para entender que bajo la denominación de derechos legítimos se estaba haciendo una referencia velada a derechos de los que solo disfrutarían los ciudadanos y no los naturales, y entre ellos, el derecho de igualdad legal (del que quedan excluidos los no ciudadanos), pero también el derecho a la seguridad.

La delimitación y concreción de un contenido para cada derecho sí que llegó en cambio a recogerse en el proyecto de Constitución, por lo que parece que hay que decantarse por la autorreferencialidad del texto constitucional⁵². En todo caso debe de admitirse que los derechos constitucionales no eran solo los del art. 4 CE, sino que aun faltando un capítulo específico, eran los que contenía el articulado constitucional de manera dispersa, por lo que debían entenderse comprendidos dentro de la protección mediante leyes sabias y justas⁵³.

La aparente exclusión de otros derechos de esta garantía genérica del art. 4 CE parece tener una explicación adicional además de la de evitar levantar sospechas por un excesivo seguidismo de la Declaración francesa⁵⁴. Esa otra explicación sería que ciertamente se consignaban expresamente los dos derechos largamente admitidos como las fuentes de la felicidad de toda sociedad y sobre los que, entre los diputados, ninguna de las corrientes en liza (liberales, realistas y moderados) litigarían. Pero lo que parece no dejar duda es que el sentido del art. 4 CE es el de establecer la vinculación del legislador a los derechos, como la sistemática del precepto da a entender, al situarse en el título que lleva por rúbrica «De la Nación». Es decir, en la medida que estos derechos merecen protección, la consecuencia es que las leyes no podrían vulnerarlos. Sin embargo y como veremos a continuación, la forma escogida para establecer una vin-

⁵² En efecto, en el citado Proyecto se mencionaban expresamente y se enunciaba el contenido de los derechos de libertad, seguridad, propiedad e igualdad como objeto de protección en los artículos 7 a 10. Vid. F. SUÁREZ, *Actas de la Comisión de Constitución, op. cit.*, pág. 79.

⁵³ A ello apuntaba la prensa liberal, para la que la dificultad en reconocer como derechos el contenido de otros artículos de la Constitución, ubicados en otros capítulos, suponía una menor garantía para el general conocimiento de los derechos garantizados: «Repetimos que falta un capítulo de *derechos y obligaciones del ciudadano español*, para que unos y otros no vaguen derramados por el proyecto en maximas sueltas. Las naciones libres pierden sus derechos por no saberlos apreciar...». Vid. *Semanario Patriótico*, núm. LXXXVI, 19 de Septiembre de 1811, págs. 207-208 (cursiva original).

⁵⁴ Se acusaba a las Cortes constituyentes de haber «adoptado y casi copiado muchas de las ideas y artículos de las constituciones francesas, y hasta de la de Bayona; pero singularmente de la formada por los revolucionarios franceses en el año 1791». Vid. *Sencillas reflexiones a varios artículos de la Constitución de la Monarquía española publicada en Cadiz á 19 de marzo de 1812 por las que se prueba lo confusa, inútil y perjudicial que era a los pueblos*, Madrid, 1814, pág. 8. Ya desde el proceso de convocatoria a Cortes se era consciente que toda sospecha de imitación francesa iba a resultar perjudicial.

culación del legislador a los derechos constitucionalizados se lleva a cabo sin que de modo manifiesto se disponga la total indisponibilidad de los derechos, a diferencia de lo que ocurre en la Constitución francesa de 1791, sino que tal vinculación tiene un contenido más bien positivo, por cuanto se exige la intervención del legislador para la conservación y protección de los derechos y no la prohibición de vulnerarlos. Se enfatizaba de este modo la reacción que suponía el propio acto constituyente frente a la situación anteriormente existente. Ese impulso de reacción frente a leyes injustas e irrazonables estuvo en la misma motivación del proceso de convocatoria a Cortes, estando muy presente en el Decreto de la Junta Central. De hecho, varios artículos del código constitucional reproducen el lenguaje de aquellos primeros Decretos, como observara en su día Sánchez Agesta, de manera que su literalidad viene a ser una transcripción de ellos⁵⁵. En concreto, y por lo que se refiere al art. 4 CE, puede mencionarse, entre otros, el Decreto XXXIV de 15 de febrero de 1811 en el que se especifica que «una de las principales bases de la felicidad nacional [es] la protección y conservación de los imprescriptibles derechos de la libertad individual de ciudadano, y la vigilancia de la ley sobre su seguridad personal»⁵⁶. De modo análogo y con anterioridad, el proyecto de Decreto de la denominada *Consulta al país*, se había referido a que las leyes de nuestra historia «no fueron otra cosa que la expresión más o menos tiránica, más o menos benéfica de una voluntad particular», habiendo sido «acalladas la razón y la justicia» que por tanto eran menester reponer⁵⁷.

Contrasta sin embargo la ausencia de una garantía de vinculación negativa para el legislador con la indisponibilidad de los derechos que afecta al Rey, al que se le impide tomar propiedad de ningún particular, ni corporación, ni turbarle en la posesión, uso y aprovechamiento de ella» o «privar a ningún individuo de su libertad» (art. 172)⁵⁸. Si se prohíbe disponer de los derechos al monarca, y no al legislador, es porque la vinculación de éste último a los mis-

⁵⁵ Vid. *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812* (Introducción de Luis Sánchez Agesta), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pág. 61.

⁵⁶ Vid. *Colección de los Decretos y Ordenes que han expedido las Cortes Generales y extraordinarias desde su instalación*, Tomo I, Madrid, Imprenta Nacional, 1820, pág. 76.

⁵⁷ El proyecto del Decreto es reproducido por MANUEL FERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho parlamentario español*, Tomo I, *op. cit.*, la cita es de la pág. 439.

⁵⁸ Pérez Luño encuentra en este artículo el rasgo más característico de la positivación de los derechos en la Constitución gaditana y define el art. 172 como básico para comprender el alcance de los mismos. ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO, «Razón jurídica y libertades en la Constitución de Cádiz de 1812», en LORENZO PEÑA y TXETXU AUSÍN, *Memoria de 1808. Las bases axiológico-jurídicas del constitucionalismo español*, Plaza y Valdés, Madrid, 2009, pág. 169.

mos se limita a no acortarlos⁵⁹, pues para ello ya se recogen los supuestos en la Constitución (art. 308).

En todo caso la decisión de no incluir una tabla de derechos se ha querido ver como una afirmación de la autorreferencialidad de los derechos positivados, y en cuanto tal un posible reconocimiento de las posiciones de Bentham sobre la Declaración francesa⁶⁰. Sea como fuere, la renuncia a una Declaración o a un catálogo de derechos fue deliberada, truncando buena parte de las expectativas de los círculos liberales⁶¹.

Además de la indeterminación que presenta el contenido de los derechos enunciados por el art. 4 CE, criticada en su día desde las páginas de la prensa liberal⁶², se añade el que la inexistente prohibición de una absoluta libertad del legislador a la hora de regular el ejercicio y las limitaciones a su contenido —lógica consecuencia de haber admitido la Constitución su vinculación negativa a los mismos—, hubo de coexistir también con la imposibilidad de hacer valer su contenido constitucional frente al contenido establecido por ley, y ello al impedirse a los Tribunales pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas legislativas o inaplicarlas⁶³. Antes bien, la facultad interpretativa de las leyes residía en las propias Cortes (arts. 131.1 y 261.10 CE). Además de ello, las propias Cortes

⁵⁹ Alcalá Galiano se refiere a ello cuando escribe que «los cuerpos elegidos por la parte más ilustrada e independiente de una nación, que en público deliberan, casi imposible es que a los derechos de los gobernados hagan un perjuicio real y verdadero, aun cuando por un breve plazo los acorten». ANTONIO ALCALÁ GALIANO, *Lecciones de derecho político* (1843), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pág. 305.

⁶⁰ Es una conjetura de Pérez Luño que sin embargo no ha podido ser probada. Vid. ANTONIO PÉREZ LUÑO, «Los derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz de 1812», *Anuario de Derechos humanos*, núm. 2, 1983, pág. 354.

⁶¹ De hecho, *El Redactor General* se apresuró a insertar en sus páginas una Declaración de «derechos naturales del hombre» de 24 artículos, inspirada en la Declaración francesa, y de la que sobresale el art. 1º, en el que se proclama que «El bien comun es el fin de la sociedad; y el del gobierno instituido en ella, la conservacion de los derechos de sus miembros. Estos derechos son la igualdad, la libertad, la seguridad y la propiedad» (cursivas originales). Vid. *El Redactor General*, núm. 4, 18 de junio de 1811.

⁶² A poco de conocerse el proyecto de Constitución, el *Semanario Patriótico* criticaba la excesiva ambigüedad de los derechos garantizados en el art. 4 en estos términos: «Se deseará saber qué se entiende en la constitucion por libertad civil; qué por propiedad; cuáles son los demás derechos legítimos que la nacion reconoce en sus individuos. No se nos diga que estas son cosas facilísimas de conocer y obvias á qualquiera comprension...». Cfr. *Semanario Patriótico*, núm. LXXV, 12 de Septiembre de 1811, pág. 173.

⁶³ Ese impedimento sigue teniendo vigencia en el constitucionalismo continental europeo, pues la jurisdicción constitucional concentrada no es sino expresión de la desconfianza hacia los órganos del Poder judicial.

se hacían garantes supremas de la observancia de la Constitución por parte del resto de los poderes públicos a través del procedimiento por infracciones a la Constitución, colocándose en la posición de su supremo intérprete⁶⁴. De ello cabe extraer una doble consecuencia: por una parte la defensa de la Constitución tenía una vertiente material frente al resto de poderes públicos, mientras que frente al legislador la defensa de la Constitución operaba solamente como una garantía formal, a través de su tácita inmodificabilidad mediante disposiciones legales tal y como demandaba su rigidez⁶⁵.

En razón de todo ello, la vinculación negativa del legislador al contenido de los derechos a los que se refiere el art. 4 CE resultaba ser más bien una suerte de autocontención⁶⁶, mientras que el sometimiento de los jueces exclusivamente a las leyes hacía inexcusable la mediación del legislador para dotar de eficacia a los derechos. Ambos aspectos han servido para negar la normatividad jurídica de la Constitución del doce, pues si bien la rigidez del texto le confería fuerza pasiva derogatoria, la fuerza activa anulatoria no se encuentra garantizada frente a las leyes, pudiendo decirse a justo título que si bien esta Constitución era norma jurídica, no era desde luego la norma suprema⁶⁷. Frente a ella, la ley, como atinadamente observa Garriga era «el producto de un legislador absoluto, por to-

⁶⁴ Ello dio pie a acusar a las Cortes, ya antes de aprobarse la Constitución de incumplir el Decreto sobre la división de poderes de 24 de septiembre de 1810, de actuar como órgano soberano, ya que las quejas individuales por lesión de derechos se fundaban en su mayoría en que las sentencias vulneraban la ley, confundiendo así el Poder judicial con el Legislativo. Vid. *El Semanario Patriótico*, núm. XLVIII, pág. 387.

⁶⁵ La rigidez no obstante no es nota intrínseca y específica de la Constitución sino que lo es su superioridad formal y ello a pesar de haberse defendido que la rigidez es elemento indispensable de dicha superioridad. A este respecto, como puntualiza Álaez, la superioridad de la Constitución no se vería mermada por admitir su modificabilidad por el legislador ordinario, a condición de que deba de llevarla a cabo de forma expresa aunque esta exigencia no formaría parte de la rigidez ya que no tiene por función dotar de estabilidad sus enunciados sino la de identificar a las normas constitucionales. Vid. BENITO ALÁEZ CORRAL, «Supremacía y rigidez constitucionales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 47, mayo-agosto, 1996, pág. 381.

⁶⁶ Cfr. FERNANDO MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad. La justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, pág. 603, quien se refiere a una autorestricción del legislador basada en la opinión pública y el derecho de petición.

⁶⁷ Vid. JOAQUÍN VARELA SUANZES, «Constitución y Ley en los orígenes del Estado liberal», *Revista española de derecho constitucional*, núm. 45, septiembre-diciembre, 1995, pág. 359 y del mismo autor junto a ALESSANDRO PACE, *La rigidez de las constituciones escritas, Cuadernos y debates*, núm. 58, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pág. 99.

talmente desvinculada y absolutamente vinculante»⁶⁸. La ley era norma desvinculada para este autor tanto por la carencia de una sujeción efectiva a los derechos, como por la ausencia de control de adecuación a los requisitos de tramitación parlamentaria, dada la ausencia de un control sobre su constitucionalidad.

La inexistencia de tal control sobre el legislativo era una de las más genuinas manifestaciones de la cultura jurídica de los diputados doceañistas, para los que solo cabe fiscalizar la adecuación constitucional de la conducta de los magistrados de la Nación, pero no es concebible ejercer un control sobre la Nación misma, encarnada en sus representantes.

De acuerdo con esta premisa, los arts. 372 y 373, garantizaban un procedimiento de denuncia individual contra infracciones a la Constitución, residenciando en las Cortes la depuración de responsabilidad de los cargos infractores. A él tenían acceso todos los españoles, con o sin derechos de ciudadanía, quienes podían dirigirse bien directamente a las Cortes o bien indirectamente por conducto del Rey para denunciar no sólo aquellas conductas o resoluciones infractoras de la Constitución que pudieran afectarles individualmente, sino también de todas aquellas de las que tuviesen conocimiento.

No obstante, ni por su naturaleza ni por su objeto el procedimiento por infracciones a la Constitución puede considerarse una garantía constitucional frente al legislador. Se opone a ello el que en el procedimiento por infracciones no era concebible que el poder legislativo fuera juez en causa propia. De igual modo el procedimiento por infracciones aparece configurado como un mecanismo destinado a operar entretanto se desarrollaran las previsiones normativas relativas a legislación civil y procesal. Otro motivo que milita en contra es que el control de las infracciones tenía por objeto la *responsabilidad personal* derivada de un incumplimiento de la misma por los empleados públicos, estando pues concebido el recurso por infracciones constitucionales como un instrumento de exigencia de responsabilidad pública individual. De modo que el procedimiento por infracciones a la Constitución no puede entenderse como un mecanismo para exigir al legislador que cumpla el mandato constitucional de proteger los derechos mediante leyes sabias y justas impuesto por el art. 4 CE⁶⁹.

⁶⁸ Vid. CARLOS GARRIGA, «Continuidad y cambio del orden jurídico», en ID. (Coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México D.F., 2010, pág. 90.

⁶⁹ Contra esta posibilidad apuntada por Romero Moreno se pronuncia Marta Llorente. Vid. MARTA LORENTE SARIÑENA, *Las infracciones a la Constitución de 1812*, Madrid, 1988, pág. 194.

3. LA GARANTÍA NORMATIVA DE LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS MEDIANTE LEY

A través de la garantía normativa articulada en el art. 4, la Constitución, inspirándose en Locke, dispensa este precepto ante todo una protección contra la injerencia estatal en ese ámbito de libertad natural reconocido con la constitucionalización de los derechos. De este modo quedaba satisfecha una de las principales exigencias de la mentalidad liberal, para la cual toda limitación a los derechos debe de ser consentida por los representantes de la comunidad. La idea contenida en el art. 4 CE sería así la de que «si se reconoce un derecho, el mismo para ser efectivo debe implicar un correlativo deber u obligación»⁷⁰ y solo a la ley corresponde determinar los deberes y obligaciones al igual que lo que está permitido⁷¹. Aquí residía uno de los sentidos de lo que se entendía por legislación justa a tenor de lo expuesto en los comentarios y explicaciones de los catecismos políticos, que no ocultaban que la justicia se interpretaba como la protección recíproca que dispensarían las leyes al prohibir toda intromisión ilegítima en los derechos de los demás⁷². En base a este sentido de ley justa, «se puede privar á los hombres de estos naturales derechos en quanto sea necesario para el bien de todos»⁷³. Se trataba en definitiva del concepto de libertad privada por contraposición al de libertad pública, del que solo se derivaban deberes para el Estado. Esta última imponía en efecto al Estado respetar el principio según el cual «los individuos no deben perder mas parte de su libertad en las sociedades que la que sea indispensable para conservar el buen orden»⁷⁴.

En realidad, la pretensión de eficacia de los derechos que el art. 4 CE estaría otorgando a la ley, no viene sino a asumir la herencia revolucionaria de la Declaración francesa, según la cual el fin de toda asociación política es la conservación de los derechos que son naturales e imprescriptibles (art. 2) y cuyo único

⁷⁰ Vid. CARLOS RUIZ MIGUEL, «La naturaleza jurídica multidimensional de los derechos fundamentales», en MIGUEL ÁNGEL APARICIO (coord.), *Derechos constitucionales y Formas políticas*, Barcelona, 2001, pág. 170.

⁷¹ Tal concepción de la ley es la que aparece ya en el Discurso Preliminar al Proyecto de Código Civil de 1820, donde se decía que «la ley crea los derechos e impone las obligaciones».

⁷² Así, por ejemplo, en uno de los catecismos se describía como obligación de todos los españoles, considerados como nación, «la de protegerse recíprocamente; y así se declara en la Constitución, que la nación está obligada á conservar y proteger por leyes sabias y justas los derechos legítimos de todos los individuos que la componen (Art. 4)». Vid. D.J. CORRADI, *Catecismo político arreglado á la Constitución de la Monarquía española, para la ilustración del pueblo, instruccion de la juventud, y uso de las escuelas de primeras letras*, Imprenta que fue de Garcia, Madrid, 1820, pág. 8.

⁷³ Vid. *Semanario Patriótico*, núm. XXII, 22 de junio de 1809, pág. 126.

⁷⁴ Vid. *Semanario Patriótico*, núm. XXXI, 24 de agosto de 1809, pág. 253.

medio de garantizarlos es la ley, pues ella fija sus límites y solo sus mandatos ordenan o prohíben⁷⁵.

En cambio, la vinculación negativa del legislador al contenido constitucional de los derechos no parece encontrarse tan firmemente establecida en el art. 4 CE como por contra se observa en el precedente de la Constitución francesa de 1791, que se expresaba en términos muy diferentes al establecer en su Título Primero: «El poder legislativo no podrá hacer ley alguna que atente u obstaculice el ejercicio de los derechos naturales y civiles consignados en el presente título». En este precepto aparece en efecto recogida de manera mucho más clara la vinculación negativa del legislador al contenido de los derechos, que en todo caso debía ser respetado por las leyes. La redacción del art. 4 CE no fue obstáculo sin embargo para que las Cortes gaditanas interpretaran que las leyes debían respetar el contenido de los derechos «naturales» del hombre, afirmando de este modo su vinculación negativa al contenido de los derechos⁷⁶. No obstante, debe señalarse que esa vinculación negativa del legislador a un contenido mínimo y cierto de los derechos en el texto gaditano es más endeble que en la Constitución de 1791, consecuencia de la abstracción con que se enuncian los respectivos derechos en el art. 4 CE, empleando el constituyente del doce una técnica que será recuperada en otros períodos constituyentes en nuestro país, como muestran los debates constituyentes de 1837, en los que se citaba el art. 4 de la Constitución de Cádiz para demostrar que la ley no podía cumplir una función protectora de los derechos si la Constitución no fijaba los límites a la acción configuradora del legislador⁷⁷. Sin el establecimiento de dichos límites, el mandato constitucional que establecía el carácter tuitivo que la intervención del legislador debía tener res-

⁷⁵ Vid. CARLOS DE CABO MARTÍN, «El sujeto y sus derechos», en M.A. APARICIO (coord.), *Derechos constitucionales...*, *op. cit.*, pág. 21.

⁷⁶ El diputado Gordillo lo expresaba de esta manera: «Si en toda sancion de ley deben respetarse los derechos del hombre, que son los que nos han unido en sociedad, con más razon deben tenerse las mismas consideraciones cuando se establezcan las leyes constitucionales, base única donde se afianza nuestra felicidad social». Vid. *DS*, núm. 361, 28 de septiembre de 1811, pág. 1946.

⁷⁷ Así, por ejemplo, en la discusión del art. 7 del proyecto de Constitución de 1837, que recogía el derecho de libertad el diputado Gómez Acebo manifestaba que «la comisión ahora ha creído que podía elegir un medio entre la generalidad del art. 4.º de la Constitución de Cádiz y la demasiada extensión que tiene su capítulo III (...), ¿qué garantías representa? Al fin el resultado será que según la bondad de las leyes así disfrutarán de alguna ventaja los españoles (...) En una Constitución se debe empezar por hablar de las facultades de las Cortes; pero con máximas o principios como los que en este artículo se sientan se adelanta muy poco». Citado por JOSÉ MANUEL ROMERO MORENO, JOSÉ MANUEL ROMERO MORENO, *Proceso y derechos fundamentales en el siglo XIX*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pág. 118, *in nota*.

pecto a los derechos, devenía así una suerte de reenvío de una norma en blanco a través de la cual se exigía una norma legal de cobertura cuyo cometido era impedir la actuación de la Administración al margen de los mandatos legales, pero sin decidir nada sobre su contenido⁷⁸.

Aunque no se puede hablar de reserva de ley en sentido estricto⁷⁹, el art. 4 CE del doce no operaba más que como garantía formal: simplemente lo que hacía era sancionar el principio de legalidad en materia de derechos. En virtud de ello, y de acuerdo con la función atribuida al principio de legalidad, el mandato de protección de los derechos dirigido al legislador imponía una garantía formal frente a la Administración y el ejecutivo, ya que en la Constitución gaditana el papel que cumple este embrión de reserva de ley es similar al que describe F. Balaguer para la reserva de ley actual: no es más que una «garantía procedimental de carácter formal que no prejuzga el contenido de la decisión legislativa, pues se limita a incorporar la exigencia de que la decisión sea legislativa»⁸⁰.

Desde este punto de vista, la capacidad del poder legislativo de incidir sobre los derechos era ilimitada, ya que siendo la ley una garantía puramente formal, y siendo ella misma la Constitución *in actu*, neutralizaba todo el potencial limitador que una concepción iusracionalista del art. 4 CE podía contener. En este sentido ni siquiera sería posible caracterizar los derechos constitucionales en el texto gaditano como derechos de configuración legal en su sentido actual, puesto que la ley es la fuente de los derechos y «sustituye» a la Constitución frente al resto de poderes y frente a sus destinatarios. Esta concepción de la ley como «Constitución para las demás normas», como la denominara Ignacio de Otto⁸¹, tenía también sus consecuencias sobre el poder ejecutivo, que debía actuar siempre conforme a la Constitución y a las leyes (art. 170 CE), sin que existiera además una reserva de poder reglamentario. Todo debería bastar para negar la existencia de derechos fundamentales en la Constitución de Cádiz, ya que la ley no necesita justificación alguna, sin que a estos efectos pudiera deducirse un núcleo irreductible o indisponible de los derechos. No es por tanto la Constitución la

⁷⁸ Vid. JUAN JOSÉ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, «Los límites de los derechos y el sistema normativo», *Derecho Privado y Constitución*, n° 17, enero-diciembre, 2003, pág. 465.

⁷⁹ Vid. CARLOS GARRIGA, «Constitución, Ley, Reglamento: El nacimiento de la potestad reglamentaria en España (1810-1814, 1820-1823)», *Anuario de Historia del Derecho español*, Tomo LXV, 1995, pág. 479.

⁸⁰ Vid. FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN, «Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos», en MIGUEL ÁNGEL APARICIO (coord.), *Derechos constitucionales...*, *op. cit.*, pág. 97.

⁸¹ IGNACIO DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, 2ª ed, 6ª reimp., Barcelona, 1998, pág. 136.

norma protectora de los derechos, sino la ley, cuyas órdenes y prohibiciones determinan el ámbito de lo permitido, y en definitiva y a la postre, también el contenido material de los derechos. Ahora bien, toda esta teoría de la ley en la Constitución del doce está edificada no tanto sobre una autoridad normativa suprema expresamente consignada en su articulado —contrariamente a lo que estableció el art. 3 de la Constitución francesa de 1791⁸²—, como en las facultades de intérprete supremo y garante de la Constitución que correspondía a las Cortes en virtud de los arts. 131.1 y 261.10 CE, unido a la ausencia de un control de las leyes y a la primacía absoluta de éstas sobre las demás fuentes. Como tendremos ocasión de examinar más abajo, esta concepción de la ley como la fuente de derechos y obligaciones originaba un conflicto con la obligación para los diputados no solo de guardar la Constitución sino también el de no alterarla bajo ningún pretexto⁸³. No debe por ello magnificarse esta conjunción de argumentos y pretender que la Constitución de Cádiz adoptara exactamente, aun con variaciones de contexto, el modelo legal procedente de la Francia revolucionaria, especialmente porque no se idearon ni siquiera instrumentos nomofilácticos para la defensa de la ley frente a la interpretación de los jueces, lo que demostraría una cierta preponderancia todavía de la cultura jurídica jurisdiccional⁸⁴.

En la base de esta «legalización» del contenido constitucional de los derechos, estaba también la diferenciación entre los derechos políticos (de proyección pública y colectiva) y los derechos o libertades civiles. Esta separación entre libertades civiles y derechos de ciudadanía o políticos parece sustentar una separación material que destina la regulación de los derechos políticos a la Constitución y confina los derechos de la persona a su regulación por ley. De este modo, no todos los derechos participan de la garantía normativa con la misma intensidad: frente a los derechos políticos cuyo código es la propia Constitución, los derechos civiles se reservan a un código de derechos individuales, el Código civil,

⁸² Decía: «No hay en Francia autoridad superior a la de la ley».

⁸³ En efecto, en la fórmula del art. 100 de la Constitución, que se adoptó para incluir en el acta de diputado electo, se le otorgaban poderes «para cumplir y desempeñar las augustas funciones de su encargo, y para que con los demás Diputados en Cortes, como representantes de la Nación española, puedan acordar y resolver cuanto entendieren conducente al bien general de ella en uso de las facultades que la Constitución determina, y dentro de los límites que la misma prescribe, *sin poder derogar, alterar ó variar en manera alguna ninguno de sus artículos, bajo de ningún pretexto...*» (cursivas mías). Cfr. el debate sobre lo correcto de la prohibición de alterar el texto constitucional en *DS*, núm. 361, 28 de septiembre de 1811, pág. 1946.

⁸⁴ Sobre este aspecto viene insistiendo Marta Lorente. Vid. un resumen de sus tesis en MARTA LORENTE SARIÑENA, «De la suerte normativa de la ciencia de la legislación: Filangieri y la codificación en la España decimonónica», *Nuevo Mundo. Mundos nuevos*, núm. 7, 2007.

procediendo de esta manera a la compartimentalización de los derechos, pues si bien ambas categorías dimanaban de la Constitución, en un caso su contenido sería inaccesible al legislador, mientras que en el caso de los derechos civiles son asimismo reconocidos por el código constitucional, pero su contenido debe ser determinado y «autorizado» por ley. A estas dos categorías de derechos y a su distinto régimen jurídico se refería el Discurso Preliminar del Proyecto de Código civil de 1821 precisando en efecto que «los derechos y las obligaciones que dimanaban inmediatamente de la ley fundamental se llaman *políticos*, y se hallan marcados en la misma [...] Hay otra clase de derechos que emanan de la ley fundamental para el bienestar individual de cuantos componen el estado mismo, y que podrán llamarse *civiles*. El artículo 4.º los enumera [...]» (cursivas originales). Los derechos civiles componen así la categoría de derechos legítimos de los españoles, entendidos como «aquellos que dimanaban de autorización de la ley» según la expresión del art. 52 del mismo Proyecto. Así pues, la distinción entre derechos políticos y civiles no reflejaba sino el diferente contenido del estatuto jurídico del ciudadano y el del español no ciudadano, inspirado como se sabe en la división entre ciudadanos activos y pasivos introducida en la Constitución francesa de 1791. No se trataba empero solo de diferentes estados —civil y ciudadano—, sino que además esa división comportaba la separación de los derechos civiles del ámbito de los derechos públicos de los ciudadanos, dado que, como señala Cascajo, «el régimen jurídico de la libertad civil se consideraba ajeno y extraño al ámbito de la libertad política»⁸⁵.

La garantía de protección de los derechos no se agotaba además en esta Constitución en la contemplada en el art. 4 CE, ya que el art. 131 CE reconocía expresamente a las Cortes un poder de inspección y vigilancia sobre el Gobierno para proteger la libertad de imprenta. De hecho la inclusión de esta facultad de control en el art. 131 CE junto a las demás facultades normativas de las Cortes pareció una reiteración del mandato constitucional de protección de los derechos ya impuesto al ejercicio de la potestad legislativa por el art. 4 CE, como puso de manifiesto el Marqués de Villafranca: «*La libertad de la imprenta es una ley como todas las demás, y como en otros artículos se establece el que las Cortes han de hacer las leyes, me parece inútil esta declaración ó diferencia. Yo sostengo la libertad de la imprenta; pero ¿por qué se ha de especificar aquí esta ley con preferencia á las demás?*». A esta cuestión respondió Muñoz Torrero señalando que «*aquí no se trata del reglamento publicado sobre la libertad política de la imprenta, que es sin duda una ley como las demás, sino de*

⁸⁵ Vid. JOSÉ LUIS CASCAJO CASTRO, «Acerca de los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo español», *Debate abierto*, n.º 2, primavera-verano, 1990, pág. 112.

*la simple protección de la misma libertad, que es un derecho de los españoles, y que como tiene por objeto servir de freno al Gobierno, debe estar á cubierto de todas las tentativas que éste pueda hacer para destruirla, y por lo mismo incumbe á las Córtes muy particularmente velar con el mayor cuidado sobre la conservacion de dicha libertad»*⁸⁶. Esta facultad de control o de inspección no debe verse sin embargo como un instrumento de exigencia de responsabilidad al Gobierno puesto que la rígida separación de poderes establecida impedía la existencia de un sistema de gobierno parlamentario. Este tipo de función guarda en cambio relación con la facultad de «suprema inspección» con la que se pretendió justificar un poder de control de las Cortes sobre el modo de ejercicio de los poderes del resto de autoridades mientras aquéllas ejercieron el poder constituyente, e incluso después. En efecto, como indica Fernández Sarasola «la Asamblea siguió considerándose constituyente incluso una vez finalizada la redacción constitucional»⁸⁷, lo que propició la acuñación del concepto de «suprema inspección» para justificar la reserva de un poder de tutela y control sobre el resto de órganos. Dicho poder de vigilancia fue de hecho determinante para que se adoptara la periodicidad anual de las Cortes, cuyo cometido constitucional no se reducía de este modo a la potestad de elaborar leyes y decretos⁸⁸. Naturalmente no es este poder genérico, con el que se pretendió reservar a las Cortes la supervisión y control sobre las demás autoridades, el que aparece consignado en el art. 131 CE, pero sí una manifestación concreta del mismo que convertía a las Cortes en el órgano garante de la libertad de imprenta.

4. LA OBLIGACIÓN DE LEYES SABIAS Y JUSTAS

La rectitud y bondad de la legislación habían venido siendo cualidades que el pensamiento ilustrado entendía consustanciales para un buen gobierno que procurara el bienestar de los súbditos y que se encontraban muy presentes en la neoescolástica. Y, en particular, por lo que respecta a España, leyes más sabias y más justas no las podía haber, pues se habían ido decantando a lo largo de una dilatada historia. Cuando Clautino es preguntado por Rutelio qué le parecen las leyes de España, Macanaz, que era el autor del diálogo entre estos dos personajes

⁸⁶ Vid. *DS*, núm. 367, 4 de octubre de 1811, págs. 1986-1987.

⁸⁷ Vid. IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA, *Los primeros parlamentos modernos...*, *op. cit.*, págs. 128-129.

⁸⁸ A juicio de Argüelles, sin la permanencia de las Cortes la propia Constitución quedaba indefensa. Vid. *DS*, 29 de septiembre de 1811, núm. 362, pág. 1951.

de una obrita publicada en 1788, responde que «son tan justas, tan sábias y tan claras, que solo se necesita su fiel observancia para hacer al Pueblo feliz»⁸⁹.

Había desde luego coincidencia, tanto en la corriente de diputados realistas como en la de los diputados liberales, en la necesidad de reformar la legislación precedente, desde luego no asentada en un plan racional. Ya en la «Consulta al país» se evidenció que se necesitaban «hombres doctos y prácticos, en los que abunde la buena fe y estén distantes del espíritu de partido», pues hasta ahora «cualquiera opinión favorita de un ministro ha sido reconocida como por una máxima que envuelve en sí la felicidad pública». Se tenía por tanto hasta entonces una legislación «que ofusca la razón que la ilustra para conocer la justicia y la verdad»⁹⁰.

Sin embargo las distintas corrientes doctrinales e ideológicas que se daban cita en las Cortes y también en la prensa de la época, no compartían una misma versión sobre el significado atribuible a la legislación sabia y justa. Incluso puede decirse que algunos diputados liberales eran deudores todavía de los planteamientos ilustrados. La exigencia de leyes sabias y justas para proteger los derechos de hecho no era producto de la dogmática liberal, sino más bien una doctrina propia del pensamiento ilustrado iusracionalista cuya matriz cabría situar en Pufendorf y Grocio, y que concebía la ley injusta como la perjudicial o dañina para la sociedad o sus individuos. Pero este iusracionalismo se tiñe de moral religiosa en un sector de diputados, para los que la religión serviría de garantía para no degenerar en el mismo despotismo de asamblea que tuvo lugar en Francia.

Así las cosas, lo que para los realistas y reformistas expresaba una vinculación del legislador a la ley natural, entendida como la adecuación de la razón a una ley moral inmutable⁹¹, para los liberales la ley se presume justa siempre, por ser expresión de la voluntad general mientras no perjudique los derechos de los demás,

⁸⁹ Vid. MELCHOR RAFAEL DE MACANAZ, *Diálogo entre Rutelio y Clautino. Casos memorables de sus Reyes; en que se contradicen las opiniones fútiles de algunos graves Autores; dándose noticias ciertas de muchos sucesos, que hasta hoy son ignorados en nuestra historia*, publicado en *Semanario Erudito* de Antonio Valladares de Sotomayor, Tomo XIII, Madrid, 1788, pág. 96.

⁹⁰ Así se manifestaba el Obispo de Cartagena el 6 de octubre de 1809, citado en MIGUEL ARTOLA, *Los orígenes de la España contemporánea*, vol. II, 3ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 142.

⁹¹ Intentando refutar que la interpretación liberal sobre la justicia de las leyes sea conforme a la doctrina tomista, Puigserver, citando expresamente a Santo Tomás, entiende que «toda Ley humana justa se deriva de la Ley natural, ó como conclusión de los principios de los principios, ó como determinación de lo que ellos dexan indeterminado», Vid. FELIPE PUIGSERVER, *Notas á el Tomista en las Córtes ó sea demostración de la falsedad con que se atribuye á Santo Tomas la doctrina de las angelicas fuentes*, Palma, Imprenta de Brusi, 1812, pág. 88.

y se presume sabia mientras no se demuestre su inutilidad. A los liberales les bastaba por tanto con que el legislador fuera honrado y tuviera el deseo de hacer el bien, puesto que «para ver lo justo y útil en el mayor número de asuntos basta solo la dosis de talento que la naturaleza ha concedido á todo hombre bien organizado: lo que se necesita es honradez y deseos de hacer el bien»⁹². No puede decirse en cambio lo mismo de la corriente realista, para la que la justicia de la ley no procede de la voluntad sino en el entendimiento de la verdad inspirada por Dios en leyes inmutables que pueden ser escudriñadas por la razón humana.

La dogmática liberal tenía en común no obstante con la dogmática tomista de la neoescolástica el que será «injusta una ley, siempre que no tiene por fundamento sino la fuerza, el interes, el capricho de los que la imponen contra la voluntad de la sociedad», y «siempre que daña á la sociedad, aun cuando esta se haya sometido á ella con plena voluntad, por que la sociedad no puede consentir en lo que contraría su naturaleza»⁹³. Pero probablemente se apartaba en que «sean cuales fueren estas leyes, es necesario que tengan por base la utilidad presente, y que hagan feliz al mayor número de individuos»⁹⁴. Los liberales, en efecto, defendían la utilidad como única *causa iuris* de las leyes, mientras que para los realistas y la corriente más moderada, las leyes eran susceptibles de acertar o de errar no solo por su utilidad, sino que su justicia estaba ligada además a preceptos intangibles basados en la moral de la ley natural eterna⁹⁵. La corriente de diputados adscritos a la neoescolástica entendía además que la voluntad general no estaba capacitada para «descubrir» la ley sabia y justa, pues dicha voluntad no era más que un conjunto de opiniones contrapuestas, fuente inagotable de divisiones⁹⁶. Para estos la única justicia de la ley solo podía residir en el entendimiento proporcionado por la recta razón, y no en la voluntad, que solo concurre a la formación como elemento accidental o accesorio, ya que «el acto de voluntad no es lo esencial de la Ley, sino un requisito para lo esencial»⁹⁷ y además «ese requisito ni es, ni puede ser la voluntad general del Pueblo que recibe la ley»⁹⁸. No en vano en 1813 llegó a hacerse campaña excitando canónigos y frailes «á los ciudadanos á

⁹² Vid. *Abeja española*, núm. 23, 4 de octubre de 1812, pág. 31.

⁹³ Vid. IGNACIO GARCÍA MALO, *La Política natural, ó, Discurso sobre los verdaderos principios del gobierno*, pág. 34.

⁹⁴ *Ibidem*, pág. 35.

⁹⁵ Vid. JOSÉ M^a PORTILLO VALDES, *La Nazione cattolica. Cadice 1812: una costituzione per la Spagna*, Manduria, 1998, pág. 104.

⁹⁶ Vid. *El Sensato*, núm. 15, 28 de noviembre de 1811, pág. 253.

⁹⁷ FELIPE PUIGSERVER, *Notas á «El tomista en las Córtes»*, Imprenta de Brusi, Palma, 1812, pág. 49.

⁹⁸ *Ibidem*, pág. 49.

que las elecciones de diputados se concretasen á esta sola especie de hombres». Los eclesiásticos pensaban que ese era el mandato contenido en el art. 4 de la Constitución, cuyo enunciado ya hemos dicho que fue modificado respecto al proyecto mediante la adición de la obligación de emanar leyes sabias y justas, por iniciativa de miembros del clero en las Cortes. Conscientes o sabedores de que el enunciado del art. 4 CE, tal y como quedó redactado, recogía la petición del clero de que la ley no era la simple expresión de la voluntad general —idea considerada desde estos sectores como «escandalosa»⁹⁹—, los canónigos trataron de hacer ver que el artículo 4 CE «es apócrifo: que los diputados de Córtes deben ser sábios en la teología y que el teólogo es el único que todo lo sabe»¹⁰⁰.

Así pues, una de las contiendas doctrinales en las Cortes constituyentes fue la mantenida por el pensamiento tradicional de los diputados serviles próximo al neoescolasticismo y que se centró en combatir la doctrina de la ley como expresión de la voluntad general, a la que se consideraba anticatólica y obra de la «Filosofía Roussoyana» en alianza con la «Teología Jansenística»¹⁰¹.

Lo que estaba en juego en esta disputa era admitir que la voluntad general podía no ser intrínsecamente justa por no respetar la ley natural y los principios inmutables de orden divino. Mientras que para los diputados liberales la ley tiene una dimensión voluntarista, en los diputados realistas predomina en la ley el carácter de regla moral trascendente. Por ello desde la dogmática liberal la exigencia de leyes sabias y justas aparece como un elemento extraño y ajeno a esa concepción voluntarista de la ley, porque hubiera bastado a fin de cuentas para asegurar la rectitud de la voluntad general con reservar a la ley la protección de los derechos sin más especificación, sin condicionarla a preceptos morales o metapositivos. Sin embargo sobre la aparente innecesariedad de invocar los principios de rectitud y sabiduría del legislador por identificar la ley con la voluntad general, volveremos al final de este trabajo para demostrar su utilidad en el modelo de Estado Legislativo que ponía en pie esta Constitución.

Lo que importa señalar ahora es que la remisión de la protección de derechos a leyes sabias y justas fue en gran medida producto de la pervivencia de la cultura jurídica de la neoescolástica española¹⁰². En efecto, de acuerdo con la men-

⁹⁹ Vid. *El Redactor General*, 15 de agosto de 1811, pág. 234.

¹⁰⁰ Vid. *El Duende de los cafés*, 2 de agosto de 1813, pág. 7.

¹⁰¹ F. PUIGSERVER, *Notas á El Tomista...*, *op. cit.*, pág. 50.

¹⁰² La pervivencia teórica de las ideas de la Neoescolástica resultan palpables en el siglo XVIII en autores como Pérez Valiente, Olavide o Campomanes. Vid. CLARA ÁLVAREZ ALONSO, «Un Rey, una ley, una religión (Goticismo y Constitución histórica en el debate constitucional gaditano)», *Historia Constitucional*, núm. 1, 2000, pág. 31.

cionada doctrina la Constitución lo que establecía era el deber del legislador de tener en cuenta el orden trascendente de valores y normas morales inspirados en la ley natural, en consonancia con el deber de la Nación de proteger y de profesar la religión católica establecido por el art. 12 CE. Ahora bien, aun con su incorporación en un texto con vocación jurídica la imposición de estos límites metapositivos no los convertía en límites normativos, pues no parece que tuvieran fuerza jurídica de obligar lo que, como observara Tomás y Valiente, no pasaban de ser meras recomendaciones éticas¹⁰³. No puede dejarse en efecto de lado el tono filosófico que emplea el art. 4 CE, y que, al igual del art. 12, más parecen —como observara Ignacio de Michelena—, «unas máximas políticas buenas para ocupar su lugar en un tratado de derecho público», colocadas además «impropísimamente entre los artículos», por tratarse de «axiomas ó reglas generales de gobierno»¹⁰⁴. De ahí que más que una obligación jurídica se haya interpretado como una promesa del proyecto político que pretendía instaurar la Constitución¹⁰⁵. Sin embargo, y desde un punto de vista estrictamente dogmático, estamos ante un deber constitucional referido al modo en que se debe ejercer una potestad, y que no es inusual encontrar todavía hoy en los textos constitucionales¹⁰⁶.

Así las cosas, puede pensarse que la mención que hacen los arts. 4 y 12 CE a la obligación de adoptar leyes sabias y justas, obedece a una concesión de los diputados liberales a la corriente realista presente en las Cortes. Sin embargo debe de tenerse en cuenta que dentro de los diputados de Cortes había una corriente de liberales y de reformistas moderados que no solo no encontraban incompatible la teoría rousseauiana de la ley con el pensamiento neoescolástico, sino que al contrario sostenían que tenía encaje en aquella¹⁰⁷. En efecto, examinada desde la dogmática liberal y no ya desde la doctrina neoescolástica, la pretendi-

¹⁰³ Vid. FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1979, pág. 287.

¹⁰⁴ *Reflexiones sobre la Constitución política de la Monarquía española*, publicada por las Cortes extraordinarias de Cádiz en 1812, Oviedo, 1825, pág. 24.

¹⁰⁵ Romero Moreno califica por ello el art. 4 CE como norma de contenido ideológico y político. Vid. JOSÉ MANUEL ROMERO MORENO, *Proceso y derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pág. 73.

¹⁰⁶ Vid. MIGUEL ÁNGEL ALEGRE MARTÍNEZ, «Los deberes en la Constitución española: esencialidad y problemática», *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 23, 2009, pág. 281.

¹⁰⁷ Vid. JOSÉ MARÍA PORTILLO VALDÉS, *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pág. 331. Entre otros, esta tendencia moderada se encuentra en Martínez Marina, Joaquín Lorenzo Villanueva o Manuel Quintana.

da fórmula moral-teológica de las leyes sabias y justas, no resultaba del todo contradictoria con el concepto rousseauiano de ley, porque introduciendo la obligación de leyes sabias y justas, se estaría dando cabida también a la incuestionable rectitud moral o justicia que la voluntad general tiene por definición para Rousseau¹⁰⁸, por lo que el art. 4 CE estaría entonces indicando que cualquiera que sea la ley, en tanto que expresión de la voluntad general, se presume sabia y justa. Para esta concepción voluntarista de la ley, no se excluye toda conexión de la ley con la moral, ya que si bien la Constitución no contiene directamente principios o valores morales que vinculen al legislador, indirectamente el texto constitucional establece la garantía moral de la legalidad a través del valor material atribuido a la ley como decisión del soberano¹⁰⁹.

Aun así, nos encontramos ante dos visiones contrapuestas de la justicia de las leyes: si para la corriente liberal la justicia no antecede a la ley, puesto que solo puede definirse —recogiendo de este modo lo que había sido una tendencia del pensamiento ilustrado—, a partir de la utilidad y de modo casi empírico¹¹⁰, para la corriente realista la justicia no puede basarse en la sola positividad de la ley y en la voluntad general, sin antes indagar cuál es la verdad en sentido moral y que solo puede encontrarse en la ley trascendente e inmutable solo al alcance de una razón recta. Así pues, para la dogmática liberal lo justo es lo útil, como dirá Flórez Estrada¹¹¹.

¹⁰⁸ Vid. ANTÓNIO MANUEL HESPANHA, *Cultura jurídica europeia. Síntesi de Um Milenio*, 3ª ed., Publicações Europa-América, Mem Martins, 2003, pág. 226. En *El Contrato Social* se afirma en efecto que «este paso del estado de naturaleza al estado civil produce en el hombre un cambio muy importante, al sustituir en su conducta la justicia al instinto, y al dar a sus acciones la moralidad que les faltaba antes» (libro I, cap. VIII). Asimismo, «la voluntad general es siempre recta y tiende a la utilidad pública», (libro II, cap. III).

¹⁰⁹ Esta concepción optimista de la ley como garantía moral, revela indiscutiblemente su procedencia francesa, según la cual «c'est l'auteur de la loi qui authentifie, c'est-à-dire garantit moralement la valeur matérielle de la loi». Vid. STÉPHANE RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988, págs. 374-376.

¹¹⁰ En materia de derechos por ejemplo, como el de libertad de imprenta, la posibilidad de abusar de una libertad antes desconocida, aconsejaba según los liberales evaluar la utilidad y justicia de la ley que la reconocía no a corto plazo, sino en la perspectiva del tiempo. De ahí que en la prensa liberal se sostuviese que «el verdadero hombre de estado no calcula la *bondad* y *utilidad* de una ley precisamente por sus efectos efímeros é inmediatos: sus miradas se extienden por campo mas ancho, y consideran las consecuencias constantes y necesarias de una disposición general para calificarla por ellas» (cursivas mías). Vid. *Semanario Patriótico*, núm. LI, 27 de marzo de 1811, págs. 4-5.

¹¹¹ «...solo es útil aquello que es justo». Vid. *El Tribuno del pueblo español*.

Además, el procedimiento de elaboración de las leyes mediante un debate y deliberación entre los representantes ilustrados de la nación y su publicidad completan la garantía no solo de leyes sabias y justas, sino que también el concurso de las Cortes era garantía de la sabiduría y justicia de ciertas decisiones del Ejecutivo¹¹².

La injusticia de las leyes por lo tanto no se funda para la corriente liberal en la falta de buena fe del legislador que atente contra lo que se considera justo desde un punto de vista moral o natural, ya que el sentido de justicia solo puede deducirse de la experiencia¹¹³, pues el arte de gobernar es una ciencia que «se aprende como las demas, errando; mas los errores de una nacion rerpresentada, nacen de inexperiencia que se corrige, no de malicia que se niega à las luces: estos errores no inspiran recelo, no comprometen el orgullo de los que los han cometido, y no pueden eternizarse por sistema»¹¹⁴.

Los diputados liberales, aunque sin cuestionar la necesidad de que la ley debe cumplir los requisitos de justicia y sabiduría, harán hincapié en que la rectitud o bondad de una legislación debe ir acompañada de un examen sobre su conveniencia a la vista de la información que proporciona la experiencia sobre los fines perseguidos y el grado de satisfacción en su aplicación¹¹⁵. De otro modo, y sin contrastar la aplicación de la ley con las garantías que persigue, la mera persua-

¹¹² En efecto, cabía que un Rey con intenciones justas ejerciera sus poderes mal aconsejado por sus ministros, por lo que la única garantía de una decisión justa solo puede provenir del concurso de la Nación en su adopción. Vid. Castelló, *DS*, núm. 375, 12 de octubre de 1811, pág. 2055. El mejor remedio para prevenir abusos contrarios a ese deber de justicia que se identifica con el bien de la Nación no puede ser otro que evitar reconocer al Rey facultades discrecionales sin el concurso de las Cortes. Vid. Luján, *ibid.*, pág. 2055.

¹¹³ El diputado Gallego se interrogaba en el debate sobre el veto: «(...) ¿quién me dice que á una cosa conveniente ha de negar el Rey una, dos y tres veces su consentimiento y que cuando la experiencia acredite de un modo claro que es justo, lo ha de negar?». *DS*, núm. 370, de 7 de octubre de 1811, pág. 2008.

¹¹⁴ *Semanario Patriótico*, núm. XXVI, 20 de julio de 1809, pág. 189.

¹¹⁵ Así, por ejemplo, Argüelles, en el debate sobre la publicidad de la declaración de testigos en la formación del sumario, en réplica a otro diputado que defendía la bondad y sabiduría de la legislación de Las Partidas, reputadas de leyes sabias, expone este punto de vista con suma claridad: «Las leyes, dice el Sr. Gomez Fernandez, son siempre respetables porque están *fundadas en la razon y en la justicia*. Si en efecto se apoyasen siempre en aquellos dos principios, convengo igualmente que serian siempre dignas de respeto. Pero reclamo la atencion del señor preopinante para que me ayude á examinar si en la materia de que hablamos valdria decir que nuestras leyes son siempre respetables [...] la existencia de una ley en un Código no es suficiente motivo para suponerla *sábvia é inviolable*, por decirlo así, pues la experiencia manifiesta que no por serlo está á cubierto de ser perjudicial, ni de haber sido alterada, reformada ó derogada cuando ha parecido conveniente, á pesar de todo el respeto que se ha querido inculcar con tanto empeño». *DS*, núm. 292 de 21 de julio de 1811, págs. 1482 y 1483 (cursivas mías).

sión sobre su justicia y rectitud no las convierten de por sí en medidas justas o más bien cabría decir ajustadas¹¹⁶, ya que, como dirá Argüelles, «todas las leyes en esta parte son más bien unos sermones llenos de excelente moral, que leyes imperativas. Pero la experiencia nos hace ver que son insuficientes»¹¹⁷. Por tanto, para la teoría liberal será de justicia toda ley que muestre desde datos de la experiencia su carácter beneficioso para el interés general¹¹⁸, rechazando así que la justicia de las leyes se encuentre en preceptos trascendentes de la razón moral. La razón recta para los planteamientos liberales consistía en un examen detenido de la legislación. Como es fácil observar, el concepto de justicia que se manejaba era el de una justicia de carácter empírico, de donde se seguía que el remedio a una ley injusta solo podía ser su posterior derogación por unas Cortes posteriores para depurar el ordenamiento¹¹⁹.

Junto a la utilidad empírica de la ley y de su racionalidad, tal y como ya advertía el *Discurso preliminar*, la justicia de las leyes se interpretaba como sinónimo de leyes «equitativas»¹²⁰ o simplemente imparciales, propiedad que podría estar apuntando al carácter de la ley, que obliga por igual para todos¹²¹. Pero es sin

¹¹⁶ El convencimiento de que la mera bondad de las leyes no bastaba para concluir que eran convenientes, útiles o adecuadas era compartido desde las posiciones realistas, que en este punto se guiaban por la teoría de los climas de Montesquieu. Vid. *El Censor General*, núm. 18, pág. 281.

¹¹⁷ *Ibid.* DS núm. 292 de 21 de julio de 1811, pág. 1483.

¹¹⁸ Se descubre así un componente utilitarista en la definición del bien común: «No vagueemos ya disputando sobre las 300 opiniones de la antigüedad acerca de la felicidad quimérica, sino busquémosla en los bienes de la sociedad; no nos extraviemos en el laberinto enmarañado de los entes de razón, sino busquemos las verdades sobre el fundamento indestructible de la observación; no anticipemos definiciones caprichosas de cosas que no conocemos, sino deduzcámoslas por su examen, y por la reflexión de nuestras sensaciones, único origen de nuestro saber; no incurramos en la apática perplexidad del scepticismo, sino averigüemos por la razón y experiencia». Vid. *Semanario Patriótico*, núm. LXXVII, 26 de Septiembre de 1811, págs. 225-226.

¹¹⁹ En efecto, según Flórez Estrada, «el Soberano Legislador, que no puede proponerse otro objeto que el bien público, está obligado á retirar sus beneficios inmediatamente que conozca que los ha concedido por una equivocación, ó una imprudencia, ó luego que vea que nuevas necesidades y circunstancias los han desnaturalizado. Si se ha engañado, ó si nuevas luces le presentan una felicidad mayor en revocar sus anteriores determinaciones, ¿quien será el hombre tan ignorante o perverso, que sostenga que no le es permitido corregirse, revocar sus decretos, ó hacer un bien mayor?». Vid. *El Tribuno del pueblo español*, núm. 3, 10 de noviembre de 1812, págs. 30-31.

¹²⁰ Vid. *Discurso Preliminar a la Constitución de 1812*, *op. cit.*, pág. 79.

¹²¹ A ese tipo de justicia se refería el diputado La-Santa en una de sus intervenciones parlamentarias: «Una ley, para ser justa, ha de ser general, ha de comprender a todos; de lo contrario, se da una idea de parcialidad [...] porque nada hay que conturbe e incomode más al hombre que la idea de parcialidad e injusticia, que para muchos son sinónimos». DS, núm. 71, de 13 de septiembre de 1820, pág. 982.

duda llamativo que el derecho de igualdad ante la ley se excluyera para que no interfiriera en la negación de derechos a los no ciudadanos, a pesar de haber sido combatida en el seno de las propias Cortes¹²².

En cuanto al segundo término del binomio —la sabiduría—, es preciso tener en cuenta que el carácter voluntarista que para los liberales tiene la sabiduría de las leyes no consiste en tener buenas leyes, pero de cuya bondad dudan sus destinatarios, recogiendo así la idea de Mably de que tales leyes serían sin duda incumplidas. Por lo tanto, una ley justa será solo la basada en la libertad de sus destinatarios y en su disposición a cumplirla según sus costumbres, aplicando las teorías de Montesquieu sobre los climas y sobre la necesidad natural de cada país. De ello advertía el *Semanario patriótico*, órgano de opinión de los liberales: «no se imagine que el bien de una nación consiste en darle códigos, por bien organizados que aparezcan á primera vista [...] la dificultad inmensa está en dar leyes que convengan al carácter, costumbres, y opiniones de un pueblo determinado [...] no es menester ser sabio para cuidar de los intereses propios: la condición que se requiere es ser libre»¹²³. Con ello se ponía el énfasis en la ley como acto de voluntad por contraposición al ideal ilustrado del legislador versado e instruido. Ello contrasta con la postura defendida por diputados contrarios a que la sabiduría tuviera exclusivamente ese componente voluntarista y en los que se percibe cierto eco de Burke, como Cañedo (sobrino de Jovellanos y eclesiástico), y que blandieron la costumbre y la legislación histórica como límite a la versión voluntarista de la ley, que ya circulaba en los debates antes incluso de que se presentase el proyecto de Constitución: «No me detendré, Señor, á impugnar la opinion de los que dicen que cuando se trata de fomentar el bien público y de establecer leyes saludables, solo se debe consultar á la razon y á la conveniencia pública, sin consideracion alguna á las leyes establecidas, como si pudiese decirse que se consulta á la razon, apartando la vista de las leyes, y atendiendo el hombre solamente á la debilidad de su discurso, ó como si fuera posible establecer con razon y con justicia leyes nuevas sin examinar primero las costumbres y leyes ya recibidas en el Estado cuya felicidad se trata de fomentar»¹²⁴. Cañedo hacía descansar en este discurso la justicia de nuevas leyes en el respeto o al menos en

¹²² Por esta razón una ley que niegue derechos a parte de los miembros de la sociedad es vista como intrínsecamente injusta: «Ninguna cosa mas injuriosa, ninguna mas opuesta á la justicia natural y al fin de la formacion de estos cuerpos morales y colectivos, ninguna mas destructora de su progreso y riqueza, que la predileccion monstruosa y vituperable de las leyes tocante á los derechos de sus miembros, en cuya igualdad estriba la armonia que concilia sus intereses...». Vid. *Semanario Patriótico*, núm. LXXVIII, 3 de octubre de 1811, pág. 246.

¹²³ *Semanario Patriótico*, núm. XXVI, 20 de julio de 1809, pág. 188.

¹²⁴ DS núm. 272, de 1 de julio de 1811, pág. 1386 (cursivas mías).

la adecuación a las costumbres y leyes de lo que bien puede entenderse una Constitución empírica¹²⁵.

Por otra parte, para la causa liberal, además de reforzar el sentido igualitario de la ley, la garantía de protección mediante leyes *sabias y justas*, también venía en apoyo de otro de sus principios, en base al cual no cabría hablar tanto de sabiduría y justicia como requisitos de las leyes, sino más bien de un presupuesto o una cualidad de los representantes de la Nación. En efecto, la representación nacional se identificaba como la representación de los más capaces, de los mejor dotados de prudencia, sabiduría y razón; y de los más inclinados a cuidar del bien público mediante los instrumentos de la «ciencia de la legislación»¹²⁶. Estas cualidades se presumían presentes en los individuos de la clase media, mejor que en la nobleza, pues «aquellos son mejores ciudadanos, que mas facilmente obedecen á la razón. Los ciudadanos del estadio medio obedecen mas facilmente á la razón»¹²⁷.

Igualmente, el cúmulo de garantías en el procedimiento de elaboración de las leyes, si bien no dejaba de tener naturaleza formal, ofrecía una alta fiabilidad a la decisión adoptada en lo concerniente a su conveniencia, razonabilidad y ponderación, aun a costa de su lentitud¹²⁸. La deliberación de un cuerpo numeroso mediante un proceso discursivo y reflexivo permitía por otra parte llegar al descubrimiento de qué resulta justo y conveniente gracias al libre intercambio de opiniones e ideas garantizado por el mandato representativo¹²⁹. De ahí la idoneidad y cen-

¹²⁵ De hecho en la concepción de los diputados realistas, como es el caso de Cañedo, la tarea de las Cortes debía de ser la de puesta al día de la Constitución histórica forjada por la tradición y a resguardo de todo pacto que significase alterar su esencia. Vid. JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, «La doctrina de la Constitución histórica de España», *Fundamentos*, 6/2010, pág. 316.

¹²⁶ Vid. JOAQUÍN LORENZO VILLANUEVA, *Las angélicas fuentes o el Tomista en las Cortes*, Imprenta de la Junta de Provincia en la Casa de Misericordia, Cádiz, 1811, pág. 40.

¹²⁷ *Ibid.*, pág. 39.

¹²⁸ En esta línea se sitúa la observación de Portillo: «Es por ello que el sistema crea un proceso lento con diversas lecturas, discusión, votación y sanción real». Vid. JOSÉ M^a. PORTILLO VALDÉS, «La Historia del primer constitucionalismo español. Proyecto de investigación», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 24, 1995, pág. 343.

¹²⁹ La conveniencia como canon de justificación de la ley despertaba no obstante recelos en el sector realista de las Cortes, por considerar que bajo esos criterios se camuflaba el capricho interesado del legislador liberal. Éste fue el punto de vista sostenido por *El Censor*: «[...] nosotros no adoptamos otra política que la que se adhiere á lo justo sin cuya calidad no hay ley conveniente á ningun estado, por lo mismo que sin ella no puede haber ley duradera, siendo meras fórmulas, ó cláusulas para acallar á los niños ese farrago de voces, *conveniencia pública, alta política, secretos diplomáticos, ciencia de estado*, etc. etc.» (cursiva original). *El Censor General*, núm. 21, pág. 19.

tralidad de las Cortes para producir leyes justas: «Segun la Constitucion, toca á las Cortes decretar las leyes, no por otra razon sino porque deben conformarse á la justicia, la que es más fácil descubra un cuerpo deliberante»¹³⁰. El carácter justo de una ley depende por tanto de una presunción de su conveniencia avalada por un examen meditado, de modo que a mayor número de deliberaciones, más se incrementa la presunción de justicia de la ley tal y como expuso en las Cortes Guridi y Alcocer: «(...) ¿cuándo la Nacion estará más convencida de la justicia y sabiduría de una ley? ¿Cuándo obligando al Rey á dar la sancion en la segunda propuesta, podrá no estar todavía bien convencido de la necesidad, y manifestar algun disgusto, ó cuando persuadido por el tercer exámen y discusion, la sanciona y publica acompañada del impulso de su convencimiento? Cuanto más se examine y medite una ley, se manifestará más su justicia, se inspirará más confianza, y será más bien obedecida»¹³¹. Además de ello, la confianza en la elección de los más capaces se encargaba de reforzar dicha presunción de ley justa por cuanto conveniente y útil, tal y como el mismo diputado manifestaba en el debate sobre el veto: «¿Hemos de esperar más de cada uno, sea el que fuere, que del Cuerpo compuesto de individuos escogidos entre millares por su probidad y saber? Si no tenemos confianza en este Cuerpo, para qué hemos depositado en él el Poder legislativo y no lo hemos encargado al Rey?»¹³².

Tanto la legitimidad electiva como el procedimiento legislativo y la publicidad de los debates (quedando constancia de las razones y motivos sobre lo conveniente o inconveniente de adoptar una medida)¹³³, se unirían en un todo junto a la regla decisional de la mayoría, que hace aquí las veces de justicia: lo justo es lo decidido por la mayoría, en el sentido de legítimo, conveniente y razonable, de manera que la voluntad de los más, es la justicia¹³⁴. En consecuencia, siendo así que la ley se presume legítima, o constitucional, desde el punto de vista formal, cualquier atentado a los derechos que pudiera tener base en una ley, simplemente se convierte en un imposible, pues la voluntad general no se equivoca ya que ella misma es norma justa por excelencia¹³⁵. Así pues, siendo la garantía de los derechos cuestión de-

¹³⁰ La frase es de Argüelles, vid. *DS*, 10 de octubre de 1811, núm. 374, pág. 2037 (cursiva mía).

¹³¹ Vid. *DS* núm. 369, 6 de octubre de 1811, pág. 2001.

¹³² *Ibid.*, pág. 2003.

¹³³ Con la consiguiente importancia de la publicidad de las normas sobre procedimiento legislativo. Vid. JOSÉ CHOFRE SIRVENT, *Categorías y realidad normativa en las primeras Cortes españolas (1810-1837)*, Madrid, 1996, pág. 135.

¹³⁴ Vid. FLORENT GUENARD, « Puissance Législative et Puissance Exécutive: La marche vers le despotisme », en B. BERNARDI, F. GUENARD, G. SILVESTRINI (dir.), *Religion, Liberté, Justice sur les « Lettres écrites de la montagne » de J.-J. Rousseau*, Paris, 2005, pág. 143.

¹³⁵ Conforme a esa concepción liberal: «... una ley será buena o justa con tal que reúna la mayoría de sufragios, sin necesidad de atender a ninguna instancia superior...». Vid. JOSÉ CHOFRE SIRVENT, *Categorías y realidad normativa...*, *op. cit.*, pág. 75.

jada a la ley, no cabe desde luego una ley que no sea expresión de la voluntad nacional y, como ya hemos dicho, en tanto que beneficiaria de la máxima legitimidad, deviene inatacable (no es impugnable), dando fe de ello esa suerte no de infalibilidad, pero sí de superlegitimidad del poder legislativo, custodio y supremo intérprete de la Constitución (arts. 131.1 y 261.10 CE)¹³⁶.

Cabe por último abordar la cuestión de si el art. 4 parte de una concepción iusnaturalista de la justicia o si por el contrario la justicia de las leyes era algo posterior a la Constitución, debiendo concretarse en las deliberaciones del legislador. Ya se ha hecho mención al poso neoescolástico que tenía la noción de ley justa, como acto ordenado al bien común basado en la recta razón iluminada por la ley natural dependiente de la ley divina. Pero igualmente hemos advertido que el pensamiento liberal interpreta esa finalidad de la ley como utilidad y felicidad públicas. En el primer caso la justicia «tiende naturalmente a la conservación de equilibrios y proporciones preestablecidos» puesto que tiene el referente un campo normativo no definido convencionalmente, de ahí que el poder justo «no crea, ni constituye, sino que conserva y garantiza»¹³⁷. En cambio, para el pensamiento liberal, siendo la utilidad algo que solo se encuentra establecido en la ley porque previamente a su deliberación no se conoce cuál pueda ser, solo se podrá entender como justo el contenido de aquella ley en el que haya intervenido la buena fe y sea expresión de la voluntad general.

5. RESPONSABILIDAD DEL LEGISLADOR Y LEYES INCONSTITUCIONALES

Sabemos, dados los presupuestos liberales, de la dificultad teórica que entrañaba aceptar un control institucional sobre el legislativo. No obstante, y a pesar de esta dificultad será preciso referirse a si en la obra del constituyente llegó a plantearse el problema de la existencia de leyes inconstitucionales. Ya nos hemos referido a cómo la Constitución efectuaba una remisión «en blanco» y en consecuencia dejaba falto de

¹³⁶ En el discurso de contestación a la Corona en que Fernando VII juró la Constitución, leído por el Conde de Toreno, se exponía al Rey que «las Córtes, fieles observadoras de la Constitución, se valdrán de las facultades que ella les designa para la conservación de este Código fundamental...». Vid. *DS*, núm. 6, 10 de julio de 1820, pág. 22.

¹³⁷ Vid. ALEJANDRO AGÜERO, «Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional», en MARTA LORENTE SARIÑENA (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Cuadernos de Derecho Judicial, VI, 2006, págs. 28 y 29.

normatividad el principal artículo sobre derechos y libertades, que se dejaba a libre disposición del poder legislativo ordinario. Era la ley la que debía dotar de contenido a los derechos, sin más límite entonces que el de guiarse por criterios de «sabiduría y justicia». Por otra parte, la Constitución vinculaba al poder Ejecutivo y Judicial, a los que se les podía exigir responsabilidad por infringir la Constitución. Pero ¿podía una ley infringir la Constitución y ser responsable el Legislativo?

Resulta esencial para ello conocer si los constituyentes no fueron conscientes de la «inmunidad» del Legislativo, o si, por el contrario, se abordó en algún momento las posibles consecuencias de las leyes inconstitucionales. El diputado liberal y clérigo Villanueva alertaba en uno de los debates constituyentes sobre los «males y desastres» a que podía conducir una ley injusta, poniendo al descubierto cuán infundados e insuficientes eran los atributos con los que, desde esa «visión optimista» en exceso, se había «idealizado» y rodeado a la figura de «representante de la nación». Villanueva, cura de Algeciras, trataba de hacer ver que el Poder Legislativo podía actuar injustamente: «...conceptúo aquí un error que puede comprenderlos todos, y conducirnos á todos los males y desastres. Me explicaré. Los hombres, estableciendo leyes, Constituciones, ó tomando resoluciones particulares de cualquiera clase que sean, pueden equivocarse y errar, y pueden, queriendo hacer un bien, hacer un mal: pueden errar contra la política, contra la Constitución misma, contra la justicia, y aun contra la religión: hablamos de leyes políticas. Ninguno puede negar esto, á menos que se siente por principio que los hombres son infalibles...»¹³⁸.

De igual modo los diputados no dudaron en cuestionar la constitucionalidad de las normas ya aprobadas en Cortes desde la inmediata entrada en vigor de la Constitución. Así por ejemplo, respondiendo a una petición del diputado Arango, el diputado Antillón calificaba de *anti-constitucional* el art. 113 del Reglamento de Cortes (ordinarias ya) de 1813, que exigía informe de la Regencia cuando las Cortes decidiesen aprobar sus Decretos, para los que la Constitución no exigía sanción al guardar silencio sobre este tipo de fuente, viendo en ese informe preceptivo, exigido por el Reglamento de funcionamiento de las Cortes, una usurpación a éstas de la sanción exclusivamente parlamentaria que a su juicio era la que debía de acompañar a ese tipo de normas¹³⁹.

Durante el Trienio asimismo fueron más numerosos los casos en los que se tachó de inconstitucional no solo el contenido de determinadas le-

¹³⁸ DS núm. 380 de 18 de octubre de 1811, pág. 2105.

¹³⁹ «...en su opinion era anti-constitucional, pues la Constitucion da solo al Rey aquella prerrogativa; y con este motivo tratò de manifestar los inconvenientes que podria producir el artículo 113 del reglamento interior, que era una especie de sancion anticipada, opuesta á la libertad que deben tener los Diputados...». Vid. DS núm. 13, de 12 de octubre de 1813, pág. 111.

yes¹⁴⁰, como la que prohibía las sociedades patrióticas¹⁴¹, sino también la posibilidad de proponer los Ministros que debían recibir el nombramiento del Rey, facultad que se consideraba que excedía los límites de las que la Constitución reconocía a las Cortes y por tanto como «anticonstitucional»¹⁴².

Así pues, los diputados doceañistas hubieron de reconocer, no sin forzar sus postulados, que el poder legislativo, aunque expresión de la voluntad general, podía extraviarse en cuanto a la conveniencia, utilidad o incluso justicia, de las propuestas de ley que debían pasar a la sanción real. En ello encontramos además un paralelismo con el caso francés: también allí se fue consciente de que «une Assemblée Nationale peut errer»¹⁴³, dedicando parte de los debates al problema de «le despotisme participatif»¹⁴⁴.

Al menos respecto a los derechos existían algunas razones de peso para comprender por qué en punto a la inconstitucionalidad de las leyes, no era dable controlar su contenido por vulnerarlos. Entre otras, una primera razón era que la inexistencia de un control de la constitucionalidad de las leyes no equivalía a ausencia de controles sobre el poder legislativo, pues el veto regio era el remedio a los extravíos del legislador. Una segunda razón tiene que ver con el propio concepto de ley, expresión de la voluntad general y norma sancionada por el Rey y que, en cuanto a los derechos individuales, siendo la ley una norma general y abstracta querida por los representantes de la nación, difícilmente perjudicaría los derechos de nadie, pues la ley establecía mandatos o prohibiciones para ser observados por todos y que a todos protege por igual¹⁴⁵. Del mismo modo, el ámbito de lo inconstitucional quedaba reservado especialmente para aquellas vul-

¹⁴⁰ A título de ejemplo Fernández Sarasola cita: Benítez (*DS* núm. 42, 15 de agosto de 1820), pág. 526, Flórez Estrada (*DS* núm. 62, 4 de septiembre de 1820), pág. 819, Martínez de la Rosa, (*DS* núm. 63, 5 de septiembre de 1820, pág. 830). IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA, *La Constitución de Cádiz. Origen, contenido y proyección internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pág. 128, *in nota*.

¹⁴¹ Martínez Marina observaba a propósito de la vulneración del derecho de libertad de expresión que a su juicio ocasionaría el proyecto de ley de abolición de las Sociedades Patrióticas que dicho proyecto era «inútil, perjudicial, injusta, anti-constitucional [...]». Vid. FRANCISCO MARTÍNEZ MARINA, *Discurso sobre sociedades patrióticas*, Madrid, Imprenta de la Compañía, 1820, p. 68 y p. 70.

¹⁴² Vid. *DS*, núm. 6, 3 de marzo de 1821, pág. 51 (diputado Palarea).

¹⁴³ La frase fue pronunciada por el diputado Grégoire. Cfr. «Opinion sur la sanction royale», *Archives parlementaires*, t. VIII, pág. 567.

¹⁴⁴ Vid. MARCEL GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, 1989, pág. 145.

¹⁴⁵ Según Flórez Estrada, «una legislación verdaderamente sagrada es la que consulta los intereses de todos los ciudadanos, y que protege igualmente al pobre que al poderoso». Vid. *El Tribuno del pueblo español*, núm. 12, 11 de diciembre de 1812, pág. 168.

neraciones de la letra o el espíritu de la Constitución que implicasen una prohibición, cosa nada clara respecto a los derechos. Y en último lugar, presupuesta la buena fe del legislador en base al art. 4 CE —constreñido es cierto por una obligación moral, más que jurídica—, la ley gozaba de una presunción de constitucionalidad pues actuando de buena fe solo podía incurrir en error o extravío en su cometido. Este aspecto es especialmente relevante, pues suponía un entendimiento de la justicia de la ley respecto a los derechos muy próximo al basado en motivos de oportunidad, conveniencia y utilidad social, o, lo que es lo mismo, la Constitución, habiendo abdicado de su carácter de ley al no establecer prohibiciones al legislador en la regulación de los *derechos legítimos*, parece tenía tan solo una *vis directiva*, pero no una *vis coactiva*, propiciando que las leyes que habían de ocuparse de ellos solo se entendieran sometidas a un criterio político y de conveniencia pública¹⁴⁶.

El criterio de racionalidad y el criterio de razonabilidad, que para la dogmática liberal es inmanente a la ley por su generalidad y abstracción¹⁴⁷, conformaban por tanto el criterio de justicia de las leyes, lo que claramente impide la existencia de un canon normativo, que no tiene acogida tampoco en la actualidad, en virtud del cual fueran justiciables las leyes por irracionalidad, ineffectividad o inutilidad¹⁴⁸. Contra lo inadecuado e incorrecto que era aplicar el criterio de oportunidad política y del interés general como canon de constitucionalidad, lo cual contrariaba el valor de la Constitución como ley, se alzaron algunas voces, solo que años después, durante el Trienio, como la de Martínez de la Rosa, quien alertaba de que para examinar si una decisión de las Cortes «sería conforme á la ley constitucional, que es nuestra pauta y regla, nada valen razones de conveniencia pública ni argumentos de política»¹⁴⁹.

Cabe asimismo señalar que no es intrascendente tampoco que el constitucionalismo gaditano se construyera como reacción desconfiada hacia el monarca, de lo cual dan testimonio numerosos preceptos del Código de

¹⁴⁶ Resulta significativo que la constitucionalización de los derechos en singular y de manera genérica, como sucede en el art. 4 CE con el derecho de libertad, no fuera precisamente un obstáculo para las constituciones flexibles ya que la fuerza directiva de sus preceptos permitía variar y modular su contenido. La técnica empleada en el citado precepto no estaría por tanto muy lejos de la que inspiró las constituciones flexibles. Vid. ALESSANDRO PACE, «Libertà e diritti di libertà», en *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Giuffrè, Milano, 2010.

¹⁴⁷ Vid. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, septiembre-diciembre, 1983, pág. 75.

¹⁴⁸ Vid. al respecto, JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, pág. 78.

¹⁴⁹ DS, núm. 6, 3 de marzo de 1821, pág. 48.

1812¹⁵⁰, y que condujo a una confiada actitud hacia la «recuperación» de la soberanía por parte de la Nación, lo que impidió un entendimiento de la Constitución como acto esencialmente de desconfianza hacia toda autoridad, tal y como pronto propugnarían autores como Constant, para el que por muy sabio o justo que sea, la sociedad debe hacer frente a todo poder público, incluido el legislador, como garantía de la libertad¹⁵¹. Al respecto, los constituyentes gaditanos concebían como potencial atentado a la Constitución principalmente las vulneraciones al principio de separación de poderes¹⁵², adoptando por tanto una concepción similar a la de los constituyentes revolucionarios franceses. Como consecuencia, la defensa de la Constitución estuvo concebida para responder a ataques o atentados de naturaleza política contrarios a la misma existencia de un poder constituyente de la Nación que privaba de sentido la necesidad de una defensa jurídica¹⁵³.

No obstante, la razón de mayor entidad que se oponía al reconocimiento de un control de constitucionalidad sobre las leyes reside en la interpretación dada al principio de soberanía nacional. Este principio impedía exteriorizar en otro órgano que no fuera el representante de la Nación un control de las leyes, y ello en gran medida por los presupuestos de los que partían: la arbitrariedad contra la Nación deja de existir desde el preciso instante en que ésta misma acaba tomando la soberanía y el ejercicio del poder. El sustrato hobbesiano del principio de soberanía de la Nación es bien patente en este sentido y es el que explica por qué ningún órgano o instancia pudiera estar por encima de la reunión de representantes del soberano (quizás por ello se desechó la idea de un *jury* constitucional como la propuesta por Sieyès). Conviene además tener presente a este respecto

¹⁵⁰ Vid. SANTIAGO A. ROURA GÓMEZ, *La defensa de la Constitución en la historia constitucional española*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998, pág. 147. No obstante, debe precisarse que la desconfianza no estaba dirigida tanto hacia el Monarca como hacia el Ejecutivo, tal y como muestran los debates en torno a la separación entre Legislativo y Ejecutivo. Vid. JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, «Rey, Corona y Monarquía en los orígenes del constitucionalismo español», *Revista de Estudios Políticos*, nº 55, Enero-Marzo, 1987, pág. 150.

¹⁵¹ Sobre este planteamiento de Constant, véase LUCIEN JAUME, *L'individu effacé*, Fayard, Paris, 1997, pág. 106.

¹⁵² Argüelles fue explícito al respecto en el debate sobre la periodicidad de la convocatoria de Cortes: «[...] la Nación es preciso que esté, por decirlo así, viva en la persona de sus representantes. Ellos solos son los que han de defender la Constitución, asegurando su observancia, y contrarrestando á los Ministros ó á los poderosos que intenten invadirla». *DS*, núm. 362, 29 de septiembre de 1811, pág. 1951.

¹⁵³ Vid. en este sentido SANTIAGO A. ROURA GÓMEZ, *La defensa de la Constitución...*, *op. cit.*, pág. 112.

que la sabiduría y justicia actuaban en la teoría de Rousseau como complemento corrector de la legitimidad intrínseca que, de acuerdo con la doctrina de Hobbes, se derivaba de toda ley como acto del soberano, siendo los mencionados atributos una cualidad procedimental en la elaboración de la ley, que solo cabe entender sabia y justa cuando fuera adoptada tras un estudio reflexivo y penetrado de razón, pues como señalaba El Sensato, «los Padres de la Patria, que no presumen tener el don de infalibilidad quieren que no por fé, sino por discurso nos convenzamos de lo razonable, y justo de sus decretos»¹⁵⁴.

Así las cosas, siendo la ley la expresión de la voluntad general, de la Nación, y estando compuesto el poder constituyente por representantes de la Nación, sólo en el Legislativo se podía residenciar la interpretación de la Constitución incluso respecto de sus propias leyes.

Los diputados doceañistas habrían consentido, como entiende Fernández Sarasola, que un poder constituido ejerciera *de facto* como poder constituyente, no sujeto por tanto a la Constitución, cuyo único valor sería el de un texto a interpretar mediante leyes. De este modo el principio de soberanía nacional hacía que un mismo sujeto fuera a la vez intérprete, custodio y aplicador de la Constitución. Esta aparente contradicción que *prima facie* resulta contraria a la teoría de la distinción entre poder constituyente y poder constituido ha tratado de ser explicada en términos de técnica de aplicación de las normas por Fernández Sarasola, para el que las relaciones entre ley y Constitución estaban regidas por una regla similar a la *lex specialis derogat lex generalis*¹⁵⁵. El autor niega expresamente de este modo la existencia de una relación de jerarquía entre Constitución y ley y que se admitiera en las Cortes doceañistas la existencia de leyes inconstitucionales, y ello aunque en el seno de las Cortes no faltaron diputados que se opusieron a actos normativos que a su juicio resultaban contrarios a la Constitución. Así, el legislador no estaría vinculado negativamente a la Constitución, sino tan solo positivamente. Ésta no es la tesis de otros autores como Garriga, para el que los diputados doceañistas conciben la ley como norma secundaria a la Constitución, estando por tanto «sometida o supeditada formal y/o materialmente a la Constitución», apoyándose para sustentarlo en el Discurso preliminar del Código civil de 1821¹⁵⁶.

Es cierto que ningún dispositivo concreto o consecuencia cierta se encontraba prescrita para el caso de leyes inconstitucionales o siquiera injustas. En efecto, no fi-

¹⁵⁴ Vid. *El Sensato*, núm. 8, 3 de octubre de 1811, pág. 129.

¹⁵⁵ Vid. IGNACIO FERNÁNDEZ SARASOLA, «Valor normativo y supremacía jurídica de la Constitución de 1812, en REMEDIO SÁNCHEZ FERRIZ-MARIANO GARCÍA PECHUAN, *La enseñanza de las ideas constitucionales en España e Iberoamérica*, Valencia, 2001, pág. 199.

¹⁵⁶ Vid. CARLOS GARRIGA, «Constitución, Ley, Reglamento...», *op. cit.*, pág. 478.

gura en el enunciado del art. 4 CE cuál es la forma de determinar qué leyes son injustas o a quién corresponde tal juicio, ni llega a precisarse con claridad en el resto del articulado constitucional. Se hace patente así la voluntad de excluir un control de constitucionalidad de las leyes que se hubiera interpretado como contrario al principio de soberanía nacional. Puede desde luego objetarse que la falta de la institucionalización de un control de este tipo, ya existente por otra parte y del cual tenían conocimiento los diputados doceañistas (a través del Tribunat de Sieyès), venía a ser una evidente incongruencia no solo con la doctrina del poder constituyente y el poder constituido, sino también con la primacía de la Constitución respecto a la ley. No parece sino que a las leyes inconstitucionales les estaba reservada su derogación cuando éste fuera el convencimiento mayoritario de las Cortes¹⁵⁷.

El único mecanismo institucional destinado a corregir y a controlar al poder legislativo fue el veto regio, que planteaba importantes problemas de base doctrinal al ideario liberal¹⁵⁸, razón por la cual no se reconocía con carácter absoluto, pero podía demorar la aprobación de una ley. Según uno de los autores del proyecto de Constitución, el veto regio debía operar como una suerte de control preventivo sobre la constitucionalidad de las leyes, que opondría el Rey para cuando albergase dudas sobre su constitucionalidad. En efecto, Argüelles, sostuvo en este sentido que «...cuando la comision dio la sancion al Rey, creyó que era necesario este artículo para el caso de haber un gran número de Diputados cuyas pasiones fuesen demasiado exaltadas, y sus miras, dirigidas á invadir la ley fundamental, puedan tener un correctivo en la sancion del Rey, y la teoría del veto suspensivo no está fundada en otros principios»¹⁵⁹. Sin embargo el veto regio era discrecional, pudiendo por tanto introducirlo el Monarca también contra leyes justas. Conviene al respecto recordar lo que en el debate sobre el veto expuso Guridi y Alcocer: «Decir que no es de creer que se oponga el Rey á una ley justa, es un argumento de muy fácil retorsion; pues tampoco es de creer que unas Córtes decretan sino lo justo. La posibilidad es la que se atiende, y esta cabe en uno y otro extremo»¹⁶⁰. De estas palabras se deduce que era admisible que el poder legislativo no resultara infalible, entendiendo de este modo

¹⁵⁷ Vid. F. MARTÍNEZ MARINA, *Discurso sobre sociedades patrióticas*, op. cit., pág. 70.

¹⁵⁸ En efecto, «si un decreto es la expresión de la voluntad general, ya es ley, y no hay poder alguno sobre la tierra que tenga derecho a impedir que los sea [...] La dificultad consiste en saber si un decreto es o no la expresión de la voluntad general; así, pregunto si hay que presumir que la divinidad haya inspirado a un solo hombre [...] sin la necesidad de consultar a quienes componen la sociedad». Véase la lista completa de objeciones doctrinales contra el veto de Manuel Rubín de Celis, en *Discurso sobre los principios de una Constitución libre*, s.d., recogido por ANTONIO ELORZA en *Pan y toros y otros papeles sediciosos del siglo XVIII*, Editorial Ayuso, Madrid, 1971, págs.. 60-61.

¹⁵⁹ DS núm. 367, 4 de octubre de 1811, pág. 1989 (cursivas mías).

¹⁶⁰ Vid. DS, núm. 369, 6 de octubre de 1811, pág. 2003.

que la obligación impuesta por el art. 4 CE no era una obligación de resultado, pero igualmente dan muestra de que el Rey podía hacer un uso político del veto.

La garantía constitucional contra una ley injusta parecía entonces reducirse a ese contrapeso institucional del veto regio y también a la opinión pública¹⁶¹, porque a estos efectos lo injusto es simplemente lo perjudicial a la comunidad. En cuanto a lo primero, Argüelles consideraba que «aun dado el caso que la tendencia á invadir la Constitucion sea igual en la representacion nacional y en el Gobierno, ha de ser siempre hácia objetos diferentes. En este caso se establecerá un equilibrio entre las dos autoridades, que no podrá destruir jamás la autoridad legislativa. Los Diputados no tienen otros medios que agitar hasta cierto punto las pasiones»¹⁶². En cuanto a lo segundo, la libertad de imprenta venía a ser garantía de la existencia de la razón pública y de la imparcialidad¹⁶³, ya que la discusión pública serviría para ilustrar sobre las razones desinteresadas que guían al legislador, salvo que la nación rechazase expresamente esas razones. No obstante las decisiones del legislador pueden incluso ir contra lo que es opinión común adoptando la tesis de Rousseau, pues «los pueblos eligen a sus representantes para que les enseñen el camino de la felicidad que no conocen, de modo que la expresión de sus votos, aun cuando sea contraria a la opinión vulgar, siempre que la nación no se oponga a admitir sus decisiones, es la expresión de la voluntad general»¹⁶⁴.

Así pues, y desde presupuestos liberales, la ley solo conocía dos límites en esta Constitución: el contrapeso del veto regio y la opinión pública, según reconocía Vicente Cano Manuel, por cierto, Presidente de aquellas Cortes y diputado por Murcia¹⁶⁵. A la opinión pública se la imaginaba de hecho como el «tri-

¹⁶¹ Flórez Estrada escribía por ejemplo que «no puede haber Sociedad libre en que todo ciudadano, y toda Autoridad, sin excepcion del Legislador, no conozca un freno que le contenga, y no pudiendo tener los Representantes de una Nacion, como Legisladores, otro freno que la opinion pública...». Vid. *El Tribuno del pueblo español*, núm. 2, 6 de noviembre de 1812, pág. 14.

¹⁶² DS, n.º 362, 29 de septiembre de 1811, pág. 1952.

¹⁶³ Incluso la prensa realista admitía que «los Padres de la Patria, que no presumen tener el dón de infalibilidad quieren que no por fé, sino por discurso nos convenzamos de lo razonable, y justo de sus decretos. Esto es muy conveniente. De lo contrario se daría lugar, á que muchos pensasen, que el interés, ó alguna otra pasion influía en sus resoluciones». Vid. *El Sensato*, núm. 8, 3 de octubre de 1811, pág. 129.

¹⁶⁴ *El Tribuno del pueblo español*, núm. 5, 17 de noviembre de 1812, pág. 50.

¹⁶⁵ «El Poder legislativo es el encargado de hacer las leyes que se dirigen al bien y felicidad de la Nacion. Primer límite de este Poder: el derecho que se reservan los ciudadanos para ejercer el supremo sobre todos aquellos á quienes han hecho los depositarios. ¿Y de qué modo le ejerce la Nacion española? Por el de la libertad de la imprenta. Segundo límite: éste dimana del Poder ejecutivo [...] Nuestra Constitucion señala hasta tres las veces que puede usar de sus facultades y prerrogativas...». DS, núm. 6, 3 de marzo de 1821, pág. 42.

bunal» a cuyo escrutinio se hallaba sometida el legislador¹⁶⁶, compuesta de los ciudadanos con suficiente ilustración para llevar a cabo un examen sobre la razonabilidad de las leyes, pues la razón no basta para persuadirse de la bondad de aquellas leyes que no son la ley fundamental, teniendo entonces la opinión el cometido de instruir al legislador. El escrutinio de la ley consiste entonces en una crítica razonada y reflexiva ejercida con vigilancia constante por la opinión pública, auténtico parlamento de papel, a fin de que las Cortes no traspasen los límites constitucionales¹⁶⁷. De este modo la razón, que acompaña a los representantes cuando no se dejen llevar por criterios egoístas¹⁶⁸, y la ilustración que proporciona al legislador la opinión pública, se convierten en los dos mecanismos para velar por la justicia de las leyes¹⁶⁹, teniendo en cuenta que opinión pública no es solo la que se manifiesta sobre el contenido de las decisiones adoptadas por el legislador, sino también la que se pronuncia sobre las razones que han guiado a los representantes de la nación, de suerte que «las leyes envueltas en el misterio, y que no son sancionadas a la faz del cielo y de los hombres no pueden llevar el carácter de sábias y benéficas»¹⁷⁰. La publicidad de los debates devenía así una garantía instrumental del control de la opinión pública sobre el legislador, pues

¹⁶⁶ Así lo admitía abiertamente por ejemplo el *Semanario Patriótico*: «el congreso [...] estaría ya enteramente desacreditado si los mismos diputados se hubiesen eximido de la opinión pública, que es su tribunal, poniendo trabas à la libertad de escribir», *Semanario Patriótico*, núm. LXVI, 11 de julio de 1811, pág. 381.

¹⁶⁷ En esta línea se situaba también Blanco White, quien desde su periódico editado en Londres, exhortaba a que la opinión pública examinara con impaciencia la labor de las Cortes, que no estaban libres de traspasar los límites constitucionales. Vid. *El Español*, núm. XI, 28 de Febrero de 1811, pág. 374.

¹⁶⁸ Vid. *Semanario Patriótico*, núm. LXIII, 20 de junio de 1811, pág. 296.

¹⁶⁹ Con la mayor claridad lo ponía de manifiesto Quintana en un discurso impreso con motivo de la apertura de las Cortes extraordinarias: «Quered lo justo, Representantes del pueblo; y por justo en política se entiende cuanto es conveniente á la salvación del Estado. Quered lo justo, pero quereddlo con fuerza [...] Sí, responderéis tal vez, nosotros deseamos la salvación y la gloria de la Patria; pero en la muchedumbre de intereses y pasiones que se cruzan [...] ¿cómo descubrir y ver con claridad esa justicia, esa conveniencia...? [...] El hombre público, tiene del mismo modo que el hombre privado, una antorcha que le guía, y esta antorcha no falta nunca al que se arregla por ella. Quitad al uno la voz de su conciencia, se hace perverso; quitad al otro el respeto a la opinión pública, se hace un tirano. La voz, pues, de la opinión pública, sea vuestra antorcha y vuestra guía». Vid. MANUEL JOSÉ QUINTANA, «Discurso de un español a los diputados de Cortes (21 de septiembre de 1810)», en *Cortes Generales y extraordinarias. 24 de Septiembre de 1810. Noticias y sucesos dignos de mención referentes a esta época*, Talleres Tipográficos de Manuel Álvarez, Cádiz, 1896, págs. 81-82.

¹⁷⁰ La frase es de Flórez Estrada en *El Tribuno del pueblo español*, núm. 2, 6 de noviembre de 1812, pág. 13.

se trataba de controlar en todo momento la rectitud de intenciones de los representantes¹⁷¹. Así pues, si las razones del legislador no son públicas, no es posible alcanzar la justicia y la verdad, pues sin un escrutinio público corre el riesgo de degenerar él mismo en un tirano, o dará lugar a que otro lo sea¹⁷². No se escapa que la finalidad del escrutinio público de la ley es por un lado la de reforzar el principio de identidad entre gobernantes y gobernados en que se basa el principio de soberanía, mientras que por otro servía para generar confianza en los destinatarios de la ley.

Pero la opinión pública no podía llegar a ser mucho más que el instrumento con el que generar una suerte de *communis opinio* de inconstitucionalidad de las leyes, pero no era un remedio de defensa de la Constitución en el sentido que lo puede ser un procedimiento de control. No obstante es fundamental el papel que el liberalismo atribuyó como contrapeso del poder Legislativo a la opinión pública, en especial los liberales anglófilos¹⁷³.

Así las cosas, parece que el único remedio bosquejado por los liberales a una ley inconstitucional parece que se articulaba en torno a la tradicional doctrina sobre la nulidad de una ley injusta, y que en el pasado había venido siendo un fundamento doctrinal del derecho de desobediencia a este tipo de leyes (Locke), abandonado sin embargo desde Kant. Pero puede que esta doctrina jugara algún papel todavía, ya que a ello ayudaba la propia dicción de los arts. 4 y 12 CE, que imponen la obligación de adoptar leyes sabias y justas. En el enunciado de estos dos preceptos parece que en efecto podía seguir teniendo cabida, además del concepto rousseauiano de ley, siempre justa y recta, también el concepto de ley tra-

¹⁷¹ Decía Flórez Estrada que «la Nación no será mas libre bajo la obligarquía de sus Procuradores que lo era bajo el poder del Príncipe, pues que con ningun fundamento se puede creer que las pasiones de aquellos serán menos numerosas, ni menos temibles que las de un Príncipe». Vid. *El Tribuno del pueblo español*, núm. 2, 6 de noviembre de 1812, pág. 14.

¹⁷² Flórez Estrada lo argumenta en razones históricas: en principio todos los pueblos «han prescrito reglas de justicia, de beneficencia, y de sabiduría á los ciudadanos. Quando el Legislador por medio de la pública censura habia tomado precauciones contra sus mismas debilidades, y por medio de las luces de los ciudadanos aumentaba sus propias fuerzas, ó no osaba extraviarse, ó estaba pronto a reparar sus extravíos, ó era bastante sábio para no cometerlos. Por el contrario, quando el Legislador no se habia prescrito este método para seguir constantemente la justicia, y para buscar la verdad, luego era víctima ó de sus caprichos, ó de sus errores, y léjos de guiar y dirigir bien á los ciudadanos, muy pronto los escarriaba...». *El Tribuno del pueblo español*, núm. 2, 6 de noviembre de 1812, pág. 15.

¹⁷³ Decía Blanco White en sus «Relexiones sobre el reglamento de imprenta» en las páginas de *El Español* que «el poder de la imprenta intérprete de la opinion pública, es el contrapeso del poder de las Cortes, como el de estas debe serlo el ejecutivo». *El Español*, núm. 9, 30 de diciembre de 1810, pág. 223.

dicional de la doctrina neoescolástica, para el que la ley injusta no es ley sino una falsa ley, ya que en sentido estricto, la ley no puede entenderse como tal si no es intrínsecamente justa¹⁷⁴. Como consecuencia de ello, de acuerdo con la teoría tomista, toda ley injusta podía ser desobedecida, pues no se trataba en realidad de una verdadera ley. Y puesto que no se establece en la Constitución gaditana como una obligación de contenido jurídico exigible, el deber de adoptar leyes sabias y justas irremediabilmente conducía, para quienes veían un defecto el haberlo incluido en el art. 4 CE, a que cualquier ciudadano pudiera interpretar una ley como injusta para desobedecerla¹⁷⁵. Sin embargo, esta crítica olvidaba que el art. 7 CE imponía la obligación a «todo español» de obedecer las leyes; cabe entender que con independencia del juicio que sobre la justicia de las mismas dictaminara la razón individual, adoptando por lo tanto la doctrina de Mably sobre la necesaria obediencia si el gobierno es libre¹⁷⁶.

En principio, pues, para los liberales más radicales es indudable que la ley siempre había de presumirse justa por ser expresión de la voluntad general, y que por lo tanto no cabía desobediencia a la ley. Pero lo cierto era que frente al subjetivismo del voluntarismo contractualista ligado al concepto rousseauiano de ley, se alzaba el positivismo racionalista de una Constitución rígida como derecho objetivo, que recogía además la aspiración ilustrada, sostenida sobre todo por Montesquieu, de la certeza de los derechos individuales¹⁷⁷. Dicha rigidez impedía en efecto que la Constitución pudiera ser modificada por una simple ley, debiendo por tanto seguirse de ahí que una ley que contraviniese la Constitución debía ser nula. La fórmula del juramento constitucional parece otorgar reconocimiento oficial a esta doctrina. En dicha fórmula, entre otras cosas, además de jurar respetar «sobre todo» la libertad política de la Nación, y la personal de cada individuo, se debía prestar juramento de no deber ser obedecidos en lo que de contrario a la Constitución pudieran tener sus resoluciones, porque «antes bien

¹⁷⁴ En torno a este concepto de ley, como acto intrínsecamente justo, vid. J. LORENZO VILLANUEVA, *Las angélicas fuentes o el Tomista en las Cortes*, op. cit., pág. 33.

¹⁷⁵ «Qualquiera dirá que esta ú otra ley relativa al intento no le parece justa, y de aquí concluirá que no debe obedecerla». Vid. *Sencillas reflexiones a varios artículos de la Constitucion...*, op. cit., pág. 15.

¹⁷⁶ Vid. *Des droits et des devoirs du citoyen*, 1789, en la que Mably expone que «Dans ces régions heureuses où les lois, ouvrages d'un peuple libre, sont méditées, faites, et publiées avec ces formalités et cette lenteur sage et réfléchie, qui leur donnent de la majesté et de la forcé, je voudrois, avec Platon, que le citoyen ne prétendit pas être plus sage que la loi, en refusant d'obéir à ce qu'il croit injuste», pág. 101.

¹⁷⁷ Vid. GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Il Mulino, Bologna, 1976, pág. 376.

será nulo y de ningún valor» aquello en lo que se contraviniera la Constitución¹⁷⁸. Pero ¿cómo saber si una ley es inconstitucional? ¿debía tener alguna consecuencia la supuesta nulidad?

Una fórmula que, articulada en torno a un verdadero derecho ciudadano, concebía una auténtica impugnación individual de las leyes, fue la propuesta por Condorcet en la Convención de 1793, siendo objeto de la crítica jacobina por la inseguridad jurídica que crearía y por encubrir un derecho a la rebelión¹⁷⁹. En cambio, Jovellanos, que fundaba la Constitución en un pacto suscrito entre la nación y el Rey, reconocía un derecho de resistencia a la nación si el monarca pasaba los términos del pacto con la fuerza¹⁸⁰. Por su parte Flórez Estrada, un liberal radical, concebía un control sobre la observancia de los artículos de la Constitución ejercido por una comisión nombrada por una de las cámaras en que debía dividirse el congreso nacional previsto en su Proyecto de Constitución, pudiendo reclamar su observancia ante el «congreso soberano», lo cual deja la duda de si comprendía un control sobre las leyes. No obstante, dicha comisión tenía atribuida en el proyecto de Flórez Estrada la iniciativa de la reforma constitucional que contemplase como necesarias¹⁸¹.

En todo caso, si el juramento a la Constitución, como acabamos de ver, instaba a la desobediencia de aquellas decisiones contrarias a la Constitución, ¿no era éste un reconocimiento implícito de su superior jerarquía y normatividad? Evidentemente, por contra, tan abierta declaración en el juramento a la Constitución se contrapone a la obligación de todo español de obedecer las leyes (art. 7 CE). ¿Cómo conciliar ambas cosas? La inobservancia de la ley inconstitucional, ya que sería nula a todos los efectos, parece que era la consecuencia que se desprendía

¹⁷⁸ Dicha fórmula se contenía en el Decreto CXXXVII, de 14 de marzo de 1812. Vid. *Coleccion de los Decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde 24 de septiembre de 1811 hasta 24 de mayo de 1812, mandada publicar por orden de las mismas*, Tomo II, Madrid, Imprenta Nacional, 1820, págs. 94-95.

¹⁷⁹ En efecto Condorcet formula lo que para el pensamiento rousseauiano coetáneo era toda una paradoja al considerar que el soberano puede perjudicarse a sí mismo, puesto que existe la posibilidad de leyes injustas aun en el régimen más perfecto que sea imaginable. En su Proyecto de declaración de derechos naturales, civiles y políticos de los hombres, al que seguía un esquema de Constitución, se contenía un art. 32 que establecía que «Hay opresión cuando una ley viola los derechos naturales, civiles y políticos que ella debe garantizar». Vid. LUCIEN JAUME, «Garantir les droits de l'Homme: 1791-1793», *La Revue Tocqueville*, vol. XIV, núm. 1, 1993, pág. 53.

¹⁸⁰ «Consulta de la convocatoria a Cortes por estamentos», recogido en MANUEL FERNÁNDEZ MARÍN, *Derecho parlamentario español, op. cit.*, Tomo I, pág. 463.

¹⁸¹ Art. XXXVIII. 3ª. El Proyecto se publicó en *El Español* en Inglaterra. Vid. *El Español*, núm. IX, 30 de diciembre de 1810, pág. 186.

para una parte de los diputados, en virtud precisamente de la fórmula de juramento y en aplicación de la doctrina lockeana¹⁸². Así, por ejemplo, cuando hubo de nombrarse una comisión especial para elaborar un dictamen sobre el art. 113 del Reglamento para el gobierno interior de las Cortes, uno de los dos dictámenes, y que se pronunciaba por la inconstitucionalidad, señalaba que «tal artículo es anticonstitucional, y por consiguiente de ninguna fuerza ni valor para obligar á su observancia, y que las Córtes no pueden observarle sin faltar al solemne juramento que han hecho todos los Diputados de guardar y hacer guardar religiosamente, y sin traspasar al mismo tiempo los límites que les están señalados de no poder derogar, alterar ó variar en manera alguna ninguno de sus artículos bajo de ningun pretesto»¹⁸³.

Nuestro primer liberalismo se veía encerrado así en la contradicción que acompaña al modelo de Estado Legislativo y que se rebela contra el Estado de Derecho. Como ya indicara Schmitt, en este modelo, «la soberanía de la ley pende exclusiva y directamente [...] de la fe en la justicia y la razón del legislador mismo»¹⁸⁴. Toda la garantía contra el abuso y la arbitrariedad están en la persona misma del legislador, ya que sin garantías materiales, el Derecho se vincula a procedimientos formales a los que se debe prestar una sumisión incondicional y ciega, lo cual supone una abdicación a la relación del contenido de la ley con el Derecho y la justicia, además de suponer igualmente un abandono a toda forma de derecho de resistencia¹⁸⁵.

Por todo ello se exigía una fe ciega en el legislador, contemplando solo el derecho de recurrir las infracciones de los demás poderes y no quedando otra alternativa que la de intentar cambiar las leyes que fueran injustas ejerciendo el derecho de voto en las elecciones a Cortes.

En definitiva la inclusión en la Constitución de la obligación de proteger los derechos mediante leyes sabias y justas prestaba su servicio como garantía moral al concepto de ley formal, por lo que no puede considerarse una cláusula de estilo inservible del todo. En la cultura de nuestro primer liberalismo creo que desempeñaba el papel de una temprana y rudimentaria fórmula con la que nuestro

¹⁸² Incluso llegó a plantearse la ilegitimidad de la obligatoriedad del juramento a la Constitución para Cortes venideras, argumentando que si la Constitución era modificable, sus mandatos no tenían por qué recibir juramento (Inguanzo), a lo que Villanueva repuso que para negar el juramento debía probarse antes que las normas contenidas en la Constitución eran injustas. *DS*, núm. 363, 30 de septiembre de 1811, pág. 1960.

¹⁸³ *DS*, núm. 29, 28 de octubre de 1813, pág. 167.

¹⁸⁴ Vid. C. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, *op. cit.*, pág. 19.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pág. 20.

primer constitucionalismo pretendió proclamar un Estado constitucional de derecho en el que no bastara la legitimidad formal como criterio de la validez de las leyes¹⁸⁶.

Por esta razón se comprende que el deber de justicia impuesto en la Constitución comprendiera además una vertiente subjetiva que demandaba un mecanismo parecido al de exigencia de responsabilidad por infracciones a la Constitución de los órganos aplicadores del Derecho y que hubiera hecho inevitable el enjuiciamiento de la conducta de quienes, ocupando el cargo de representantes en el poder legislativo, «no siguieran los votos de la nación y el convencimiento de la razón y evidencia»¹⁸⁷ o se confabulasen «para tiranizar los que debieran ser los protectores y el escudo de los derechos»¹⁸⁸. Las leyes inconstitucionales, y por ende injustas, serían por tanto asimismo las que malintencionadamente atentaran contra la nación por atender a intereses egoístas, faltando a la rectitud de sus funciones, o por intereses sediciosos urdidos con conspiraciones que dañen los derechos de la comunidad política. De existir pruebas irrefutables sobre este tipo de conductas en el Poder legislativo, la nación recobra el derecho de resistir por sí misma la opresión y el derecho de castigar por delito de lesa majestad a los culpables de semejante comportamiento. Aparte de las implicaciones corporativas que se desprenden de esos atentados al bien común, se hace visible la influencia de Locke en la defensa de un derecho de resistencia ante un ejercicio tiránico del poder.

6. CONCLUSIÓN

Hemos examinado cómo la vinculación del legislador derivada del mandato constitucional de respeto a los derechos carece de una garantía jurídica efectiva que evite su vulneración. Los derechos ciertamente se benefician del carácter normativo de las disposiciones constitucionales, y en tal sentido son derechos constitucionales, pero no alcanzan a ser derechos fundamentales por cuanto la vinculación del legislador a la Constitución es de tipo formal pero no de tipo material¹⁸⁹. Ello quie-

¹⁸⁶ Vid. JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA, *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág. 123.

¹⁸⁷ Vid. *Semanario Patriótico*, núm. LIX, 23 de mayo de 1811, pág. 206.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pág. 208.

¹⁸⁹ Precisamente a partir de la incorporación a los textos constitucionales de garantías de tipo material es cuando se produce un salto cualitativo que separa el constitucionalismo en sentido lato del Estado constitucional en sentido estricto. Vid. MANUEL ARAGÓN REYES, «Constitución y derechos fundamentales», en ID. *Estudios de Derecho Constitucional*, CEPC, Madrid, 1998, pág. 154.

re decir que si bien la Constitución es norma primaria desde un punto de vista lógico-jurídico y por ello resistente a ser modificada o reformada formalmente por la ley, no ocurre lo mismo desde un punto de vista material, y ello no solo porque el legislador deviene su máximo intérprete sino que no existe una garantía jurídica para asegurar la eficacia directa del texto constitucional incluso frente al legislador¹⁹⁰. La eficacia de los derechos parecía así descansar más bien sobre garantías formales de tipo funcional como la separación de poderes, tal y como se evidencia del propio Discurso Preliminar¹⁹¹. La separación de poderes se convierte de hecho en formidable obstáculo para que pueda procederse a una aplicación directa de la Constitución en sede jurisdiccional, dado el entendimiento que de esta doctrina arraiga en la Europa continental y con arreglo a la cual su significado se agota en la separación «personal» que impide equiparar el resto de poderes al legislativo, al que se encuentran subordinados¹⁹².

Por otro lado, tiende a equipararse el problema de la eficacia y garantía de la normatividad de la Constitución gaditana con el de la eficacia directa o solo indirecta de los derechos¹⁹³. Sin embargo, la apertura e indeterminación de los enunciados constitucionales reclamaba una intervención del legislador para un despliegue total de su eficacia, cuyo concurso no se debía a una supuesta deficiente comprensión de la Constitución como norma directamente aplicable, sino estrictamente a la insuficiencia de los enunciados declarativos de derechos. De hecho, incluso con una Constitución plenamente normativa, y por las mismas razones que acaban de apuntarse, se pone en cuestión que los derechos constitucionales sean siempre inmediatamente aplicables frente a los poderes públicos

¹⁹⁰ Incluso ha llegado a definirse el procedimiento por infracciones a la Constitución sustanciable ante las Cortes como una verdadera jurisdicción de amparo constitucional. Cfr. ANDREA ROMANO, «Cadice come modello costituzionale per l'Europa liberale e antinapoleonica. Nota introduttiva», en ID. (a cura di), *Costituzione Politica della Monarchia Spagnuola*, Rubbettino, Messina, 2000, pág. xxxiv.

¹⁹¹ Allí se lee: «La experiencia de todos los siglos ha demostrado hasta la evidencia que no puede haber libertad ni seguridad, y por lo mismo justicia ni prosperidad, en un estado en donde el ejercicio de toda la autoridad esté reunido en una sola mano». Vid. *Discurso Preliminar*, *op. cit.*, pág. 78.

¹⁹² De hecho fue preciso «destruir» este tipo de doctrinas recibidas también en los Estados Unidos para poder articular un control jurisdiccional de la constitucionalidad de la ley. Vid. FRANCISCO RUBIO LLORENTE, «La jurisdicción constitucional como forma de creación del Derecho», *Revista española de derecho constitucional*, n° 22, enero-abril, 1988, pág. 16.

¹⁹³ Vid. PEDRO CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en AA.VV., *Introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pág. 163.

con eficacia plena¹⁹⁴. Ahora bien, ello no excluye que la Constitución se muestre respecto a los derechos como una norma programática frente al legislador que solo poseía una *vis directiva* a este respecto.

Ello no resulta contradictorio tampoco con la previsión de un procedimiento contra las infracciones a la Constitución accionable por españoles mediante denuncia ante los Tribunales y cuya interpretación en los primeros años correspondía a las Cortes. En este sentido no cabría dudar de la fuerza normativa del código constitucional, entendida al menos como pretensión de obligar¹⁹⁵. Se trataba empero no de un recurso directo de inconstitucionalidad contra los actos de los poderes públicos sino un procedimiento de exigencia de responsabilidad a las autoridades administrativas y judiciales. Quedaban sometidos por tanto a este procedimiento de denuncias los actos de las autoridades administrativas y judiciales pero no así los actos del poder Legislativo.

En efecto, la regulación de los derechos mediante ley no precisaba de garantías, pues la ley era por sí misma la garantía de protección primera y esencial junto a la rigidez del texto constitucional¹⁹⁶. Mientras que sobre el resto de los poderes pesa la posibilidad de apartamiento de los dictados constitucionales, el poder legislativo muy por el contrario y en cuanto se identifica con la expresión de la voluntad de la Nación sujeto de la soberanía y titular del poder constituyente, parece beneficiario de una presunción *iuris et de iure* de la legitimidad constitucional de sus decisiones pues de quien se ha dado la Constitución no cabe esperar que la vulnere entrando de este modo en contradicción consigo mismo.

Por otra parte, la necesidad de afianzar la revolución que supone la introducción de un régimen constitucional habría determinado que las garantías de conservación de la Constitución hubieran primado sobre las garantías de su observancia¹⁹⁷. Ello puede explicar la casi inexistencia a nivel doctrinal de establecer un control sobre la constitucionalidad de las leyes, lo que demuestra hasta

¹⁹⁴ Vid. JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, Prólogo a JUAN M^o BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid, CEPC, 1997, pág. 20.

¹⁹⁵ Vid. MANUEL JOSÉ TEROL BECERRA, «Sobre la interpretación de la Constitución y de la ley en España (1812-1978)», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 15, mayo-agosto, 1993, pág. 191.

¹⁹⁶ En este mismo sentido y por relación a la Declaración francesa de 1789, vid. BARTOLOMÉ CLAVERO, «Garantie des droits: Emplazamiento histórico del enunciado constitucional», en ANDREA ROMANO (a cura di), *Enunciazione e giustiziabilità dei diritti fondamentali nelle Carte costituzionali europee*, Milano, Giuffrè, 1994, pág. 36.

¹⁹⁷ Siguiendo la distinción de JOSÉ LUIS PRADA FERNÁNDEZ DE SANMAMED, «Revisión de los principios rectores de la política social y económica y de su actual realidad jurídico-constitucional», *Revista de Estudios Políticos*, n^o 122, Octubre-Diciembre, 2003, pág. 284.

qué punto no se supo ver con antelación lo que depararía la práctica posteriormente en el Trienio.

En cierto modo pues, para nuestro primer liberalismo los derechos individuales fueron la base del pacto constituyente pero no su ley suprema¹⁹⁸. En realidad los derechos del individuo fueron carne de legitimidad de los poderes, pero no fueron garantía frente a ellos. Los derechos individuales quedaron ciertamente de este modo malparados: eran los legitimadores, pero no la fuente de las decisiones del legislador. En palabras de Clavero, «a la postre los derechos han servido para crear los poderes»¹⁹⁹. Contra las decisiones de éstos no cabía esgrimir esos derechos.

Finalmente, el Estado legislativo instaurado, en el que el concepto de ley era puramente formal, confiaba todo a la recta razón del legislador al que el ciudadano debía profesar una fe inquebrantable. Esta vena contractualista y voluntarista del primer liberalismo habría sido sin duda condenada por aquella máxima de Leibniz que decía que el principio *stat pro ratione voluntas* (la voluntad hace las veces de la razón) «es propiamente la divisa de un tirano»²⁰⁰.

Title:

WARRANTY MORAL VS. WARRANTY POLICY FOR RIGHTS IN THE CONSTITUTION OF CADIZ AND ITS PROTECTION BY WISE AND JUST LAWS

Summary:

1. Introduction. 2. Linking rights law. 3. The warranty provisions of the regulation of rights by law. 4. The obligation wise and just laws. 5. Responsibility of the legislator and laws unconstitutional. 6. Conclusions.

Resumen:

El pensamiento iusracionalista en el que se basa el reconocimiento de los derechos constitucionales en la Constitución de 1812 entraba en conflicto con el concepto rousseauiano de la ley, expresado en el art. 4 CE. En efecto, desde una óptica iusracional parece que no se les debía aplicar a las leyes que debieran «conservar» los derechos individuales, como al resto de leyes, el mero criterio de conveniencia o utilidad para el bien público

¹⁹⁸ Vid. M. GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme, op. cit.*, pág. 315.

¹⁹⁹ BARTOLOMÉ CLAVERO, *Razón de Estado, Razón de individuo, Razón de Historia*, Madrid, 1991, pág. 149.

²⁰⁰ *Méditation sur la Notion Commune de Justice*, 1693.

en función de cuál sea la voluntad general, sino que se antepone al legislador el contenido irreductible e indisponible de cada derecho. Al mismo tiempo, la ley en cuanto tal no podía ser injusta desde el punto de vista de su legitimidad, ya que ni en cuanto a su origen —al proceder de un consentimiento pactado—, ni en cuanto a su naturaleza —porque es todo el pueblo quien decreta sobre sí mismo—, podía decirse que una ley sea injusta, «puesto que nadie es injusto con respecto a sí mismo».

Si la ley se presentaba como norma cuyos mandatos y prohibiciones son justos, dados sus atributos formales, procedimentales y materiales ¿qué sentido pudo tener exigir además que las leyes habían de ser sabias y justas? La respuesta es que frente al subjetivismo del voluntarismo contractualista ligado al concepto rousseauiano de ley, se alzaba el positivismo racionalista de una Constitución rígida. Esta oposición es la que trataba de resolver el art. 4 de la Constitución tratando de conciliar lo debido según la justicia moral y lo provechoso según lo conveniente o útil, lo que trataba de ventilar el art. 4 CE.

Abstract

Ius-rational thinking on which is based the recognition of constitutional rights in the Constitution of 1812 conflicted with Rousseau's concept of law, expressed in art. 4 of Cadiz Constitution. Indeed, from the ius-rational standpoint, were not applicable to laws that should «preserve» the rights of individuals, the validity criterion of convenience or utility for the public good according to general will, as all other laws, but the unavailable and irreducible content of each right prefixed to legislator. At the same time, the law, as such, could not be unfair from the point of view of legitimacy, since neither in its origin —coming from a stipulated consent— either in its nature —because is all the people who enacted on themselves—, it could not be said that a law could be unjust, «since no one is wrong about himself.»

If the law was presented as a norm which commands and prohibitions are fair, given their formal, procedural and material attributes, what sense might have to require in addition that the laws had to be wise and just? The answer is that against the subjectivism of Rousseau's voluntarist contractualism linked to the concept of law, stood the rationalist positivism of a rigid constitution. This opposition is what article 4 of Cadiz Constitution was trying to solve, by means of try conciliation between what is due according to moral justice and what is good as convenient or useful.

Palabras clave:

Constitución de 1812, Ley, iusracionalismo, escolástica, Estado de Derecho

Key-words:

Constitution of 1812, Act, Ius-rationalism, Scholastic, Rule of Law

